

Nina Marlene Schallmoser-Schweiberer

# Abwägung im Kommunikations- strafrecht

Strafrechtliche Verbote an der Grenze  
zur Grundrechtsausübung



Nina Marlene Schallmoser-Schweiberer  
**Abwägung im Kommunikationsstrafrecht**

Nähere Informationen zu diesem PDF  
und seiner Nutzung finden Sie [hier](#).



Nina Marlene Schallmoser-Schweiberer

# **Abwägung im Kommunikationsstrafrecht**

Strafrechtliche Verbote an der Grenze  
zur Grundrechtsausübung

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek:  
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der  
Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische  
Daten stehen unter <<http://dnb.d-nb.de>> zur Verfügung.

Austrian Science Fund (FWF): T-628  
Wesentliche Teile der vorliegenden Habilitationsschrift sind  
Forschungsergebnisse aus einem Hertha Firnberg-Stipendium des FWF –  
Der Wissenschaftsfonds (Laufzeit 5.5.2014–4.10.2017).  
Besten Dank dem FWF für die Unterstützung!

Gedruckt mit Unterstützung des Austrian Science Fund (FWF): PUB 925-G

**FWF**

Der Wissenschaftsfonds.



**Sie dürfen:**

*Teilen* – das Material in jedwedem Format oder  
Medium vervielfältigen und weiterverbreiten.

*Bearbeiten* – das Material remixen, verändern  
und darauf aufbauen

und zwar für beliebige Zwecke,  
sogar kommerziell.

**Unter folgenden Bedingungen:**

*Namensnennung* – Sie müssen angemessene Urheber- und Rechteangaben  
machen, einen Link zur Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen  
vorgenommen wurden. Diese Angaben dürfen in jeder angemessenen Art  
und Weise gemacht werden, allerdings nicht so, dass der Eindruck entsteht,  
der Lizenzgeber unterstütze gerade Sie oder Ihre Nutzung besonders.  
*Keine weiteren Einschränkungen* – Sie dürfen keine zusätzlichen Klauseln oder  
technische Verfahren einsetzen, die anderen rechtlich irgendetwas untersagen,  
was die Lizenz erlaubt.

Die vollständigen Creative Commons Lizenzbestimmungen in deutscher  
Sprache finden Sie online unter <[https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/  
de/legalcode](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/de/legalcode)>

**Produkthaftung:**

Trotz sorgfältiger Bearbeitung und Kontrolle kann keine Garantie  
für die Vollständigkeit, Aktualität oder Fehlerlosigkeit des Werkes  
gegeben werden. Eine Haftung des Verlages, des/der Herausgeber/innen  
und/oder Autor/innen aus dem Inhalt dieses Werkes ist ausgeschlossen.

Typographisches Konzept und Eigensatz des Verlages

Schrift: Arnhem Pro

Druck und Bindung: Prime Rate Kft

Gedruckt auf: Munken Premium Cream 90 g 1,5 vol.

DOI 10.52018/INKB-00315-K000

Eine auf hochwertigem Papier gedruckte Fassung mit Festeinband  
und Fadenheftung kann unter der ISBN: 978-3-7097-0315-1 direkt beim Verlag  
<[www.jan-sramek-verlag.at](http://www.jan-sramek-verlag.at)> oder im Buchhandel bestellt werden.

Wien 2022, Jan Sramek Verlag KG

## Vorwort & Danksagung

Die vorliegende Arbeit stellt die überarbeitete Fassung meiner an der Paris Lodron-Universität Salzburg angenommenen Habilitationsschrift dar. Rechtsprechung und Literatur wurden im Wesentlichen bis Ende Juni 2021 berücksichtigt. In diesem Werk wird aus Gründen der besseren Lesbarkeit das generische Maskulinum verwendet. Sämtliche Geschlechteridentitäten sind dabei eingeschlossen, soweit es für die Aussage erforderlich ist.

Diese Schrift wäre nicht möglich gewesen ohne die mannigfaltige Unterstützung zahlreicher Personen. Bedanken möchte ich mich zunächst bei den Professoren des Fachbereichs Strafrecht und Strafverfahrensrecht, Herrn Univ.-Prof. Dr. Hubert Hinterhofer, Herrn o. Univ.-Prof. Dr. Kurt Schmoller und Herrn Univ.-Prof. Dr. Otto Lagodny, die mich bei der Entstehung dieser Arbeit durch kritisches Denken und Motivation begleitet haben. Dank gebührt ebenso allen KollegInnen am Fachbereich, die mit mir in vielen Diskussionen und Stunden verschiedene Aspekte der Arbeit verfeinert und durch ihre Anregungen bereichert haben. Stellvertretend für sie darf ich namentlich Herrn Ass.-Prof. Dr. Christian Rosbaud, LL.M., als Diskussionspartner und Frau Dr. Ricarda Tomasits als aufmerksame Leserin nennen.

Aufrichtig danken möchte ich auch dem Verlag Jan Sramek und hier Herrn Mag. Jan Sramek persönlich – der Service dieses Verlagshauses erleichtert eine rasche und unkomplizierte Publikation solch umfangreicher Abhandlungen enorm. Vielen Dank außerdem an dieser Stelle noch einmal dem FWF für die Publikationsunterstützung.

Und insbesondere schließlich wäre das Verfassen einer Habilitationsschrift schlicht und ergreifend unmöglich, wenn es nicht im privaten Bereich »Anker«, »Säulen«, »Stützen«, »starke Schultern«, oder wie immer man sie nennen möchte, gäbe. In meinem Fall war es allen voran mein Ehemann, DI Franz Schweiberer. Ohne ihn wäre dieses Vorwort vielleicht nie zu schreiben gewesen. Ihm und meiner kleinen Tochter Florentina ist diese Arbeit daher gewidmet.

*Nina Marlene Schallmoser-Schweiberer*

*Salzburg, im Juli 2022*





## Inhaltsverzeichnis

Vorwort & Danksagung .....	V
Abkürzungsverzeichnis .....	XXI
I. Einleitung .....	3
A. Problemstellung .....	3
B. Ziele und Forschungsfragen .....	5
C. Stand der Forschung und Relevanz .....	7
D. Methodik .....	9
E. Gang der Darstellung .....	10
Teil 1	
<b>Strafrecht und Verfassung – Ausgewählte Grundlagen</b> .....	<b>13</b>
II. Strafrechtlicher Rechtsgüterschutz innerhalb verfassungsrechtlicher Schranken .....	14
A. Allgemeines .....	14
B. Rechtsgüterschutz als Legitimation des Strafrechts ....	14
C. Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsgutswahl ...	15
D. Vorgabe von Rechtsgütern durch die Verfassung .....	17
E. <i>Ultima ratio</i> -Grundsatz als Schranke? .....	18
F. Fazit .....	19
III. Grundrechte als verfassungsrechtliche Schranken des Strafrechts .....	20
A. Allgemeines .....	20
B. Grundrechtsgebundenheit des Strafrechts .....	20
1. Begriffe »verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte« und »Grundrechte« .....	20
2. Grundrechte als Grenze des Strafrechts .....	22
3. Begrenzungsmöglichkeiten der Grundrechte durch strafrechtliche Verbote .....	24
4. Einfluss des Rechts der Europäischen Union und internationaler Konventionen .....	27
C. Konsequenzen der Grundrechtsgebundenheit des Strafrechts .....	29
1. Verantwortlichkeit für die Wahrung der Grundrechte .....	29

2.	Gesetzgebung .....	32
a.	Pönalisierungsverbote .....	33
	(i.) Kein verfassungswidriges Strafrecht .....	33
	(ii.) Gesetzesprüfungsverfahren und Partei Antrag auf Normenkontrolle (Gesetzesbeschwerde) .....	33
	(iii.) Rechtsmittel und Rechtsbehelfe? .....	35
b.	Pönalisierungsgebote? .....	35
3.	Rechtsprechung .....	38
a.	Effektuiierung der Strafverfahrensgrundrechte .....	38
b.	Anrufung des VfGH: Gesetzesprüfungsverfahren .....	39
c.	Verfassungskonforme Interpretation? .....	40
	(i.) Erhöhte Unbestimmtheit .....	41
	(ii.) Unklares Verhältnis zum Gesetzesprüfungsverfahren .....	42
	(iii.) Eigene Position .....	44
d.	Rechtsfortbildung? .....	46
	(i.) Gesetzesimmanente Rechtsfortbildung (praeter legem) .....	47
	(ii.) Gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung (contra legem) .....	49
	(iii.) Eigene Position .....	52
D.	Ergänzende Bemerkungen und Zusammenfassung ....	56
IV.	Kommunikationsfreiheit und Strafrecht .....	57
A.	Allgemeines .....	57
B.	Begriff »Kommunikation« .....	57
C.	Eingriff in die Kommunikationsfreiheit durch strafrechtliche Normen .....	60
1.	Strafrechtliche Verbote als Grundrechtseingriff? ...	60
a.	Grundsätzliche Eingriffseignung des abstrakt-generellen Verbots .....	60
b.	Tatsächlicher Eingriff nur bei Tangierung eines (speziellen) Schutzbereichs .....	62
2.	Kommunikationsfreiheit in Österreich und der EU .....	64
a.	Schutzbereich (und seine Grenzen?) .....	64
b.	Eingriff .....	68
c.	Sinnvolle Begrenzung des Schutzbereichs? .....	68

d.	Abgrenzungsfragen .....	70
(i.)	»Leges speciales« zur Kommunikationsfreiheit .....	70
(ii.)	»Allgemeine Handlungsfreiheit« und Kommunikationsfreiheit .....	71
(iii.)	Gewalt und Kommunikationsfreiheit ....	72
(iv.)	Faires Verfahren und Kommunikationsfreiheit .....	73
e.	Schränkensystematik der Art 13 StGG und Art 10 EMRK .....	74
f.	EU-Recht: Art 11 GRCh .....	76
D.	Begriff »Kommunikationsstrafrecht« .....	78
E.	Geltendmachung der Kommunikationsfreiheit im Strafverfahren .....	78
1.	(Partiell) Aussichtsreiche Anfechtungswege .....	79
a.	Antrag auf Einstellung des Ermittlungsverfahrens .....	79
b.	Einspruch wegen Rechtsverletzung .....	80
c.	Beschwerde gegen gerichtliche Beschlüsse .....	82
d.	Mängel- und Tatsachenrüge (§ 281 Abs 1 Z 5 und Z 5a StPO) .....	84
e.	Rechtsrüge (§ 281 Abs 1 Z 9 StPO) .....	89
f.	Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes .....	92
g.	Erneuerung des Strafverfahrens nach einem EGMR-Urteil .....	94
h.	Erneuerung des Strafverfahrens ohne vorangegangenes Urteil des EGMR .....	95
i.	Außerordentliche Wiederaufnahme .....	98
2.	Nicht oder wenig aussichtsreiche Anfechtungswege .....	101
a.	Grundrechtsbeschwerde nach dem GRBG .....	101
b.	Verfahrensrüge (§ 281 Abs 1 Z 4 StPO) .....	102
c.	Subsumtionsrüge (§ 281 Abs 1 Z 10 StPO) und Sanktionsrüge (§ 281 Abs 1 Z 11 StPO) .....	104
d.	Rechtsmittel oder -behelf nach der StPO gegen pflichtwidrig unterlassene Normanfechtung? ...	106
e.	Parteiantrag auf Normenkontrolle (Gesetzesbeschwerde)? .....	107
F.	Zusammenfassung .....	112

V.	Grundrechtlich gebotene Interessenabwägung bei strafrechtlichen Verboten .....	113
A.	Allgemeines .....	113
B.	Notwendigkeit der Abwägung im Strafrecht .....	114
C.	»Abwägung« – Erster Versuch einer Definition .....	115
D.	Keine verfassungsrechtlich vorgegebene Rangordnung der Grundrechte .....	117
E.	Interessenkollision als Anlass der strafrechtlichen Abwägung .....	121
	1. »Rechtlich geschütztes Interesse« .....	123
	2. »Kollision« .....	127
F.	Kollidierende Interessen im Kommunikationsstrafrecht .....	133
	1. Ausgangspunkt: Kommunikationsfreiheit als rechtlich geschütztes Interesse .....	133
	2. Mögliche rechtlich geschützte »Gegen«-Interessen als Abwägungsgegenstand .....	133
	a. Private Interessen .....	134
	(i.) Ehre .....	134
	α. Objektive oder subjektive Ehre? .....	134
	β. Normative Ehre? .....	135
	γ. Mängel der herrschenden Ehrkonzepte .....	136
	δ. Ehre als Kommunikations- voraussetzung (Amelung) .....	136
	ε. Ehre als Grundrecht? .....	138
	(ii.) Berufsansehen? .....	139
	(iii.) Privatheit .....	140
	(iv.) Geheimhaltung .....	142
	(v.) Freiheit der Willensbildung und -betätigung .....	143
	b. Öffentliche Interessen .....	144
	(i.) Schutz der Rechte der Rechtsunterworfenen .....	144
	α. Allgemeines .....	144
	β. Besonders: Kinder- und Jugendschutz .....	144
	γ. Besonders: Religiöser Frieden .....	146
	(ii.) Funktion und Bestandskraft des Staats .....	146

	α. Innere Sicherheit .....	146
	β. Materielle Wahrheit .....	147
	γ. Integre Amtsführung .....	148
	δ. Beziehung zu anderen Staaten .....	148
	(iii.) Geheimhaltung .....	148
	G. Ziel der Abwägung: Interessenausgleich im Sinne »praktischer Konkordanz« und Verhältnismäßigkeit ...	149
	1. Praktische Konkordanz .....	149
	2. Verhältnismäßigkeit .....	152
	3. Zum Zusammenspiel von praktischer Konkordanz und Verhältnismäßigkeit .....	159
	a. Mögliche Maßstäbe der Verhältnismäßigkeit ...	159
	b. Freiheitsgrundrechte: Verhältnismäßigkeit, andere Grundrechte: Konkordanz? .....	161
	c. Zwischenfazit .....	162
	H. Zusammenfassung .....	163
VI.	Interessenabwägung primär durch Gesetzgeber .....	164
	A. Allgemeines .....	164
	B. Demokratische Legitimation, Legalitätsprinzip und Gewaltenteilung .....	165
	C. Strafrechtliches Bestimmtheitsgebot .....	166
	1. Grundlegendes .....	166
	2. Anforderungen des Bestimmtheitsgebots an das Strafrecht .....	169
	a. Klare äußerste Grenzen der (Un-)Bestimmtheit	169
	b. Eingriffsnähe als Maßstab? .....	171
	c. Meinungsstand .....	172
	(i.) Zu § 1 StGB .....	173
	(ii.) Zu Art 18 B-VG .....	174
	(iii.) Zu Art 7 und 10 EMRK .....	175
	(iv.) Rechtsvergleichender Blick: Deutschland .....	177
	3. Eigener Ansatz .....	179
	a. Ziel .....	179
	b. Definition: »Strafrechtliche Bestimmtheit« .....	180
	c. Bestimmbarkeit des Texts .....	181
	d. Eindeutiger Strafbarkeitskern nach Auslegung	182
	e. Unproblematische Unklarheiten im Randbereich .....	184

f.	Ausreichende Bestimmtheit ab Geltungsbeginn	186
g.	Zumutbarkeit der Einholung juristischen Rats	188
h.	Konsequenzen für den Gesetzgeber .....	189
4.	Legistische Umsetzungsmöglichkeiten .....	190
a.	Legaldefinitionen und deskriptive Tatbestandsmerkmale .....	191
b.	Unbestimmte Gesetzesbegriffe oder normative Tatbestandsmerkmale unter Vorgabe der Abwägungskriterien .....	193
5.	Präzisierung der Grenzen zur Unbestimmtheit .....	199
6.	Zwischenfazit und Folgerungen .....	204
D.	Gestaltungsspielräume des Gesetzgebers .....	206
1.	Determinierungsgrad von Abwägungs- entscheidungen .....	206
2.	Bewertung von Interessen als »schützenswert« .....	209
3.	Praktische Konkordanz und Verhältnismäßigkeit von Grundrechtsbeschränkungen .....	209
E.	Entscheidungsspielräume für die Rechtsprechung .....	210
1.	Ausgangspunkt: Strenge Bindung an das Gesetz – Wortlaut als absolute Grenze .....	210
2.	Ermittlung des gesetzgeberischen Willens als Aufgabe – Wille als Maßstab und Grenze .....	213
3.	Bestimmtheit als Grenze .....	217
4.	Ziel: Verringerung bestehender Auslegungsunsicherheiten .....	218
5.	Rangordnung der Auslegungsmethoden im Strafrecht .....	218
6.	Verbleibender Spielraum durch Abwägungskompetenz .....	223
F.	Abschließende Bemerkungen und Zusammenfassung	225
VII.	Einordnung der Interessenabwägung	
	in den Straftataufbau .....	228
A.	Allgemeines .....	228
B.	Tatbestandsebene .....	229
1.	Einschränkende Auslegung eines objektiven Tatbestandsmerkmals .....	230
2.	Verneinung der sozialen Inadäquanz bei legitimer Grundrechtsausübung .....	233
C.	Rechtfertigungsebene? .....	234

D. Schuldebene? .....	239
E. Strafausschließungsebene? .....	241
F. Eigene Position und Zusammenfassung .....	242
VIII. Zusammenfassung des 1. Teils .....	244

## Teil 2

### Vorgang der Abwägung zwischen Verbot und

<b>Grundrechtsausübung</b> .....	<b>249</b>
IX. Regeln, Prinzipien und Leitlinien nach <i>Dworkin</i> und <i>Alexy</i> .....	250
A. Allgemeines .....	250
B. Abgrenzungsfragen .....	250
C. Begründung für diese rechtstheoretische Grundlage ...	252
D. Grundannahme: Unterschiedliche Normtypen .....	253
1. Ausgangsthese .....	253
2. Regeln .....	254
3. Prinzipien .....	255
4. Leitlinien .....	258
E. Grundrechte als Prinzipien .....	259
F. Lösung von Prinzipien- und damit Grundrechtskollisionen .....	260
G. Abwägungsgesetz nach <i>Alexy</i> .....	261
H. Kritik an der Prinzipientheorie .....	263
I. Stellungnahme .....	266
1. Allgemeine Replik .....	267
2. Zum Verhältnis des »rechtlich geschützten Interesses« zu »Prinzipien« .....	270
X. Abwägung als strukturierter, mehrphasiger Prozess .....	272
A. Allgemeines .....	272
B. Ermittlung und Sammlung der involvierten Interessen	274
C. Bewertung/Gewichtung der Interessen .....	276
D. Gegenüberstellung der Interessen und ihres Gewichts	278
1. Allgemeines .....	278
2. Berücksichtigung von Regeln, Prinzipien und Leitlinien der Abwägung .....	280
3. Weitere Faktoren der Abwägung .....	281
a. Grundrechtsparallelität .....	281
b. Individualinteresse stützendes Gemeinschaftsinteresse .....	281
c. Etwaige Vorteile für jedes Interesse .....	282

d. Diffuse Interessen? .....	282
4. Sonderfall:	
Gleichrangigkeit der involvierten Interessen .....	283
5. Formulierung eines	
Abwägungs(zwischen-)ergebnisses .....	284
E. Sammlung von Regelungsalternativen .....	284
F. Auswahl einer Regelungsalternative .....	286
1. Auswahl nach den Grundsätzen der praktischen	
Konkordanz und Verhältnismäßigkeit .....	286
2. Auswahlkriterien iS praktischer Konkordanz	
und Verhältnismäßigkeit .....	289
a. Intensität der Beeinträchtigung .....	289
b. Tauglichkeit .....	290
c. Dringlichkeit .....	291
3. Prognose .....	291
G. Anwendung dieser Regelungsalternative	
und Evaluierung .....	296
1. Allgemeines .....	296
2. Lösung moralischer Interessenkollisionen	
( <i>Blakner</i> ) .....	297
3. Abwägung als Gerechtigkeitsproblem .....	299
4. Nutzen des Ansatzes für die Abwägung	
im Strafrecht .....	299
H. Abwägungsfehler .....	300
1. Allgemeines .....	300
2. Scheinkollisionen .....	301
a. Kein Schutzbereichseingriff .....	301
b. Vorliegen von Kollisionsalternativen .....	303
3. Abwägungsfehler i.e.S. ....	304
a. Abwägungsausfall .....	304
b. Abwägungsdefizit .....	305
c. Abwägungsfehlengewichtung .....	305
d. Abwägungsunverhältnismäßigkeit .....	305
I. Dokumentation der einzelnen Abwägungsphasen .....	306
J. Abwägung auf Ebene der Rechtsprechung .....	307
K. Zusammenfassung .....	311
XI. Mögliche Einwände gegen die Methode der Abwägung ....	312
A. Allgemeines .....	312
B. Fehlende Skalier- und Vergleichbarkeit .....	312



	C. Gesetzgeber: Überschätzt und abgelöst .....	315
	D. Verwischung der Grundrechtsgrenzen .....	316
	E. Subjektivität und Rechtsunsicherheit .....	317
	F. Zurückdrängung gesellschaftlicher Selbstorganisation .....	318
	G. Stellungnahme .....	319
XII.	Zusammenfassung des 2. Teils .....	324
Teil 3		
	<b>Abwägung im Kommunikationsstrafrecht .....</b>	<b>329</b>
XIII.	Untersuchungsgegenstand .....	330
	A. Allgemeines .....	330
	B. Keine Berücksichtigung der Strafbemessung .....	332
	C. Grundsätzlich keine Berücksichtigung des Allgemeinen Teils des Strafrechts .....	334
	D. Analytierte Bestimmungen .....	335
	E. Analytierte Gesetzesmaterialien zum StGB .....	341
	F. Keine Berücksichtigung der Gesetzesmaterialien zum StG .....	343
XIV.	Mögliche Regeln, Prinzipien und Leitlinien der Abwägung .....	344
	A. Allgemeines .....	344
	B. Regeln .....	346
	1. Bestimmtheit .....	346
	2. Verhältnismäßigkeit .....	347
	3. Wesensgehaltsgarantie .....	348
	4. Missbrauchsverbot? .....	349
	5. Zulässigkeit von tatsachenbasierten Werturteilen .....	350
	6. Wahrung der menschlichen Intimsphäre .....	353
	7. Zweifelsregeln .....	354
	a. In dubio pro libertate .....	354
	b. In dubio pro Tatsachenaussage .....	354
	c. In dubio pro günstigste Auslegung der Aussage? .....	356
	8. Zweck: Schutz der Vermutung von Kommunikationsfähigkeit .....	358
	C. Prinzipien .....	360
	1. Rechtlich geschützte Interessen .....	360
	2. Optimierungsgebot – Prinzip praktischer Konkordanz .....	361
	3. Debate of Public Interest .....	361

	4. Medien als Public Watchdog .....	362
	5. Public Figures-Standard .....	363
	6. Strafflosigkeit wahrer Tatsachenäußerungen .....	364
	7. Geheimnisschutz .....	366
	8. Wahrung des höchstpersönlichen Lebensbereichs .....	367
	9. Erhöhter Schutz bei künstlerischen Äußerungen? .....	369
	10. Wahrung der Sozial- und Öffentlichkeitsphäre? ... ..	371
	D. Leitlinien .....	371
	1. »Angstfreie« Kommunikation .....	372
	2. Öffentlicher Diskurs .....	373
	3. Demokratie .....	374
XV.	Regeln, Prinzipien und Leitlinien des Gesetzgebers .....	374
	A. Allgemeines .....	374
	B. Motive und Überlegungen des Gesetzgebers .....	377
	1. Regelungsbedarf und -ziele .....	377
	2. Abwägungsgesichtspunkte iES .....	381
	a. Ausdrücklich (un-)berücksichtigte Interessen und Aspekte .....	381
	b. Ausdrücklich dargelegte Begründungsvorgänge .....	385
	c. Pauschaler Verweis auf Straf(un)würdigkeit ....	393
	d. Betonung des ultima ratio-Grundsatzes .....	397
	e. Bloße Darlegung des Abwägungsergebnisses ...	398
	f. Mehr oder minder ausdrückliche Delegation der Abwägung .....	400
	3. Begriffsbestimmungen .....	402
	4. Regelungsfolgenabschätzung .....	404
	5. (Mögliche) Erfolgshindernisse .....	405
	C. Ergebnis .....	405
	1. Regeln .....	406
	2. Prinzipien .....	406
	3. Leitlinien .....	408
XVI.	Abwägung und Bestimmtheit – Am Beispiel der Delikte gegen die Ehre .....	408
	A. Allgemeines .....	408
	B. Straftatbestände im Detail .....	410
	1. Allgemein strittige Fragen und grundsätzliche Anwendungsprobleme .....	411
	a. Deliktstyp? .....	411
	(i.) Tätigkeits- oder Erfolgsdelikt? .....	411

(ii.) Zustands- oder Dauerdelikt? .....	413
b. Sinngehalt der Äußerung? .....	414
c. Mögliche Tatopfer? .....	418
d. Mindestpublizität? .....	420
e. Strafbarkeit der Wiedergabe fremder Äußerungen? .....	422
f. Klare Unterscheidung von Tatsachen- behauptung und Werturteil? .....	423
2. Üble Nachrede (§ 111 StGB) .....	427
a. Wortlaut .....	427
b. Gesetzesmaterialien .....	427
c. Verbleibende Unklarheiten .....	429
(i.) Tatsachenbehauptungen und Werturteile erfasst? .....	429
(ii.) Strafbarkeitskern der Tathandlungen? ...	430
(iii.) Sachbezogene Kritik? .....	434
3. Vorwurf einer schon abgetanen gerichtlich strafbaren Handlung (§ 113 StGB) .....	434
a. Wortlaut .....	434
b. Gesetzesmaterialien .....	435
c. (Ergänzende) Rsp und Literatur .....	436
4. Beleidigung (§ 115 StGB) .....	437
a. Wortlaut .....	437
b. Gesetzesmaterialien .....	438
c. (Ergänzende) Rsp und Literatur .....	440
(i.) Abgrenzung der Tathandlungen »Beschimpfen« und »Verspotten«? .....	440
(ii.) Tathandlungen mit eindeutigem Strafbarkeitskern? .....	441
(iii.) Sachbezogene Kritik und Exzess? .....	442
C. Rechtfertigungsgrund: Recht(-spflicht) (§ 114 Abs 1 StGB) .....	444
1. Wortlaut .....	444
2. Gesetzesmaterialien .....	444
3. (Ergänzende) Rsp und Literatur .....	444
D. Entschuldigungsgründe (§ 114 Abs 2 StGB, § 115 Abs 3 StGB) .....	447
1. Nötigung durch Umstände (§ 114 Abs 2 StGB) .....	447
a. Wortlaut .....	447

b.	Rechtliche Einordnung .....	447
c.	Gesetzesmaterialien .....	448
d.	(Ergänzende) Rsp und Literatur .....	448
2.	Entrüstung (§ 115 Abs 3 StGB) als Anlass für Beleidigung .....	449
a.	Wortlaut .....	449
b.	Gesetzesmaterialien .....	450
c.	(Ergänzende) Rsp und Literatur .....	451
E.	Strafaufhebungsgrund: Wahrheitsbeweis (§§ 111 Abs 3 iVm 112 StGB) bei Übler Nachrede .....	452
1.	Wortlaut .....	452
2.	Rechtliche Einordnung? .....	452
3.	Gesetzesmaterialien .....	454
4.	(Ergänzende) Rsp und Literatur .....	455
F.	Prozessuale Besonderheiten (§§ 112, 117 StGB) .....	458
1.	Abweichung vom reinen Officialprinzip .....	458
2.	Einschränkung der Amtswegigkeit .....	460
G.	Fehlende Regeln, Prinzipien und Leitlinien für Interessenabwägungen .....	460
1.	Bei den §§ 111–117 StGB .....	460
2.	Im sonstigen Kommunikationsstrafrecht .....	463
H.	Zur (Un-)Bestimmtheit der §§ 111 ff StGB .....	464
1.	Eingriff in die Kommunikationsfreiheit .....	464
2.	Rechtfertigung für diesen Eingriff: Abwägungspflicht des Gesetzgebers .....	465
3.	Legistische Umsetzung durch überwiegend vage Begrifflichkeiten .....	466
4.	Fehlende Abwägungsmaximen .....	468
5.	Ergebnis: Mangelnde Bestimmtheit des § 111 und von Teilen des § 115 StGB .....	469
a.	Fehlender Strafbarkeitskern .....	469
b.	Scheitern der Auslegungsmethoden .....	470
c.	Beispiele aus der Rsp .....	471
d.	Fazit .....	476
I.	Vorschlag einer gesetzgeberischen Abwägung und Neufassung der §§ 111 ff StGB .....	478
1.	Allgemeines .....	478
2.	Stärkere Rückbesinnung auf den <i>ultima ratio</i> -Grundsatz und moderner Ehrbegriff ...	479

---

3. Neufassung des Gesetzestexts – Reduktion auf »Unerträgliche Herabsetzung« .....	481
4. Neufassung der Gesetzesmaterialien – Darlegung des Abwägungsprozesses .....	482
5. Zusammenfassung .....	505
XVII. Zusammenfassung des 3. Teils .....	506
 Teil 4	
<b>Ergebnisse in Thesen</b> .....	<b>511</b>
 Literaturverzeichnis .....	 525
Stichwortverzeichnis .....	549
 <b>Hinweise des Verlags</b> .....	 <b>561</b>

□



## Abkürzungsverzeichnis

AA	Abänderungsantrag	<u><b>A</b></u>
aA	andere Auffassung/andere/r Ansicht	
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch idgF	
Abs	Absatz/Absätze	
ALJ	Austrian Law Journal	
aM	andere/r Meinung	
Anm	Anmerkung/en	
Anm d Verf	Anmerkung der Verfasserin	
AnwBl	Österreichisches Anwaltsblatt	
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts	
arg	argumentum	
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie	
Art	Artikel	
AT	Allgemeiner Teil	
Aufl	Auflage	
BGBI	(österreichisches) Bundesgesetzblatt	<u><b>B</b></u>
BGH	deutscher Bundesgerichtshof	
BlgNR	Beilage/n zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates	
BörseG	Bundesgesetz über die Wertpapier- und allgemeinen Warenbörsen 2018 idgF (Börsegesetz)	
Bsp	Beispiel/e	
bspw	beispielsweise	
BT	Besonderer Teil	
BVerfG	deutsches Bundesverfassungsgericht	
BVerfGE	Entscheidung des deutschen Bundesverfassungsgerichts	
BVerwG	deutsches Bundesverwaltungsgericht	
BVerwGE	Entscheidung des deutschen Bundesverwaltungsgerichts	
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz idgF	
BWG	Bundesgesetz über das Bankwesen idgF (Bankwesengesetz)	
bzw	beziehungsweise	

<b><u>D</u></b>	d. B.	der Beilage/n
	DAR	Deutsches Autorecht
	ders	derselbe
	DSG	Bundesgesetz zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten idgF (Datenschutzgesetz)
	dStGB	deutsches Strafgesetzbuch
	dt	deutsche/n
	DvBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
<b><u>E</u></b>	EBRV	Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage
	EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
	EGVG	Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen 2008 idgF
	EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
	EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 idgF
	Erl	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
	etc	et cetera
	EU	Europäische Union
	EuGRZ	Europäische Grundrechtezeitschrift
	EUV	Vertrag über die Europäische Union idgF
	EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen; veröffentlicht in der Österreichischen Juristen-Zeitung
<b><u>F</u></b>	f	folgende
	ff	fortfolgende
	Fn	Fußnote/n
	FS	Festschrift
<b><u>G</u></b>	GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland idgF
	ggf	gegebenenfalls
	GoAB	Geschäftsordnungsausschussbericht
	GP	Gesetzgebungsperiode
	GRBG	Bundesgesetz über die Beschwerde an den Obersten Gerichtshof wegen Verletzung des Grundrechtes auf persönliche Freiheit idgF (Grundrechtsbeschwerdegesetz)
	GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union idgF (Grundrechtecharta)



Herv entf	Hervorhebung entfernt	<u>H</u>
Herv i O	Hervorhebung im Original	
hL	herrschende Lehre	
hM	herrschende Meinung	
Hrsg	Herausgeber	
HS	Halbsatz	
IA	Initiativantrag	<u>I</u>
idF	in der Fassung	
idgF	in der geltenden Fassung	
idR	in der Regel	
ieS	im engeren Sinne	
inkl	inklusive	
insb	insbesondere	
iS	im Sinne	
iSd	im Sinne der/des	
iSv	im Sinne von	
iwS	im weiteren Sinne	
iZm	im Zusammenhang mit	
JAB	Justizausschussbericht	<u>J</u>
JBl	Juristische Blätter	
JGG	Bundesgesetz vom 20. Oktober 1988 über die Rechtspflege bei Straftaten Jugendlicher und junger Erwachsener idgF (Jugendgerichts- gesetz 1988)	
JR	Juristische Rundschau	
JRP	Journal für Rechtspolitik	
JSt	Journal für Strafrecht	
JuS	Juristische Schulung	
JZ	Juristenzeitung	
Kap	Kapitel	<u>K</u>
Lfg	Lieferung	<u>L</u>
lit	litera (Buchstabe)	
maW	mit anderen Worten	<u>M</u>
mE	meines Erachtens	

## XXIV Abkürzungsverzeichnis

---

	MedienG	Bundesgesetz vom 12. Juni 1981 über die Presse und andere publizistische Medien idgF (Mediengesetz)
	mN	mit Nachweis/en
	MR	Medien und Recht
	mwN	mit weiteren Nachweisen
<u>N</u>	NJW	Neue Juristische Wochenschrift
	Nr	Nummer/n
	NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
	NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
<u>O</u>	OGH	Oberster Gerichtshof
	ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
	Ö-Konvent	Österreich-Konvent vom 30. Juni 2003 bis zum 31. Jänner 2005 über Vorschläge für eine grundlegende Staats- und Verfassungsreform
	OLG	Oberlandesgericht
	ÖZW	Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
<u>P</u>	PersFrG	Bundesverfassungsgesetz über den Schutz der persönlichen Freiheit idgF
	PornographieG	Bundesgesetz vom 31. März 1950 über die Bekämpfung unzüchtiger Veröffentlichungen und den Schutz der Jugend gegen sittliche Gefährdung idgF (Pornographieggesetz)
	ProvNV-Beschluss	Beschluss der Provisorischen Nationalversammlung über die Aufhebung der Zensur vom 30. Oktober 1918, StGBI 3/1918 samt Änderung durch BGBl 1/1920
<u>R</u>	Rechtswissenschaft	Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung
	Red	Redakteur/e
	RFG	Rechts- und Finanzierungspraxis der Gemeinden
	RGBI	Reichsgesetzblatt
	RIS	Rechtsinformationssystem des Bundes
	Rn	Randnummer

R <sub>s</sub>	Rechtssache	
R <sub>sp</sub>	Rechtsprechung	
RZ	Österreichische Richterzeitung	
Rz	Randziffer/n	
S	Satz	<u>S</u>
SbgK	Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch	
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung	
sog	sogenannte/r/s/n	
StA	Staatsanwaltschaft/Staatsanwalt	
StF	Stammfassung	
StG	Strafgesetz 1803 bzw 1853	
StGB	Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen idgF (Strafgesetzbuch)	
StGG	Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger idgF	
StPdG	Strafrechtliche Probleme der Gegenwart	
StPO	Strafprozessordnung 1975 idgF	
SSt	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes in Strafsachen und Disziplinarangelegenheiten	
stRsp	ständige Rechtsprechung	
StV St. Germain	Staatsvertrag von Saint-Germain-en-Laye vom 10. September 1919 idgF	
TKG	Bundesgesetz, mit dem ein Telekommunikationsgesetz erlassen wird idgF (Telekommunikationsgesetz 2003)	<u>T</u>
ua	unter anderem	<u>U</u>
UN	United Nations (Vereinte Nationen)	
usw	und so weiter	
uU	unter Umständen	
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 idgF	
va	vor allem	<u>V</u>
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer	

VerbotsG	Verbotsgesetz 1947 idgF
VfGG	Verfassungsgerichtshofgesetz 1953 idgF
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes; ab 2012: Ausgewählte Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofes
vgl	vergleiche
Vorauf	Vorauflage
Vorbem	Vorbemerkung/en
vs	versus (gegen)
VwGVG	Bundesgesetz über das Verfahren der Verwaltungsgerichte idgF

<u>W</u>	WFA	Wirkungsorientierte Folgenabschätzung
	WK	Wiener Kommentar
	wN	weitere Nachweise

<u>Z</u>	Z	Zahl, Ziffer
	zB	zum Beispiel
	ZfV	Zeitschrift für Verwaltung
	zit n	zitiert nach
	ZöR	Zeitschrift für öffentliches Recht
	ZP-EMRK	Zusatzprotokoll zur EMRK idgF
	ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
	ZSR NF	Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge
	ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
	zT	zum Teil
	ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
	ZWF	Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzstrafrecht

□

*Für  
Franz & Florentina*



# I. Einleitung

## A. Problemstellung

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit Fragen der Abwägung im Kommunikationsstrafrecht. Gemeint ist jener Teil des Strafrechts, der gewisse Inhalte sprachlicher Nachrichten zum Verbotsgegenstand hat und damit in das Grundrecht auf Kommunikationsfreiheit eingreift, um andere Interessen – zB das Grundrecht auf Ehre – zu schützen. Im Blick der Untersuchung steht jeweils das strafrechtliche Verbot an sich, das sich an der Grenze zur Grundrechtsausübung bewegt (nicht dagegen die Strafbemessung). Das Strafrecht sieht sich im Zeitalter der *Mediatisierung* und *Medialisierung* der Gesellschaft<sup>1</sup> – verstanden als gänzliche mediale Durchdringung nahezu aller Aspekte und Bereiche des Lebens – ganz besonders im Bereich der Medien und Kommunikation mit vielfältigen Abwägungsfragen konfrontiert: Es gilt einerseits, die (basis-)demokratischen und politischen Möglichkeiten zu respektieren, zu fördern und bestmöglich zu erhalten, die sich aus den mannigfaltigen Formen von Kommunikation ergeben. Zugleich ist es Aufgabe (auch) des Strafrechts, die kommunikativen Möglichkeiten dort zu begrenzen, wo ihre Ausschöpfung Gefahren für andere nicht minder schützenswerte Interessen Einzelner, der Gesellschaft und des Staats bergen würde.

Das Grundrecht der Kommunikationsfreiheit nach Art 13 StGG/Art 10 EMRK weist einen äußerst weiten Schutzbereich auf und steht unter materiellem Gesetzesvorbehalt<sup>2</sup>. Daher sind Eingriffe durch einfachgesetzliche strafrechtliche Verbote stets besonders zu rechtfertigen. Eine solche Rechtfertigung muss durch eine Abwägung des Grundrechts auf Kommunikationsfreiheit mit anderen rechtlich geschützten Interessen vorgenommen werden, deren Ergebnis das Überwiegen letzterer Interessen ist. Nur wenn also im Einzelnen gegenläufige Interessen gewichtiger als das Interesse an Kommunikationsfreiheit sind, kann die Strafbestimmung erlassen werden. Das Verfahren der Interessenabwägung

1 Zu den Begriffen stellvertretend für viele andere *Birkner*, *Medialisierung*, 1 ff; *Hickethier* in *Hartmann/Hepp*, *Mediatisierung*, 85 ff (und weitere Kap in diesem Buch).

2 Das Folgende gilt letztlich für alle Grundrechte, die durch das Strafrecht begrenzt werden sollen, gleichermaßen, unabhängig davon, ob sie mit einem ausdrücklichen oder formellen Gesetzesvorbehalt ausgestattet sind oder durch immanente Schranken begrenzt werden; näher *Berka* in *Gedenkschrift Walter*, 36.

dient insoweit der Bestimmung des grundrechtlichen Inhalts,<sup>3</sup> sodass auf diese Weise zugleich der gesetzgeberische Spielraum für ein strafrechtliches Verbot abgesteckt werden kann.

Wie ausgeprägt dieser Spielraum jeweils ist, ist aufgrund der Mannigfaltigkeit menschlicher Kommunikationsformen und der damit verbundenen enormen Einzelfallabhängigkeit schwer zu ermitteln.<sup>4</sup> So zwingend Abwägungsvorgänge daher für die strafgesetzgeberische Entscheidung über die Pönalisierung eines kommunikativen Verhaltens sind, so sehr hadert die Abwägung als Methode mit ihrer Struktur und Objektivität. Genau das ist aber höchst brisant, denn: Die Besonderheit des Kommunikationsstrafrechts besteht darin, dass es jeweils um ein Verbot geht, das sich an der unmittelbaren Grenze zu einer legitimen Grundrechtsausübung bewegt. Durch Abwägung der involvierten Interessen ist damit jeweils zu klären, ob das kommunikative Verhalten entweder mit dem höchsten staatlichen Schutz ausgestattet ist, den die österreichische Rechtsordnung kennt, oder mit der schärfsten Reaktionsmöglichkeit des Staats, einer kriminalstrafrechtlichen Sanktion, zu belegen ist. Die auch nur geringfügige Überschreitung der Grenzen zulässiger Grundrechtsausübung mündet hier – gleichsam übergangslos – in eine Strafbarkeit des kommunikativen Verhaltens. Umgekehrt zieht auch ein geringfügiges Überschreiten der Strafkompetenz stufenlos eine Verfassungswidrigkeit des Strafgesetzes nach sich.

Diese besondere Ausgangslage führt zu zahlreichen strafrechtlichen Fragestellungen: Aus staatlicher Perspektive ist zunächst zu klären, welcher Staatsgewalt diese Abwägungskompetenz zukommt und wer folglich verantwortlich dafür ist, die Grenze zwischen Kommunikationsfreiheit und Strafrecht auszuloten. Ist dies geklärt, ist zu prüfen, wie eine solche Interessenabwägung in ihrem Ablauf, ihrer Struktur und ihrer Nachvollziehbarkeit beschaffen sein muss, damit sie jeweils zu verfassungskonformen Ergebnissen führt. Es geht damit einerseits um die Frage einer Methodik der Abwägung. Aus der Perspektive des Rechtsunterworfenen ist zudem zentral, dass er sein kommunikatives Verhalten jeweils verlässlich entlang der strafrechtlichen Grenzen ausrichten kann.

---

3 Berka in Gedenkschrift Walter, 36.

4 Die Literatur zur Abwägung mit den unzähligen Versuchen einer Objektivierung und Vermaßstablichung hat mittlerweile ein kaum mehr überblickbares Ausmaß angenommen; eine Übersicht bietet etwa Potacs in *Khakzadeh-Leiler/Schmid/Weber*, Interessenabwägung, 15 f mit Fn 4; zum aktuellen Forschungsstand auch I.C.



Das kann der Rechtsunterworfenen dann nicht, wenn die gesetzliche Lage so abwägungsoffen und damit vage gehalten ist, dass die Strafbarkeit eines Verhaltens eine Frage mit vorab völlig unbekanntem Größen ist. Eine nachvollziehbare Abwägung ist damit andererseits auch wesentlich für eine ausreichende Bestimmtheit eines strafrechtlichen Verbots.

## **B. Ziele und Forschungsfragen**

Die vorliegende Untersuchung verfolgt im Wesentlichen drei Ziele: In einem ersten Teil werden ausgewählte Aspekte des grundlegenden Verhältnisses von Strafrecht und Verfassung dargestellt. Der Fokus liegt einerseits auf der Grundrechtsgebundenheit des Strafrechts und dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot. Ziel ist andererseits die Begründung der Erkenntnis, dass sich aus beiden eine primäre Pflicht des Strafgesetzgebers ergibt, strafrechtliche Abwägungsentscheidungen, bei denen es um die Einschränkung eines Grundrechts geht, hier: der Kommunikationsfreiheit, selbst vorzunehmen.

Im zweiten Teil der Untersuchung wird ein eigenes 6-stufiges Abwägungsmodell erarbeitet. Hierbei soll der Blick auf die materiellen Bestimmungen des Strafrechts (Verbotsebene) gerichtet werden. Ziel ist es, auf Basis eines strukturierten Abwägungsprozesses in mehreren Schritten eine Grundlage für gesetzgeberische Abwägungsvorgänge zu schaffen. Wenn der Gesetzgeber in Zukunft vor der Aufgabe steht, aus Anlass der Schaffung einer Strafnorm zwischen verschiedenen kollidierenden rechtlich geschützten Interessen abzuwägen, könnte dieses Modell als Anleitung fungieren. Es dient insb der erhöhten Transparenz und Nachvollziehbarkeit solcher Abwägungsentscheidungen, weil es die Abwägungsgesichtspunkte, von denen sich der Gesetzgeber leiten lassen, sichtbar macht. Mit Hilfe dieses Abwägungsmodells könnten die zahlreichen und vielzitierten Nachteile der Abwägung immerhin minimiert werden.

Der dritte Teil der Untersuchung wird schließlich den bisherigen gesetzgeberischen Prozess der Abwägung aufzeigen und nachvollziehen. Hierzu werden auf Basis einer Analyse der Gesetzesmaterialien zum Kommunikationsstrafrecht die vom Gesetzgeber vorgegebenen gemeinsamen Regeln, Prinzipien und Leitlinien legislativer und judikativer Wert- und Interessenentscheidungen für Konflikte von Grundrechten und anderen rechtlich geschützten Interessen identifiziert. Der

primär vom Gesetzgeber vollzogene rechtliche<sup>5</sup> Abwägungsprozess, der zu den Gesetzesbestimmungen idgF geführt hat, soll so sichtbar werden. Im Weiteren ist zu klären, ob und inwieweit die Delikte gegen die Ehre nach den §§ 111 ff StGB, in denen besonders häufig grundrechtlich relevante Abwägungsfragen (va zwischen der Kommunikationsfreiheit und dem Recht auf Ehre oder Privatleben) auftauchen, den Anforderungen an das Bestimmtheitsgebot genügen. Wird das verneint, gilt es schließlich einen gesetzlichen Alternativvorschlag auszuarbeiten, der dem entwickelten Abwägungsmodell folgt.

Die (wichtigsten) Forschungsfragen lauten:

1. Inwieweit stellen sich die Grundrechte als verfassungsrechtliche Schranken des Strafrechts dar und welche Konsequenzen hat diese Grundrechtsgebundenheit für die Gesetzgebung und Vollziehung?
2. Wie ist das Verhältnis der Kommunikationsfreiheit nach Art 13 StGG/Art 10 EMRK zum Strafrecht beschaffen und welche Auswirkungen hat dies für die Geltendmachung der Kommunikationsfreiheit im Strafverfahren?
3. Inwieweit ist bei strafrechtlichen Verboten eine grundrechtliche Interessenabwägung geboten und wer (Gesetzgebung, Vollziehung) muss diese warum und wie vornehmen?
4. Wie sieht eine strukturierte Interessenabwägung im Strafrecht aus Anlass der Schaffung/Anwendung eines strafrechtlichen Verbots aus?
5. Welche Abwägungsregeln, -prinzipien und -leitlinien könnte bzw müsste der Gesetzgeber dem Kommunikationsstrafrecht zugrundelegen?
6. Von welchen Abwägungsregeln, -prinzipien und -leitlinien lässt sich der Gesetzgeber im Kommunikationsstrafrecht tatsächlich leiten?
7. Sind die §§ 111 ff StGB ausreichend bestimmt, indem sie eine Vorhersehbarkeit der Strafbarkeit anhand klarer Abwägungskriterien garantieren?
8. Wie könnte eine künftige Fassung der §§ 111 ff StGB ausgestaltet sein, die dem Bestimmtheitsgebot (besser) entspricht, weil Gesetzeswortlaut und -materialien die Abwägungskriterien klar(er) vorgeben?

---

5 Vgl dagegen zum psychologischen Prozess des Abwägens aus dem Blickwinkel der Motivationsforschung *Gollwitzer*, Abwägen und Planen, 1 ff.

### C. Stand der Forschung und Relevanz

Ein Blick auf die österreichische und auch deutsche wissenschaftliche Landschaft zu dieser Themenstellung zeigt folgendes Bild: Ganz überwiegend fokussiert sich die bisherige Forschung auf das Recht der Medien, meist verengt auf (einzelne) Massenmedien, verfolgt hierbei aber keinen spezifisch strafrechtlichen Zuschnitt.<sup>6</sup> Das gilt – mit Ausnahmen<sup>7</sup> – auch dann, wenn (bestimmte) Grundrechte im Fokus der Ausführungen stehen.<sup>8</sup> Abwägungsfragen werden zumeist entweder nur aus verfassungsrechtlicher und insb grundrechtlicher Sicht betrachtet<sup>9</sup> oder jedenfalls nicht aus strafrechtlicher, sondern vielmehr verwaltungs- oder zivilrechtlicher Perspektive beleuchtet.<sup>10</sup> »Grundrechte im Strafrecht« sind zwar seit langem ein regelmäßig aufgegriffenes Thema wissenschaftlicher Arbeiten, diese fokussieren sich aber häufig auf den Schutz der Persönlichkeit, Privatsphäre und der Ehre »vor« (Massen-)Medien und nicht auf Abwägungsfragen aus dem Blickwinkel der Kommunikationsfreiheit.<sup>11</sup> Steht die Kommunikationsfreiheit

- 
- 6 ZB *Berka*, Massenmedien, 1 ff; *ders*, Kriminalberichterstattung, 1 ff; oder auch *Holoubek*, Rundfunkfreiheit, 1 ff; *Holoubek/Kassai/Trainer*, Massenmedien<sup>5</sup>, 1 ff; *Jarass*, Freiheit der Massenmedien, 1 ff; *Lendl*, ÖJZ 2011, 9 ff; *Lendl* in AIDP, 39 ff; *Rami* in *Karl/Berka*, Medienfreiheit, 93 ff; *Schumacher*, Medienberichterstattung, 1 ff.
- 7 ZB *Öner*, ÖJZ 1977, 1 ff; *Peglau*, Persönlichkeitsrecht, 1 ff.
- 8 ZB die Beiträge bei *Mayer H.* (Hrsg), Persönlichkeitsschutz und Medienrecht; außerdem *Loef*, Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz, 1 ff; *Matscher*, RZ 2001, 238 ff; *ders*, StPdG 29 (2001), 1 ff; *Mayer H.*, ÖZW 1989, 1 ff.
- 9 So etwa *Berka* in FS Schäffer, 91 ff; *ders* in FS Rill, 3 ff; *ders* in FS Walter, 37 ff; *Bezemek*, ZÖR 2012, 557 ff; *Camilo de Oliveira*, Kritik der Abwägung, 1 ff; *Klatt*, Prinzipientheorie, 1 ff; *Klatt/Schmidt*, Spielräume, 1 ff; *Koch H.* in *Erbguth/Oebbecke/Rengeling/Schulte*, Abwägung, 9 ff; *Ladeur*, Kritik der Abwägung, 1 ff; *Ossenbühl* in *Erbguth/Oebbecke/Rengeling/Schulte*, Abwägung, 25 ff; *ders*, DVBl. 1995, 904 ff; *Schilken* in *Erbguth/Oebbecke/Rengeling/Schulte*, Abwägung, 55 ff; *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, 1 ff; *Schneider*, Güterabwägung, 1 ff.
- 10 ZB *Kodek* in *Khakzadeh-Leiler/Schmid/Weber*, Interessenabwägung, 128 ff; *Lienbacher* in *Khakzadeh-Leiler/Schmid/Weber*, Interessenabwägung, 85 ff; *Stolzechner*, ZfV 2000, 214 ff; ferner *Ladeur*, Paradigma, 1 ff.
- 11 ZB jüngst *Heißl*, Persönlichkeitseingriffe, 1 ff; außerdem *Gosche*, Spannungsverhältnis, 1 ff; *Hager/Zöchbauer*, Persönlichkeitsschutz<sup>4</sup>, 1 ff; *Handler*, Schutz von Persönlichkeitsrechten, 1 ff; *Kretschmer P.*, Strafrechtlicher Ehrenschatz, 1 ff; *Merz*, Strafrechtlicher Ehrenschatz, 1 ff; *Ohrmann*, Schutz der Persönlichkeit, 1 ff; *Ozlbberger*, Ehrenschatz und Medienstrafrecht<sup>2</sup>, 1 ff; *Schumacher*, Medienberichterstattung, 1 ff; *Seling*, Schutz der Privatsphäre, 1 ff.

im Fokus, geht es ganz überwiegend um strafprozessuale Fragen.<sup>12</sup> Andere Untersuchungen, die das Kommunikationsstrafrecht zum Gegenstand nehmen, legen meist einen relativ engen Medienbegriff zugrunde oder erschöpfen sich in einer kursorischen Darstellung wichtiger kommunikationsstrafrechtlichen Bestimmungen.<sup>13</sup> Nur vereinzelt werden überhaupt strafrechtliche Abwägungsfragen erörtert, so wie etwa von *Schmoller*<sup>14</sup> zur Kunstfreiheit oder *Birklbauer*<sup>15</sup> mit Blick auf den AT und die Sanktionenebene.<sup>16</sup> Das Thema »Interessenabwägung im österreichischen Strafrecht« mit Fokus auf den kommunikationsstrafrechtlichen Verbotstatbeständen dagegen wurde bislang noch nicht monografisch behandelt.

Gelingt es, die Forschungsfragen<sup>17</sup> zu beantworten, leistet dies insoweit einen wichtigen Beitrag zur Rechtssicherheit im österreichischen Strafrecht, als derartige Abwägungsentscheidungen bis dato noch keiner eingehenden Analyse unterzogen wurden und die Ergebnisse damit zur Erhöhung des Rechtsverständnisses und der Transparenz der Gesetzgebung für die Rechtsadressaten beitragen. Das entwickelte Abwägungsmodell kann auch zur Auflösung anderer Interessenkollisionen mit grundrechtlichem Bezug herangezogen werden. Die abstrahierten Regeln, Prinzipien und Leitlinien können in weiterer Folge auch als dogmatische wie praktische Grundlage für künftige Abwägungsentscheidungen im Kommunikationsstrafrecht dienen. Darüber hinaus lassen sich die Ergebnisse auch auf weitere Bereiche des Strafrechts dergestalt übertragen, dass die ermittelten Regeln, Prinzipien und Leitlinien als Ausgangspunkt für die Auflösung anderer Interessenkollisionen angewendet werden können.

12 ZB jüngst *Heißl*, Grundrechtskollisionen, 1 ff; *Ratz*, ÖJZ 2007, 948 ff; *ders in Karl/Berka*, Medienfreiheit, 73 ff; sowie die Beiträge in *Vereinigung Österreichischer StrafverteidigerInnen* (Hrsg), Opferrechte und Medienjustiz.

13 ZB *Bergauer*, Das materielle Computerstrafrecht, 1 ff; *Reindl-Krauskopf/Salimi/Stricker*, Handbuch IT-Strafrecht, 1 ff; *Hilgendorf*, ZStW 2006, 202 ff; *Zöchbauer*, Medienstrafrecht, 1 ff.

14 In *Pauger*, Art goes law, 197 ff; vgl auch schon *Triffterer/Schmoller*, ÖJZ 1993, 547 ff, 573 ff.

15 In *Khakzadeh-Leiler/Schmid/Weber*, Interessenabwägung, 107 ff.

16 Im dt Recht zB auch *Gärtner*, Was die Satire darf, 1 ff.

17 I.B.

## D. Methodik

Die theoretischen Grundlagen der gegenständlichen Untersuchung werden zunächst in allen drei Teilen durch Literatur- und Judikatur-recherche (deduktiv) erarbeitet. Va aber werden eigene Überlegungen angestellt, wie etwa zu den Anforderungen des strafrechtlichen Bestimmtheitsgebots und zum strukturierten Abwägungsvorgang im Kommunikationsstrafrecht. Der dritte Teil schließlich enthält zunächst eine empirische Komponente: Anhand einer Analyse der einschlägigen Gesetzesmaterialien wird untersucht, ob und wie der österreichische Gesetzgeber Abwägungsentscheidungen vornimmt. Als Methode bedient sich die Arbeit einer qualitativen Inhaltsanalyse. Die Inhaltsanalyse – als gängige empirische Forschungsmethode in der Kommunikationswissenschaft<sup>18</sup> – ermöglicht die Darstellung aller Kommunikationsinhalte, die in irgendeiner Weise manifest, also als Text abgebildet werden können.<sup>19</sup> Zwar wird die Inhaltsanalyse in den Rechtswissenschaften kaum je angewendet, gerade die oft wenig beachteten Gesetzesmaterialien wie die Regierungsvorlage, der Justizausschussbericht oder auch ein Initiativantrag eignen sich jedoch gut als Analysematerial. In Anlehnung an die Motivanalyse nach *McClelland*<sup>20</sup> – in für die Inhalte von Gesetzesmaterialien stark modifizierter Form – soll mit einem Kategoriensystem<sup>21</sup> vorgegangen werden. Eine Motivanalyse empfiehlt sich, weil es gerade gilt, die hinter den Strafnormen stehenden gesetzgeberischen Entscheidungsprozesse nachzuvollziehen; die Abwägungsaspekte, von denen der Gesetzgeber sich hat leiten lassen und die zur Norm in ihrer in Kraft getretenen Ausgestaltung geführt haben, sind im weitesten Sinne die gesetzgeberischen *Motive*. Die Kategorien, die hierbei verwendet werden, eignen sich zudem im Ausgangspunkt auch für die Inhaltsanalyse von Gesetzesmaterialien: Erstens handelt es sich bei Gesetzesmaterialien um sprachliche Texte, die damit einer Inhaltsanalyse zugänglich sind. Zweitens sind die Gesetzesmaterialien das Medium, in dem der Gesetzgeber die Gelegenheit hat, seinen Motiven für eine gesetzliche Regelung Ausdruck zu verleihen.

18 ZB Merten K., Inhaltsanalyse<sup>2</sup>, 1 ff; außerdem Mayring, Qualitative Inhaltsanalyse<sup>12</sup>, 1 ff; Nawratil/Schönhagen in Wagner/Schönhagen, Qualitative Methoden in der Kommunikationswissenschaft<sup>3</sup>, 315 ff.

19 Merten K., Inhaltsanalyse<sup>2</sup>, 16.

20 Human Motivation, 221 ff; kurz zusammengefasst bei Merten K., Inhaltsanalyse<sup>2</sup>, 202.

21 Zum Kategoriensystem in dieser Arbeit XV.A.

Daran anschließend werden als Abschluss des dritten Teils die bis dahin gefundenen Ergebnisse auf die §§ 111 ff StGB (Delikte gegen die Ehre) angewendet. Insb wird der Frage nachgegangen, ob die Ehrdelikte den Anforderungen des Bestimmtheitsgebots genügen und verneinendenfalls, wie eine künftige Gesetzesfassung aussehen könnte. Es handelt sich insoweit um den »Anwendungsteil« zu den zuvor vorgestellten theoretischen Grundlagen.

## E. Gang der Darstellung

Der *erste Teil* beginnt mit der Verortung des Strafrechts als einfachgesetzliche Normen eine Ebene unterhalb des Verfassungsrechts und den damit verbundenen Konsequenzen. Zu diesem Zweck wird zunächst kurz das Verhältnis von strafrechtlichem Rechtsgüterschutz zur Verfassung dargestellt.<sup>22</sup> In einem weiteren Schritt wird auf die Unterordnung des einfachgesetzlichen Strafrechts unter die Ebene speziell der Grundrechte als Verfassungsrecht eingegangen, bevor ganz zentral die mannigfaltigen Konsequenzen dieser Grundrechtsgebundenheit erörtert werden:<sup>23</sup> So ergeben sich nämlich insb Pönalisierungsver- und -gebote für den Gesetzgeber<sup>24</sup> und eine Pflicht zur Effektivierung der Strafverfahrensgrundrechte sowie ggf zur Anrufung des VfGH bei Zweifeln über die Verfassungskonformität eines Strafgesetzes für die Rsp<sup>25</sup>. Erörtert wird zudem, ob es uU sogar eine Pflicht der Strafgerichte zur verfassungskonformen Auslegung von Strafgesetzen oder allenfalls ein Recht zur Rechtsfortbildung iSd verfassungsrechtlichen Optimierung gibt.<sup>26</sup> Danach wird das Verhältnis des Grundrechts der Kommunikationsfreiheit zum Strafrecht näher beleuchtet; hierzu gehören insb Ausführungen, dass und unter welchen Voraussetzungen strafrechtliche Normen in die Kommunikationsfreiheit eingreifen können<sup>27</sup> und wie ein Verstoß gegen die Kommunikationsfreiheit im Strafverfahren geltend gemacht werden kann<sup>28</sup>. Ein noch engerer Zuschnitt beleuchtet dann Abwägungsfragen

22 II.

23 III.

24 III.C.2.a. und III.C.2.b.

25 III.C.3.a. und III.C.3.b.

26 III.C.3.c. und III.C.3.d.

27 IV.C.

28 IV.E.

auf strafrechtlicher Verbotebene: Aus der Grundrechtsgebundenheit des Strafrechts ergibt sich nämlich auch die Notwendigkeit, ggf kollidierende und grundrechtlich geschützte Interessen abzuwägen, um zu einer verfassungskonformen Strafnorm zu gelangen.<sup>29</sup> Zentral ist hier die Prüfung, wer für diese Abwägungsentscheidungen im Staatsgefüge primär verantwortlich ist:<sup>30</sup> Die Verantwortlichkeit ergibt sich allen voran aus dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot.<sup>31</sup> Ist die Abwägungsentscheidung getroffen, ist zu klären, auf welcher Stufe des Straftataufbaus sie zu berücksichtigen ist.<sup>32</sup>

Im *zweiten Teil* wird zunächst als rechtstheoretische Grundlage des Abwägungsmodells für strafrechtliche Verbote die Prinzipientheorie insb nach *Ronald Dworkin* und *Robert Alexy* vorgestellt. Beide Autoren gehen von der Existenz verschiedener Arten von Normen mit unterschiedlicher Funktion und Wirkweise aus.<sup>33</sup> Auf Kritik daran wird anschließend repliziert.<sup>34</sup> Das zentrale nächste Kapitel ist dann der Abwägung als 6-stufigem Prozess und insb der Darstellung des eigenen Abwägungsmodells, das aus der Prinzipientheorie entwickelt wird, gewidmet.<sup>35</sup> Auf elementare Kritik an der Abwägung als Methode der Rechtsfindung an sich soll in einem nächsten Schritt eingegangen werden; eine eigene Stellungnahme wird auch auf diese Argumente Bezug nehmen.<sup>36</sup>

Im *dritten Teil* ist zunächst der Untersuchungsgegenstand anhand der bereits vorgenommenen Definition des Begriffs »Kommunikationsstrafrecht«<sup>37</sup> näher abzustecken.<sup>38</sup> Vor der eigentlichen Gesetzesmaterialienanalyse werden einige mögliche Regeln, Prinzipien und Leitlinien der Abwägung aus der bestehenden Literatur und Rsp (insb des EGMR) zu Normen des Kommunikationsstrafrechts dargestellt.<sup>39</sup> Im Anschluss werden die aus den Materialien ermittelten gesetzgeberischen Erwägungen, die bei der Schaffung von Kommunikationsstrafrecht tatsächlich

---

29 V.  
30 VI.  
31 VI.C.  
32 VII.  
33 IX.D.  
34 IX.H.  
35 X.  
36 XI.  
37 IV.D.  
38 XIII.  
39 XIV.

eine Rolle spielen, ausführlich erörtert.<sup>40</sup> Im vorletzten Schritt wird geprüft, ob die §§ 111 ff StGB (Delikte gegen die Ehre) den Anforderungen an das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot genügen, weil eine ausreichend vorhersehbare Abwägung im Einzelfall anhand klarer gesetzgeberischer Kriterien möglich ist.<sup>41</sup> Die Arbeit schließt sodann mit einem eigenen Vorschlag einer künftigen Fassung der Ehrdelikte.<sup>42</sup>

---

40 XV.B.

41 XVI.B.-XVI.H.

42 XVI.I.



Teil 1

**Strafrecht und Verfassung –  
Ausgewählte Grundlagen**

## II. Strafrechtlicher Rechtsgüterschutz innerhalb verfassungsrechtlicher Schranken

### A. Allgemeines

Das materielle Strafrecht dient in seiner Gesamtheit dem Schutz von Rechtsgütern iS eines »subsidiären Rechtsgüterschutzes«<sup>43</sup> innerhalb der Grenzen des *ultima ratio*-Grundsatzes.<sup>44</sup> Unter Rechtsgütern verstehen *Kienapfel/Höpfel* »die wertvollsten Bereiche des Soziallebens, die unter strafrechtlichen Schutz gestellt sind – also Werte, Einrichtungen und Zustände, die für das geordnete menschliche Zusammenleben unentbehrlich sind«<sup>45</sup>. Der »dualistischen Rechtsgüterlehre« folgend kann grundsätzlich zwischen Individualrechtsgütern – solchen Werten, Einrichtungen und Zuständen, die einzelnen Rechtsunterworfenen zuzuordnen sind – und kollektiven Rechtsgütern<sup>46</sup> – solchen, die der Allgemeinheit zuzuordnen sind – unterschieden werden.<sup>47</sup>

### B. Rechtsgüterschutz als Legitimation des Strafrechts

Primäre Intention aller strafrechtlichen Normen ist die Rechtsbefolgung der darin enthaltenen Verhaltensnorm zum Schutz eines Rechts-

43 *Roxin/Greco*, AT I<sup>5</sup>, § 2 Rz 7.

44 Näher *Lewisch*, Verfassung und Strafrecht, 222 f mwN aus der Strafrechtswissenschaft; zum *ultima ratio*-Prinzip, das letztlich eine Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgebots darstellt, sogleich II.E.

45 *Kienapfel/Höpfel*, AT<sup>12</sup> (Vorauf), Z 3 Rz 6; ähnlich auch *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT<sup>16</sup>, 3.6; *Triffterer*, AT<sup>3</sup>, 46 f.

46 *Schneider* (Güterabwägung, 134) unterteilt die Gemeinschaftsgüter wiederum in unmittelbare und mittelbare. Erstere sind demnach solche, die durch »Pluralisierung« von Individualrechten als Schutzbereiche mit unmittelbarer Bürgerbetroffenheit entstanden sind. Zweite dienen dem Schutz von Bereichen, die den Bürgern als Rahmen oder Plattform ihrer Entfaltung dienen.

47 *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT<sup>16</sup>, 3.8. Davon zu trennen ist erstens die Stoßrichtung einer Strafnorm, also ob die mit einer Strafbestimmung uU einhergehende Grundrechtsbeschränkung (zB eine Beschränkung des Rechts auf freie Kommunikation iSd §§ 111 ff StGB) Gemeinwohl- oder vielmehr Einzel- und Partikularinteressen fördert, so *Berka*, Grundrecht auf Datenschutz, 23. Abzuschichten ist zweitens die Frage, welchen Strafzwecken eine Bestrafung im Einzelfall dient; das österreichische Strafrecht kennt insb general- und spezialpräventive Zwecke, dazu ausführlich statt vieler *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT<sup>16</sup>, 2.8 ff.

guts. Dagegen ist die angedrohte Sanktionsverhängung im Falle der Nichtbefolgung nur sekundäres Ziel.<sup>48</sup> Strafrecht muss folglich grundsätzlich, um überhaupt legitimierbar zu sein, dem Schutz oder der Durchsetzung eines Rechtsguts als dahinterstehendem, schützenswertem Wert dienen.<sup>49</sup> Nach der von *Hassemer* entwickelten personalen Rechtsgutslehre darf der Staat ein Verhalten darüber hinaus nur dann unter Strafe stellen, wenn das Verhalten ein strafrechtlich schutzbedürftiges menschliches Interesse<sup>50</sup> verletzt.<sup>51</sup> Auch die vorliegende Untersuchung folgt einem solchen Verständnis des Begriffs »Rechtsgut«, wonach Anlass für jede strafgesetzliche Regelung eine drohende Gefahr einer Beeinträchtigung des von der Rechtsordnung zu schützenden Rechtsguts sein muss. Die Bestimmung des Rechtsguts durch den Gesetzgeber hilft insofern bei der »Bestimmung der Strafbarkeitszone«<sup>52</sup> und ist methodischen Rechtsgüterverständnisses auch bei der insb teleologischen Tatbestandsauslegung einer Strafnorm.<sup>53</sup>

### C. Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsgutswahl

Faktische Grundlage jeden Rechtsguts ist regelmäßig ein gewisser gesellschaftlicher Mindestkonsens über die Schutzwürdigkeit eines bestimmten Bereichs des Soziallebens. Dieser Mindestkonsens, was rechtlich schützenswert und damit ein Gut ist, unterliegt hierbei einem steten Wandel.<sup>54</sup> Aus rechtlicher Sicht hat der Strafgesetzgeber bei der Entscheidung über die Qualität eines Werts, einer Einrichtung oder eines Zustands als »Rechtsgut« weites Ermessen: Auf den Punkt gebracht kann der Gesetzgeber nämlich alles zum strafrechtlichen Rechtsgut ernennen, solange er sich innerhalb der Grenzen der Verfassung bewegt.

48 *Schäffer*, Rechtsquellen, 11.

49 Vgl dazu statt vieler aus der dt Literatur *Hassemer* in *Hefendehl/von Hirsch/Wohlens*, Rechtsgutstheorie, 57 ff; ferner *Günther* in *Neumann/Prittwitz*, Personale Rechtsgutslehre, 15 ff.

50 Vgl aber zB § 17 dt Tierschutzgesetz.

51 So *Hassemer* in *Philipps/Scholler*, Jenseits des Funktionalismus, 85 ff, insb 91; zusammenfassend *Günther* in *Neumann/Prittwitz*, Personale Rechtsgutslehre, 15; *Neumann* in *Neumann/Prittwitz*, Personale Rechtsgutslehre, 85.

52 So *Eichholzer*, Kinderpornographieverbot, 7.

53 Vgl etwa *Roxin/Greco*, AT I<sup>5</sup>, § 2 Rz 4 und 12.

54 Vgl *Metzler*, Strafrechtlicher Rechtsgüterschutz, 26 f.

Einziger Maßstab ist daher die Vereinbarkeit eines Rechtsguts mit der Verfassung.<sup>55</sup>

Der Blick auf die österreichische Verfassung zeigt rasch, dass die Grenzen, welche die Verfassung vorgibt, sehr weit gezogen sind und das Ermessen des einfachen Gesetzgebers entsprechend groß ist. Das gilt auch im Kommunikationsstrafrecht. Verfassungsrechtliche Schranken können sich hier insb auf der Stufe der Verhältnismäßigkeit eines mit der Strafnorm verbundenen Grundrechtseingriffs ergeben: Ist das mit der Strafnorm verfolgte Ziel – und das Ziel ist immer der Schutz eines bestimmten Rechtsguts – keinesfalls im öffentlichen Interesse gelegen,<sup>56</sup> ist die Strafbestimmung unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig.<sup>57</sup> Der materielle Gesetzesvorbehalt nach Art 10 Abs 2 EMRK erlaubt Eingriffe in die Kommunikationsfreiheit überhaupt nur zur Verfolgung dort ausdrücklich aufgezählter Ziele. So muss ein Strafgesetz, das die Kommunikationsfreiheit einschränkt, aus verfassungsrechtlichen Gründen für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für die öffentliche Ruhe und Ordnung oder die Aufrechterhaltung der Ordnung, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Verhinderung von strafbaren Handlungen, zum Schutz der Gesundheit und der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig sein.<sup>58</sup>

Abgesehen von diesen Grenzen kommt dem Gesetzgeber bei der Beurteilung der von einem menschlichen Verhalten ausgehenden Gefahr für ein Rechtsgut ein sehr weitgehendes Einschätzungsvorrecht (im Folgenden: »Prärogative«, vom Lateinischen *praerogatio* = Vorrecht) zu. Das gilt insb auch solange, als (noch) keine gesicherten wissenschaftlichen oder sonst empirischen Erkenntnisse zur Gefährdungseignung eines Lebenssachverhalts für das betreffende Verhalten vorliegen.<sup>59</sup> Vielmehr gilt, dass »[d]ie gewaltenteilungs- und demokratietheoretisch begründete Zwecksetzungsprärogative des Strafrechtsgesetzgebers [...] nicht durch strafrechtswissenschaftliche Theorien verengt [...] werden [darf]«<sup>60</sup>.

55 Negativer Rechtsgutsbegriff; dazu zB *Lagodny*, Schranken der Grundrechte, 143 zusammenfassend; vgl auch *Schneider*, Güterabwägung, insb 127, für den alle Rechtsgüter der Verfassung entspringen müssen.

56 VfSlg 12.094; VfSlg 11.558; ähnlich VfSlg 11.369.

57 Dazu näher V.G.2.

58 Näher III.B.3.

59 *Lagodny*, Schranken der Grundrechte, 173 ff und zuvor 172.

60 *Burchard* in *Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski*, Strafrechtspflege, 43 f.

Insoweit kann man von einer sehr weitgehenden »Rechtsgutsoffenheit« des österreichischen Rechts sprechen.

#### D. Vorgabe von Rechtsgütern durch die Verfassung

Die Verfassung zählt jedoch bestimmte Güter und Werte auf, die in jedem Falle als Rechtsgüter anzusehen und daher auch vom Strafrecht entsprechend zu achten sind: Gemeint sind hier insb die österreichischen Baugesetze der Bundesverfassung, eine gewisse staatliche Grundordnung, welche die Verfassung vorgibt, und va die Grundrechte. Im vorliegenden Zusammenhang am bedeutsamsten ist, dass die Grundrechte als verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte solche Rechtsgüter sind, immerhin handelt es sich um die von einem Staat in höchstem Maße geschützten Individualrechte jeder Person. Ihr Schutz setzt sicherlich auch gewisse Maßstäbe für den Schutz anderer Rechtsgüter.<sup>61</sup> Wenn *Schneider* allerdings Rechtsgüter als »hinter dem Grundrecht stehende, verobjektivierte, schutzwürdige, menschbezogene Wert[e]«<sup>62</sup>, also verrechtlichte Güter versteht, und konstatiert, dass ein »Rechtsgut [...] also der vom einzelnen Individuum, nicht aber vom Menschen an sich losgelöst schutzwürdige objektive Wert, wie er in den Grundrechten seine ursprüngliche Festlegung erfahren hat«<sup>63</sup>, ist, erscheint das – jedenfalls für das österreichische Recht – wohl als zu hoch gegriffen. So lässt sich nicht jedes strafrechtlich anerkannte Rechtsgut auf ein Grundrecht zurückführen. Tatsächlich existieren im österreichischen Strafrecht eine Reihe von materiellen Bestimmungen, bei denen eine Rückführbarkeit auf einen grundrechtlichen Schutzbereich schlicht nicht möglich ist, wie zB die Tatbestände nach § 288 StGB (Falsche Beweisaussage) oder auch § 302 StGB (Mißbrauch der Amtsgewalt). Dies ist jedoch verfassungsrechtlich unbedenklich, weil eine solche Rückführbarkeit wegen der Rechtsgutsoffenheit nicht erforderlich ist. Aufgrund des Umstands, dass die Bestimmung von Rechtsgütern durch den einfachen Gesetzgeber »nur« nicht der Verfassung widersprechen darf, ist eine solche Rückführbarkeit aber mE erstens auch nicht notwendig. Zudem kennt die Verfassung zweitens schon selbst eine ganze

61 So auch *Schneider*, Güterabwägung, 128.

62 *Schneider*, Güterabwägung, 129.

63 *Schneider*, Güterabwägung, 129.

Reihe an Werten und Gütern, die sie nach ganz hM als schutzwürdig anerkennt, ohne dass es sich hierbei um ein Grundrecht handelt. Beispielhaft genannt seien etwa die Staatszielbestimmungen wie der Tier- oder Umweltschutz.<sup>64</sup>

### E. *Ultima ratio*-Grundsatz als Schranke?

Neben der geschriebenen Verfassung kommt als weitere absolute Grenze des Strafrechts der *ultima ratio*-Grundsatz in Betracht. Demnach soll der Einsatz von Strafrecht durch den Staat stets das letzte, äußerste und nur ausnahmsweise anzuwendende Mittel in einem Interessenkonflikt zwischen dem Staat und seinen Rechtsunterworfenen darstellen.<sup>65</sup> Es handelt sich hierbei insofern um eine Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgebots<sup>66</sup>, als das Prinzip zur Prüfung zwingt, ob der Einsatz des Strafrechts insgesamt im Vergleich zu gelinderen außerstrafrechtlichen Rechtsnormen zum Schutze eines Rechtsguts notwendig iSv erforderlich ist.<sup>67</sup> Gelindere Mittel als das Strafrecht sind daher zuerst auszu-schöpfen. Zu beachten ist nämlich, dass der Schutz eines Rechtsguts bei Weitem nicht nur durch das Strafrecht erfolgen kann: Das Rechtsgut der »Umwelt« etwa wird primär durch das Verwaltungsrecht wie bspw Auflagen im Betriebsanlagengenehmigungsverfahren, Gesetze zur technischen Ausführung von PKW usw geschützt. Nur in den wenigen, besonders gravierenden Fällen der §§ 180 ff StGB (Strafbare Handlungen gegen die Umwelt) greift der Staat hier zum Mittel des Strafrechts.

Der *ultima ratio*-Grundsatz ist letztlich – jedenfalls soweit er die Verbotsebene betrifft – allerdings nicht justiziabel.<sup>68</sup> Ob der Gesetzgeber

64 Bundesverfassungsgesetz über die Nachhaltigkeit, den Tierschutz, den umfassenden Umweltschutz, die Sicherstellung der Wasser- und Lebensmittelversorgung und die Forschung, BGBl I 111/2013 idF BGBl I 82/2019.

65 Trifflerer, AT<sup>2</sup>, 14 f.

66 Zu diesem eingehend V.G.2.

67 Eine andere Frage dagegen ist, ob ein strafrechtliches Verbot zwar grundsätzlich legitim, aber eben im Hinblick auf die konkrete Ausgestaltung unverhältnismäßig ist (zB bei drakonisch hohen Strafen trotz bloß geringen Unrechts).

68 Vgl für das dt Recht Lagodny, Schranken der Grundrechte, 532: »Das Ultima-ratio-Gebot ist eine grundrechtliche Obliegenheit, weil sie gerade nicht verfassungsgerichtlich überprüfbar ist. Aber die Grundrechte und insb die im Rahmen der Suche nach Abwägungsgrenzen gefundenen Prinzipienrelationen können dem Gesetzgeber Leitlinien an die Hand geben, wie die Ressource Kriminalstrafrecht insgesamt knapp gehalten werden kann.«

tatsächlich alle möglichen außerstrafrechtlichen Optionen zum Schutz eines Rechtsguts ausgeschöpft hat, ehe er zum Strafrecht gegriffen hat, ist juristisch nämlich gar nicht überprüfbar. Es gibt aus diesem Grund soweit ersichtlich auch keine Judikatur hierzu. Die fehlende Justizialität liegt va daran, dass das Strafrecht ohnedies nie als einziges, iSv zu außerstrafrechtlichen Normen alleiniges alternatives Mittel zum Rechtsgüterschutz angewendet wird. Das Strafrecht wird iSd Einheit der Rechtsordnung vielmehr nur als flankierende Ergänzung des außerstrafrechtlichen Schutzes eingesetzt, wie schon das Bsp des Umweltschutzes zeigt. Ein Rechtsgut, das nur im strafrechtlichen Sinne, nicht aber zugleich im zivil- oder verwaltungsrechtlichen Sinne schützenswert erscheint und daher ausschließlich strafrechtlichen Schutz genießt, gibt es nicht. Darüber hinaus müsste man den Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers, ob nun zusätzlich etwa zu zivilrechtlichen Konsequenzen noch strafrechtliche Normen angezeigt sind, so weit fassen, dass ein Verstoß gegen den *ultima ratio*-Grundsatz *de facto* nie angenommen werden könnte. Der Gesetzgeber ist daher lediglich iS einer Obliegenheit dazu angehalten, nur in möglichst wenigen Fällen strafrechtliche Mittel zur Durchsetzung seiner Interessen anzuwenden.

## F. Fazit

Welche Güter der Gesetzgeber strafrechtlich schützen darf, unterliegt im Ergebnis nur sehr wenigen verfassungsrechtlichen Grenzen. Es sind letztlich dieselben Schranken, wie sie ohnehin für das Strafrecht insgesamt gelten. So verdienstvoll daher die dt Rechtsgutsdiskussion<sup>69</sup> für die »systematische Entwicklung möglicher Grundlagen und Leitprinzipien der Strafrechtslegistik«<sup>70</sup> sein mag: Sie sagt einerseits nichts über die tatsächlichen verfassungsrechtlichen Schranken aus, andererseits vermag sie allenfalls als Appell an den Gesetzgeber zu dienen, den Einsatz des Strafrechts tatsächlich iSd *ultima ratio*-Grundsatzes<sup>71</sup> auf sozial unerträgliche Lebenssachverhalte (rück-)zubesinnen. Auch aus dem

69 Vgl statt vieler *Hefendehl*, Rechtsgutstheorie; ferner die Beiträge in der ZStW 2015 zur 36. StrafrechtslehrerInnentagung 2015: zB *Engländer*, ZStW 2015, 616 ff; *Kudlich*, ZStW 2015, 635 ff; außerdem die Nachweise bei *Lewisch*, Verfassung und Strafrecht, 222 f (Fn 802).

70 *Lewisch*, Verfassung und Strafrecht, 223.

71 Näher II.E.

*ultima ratio*-Grundsatz lassen sich allerdings keine justiziablen Schranken für die Ernennung eines Guts zum strafrechtlichen Rechtsgut ableiten. Eine der dt Lehre vergleichbare Rechtsgutsdiskussion, die der Gesetzgebung darüber hinausgehende inhaltliche Schranken auferlegen möchte, ist aus diesen Gründen im österreichischen Recht nicht in dieser Form erforderlich. Für die vorliegende Arbeit soll deshalb zur Abgrenzung vom gängigen Rechtsgutsbegriff ein anderer Begriff für jene Güter verwendet werden, die der Gesetzgeber durch strafrechtliche Normen schützt und die in weiterer Folge dann auch in eine Abwägung einfließen, namentlich jener des »rechtlich geschützten Interesses«. Auf diesen Begriff wird an anderer Stelle näher eingegangen.<sup>72</sup>

### III. Grundrechte als verfassungsrechtliche Schranken des Strafrechts

#### A. Allgemeines

Das nachfolgende Kapitel verdeutlicht, dass die Grundrechte wichtige verfassungsrechtliche Schranken des Strafrechts sind: Das gesamte Strafrecht ist streng grundrechtsgebunden.<sup>73</sup> Diese Feststellung ist Voraussetzung für die weitere Erkenntnis, dass eine Abwägung im Strafrecht im Lichte dieser Grundrechte daher stets mit besonderer Sorgfalt vorzunehmen ist. Ein besonderer Fokus der nachfolgenden Ausführungen liegt daher auf den konkreten Konsequenzen dieser Grundrechtsgebundenheit des gesamten Strafrechts für den Gesetzgeber und die Rsp.<sup>74</sup>

#### B. Grundrechtsgebundenheit des Strafrechts

##### 1. Begriffe »verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte« und »Grundrechte«

Während als verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte jene subjektiv-öffentlichen Rechte bezeichnet werden, die dem Einzelnen durch eine

72 V.E.1.

73 III.B.

74 III.C.



Rechtvorschrift im Verfassungsrang eingeräumt werden,<sup>75</sup> werden als Grundrechte allgemein fundamentale Rechtspositionen der Person gegenüber der staatlichen Herrschaftsgewalt verstanden: Sie sind bis zu einem gewissen Grad »unverbrüchlich« und mit rechtlicher Durchsetzbarkeit ausgestattet.<sup>76</sup> Bislang gibt es in Österreich weder einen einheitlichen Grundrechtskatalog noch einen verbindlichen<sup>77</sup> Katalog aller verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte; die Bestimmungen finden sich vielmehr verstreut über die gesamte Rechtsordnung.<sup>78</sup> Die wohl wichtigste Rechtsquelle sowohl für verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte als auch Grundrechte ist die EMRK samt ihren Zusatzprotokollen, die von Österreich rückwirkend in Verfassungsrang erhoben wurde.<sup>79</sup>

Schon nach der Definition ist die Überschneidungsmenge von »verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten« und »Grundrechten« groß. Die Begriffe werden daher in der Praxis häufig synonym verwendet, allerdings sind sie nicht gleichzusetzen. So gibt es sowohl grundrechtliche Gewährleistungen außerhalb des formellen Verfassungsrechts (zB UN-Pakte über bürgerliche und politische Rechte sowie über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, Europäische Sozialcharta, Kinderrechtskonvention) als auch verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte außerhalb der Sphäre der Grundrechte (etwa Rechte aus Verfassungsbestimmungen im Bezügerecht).<sup>80</sup> Neben den grundrechtlichen Verbürgungen im Bundesverfassungsrecht (einschließlich der EMRK) kennt das österreichische Recht subjektive Rechte in den verschiedenen Landesverfassungsgesetzen<sup>81</sup> und auch die GRCh gehört zum festen nationalen Grundrechtsbestand: Mit seinem insoweit bahnbrechenden Erkenntnis aus 2012 erkannte der österreichische VfGH die Garantien der GRCh als seinen Prüfungsmaßstab an.<sup>82</sup>

75 So der VfGH auf seiner Homepage unter <<https://www.vfgh.gv.at/verfassungsgerichtshof/rechtsgrundlagen/grundrechte.de.html>> (27.7.2021).

76 So instruktiv *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte<sup>3</sup>, 1/1.

77 Eine Übersicht über die wichtigsten verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte bietet der VfGH auf seiner Homepage unter <<https://www.vfgh.gv.at/verfassungsgerichtshof/rechtsgrundlagen/grundrechte.de.html>> (27.7.2021).

78 Vgl. statt vieler *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte<sup>3</sup>, 1/6; eine Aufzählung der wichtigsten Rechtsquellen bietet *Auer*, Verfassung und Strafrecht, 52 f.

79 Art II Nr 7 des Bundesverfassungsgesetzes vom 4.3.1964, BGBl 59/1964.

80 So das Strategiepapier zum Ö-Konvent – Ausschuss 4 »Grundrechtskatalog« (1/AVORL-K – Ausschussvorlage) vom 1.10.2003, 1; online unter <[http://www.konvent.gv.at/K/DE/AVORL-K/AVORL-K\\_00001/fname\\_013361.pdf](http://www.konvent.gv.at/K/DE/AVORL-K/AVORL-K_00001/fname_013361.pdf)> (27.7.2021).

81 Dazu näher *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte<sup>3</sup>, 1/22.

82 VfSlg 19.632.

Das österreichische Recht verwendet den Begriff »Grundrechte« zwar nur an vereinzelter Stelle (zB § 1 DSGVO).<sup>83</sup> Art 144 B-VG (Individualbeschwerde beim VfGH gegen Erkenntnisse eines Verwaltungsgerichts als zentrale Norm der Geltendmachung von Grundrechtsverletzungen im österreichischen Recht) etwa spricht dagegen – wie auch die meisten anderen Bestimmungen – von »verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten«. Für die folgenden Ausführungen wird aus Gründen der sprachlichen Einfachheit dennoch ausschließlich von »Grundrechten« gesprochen. Alle in dieser Untersuchung relevanten Grundrechte sind ohnedies zugleich verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht und *vice versa*.

## 2. Grundrechte als Grenze des Strafrechts

Das österreichische Strafrecht ist nun in seiner Gesamtheit an die Verfassung und damit an die Grundrechte im hier verstandenen Sinne gebunden, soweit es sich um einfachgesetzliche Normen handelt (zT enthält es sogar selbst Normen im Verfassungsrang, so etwa insb das gesamte VerbotsG 1947). Alle drei Staatsgewalten (Legislative, Exekutive und Judikative) sind folglich ausnahmslos in sämtlichen Bereichen ihres hoheitlichen Handelns den Grundrechten unterworfen.<sup>84</sup> Das ergibt sich aus dem Stufenbau der österreichischen Rechtsordnung:<sup>85</sup> Das Strafrecht steht weitestgehend im (bloß) einfachgesetzlichen Rang, das Verfassungsgesetz ist höherrangig.<sup>86</sup> Strafgesetze unterliegen insofern einer grundrechtlichen Rechtfertigungspflicht, widrigenfalls sie verfassungswidrig sind.<sup>87</sup> Das (einfachgesetzliche) Strafrecht ist damit unstrittig auch gehalten, verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte und Grundrechte zu beachten.<sup>88</sup> Schon *Rawls* vertrat in seiner Verfassungstheorie die Ansicht, dass die Verfassung eines Staats zweierlei Zwecke erfüllt: Erstens die Sicherstellung gleicher Freiheiten für jedermann

83 Näher *Hengstschläger/Lieb*, Grundrechte<sup>3</sup>, 1/4.

84 Statt vieler *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht<sup>12</sup>, Rz 709 ff, 723 ff, 740; *Berka*, Verfassungsrecht<sup>7</sup>, Rz 1249 ff; ebenso für das dt Recht *Schmidt*, ZStW 2009, 645 ff.

85 Vgl zum »Stufenbau der Rechtsordnung« statt vieler *Öhlinger*, Stufenbau der Rechtsordnung, 1 ff. Das Konzept geht dem Grunde nach auf *Kelsen* und *Merkl* zurück; vgl für eine Zusammenfassung ihrer Grundgedanken etwa *Funk; Jabloner; Potacs; Wiederin* in *Griller/Rill*, Rechtstheorie.

86 Vgl statt vieler *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht<sup>12</sup>, Rz 12.

87 *Lewisch*, Verfassung und Strafrecht, 316.

88 Vgl auch *Holoubek*, Rundfunkfreiheit, 43 ff.

und zweitens die Garantie einer fairen und effizienten Gesetzgebung.<sup>89</sup> Dies gilt auch für das österreichische Strafrecht.

Welche Lebenssachverhalte der Rechtsunterworfenen grundrechtlich geschützt sind, bestimmt der jeweilige Schutzbereich eines Grundrechts.<sup>90</sup> In einen vom Schutzbereich eines Grundrechts erfassten Lebenssachverhalt darf von staatlicher Seite nur ausnahmsweise eingegriffen werden. Die Gesamtheit der Grundrechte soll nämlich jedem Menschen ein Mindestmaß an Freiheiten und Rechten sicherstellen. Ihre zentrale Funktion besteht darin, »dem Menschen ein Leben in Freiheit, Würde,<sup>[...]</sup> Gleichheit und Solidarität zu garantieren«<sup>91</sup>. Die geradezu klassische Funktion der Grundrechte besteht seit jeher in der »Abwehrfunktion«, sohin der Möglichkeit des Grundrechtsberechtigten, Angriffe des Staats auf seine grundrechtlich geschützte Sphäre abzuweisen (Recht auf staatliches Unterlassen). Sie sind Ausdruck des liberalen Grundprinzips.<sup>92</sup> Abwehrrechte regeln damit das vertikale Verhältnis Staat – Bürger. Daneben erfüllen Grundrechte allerdings noch andere wesentliche Aufgaben: Gleichheitsrechte stellen unter den Rechtsunterworfenen nach dem allgemeinen Sachlichkeitsgebot eine rechtliche Gleichheit her; politische und demokratische Grundrechte ermöglichen dem Einzelnen die Teilnahme an der staatlichen Willensbildung; Verfahrensgarantien sichern die rechtsstaatlichen Ansprüche an den Staat; soziale Grundrechte sind auf aktive Leistungen des Staats gerichtet.<sup>93</sup> Schon aus dieser groben Aufzählung wird deutlich, dass Grundrechte nicht nur ein Unterlassen des Staats sicherstellen sollen, sondern daneben auch staatliche Gewährleistungs- und Schutzpflichten des Staats entfalten.<sup>94</sup> Diesen Pflichten kommt gerade im Bereich des (materiellen) Strafrechts eine herausragende Bedeutung zu: Der Staat ergreift in Ausübung dieser Schutzfunktion verschiedene Maßnahmen, um seine rechtsunterworfenen Bürger vor zukünftigen Angriffen anderer

89 Vgl. dazu Rawls, *Theorie der Gerechtigkeit*<sup>16</sup>, 223 ff, 251 ff; zusammengefasst bei Wilkes, *Rechtsphilosophie*, 120.

90 Öhlinger/Eberhard, *Verfassungsrecht*<sup>12</sup>, Rz 706 ff; Grabenwarter/Pabel, *EMRK*<sup>7</sup>, § 18 Rz 2 ff; zum Schutzbereich der Kommunikationsfreiheit IV.C.2.a.

91 Hengstschläger/Leeb, *Grundrechte*<sup>3</sup>, 1/1.

92 So Hengstschläger/Leeb, *Grundrechte*<sup>3</sup>, 1/27.

93 Dazu ausführlich Hengstschläger/Leeb, *Grundrechte*<sup>3</sup>, 1/28 ff.

94 Zu dieser Gewährleistungsfunktion grundlegend Holoubek, *Grundrechtliche Gewährleistungspflichten*, 1 ff; zu den speziellen grundrechtlichen Gewährleistungs- und Schutzpflichten aus dem hier interessierenden Art 10 EMRK Grabenwarter/Pabel, *EMRK*<sup>7</sup>, § 23 Rz 59 ff.

zu schützen. Es geht damit nicht mehr nur um das Verhältnis Staat als »Angreifer« zu Rechtsunterworfenem als »Angegriffenem«, sondern um den Staat als Hüter des friedlichen Zusammenlebens und der sozialen Ordnung.

Vom Grundsatz der unbedingten Achtung des Schutzbereichs eines Grundrechts durch das Strafrecht gibt es Ausnahmen. Will der Strafgesetzgeber von einer solchen Ausnahme Gebrauch machen, muss sich der strafrechtliche Eingriff allerdings innerhalb bestimmter grundrechtlicher Schranken bewegen. Das soll im Folgenden näher ausgeführt werden.

### 3. Begrenzungsmöglichkeiten der Grundrechte durch strafrechtliche Verbote

Für strafrechtliche Verbote (*nicht*: die im Einzelnen verhängten Sanktionen<sup>95</sup>) gilt: Innerhalb grundrechtlicher Schranken sind Eingriffe in Grundrechte durch das Strafrecht ausnahmsweise zulässig. Zunächst werden die allermeisten Grundrechte nämlich nicht schrankenlos gewährt, sondern unterliegen einem Gesetzesvorbehalt, sohin verschiedensten Beschränkungen, die dem Staat solche Eingriffe in besonderen Fällen erlauben (in Gestalt von Gesetzesvorbehalten bzw Eingriffsvorbehalten oder uU auch immanenten Schranken).<sup>96</sup> Besonders hervorzuheben sind aufgrund ihrer Relevanz für die vorliegende Arbeit die materiellen Eingriffsvorbehalte, da sie va in der EMRK (Art 8–11) und hier bei der Kommunikationsfreiheit nach Art 10 EMRK<sup>97</sup> häufig anzutreffen sind. Ein Eingriff in das Grundrecht muss damit erstens gesetzlich vorgesehen sein<sup>98</sup> und zweitens – und dies ist das zentrale Charakteristikum der materiellen Eingriffsvorbehalte – einem legitimen Ziel dienen. Als »legitimes Ziel« iSd EMRK kommen nach den Art 8–11, jeweils Abs 2 EMRK<sup>99</sup> nur solche in Frage, die in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind, insb

95 Zu diesen III.C.2.a.i.

96 Dazu wiederum statt vieler *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte<sup>3</sup>, 1/49 ff.

97 Näher III.B.3.

98 Dazu eingehender *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte<sup>3</sup>, 1/50.

99 Siehe auch abermals *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte<sup>3</sup>, 1/50; detailliert auch *Harris/O'Boyle/Warbrick*, European Convention on Human Rights<sup>4</sup>, 631 ff; außerdem *Frowein* in *Frowein/Peukert*, EMRK<sup>3</sup>, Vorbem zu Art. 8–11, Rz 10 ff, 37 ff; *Mendel*, Freedom of Expression, 48 ff.

- ▷ für die nationale oder öffentliche Sicherheit,
- ▷ für die öffentliche Ruhe und Ordnung oder die Aufrechterhaltung der Ordnung,
- ▷ für das wirtschaftliche Wohl des Landes,
- ▷ zur Verhinderung von strafbaren Handlungen,
- ▷ zum Schutz der Gesundheit und der Moral oder
- ▷ zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.

Der formelle Eingriffsvorbehalt dagegen fordert zwar ebenfalls eine Gesetzesbindung aller Eingriffe, bindet die Eingriffe allerdings grundsätzlich nicht an bestimmte inhaltliche Voraussetzungen. Dies würde jedoch grundrechtliche Verbürgungen uU ihrer Bedeutung berauben, weil damit irgendein Gesetz irgendeines Inhalts zur Rechtfertigung jedes grundrechtlichen Eingriffs ausreichen würde.<sup>100</sup> Der VfGH entwickelte daher in ständiger Judikatur einerseits die sog Wesensgehaltssperre<sup>101</sup> (vgl dazu auch Art 119 Abs 2 GG) und statuierte auch für die formellen Gesetzesvorbehalte, dass ein Eingriff nur zulässig sein soll, wenn er ein legitimes Ziel verfolgt. Hierunter versteht der VfGH solche Ziele, die im »öffentlichen Interesse« gelegen sind.<sup>102</sup> Schließlich nimmt auch Art 52 Abs 1 GRCh (wonach Eingriffe in die Unionsgrundrechte ua dann zulässig sind, wenn sie »den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen«) eine Anbindung an dem Gemeinwohl dienenden Zielen vor.

Allen Grundrechten mit Gesetzesvorbehalten ist damit gemeinsam, dass Eingriffe in grundrechtlich geschützte Positionen jedenfalls nur dann zulässig sein können, wenn der Eingriff *Gemeinwohlinteressen* oder »öffentlichen Interessen« dient.<sup>103</sup> Damit ist aber keinesfalls gemeint, dass es sich jeweils um rein staatliche Interessen handeln muss; schon die legitimen Ziele der materiellen Gesetzesvorbehalte der EMRK<sup>104</sup> enthalten ua auch Einzel- oder Partikularinteressen. Ähnlich bezweckt auch das materielle Strafrecht, wie ausgeführt<sup>105</sup>, den Schutz von Rechtsgütern und zugleich immer von Gemeinwohlinteressen, wie-

100 Vgl auch *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte<sup>3</sup>, 1/51.

101 Ausführlich unten XIV.B.3.

102 Siehe nochmals *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte<sup>3</sup>, 1/53 mwN aus der Rsp.

103 So für das dt Strafrecht etwa schon *Lagodny*, Schranken der Grundrechte, 9, 138 ff.

104 Näher III.B.3.

105 II.B.

wohl ein Rechtsgut auch bloß ein Einzel- oder Partikularinteresse sein kann. Denn der Schutz von Rechtsgütern iSd Strafrechts dient *immer* Gemeinwohlinteressen, auch dann, wenn es sich um Individualrechtsgüter (Leben, körperliche Unversehrtheit) handelt.<sup>106</sup> Wenn das Strafrecht in Entfaltung seiner general- und spezialpräventiven Wirkung bspw erreicht, dass weniger Körperverletzungen, weniger Morde oder weniger Diebstähle sowie Betrüge passieren, dient das immer Allgemeininteressen (öffentliche Sicherheit und Ordnung, Rechte und Interessen anderer usw). Für Eingriffe in Grundrechte, die durch das Strafrecht geschehen, wird man daher mit guten Gründen immer argumentieren können, dass sie stets Gemeinwohlinteressen dienen. Ganz in diesem Sinne spricht schon *Dietel* von »in den Begriffen öffentliche Sicherheit und öffentliche Ordnung zusammengefaßten Rechtsgüter[n]«<sup>107</sup> und hebt etwa für den Begriff »öffentliche Sicherheit« hervor:

»Die im Begriff der öffentlichen Sicherheit zusammengefaßten Gemeinschaftsinteressen verlangen den Schutz der Individualgüter Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre, Eigentum, also von Grundrechten, jedoch nicht im Individualinteresse, sondern im öffentlichen Interesse, weil die Verletzung nicht allein den einzelnen, sondern die Allgemeinheit beeinträchtigt. Die im einzelnen gefährdeten Rechtsgüter erhalten dabei keine höhere Wertigkeit, wohl eine höhere Potenz, so daß die individuelle Ausübung gleichrangiger Rechte zurückstehen muß.«<sup>108</sup>

Hiervon zu unterscheiden sind Fragen der Geeignetheit, Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit iES (*Verhältnismäßigkeit*). Alle Eingriffe in nicht vorbehaltlos gewährte Grundrechte müssen nämlich solcherart verhältnismäßig sein: Ein Eingriff ist nur zulässig, wenn er zur Erreichung des legitimen Ziels geeignet, notwendig und verhältnismäßig iES ist. Dem Gebot der Verhältnismäßigkeit als letztlich zentralem Prüfungsanker jeder Abwägung soll ein eigenes Kapitel gewidmet werden.<sup>109</sup>

Darüber hinaus ist die Schutzdichte, die ein Grundrecht auch innerhalb seines Schutzbereichs gewährt, nicht an jeder Stelle gleich hoch.

106 Vgl nochmals *Lagodny*, Schranken der Grundrechte, 138 ff.

107 *Dietel*, DVBl. 1969, 574.

108 *Dietel*, DVBl. 1969, 576.

109 Siehe daher näher V.G.2.

Vielmehr muss zwischen einem Kernbereich (»Wesensgehalt«<sup>110</sup>) eines Grundrechts und seinem Randbereich unterschieden werden. Ein Eingriff in den Kernbereich »liegt dann vor, wenn die fragliche Handlungsmodalität nicht ersetzbar ist, ohne dass die Freiheitsgarantie entfällt«<sup>111</sup>. Aus dieser Unterscheidung »ergibt sich eine Abstufung der Intensität der grundrechtlichen Schutzkraft innerhalb eines bestimmten grundrechtlichen Gewährleistungsbereichs zwanglos aus der Nähe der Grundrechtsausübungsmodalität zu dem jeweiligen Grundrechtskern.«<sup>112</sup> Der Schutz ist im Kernbereich eines Grundrechts und »als seinem eigentlichen Schutz- und Ordnungsziel stärker [...] als in seinen Randbereichen«<sup>113</sup>. Erforderlich ist sohin immer auch eine Analyse des beeinträchtigten Lebenssachverhalts dahingehend, welchem Intensitätsbereich eines Grundrechts er zuzuordnen ist.<sup>114</sup>

#### 4. Einfluss des Rechts der Europäischen Union und internationaler Konventionen

Das gesamte österreichische Strafrecht ist heute wesentlich geprägt durch den Einfluss übernationalen Rechts wie insb jenes der Europäischen Union. Dies führt zu einem Pluralismus der Rechtsquellen insoweit, als für zahlreiche strafrechtliche Rechtsfragen neben dem nationalen Recht zusätzliche Rechtsquellen berücksichtigt werden müssen, sei es als zwingend zu beachtendes normatives Recht oder wichtige Interpretationshilfe. Internationales und hier insb europäisches Recht können daher die Begrenzungsmöglichkeiten von Grundrechten durch das Strafrecht erweitern oder einengen. Richtlinien der EU<sup>115</sup> dienen auch nach ihrer Umsetzung in das nationale Recht als Interpretationsrichtschnur, zusammen mit der Rsp des Gerichtshofs der EU. Verordnungen der EU sind direkt anzuwenden;<sup>116</sup> Grün- oder Weißbücher<sup>117</sup> etc können unverbindlich als Auslegungshilfe herangezogen werden.

110 Zum Wesensgehalt als Grenze der Einschränkung unten XIV.B.3.

111 *Vogel F./Christensen in Müller/Mastronardi*, Abwägung, 42.

112 *Wendt*, AÖR 104 (1979), 446.

113 *Wendt*, AÖR 104 (1979), 446.

114 *So Rüfner in Starck*, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 466 f; näher X.C.

115 Art 288 Abs 3 AEUV.

116 Art 288 Abs 2 AEUV.

117 Näher zu den Weißbüchern <[https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/white\\_paper.html?locale=de](https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/white_paper.html?locale=de)> (27.7.2021); zu den Grünbüchern <[https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/green\\_paper.html](https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/green_paper.html)> (27.7.2021).

Rahmenbeschlüsse waren bis zum Vertrag von Lissabon<sup>118</sup> ein vielfach genutztes Instrument, das Strafrecht der Mitgliedstaaten der EU zumindest partiell anzugleichen.<sup>119</sup>

Von besonderer Bedeutung in diesem Zusammenhang ist nunmehr zunächst die GRCh, die für die Mitgliedstaaten der EU bei der »Durchführung des Rechts der Union« (Art 51 GRCh) zu beachten ist.<sup>120</sup> Innerstaatlich nämlich nimmt sie im Stufenbau der Rechtsordnung hierarchisch betrachtet denselben Rang wie die Gründungsverträge der EU ein.<sup>121</sup> Im Anwendungsbereich des Unionsrechts iSd Art 51 Abs 1 GRCh<sup>122</sup> – damit jedenfalls bei der Umsetzung und unmittelbaren Anwendung von Unionsrecht – sind ihre Grundsätze, konkretisiert insb durch die Rsp des EuGH, für die Mitgliedstaaten verbindlich einzuhalten. Ein besonders prominentes Bsp für die Bedeutung der Rsp des EuGH ist dessen Urteil in der Rs *Digital Rights Ireland Ltd*<sup>123</sup> über die Nichtigerklärung der EU-grundrechtswidrigen Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie.<sup>124</sup> Mit der zunehmenden Durchdringung des nationalen Strafrechts durch EU-Rechtsnormen ist der Einfluss der GRCh dementsprechend beträchtlich. Ihre Bedeutung ist für Österreich seit dem Erkenntnis des VfGH aus 2012, wonach die Garantien der GRCh auch für ihn verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab sind, noch einmal gestiegen.<sup>125</sup> Weitere EU-Grundrechtsquellen sind gemäß Art 6 EUV die Grundrechte der EMRK als »allgemeine Grundsätze« des Unions-

118 Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, unterzeichnet in Lissabon am 13. Dezember 2007, ABl C 306 vom 17.12.2007.

119 ZB der Rahmenbeschluss 2001/413/JI des Rates vom 28. Mai 2001 zur Bekämpfung von Betrug und Fälschung im Zusammenhang mit unbaren Zahlungsmitteln, ABl L 149 vom 2.6.2001; Rahmenbeschluss 2008/913/JI des Rates vom 28. November 2008 zur strafrechtlichen Bekämpfung bestimmter Formen und Ausdrucksweisen von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit, ABl L 328 vom 6.12.2008.

120 Vgl *Schallmoser*, Europäischer Haftbefehl, 101 f mwN; zum Begriff auch *Eberhard* in FS Berka, 40 ff; *Öhlinger* in FS Berka, 143 f.

121 Art 6 Abs 1 EUV.

122 Vgl *Schallmoser*, Europäischer Haftbefehl, 101 f mwN.

123 Urteil 8.4.2014, verb RS C-293/12 und C-594/12.

124 Richtlinie 2006/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. März 2006 über die Vorratsspeicherung von Daten, die bei der Bereitstellung öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste oder öffentlicher Kommunikationsnetze erzeugt oder verarbeitet werden, und zur Änderung der Richtlinie 2002/58/EG, ABl L 105 vom 13.4.2006.

125 Erkenntnis U 466/11 ua; zu diesem Erkenntnis und seiner Bedeutung etwa *Eberhard* in FS Berka, 53 ff.



rechts<sup>126</sup> sowie die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten der EU, die ebenfalls als solche allgemeinen Grundsätze in das Unionsrecht einfließen.<sup>127</sup>

Völkerrechtliche Konventionen, wie etwa der Vereinten Nationen, werden schließlich über Art 9 B-VG anwendbar. Zu ihnen zählt auch die EMRK, die in Österreich sogar den Rang als (unmittelbar anwendbares) Verfassungsrecht genießt.<sup>128</sup> Sie steht in (zumindest) enger Verbindung mit der GRCh.<sup>129</sup>

## C. Konsequenzen der Grundrechtsgebundenheit des Strafrechts

### 1. Verantwortlichkeit für die Wahrung der Grundrechte

Aus dem Stufenbau der Rechtsordnung ergibt sich, dass das gesamte einfachgesetzliche Strafrecht an die Grundrechte, soweit sie als verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte im Verfassungsrang stehen, gebunden ist. Diese umfassende Pflicht zur Gewährleistung der Grundrechte im Strafrecht führt weiter zur zentralen Frage, wer die für diese Gewährleistung primär zuständige Autorität ist, zumal Grundrechte aufgrund ihrer häufig vagen Formulierung einer Konkretisierung im einfachgesetzlichen Recht bedürfen. Diese Kompetenz kann entweder

126 Näher *Grabemwarter/Pabel*, EMRK<sup>7</sup>, § 4 Rz 2 ff.

127 Der Vollständigkeit halber ist an dieser Stelle der Bereich der sog medienrechtlichen Content-Regulierung zu erwähnen, weil er für das Kommunikationsstrafrecht und hier insb die Rundfunkfreiheit von erheblicher Bedeutung ist. Im Rahmen der Content-Regulierung insb durch die EU-Kommission werden allen voran an Fernsehprogramme europäischer Rundfunkveranstalter inhaltliche Anforderungen gestellt. Prominentestes Bsp ist wohl die sog Fernsehrichtlinie der EU (Richtlinie 89/552/EWG des Rates vom 3. Oktober 1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität, ABl L 298 vom 17.10.1989), die 2010 außer Kraft getreten und durch die Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste ersetzt wurde (Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. März 2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste, ABl L 95 vom 15.4.2010); zu alledem etwa *Berka*, JRP 2000, 193 ff; *Holoubek*, Europäische Contentregulierung, 1 ff; *Kempermann*, Content-Regulierung, 1 ff; *Krammer*, Content-Regulierung, 1 ff.

128 Siehe Fn 79.

129 Dazu *Schallmoser*, Europäischer Haftbefehl, 102 ff und insb 86 ff.

beim österreichischen Strafgesetzgeber (einfachgesetzliches Strafrecht, nicht: Strafrecht im Verfassungsrang) oder bei den Gerichten in ihrer Gesamtheit oder etwa auch nur beim OGH liegen. Die primäre Verantwortlichkeit, die Grundrechte auf den Rechtsquellenebenen unterhalb des Verfassungsrangs abzusichern, liegt bereits beim Gesetzgeber (*Konkretisierungsprimat des Gesetzgebers*<sup>130</sup>). Er ist primärer Adressat der Grundrechte, auch jener der EMRK. Der Gesetzgeber ist damit in erster Linie verantwortlich, die Zweckmäßigkeit und Angemessenheit des Strafrechts insgesamt zu gewährleisten.<sup>131</sup>

Dies kann zum ersten damit begründet werden, dass strukturell zunächst der Gesetzgeber mit den Anforderungen durch die Verfassung konfrontiert ist. Sie kann den Gesetzgeber sogar dazu verpflichten, bestimmte Verhaltensweisen, die als Bedrohung für die Rechtsposition seiner Normadressaten einzustufen sind, mit Kriminalstrafe zu sanktionieren (*Pönalisierungspflichten*<sup>132</sup>).<sup>133</sup> Gesetzgeberische Maßnahmen im Strafrecht (auch dann, wenn sie grundrechtliche Implikationen enthalten) gehen in *Civil Law*-Systemen nämlich strukturell jenen der Rsp sowohl in inhaltlicher als auch zeitlicher Hinsicht voran.<sup>134</sup> Die zentralen Weichenstellungen für die Reichweite der verbotenen Verhaltensvorschrift werden damit bereits auf dieser Ebene vorgenommen. Die Rsp dagegen ist die diese Gesetzgebung anwendende Instanz. Die Rsp in Österreich basiert immer auf vorangehenden gesetzgeberischen Entscheidungen. Sie spielt eine Schlüsselrolle im individuellen Einzelfall, denn Strafgesetze vermögen nur abstrakt-generelle Vorschriften aufzustellen.<sup>135</sup> Wenn ein Richter mit einer Interessenkollision konfrontiert ist, deren befriedigende Abwägung nicht durch zulässige Interpretation erreicht werden kann, besteht insofern eine »Lücke«. Ist sie planwidrig,<sup>136</sup> hat der Richter sich im Rahmen der erlaubten richterlichen Rechtsfortbildung (Analogie zugunsten des

130 Dazu ausführlich VI.

131 ZB Höpfl, JBl 1979, 509.

132 Näher III.B.2.b.

133 Vgl *Bethge*, Grundrechtskollisionen, 408 f; *Peglau*, Persönlichkeitsrecht, 47 ff; kurz auch *Selting*, Schutz der Privatsphäre, 39.

134 Dies gilt – etwa im Unterschied zur Rsp des EGMR – nur für die österreichische ordentliche Gerichtsbarkeit, wohingegen etwa die Rsp des EGMR uU sogar Änderungen im nationalen Strafrecht erforderlich machen kann; vgl dazu nur *Rami* in *Karl/Berka*, Medienfreiheit, 93 ff.

135 Vgl die hierzu dargestellte Rsp des OGH bei *Lendl* in AIDP, 39 ff; des VfGH bei *Bierlein* in AIDP, 22 ff.

136 Zum Begriff III.C.3.d.i.

Täters und strafbarkeitsreduzierende teleologische Reduktion)<sup>137</sup> jeweils streng am *hypothetischen gesetzgeberischen Willen* zu orientieren.<sup>138</sup> Soweit ein Richter hierbei auch Verfassungsrecht konkretisiert, übt er eine »allenfalls quasi-legislatorische Funktion«<sup>139</sup> aus. Er bleibt hierbei allerdings jedenfalls an das gesamte geltende Recht gebunden; die absolute Grenze der Rechtsfortbildung wird durch die Verfassung gebildet.<sup>140</sup>

Die zweite Begründung liegt in der demokratischen Legitimation des Gesetzgebers: Er ist als gewähltes Gesetzgebungsorgan von den Rechtsunterworfenen zur Umsetzung der grundrechtlichen Vorgaben auch im Strafrecht angehalten. In einem demokratischen, dem kontinentaleuropäischen Rechtskreis (»civil law«) angehörenden Rechtsstaat wie Österreich liegt die Hauptverantwortlichkeit, Grundrechte und andere schützenswerte Rechtsgüter der Normunterworfenen zu gewährleisten, zunächst beim Gesetzgeber als demokratisch gewähltem Rechtskörper.<sup>141</sup> Aus der demokratischen Legitimation des Gesetzgebers ergeben sich nämlich im Vergleich zu Verwaltung und Rsp sehr große Unterschiede in der Bindung des Gesetzgebers an das Recht, die qualitativer Natur sind: Die Gesetzgebung vollzieht eine Norm, die sie zur Setzung von Normen ermächtigt. Rsp und Verwaltung dagegen vollziehen eine »gebietende Zwangsnorm«.<sup>142</sup> So fordert schon *Wahl*, dass den grundrechtlichen Implikationen für das einfache Recht durch deren *Formulierung* Rechnung getragen wird, und nicht durch eine Art »Einzelfallvorbehalt«.<sup>143</sup> Das abstrakt-generelle *Gesetz* – und nicht die Entscheidung im individuell-konkreten Einzelfall – ist somit grundsätzlich die Rechtsinstitution, »die in genereller Weise die verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine rechtliche Ordnung eines Sachbereichs abarbeitet«<sup>144</sup>. Eine klare

137 Näher abermals III.C.3.d.i.

138 Ausführlich III.C.3.d.iii.

139 *Göldner* in FS Larenz, 209.

140 So erneut *Göldner* in FS Larenz, 209.

141 So auch *Berka* in *Machacek/Pahr/Stadler*, Grund- und Menschenrechte, 439: »Letztverantwortung für den verfassungsgerechten Ausgleich«; ähnlich *ders.*, Grundrecht auf Datenschutz, 99, 106; *ders.* in FS Rill, 7; außerdem *Ratz* in FS Steininger H., 123 mwN; für das dt Recht vgl *Bethge*, Grundrechtskollisionen, 297 f; *Bopp*, Gewissensfreiheit, 130 f; *Göldner* in FS Larenz, 201; *Ipsen*, NJW 1977, 2294; *Jestaedt*, Grundrechtseinfaltung, 135 ff; *Rüfner* in *Starck*, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 471 ff; *Wahl*, NVwZ 1984, 407 f; einen Überblick über den aktuellen Meinungsstand hierzu (in Deutschland) bietet *Schmidt*, Grundrechte, 42 ff.

142 *Schäffer*, Rechtsquellen, 16.

143 So *Wahl*, NVwZ 1984, 407 f.

144 *Wahl*, NVwZ 1984, 407.

Aufteilung der Kompetenzen von Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit gebietet außerdem das Gewaltentrennungsprinzip.<sup>145</sup>

Dieser verfassungsmäßige Vorrang der Gesetzgebung verdeutlicht sich in den verfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehalten, in denen das Vorhandensein eines Gesetzes zwingende Voraussetzung jedes Eingriffs in grundrechtlich geschützte Positionen etwa durch die Exekutive ist.<sup>146</sup> Es ist damit grundsätzlich die Aufgabe des Gesetzgebers, Gesetze im Einklang mit der Verfassung zu erlassen, verfassungsrechtliche Maßstäbe, Ziele und Vorgaben so im einfachen Recht zu konkretisieren.<sup>147</sup> Das Ausgeführte gilt ohne Einschränkung auch im Strafrecht<sup>148</sup> und insb für die Gewährleistung des Gebots der Verhältnismäßigkeit.<sup>149</sup>

Für das Strafrecht im Besonderen wird schließlich aus dem Konkretisierungsprimat des Gesetzgebers durch das *nulla poena sine lege*-Gebot eine Konkretisierungspflicht. Auf diesen letztgenannten Aspekt wird an anderer Stelle näher eingegangen.<sup>150</sup>

## 2. Gesetzgebung

Aus der Grundrechtsgebundenheit des gesamten Strafrechts ergibt sich evidentermassen, dass eine einfachgesetzliche Regelung mit den Grundrechten der österreichischen Rechtsordnung nicht unvereinbar sein darf. Hieraus resultiert die unmittelbare Verpflichtung des (einfachen) Gesetzgebers und für den hier relevanten Zusammenhang insb Strafgesetzgebers, das gesamte einfache Gesetzesrecht im Einklang mit den Grundrechten auszugestalten. Dies zeigt sich in zwei verschiedenen Formen: den Pönalisierungsverboten<sup>151</sup> und den Pönalisierungsgeboten<sup>152</sup>. Zu beachten ist, dass dem Gesetzgeber bei der Gestaltung des

145 Kallmeyer, Ideales Sollen, 103 ff, insb 105.

146 So zB für die Kunstfreiheit *Holoubek/Neisser* in *Machacek/Pahr/Stadler*, Grund- und Menschenrechte, 224; *Hermes*, VVDStRL 61 (2002), 129, mit Hinweis auf BVerfGE 101, 158, 218, der deshalb letztlich für das dt Recht eine »funktionswidrige Dominanz der Rechtsprechung« (131) attestiert (131 ff).

147 So etwa *Hotz*, Grundrechtseingriffe, 82 mwN; *Lerche*, Übermass, 86 f.

148 So *Lagodny*, Schranken der Grundrechte, 541.

149 *Weigend* in FS Hirsch, 924 f. Er betont weiters schlussfolgernd, dass eine Gesetzgebung, die dem Verhältnismäßigkeitsgebot gerecht wird, auch die Rechtsanwendung erheblich erleichtert (936).

150 Dazu VI.

151 III.C.2.a.

152 III.C.2.b.

einfachen Rechts – auch des Strafrechts, wie später zu zeigen sein wird – ein zT erheblicher Ermessensspielraum zukommt.<sup>153</sup>

#### a. Pönalisierungsverbote

##### (i.) Kein verfassungswidriges Strafrecht

Strafrechtliche Normen sind grundrechtskonform auszugestalten. Die Grundrechte begrenzen das Strafrecht und damit die gesetzgeberischen Möglichkeiten zur Pönalisierung von Verhaltensweisen. Denn was grundrechtlich geschützt<sup>154</sup> ist, darf nicht strafrechtlich verfolgt werden (*Pönalisierungsverbot*):<sup>155</sup> Ist eine bestimmte Verhaltensweise damit von einem grundrechtlichen Schutzbereich erfasst, und seine Ahndung auch nicht im Interesse bestimmter Ziele notwendig, wäre ein strafrechtliches Verbot dieses grundrechtlich geschützten Verhaltens daher verfassungswidrig (*Verbotsebene*).

Daneben sind auch den strafrechtlichen Sanktionen durch die Grundrechte Grenzen gesetzt (*Sanktionenebene*), allen voran einerseits durch das Gebot der Verhältnismäßigkeit der Freiheits- oder Geldstrafe (Art 5 EMRK/Art 1 PersFrG<sup>156</sup>, Art 5 StGG/Art 1 1. ZP-EMRK), aber etwa auch durch das grundrechtlich verbürgte Verbot der Todesstrafe oder Folter (Art 3 EMRK, Art 85 B-VG/6. ZP-EMRK/13. ZP-EMRK). Die Einhaltung der Pönalisierungsverbote durch den Gesetzgeber im Strafrecht ist auch überprüfbar, wie im Folgenden gezeigt werden soll.

##### (ii.) Gesetzesprüfungsverfahren und Parteiantrag auf Normenkontrolle (Gesetzesbeschwerde)

Die Einhaltung der Pönalisierungsverbote durch den Gesetzgeber im Strafrecht ist zunächst durch den VfGH überprüfbar. Er kann nach Art 140 B-VG und §§ 62 bis 65a VfGG die Einhaltung der grundrecht-

153 VI.D.

154 Die Formulierung »grundrechtlich geschützt« meint damit etwas anderes als »vom Schutzbereich eines Grundrechts« erfasst; zum Begriff »Schutzbereich« IV.C.2.a.

155 Dazu grundlegend *Berka* in *Schmoller*, Otto Triffterer und die Salzburger Juristenfakultät, 46; *Lewisch*, Strafrecht und Verfassung, 1; zu den grundrechtlichen Grenzen für das Strafrecht allgemein (für das dt Recht) *Lagodny*, Schranken der Grundrechte, 1 ff.

156 Bundesverfassungsgesetz vom 29. November 1988 über den Schutz der persönlichen Freiheit, BGBl 684/1988 idF BGBl I 2/2008.

lichen Standards durch Strafgesetze<sup>157</sup> prüfen. Ein solches Gesetzesprüfungsverfahren kann zunächst über Antrag eines Gerichts gemäß Art 140 Abs 1 Z 1 lit a B-VG eingeleitet werden.<sup>158</sup>

Daneben entscheidet der VfGH über die Verfassungswidrigkeit von Gesetzen auch im Rahmen eines Individualantrags einer Person, die behauptet, durch diese Gesetzesbestimmung unmittelbar in ihren Rechten verletzt zu sein (Art 140 Abs 1 Z 1 lit c B-VG). Voraussetzung für diese Beschwerde ist allerdings, dass das Gesetz für diese Person ohne Fällung einer gerichtlichen Entscheidung (und – für das Strafrecht jedoch nicht relevant – ohne Erlassung eines Bescheids) wirksam geworden ist, ohne dass ein zumutbarer anderer Weg für eine Bekämpfung offen stünde.<sup>159</sup> Ein unzumutbarer Umweg wäre etwa die Provozierung eines Strafverfahrens.<sup>160</sup> Kommt es aufgrund eines Individualantrags zu einer Aufhebung der grundrechtlich beanstandeten Strafnorm, wirkt die bereinigte Rechtslage jedenfalls auf den Antragsteller zurück (Art 140 Abs 7 B-VG).<sup>161</sup> Es hat ggf ein Freispruch in der Sache zu ergehen (§§ 259, 447 iVm 259, 488 Abs 1 iVm 259, 337 StPO).

Losgelöst von konkreten Anwendungsfällen sind im Rahmen der abstrakten Normenkontrolle gemäß Art 140 Abs 1 Z 2 und 3 B-VG zudem verschiedene Organe (namentlich die Bundesregierung in Bezug auf Landesgesetze, die einzelnen Landesregierungen umgekehrt in Bezug auf Bundesgesetze, ein Drittel der Abgeordneten zum Nationalrat oder ein Drittel der Mitglieder des Bundesrats in Bezug auf Bundesgesetze und korrespondierend ein Drittel der Abgeordneten eines Landtags in Bezug auf Landesgesetze [wenn in der jeweiligen Landesverfassung vorgesehen]) berechtigt, einen Antrag auf Aufhebung einer ihres Erachtens verfassungswidrigen Gesetzesbestimmung an den VfGH zu richten.<sup>162</sup>

Seit 1.1.2015 wurde außerdem mit dem Rechtsbehelf des Parteienantrags auf Normenkontrolle oder auch sog Gesetzesbeschwerde in

157 Die Verfassungsmäßigkeit des einfachen Gesetzes ist nach Art 140 B-VG und §§ 62 bis 65a VfGG auch in sämtlichen anderen Rechtsbereichen überprüfbar; hierauf wird jedoch nicht weiter eingegangen.

158 Dazu näher III.C.3.b.

159 Statt vieler zB *Fichtenbauer/Hauer*, Parteienantrag, Rz 3.

160 *Lewisch*, Verfassung und Strafrecht, 5 und 6.

161 Zu den damit verbundenen Fragen im Detail vgl etwa *Stelzer* in FS Berka, 609 ff, insb 616 ff.

162 Vgl zu alledem sowie informativ näher <<https://www.vfgh.gv.at/kompetenzen-und-verfahren/kompetenzen.de.html>> (27.7.2021).

Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG<sup>163</sup> ein weiteres Institut zur Geltendmachung verfassungswidriger Gesetze vor dem VfGH installiert: Hiernach erkennt das Gericht über die Verfassungswidrigkeit einer Norm auf Antrag einer Person, die behauptet, als Partei einer von einem Gericht in erster Instanz entschiedenen Rechtssache durch die Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes in ihren Rechten verletzt zu sein. Die Gesetzesbeschwerde wird an anderer Stelle näher dargestellt.<sup>164</sup>

### (iii.) Rechtsmittel und Rechtsbehelfe?

Basiert ein Strafurteil auf einem gegen Pönalisierungsverbote verstößenden Gesetz, ist fraglich, ob das Urteil im ordentlichen oder außerordentlichen Rechtsweg angefochten werden kann. Insb könnte ein Rechtsfehler und damit ein Nichtigkeitsgrund nach § 281 Abs 1 Z 9 bzw § 345 Abs 1 Z 11 StPO darin erblickt werden, dass das Strafgericht trotz Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes die Normanfechtung (Art 140 Abs 1 Z 1 lit a B-VG) unterlassen hat.<sup>165</sup> Immerhin wäre es dazu nach Art 89 Abs 2 B-VG verpflichtet. Der OGH ist diesen Weg allerdings bislang nicht gegangen.<sup>166</sup>

#### *b. Pönalisierungsgebote?*

Noch keine Aussage ist bislang zu der Frage getroffen, ob der Gesetzgeber und insb der Strafgesetzgeber zudem gesetzgeberisch tätig werden muss, um die Grundrechte zu wahren.<sup>167</sup> Anerkannt ist in Österreich, dass sich aus den Unterlassungsgeboten der grundrechtlichen Abwehrrechte in bestimmten Fällen dergestalt Handlungspflichten ableiten lassen, dass Grundrechte und ihre Ausübung durch positive staatliche Maßnahmen gewährleistet bzw gesichert werden müssen. Dies gilt auch für Eingriffe von anderen Grundrechtsträgern (von nicht-

163 BGBl I 114/2013.

164 Genauer unter IV.E.2.e.

165 III.C.3.b.

166 Näher IV.E.2.d.

167 Offen ist insb für den hier besonders bedeutsamen Zusammenhang, inwieweit er eine Aussage dahin treffen muss, welches von zwei in einer Kollisionssituation aufeinanderprallenden Grundrechten in dieser Situation schützenswerter erscheint und welches daher strafrechtlichen Schutz genießen soll; zu diesen Interessenkollisionen unten V.E.

staatlicher Seite).<sup>168</sup> Da Art 1 EMRK im Unterschied etwa zum StGG ausdrücklich den Auftrag an den Staat enthält, die in der EMRK verbürgten Grundrechte (aktiv) zu sichern, spielen *positive obligations* (so die Diktion des EGMR) va auch bei den EMRK-Rechten eine bedeutende Rolle. In der Vergangenheit wurden solche positiven Schutzpflichten va iZm Art 2 Abs 1 EMRK, Art 8 EMRK und auch Art 11 EMRK bejaht.<sup>169</sup> Damit sind diese Pflichten staatlicherseits verletzt, »wenn die Gesetzgebung oder die Vollziehung einen unverhältnismäßigen Eingriff in das vom Grundrecht geschützte Rechtsgut durch Handlungen oder Unterlassungen nichtstaatlicher Dritter zulässt.«<sup>170</sup> Insb in den Entscheidungen *Özgür Gündem vs Türkei*<sup>171</sup> oder *Appleby et al vs Vereinigtes Königreich*<sup>172</sup> bzw *Fuentes Bobo vs Spanien*<sup>173</sup> wurden derartige Schutzpflichten des Staats auch für Art 10 EMRK bejaht.<sup>174</sup>

Die Grundrechte bestimmen den gesetzgeberischen Spielraum somit noch auf eine andere Weise, gleichsam durch ihre »Kehrseite«: Sie verpflichten nämlich den Staat dazu, sie vor Eingriffen durch andere zu schützen, und zwar etwa durch die Schaffung von Strafbestimmungen zum Schutz der elementarsten Rechtsgüter und damit zum Schutz bestimmter Grundrechte seiner Rechtsunterworfenen.<sup>175</sup> Aus der sog Drittwirkung von Grundrechten, die den Einzelnen vor Eingriffen anderer Privatpersonen in seine Rechte schützen sollen, kann sich folglich eine positive Verpflichtung des Staats zur Vorbeugung solcher Eingriffe ergeben.<sup>176</sup>

168 So *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte<sup>3</sup>, 1/33.

169 Vgl mwN aus der einschlägigen Rsp *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte<sup>3</sup>, 1/33.

170 *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte<sup>3</sup>, 1/33.

171 16.3.2000, insb Rz 43.

172 6.5.2003, Rz 39.

173 29.2.2000, Rz 38.

174 Mit Details und weiteren Bsp *Mendel*, Freedom of Expression, 8 ff, 21 ff.

175 Zu diesen grundrechtlichen Gewährleistungs- oder Schutzpflichten grundlegend *Holoubek*, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten, 1 ff; zu den sich aus der Kommunikationsfreiheit ergebenden Gewährleistungspflichten eingehend *Heißl*, Grundrechtskollisionen, 143 ff; für das dt Recht *Niemöller in Umbach/Clemens/Dollinger*, Bundesverfassungsgerichtsgesetz<sup>2</sup>, Kap A.II.6. Rz 6, wo ein Pönalisierungsgebot für die Sicherung des Friedens iSd Art 26 I 2 GG (»Handlungen, die geeignet sind und in der Absicht vorgenommen werden, das friedliche Zusammenleben der Völker zu stören, insbesondere die Führung eines Angriffskrieges vorzubereiten, sind verfassungswidrig. Sie sind unter Strafe zu stellen.«) sogar ausdrücklich normiert ist.

176 Die Rsp des EGMR hierzu betrifft va Eingriffe in Art 8 und Art 6 Abs 2 EMRK: zu alledem statt vieler *Matscher*, StPdG 29 (2001), 30 f; *ders*, RZ 2001, 246 f mN aus der einschlägigen Rsp.



Die Schutzpflicht des Staats beginnt allerdings jeweils erst bei der tatsächlichen Verletzung von Rechtsgütern, nicht schon bei jedweder Berührung oder bei anderen Einwirkungen, die im menschlichen Alltag unvermeidbar, üblich, sozialadäquat oder zumindest als zumutbar hinzunehmen sind.<sup>177</sup> Seine Aufgabe besteht nicht in der Verhinderung jedes erdenklichen Eingriffs in den Schutzbereich eines Grundrechts seiner Rechtsunterworfenen, sondern lediglich in der Vorbeugung und Abwendung von Verletzungen derselben.

Wie der Gesetzgeber seine Schutzpflichten im Einzelnen wahrnimmt, ist zwar grundsätzlich ihm überlassen. Ob er also ausschließlich auf Prävention setzt, einen zivilrechtlichen Anspruch verankert, eine (bloß) verwaltungsstrafrechtliche Ahndung oder doch eine kriminalstrafrechtliche Verfolgung vorsieht, kann er nach eigenen Überlegungen entscheiden. Eine gewisse Wirksamkeit des Schutzes ist allerdings Voraussetzung. In bestimmten Fällen, namentlich bei besonders krassen Verstößen gegen die gesellschaftliche Ordnung, lässt sich daher zunächst mit guten Gründen für ein strafrechtliches Pönalisierungsgebot<sup>178</sup> argumentieren. Ist folglich ein entsprechender Schutz von Grundrechten nur durch strafrechtliche Sanktionierung erreichbar, ist im Prinzip zu einem kriminalstrafrechtlichen Mittel zu greifen. Die rechtliche Durchsetzbarkeit dieser Pflichterfüllung ist im Einzelnen allerdings höchst fraglich. Denn im Unterschied zu erlassenen Gesetzen, die auf ihre Grundrechtskonformität hin überprüft werden können, kann umgekehrt die Untätigkeit des (Straf-)Gesetzgebers trotz bestehender Schutzpflichten vor dem VfGH nicht geltend gemacht werden, da dieser nur kassatorisch entscheiden, dagegen nicht dem Gesetzgeber bindend auftragen kann, gesetzgeberisch in Wahrnehmung seiner aus den Grundrechten resultierenden Schutzpflichten tätig zu werden.<sup>179</sup> Pönalisierungsgebote sind daher letztlich vor österreichischen Instanzen nicht justiziabel; allenfalls käme eine Anrufung des EGMR in Betracht: Wenn etwa der strafrechtliche Schutz von Leib und Leben (§§ 75 ff StGB) gänzlich abgeschafft und nur noch der zivilrechtliche Schutz verbleiben würde, ist denkbar, dass der EGMR hierin eine Verletzung staatlicher Schutzpflichten aus Art 2 EMRK erblickt.

177 So für das dt Recht, aber auch für das österreichische Recht geltend *Isensee*, Handbuch des Staatsrechts IX, § 191 Rz 3; ihm folgend *Lagodny*, Schranken der Grundrechte, 256.

178 Ein solches kann sich zudem zB auch aus internationalen und hier insb EU-rechtlichen Verpflichtungen ergeben; XV.B.1.

179 Näher *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte<sup>3</sup>, 1/34 und auch 1/31.

### 3. Rechtsprechung

Aus der umfassenden Bindung an im Stufenbau der Rechtsordnung höheres Recht ergibt sich für die Rsp einerseits eine Bindung an das einfache Gesetz<sup>180</sup> (insb an das Strafverfahrensrecht<sup>181</sup>) und andererseits an das jeweils einschlägige Verfassungsrecht. Eine Norm des Strafrechts muss daher im konkreten Einzelfall grundrechtskonform angewendet werden und werden können. Bei Bedenken über die Verfassungsmäßigkeit einer einfachgesetzlichen Norm ist ein Gesetzesprüfungsverfahren einzuleiten.<sup>182</sup> Auch eine Pflicht zur verfassungskonformen Interpretation<sup>183</sup> könnte ebenso Ausdruck der Bindung der Rsp an das Verfassungsrecht sein wie eine Pflicht oder zumindest Befugnis zur verfassungskonformen Rechtsfortbildung<sup>184</sup>; beides wird eingehend zu prüfen sein.

#### a. Effektivierung der Strafverfahrensgrundrechte

Aus der Bindung der Rsp an die Grundrechte ergibt sich zunächst das Gebot einer korrekten Anwendung der einfachgesetzlichen, strafverfahrensrechtlichen Regelungen. Denn die Strafverfahrensgesetze stellen vielfach die einfachgesetzliche Umsetzung der Prozessgrundrechte insb iSd Art 6 EMRK dar.<sup>185</sup> Die Stellung des Haft- und Rechtsschutzrichters im Ermittlungsverfahren ergibt sich va aus dem Umstand, dass für Ermittlungsmaßnahmen mit besonders schweren Grundrechtseingriffen eine gerichtliche Bewilligung erforderlich ist.<sup>186</sup> Die Aufgabe des Richters besteht hier in der Sicherstellung der Recht- und insb Verhältnismäßigkeit dieser Eingriffe (§ 5 StPO). Im Hauptverfahren ist es die primäre Aufgabe des Richters, das faire Verfahren und hierbei insb (neben zB der Öffentlichkeit iSd § 12 StPO) die Unparteilichkeit nach § 3 StPO, die angemessene Verfahrensdauer gemäß § 9 StPO, das recht-

180 Dazu näher VI.E.1.

181 III.C.3.a.

182 III.C.3.b.

183 III.C.3.c.

184 III.C.3.d.

185 Ausführlich zu dieser Komponente der Bindung *Berka*, RZ 2008, 116 ff.

186 So etwa grundsätzlich (uU mit Ausnahmen bei Gefahr im Verzug) bei der Durchsuchung von Orten mit Hausrechtsschutz iSd § 117 Z 2 lit b StPO (§ 120 Abs 1 StPO), bei der körperlichen Durchsuchung (§ 123 Abs 1 StPO), der Festnahme (§ 171 Abs 1 StPO), und – für das Kommunikationsstrafrecht besonders relevant – auch in einigen Fällen der Nachrichtenauskunft und -überwachung (§ 137 Abs 1 StPO).

liche Gehör (§ 6 StPO) und das Recht auf Verteidigung (§ 7 StPO) des Angeklagten sicherzustellen. Im Rechtsmittelverfahren und schließlich mit Hilfe verschiedener Rechtsbehelfe kann eine Korrektur erstgerichtlicher Grundrechtsverletzungen geltend gemacht werden. Beispielfhaft genannt seien hier nur der Nichtigkeitsgrund nach § 281 Abs 1 Z 4 StPO, der sogar ausdrücklich auf Art 6 EMRK Bezug nimmt, die Grundrechtsbeschwerde nach dem GRBG oder auch die analoge Anwendung des § 363a StPO (Erneuerung des Strafverfahrens). Die Möglichkeiten zur Geltendmachung von Verletzungen der Kommunikationsfreiheit durch den Betroffenen werden an anderer Stelle dargestellt.<sup>187</sup>

#### b. *Anrufung des VfGH: Gesetzesprüfungsverfahren*

Nach Art 89 Abs 2 B-VG sind alle ordentlichen Gerichte verpflichtet, bei verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Anwendung eines Gesetzes einen Gesetzesprüfungsantrag beim VfGH zu stellen.<sup>188</sup> Ergeben sich folglich während eines Strafverfahrens Zweifel, ob eine im konkreten Fall anzuwendende Strafbestimmung verfassungswidrig ist, muss das Strafgericht einen Aufhebungsantrag an den VfGH stellen, der sodann ein Gesetzesprüfungsverfahren nach Art 140 B-VG einleitet (Art 140 Abs 1 Z 1 lit a B-VG). Solche Zweifel können die Bestimmtheit (Art 18 B-VG) der Verbotsnorm ebenso betreffen wie seine Grundrechtskonformität. Bedenken bestehen schon dann, wenn die Anwendung des Gesetzes auf den konkreten Einzelfall verfassungsrechtliche Zweifel aufwirft und nicht erst, wenn sich das Gesetz insgesamt als verfassungswidrig erweist.<sup>189</sup> Teilt der VfGH die Bedenken, ist das Strafgesetz (im angefochtenen Umfang oder ausnahmsweise zur Gänze; Art 140 Abs 3 B-VG) aufzuheben. Die Strafgerichte sind an diesen Ausspruch gebunden (Art 140 Abs 7 B-VG). Im laufenden Strafverfahren ist das Gesetz ab diesem Zeitpunkt nicht mehr anzuwenden (*Anlassfall*). Das kann bei einem Straftatbestand einen Freispruch zur Folge haben (§§ 259, 447 iVm 259, 488 Abs 1 iVm 259, 336, 337 StPO).

Zu klären ist in diesem Zusammenhang der Prüfungsumfang eines Strafgerichts: An welchem Punkt ist ggf von einem Zweifel über die

187 IV.E.

188 IdF BGBl I 114/2013 (1.1.2015); instruktiv zu dieser Neuerung zB *Harnoncourt*, ZfV 2/2015, 264.

189 *Kneiths*, ZfV 2009/669, 357; ähnlich *Khakzadeh-Leiler*, Grundrechte in der Judikatur, 402; dazu näher III.C.3.c.ii.

Verfassungskonformität eines Strafgesetzes auszugehen? Ist zunächst eine verfassungskonforme Interpretation vorzunehmen? Ist darüber hinaus eine Rechtsfortbildung im Einzelfall möglich? Der Unterschied zwischen der verfassungskonformen Interpretation als Auslegungsmethode und der Rechtsfortbildung ist, dass sich die verfassungskonforme Interpretation noch innerhalb des äußerst möglichen Wortsinns<sup>190</sup> bewegt. Die Rechtsfortbildung hingegen verlässt diese Grenze.<sup>191</sup>

*Ratz* bejaht die Kompetenz des OGH sowohl zur verfassungskonformen Auslegung als auch zur Rechtsfortbildung:

»Nur dort, wo der Grundrechtsschutz de lege lata weder durch Auslegung noch durch methodengerechte Rechtsfortbildung gewährleistet werden könnte, müsste auf dem Weg über Art 89 Abs 2 und 4 B-VG die Hilfe des VfGH in Anspruch genommen werden [Herv entf].«<sup>192</sup>

Diese These *Ratz'* soll im Folgenden geprüft werden.

### c. *Verfassungskonforme Interpretation?*

Eine zentrale Aufgabe der Rsp als Ebene der Gesetzesanwendung ist die Interpretation der potentiell anzuwendenden Norm anhand der anerkannten Auslegungsmethoden Wortlautinterpretation, systematische, historische und teleologische Interpretation (*Rechtsfindung secundum legem*).<sup>193</sup> Ergänzend könnte eine verfassungskonforme Auslegung (als spezielle Unterform der systematischen Interpretation) durch die Strafgerichte zulässig sein. Die hM sieht die verfassungskonforme Interpretation nämlich als eine den anderen Auslegungsmethoden gleichwertige an.<sup>194</sup>

190 Zur Wortlautgrenze und ihrer unbedingten Notwendigkeit unten VI.E.1.

191 ZB *Bydlinski/Bydlinski*, Grundzüge<sup>3</sup>, 80 f; weiters *Triffterer*, AT<sup>3</sup>, 28 ff, der zwischen Auslegung und Analogie unterscheidet; ähnlich *Fuchs/Zerbes*, AT I<sup>o</sup>, Kap 4 Rz 16 ff (Auslegung ieS und Analogie). Zu der im Einzelfall sehr schwierigen Abgrenzung, wo genau linguistisch und semantisch die äußerste Grenze eines Wortlauts verläuft, grundlegend schon *Höpfel*, JBl 1979, 505 ff, der die Unterscheidung im Ergebnis überhaupt aufgeben möchte: 581 ff; *Kienapfel*, ÖJZ 1986, 338 ff; ferner mwN *Bydlinski*, Methodenlehre<sup>2</sup>, 470 f; *Perron* in *Hilgendorf*, Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht, 223 ff.

192 In FS Steininger H., 136 f.

193 Zu diesen Auslegungsmethoden statt vieler *Fuchs/Zerbes*, AT I<sup>o</sup>, Kap 4 Rz 5 ff; *Höpfel* WK<sup>2</sup>-StGB § 1 Rz 47; grundlegend *Bydlinski/Bydlinski*, Grundzüge<sup>3</sup>, 27 ff.

194 Statt vieler *Bydlinski*, Methodenlehre<sup>2</sup>, 455 ff; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre<sup>3</sup>, 159 ff; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht<sup>12</sup>, Rz 36 ff. Zu den Problemen, wenn

Demnach wäre es die Aufgabe eines jeden Strafgerichts, eine Strafbestimmung, die einen Interpretationsspielraum belässt, so auszulegen und anzuwenden, dass das Ergebnis der Verfassung als höherrangiger Normebene entspricht.<sup>195</sup> Diese Rechtsansicht soll nachfolgend für die Strafgerichte überprüft werden; sie ist nämlich insofern problematisch, als sie zu einer höheren Unbestimmtheit führt<sup>196</sup> und in einem Spannungsverhältnis zum Gesetzesprüfungsverfahren durch den VfGH steht<sup>197</sup>.

### (i.) Erhöhte Unbestimmtheit

Die verfassungskonforme Auslegung führt zu einer höheren Unbestimmtheit von Strafnormen, weil es durch die zusätzlich miteinbezogene Auslegungsebene der Verfassung zu einer Verwischung der Strafbarkeits- und insb Tatbestandsgrenzen kommt. Das geschieht deshalb, weil die Gerichte nicht mehr nur die Strafnorm selbst nach den anerkannten Interpretationsmethoden, sondern auch die nächsthöhere Gesetzesebene auslegen, und diese beiden Auslegungsergebnisse dann zusammenführen. Gerade die häufig vage formulierten Grundrechtsbestimmungen (wie etwa Art 10 EMRK: »freie Meinungsäußerung«) lassen hier aber einen erheblich weiten Auslegungsspielraum, sodass die Vorhersehbarkeit der richterlichen Entscheidung leidet. Zu beachten ist daher, dass die verfassungskonforme Interpretation jedenfalls nicht zum »großen Weichmacher«<sup>198</sup> des strengen Gesetzesbindungspostulats werden darf. Bei Strafgesetzen reicht es daher nicht, wenn eine verfassungskonforme Interpretation nur irgendwie möglich ist – das Bestimmtheitsgebot setzt hier engere Grenzen. Auf die genauen

---

der VfGH selbst verfassungskonform interpretiert, um eine Feststellung der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes zu vermeiden, instruktiv *Wiederin*, EuGRZ 1987, 142.

195 Eine differenzierte Ansicht vertritt dagegen *Kneihls*, ZfV 2009/669, insb 355 f: Aus der Verfassungs- und damit Grundrechtsbindung aller staatlichen Gewalt resultiere zwar, dass von mehreren möglichen Auslegungsergebnissen diejenigen auszuwählen sind, die zu einem grundrechtskonformen Gesamtergebnis der Gesetzesanwendung führen. Das bedeute aber nur, dass bei mehreren Auslegungsergebnissen eines Gesetzes, die sich aus der Anwendung der Wortlaut-, systematischen, historischen und teleologischen Interpretation ergeben, diejenigen auszuschneiden sind, die nicht verfassungskonform sind. Die verfassungskonforme Interpretation hat damit lediglich eine Ausschlussfunktion.

196 III.C.3.c.i.

197 III.C.3.c.ii.

198 *Berka*, RZ 2008, 123.

Anforderungen des Bestimmtheitsgebots an das Strafrecht wird an anderer Stelle näher eingegangen.<sup>199</sup>

(ii.) Unklares Verhältnis zum Gesetzesprüfungsverfahren

Die verfassungskonforme Interpretation steht weiters in einem Spannungsverhältnis zu Art 89 Abs 2 B-VG, der alle ordentlichen Gerichte zur Anrufung des VfGH bei Zweifeln über die Verfassungsmäßigkeit verpflichtet.<sup>200</sup> Bestehen demnach Bedenken, ob ein Strafgesetz der Verfassung entspricht, hat das Strafgericht ein Gesetzesprüfungsverfahren zu beantragen. Nach der Rsp des VfGH ist ein Gesetz verfassungskonform, wenn es zwar verfassungswidrige Auslegungsergebnisse gibt, aber zumindest eine verfassungskonforme Auslegung möglich ist.<sup>201</sup> Fraglich ist, ob diese verfassungskonforme Interpretation jeweils das Strafgericht oder der VfGH oder beide vorzunehmen haben. Hierzu ist zu klären, ob »Zweifel« iSd Art 89 Abs 2 B-VG bereits dann anzunehmen sind, wenn nach Ansicht des Gerichts eine verfassungskonforme Auslegung notwendig wäre, um überhaupt zu einem verfassungskonformen Ergebnis zu gelangen. Oder bestehen Zweifel erst dann, wenn nach einer Auslegung der Strafbestimmung im Lichte der Verfassung durch das Strafgericht unklar ist, ob ein verfassungskonformes Auslegungsergebnis überhaupt erzielt werden kann?<sup>202</sup>

Im erstgenannten Fall ist ein Gesetzesprüfungsantrag vom Strafgericht bereits dann zu stellen, wenn das Strafgesetz nach den Regeln der Wortlautinterpretation, der systematischen Auslegung auf rein einfachgesetzlicher Ebene, der historischen und teleologischen Interpretation geprüft wurde und zumindest ein Auslegungsergebnis verfassungsrechtliche Bedenken aufwirft. Sind diese Bedenken bereits als »Zweifel« iSd Art 89 Abs 2 B-VG anzusehen, braucht es eine verfassungskonforme Interpretation durch das Strafgericht erst gar nicht: Das Gericht hätte die Strafbestimmung sofort dem VfGH vorzulegen, der sodann eine verfassungskonforme Auslegung des Gesetzes vornimmt oder – bei ihrem Scheitern – die Bestimmung als verfassungswidrig aufhebt. *Kneih*s vertritt diese Ansicht mit der Begründung, dass die ordentlichen Gerichte

199 VI.C.

200 III.C.3.b.

201 ZB VfSlg 12.947 zu § 320 Abs 1 Z 3 StGB.

202 Zu diesem Problem auch *Khakzadeh-Leiler*, Grundrechte in der Judikatur, 401 ff.

aus kompetenzrechtlichen Gründen gar keine Befugnis haben, die Verfassungswidrigkeit einer Norm oder einer Auslegungsvariante festzustellen.<sup>203</sup> Er kommt sodann zur Hypothese, dass »[e]in Gesetz [...] unter anderem dann als verfassungswidrig iSd Art 140 B-VG anzusehen [ist], wenn diese Konsequenz nur durch seine verfassungskonforme Interpretation vermeidbar wäre.« Für ordentliche Gerichte lehnt *Kneihls* diese Form der Auslegung daher insgesamt ab, weil das Gesetz jeweils bereits verfassungswidrig ist, sobald es einer verfassungskonformen Interpretation durch das Gericht bedarf.

Nimmt man dagegen an, dass »Zweifel« über die Verfassungsmäßigkeit eines Strafgesetzes erst dann bestehen, wenn nach seiner verfassungskonformen Auslegung durch die Gerichte weiterhin Bedenken im Hinblick auf die Verfassungskonformität bestehen, kommt man zu einem anderen Ergebnis: Dann muss nämlich – der erwähnten Ansicht von *Ratz* folgend<sup>204</sup> – vom Strafgericht nur dann ein Gesetzesprüfungsantrag gestellt werden, wenn auch durch eine verfassungskonforme Auslegung vom Strafgericht nicht sichergestellt werden könnte, dass ein Strafgesetz noch verfassungskonform ist.<sup>205</sup> Nur wenn das Auslegungsergebnis übereinstimmend eher die Verfassungswidrigkeit einer Norm zeigt, ist das Gericht verpflichtet, das Gesetz dem VfGH vorzulegen (Art 89 Abs 2 B-VG). Ergeben einzelne Interpretationsmethoden ein verfassungskonformes, andere ein verfassungswidriges Ergebnis, sind letztere im Rahmen einer Art »verfassungskonformen Ergänzungsauslegung« als unzulässige Auslegungsergebnisse auszuschneiden,<sup>206</sup> weil dem einfachen Gesetzgeber nicht unterstellt werden kann, dass er ein verfassungswidriges Gesetz erlassen wollte. Nach diesem Verständnis ist eine verfassungskonforme Auslegung durch die ordentlichen Gerichte zulässig; in diesem Fall entscheiden nämlich sie – und insb der OGH – über die Grenzen der verfassungskonformen Interpretation eines einfachen Gesetzes. Der VfGH »kann sich [...] auf die Prüfung beschränken, ob das einfache Gesetz in der vom OGH festgelegten Interpretation (einschließlich methodisch zulässiger Rechtsfortbildung) verfassungswidrig ist oder nicht [Herv entf].«<sup>207</sup>

203 *Kneihls*, ZfV 2009/669, 357.

204 III.C.3.b.

205 *Ratz* in FS Steininger H., 136 f.

206 Insoweit auch *Kneihls*, ZfV 2009/669, 355 f.

207 *Ratz* in FS Steininger H., 136 f.

### (iii.) Eigene Position

Richtigerweise ist eine verfassungskonforme Interpretation einer Strafbestimmung durch die Strafgerichte erstens unvermeidbar und aus diesem Grund unter bestimmten Voraussetzungen zweitens auch zulässig. Sie ist unvermeidbar, weil letztlich eine absolute Bestimmtheit einer strafrechtlichen Norm nicht erreichbar ist, wie die vorliegende Arbeit noch zeigen wird.<sup>208</sup> Sobald dem Strafgericht aber irgendein Interpretationsspielraum verbleibt, besteht die Möglichkeit unterschiedlicher Auslegungsergebnisse. Das Paradebeispiel für eine Gesetzesauslegung, die zu unterschiedlichen Ergebnissen führen kann, ist eine solche unter Abwägung von gegenläufigen Interessen. Es geht hier nämlich immer darum zu entscheiden, welches involvierte Interesse das höherrangige ist.<sup>209</sup> Ist eines dieser Interessen grundrechtlich geschützt und entscheidet das Gericht im Einzelfall über dieses situative Rangverhältnis, nimmt es nichts anderes als eine verfassungskonforme Interpretation vor. Folgt man dementsprechend *Berka*, wonach es sich bei der Abwägung von gegenläufigen Interessen, soweit sie Grundrechte betreffen, um eine Spielart der verfassungskonformen Interpretation handelt,<sup>210</sup> wäre eine grundrechtliche Abwägung durch die Gerichte im Strafrecht daher in jedem Falle unzulässig, wenn man sich der Ansicht von *Kneihls* anschließt. Es bestünde immer ein »Zweifel« iSd Art 89 Abs 2 B-VG. Das erscheint mit Blick auf die vielen grundrechtlichen Abwägungsfragen, die sich innerhalb des Wortlauts einer Norm ergeben können, zu weitgehend. Zudem ist die verfassungskonforme Interpretation letztlich ein Unterfall der systematischen Interpretation: Denn die Verortung einer Strafbestimmung im Gesamtgefüge der Rechtsordnung erfasst nicht nur das einfachgesetzliche Recht, sondern zwingend auch die höheren Rechtsebenen. Die verfassungskonforme ist damit notwendig in die systematische Auslegung inkludiert.

Wenn bspw jemand wegen der Aussage »Du bist ein Betrüger!« vor Gericht steht, muss dieses entscheiden, ob eine Üble Nachrede iSd § 111 StGB vorliegt, weil das Opfer einer verächtlichen Eigenschaft geziehen wurde. Gelangt das Gericht zum Ergebnis, dass es sich hier nach dem primären Wortlaut um eine verächtliche Eigenschaft handelt, die-

208 VI.C.2.a.

209 X.D.

210 *Berka* in FS Walter, 56; siehe auch VfSlg 11.567 (Konzertpianistin-Fall).



Äußerung aber im Gesamtkontext grundrechtlich geschützt war, etwa weil es sich um eine verhältnismäßige Kritik in wichtigem politischem Kontext handelte, ist eine verfassungskonforme Interpretation nach der einen Ansicht geboten, nach der anderen verwehrt. Ist sie geboten, kann das Gericht nun eine Abwägung des Interesses an der Kommunikation dieses Inhalts gegen das Interesse des Opfers auf Schutz seiner Ehre als Spielart der verfassungskonformen Interpretation vornehmen und ggf den Tatbestand verfassungskonform einschränken (zugunsten des Beschuldigten).<sup>211</sup> Ist eine solche Vorgangsweise dagegen verwehrt, müsste diese Auslegung vom VfGH vorgenommen werden; das Strafgericht müsste »vorlegen«. Denn bei solchen Zweifeln über die Verfassungskonformität des Strafgesetzes wäre bereits nach Art 89 Abs 2 B-VG vorzugehen und der VfGH im Rahmen eines Gesetzesprüfungsverfahrens anzurufen.<sup>212</sup> Der Gesetzgeber überlässt nun in vielen Fällen durch bewusst offene Formulierungen – gerade im Zivilrecht – die Abwägung der gegenläufigen Interessen im Einzelfall den Gerichten. Eine richterliche Abwägung ist deshalb auch im Strafrecht bei verfassungsrechtlichen Implikationen unter bestimmten Voraussetzungen zulässig, sodass auch eine solche »Delegation« der Abwägung erlaubt sein kann – und überdies unvermeidbar, wenn nicht jede grundrechtliche Abwägungsfrage an den VfGH herangetragen werden soll.

Für das Strafrecht ergeben sich allerdings bedeutende Einschränkungen der Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung durch die Strafgerichte, nämlich aus dem ebenfalls verfassungsrechtlich verankerten Bestimmtheitsgebot: Eine Strafbestimmung darf nicht so interpretiert werden, dass die Strafbarkeit für den Rechtsunterworfenen im Ergebnis nicht mehr vorhersehbar ist. Die genaueren Ausführungen hierzu folgen an anderer Stelle.<sup>213</sup> Bei zwei möglichen Auslegungsergebnissen ist dasjenige zu wählen, das verfassungskonform ist. Gibt es mehr als zwei verfassungskonforme Auslegungsvarianten, ist dem Optimierungsgebot<sup>214</sup> entsprechend dasjenige zu wählen, das die Grundrechte am besten wahrt.<sup>215</sup>

---

211 Zur Berücksichtigung der Grundrechte auf Ebene des Tatbestands VII.B.

212 Zum Gesetzesprüfungsverfahren III.C.3.b.

213 VI.E.3.

214 Dazu insb IX.E. und IX.G.

215 Ähnlich schon *Schmitz* MüKo<sup>3</sup>-StGB § 1 Rz 93.

#### d. *Rechtsfortbildung?*

Schwierig gestaltet sich die Frage, ob und inwieweit die Rsp und hier insb die Strafgerichte eine sog Gesetzesimmanente oder Gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung<sup>216</sup> vornehmen können bzw müssen.<sup>217</sup> Die erste verlässt – kurz gefasst – die Grenze des Wortsinns, bewegt sich aber noch im Rahmen des ursprünglichen gesetzgeberischen Willens bzw der Teleologie des Gesetzes; die zweite geht darüber insoweit noch hinaus, als zwar sogar diese Grenze überschritten wird, das Rechtsfortbildungsergebnis sich allerdings noch innerhalb der leitenden Prinzipien der gesamten Rechtsordnung bewegt.<sup>218</sup> Eine Rechtsfortbildung ist jeweils – was nicht näher vertieft werden soll – nur logisch möglich, wenn man keinem rein rechtspositivistischen Ansatz folgt.<sup>219</sup>

Anlass beider Formen der Rechtsfortbildung ist jeweils, dass eine wortlautkonforme Interpretation kein aus der Sicht der Rsp zufriedenstellendes Ergebnis über den Inhalt einer Norm ergibt. »Zufriedenstellend« meint ein solches, das entweder dem gesetzgeberischen Willen entspricht oder sich aus der Perspektive des Richters stimmig in die Gesamtrechtsordnung einfügen lässt. Es fehlt daher aus richterlicher Sicht eine Regelung: Das Gesetz ist entweder zu weit geraten und erfasst damit zu viele Sachverhalte, sodass es einer Ausnahmeregelung bedürfte, oder aber es ist zu eng geraten und erfasst bestimmte Sachverhalte gerade nicht, sodass eine Regelung auch für diese Sachverhalte fehlt.<sup>220</sup> Es besteht eine *Lücke*.

Nachfolgend werden zunächst die insoweit im Schrifttum genannten Zulässigkeitsvoraussetzungen und -grenzen dieser beiden Formen richterlicher Rechtsfortbildung erörtert. Im Anschluss daran wird wieder eine eigene Position bezogen.<sup>221</sup>

216 Ausführlich dazu *Larenz/Canaris*, Methodenlehre<sup>3</sup>, 187 ff; zu den Auslegungs- und Rechtsfortbildungsmethoden ausführlich auch *Grigoleit* in *Jestaedt/Lepsius*, Rechtswissenschaftstheorie, 71 ff.

217 Zu grundsätzlichen Fragen und Problemen der verfassungskonformen Rechtsfortbildung vgl *Schick* in *Griller/Rill*, Rechtstheorie, 209 ff.

218 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre<sup>3</sup>, 187, 194; zur mitunter höchst schwierigen Abgrenzung von Auslegung und Rechtsfortbildung *Schick* in *Griller/Rill*, Rechtstheorie, 209 ff, anhand eines praktischen Falls (insb 214 ff).

219 *Bydinski*, Methodenlehre<sup>2</sup>, 236 ff; zum Rechtspositivismus und seinen Grundannahmen IX.B.

220 Grundlegend *Krey*, JZ 1978, 361.

221 III.C.3.d.iii.

(i.) Gesetzesimmanente Rechtsfortbildung (*praeter legem*)

Bei der richterlichen Rechtsfortbildung *praeter legem* verlässt das Auslegungsergebnis den äußerst möglichen Wortsinn der interpretierten Norm (*Wortlautinterpretation*), bleibt aber innerhalb dessen, was vom historischen Gesetzgeber mit der Norm beabsichtigt war oder von der Norm nun bezweckt wird (*historische und teleologische Interpretation*<sup>222</sup>). Es wird daher eine historische Interpretation am gesetzgeberischen Willen oder auch eine teleologische Interpretation nach dem aktuellen Zweck der Norm vorgenommen.

Zwingende Voraussetzung einer zulässigen Gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung ist nach hM jeweils, dass dem Gesetzgeber eine *planwidrige Lücke* is einer Unvollständigkeit unterlaufen ist:<sup>223</sup> Der gesetzgeberische Wille kann der Auslegung durch das Gericht nicht zugrunde gelegt werden, weil ein erkennbarer gesetzgeberischer Wille entweder fehlt oder bei seiner Berücksichtigung die Wortlautgrenze<sup>224</sup> über- oder unterschritten werden würde.<sup>225</sup> Ob eine solche planwidrige Lücke vorliegt, ist demnach »vom Standpunkt des Gesetzes selbst, der ihm zugrunde liegenden Regelungsabsicht, der mit ihr verfolgten Zwecke, des gesetzgeberischen ›Plans‹<sup>226</sup> zu beurteilen.

»Richterliche Rechtsfindung außerhalb des möglichen Wortsinns setzt eine Gesetzeslücke, also eine planwidrige Unvollständigkeit des positiven Rechts, voraus [...]. Dabei liegt die Grenze für die Annahme einer Gesetzeslücke dort, wo diese Annahme nicht allein mit rechtlichen Erwägungen begründet werden kann und solcherart materiell eine politische Entscheidung voraussetzt. Sie zu treffen, ist mit Blick auf das verfassungsrechtliche Grundprinzip der Gewaltentrennung Sache des Gesetzgebers [...]<sup>227</sup>

Die richterliche Rechtsfindung findet aufgrund dieser Lücke daher entweder im Wege einer Gesetzesergänzenden Lückenfüllung durch Ana-

222 Zum Vorrang der historischen vor der teleologischen Auslegung VI.E.5.

223 Dazu ausführlich *Bydlinski*, Methodenlehre<sup>2</sup>, 472 ff; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre<sup>3</sup>, 191 ff; kurz auch *Lewisch*, Strafrecht und Verfassung, 63; *Steininger E.* SbgK § 1 Rz 51; *Stricker* in *Leukauff/Steininger H.* StGB<sup>4</sup> § 1 Rz 8 mwN insb auch aus der Rsp.

224 Zum Wortlaut als absolute Grenze der Auslegung VI.E.1.

225 Ähnlich *Hofmann*, Abwägung im Recht, 122.

226 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre<sup>3</sup>, 194.

227 OGH 30. 11. 2018, 13 Os 49/16d = EvBl 2019, 183 m. Anm. *Ratz*.

logie<sup>228</sup> oder durch eine teleologische Reduktion<sup>229</sup> statt. Diese Fälle der Lückenfüllung durch die Ebene der Rsp sind strikt zu trennen von ermessensbezogenen Gestaltungsfreiheiten, die der Gesetzgeber im Rahmen seiner Abwägungskompetenz der Rsp übertragen hat.<sup>230</sup>

Im materiellen Strafrecht ist die zulässige gesetzesimmanente Rechtsfortbildung (neben der Voraussetzung einer planwidrigen Lücke) jedenfalls noch einer weiteren bedeutenden Schranke unterworfen: Sie ist nur dann als zulässig anzusehen, wenn es sich nicht um eine Analogie oder Reduktion zu Lasten des Täters handelt, weil dies dem *nulla poena sine lege*-Gebot (§ 1 StGB/Art 18 B-VG/Art 7 EMRK) zuwiderlaufen würde.<sup>231</sup> Zu Lasten geht eine Analogie dann, wenn ein Sachverhalt unter eine Strafnorm subsumiert wird, den sie vom Wortlaut her nicht mehr erfasst. Eine teleologische Reduktion geht dann zu Lasten des Täters, wenn Strafbarkeitseinschränkungen über den Wortlaut hinaus in ihrem Anwendungsbereich reduziert werden. So ist es etwa unzulässig, Rechtfertigungsgründe über ihren Wortsinn hinaus zu reduzieren, sie also auf Sachverhalte nicht anzuwenden, auf die sie nach ihrem Wortlaut anwendbar wären.<sup>232</sup> Das *nulla poena sine lege*-Prinzip gilt ausnahmslos: Weil der Gerichtsgebrauch keine Rechtsquelle im Gesetzesrang ist,<sup>233</sup> kann ein Strafgesetz auch dann nicht jenseits seines Wortlauts angewendet werden, wenn diese Anwendung auf eine langjährige einschlägige Rsp-Linie zurückblicken kann.<sup>234</sup> Das gilt auch für jene Fälle, in denen eine solche Analogie oder Reduktion durch mehrere Urteile zunächst sorgfältig angekündigt und erst dann erstmals

228 *Fuchs/Zerbes*, AT I<sup>10</sup>, Kap 4 Rz 16 f; *Kienappel/Höpfel/Kert*, AT<sup>16</sup>, 4.20 f; grundlegend auch *Lewisch*, Strafrecht und Verfassung, 62 ff; zum Begriff ausführlich zB *Steininger E. SbgK* § 1 Rz 46.

229 *Fuchs/Zerbes*, AT I<sup>10</sup>, Kap 4 Rz 18 f; *Kienappel/Höpfel/Kert*, AT<sup>16</sup>, 8.22; zum Begriff ausführlich auch *Lewisch*, Strafrecht und Verfassung, 83 f.

230 *Hofmann*, Abwägung im Recht, 122; näher VI.E.6.

231 Grundlegend *Lewisch*, Strafrecht und Verfassung, 62 ff; *Thienel* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg*, Bundesverfassungsrecht, Art 7 EMRK Rz 16 ff.

232 So auch RIS-Justiz RSo118117, RSo119074; näher zB *Stricker* in *Leukauf/Steininger H. StGB*<sup>4</sup> § 1 Rz 19; *Thienel* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg*, Bundesverfassungsrecht, Art 7 EMRK Rz 19.

233 Dazu auch *Kunst*, Rechtsquellen und Rechtsanwendung, 12 ff; *Thienel* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg*, Bundesverfassungsrecht, Art 7 EMRK Rz 1 Rz 11 mwN; außerdem *Höpfel* WK<sup>2</sup>-StGB § 1 Rz 23; *Steininger E. SbgK* § 1 Rz 38 ff, je mwN.

234 *Thienel* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg*, Bundesverfassungsrecht, Art 7 EMRK Rz 18.

tatsächlich judiziert wird. Deutlich zu weit geht mE demnach die Ansicht *Kohlmanns* (für das dt Recht), wonach eine »Von nun an«-Klausel es der Rsp sogar erlauben soll, eine Rechtsfortbildung zum Nachteil des Täters vorzunehmen, wenn diese Auslegung im Urteil eindeutig festgestellt wird und im Hinblick auf die Judikaturwende von einer Bestrafung im Anlassfall abgesehen wird.<sup>235</sup>

Strafbarkeitsreduktionen außerhalb des Wortlauts sind umgekehrt aus strafrechtlicher Sicht nach Ansicht mancher möglich, wenn sie dem Willen des Gesetzgebers entsprechen.<sup>236</sup> Eine insoweit zum Vorteil des Angeklagten reichende Rechtsfortbildung sei zulässig.<sup>237</sup> *Höpfel* nennt zudem als weitere Bereiche zulässiger Rechtsfortbildung noch jene Fälle, in denen der Gesetzgeber normative Tatbestandsmerkmale verwendet oder mit Blankettstrafgesetzen arbeitet.<sup>238</sup>

Für den Bereich der Verwaltung zieht der VwGH die Grenze zulässiger Rechtsfortbildung bisweilen deutlich enger: Rechtsfortbildung ist demnach nicht Sache der Vollziehung, weil es ihr nicht zukomme, »in einer aus dem Gesetz nicht mehr ableitbaren Interpretation jene Rechtslage zu supplieren, deren Herstellung nun einmal ausschließlich dem Gesetzgeber überantwortet ist.«<sup>239</sup> Vielmehr gelte, dass »[d]ie Gerichte [...] nur die bestehenden Gesetze anzuwenden, nicht aber im Wege der Rechtsfortbildung oder einer allzu weitherzigen Auslegung möglicher Absichten des Gesetzgebers Gedanken in ein Gesetz zu tragen [haben], die darin nicht enthalten sind.«<sup>240</sup>

## (ii.) Gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung (contra legem)

Umgekehrt ist von keiner planwidrigen Lücke, sondern vielmehr einer abschließenden Regelung auszugehen, wenn »nach dem Gesetzesplan ein bestimmter Fall ungerichtet bleiben sollte«<sup>241</sup>. Kommt es in diesen Fällen dennoch zu einer richterlichen Rechtsfortbildung, liegt eine Rechtsfindung *contra legem* vor. Sie wird von *Koch H./Rüßmann* definiert

235 *Kohlmann*, Begriff des Staatsgeheimnisses, 289 ff; ihm ebenfalls deutlich widersprechend *Marschall*, ÖJZ 1971, 150.

236 So *Friedrich*, ÖJZ 1980, 65.

237 *Höpfel* WK<sup>2</sup>-StGB § 1 Rz 59.

238 WK<sup>2</sup>-StGB § 1 Rz 59; ausführlich JBl 1979, 582 ff.

239 88/03/0210.

240 83/09/0086.

241 *Lewisch*, Strafrecht und Verfassung, 63.

als Summe jener Entscheidungen, »die sowohl durch das vom Gesetzgeber Gesagte als auch durch das vom Gesetzgeber Gewollte verboten sind«<sup>242</sup> und geschieht durch eine Gesetzeskorrektur durch den Richter: Das Gericht missachtet einen eindeutig abschließend gemeinten Regelungsgehalt einer Norm, etwa weil es dessen eigentlichen Regelungsgehalt für verfassungswidrig hält oder die Norm jedenfalls in seinen Augen gesetzliches Unrecht darstellt.<sup>243</sup> Aus seiner Sicht besteht damit zwar so besehen auch eine *Lücke*, aber eben keine aus gesetzgeberischer Sicht planwidrige.

Die Rechtsfortbildung *contra legem* wird, wenn überhaupt, nur in höchst seltenen Fällen als zulässig angesehen: Früh hat grundlegend schon *Krey* festgehalten, dass eine unzulässige Rechtsfortbildung grundsätzlich dann vorliegt, »wenn der gesetzgeberische Regelungszweck in sein Gegenteil verkehrt wird«<sup>244</sup>. Etwas anderes gelte jedoch mit Hinweis auf *Radbruch* dann, wenn »der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreiche, daß das Gesetz als ›unrichtiges Recht‹ der Gerechtigkeit zu weichen habe«<sup>245</sup>, weil jede Staatsgewalt an überpositive Rechtsgrundsätze gebunden sei, welchen ein Vorrang gegenüber einfachen Gesetzen zukomme, auch wenn diese formal gültig und verfassungskonform sind. Derart inhaltlich ungerechtes positives Recht verliere den Anspruch auf Verbindlichkeit.<sup>246</sup> Auch *Bydlinski* gesteht bei krasser Ungerechtigkeit eines positiven Gesetzes und in einigen anderen, eng begrenzten Fällen (aus dem Bereich des Zivilrechts) die Möglichkeit einer Rechtsfindung gegen das geltende Gesetz zu: Sie müssen sich jeweils auf Fundamentalgrundsätze als Begründung stützen können; alles darüber Hinausgehende sei dagegen Rechtsbruch.<sup>247</sup> *Grigoleit* erlaubt für das Zivilrecht ausnahmsweise eine gesetzeskorrigierende Rechtsfindung, nämlich dann, »wenn die in Frage stehende Aussage des Gesetzes offenkundig sagesetzwidrig oder mit den Regeln rationaler Regelbildung unvereinbar ist«.<sup>248</sup> *Larenz/Canaris* schließlich<sup>249</sup> verlangen für eine zulässige Rechts-

242 Koch H./Rüßmann, Juristische Begründungslehre, 255.

243 So *Krey*, JZ 1978, 362.

244 JZ 1978, 367.

245 *Radbruch*, SJZ 1946, 107.

246 *Krey*, JZ 1978, 363 f mwN.

247 *Bydlinski*, Methodenlehre<sup>2</sup>, 496 ff, insb 500.

248 In *Jestaedt/Lepsius*, Rechtswissenschaftstheorie, 75.

249 Methodenlehre<sup>3</sup>, 232 ff.

fortbildung *contra legem* erstens eine zu lösende Rechtsfrage, die sich mit den Mitteln der Auslegung und der Rechtsfortbildung *praeter legem* nicht lösen lässt. Diese Rechtsfrage könne allerdings zweitens mit Blick auf die Gesamtrechtsordnung und den ihr immanenten Prinzipien gelöst werden. Die Lösung erfolgt durch eine Rechtsauslegung, die sich zwar außerhalb des geltenden Rechts und gesetzgeberischen Willens (*extra legem*), aber noch innerhalb der Rechtsprinzipien der gesamten Rechtsordnung bewegt (*intra ius*), wenn zudem ein erheblicher Begründungsaufwand betrieben wird.<sup>250</sup>

Für das Strafrecht hingegen wird eine Gesetzeskorrektur durch die Rsp unter Verweis auf die Gewaltentrennung dagegen schon von *Foregger* für »vollends bedenklich« gehalten, wenn »zum Nachteil des Staatsbürgers das angeblich oder wirklich gestörte Gleichgewicht wieder hergestellt oder der Gesetzgeber berichtet wird, man also nicht etwa eine Rechtswohlthat jemandem zukommen lässt, der auf sie keinen Anspruch hat, sondern einen Rechtsanteil [sic!, wohl gemeint: Rechtsnachteil] jemandem zufügt, der ihn von Gesetzes wegen nicht erleiden soll.«<sup>251</sup> Zumindest zum Nachteil des Rechtsunterworfenen soll daher für ihn eine Rechtsfortbildung *contra legem* nicht in Betracht kommen. Das allerdings ist für das Strafrecht wegen des Analogieverbots<sup>252</sup> ohnedies ausgeschlossen.

Zur Gänze abgelehnt wird eine Rechtsfortbildung im Strafrecht *contra legem* etwa von *E. Steininger*<sup>253</sup> (mit Hinweis ua auf entsprechende Bsp aus der Rsp<sup>254</sup>) und *Stricker*<sup>255</sup>. Beide führen als Bsp für eine solche unzulässige Rechtsfortbildung eine ältere OGH-Entscheidung an. Nach dieser könne in den Fällen, in denen eine streng am Wort klebende Auslegung zu völlig unbefriedigenden Auswirkungen führen würde, im Wege einer Interpretation, die insb dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers entspricht, vom Wortlaut abgewichen werden.<sup>256</sup> Das Bsp aus der Rsp passt allerdings in Wahrheit nicht: Entspricht ein Auslegungsergebnis nämlich dem Willen des Gesetzgebers, liegt ja ohnehin eine

250 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre<sup>3</sup>, 232, 246 f.

251 *Foregger*, ÖJZ 1960, 291.

252 III.C.3.d.i.

253 SbgK § 1 Rz 68.

254 Insb auf OGH 21.4.1977, 12 Os 9/77 = SSt 48/37 = RZ 1977/72 zur Reichweite des Begriffs »Schlüssel« in § 129 StGB.

255 In *Leukauf/Steininger H. StGB*<sup>4</sup> § 1 Rz 8.

256 OGH 6.4.1973, 11 Os 203/72 = EvBl 1973/300 = RZ 1973/180.

planwidrige Lücke vor. Es handelt sich gerade um keine Rechtsfortbildung *contra legem*.

### (iii.) Eigene Position

Der Rechtsfortbildung *praeter legem* kommt im Lichte der Verfassung auf den ersten Blick insoweit eine Berechtigung zu, als es um eine Orientierung am gesetzgeberischen Willen geht. Da es sich bei der Rechtsfindung *praeter legem* im Rahmen der historischen Auslegung um eine Auslegung nach dem Willen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers handelt, wird anhand einer solchen Fortbildung geklärt und umgesetzt, was der Gesetzgeber tatsächlich regeln wollte. Es wird letztlich dem »hypothetischen« gesetzgeberischen Willen dadurch zum Durchbruch verholfen, dass umgesetzt wird, was er geregelt haben würde, wenn er die »Lücke« bedacht hätte. Es kann auch zunächst nur in seinem Sinne sein, diese Regelungslücke an seiner statt durch die Rsp zu füllen, da es ansonsten für den konkreten Anwendungsfall keine adäquate rechtliche Lösung gäbe und das insoweit gesetzgeberische Versäumnis damit uU zu Lasten des Rechtsunterworfenen ginge. Im Bereich des Strafrechts lässt sich auch argumentieren, dass sich aus dem *nulla poena sine lege*-Gebot ohnehin auch bei planwidrigen Lücken enge Grenzen für die Zulässigkeit der richterlichen Rechtsfortbildung ergeben. Aus einem Umkehrschluss könnte außerdem gerade die Zulässigkeit der Rechtsfortbildung durch die Rsp zugunsten des Beschuldigten oder Angeklagten resultieren.

Sie begegnet dennoch aus mehreren Gründen großen Bedenken: Es ist erstens der Gesetzgeber, der von Verfassungs wegen primär zuständig ist,<sup>257</sup> rechtlich verbindliche abstrakt-generelle Regelungen zu erlassen und solcherart das Recht zu gestalten:

Unbefriedigende Gesetzesbestimmungen zu ändern, ist nicht Sache der Rechtsprechung, sondern der Gesetzgebung; die Gerichte haben nur die bestehenden Gesetze anzuwenden; es ist hingegen keineswegs ihre Aufgabe, im Wege der Rechtsfortbildung oder einer allzu weitherzigen Interpretation möglicher Intentionen des Gesetzgebers Gedanken in ein Gesetz zu tragen, die darin nicht

<sup>257</sup> Die Gründe für diese These sind dieselben, mit denen auch die Verantwortlichkeit des einfachen Gesetzgebers für Abwägungsentscheidungen untermauert wird; näher daher VI.B. und VI.C.



enthalten sind (vgl SZ 40/154). Als maßgebend kann vielmehr nur der objektive Sinn eines gehörig kundgemachten Gesetzeswortlautes angesehen werden (SZ 41/119). Ein Rechtssatz, der im Gesetz nicht einmal angedeutet ist, kann auch nicht im Wege der Auslegung Geltung erlangen (SZ 39/102; JBl 1961,425).<sup>258</sup>

Der Gesetzgeber ist demokratisch legitimiert, im Namen der Rechtsunterworfenen Strafgesetze zu erlassen. Aus kompetenzrechtlichen Erwägungen heraus und unter Aspekten des Demokratieprinzips in der österreichischen Verfassung erscheint daher auch eine Rechtsfortbildung *praeter legem* durch die Rsp problematisch. Dass sie aufgrund einer planwidrigen Lücke *prima facie* notwendig erscheint, bedeutet nämlich auch immer, dass der Gesetzgeber seiner ihm zugewiesenen Aufgabe nicht ausreichend nachgekommen ist. Eine ausdrückliche Ermächtigung innerhalb der Rechtsordnung, wonach die Gerichte Rechtsfortbildung vornehmen dürften, wäre vor diesem Hintergrund daher ebenfalls höchst kritisch zu sehen.<sup>259</sup>

Besondere methodische Schwierigkeiten ergeben sich zweitens dadurch, dass jeweils dasselbe Gericht einerseits über die Planwidrigkeit der Lücke, andererseits auch über die Art und Weise ihrer Schließung entscheidet. Auch wenn nämlich die Begründung für die Planwidrigkeit nicht recht zu überzeugen vermag, kann auf ihrer Grundlage neues Recht geschöpft werden. So wurde etwa die Annahme einer planwidrigen Lücke bei § 363a StPO, der seit einer Grundsatzentscheidung des OGH im Jahr 2007 auch ohne vorangegangenes Urteil des EGMR anwendbar ist, weil in diesen Fällen der OGH selbst über die Grundrechtswidrigkeit entscheidet, im Schrifttum mit guten Gründen kritisiert: Nach *Reindl-Krauskopf* etwa habe sich der historische Gesetzgeber bewusst für einen Rechtsbehelf nur zur Umsetzung von EGMR-Urteilen entschieden.<sup>260</sup> Zudem sei auch nachträglich etwa durch eine veränderte EGMR-Judikatur keine solche Lücke entstanden; insb ergebe sich eine solche nicht aus Art 35 EMRK.<sup>261</sup>

258 RIS-Justiz RS0008880.

259 AA offenbar *Schick* in *Griller/Rill*, Rechtstheorie, 220.

260 *Reindl-Krauskopf* WK-StPO Vorbemerkungen zu den §§ 363a–c Rz 13; *dies*, JBl 2008, 131, jeweils unter Verweis auf die EBRV; ähnlich auch *dies* in *BMJ*, 36. Ottensteiner Fortbildungsseminar, 59 ff.

261 *Reindl-Krauskopf* WK-StPO Vorbemerkungen zu den §§ 363a–c Rz 13; *dies*, JBl 2008, 131; ihr zustimmend *Zeder*, JSt 2008, 94.

Eine gesetzesimmanente Rechtsfortbildung ist drittens aufgrund von Art 89 Abs 2 B-VG auch nie notwendig und mE kompetenzrechtlich unzulässig, wenn die vermutete planwidrige Lücke des Gesetzes bis in die Verfassungssphäre hineinreicht. Denn in genau diesen Fällen ist vom Strafgericht – auch dem OGH – an den VfGH mit einem Gesetzesprüfungsverfahren heranzutreten, weil diesfalls immer »Zweifel« an der Verfassungsmäßigkeit der Norm vorliegen.<sup>262</sup> Eine Rechtsfortbildung kommt daher – wenn überhaupt – nur im Bereich des einfachen Gesetzesrechts ohne verfassungsrechtliche Implikationen in Betracht. Gerade im materiellen Strafrecht ist der Anwendungsbereich für eine Rechtsfortbildung *praeter legem* dann aber äußerst gering: Wird nämlich auf der Grundlage eines Strafgesetzes eine Strafe verhängt, liegt bereits ein Grundrechtseingriff vor; bei Verhängung etwa einer Freiheitsstrafe in Art 5 EMRK/Art 1 PersFrG, bei Verhängung von Geldstrafen in Art 5 StGG/Art 1 1. ZP-EMRK.<sup>263</sup> Auch eine Gesetzeslücke, die es zugunsten des Angeklagten oder Beschuldigten zu schließen gilt, reicht daher immer auch in die Verfassungssphäre hinein, wenn letztlich dennoch eine Verurteilung ergeht, sodass in diesen Fällen jeweils dem VfGH vorzulegen wäre. Lässt man eine gesetzesimmanente Rechtsfortbildung entgegen dieser Ansicht durch die Strafgerichte zu, findet sie jedenfalls dort ihre Grenze, wo sie zu Lasten des Beschuldigten oder Angeklagten ginge.<sup>264</sup>

Die dargestellte Meinung *Höpfels*<sup>265</sup>, wonach auch die Verwendung von normativen Tatbestandsmerkmalen durch den Gesetzgeber eine Rechtsfortbildung durch die Gerichte erlaubt, ergibt sich aus der von ihm vertretenen Ansicht, dass der Wortlaut einer Strafbestimmung überhaupt nicht die entscheidende Grenze markiert und daher für das Analogieverbot keine grundlegende Bedeutung einnimmt.<sup>266</sup> So allerdings werden mE Auslegung und Rechtsfortbildung unauflöslich vermengt: Soweit der Wortlaut des normativen Tatbestandsmerkmals die sich fortentwickelnde Auffüllung mit Werten und Sozialnormen durch die Gerichte noch zulässt, liegt daher mE weiterhin eine Auslegung und keine Rechtsfortbildung vor. Kritisch zu bewerten ist schließlich

262 Ausführlich schon III.C.3.b.

263 Dazu IV.C.1.a.

264 Näher III.C.3.d.i.

265 Oben III.C.3.d.i.

266 JBl 1979, 505 ff, insb 510, 514 ff; kurz auch *Höpfel* WK<sup>2</sup>-StGB § 1 Rz 59. Diese Ansicht hat sich allerdings, soweit ersichtlich, nicht durchgesetzt und wird auch in der vorliegenden Arbeit abgelehnt; näher VI.E.1.

auch, dass eine Rechtsfortbildung bei Blankettstrafgesetzen zulässig sein soll – gerade sie sind nämlich bereits im Lichte des Bestimmtheitsgebots möglichst zu vermeiden. Eine weitere »Verwässerung« der Tatbestandsklarheit durch Rechtsfortbildung wird hier kaum mehr in verfassungsrechtlich zulässiger Form in Betracht kommen.

Problematisch ist umso mehr auch eine rein auf teleologischen Erwägungen gründende Rechtsfortbildung, die lediglich auf den aktuellen Gesetzeszweck abstellt und sich nicht mehr am gesetzgeberischen Willen orientiert.<sup>267</sup> Die teleologisch begründete Rechtsfortbildung ist mE ebenso wie die teleologische Interpretation mit Blick auf die ausschließliche demokratische Legitimation des Gesetzgebers zur Rechtsgestaltung und die Gewaltenteilung kritisch zu betrachten. Die näheren Ausführungen folgen in jenem Kapitel, in dem eine Rangordnung der Auslegungsmethoden *secundum legem* vorgenommen wird; sie sind sinngemäß umso mehr übertragbar auf die Rechtsfortbildung *praeter legem* aus teleologischen Erwägungen heraus.<sup>268</sup>

Eine Rechtsfortbildung *contra legem* ist jedenfalls im Strafrecht gänzlich unzulässig. Zwar kann einem Gericht nicht zugemutet werden, ein offenkundig der Verfassung zuwiderlaufendes Gesetz anzuwenden. Außerdem würde die Anwendung einer verfassungswidrigen Norm durch ein Gericht letztlich auch bedeuten, dass dieses seine eigene Verfassungsbindung missachtet und die Verfassungswidrigkeit einer Norm durch seine Anwendung im konkreten Fall noch verschärft. Für diese Fälle eines Verfassungsverstoßes kann allerdings nach österreichischem Recht, wie bereits ausgeführt, ohnehin ein Gesetzesprüfungsverfahren durch die ordentlichen Strafgerichte eingeleitet werden.<sup>269</sup> Eine gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung ist daher auch in diesen Fällen unzulässig – und eben auch nicht erforderlich.

Lehnt sich das Strafgericht gegen seines Erachtens (bloß) einfachgesetzliches Unrecht auf, kann auch das Argument der Unzumutbarkeit der Gesetzesanwendung mE nicht mehr gelten: Bejahte man nämlich, dass der Richter im Einzelfall unter Verweis auf sein Gerechtigkeitsempfinden entscheiden kann, ob er die Anwendung einer Norm als

---

267 Vgl *Dworkin*, These der Rechte, 144, 145 ff (dt Übersetzungsfassung); zusammengefasst von *Wilkes*, Rechtsphilosophie, 104f; aA neuerlich *Höpfel*, JBl 1979, insb 510, 515.

268 VI.E.5.

269 Dazu schon III.C.3.b.

zumutbar oder unzumutbar empfindet, wäre der richterlichen Gesetzesbindung jeder Anwendungsbereich entzogen. Folglich ist ein Gesetz, das formell gültig und nicht verfassungswidrig ist, für ein Gericht verbindlich, auch wenn seine Anwendung zu einem Ergebnis führt, das dem richterlichen Gerechtigkeitsempfinden widerstreben mag.

#### D. Ergänzende Bemerkungen und Zusammenfassung

Aus der Grundrechtsgebundenheit von Gesetzgebung und Rsp ergibt sich zunächst eine primäre Verpflichtung des Strafgesetzgebers als demokratisch legitimiertem Organ zur Ausgestaltung grundrechtskonformen Strafrechts. Die Grundrechtswidrigkeit von Strafgesetzen kann insb aus einem Verstoß gegen Pönalisierungsverbote resultieren und auch dementsprechend durch Rechtsbehelfe (insb an den VfGH) geltend gemacht werden.<sup>270</sup> Aus der Bindung der Rsp an die Grundrechte ergibt sich primär eine Pflicht, bei Zweifeln (nicht erst bei Gewissheit) über die Verfassungsmäßigkeit eines materiellen Strafgesetzes oder auch einer strafverfahrensrechtlichen Norm den VfGH anzurufen (Gesetzesprüfungsverfahren). Die verfassungskonforme Interpretation eines Strafgesetzes durch Strafgerichte ist zulässig und mit Blick auf die vielfältigen grundrechtlichen Abwägungsfragen wohl *de facto* auch unvermeidbar.

Eine Rechtsfortbildung durch die Strafgerichte dagegen ist sehr eingeschränkt, aber immerhin möglich: Wegen der strengen Gesetzesbindung der Rsp, der ausschließlichen demokratischen Legitimation des Gesetzgebers, der klaren Kompetenztrennung und im materiellen Strafrecht wegen des *nulla poena sine lege*-Gebots ist eine Rechtsfortbildung nur *praeter legem* und nur zum Vorteil des Beschuldigten, Angeklagten oder Verurteilten zulässig, soweit sich das Auslegungsergebnis auf den gesetzgeberischen Willen (und nicht bloß auf den *telos*) stützt. Weitere Zulässigkeitsvoraussetzung ist, dass die vorgenommene Rechtsfortbildung durch die Gerichte keine verfassungsrechtlichen Konsequenzen zeitigt, was gerade im Strafrecht aufgrund der großen Eingriffsnähe kaum je denkbar ist. Ein direkter »Durchgriff« des Verfassungsrechts in das einfache Recht durch Rechtsfortbildung ist dagegen

270 Die Durchsetzung von Pönalisierungsgeboten dagegen ist kaum möglich; näher III.C.2.b.

nicht zulässig; in diesen Fällen ist ein Gesetzesprüfungsverfahren vor dem VfGH zu beantragen.

Aus der Grundrechtsgebundenheit von Gesetzgebung und Rsp ergibt sich weiters auch eine Pflicht, diese Grundrechte aus Anlass einer geplanten gesetzlichen Regelung oder Anwendung des Gesetzes im Rahmen der Auslegung uU gegen andere Grundrechte oder sonstige rechtlich geschützte Interessen abzuwägen, um zu einem verfassungskonformen Ergebnis zu gelangen. Für beide Ebenen gilt daher: Es kann eine verfassungsmäßig grundgelegte Pflicht zur Abwägung geben.<sup>271</sup>

## IV. Kommunikationsfreiheit und Strafrecht

### A. Allgemeines

Während im vorangegangenen Kapitel dargestellt wurde, dass das gesamte Strafrecht an die Grundrechte gebunden ist, soll im Folgenden auf das spezielle Verhältnis der Kommunikationsfreiheit iSd Art 13 StGG und Art 10 EMRK zum Strafrecht eingegangen werden. Hierzu gehören insb die Schutzbereichsbestimmung der Kommunikationsfreiheit<sup>272</sup> und die sich hieraus ergebende Definition des Begriffs »Kommunikationsstrafrecht«<sup>273</sup>, va aber die zentrale Frage nach der Durchsetzung von Verstößen gegen dieses Grundrecht im Zuge eines Strafverfahrens<sup>274</sup>.

### B. Begriff »Kommunikation«

Für eine Definition des Begriffs »Kommunikation« ist ein Rückgriff auf die Lehren der Kommunikationswissenschaft naheliegend. Kommunikation vom lateinischen *communicatio* ist der Austausch oder die Übertragung von Informationen von einem Kommunikator (Sender) zu einem Rezipienten (Empfänger). Gemeint ist jeweils die zwischenmenschliche Kommunikation. Um eine Information gleich welcher Art zwischen Kommunikator und Rezipient austauschen zu können, bedarf

---

271 Zu alledem V.B.

272 IV.C.2.a.

273 IV.D.

274 IV.E.

es jeweils eines Übertragungsmittels – eines Mediums als Mittel der Kommunikation, welches eine Nachricht oder Information vom Sender derselben zu ihrem Empfänger transportiert.<sup>275</sup>

Dieses sehr breite Verständnis des Begriffs »Medien« beinhaltet zunächst den Bereich der »Massenmedien«. Diese können als Kommunikationsmittel beschrieben werden, die durch technische Vervielfältigung und Verbreitung mittels Schrift, Bild oder Ton Inhalte an eine unbestimmte Zahl von Menschen vermitteln und somit öffentlich an ein anonymes, räumlich verstreutes Publikum weitergeben.<sup>276</sup> Von diesem Begriff sind nur jene Medien erfasst, deren Vervielfältigbarkeit ermöglicht, von einem unbegrenzt großen Publikum rezipiert zu werden. Darunter fallen Zeitungen, Zeitschriften und Magazine, das Fernsehen, Radio und natürlich das World Wide Web. Inkludiert in den Begriff »Medium« sind aber auch die menschliche Stimme, Briefe bis hin zu Höhlenmalereien und auch die sog Face-to-face-Kommunikation als das persönliche mündliche Gespräch. Die Information kann demnach in mündlicher, schriftlicher, bildnerischer oder filmischer Form erfolgen und durch Gesten und Gebärden übermittelt werden – sie wird jeweils medial vermittelt.

Dieser weite Kommunikationsbegriff ist zunächst abzugrenzen vom Begriff der »massenmedialen Kommunikation« und dem »Medienstrafrecht« in Bezug auf Massenmedien, von welchem die meisten bisherigen Untersuchungen aus dem Bereich des Strafrechts oder auch Verfassungsrechts typischerweise ausgehen.<sup>277</sup> Die Eingrenzung des Gegenstands auf die massenmediale Kommunikation würde allerdings

275 Vgl *Burkart*, Kommunikationswissenschaft<sup>5</sup>, 33 ff. Damit unterscheidet sich die hier gewählte Definition des »Mediums« von jener nach § 1 Abs 1 Z 1 MedienG, wonach unter »Medium« jedes Mittel zur Verbreitung von Mitteilungen oder Darbietungen mit gedanklichem Inhalt in Wort, Schrift, Ton oder Bild an einen größeren Personenkreis im Wege der Massenherstellung oder der Massenverbreitung verstanden wird, weil hierunter letztlich nur die »Massenmedien« fallen. Auch der in § 1 Abs 1 Z 12 MedienG definierte Begriff der »Medieninhaltsdelikte« (als eine durch den Inhalt eines Mediums begangene, mit gerichtlicher Strafe bedrohte Handlung, die in einer an einen größeren Personenkreis gerichteten Mitteilung oder Darbietung besteht) ist aufgrund desselben Zuschnitts auf »Massenmedien« enger als jener des »Kommunikationsstrafrechts« iSd hiesigen Definition.

276 So etwa *Burkart*, Kommunikationswissenschaft<sup>5</sup>, 106 ff.

277 So etwa von *Berka*, Massenmedien, 1 ff; *ders*, Kriminalberichterstattung, 1 ff; oder auch *Holoubek*, Massenmedien, 1 ff; *ders*, Rundfunkfreiheit, 1 ff; sowie *Jarass*, Freiheit der Massenmedien, 1 ff; *Schumacher*, Medienberichterstattung, 1 ff; und die Beiträge bei *Mayer H.* (Hrsg), Persönlichkeitsschutz und Medienrecht.

einen zu großen Bereich an Konstellationen kollidierender Interessen ausklammern. Bspw wird etwa Graffitikunst als Ausfluss der Kommunikations- und Kunstfreiheit iSd Art 10 EMRK, Art 13 GRCh und Art 17a StGG zwar vom hier gewählten weiten Begriff der »Medien«, nicht jedoch vom engen erfasst, weil es schon an der beliebigen Vervielfältigbarkeit der »Nachricht« fehlt. Nun kann aber die Ausübung dieser Form der Kunst zu praktischen Grundrechts- und sonstigen Interessenkonflikten führen, etwa wenn Graffiti-Malereien an fremden Hauswänden oder öffentlichen Plätzen angebracht werden.

Kommunikation im hier verstandenen Sinne umfasst somit jede Form der intentionalen Informationsvermittlung zwischen mindestens zwei natürlichen Personen, die sich eines Mediums – etwa der Stimme oder auch eines Speichermediums wie Briefpapier, E-Mails usw – bedient. Ausgeblendet bleiben Formen der maschinellen Informationsübertragung (zB die Interaktion zwischen zwei Robotern) und auch jene zwischen einem Menschen und einem Tier. Es genügt für die Definition »Kommunikation« bereits, wenn der Absender der Information diese verfasst, also in die gewählte Ausdrucksform (bspw Papier) gebracht hat. Ob die Nachricht einen Empfänger – einen zufälligen oder vom Absender adressierten – letztlich erreicht, ist für den hier gewählten Begriff irrelevant. Ein Brief zB ist demnach auch dann als Kommunikation geschützt, wenn er »abgefangen« wird und den Empfänger nie erreicht. Frei nach *Paul Wazlawicks* Aussage »Man kann nicht nicht kommunizieren.« ist *de facto* jedes menschliche Verhalten immer zwingend auch Kommunikation, so bspw die Wegnahme einer Sache oder die Verletzung eines anderen am Körper. Auch hier liegt eine Sozialhandlung vor, die eine Information in sich trägt. Daher ist in einem späteren Schritt der Gegenstand der vorliegenden Arbeit auf jene Fälle zu reduzieren, in denen es um solche Sozialhandlungen geht, die durch die Kommunikationsfreiheit geschützt werden.<sup>278</sup>

---

278 IV.C.2.c.

## C. **Eingriff in die Kommunikationsfreiheit durch strafrechtliche Normen**

Die Untersuchung fokussiert sich innerhalb des weiten Feldes von Abwägungsfragen im Strafrecht auf jene, in denen Strafbestimmungen in die Kommunikationsfreiheit eines Normunterworfenen eingreifen. Hierbei stehen einander jeweils die Interessen an der strafrechtlichen Norm dem Interesse an vom Staat unbeschränkt zugelassener Kommunikation gegenüber.<sup>279</sup> Zu diesem Zweck ist erstens der Frage nachzugehen, ob strafrechtliche Verbote für sich genommen bereits Grundrechtseingriffe darstellen und bejahendenfalls in welchen Fällen. Zweitens sind die wesentlichen Rechtsgrundlagen der Kommunikationsfreiheit in Österreich und der EU als supranationaler Organisation in Grundzügen darzustellen.

### 1. **Strafrechtliche Verbote als Grundrechtseingriff?**

Zunächst ist der Frage nachzugehen, ob strafrechtliche Verbote, also Bestimmungen des materiellen Strafrechts, bereits für sich genommen einen Grundrechtseingriff normieren. Dahinter stehen zwei unterschiedliche Teilfragen: Erstens, ob die bloß abstrakt-generelle Verbotsnorm – noch unabhängig von ihrer Anwendung im Einzelfall – einen Eingriff in ein Grundrecht darstellen kann oder ob vielmehr erst die Bestrafung basierend auf einer grundrechtswidrigen Norm in das Grundrecht selbst eingreift. Bewirkt also bereits die Verbots- oder erst die Sanktionenebene einen Eingriff in ein Grundrecht? Bejaht man die Eingriffsqualität bereits des strafrechtlichen Verbots, stellt sich zweitens die Anschlussfrage, ob diesfalls jedes abstrakt-generelle strafrechtliche Verbot unabhängig von der Sanktionenebene einen Grundrechtseingriff nach sich zieht.

#### a. *Grundsätzliche Eingriffseignung des abstrakt-generellen Verbots*

Eine gesetzliche Vorschrift kann nach hM bereits auf abstrakt-genereller Ebene einen Grundrechtseingriff darstellen; denn ein Eingriff ist »jeder

---

279 Ausführlich V.F.



staatliche Akt [...], der eine grundrechtlich geschützte Sphäre (Schutzbereich) eines Grundrechtsträgers in belastender oder beschränkender Weise berührt.«<sup>280</sup> Das bloße Aufstellen des strafrechtlichen Verbots als Verhaltensvorschrift normiert folglich für sich genommen bereits einen Eingriff in die Grundrechte, wenn der Schutzbereich eines Grundrechts hierdurch berührt wird. Die Eingriffseignung des abstrakt-generellen Gesetzes entsteht bereits mit seinem Inkrafttreten.<sup>281</sup>

Sobald ein Eingriff durch Gesetz vorliegt, bedarf dieses Gesetz daher einer entsprechenden grundrechtlichen Rechtfertigung. Fehlt diese, kann eine strafrechtliche Norm selbst dann grundrechtswidrig sein, wenn sie noch in keinem konkreten Einzelfall (etwa qua Urteil) angewendet wurde. Von dieser Verbotsebene zu unterscheiden ist die Sanktionenebene: Wurde auf der Grundlage eines Strafgesetzes eine Strafe verhängt, liegt ebenfalls ein Grundrechtseingriff vor, etwa bei Verhängung einer Freiheitsstrafe in Art 5 EMRK/Art 1 PersFrG oder bei Verhängung von Geldstrafen in Art 5 StGG/Art 1 1. ZP-EMRK. Dieser besteht ggf zusätzlich zu einem Grundrechtseingriff auf Verbotsebene.

Nicht gefolgt werden kann demgegenüber der Ansicht *Blaesings*, wonach es sich bei Strafbestimmungen, die auf Verbotsebene Grundrechte einschränken, nicht um echte Einschränkungen der betroffenen Freiheitsgewährleistungen handelt. Vielmehr gehe es um die Verdeutlichung der immanenten Grundrechtsgrenzen für die Freiheiten Dritter.<sup>282</sup> Dem ist entgegenzuhalten, dass die zentrale Frage jeweils lauten muss, ob ein menschliches Verhalten vom Schutzbereich eines Grundrechts erfasst ist. Wird dies bejaht, ist jede wie immer geartete Beschränkung dieses Verhaltens auf ihre grundrechtliche Rechtfertigung hin zu prüfen. Wird die Frage dagegen verneint, weil kein Schutzbereich tangiert ist, kann dieses Verhalten aus grundrechtlicher Sicht verboten werden. Für die Kommunikationsfreiheit ergibt sich dies bereits aus der Definition des Schutzbereichs. Wenn grundsätzlich unter den Schutzbereich der »Kommunikationsfreiheit« etwa jede Form des sprachlichen Ausdrucks zwischen Individuen fällt, wovon in Österreich

280 *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht<sup>12</sup>, Rz 707; ähnlich *Holoubek* in *Grabenwarter/Hammer/Pelzl/Schulev-Steindl/Wiederin*, Allgemeinheit der Grundrechte, 74. *Berka*, Verfassungsrecht<sup>7</sup>, Rz 1279, dagegen bezeichnet Gesetze, die Grundrechte begrenzen, als »Schranken«, im Ergebnis bejaht er allerdings ebenfalls die Eingriffseignung von Gesetzen.

281 Für das dt Recht *Lagodny*, Schranken der Grundrechte, 78 ff, insb 84, 85.

282 Grundrechtskollisionen, 170, allerdings zum dt Recht.

nach ganz hM ausgegangen wird,<sup>283</sup> kann nicht umgekehrt argumentiert werden, dass das Vergehen der »Üblen Nachrede« nach § 111 StGB nur immanente Schutzbereichsgrenzen aufzeigt. Vielmehr hat sich diese Strafbestimmung an den Eingriffsschranken der Kommunikationsfreiheit messen zu lassen. Problematischer erscheint diese Schlussfolgerung allerdings für besondere, noch zu diskutierende Fälle.<sup>284</sup>

*b. Tatsächlicher Eingriff nur bei Tangierung eines (speziellen) Schutzbereichs*

Wenn man nun die Eingriffseignung bereits eines abstrakt-generellen strafrechtlichen Verbots bejaht, ist der Frage nachzugehen, ob jede Strafnorm damit gleichsam automatisch immer einen Grundrechtseingriff darstellt, der einer besonderen Rechtfertigung bedarf. Für das österreichische Strafrecht ist das – anders als etwa für das dt Recht – bereits im relativ kurzen Wege zu verneinen. Denn: Weder das österreichische Recht noch das EU-Recht – va in Gestalt der GRCh – oder andere internationale Rechtsquellen, denen Österreich verpflichtet ist, kennen explizit ein Grundrecht auf Allgemeine Handlungsfreiheit; ein solches ist insb nicht aus Art 8 EMRK abzuleiten.<sup>285</sup> Teile der Verfassungsrechtslehre bejahen zwar eine Art Allgemeine Handlungsfreiheit als subjektives Recht, welche sich aus dem Sachlichkeitsgebot des Art 7 B-VG ableiten lasse.<sup>286</sup> Der Ansicht ist allerdings nicht beizupflichten: Dass eine gleichsam negative »rechtliche Freiheit« existiert, alles zu tun, was die Rechtsordnung nicht verbietet,<sup>287</sup> ist zwar unbestritten. Ein Freiheitsrecht *per se* entsteht dadurch aber noch nicht, wie mit guten, hier

283 IV.C.2.a. in aller Ausführlichkeit.

284 Diese werden unter IV.C.2.c. näher behandelt.

285 ZB VfSlg 19.662/2012: »Art 8 EMRK stellt auch die menschliche Persönlichkeit selbst in ihrer Identität, Individualität und Integrität unter Schutz [...] [und] ist dabei auf den Schutz der unterschiedlichen Ausdrucksformen der menschlichen Persönlichkeit gerichtet. Nicht umfasst ist allerdings eine allgemeine Handlungsfreiheit...«; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK<sup>7</sup>, § 22 Rz 13; EGMR 24.11.2009, *Friend and Countryside Alliance*, Rz 42; EGMR 12.2.2016, *Bărbulescu vs Rumänien*, Rz 35 ff.

286 ZB *Merli*, JBl 1994, 233 ff; außerdem *Holoubek*, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten, 365 ff; in jüngerer Zeit *Bezemek*, ALJ 2/2016, 109 ff.

287 *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 203 ff; *Kelsen*, Reine Rechtslehre<sup>2</sup>, 43 ff; wN bei *Bezemek*, ALJ 2/2016, 113 ff.

allerdings nicht näher zu vertiefenden Gründen von *Schulev-Steindl* und *Pöschl* in jüngerer Zeit herausgearbeitet wurde.<sup>288</sup>

Folglich normiert nicht schon jedes abstrakte (strafrechtliche) Verbot eine Einschränkung dieser Freiheit.<sup>289</sup> Auch das Grundrecht der Menschenwürde (Art 1 EMRK<sup>290</sup>) ist nicht schon durch jedes Verbot im Strafrecht beeinträchtigt. Einen Eingriff in ein Grundrecht können daher mangels eines solchen »Auffanggrundrechts« wie die Allgemeine Handlungsfreiheit materielle Strafbestimmungen nur dann darstellen, wenn sie ein »spezielles« Grundrecht begrenzen. Als Bsp sei nur der Tatbestand der Üblen Nachrede nach § 111 StGB genannt, der bestimmte Formen der Meinungsäußerung, die zwar zumindest zT noch vom Schutzbereich der Art 13 StGG und Art 10 EMRK erfasst sind, zum Schutz anderer verfassungswerter Güter verbietet. § 111 StGB stellt damit einen abstrakten Grundrechtseingriff dar, weil er ein solches Verhalten verbietet, das an sich vom Schutzbereich der Kommunikationsfreiheit erfasst wäre, aber über Gesetzesvorbehalte eingeschränkt wurde. § 83 StGB, der die Verletzung des Körpers eines anderen Menschen verbietet, dagegen greift nicht bereits durch dieses abstrakt-generelle Verbot in die in Österreich gewährleisteten Grundrechte ein: Eine garantierte allgemeine Handlungsfreiheit gibt es nicht. Ein spezielles Grundrecht auf Verletzung anderer Menschen (die Rechtfertigungsgründe sind an dieser Stelle ausgeklammert) existiert ebenso nicht. Wenn nun schon das abstrakt-generelle Verbot einen Grundrechtseingriff darstellt, muss dies umso mehr gelten, wenn wegen eines Äußerungsdelikts ein Strafverfahren eingeleitet und geführt wird. Auch ein solches Vorgehen ist aus Art 10 EMRK heraus rechtfertigungsbedürftig, wie der EGMR festhält.<sup>291</sup>

288 *Schulev-Steindl*, Subjektive Rechte, 349 ff mwN, 422 ff; außerdem zur Frage, ob hierdurch Schutzlücken entstehen zB *Pöschl*, Gleichheit, 583 ff, insb 587 f mwN.

289 Siehe dagegen Art 2 Abs 1 GG, der ein solches Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit gewährt; statt vieler *Seedorf* in *Jestaedt/Lepsius*, Verhältnismäßigkeit, 131, der als Konsequenz nennt, dass »mit jedem sozial gestaltenden Akt der Gesetzgebung ein Grundrechtseingriff unvermeidbar« ist, sodass der Gesetzgeber einen Nachweis durchgängig geführter Abwägungen für jeden staatlichen Eingriff zu erbringen hat (133 mwN).

290 In Deutschland: Art 1 Abs 1 GG.

291 EGMR 20.10.2020, *Kaboglu and Oran vs Türkei*.

## 2. Kommunikationsfreiheit in Österreich und der EU

Um die Reichweite der Kommunikationsfreiheit zu erfassen, ist zunächst ein Blick auf ihren Schutzbereich, sodann auf Eingriffe in diesen Schutzbereich und schließlich auf die Voraussetzungen für solche Eingriffe bzw umgekehrt die Grenzen der Kommunikationsfreiheit zu werfen.<sup>292</sup>

### a. Schutzbereich (und seine Grenzen?)

In Österreich ist die Kommunikationsfreiheit insb in Art 13 StGG und Art 10 EMRK grundrechtlich verankert.<sup>293</sup> Sie war ursprünglich als typisches Abwehrrecht gegen staatliche Interventionen ausgestaltet und richtete sich primär gegen staatlichen Meinungszwang.<sup>294</sup> Nach heutiger Ansicht ist ihr Schutzbereich erheblich weiter: Art 10 EMRK ist ein Jedermannsrecht<sup>295</sup> und umfasst zunächst – kurzum – alle Formen von Äußerungen ungeachtet ihrer Natur (politisch, künstlerisch, kommerziell etc)<sup>296</sup> und in allen Formen, also mündlich, schriftlich oder gedruckt.<sup>297</sup> Das geschützte Rechtsgut ist die individuelle Kommunikation an sich, und zwar jede ihrer Formen im zwischenmenschlichen Bereich.<sup>298</sup> Als weitere Komponenten schützt die Kommunikationsfreiheit der EMRK auch die Meinungsbildungsfreiheit sowie die aktive und

292 Zu diesen »Bauelementen« eines grundrechtsdogmatischen Argumentationsschemas (Dreigliedrigkeit: Schutzbereich – Eingriff – Schranken) statt vieler *Holoubek in Grabenwarter/Hammer/Pelzl/Schulev-Steindl/Wiederin*, Allgemeinheit der Grundrechte, 61 ff.

293 Zu den Rechtsquellen allgemein *Berka*, EuGRZ 1982, 413; zur Abgrenzung der beiden Rechtsquellen eingehend *Heißl*, Grundrechtskollisionen, 124 ff, zum Schutzbereich grundlegend 128 ff.

294 Siehe nur stellvertretend für viele *Berka in Machacek/Pahr/Stadler*, Grund- und Menschenrechte, 409 f; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK<sup>7</sup>, § 23 Rz 5. Hiervon ist die Drittwirkung der Kommunikationsfreiheit, also ihre Geltung zwischen Privatpersonen, zu unterscheiden.

295 Zu den Grundrechtsträgern zB *Berka*, EuGRZ 1982, 420 f.

296 Vgl statt vieler grundlegend *Berka in Machacek/Pahr/Stadler*, Grund- und Menschenrechte, 407, 456 ff; *ders*, EuGRZ 1982, 415 ff; *Bezemek*, ZÖR 2012, 565 ff; *Schumacher*, Medienberichterstattung, 10 ff.

297 Statt vieler *Frowein in Frowein/Peukert*, EMRK<sup>3</sup>, Art 10 Rz 2; *Holoubek in Merten D./Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch der Grundrechte<sup>2</sup>, VII/1, § 195, 377 ff.

298 So *Grabenwarter/Pabel*, EMRK<sup>7</sup>, § 23 Rz 4; instruktiv auch *Graf-Wintersberger*, Lebensbild und Bereicherung, 5 ff.

passive Informationsbeschaffung.<sup>299</sup> Ähnlich weit fasst der VfGH auch den Schutzbereich zu Art 13 StGG, der hiernach Folgendes einschließt:

- ▷ die Äußerungen von Meinungen i.e.S.<sup>300</sup>
- ▷ die Mitteilung und den Empfang von Nachrichten aller Art (Meinungen, Informationen, Tatsachen)<sup>301</sup>
- ▷ reine Meinungskundgaben<sup>302</sup>
- ▷ reine Tatsachenäußerungen<sup>303</sup>
- ▷ und all dies in jeglichen Ausdrucksmitteln (Wort, Schrift, bildliche Darstellung, aber auch symbolische Verhaltensweisen wie das Tragen eines Abzeichens)<sup>304</sup>
- ▷ sowie die aktive Informationsbeschaffung, soweit sie auf öffentlich zugängliche Informationen gerichtet ist.<sup>305</sup>

299 Näher *Frowein* in *Frowein/Peukert*, EMRK<sup>3</sup>, Art 10 Rz 3 ff; *Schumacher*, Medienberichterstattung, 11 f; *Windhager/Lattacher* in *Heißl*, Handbuch Menschenrechte, 14/3.

300 VfSlg 10.393; 10.948.

301 VfSlg 13.675.

302 Abermals VfSlg 13.675.

303 VfSlg 13.675.

304 So neuerlich *Berka* in *Machacek/Pahr/Stadler*, Grund- und Menschenrechte, 417.

305 VfSlg 11.297; ausführlich dazu im Einzelnen statt vieler *Harris/O'Boyle/Warbrick*, European Convention on Human Rights<sup>4</sup>, 608 ff; *Berka* in *Machacek/Pahr/Stadler*, Grund- und Menschenrechte, 422; *Grabemwarter/Pabel*, EMRK<sup>7</sup>, § 23 Rz 6 f. *Nowak* (in *Ermacora/Nowak/Tretter*, Europäische Menschenrechtskonvention, 471 Fn 45) hob 1983 hervor, dass Art 10 EMRK in der dt Fassung einer falschen Übersetzung unterliegt: In den völkerrechtlich verbindlichen englischen und französischen Fassungen heißt es nicht wortwörtlich »Meinungsfreiheit«, sondern »expression«, also »Ausdruck«, »Äußerung« oder »Bekundung«, was rein sprachlich jedenfalls ein Mehr gegenüber der Äußerung von (ausschließlich) Meinungen ist. Anders als der umfassende Ansatz des Schutzbereichs der Kommunikationsfreiheit ist die Meinungsäußerungsfreiheit deutlich enger gefasst – »Meinungsäußerung« ist im Lichte obiger Definition von »Kommunikation« lediglich ein kleiner Ausschnitt derselben. So definiert etwa *Scanlon* (in *Dworkin*, The philosophy of law, 155 für das amerikanische Recht) den Begriff der Meinungsäußerung als »the class of acts of expression, which I mean to include any act that is intended by its agent to communicate to one or more persons some proposition or attitude«. »Kommunikationsfreiheit« geht aber auch über die »Redefreiheit« hinaus, also dass jemand bildlich gesprochen seine Meinung in Form einer schwingenden Rede an ein großes Publikum richtet; die Freiheit der Kommunikation umfasst auch die soziale Interaktion im privaten und höchstpersönlichen Lebensbereich; so etwa *Berka* in *Machacek/Pahr/Stadler*, Grund- und Menschenrechte, 413 ff. Auch der Begriff der »Medienfreiheit« oder »Pressefreiheit« beschreibt nur einen kleinen Ausschnitt der »Kommunikationsfreiheit«, nämlich jenen der massenmedial vermittelten Kommunikation; statt vieler *Berka* in *Machacek/Pahr/Stadler*, Grund- und Menschenrechte, 423 ff; für einen historischen Abriss zur Medienfrei-

Mit Blick auf beide Rechtsquellen ergibt sich: Geschützt sind Meinungen, Ideen und Informationen, insgesamt das Senden und Empfangen geistiger Inhalte,<sup>306</sup> sodass zusammengefasst praktisch jede Form der Kommunikation, solange sie intentional auf die Übermittlung einer Nachricht im weitesten Sinne gerichtet ist,<sup>307</sup> unter den Schutzbereich der Kommunikationsfreiheit fällt. Hierunter fallen erstens sämtliche Formen der zwischenmenschlichen und damit relativ privaten Kommunikation, zweitens die mannigfaltigen Formen massenmedialer Kommunikation<sup>308</sup> ungeachtet des Inhalts, der Qualität oder objektiven »Richtigkeit« und ungeachtet der Person des Äußernden; auch kommerzielle Werbung ist drittens vom Schutzbereich erfasst<sup>309</sup>. Der Schutz erfasst insb Tatsachenäußerungen ebenso wie reine Meinungskundgaben.<sup>310</sup>

In den Schutzbereich der Kommunikationsfreiheit sind damit nicht nur »gute« Inhalte aufgenommen: So hält der OGH in stRsp fest, dass das Recht der freien Meinungsäußerung es auch umfasse, »jene Ideen auszusprechen, die verletzen, schockieren oder beunruhigen; dies verlangen Pluralismus, Toleranz und Weitsichtigkeit, ohne die es keine demokratische Gemeinschaft geben kann.«<sup>311</sup> In den Schutzbereich sollten auch sprachlich zum Ausdruck gebrachte Lügen<sup>312</sup> einbezogen werden.

---

heit siehe *Loef*, Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz, 27 f; *dies*, Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz, 29 ff, zum Schutzbereich der Medienfreiheit nach Art 5 Abs 1 GG; *dies*, Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz, 32 ff und 36 ff, zum unterschiedlichen Schutzbereich und der dadurch notwendigen Abgrenzung von der »inhaltlichen Medienfreiheit« der Massenmedien, der »Meinungsfreiheit« und den Tatsachenäußerungen im dt Recht; außerdem zum dt Recht *Gosche*, Spannungsverhältnis, 21 ff.

306 So *Berka* in *Machacek/Pahr/Stadler*, Grund- und Menschenrechte, 404.

307 Dazu sogleich IV.C.2.c.

308 Zur »Pressefreiheit« statt vieler *Berka* in *Machacek/Pahr/Stadler*, Grund- und Menschenrechte, 423 ff.

309 Stellvertretend für viele *Berka* in *Machacek/Pahr/Stadler*, Grund- und Menschenrechte, 415; außerdem speziell zur Einbeziehung kommerzieller Werbung *Bezemek* in *Lienbacher/Wielinger*, Öffentliches Recht 2011, 221 ff. Davon zunächst unabhängig ist die Frage, ob ein Eingriff in das Grundrecht auf Kommunikation nicht ausnahmsweise gerechtfertigt sein kann, etwa wenn – wie bei der Beleidigung nach § 115 StGB – die Meinung in einer nicht mehr vertretbaren äußerlichen Form kundgetan wird; näher IV.C.2.e.

310 So OGH 14.5.1996, 4 Ob 2118/96s = SZ 69/116; *Holoubek*, AfP 2003, 194; zu diesem Begriffspaar ausführlich XIV.B.5.

311 RIS-Justiz RS0050067, zuerst in OGH 11.10.1989, 1 Ob 18/89 = SZ 62/162.

312 So auch *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, § 23 Rz 5; aA für das dt Recht (Art 5 Abs 1 GG) etwa *Lagodny*, Schranken der Grundrechte, 239 mwN in Fn 138.

Eine aA vertritt hier in stRsp der OGH, wonach unwahre Äußerungen schon grundsätzlich nicht von Art 10 EMRK geschützt seien.<sup>313</sup> Das kann mE mit Blick auf die Offenheit des Kommunikationsbegriffs nicht richtig sein: Freie Kommunikation bedeutet auch, mitunter die Unwahrheit zu sagen oder die Wahrheit zu »verdrehen«, zu »beschönigen« und dergleichen mehr. Ziel der Kommunikationsfreiheit ist nicht die Wahrheitsfindung. Das Strafrecht kann allerdings unwahren Behauptungen engere Grenzen setzen als wahren.<sup>314</sup> Die Rechtfertigung des Eingriffs hat allerdings über die Grundrechtsschranken<sup>315</sup> und nicht über die Begrenzung des Schutzbereichs zu erfolgen.

Eine frühere Rsp ging davon aus, dass etwa rassistische Äußerungen (»hate speeches«) aus dem Schutzbereich ausgenommen sein sollen, weil sie gegen das Missbrauchsverbot nach Art 17 EMRK verstoßen.<sup>316</sup> Gemäß Art 17 EMRK darf nämlich keine Bestimmung der EMRK dahin ausgelegt werden, daß sie für einen Staat, eine Gruppe oder eine Person das Recht begründet, eine Tätigkeit auszuüben oder eine Handlung zu begehen, die auf die Abschaffung der in der Konvention festgelegten Rechte und Freiheiten oder auf weitergehende Beschränkungen dieser Rechte und Freiheiten, als in der Konvention vorgesehen, hinzielt. Die Rsp wurde allerdings insgesamt nicht weiterverfolgt.<sup>317</sup> In der aktuellen Entscheidung *Pastörs vs Deutschland*<sup>318</sup> ging der Beschwerdeführer gegen seine Verurteilung wegen qualifizierter Holocaustleugnung vor: Der EGMR zitiert zunächst frühere Entscheidungen, in denen er zur Argumentation direkt Art 17 EMRK heranzog und den Schutzbereich der Kommunikationsfreiheit nach Art 10 EMRK von vornherein nicht eröffnet sah, und betonte, dass dies nur ausnahmsweise der Fall sein könne. Im konkreten Fall dagegen stellte er Art 17 EMRK zwar zur Argumentation für die Verhältnismäßigkeit der Bestrafung nach Art 10 Abs 2 EMRK in den Mittelpunkt; ein Schutzbereichsproblem sah er dagegen nicht.

313 RIS-Justiz RS0107915, RS0075601, RS0032201.

314 So kann insb ein Wahrheitsbeweis als Straflosigkeitsvoraussetzung verlangt werden; dazu XIV.B.7.b.

315 Unten IV.C.2.e.

316 ZB EGMR 23.9.1994, *Jersild vs Dänemark*, Rz 35; 4.12.2003, *Gündüz vs Türkei*, Rz 40, 51; außerdem EKMR, *Kühnen vs Deutschland*, DR 56, 205; dazu zB *Mendel*, Freedom of Expression, 71 ff.

317 So *Grabenwarter/Pabel*, EMRK<sup>7</sup>, § 23 Rz 5 mit Hinweis auf EGMR 15.10.2015, *Perinçek vs Schweiz*, Rz 204 ff; zum Missbrauchsverbot als Abwägungsregel unten XIV.B.4.

318 EGMR 3.10.2019, *Pastörs vs Deutschland*, insb Rz 39 ff.

Vereinzelt finden sich überdies auch noch andere Entscheidungen des EGMR, die für bestimmte kommunikative Handlungen die Schutzbereichseröffnung des Art 10 EMRK verneinen – die Gründe bleiben hierfür mE jedoch im Dunkeln.<sup>319</sup>

### b. *Eingriff*

Grundrechtseingriffe sind – wie definiert<sup>320</sup> – alle (staatlichen) Maßnahmen, die einen grundrechtlichen Schutzbereich in für den Grundrechtsträger negativer Weise berühren. Über die hier nun erfolgte Definition des Schutzbereichs der Kommunikationsfreiheit nach Art 13 StGG/Art 10 EMRK kann daher bestimmt werden, welches staatliche Verhalten einen »Eingriff« in die Kommunikationsfreiheit darstellt.<sup>321</sup> Grundsätzlich sind auch die Strafgesetze als solche, wie bereits ausgeführt, geeignet, einen Eingriff in die Kommunikationsfreiheit nach Art 13 StGG/Art 10 EMRK zu begründen.<sup>322</sup> Voraussetzung ist, dass die Strafbestimmung eben objektiv jenen Schutzbereich berührt.<sup>323</sup> Durch den äußerst weiten Schutzbereich der Kommunikationsfreiheit wird folglich zunächst Vieles zum Eingriff. Das erklärt, warum in der Rsp des EGMR teilweise überhaupt keine explizite Prüfung, ob in den Schutzbereich dieses Grundrechts überhaupt eingegriffen wurde, vorgenommen wird.<sup>324</sup> Die Konsequenz ist, dass auch zahlreiche Strafbestimmungen des StGB letztlich Eingriffsnormen in die Kommunikationsfreiheit darstellen.<sup>325</sup>

### c. *Sinnvolle Begrenzung des Schutzbereichs?*

Einerseits wird durch einen weiten Schutzbereich der hohe Stellenwert der Kommunikation in einer Demokratie besonders hervorgehoben, denn die Meinung des Volkes bildet sich idealiter in einem öffentlichen

319 Zu diesen Entscheidungen näher *van Rijn* in *van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak*, Theory and practice<sup>5</sup>, 772.

320 IV.C.1.a.

321 Dazu näher *Holoubek* in FS Berka, 79 ff, insb 92.

322 Oben IV.C.1.a.

323 Die frühere Rsp des VfGH, wonach ein Eingriff in die Kommunikationsfreiheit nur vorliege, wenn der staatliche Akt intentional auf die Beschränkung dieser Freiheit gerichtet ist (zB VfSlg 11.101 = JBl 1987, 442 ff mit Anm *Berka*), wurde zwischenzeitig mit guten Gründen aufgegeben; statt vieler *Bezemek*, ZÖR 2012, 560 ff.

324 So etwa EGMR 11.1.2000, *News Verlags GmbH & Co KG vs Österreich* = MR 2000, 221.

325 Wie aus dem Untersuchungsgegenstand ersichtlich: XIII.D.



Diskurs heraus, der unter gleichen Bedingungen für alle Teilnehmer und frei von staatlichen Interventionen stattfindet. Der Staat kann nicht schon durch eine enge Fassung des Schutzbereichs lenkend in diese Freiheit eingreifen.<sup>326</sup> Zugleich ermöglicht erst der Austausch von Informationen überhaupt dem Individuum die Bewältigung seines Lebens in einer Gemeinschaft; auch bildet sich die menschliche Persönlichkeit maßgeblich erst durch Kommunikation.<sup>327</sup> Umgekehrt werden durch eine geradezu uferlose Weite des Schutzbereichs auch die Fälle von Grundrechtskollisionen entsprechend häufiger und die Möglichkeiten etwaiger Spannungslagen mehren sich. Vieles ist dabei über die Verhältnismäßigkeit zu lösen, weil nach einem so weiten Verständnis nahezu jede menschliche Handlung dem Schutz freier Kommunikation unterstellt werden könnte.<sup>328</sup>

Eine sinnvolle Begrenzung des Schutzbereichs der Kommunikationsfreiheit erscheint aus diesem Grund – insb *Berka* folgend<sup>329</sup> – seine Einschränkung auf kommunikative Äußerungsformen, also solche Verhaltensweisen, die primär auf eine Kommunikation unter Menschen gerichtet sind, meist mit den Mitteln der Sprache (einschließlich der Körper- und Gebärdensprache). Es geht jeweils um die Intention zu kommunizieren, also die Absicht der Bedeutungsvermittlung (»bedeutungsvermittelnde *symbolische Natur einer Handlung [Herv i O]*«)<sup>330, 331</sup> Schutzbereich der Art 13 StGG und Art 10 EMRK ist daher jeder wie immer geartete *linguistische oder bildliche* Ausdruck einer Information, wenn es vorrangig um diesen Ausdruck geht. Hierzu passt der Wortlaut des Art 13 StGG insofern sehr gut, als er ausdrücklich vom »Recht, durch Wort, Schrift, Druck oder durch bildliche Darstellung seine Meinung [...] frei zu äußern«, spricht. »Kommunikatives Handeln [...] ist auf das Verhalten eines anderen bezogen und daran in seinem Ablauf orientiert.«<sup>332</sup>

Die Grenze des Schutzbereichs ist dort erreicht, wo eine andere soziale Interaktion als die Kommunikation in den Vordergrund tritt. Nicht

326 *Berka* in *Machacek/Pahr/Stadler*, Grund- und Menschenrechte, 415.

327 So *Berka*, Grundrecht auf Datenschutz, 21.

328 So etwa *Bezemek*, ZÖR 2012, 563, 566.

329 *Berka* in *Machacek/Pahr/Stadler*, Grund- und Menschenrechte, 393 ff.; *Bezemek*, ZÖR 2012, 566 ff.

330 *Berka* in *Machacek/Pahr/Stadler*, Grund- und Menschenrechte, 418.

331 *Bezemek*, ZÖR 2012, 567.

332 *Berka* in *Machacek/Pahr/Stadler*, Grund- und Menschenrechte, 418.

vom Schutzbereich erfasst ist somit umgekehrt rein reaktives Verhalten oder ein Verhalten ohne symbolischen Bedeutungsgehalt. Ob das der Fall ist, ist jeweils aus dem konkreten Kontext zu ermitteln.<sup>333</sup> Das Schwenken eines Plakats, auf dem ein eine dritte Person beleidigender Text steht, ist daher nicht schon deshalb geschützt, weil eine Person das Plakat hochhält und schwenkt. Geschützt ist vielmehr der *Inhalt* des Plakats und damit die sprachlich oder bildlich ausgedrückte Information. Auch bei einem demonstrativen Verbrennen einer Flagge oder dem Herabwürdigen staatlicher Symbole überwiegt der Kommunikationscharakter.<sup>334</sup> Körperliche Gewalt dagegen ist vom Schutzbereich nicht erfasst, jedenfalls soweit es ihr an der Kommunikationsgerichtetheit fehlt; in diesen Fällen tritt nämlich eine andere soziale Interaktion – nämlich die Gewalt selbst – in den Vordergrund, wie noch zu zeigen sein wird.<sup>335</sup>

#### d. *Abgrenzungsfragen*

##### (i.) »Leges speciales« zur Kommunikationsfreiheit

Das weite Verständnis von Kommunikation iSd Art 13 StGG und Art 10 EMRK führt regelmäßig auch zu scheinbaren Schutzbereichsüberschneidungen mit anderen Grundrechten der österreichischen Rechtsordnung, die in einem sachlichen Naheverhältnis zur Kommunikationsfreiheit stehen, so etwa die Vereins-, Versammlungs- und Koalitionsfreiheit iSd Art 12 StGG und Art 11 EMRK, die Glaubens- und Gewissensfreiheit iSd Art 14 StGG, Art 63 Abs 2 StV St. Germain und Art 9 EMRK, die Wissenschaftsfreiheit nach Art 17 StGG und die Kunstfreiheit iSd Art 17a StGG (bzw nach Art 10 EMRK, dessen Schutzbereich auch die Kunstfreiheit umfasst<sup>336</sup>)<sup>337</sup>. Ferner ist neben der Urform der *Face-to-face*-Kommunikation auch die »geschriebene« Kommunikation ebenso geschützt wie eine indirekte Kommunikation durch das Brief- und Fernmeldegeheimnis (Art 10, 10a StGG, Art 8 EMRK). Auch im Zuge

333 *Bezemek*, ZÖR 2012, 568 f.

334 *Grabenwarter/Pabel*, EMRK<sup>6</sup>, § 23 Rz 5.

335 Zum Problem unten IV.C.2.d.iii.

336 ZB *Grabenwarter/Pabel*, EMRK<sup>7</sup>, § 23 Rz 11, 56.

337 Die Kunstfreiheit ist auch Thema strafrechtlicher Arbeiten, so zB von *Beisel*, Kunstfreiheitsgarantie, 1 ff; *Erhardt*, Kunstfreiheit und Strafrecht, 1 ff; *Fischer*, Beurteilung von Werken der Kunst, 1 ff; *Gärtner*, Was die Satire darf, 1 ff; *Schmoller* in *Pauger*, Art goes law, 197 ff; *Triffterer/Schmoller*, ÖJZ 1993, 547 ff, 573 ff.

des Wahlrechts oder Petitionsrechts bringen Individuen schließlich ihre »Meinung« zum Ausdruck (Art 26 B-VG, Art 11 StGG). Geschützt werden hier spezielle Kommunikationsformen, -prozesse und -inhalte.<sup>338</sup> Insofern verhalten sich Art 13 StGG und Art 10 EMRK wie *leges generales* zu den spezielleren Grundrechten; etwaige Grundrechtskonkurrenzen iES<sup>339</sup> sind meist nach der *lex specialis*-Regel aufzulösen.<sup>340</sup> Das unbefugte Öffnen eines Briefs bspw verletzt das Recht auf Schutz des Briefgeheimnisses als Ausfluss des Rechts auf Privatsphäre. Zugleich wird damit zwar auch die freie und ungehinderte Kommunikation eingeschränkt, weil der Verfasser des Briefs nun ungewollt mit anderen Personen als intendiert kommuniziert. Dennoch ist der Fall des Brieföffnens primär unter dem Aspekt der Privatsphäre zu bewerten.<sup>341</sup> Das heimliche Beobachten der Stimmabgabe eines Wählers bei einer Wahl ist unter dem Aspekt der Verletzung des freien Wahlrechts zu beurteilen, obwohl auch hier ein Eingriff in die ungehinderte Kommunikation vorliegt: Es steht dem Wählenden nämlich an sich frei, seine Wahl ausschließlich anonym und nur gegenüber der Wahlbehörde bekannt zu geben.

(ii.) »Allgemeine Handlungsfreiheit«  
und Kommunikationsfreiheit

Der sehr offene Kommunikationsbegriff integriert die Vielfältigkeit der menschlichen Ausdrucksweisen umfassend. Erwiesenermaßen ist nun der Großteil menschlicher Kommunikation aber nicht durch ihren sprachlichen Ausdruck gekennzeichnet, sondern geht vielmehr non-verbal über die Körpersprache, den Tonfall oder die Stimmlage vonstatten.<sup>342</sup> Ausgehend von diesem Faktum, dass auch non-verbale

338 Ausführlich dazu *Berka* in *Machacek/Pahr/Stadler*, Grund- und Menschenrechte, 405 f.

339 Zum Begriff V.E.2.

340 So grundlegend *Berka* in *Machacek/Pahr/Stadler*, Grund- und Menschenrechte, 404 f; außerdem mit zahlreichen Nachweisen aus der Rsp *van Rijn* in *van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak*, *Theory and practice*<sup>3</sup>, 780 ff.

341 Zugleich begrenzt das Briefgeheimnis hier die Informationsbeschaffungsfreiheit als Ausfluss der Kommunikationsfreiheit desjenigen, der den Brief unbefugt öffnet. Vom Untersuchungsgegenstand der vorliegenden Arbeit sind die §§ 118 ff StGB daher nichtsdestoweniger erfasst; XIII.D.

342 Rund 80 % aller Kommunikation macht etwa nach einer Studie des Instituts für Demoskopie Allensbach und des Instituts für Publizistik der Universität

Ausdrucksweisen »Kommunikation« iSd Kommunikationsfreiheit sein könnten, stellt sich die Frage nach der Abgrenzung der Kommunikationsfreiheit von einem umfassenden Recht auf eine Allgemeine Handlungsfreiheit. Wenn jede Art der non-verbalen Interaktion mit anderen Menschen letztlich »Kommunikation« wäre, würde dies nicht weniger bedeuten, als dass mit *de facto* jeder zwischenmenschlichen Verhaltensweise der Schutzbereich der Kommunikationsfreiheit eröffnet wäre. Eine Recht auf Allgemeine Handlungsfreiheit kennt das österreichische Recht nun allerdings nicht.<sup>343</sup> Es bedarf folglich der klaren Abgrenzung von grundrechtlich geschützter Kommunikation und wie immer geariteter bloß sonstiger sozialer Interaktion, wie sie bereits bereits vorgenommen wurde.<sup>344</sup> Physische Gewalt etwa fällt nicht unter den Begriff der Kommunikation, wie nachstehend aufgezeigt werden soll.

### (iii.) Gewalt und Kommunikationsfreiheit

Eine sinnhafte Orientierung am Verhalten des anderen und ein symbolischer Bedeutungsgehalt liegen nun aber auch einer physischen Gewalthandlung zugrunde. So könnte auch nach dieser Einschränkung etwa das Treten mit dem Fuß nach einer anderen Person mit der Folge einer Körperverletzung (§ 83 StGB) als besondere Form der Kundgabe einer besonders geringschätzigen Meinung des Täters gegenüber dem Opfer interpretiert werden und würde so zu einer Abwägung zwischen dem Recht des Täters auf Kommunikation und dem Schutz von Leib und Leben des Opfers zwingen. Zu dieser Ansicht passt auch, dass das körperliche Misshandeln anderer nach geltendem Recht den Tatbestand der Beleidigung nach § 115 StGB erfüllen kann. *Berka* plädiert dafür, ein entsprechendes Verbot solchen Verhaltens nicht als Beschränkung des Grundrechts, sondern als ein Gesetz zur Verdeutlichung der tatbestandlichen Grenzen des Grundrechts anzusehen. Er begründet dies aus dem Schutzzut der Kommunikationsfreiheit heraus.<sup>345</sup> Eine zwangsfreie, gleichberechtigte geistige Auseinandersetzung, wie es die Kommunikationsfreiheit bezweckt, ist in diesen Fällen tatsächlich in

---

Mainz die Körpersprache im weiteren Sinne aus; online unter <[https://www.vrds.de/PDF/mitglieder/VRdS\\_DPRG\\_Studie\\_Wirkungsweise\\_Rede.pdf](https://www.vrds.de/PDF/mitglieder/VRdS_DPRG_Studie_Wirkungsweise_Rede.pdf)> (27.7.2021).

343 Bereits ausgeführt unter IV.C.1.b.

344 IV.C.2.c.

345 In *Machacek/Pahr/Stadler*, Grund- und Menschenrechte, 418.

aller Regel nicht möglich und könnte sohin von vornherein auch nicht geschützt sein.

Gegen diese Auslegung spricht mE allerdings, dass die weite Fassung des Kommunikationsbegriffs als jede – auch die »schlechte« oder »böse« – Form der Kommunikation zwischen Individuen einer solchen Einschränkung gerade entgegensteht. Das Verbot zB besonders abwertender, unwahrer Äußerungen über Personen iSd »Üblen Nachrede« (§ 111 StGB) muss sich aus diesem Grund an den Eingriffsschranken der Kommunikationsfreiheit messen lassen.

Der Schluss, dass daher auch die Anwendung physischer Gewalt gegen eine Person, um ihr bspw eine tiefe Abneigung gegen sie als Individuum oder aber einen besonders starken Widerspruch gegen eine von ihr geäußerte Meinung zu »kommunizieren«, unter den grundrechtlichen Schutzbereich der Kommunikationsfreiheit fallen soll, kann dennoch nicht gezogen werden. ME muss eine Schutzbereichseinschränkung vielmehr darüber erfolgen, ob die angewendete körperliche Gewalt noch eine primäre Kommunikationsgerichtetheit aufweist: Geht es bei der Gewaltanwendung primär um das Gewaltmoment selbst, und damit um eine andere soziale Interaktion als jene der Informationsvermittlung, ist sie nicht mehr vom Schutzbereich der Kommunikationsfreiheit erfasst.

#### (iv.) Faires Verfahren und Kommunikationsfreiheit

Nach Art 6 EMRK stehen dem Beschuldigten im Ermittlungsverfahren, dem Angeklagten im Hauptverfahren und dem Verurteilten im Rechtsmittelverfahren eine ganze Reihe elementarer Rechte zu, die seine effektive Verteidigung im Strafverfahren sicherstellen und eine sog »Waffengleichheit« mit dem Ankläger herstellen sollen.<sup>346</sup> Die zentralsten sind das Recht auf einen Verteidiger und auf (mit Blick auf die Verteidigung effizienten) Kontakt mit diesem; auf Akteneinsicht zur Information und Vorbereitung der Verteidigung; das Recht zu schweigen oder auch falsch auszusagen und insgesamt auf rechtliches Gehör; das Recht, Fragen und Anträge insb auf Beweisaufnahme – zB auf die Einvernahme von Zeugen – zu stellen.<sup>347</sup>

346 Statt vieler *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte<sup>3</sup>, 24/18 f.

347 Statt vieler *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte<sup>3</sup>, 24/20, 24/24; zu alledem auch *Grabenwarter/Pabel*, EMRK<sup>7</sup>, § 24 Rz 60 ff, 97 ff.

Die beispielhaft genannten Rechte haben jeweils mit »Kommunikation« im hier verstandenen Sinne zu tun: Wird etwa das *nemo tenetur*-Gebot durch ein Erzwingen einer Aussage des Beschuldigten verletzt oder ihm gerade sein Recht, an einen Zeugen Fragen zu stellen, verwehrt, ist hierdurch neben der Verfahrensfairness auch seine Freiheit über das Ob und Wie seines Kommunikationsverhaltens beeinträchtigt. Dennoch ist hier keine Verletzung von Art 10 EMRK zu bejahen, denn Art 6 EMRK geht als speziellere Norm vor: Art 6 EMRK hat die Verfahrensfairness zum zentralen Ziel, die ua auch durch spezielle kommunikative Mindestgarantien sichergestellt werden soll. Insofern sind die Kommunikationsgarantien nach Art 6 EMRK (zB Recht auf Information durch Akteneinsicht, Recht auf ein Verteidigergespräch etc) im Strafverfahren die spezielleren Garantien gegenüber jenen der »sonstigen« Kommunikationsfreiheit. Soweit ersichtlich gibt es auch keine Entscheidung des EGMR, in welcher zugleich mit einer Verletzung von Art 6 EMRK eine Verletzung der Kommunikationsfreiheit nach Art 10 EMRK festgestellt wurde.

*e. Schrankensystematik der Art 13 StGG und Art 10 EMRK*

Wird ein Eingriff in den Schutzbereich des Grundrechts auf Kommunikationsfreiheit nach Art 13 StGG und Art 10 EMRK bejaht, ist in einem zweiten Schritt die Frage einer etwaigen Rechtfertigung des Eingriffs zu stellen. Denn die Kommunikationsfreiheit wird keineswegs schrankenlos gewährt<sup>348</sup> und lässt Beschränkungen durch Eingriffe<sup>348</sup> unter bestimmten Voraussetzungen auch durch das Strafrecht zu.<sup>349</sup>

Als Voraussetzungen der Rechtfertigung gesetzlicher Schranken sind der formelle Gesetzesvorbehalt des Art 13 StGG und der materielle Gesetzesvorbehalt des Art 10 Abs 2 EMRK<sup>350</sup> sowie die absoluten Eingriffsschranken des ProvNV-Beschlusses zu beachten. Das Grundrecht ist zusammengenommen gewährt, wenn der Eingriff

- ▷ gesetzlich vorgesehen ist,
- ▷ nicht gegen ein absolutes Eingriffsverbot verstößt,
- ▷ einem der Zwecke des Art 10 Abs 2 EMRK dient und

348 Zum Begriff des Grundrechtseingriffs jüngst etwa *Holoubek* in FS Berka, 79 ff.

349 Grundlegend schon *Berka*, EuGRZ 1982, 422 ff, insb 424 ff.

350 Näher zu den Gesetzesvorbehalten der EMRK *Berka*, ZöR 37 (1986), 71 ff.

- ▷ zur Zweckerreichung »in einer demokratischen Gesellschaft notwendig« ist (*Verhältnismäßigkeitsgebot*<sup>351</sup>).<sup>352</sup>

Die Rechtfertigung setzt daher ein förmliches, hinreichend bestimmtes Gesetz voraus, wobei hier im Strafrecht die besonderen Anforderungen an die Bestimmtheit nach Art 7 EMRK zu beachten sind (Art 13 StGG und Art 18 B-VG).<sup>353</sup> Zu den absoluten Eingriffsverboten des ProvNV-Beschlusses zählen etwa das Zensurverbot, die Unzulässigkeit von Postverboten oder das Konzessionsverbot.<sup>354</sup>

Rechtsakte der Rsp verletzen ein Grundrecht nach der etablierten Formel des VfGH dann, wenn sie

- ▷ gesetzlos oder
- ▷ auf Grundlage eines verfassungswidrigen Gesetzes ergehen oder
- ▷ auf einer denkunmöglichen Gesetzesanwendung basieren.<sup>355</sup>

Letzteres ist nach der Rsp des VfGH etwa dann gegeben, wenn die entscheidende Instanz dem Gesetz fälschlicherweise einen verfassungswidrigen, namentlich die Schranken des Art 10 Abs 2 EMRK missachtenden Inhalt unterstellt.<sup>356</sup>

Als zulässige Zwecke einer Beschränkung des Grundrechts auf Kommunikationsfreiheit durch Formvorschriften, Bedingungen, Einschränkungen oder in letzter Konsequenz auch Strafdrohungen nennt Art 10 Abs 2 EMRK die nationale oder öffentliche Sicherheit, territoriale Unversehrtheit, Aufrechterhaltung der Ordnung, Verbrechensverhütung, den Schutz der Gesundheit und Moral, Schutz des guten Rufs oder der Rechte anderer, die Verhinderung der Verbreitung von vertraulichen

351 Ausführlich zum Verhältnismäßigkeitsgebot V.G.z.

352 Vgl VfSlg 11.996; ferner VfSlg 10.700; grundlegend Mayer H., ÖZW 1989, 3f; oder Windhager/Lattacher in Heißl, Handbuch Menschenrechte, 14/17 ff; zum »pressing social need« (dringendes soziales Bedürfnis), das der EGMR für eine Beschränkung des Art 10 EMRK als überzeugend nachgewiesen verlangt, zB Frowein in Frowein/Peukert, EMRK<sup>3</sup>, Art 10 Rz 27; Mendel, Freedom of Expression, 39 f.

353 Grundlegend wiederum Berka in Machacek/Pahr/Stadler, Grund- und Menschenrechte, 434 f; sowie VfSlg 11.776; zur Entwicklung der Rsp statt vieler Hollaender, AnwBl 2004/1, 19.

354 Näher Berka in Machacek/Pahr/Stadler, Grund- und Menschenrechte, 435 ff mwN.

355 ZB VfSlg 8.776; 9.014; 10.032; 10.237 mwN.

356 So VfSlg 11.996; zusammenfassend abermals Berka in Machacek/Pahr/Stadler, Grund- und Menschenrechte, 433.

Nachrichten sowie den Schutz vor Gefährdung des Ansehens und der Unparteilichkeit der Rsp.<sup>357</sup>

Aus diesem Vorbehalt ergibt sich zunächst das Recht des Staats, zum Schutz berechtigter Interessen seiner Rechtsunterworfenen auch strafrechtliche Bestimmungen zu erlassen, welche die Kommunikationsfreiheit des Einzelnen beschränken.<sup>358</sup> Die einfachgesetzliche Grenze der Zulässigkeit zB von Äußerungen ist damit für jeden Einzelfall im Strafrecht zu suchen.<sup>359</sup> Die Strafgesetze normieren den Gesetzesvorbehalt, der bestimmte Verhaltensweisen, die an sich vom Schutzbereich des Grundrechts erfasst sind, nach den Grundsätzen des Art 10 Abs 2 EMRK verbietet.

#### f. *EU-Recht: Art 11 GRCh*

Art 11 GRCh schützt auch auf gesamteuropäischer Ebene die Freiheit der Meinungsäußerung und der Information. Die Bestimmung betont hierbei schwerpunktartig einerseits die grenzüberschreitende »Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit«, andererseits die Freiheit und Pluralität der Medien. Wie schon für Art 10 EMRK ausgeführt,<sup>360</sup> erscheint die Übersetzung des Wortlauts des Art 11 GRCh ins Deutsche wenig gelungen.<sup>361</sup> Tatsächlich spricht die englische Sprachfassung – wie schon bei Art 10 EMRK – von »freedom of expression and information«<sup>362</sup>, die französische ganz ähnlich von »liberté d'expression et d'information«<sup>363</sup>. Sowohl »expression« (engl.) als auch

357 Zu alledem stellvertretend für viele *Grabenwarter/Pabel*, EMRK<sup>7</sup>, § 23 Rz 13 ff; außerdem *Frowein* in *Frowein/Peukert*, EMRK<sup>3</sup>, Art 10 Rz 25 ff; *Mendel*, Freedom of Expression, 48 ff.

358 So *Berka*, Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz, 159.

359 So etwa OGH 10.7.1998, 6 Bkd 3/97.

360 IV.C.2.a.

361 »Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit. (1) Jede Person hat das Recht auf freie Meinungsäußerung. Dieses Recht schließt die Meinungsfreiheit und die Freiheit ein, Informationen und Ideen ohne behördliche Eingriffe und ohne Rücksicht auf Staatsgrenzen zu empfangen und weiterzugeben. (2) Die Freiheit der Medien und ihre Pluralität werden geachtet.«

362 Art 11 GRCh im Englischen lautet: »Freedom of expression and information. 1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. 2. The freedom and pluralism of the media shall be respected.«

363 Art 11 GRCh im Französischen lautet: »Liberté d'expression et d'information. 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et



»expression« (franz.) meinen übersetzt »Ausdruck« und beschreiben damit eine »Ausdrucksfreiheit«. Sprachlicher »Ausdruck« ist aber deutlich mehr als bloße »Meinungskundgabe«, sodass Art 11 GRCh in der dt Sprachfassung einen deutlich engeren Schutzbereich suggeriert, als von den Urhebern der GRCh offensichtlich gemeint war. Im Ergebnis ist für Art 11 GRCh die Übersetzung »Kommunikationsfreiheit« treffender als jene der »Meinungsfreiheit«.

Art 11 GRCh kommt – wie auch alle übrigen Bestimmungen der GRCh – gemäß Art 51 für die Organe und Einrichtungen der Union und die Mitgliedstaaten »ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union« zur Anwendung. Typische Konstellation der Durchführung von Unionsrecht etwa im Strafrecht ist die Umsetzung von EU-strafrechtlichen Richtlinien.<sup>364</sup> Darüber hinaus erklärte der VfGH die GRCh in seinem bahnbrechenden Erkenntnis U 466/11 ua aus 2012<sup>365</sup> zu seinem verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstab.

Mehr oder weniger korrespondierend zu den Garantien der EMRK lässt sich die Unterscheidung zwischen Art 11 GRCh als *lex generalis* zu anderen Bestimmungen der GRCh als *leges speciales* auch für die Charta fortsetzen.<sup>366</sup> Art 10 GRCh normiert etwa die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit als »Freiheit, seine Religion oder Weltanschauung zu wechseln, und die Freiheit, seine Religion oder Weltanschauung einzeln oder gemeinsam mit anderen öffentlich oder privat durch Gottesdienst, Unterricht, Bräuche und Riten zu bekennen«. Durchwegs handelt es sich hierbei um gegenüber der Kommunikationsfreiheit nach Art 11 GRCh *besondere* menschliche Ausdrucksformen. Das gilt ebenso für die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit nach Art 12 GRCh (auch inkludierend die Mitgliedschaft in Gewerkschaften und politischen Parteien) und die Kunst- und Wissenschaftsfreiheit nach Art 13 GRCh. Die jeweils spezielleren Garantien gehen daher im Falle einer Kollision mehrerer Grundrechte dem Art 11 GRCh als genereller Norm vor.

---

la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières. 2. La liberté des médias et leur pluralisme sont respectés.«

364 III.B.4. und XV.B.1.

365 VfSlg 19.632.

366 Dazu IV.C.2.d.i.

## D. Begriff »Kommunikationsstrafrecht«

Als »Kommunikationsstrafrecht«<sup>367</sup> wird im vorliegenden Zusammenhang jenes materielle Strafrecht bezeichnet, das einen bestimmten kommunikativen Inhalt verbietet und deshalb in die Kommunikationsfreiheit nach Art 13 StGG und Art 10 EMRK eingreift. Zentral ist, dass der Inhalt der ausgetauschten oder übermittelten Information jeweils ein wesentlicher Anlass für den Erlass der Strafbestimmung war.

Das kann grundsätzlich zweierlei bedeuten: Zum einen kann der Inhalt insofern Anlass für das Tätigwerden des Gesetzgebers gewesen sein, als dieser Inhalt von der Rechtsordnung als besonders schützenswert anerkannt wird und daher eine strafrechtliche Regelung erforderlich wurde. Als Bsp seien nur die Geheimnisschutzdelikte (zB nach §§ 118 ff StGB) genannt. Zum anderen ist der umgekehrte Fall denkbar, nämlich, dass der Inhalt der Nachricht von der Rechtsordnung als besonders verwerflich eingestuft wird und es daher einer entsprechenden strafrechtlichen Regelung bedarf. Hierunter fallen zunächst die Delikte gegen die Ehre (§§ 111 ff StGB), aber daneben bspw auch alle Delikte, die bestimmte sprachliche Drohungsformen oder auch die Täuschung über Tatsachen verbieten (zB §§ 105, 107, 146 StGB).<sup>368</sup>

Gegenstand des Kommunikationsstrafrechts im hier verstandenen Sinne sind damit jene Bestimmungen des materiellen Strafrechts, die zum Schutz von oder vor bestimmten kommunikativen Inhalten erlassen wurden und aus diesem Grund eine Begrenzung des Grundrechts auf Kommunikationsfreiheit vornehmen.

## E. Geltendmachung der Kommunikationsfreiheit im Strafverfahren

Erachtet ein Beschuldigter, Angeklagter oder Verurteilter, dass ein strafgesetzlicher Eingriff in die Kommunikationsfreiheit zu einer Verletzung seines Rechts auf Kommunikation führt, stellt sich im Weiteren die Frage, inwieweit er im Zuge eines Strafverfahrens eine Grundrechtswidrigkeit einer Strafnorm oder eine grundrechtswidrige Anwendung der

367 Den Begriff ebenfalls, allerdings mit anderer, nämlich auf digitale Kommunikation verengender Definition verwendend *Stefanopoulou*, ZIS 2020, 398 f.

368 An anderer Stelle werden die zu analysierenden Bestimmungen vorgestellt: XIII.D.

Strafnorm geltend machen kann. Aus der Bindung des einfachen Gesetzgebers und der Rsp an die Verfassung<sup>369</sup> ergibt sich bei verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten ein Anspruch des jeweils Rechtsunterworfenen, diese Grundrechte entsprechend geltend zu machen. Im Folgenden soll geprüft werden, in welcher Form im österreichischen Strafverfahrensrecht die Möglichkeit installiert ist, die Kommunikationsfreiheit nach Art 13 StGG und Art 10 EMRK als ein materielles Grundrecht gerichtlich durchzusetzen. Hierbei ist zwischen praktisch relevanten und vielversprechenden Möglichkeiten der Geltendmachung<sup>370</sup> und wenig aussichtsreichen Anfechtungswegen<sup>371</sup> zu unterscheiden.

Zunächst sind die in der StPO und in Nebengesetzen vorgesehenen Rechtsmittel und -behelfe in den Blick zu nehmen. Ferner ist von Bedeutung, dass der OGH in Strafsachen nach Art 92 Abs 1 und Art 144 Abs 1 B-VG oberste Instanz zur Gewährleistung verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte im Bereich der Strafgerichtsbarkeit ist. Zusätzlich besteht seit 1.1.2015 die Möglichkeit, mit einer sog Gesetzesbeschwerde<sup>372</sup> an den VfGH heranzutreten, um überprüfen zu lassen, ob eine erstinstanzliche Entscheidung eines Gerichts – insb ein Urteil – auf einem verfassungswidrigen Gesetz beruht.

## 1. (Partiell) Aussichtsreiche Anfechtungswege

### a. *Antrag auf Einstellung des Ermittlungsverfahrens*

Gemäß § 108 Abs 1 Z 1 iVm mit Abs 2 StPO hat der Beschuldigte zunächst die Möglichkeit, einen Antrag auf Einstellung eines laufenden Ermittlungsverfahrens wegen eines kommunikationsstrafrechtlichen Delikts zu stellen, weil auf Grund der Anzeige oder der vorliegenden Ermittlungsergebnisse feststeht, dass die dem Ermittlungsverfahren zu Grunde liegende Tat nicht mit gerichtlicher Strafe bedroht ist. In diesem Antrag kann der Beschuldigte nämlich argumentieren, dass das ihm vorgeworfene Verhalten in Wahrheit keinen Straftatbestand erfüllt, sondern vielmehr grundrechtlich durch die Kommunikationsfreiheit (Art 13 StGG/Art 10 EMRK) legitimiert ist.

---

369 III.B. und III.C.

370 IV.E.1.

371 IV.E.2.

372 IV.E.2.e.

Der Antrag ist bei der StA einzubringen, die daraufhin das Verfahren entweder einzustellen oder an das zuständige Gericht weiterzuleiten hat. Im letzteren Fall entscheidet das Gericht über diesen Antrag mit Beschluss, gegen den der Beschuldigte bei Ablehnung mit selber Argumentation mit Beschwerde (§ 87 Abs 1 StPO)<sup>373</sup> vorgehen kann.

### b. *Einspruch wegen Rechtsverletzung*

Ein Einspruch wegen Rechtsverletzung nach § 106 Abs 1 StPO kann im Ermittlungsverfahren von jeder Person erhoben werden, die behauptet, von der StA (und nur dieser<sup>374</sup>) in einem subjektiven Recht verletzt worden zu sein. Ein solcher Einspruch steht erstens zu, wenn der Einspruchswerber erachtet, dass ihm die Ausübung eines subjektiven Rechts im Ermittlungsverfahren verweigert wurde. Zweitens kann Einspruch erhoben werden mit der Behauptung, im Zuge einer Ermittlungs- oder Zwangsmaßnahme seien von der StA Bestimmungen der StPO verletzt worden. Der Einspruch ist bei der StA einzubringen (§ 106 Abs 3 StPO); das Begehren kann neben der Feststellung der Rechtsverletzung<sup>375</sup> va auf (Wieder-)Herstellung des rechtmäßigen Zustands (§ 107 Abs 4 StPO) lauten. Die StA kann dem Einspruch binnen vier Wochen entsprechen; andernfalls hat sie den Einspruch dem Einzelrichter am Landesgericht (§ 31 Abs 1 Z 3 StPO) zur Entscheidung weiterzuleiten. Dieser entscheidet dann über den Einspruch mit Beschluss. Gegen diesen Beschluss steht dem Einspruchswerber Beschwerde an das OLG (mit aufschiebender Wirkung) zu (§ 107 Abs 3 StPO). Das OLG kann die Behandlung der Beschwerde ua dann nicht ablehnen, wenn die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung abhängt. Nach der Rsp des OGH kommt Grundrechtsfragen immer solcherart grundsätzliche Bedeutung zu: Ein Einspruch zB wegen Verweigerung der Einsicht in konkret benannte Aktenteile durch die StA darf daher vom OLG nicht abgelehnt werden. Andernfalls

373 IV.E.1.c.

374 Gegen die eigenmächtige, rechtswidrige Ausübung unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt durch die Kriminalpolizei kann eine Maßnahmenbeschwerde an das Landesverwaltungsgericht nach Art 130 Abs 1 Z 2 B-VG erhoben werden; das Verfahren richtet sich sodann nach dem VwGVG; dazu instruktiv näher zB *Hinterhofer/Oshidari*, System, Rz 7.1075 ff.

375 OGH 28. 6. 2016, 14 Os 110/15f.

verletzt es das Gesetz, »indem es seinen in diesem Fall auf Null reduzierten Ermessensspielraum überschreitet.«<sup>376</sup> Erfolgt dennoch eine Ablehnung des Einspruchs, steht dem Einspruchswerber die Möglichkeit einer Erneuerung des Strafverfahrens nach § 363a StPO offen.<sup>377</sup>

Die praktische Relevanz des Einspruchs für Eingriffe in die Kommunikationsfreiheit nach Art 13 StGG und Art 10 EMRK für den Beschuldigten<sup>378</sup> ist ausschließlich im Bereich der Tatverdachtsbestreitung zu sehen. Wenn nämlich ein Verhalten eine legitime Grundrechtsausübung darstellt, besteht im Hinblick auf dieses Verhalten zwingend kein Tatverdacht, der eine Ermittlungsmaßnahme rechtfertigen könnte, weil kein Straftatbestand erfüllt ist.

Im Übrigen ist die praktische Relevanz des Einspruchs gering. Das liegt zunächst daran, dass die strafrechtlichen Ermittlungsmaßnahmen in aller Regel schon nicht in dieses Grundrecht eingreifen: Die ungerichtfertigte Ablehnung von Beweisanträgen nach § 55 StPO, die unterlassene Rechtsbelehrung (§ 50 StPO) oder auch ein etwaiger ausgeübter Zwang zur Aussage trotz »Rechts zu schweigen« verbietet Art 6 EMRK (Recht auf ein faires Verfahren).<sup>379</sup> Eine unrechtmäßige Beschlagnahme von Briefen (§§ 134 Z 1, 135 Abs 1 StPO) oder ein nicht gesetzeskonformer Lauschangriff (§§ 134 Z 4, 136 StPO) verletzen jeweils das Grundrecht auf Privatsphäre nach Art 8 EMRK und nicht jenes der Kommunikationsfreiheit. Eine gesetzwidrige Festnahme (§§ 170, 171 StPO) schränkt die Freiheit der Kommunikation des Festgenommenen ebenfalls ein; dennoch liegt hier lediglich eine Verletzung des Rechts auf persönliche Freiheit (Art 5 EMRK/Art 1 PersFrG) vor.

Fraglich ist weiters, ob im Wege eines Einspruchs bzw in weiterer Folge aufgrund der Erheblichkeit der Rechtsfrage im Beschwerdeverfahren geltend gemacht werden könnte, dass eine Strafverfolgung durch Ermittlungsmaßnahmen unzulässigerweise stattfindet, weil wegen des Verdachts einer strafbaren Handlung, die grundrechtlich geschützt

376 RIS-Justiz RS0129023.

377 So etwa OGH 28.4.2015, 14 Os 128/14a.

378 Etwas anderes gilt zB für Zeugen: Eine zu Unrecht ausgesprochene Pflicht zur Aussage unter Verstoß gegen §§ 156f StPO etwa kann durchaus einen Eingriff in die Kommunikationsfreiheit darstellen und insoweit zu einem Einspruch berechtigen. Das »Recht zu schweigen« dagegen fällt wieder unter Art 6 EMRK.

379 Weitere Bsp etwa bei *Hinterhofer/Oshidari*, System, Rz 7.1060. Zum Recht auf ein faires Verfahren näher IV.C.2.d.iv.

ist, ermittelt wird.<sup>380</sup> So ließe sich etwa mit Blick auf vorangegangene höchstgerichtliche Entscheidungen behaupten, dass bspw eine bestimmte Äußerung nach gefestigter Judikatur keine Verhetzung iSd § 283 StGB darstellt, sondern unter die noch zulässigen Formen der Kommunikation fällt. Wenn nun schon jedes strafrechtliche Verbot und umso mehr jede verhängte Sanktion ein Grundrecht verletzen können, ließe sich argumentieren, dass auch bereits das auf grundrechtswidriger Gesetzesanwendung beruhende Ermittlungsverfahren einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff darstellen und im Einzelfall grundrechtswidrig sein kann. Zu den subjektiven Rechten iSd § 106 StPO zählen allerdings nur solche, die der betreffenden Person nach der StPO selbst garantiert werden; Rechte ausschließlich aus anderen Quellen scheiden damit aus.<sup>381</sup> Das bedeutet im Ergebnis, dass ein Rekurren auf materiellrechtliche Strafbarkeitsgrenzen im Zuge eines Einspruchs nicht möglich ist: Die Kommunikationsfreiheit samt ihrer Schranken für das Strafrecht können folglich mittels Einspruchs nicht geltend gemacht werden.

### c. *Beschwerde gegen gerichtliche Beschlüsse*

Beschwerden nach § 87 StPO können in verschiedenen Ausgestaltungen ergriffen werden: Gegen gerichtliche Beschlüsse, soweit sie selbständig anfechtbar sind, kommen nach § 87 Abs 1 StPO Beschwerden an das Rechtsmittelgericht in Betracht.<sup>382</sup> Insoweit handelt es sich bei der Beschwerde um ein ordentliches Rechtsmittel gegen gerichtliche Beschlüsse sowohl im Ermittlungs- als auch Hauptverfahren:<sup>383</sup> Sie steht dem Beschuldigten im Ermittlungsverfahren und dem Angeklagten im Hauptverfahren (vgl § 238 StPO)<sup>384</sup> zu, soweit dessen Interessen unmittelbar betroffen sind (Abs 1). Typische Bsp sind etwa die unrechtmäßige Bewilligung der Beschlagnahme von Briefen (§§ 134 Z 1, 135 Abs 1 StPO)

380 Daneben steht dem Beschuldigten in diesen Fällen auch ein Antrag auf Einstellung des Ermittlungsverfahrens wegen fehlender gerichtlicher Strafbarkeit des Verhaltens nach § 108 Abs 1 Z 1 StPO an die StA offen.

381 Statt vieler zB *Hinterhofer/Oshidari*, System, Rz 7.1057.

382 Manche Fehler sind dagegen nicht mittels Beschlussbeschwerde, sondern erst mit der Endentscheidung im Strafverfahren, etwa durch ein Rechtsmittel gegen ein Urteil, bekämpfbar (*arg*: § 87 Abs 1 letzter HS StPO: »soweit das Gesetz im Einzelnen nichts anderes bestimmt«; zB zu Unrecht abgelehnte Beweisanträge gemäß § 238 StPO).

383 Ausführlich *Hinterhofer/Oshidari*, System, Rz 7.1018 f.

384 Es sei denn, eine selbständige Anfechtbarkeit des Beschlusses ist im Einzelnen ausgeschlossen.

oder ein nicht gesetzeskonform bewilligter Lauschangriff (§§ 134 Z 4, 136 StPO, jeweils Verletzung des Grundrechts auf Privatsphäre nach Art 8 EMRK) sowie eine gesetzeswidrige Festnahme (§§ 170, 171 StPO, Verletzung des Rechts auf persönliche Freiheit gemäß Art 5 EMRK/Art 1 PersFrG).<sup>385</sup>

Daneben hat nach § 87 Abs 2 StPO<sup>386</sup> im Ermittlungsverfahren jede Person die Möglichkeit einer Beschwerde mit der Behauptung, durch das Gericht im Rahmen einer Beweisaufnahme in einem subjektiven Recht iSd § 106 Abs 1 StPO<sup>387</sup> verletzt worden zu sein. Diese »Maßnahmenbeschwerde« dient der Bekämpfung der ausschließlich gerichtlichen Beweisaufnahme und richtet sich gegen die Art ihrer Durchführung: So liegt etwa eine Verletzung in einem subjektiven Recht vor, wenn dem Beschuldigten verwehrt wurde, beim Verhör eine Vertrauenspersonen dabei zu haben (§ 160 Abs 2 StPO).<sup>388</sup>

Die Beschwerde steht dem Beschuldigten oder Angeklagten damit grundsätzlich auch gegen behauptete Verletzungen der Kommunikationsfreiheit zu, zumal das Rechtsmittelgericht nach der Rsp des OGH sogar verpflichtet ist, umfassend und amtswegig alle Rechtsfehler aufzugreifen.<sup>389</sup> Hierunter fallen auch alle Grundrechtsverstöße.

385 Mit Ausnahme der Maßnahme nach § 136 Abs 1 Z 1 StPO und der Festnahme »von sich aus« nach § 171 Abs 2 StPO bedürfen die genannten Maßnahmen durchwegs einer Anordnung durch die StA auf Basis einer gerichtlichen Bewilligung (§ 137 Abs 1, § 171 Abs 1 StPO).

386 In einer dritten Ausgestaltung dient die Beschwerde der Bekämpfung von Säumnis eines Gerichts; beschwerdelegitimiert ist hier die StA (§ 87 Abs 2 StPO). Die Beschwerde ist bei dem Gericht einzubringen, dem eine Rechtsverletzung vorgeworfen wird (§ 88 Abs 1 StPO; Ausnahme: § 88 Abs 2 StPO). Dieses hat die Beschwerde sodann dem Rechtsmittelgericht ohne Verzug vorzulegen (§ 88 Abs 3 StPO). Aufschiebende Wirkung kommt ihr nur in jenen Fällen zu, die im Gesetz ausdrücklich vorgesehen sind; näher zB *Hinterhofer/Oshidari*, System, Rz 7.1030. Das Rechtsmittelgericht kann insb in der Sache selbst über die Beschwerde entscheiden und dem Begehren stattgeben oder den Beschluss in bestimmten in § 89 Abs 2a angeführten Fällen aufheben und an das Erstgericht zur neuen Entscheidung verweisen. Nur bei Beschwerden gegen die Festnahme- und Untersuchungshaftbewilligung hat das Rechtsmittelgericht immer in der Sache zu entscheiden (§ 89 Abs 2b StPO). Folgt das Gericht der Beschwerde, haben StA und Kriminalpolizei den gesetzeskonformen Rechtszustand herzustellen (§ 107 Abs 4 StPO analog): RIS-Justiz RS0125171; näher *Hinterhofer/Oshidari*, System, Rz 7.1048. Nach § 89 Abs 2b StPO ist das Gericht an die geltend gemachten Beschwerdepunkte nicht gebunden, allerdings besteht ein Verschlechterungsverbot.

387 Dazu bereits IV.E.1.b.

388 Weitere Bsp bei *Tipold* WK-StPO § 87 Rz 21.

389 RIS-Justiz RS0089977.

Aus den bereits iZm dem Einspruch dargelegten Erwägungen<sup>390</sup> ist die praktische Bedeutung der Beschwerde zunächst in der Möglichkeit, den Tatverdacht zu bestreiten, zu sehen. Zu argumentieren ist, dass kein Verdacht einer Straftat besteht, weil es sich bei dem inkriminierten Verhalten des Beschuldigten in Wahrheit um eine legitime Grundrechtsausübung handelt, sodass die durch den jeweiligen Beschluss bewilligte Ermittlungsmaßnahme unzulässig ist. Die Beschwerde wird zudem relevant als Rechtsmittel gegen Beschlüsse des Gerichts, mit denen ein Einstellungsantrag nach § 108 Abs 1 Z 1 StPO<sup>391</sup> abgelehnt wurde, obwohl der Beschuldigte vorbrachte, dass die dem Ermittlungsverfahren zugrunde liegende Tat wegen legitimer Ausübung der Kommunikationsfreiheit nicht mit gerichtlicher Strafe bedroht ist. Im Übrigen handelt es sich bei den typischen Anwendungsfällen der Beschwerde nicht um solche, die mit einem Eingriff in die Kommunikationsfreiheit zu tun haben.

*d. Mängel- und Tatsachenrüge (§ 281 Abs 1 Z 5 und Z 5a StPO)*

Die Bekämpfung der vom Erstgericht beantworteten Schuldfrage ist nach der StPO im kollegialgerichtlichen Verfahren nur sehr eingeschränkt möglich, namentlich im schöffengerichtlichen Verfahren nur im Rahmen der § 281 Abs 1 Z 5 (Mängelrüge) und Z 5a (Tatsachenrüge) StPO, im geschworenengerichtlichen Verfahren überhaupt nur im Rahmen der Tatsachenrüge nach § 345 Abs 1 Z 10a StPO (mangels Begründungspflicht der Geschworenen nicht auch mittels Mängelrüge). Anderes gilt im Einzelrichterverfahren vor dem Bezirks- oder Landesgericht: Mit der Schuldberufung ist hier die gesamte Beweiswürdigung bekämpfbar (§ 464 Z 2 StPO; § 489 Abs 1 iVm § 464 Z 2 StPO) und nach § 468 Abs 1 Z 3 letzter Fall StPO bzw § 489 Abs 1, jeweils iVm § 281 Abs 1 Z 5 StPO kann ein einzelrichterliches Urteil zusätzlich auch im Rahmen einer Mängelrüge angefochten werden.

§ 281 Abs 1 Z 5 und Z 5a (bzw § 345 Abs 1 Z 10a) StPO ermöglichen die Anfechtung eines Urteils insb dann, wenn Tatsachenfragen im Urteil entweder nur mangelhaft begründet (Z 5) oder überhaupt erheblich bedenkliche Tatsachenannahmen (Z 5a) getroffen wurden. Voraussetzung ist jeweils, dass es sich um entscheidende Tatsachen handelt, also solche, die

<sup>390</sup> Siehe IV.E.1.b.

<sup>391</sup> IV.E.1.a.



für die Subsumtion unter einen Straftatbestand oder für die Entscheidung über Schuld- oder Freispruch des Angeklagten relevant sind.<sup>392</sup>

In diesem sehr engen Rahmen der Bekämpfung der Schuldfrage können auch materielle Grundrechtsverletzungen, wie insb eine Verletzung des Art 10 EMRK, geltend gemacht werden.<sup>393</sup> Zwar kann nicht der festgestellte *Wortlaut* einer Äußerung bekämpft werden, weil für die Strafbarkeit einer Äußerung nach der Rsp nur auf ihren Sinngehalt abzustellen ist.<sup>394</sup> Dieser *Sinngehalt* ist allerdings nach ständiger Rsp eine Tatfrage (und keine Rechtsfrage<sup>395</sup>) iSd § 281 Abs 1 Z 5 und Z 5a StPO: Ob eine bestimmte Äußerung etwa den Sinngehalt einer Drohung hat, ist eine Tatfrage, ebenso wie die Frage nach ihrer Ernstlichkeit, und damit nach diesen Nichtigkeitsgründen bekämpfbar.<sup>396</sup> Die Entscheidung, welchen Sinn eine Äußerung hat, ist demnach eine solche tatsächlicher Natur und vom Gericht nach § 258 StPO festzustellen und entsprechend zu begründen.<sup>397</sup> Einzubeziehen ist der gesamte *situative Kontext*.<sup>398</sup> Das gestaltet sich im Einzelfall als höchst schwierig, wie an anderer Stelle aufzuzeigen sein wird.<sup>399</sup>

Ausgangspunkt der Ermittlung des Äußerungsinhalts ist jeweils der Wortlaut. Eine hiervon abweichende Bedeutung ist vom Gericht ggf »denkrichtig und erfahrungskonform« zu begründen.<sup>400</sup> Ein Sinn, der nach dem Wortlaut der Äußerung zunächst verborgen bleibt, darf nur dann festgestellt werden, wenn sich aus den Umständen des Einzelfalls konkrete Anhaltspunkte dafür ergeben.<sup>401</sup> Umgekehrt genügt ein bloßer Hinweis auf die rein sprachliche Bedeutung einer Äußerung ohne Bezugnahme auf den Sinngehalt nicht; der Kontext muss zwingend jeweils einbezogen werden: »Wird die Feststellung [...] ohne weitere Überlegungen

392 Dazu ausführlich *Ratz* WK-StPO § 281 Rz 398 ff; zusammenfassend *Hinterhofer/Oshidari*, System, Rz 9.113 ff.

393 So *Matscher*, StPdG 29 (2001), 23 f; *ders*, RZ 2001, 244.

394 So *Ratz* WK-StPO § 281 Rz 404.

395 Und daher aus einem materiell-rechtlichen Nichtigkeitsgrund nicht bekämpfbar: OGH 7.5.1981, 12 Os 35/81.

396 Dagegen ist die Prüfung der Eignung, dem Bedrohten gegenüber begründete Besorgnisse einzulösen (§ 74 Abs 1 Z 5 StGB), eine Rechtsfrage, die insb nach § 281 Abs 1 Z 9 StPO aufzugreifen ist; so RIS-Justiz RS0092588 [T 2]; RIS-Justiz RS0092437; zur Rechtsrüge IV.E.1.e.

397 RIS-Justiz RS0092588; zB OGH 29.4.2008, 11 Os 124/07f (11 Os 125/07b).

398 RIS-Justiz RS0092588 [T 27].

399 XVI.B.1.b.

400 RIS-Justiz RS0092588 [T 20].

401 RIS-Justiz RS0092588 [T 30].

allein mit der semantischen Bedeutung des Ausdrucks fundiert, leidet diese an einem Begründungsmangel, der Urteilsnichtigkeit zur Folge hat.«<sup>402</sup> Das schöffengerichtliche Urteil ist diesfalls mit einem Nichtigkeitsgrund nach § 281 Abs 1 Z 5 StPO behaftet. Der OGH hebt das Urteil gemäß § 288 Abs 2 Z 1 StPO auf und verweist die Sache zur neuerlichen Entscheidung an die erste Instanz zurück. Eine Entscheidung in der Sache – also über den Sinngehalt der Äußerung – durch den OGH kommt nicht in Betracht, denn mit Ausnahme der Fälle des § 362 StPO<sup>403</sup> fehlt es hierfür in der StPO an einer Rechtsgrundlage.<sup>404</sup>

Im Rahmen einer Tatsachenrüge nach § 281 Abs 1 Z 5a bzw § 345 Abs 1 Z 10a StPO kann (ausschließlich) im schöff- und geschworenengerichtlichen Verfahren ein Urteil weiters bekämpft werden, wenn sich aus den Akten heraus erhebliche Bedenken gegen die Richtigkeit des Ausspruchs über entscheidende Tatsachen ergeben. Erheblich bedenklich sind die getroffenen Feststellungen nach der Rsp nur dann, wenn eine Fehlentscheidung bei der Beweiswürdigung beinahe ins Auge springt, weil die Beweisergebnisse nach menschlicher Erfahrung zu gravierenden Bedenken gegen die Urteilsannahmen führen und die getroffenen Feststellungen schlechterdings unerträglich und völlig lebensfremd sind.<sup>405</sup> Zur Beurteilung ist ein Vergleich zwischen den aktenkundigen und in der Hauptverhandlung nach § 258 Abs 1 StPO auch tatsächlich vorgekommenen Umständen mit den Feststellungen im Urteil zu ziehen.<sup>406</sup>

Besonderheiten sind zunächst bei der Ermittlung der Bedeutung von medialen Äußerungen, also solchen insb im Anwendungsbereich des MedienG, zu beachten: Der OGH vertritt hier, dass die Erheblichkeitsschwelle bei der Kontrolle medienrechtlicher Entscheidungen in tatsächlicher Hinsicht niedriger anzusetzen ist als in anderen Fällen:

»Die im Bereich der Mediengerichtbarkeit aus einer an der MRK orientierten, somit verfassungskonformen Interpretation innerstaatlicher Verfahrensbestimmungen [...] abzuleitende Einschränkung des Beweiswürdigungsermessens [...] hat zur Folge, dass eine aus Sicht des Obersten Gerichtshofs nicht sachgerechte

402 RIS-Justiz RS0092588 [T 27].

403 Zur außerordentlichen Wiederaufnahme nach § 362 StPO näher IV.E.1.i.

404 RIS-Justiz RS0108805.

405 RIS-Justiz RS0119583; RS0118780.

406 RIS-Justiz RS0119310; näher dazu *Hinterhofer/Oshidari*, System, Rz 9.144 ff.

Lösung der Tatfrage durch die Tatrichter viel eher als erheblich bedenklich zu qualifizieren ist [...].<sup>407</sup>

Weil der EGMR im Zuge der Prüfung von Verletzungen nach Art 10 EMRK insoweit folglich kaum Beurteilungsspielraum (*»margin of appreciation«*<sup>408</sup>) für die Vertragsstaaten offen lässt, ist nach Ratz die Schwelle zur erheblichen Bedenklichkeit der Feststellungen umgekehrt in diesem Bereich stets erreicht.<sup>409</sup> Jeder Fehler bei der Beweiswürdigung könnte nämlich bereits eine Grundrechtsverletzung bedeuten, sodass diesbezügliche Bedenken immer erheblich sind.

Diese Rsp erging nun nicht zu den »erheblichen Bedenken gegen die Richtigkeit der dem Ausspruch über die Schuld zugrunde gelegten entscheidenden Tatsachen« nach § 281 Abs 1 Z 5a StPO, sondern zu § 362 Abs 1 Z 2 StPO, wonach eine außerordentliche Wiederaufnahme des Strafverfahrens ua bei »erheblichen Bedenken gegen die Richtigkeit der dem Urteil zugrunde gelegten Tatsachen« möglich ist.<sup>410</sup> ME ist diese Rsp aber ohne Weiteres auf diesen Nichtigkeitsgrund übertragbar, kann es doch innerhalb der StPO keinen Unterschied machen, inwieweit »erhebliche Bedenken« gegen grundrechtsrelevante Urteilsannahmen bestehen. In diese Richtung deutet auch die Rsp: In der Entscheidung 15 Os 28/10x<sup>411</sup> wird im Zuge eines Erneuerungsantrags<sup>412</sup> die prinzipielle Möglichkeit angesprochen, im Wege einer Tatsachenerüge nach Z 5a geltend zu machen, dass etwa das Gelingen des Wahrheitsbeweises nach § 112 StGB zu Unrecht verneint wurde. Auf die Relevanz dieses Judikats wiederum verweist die Entscheidung 15 Os 81/11t<sup>413</sup> im Zusammenhang mit dem festgestellten Sinngehalt einer medialen Äußerung.

Fraglich ist, inwieweit diese Rsp auf alle Delikte des Kommunikationsstrafrechts übertragbar ist, nämlich auch solche, die nicht »medial« iSd MedienG verwirklicht wurden. Die Übertragbarkeit ist richtigerweise zu bejahen: Dem Kommunikationsstrafrecht ist eine Grundrechtsnähe wesensimmanent, weil es immer mit einem Eingriff in die

407 OGH 29. 4. 2008, 11 Os 124/07f (11 Os 125/07b).

408 Zu dieser Doktrin grundlegend mit zahlreichen Rsp-Bsp *Mendel*, Freedom of Expression, 40 ff.

409 Näher Ratz, ÖJZ 2007, 953; ders in FS Höpfel, 240 zu § 362 StPO.

410 Dazu ausführlich IV.E.1.i.

411 15. 12. 2010 = MR 2011, 65 = RZ 2011, 145.

412 Unten IV.E.1.h.

413 29. 6. 2011.

Kommunikationsfreiheit einhergeht. Wird das Strafrecht zum Einsatz gebracht, weil der inkriminierten kommunikativen Handlung vom Strafgericht eine unrichtige Bedeutung zugrunde gelegt wird, führt das zu einer Grundrechtsverletzung, und zwar ungeachtet des *margin of appreciation*, der jedem Staat zukommt. Eine etwaige mediale Breitenwirkung ist hierbei nicht relevant. Es kann aber auch nicht auf einen professionell-journalistischen Sorgfaltsmaßstab ankommen, wie er dem MedienG zugrunde liegt, zumal nach der Definition des Medieninhabers iSd § 1 Abs 1 Z 8 MedienG (»sonst die inhaltliche Gestaltung eines Mediums besorgt«) gerade auch der nicht-professionell agierende Kommunikator verantwortlicher Medieninhaber sein kann. Die Erheblichkeitsschwelle ist damit im Kommunikationsstrafrecht mE stets erreicht, weil eine etwaige Fehlbeurteilung der Äußerung durch das Erstgericht eine Grundrechtsverletzung bedeuten könnte.<sup>444</sup> Bejaht man dieses Ergebnis, ist der Nichtigkeitsgrund des § 281 Abs 1 Z 5a StPO (bzw § 345 Abs 1 Z 10a StPO) im Kommunikationsstrafrecht gegenüber seinem sonst äußerst begrenzten Anwendungsbereich deutlich gestärkt. Dieses Ergebnis scheint aufgrund der häufigen Nähe zwischen strafrechtlichem Verbot und (noch) legitimer Grundrechtsausübung durchaus gerechtfertigt.<sup>445</sup>

414 Die Argumentation noch weiter vertiefend unten IV.E.1.i. bei § 362 StPO.

415 An anderer Stelle der Untersuchung (IV.C.1.a.) wurde aufgezeigt, dass es jedenfalls einen Grundrechtseingriff darstellt, wenn auf der Grundlage eines Strafgesetzes eine Freiheits- oder Geldstrafe verhängt wurde. Die Ausführungen zur gestärkten Bedeutung des § 281 Abs 1 Z 5a StPO lassen sich dennoch nicht auf diese Sanktionenebene übertragen. Eine Fehlbeurteilung der Strafbarkeit eines Verhaltens oder auch eine zu hoch bemessene Strafe stellen nämlich nicht jeweils auch *Verletzungen* des Art 5 EMRK/Art 1 PersFrG oder Art 5 StGG/Art 1 1. ZP-EMRK dar. Zwar muss eine Strafe stets in einem angemessenen Verhältnis zur Schuld des Täters und zum Unwert der Tat stehen (§ 32 StGB). Dennoch findet im Bereich der Strafbesetzung weder eine echte Verhältnismäßigkeitsprüfung noch eine Interessenabwägung statt (so ausdrücklich und ebenso zum Folgenden *Pöschl*, Gleichheit, 212 ff mN aus der Rsp); »denn weder ist die Strafe ein Mittel, um die Schuld zu erreichen, noch repräsentieren Strafe und Schuld divergierende Interessen, die gegeneinander abgewogen werden könnten« (*Pöschl*, Gleichheit, 213). Die grundrechtliche Grenze wird bei Strafnormen daher nicht durch das Recht auf persönliche Freiheit oder die Unverletzlichkeit des Eigentums gezogen (sondern nach *Pöschl*, Gleichheit, 215, allenfalls durch den Gleichheitssatz nach Art 7 B-VG, nämlich wenn der Gesetzgeber entscheiden würde, dass eine individuelle Strafe nicht mehr nach Tat und Schuld, sondern nach externen Faktoren festzulegen wäre).

e. *Rechtsrüge (§ 281 Abs 1 Z 9 StPO)*

Mit der Rechtsrüge nach § 281 Abs 1 Z 9 lit a bzw § 345 Abs 1 Z 11 lit a StPO kann jeweils der Ausspruch über die Frage, ob die dem Angeklagten vorgeworfene Tat überhaupt eine gerichtlich strafbare Handlung begründet, bekämpft werden. Erfasst sind ausschließlich Rechtsfragen, sodass jeweils zwingend von den Feststellungen des Erstgerichts ausgegangen werden muss. Unter den Anwendungsbereich der Rechtsrüge fallen auch sämtliche Rechtsfragen, die in die Grundrechtssphäre hineinreichen, insb damit auch jene iZm dem hier besonders relevanten Art 10 EMRK. So ist zB die Prüfung der Eignung einer Äußerung, dem Bedrohten begründete Besorgnisse iSd gefährlichen Drohung nach § 74 Abs 1 Z 5 StGB einzuflößen, eine solche Rechtsfrage.<sup>416</sup> Ebenso stellt etwa die Qualifikation einer Betätigung als »im nationalsozialistischen Sinn« nach § 3a Z 2, §§ 3e–3g VerbotsG eine Rechtsfrage dar.<sup>417</sup>

Geht man zudem davon aus, dass die Frage nach der Legitimität einer Grundrechtsausübung primär auf der Ebene des Tatbestands zu prüfen ist,<sup>418</sup> ist dieser Tatbestand ggf einschränkend auszulegen: Das gilt immer dann, wenn etwa eine Äußerung noch von der Kommunikationsfreiheit insb nach Art 10 EMRK gedeckt ist, nach dem Wortlaut vom Straftatbestand aber erfasst wäre. Da die Grundrechtskonformität auf Ebene des Tatbestands zu prüfen ist, und ein grundrechtskonformes Verhalten niemals eine gerichtlich strafbare Handlung sein kann, begründen daher mE Fehler bei der Beurteilung der Reichweite der Kommunikationsfreiheit den Nichtigkeitsgrund des § 281 Abs 1 Z 9 lit a bzw § 345 Abs 1 Z 11 lit a StPO. Eine insoweit grundrechtswidrige Auslegung eines Straftatbestands, die zu einer Verurteilung führt, stellt nämlich einen Fehler im Ausspruch dar, ob die Äußerung überhaupt eine strafbare Handlung ist. Es handelt sich um einen Rechtsfehler, weil die Strafnorm auf den Sachverhalt überhaupt nicht anzuwenden gewesen wäre.<sup>419</sup>

Soweit – ausnahmsweise<sup>420</sup> – der Grundrechtsschutz auf Ebene der Rechtfertigung wahrzunehmen ist, kann seine Nichtberücksichtigung

416 So RIS-Justiz RS0092588 [T 2]; RS0092437.

417 RIS-Justiz RS0110511.

418 Wie in der vorliegenden Arbeit: VII.B. und VII.F.

419 Zu diesem Nichtigkeitsgrund ausführlich *Hinterhofer/Oshidari*, System, Rz 9.184 ff.

420 Dazu ausführlich VII.C. und VII.F.

im schöffengerichtlichen Verfahren über § 281 Abs 1 Z 9 lit b StPO<sup>421</sup> im Rechtsmittelwege aufgegriffen werden. Der Nichtigkeitsgrund ermöglicht die Anfechtung einer rechtsfehlerhaften Beurteilung der Frage, ob Umstände vorhanden sind, durch welche die Strafbarkeit der Tat aufgehoben oder die Verfolgung ausgeschlossen ist. Unter § 281 Abs 1 Z 9 lit b StPO gehören sämtliche Strafbarkeitsvoraussetzungen jenseits des Tatbestands, also Schuldausschließungs-, Strafbefreiungsgründe<sup>422</sup> und Verfolgungshindernisse, wie zB die Verjährung<sup>423</sup> und auch allfällige Ausschlüsse der Rechtswidrigkeit.<sup>424</sup> Greift etwa das Grundrecht auf Kommunikation iSd Art 13 StGG/Art 10 EMRK ausnahmsweise als Rechtfertigungsgrund zB über § 114 Abs 1 StGB<sup>425</sup> ein und wurde es vom Erstgericht aber nicht im Rahmen der Rechtfertigung berücksichtigt, ist das Urteil aus § 281 Abs 1 Z 9 lit b bzw § 345 Abs 1 Z 11 lit b StPO mit einem Nichtigkeitsgrund behaftet. Denn die strafrechtliche Verfolgung einer rechtmäßigen und sogar grundrechtsgeschützten Tat ist ausgeschlossen.

Ein entscheidender Vorteil des Nichtigkeitsgrunds nach insb § 281 Abs 1 Z 9 StPO liegt in seiner amtswegigen Wahrnehmung (anlässlich einer aus anderen Gründen erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde) durch das Rechtsmittelgericht nach § 290 Abs 1 StPO.<sup>426</sup> Eine Prüfung einer behaupteten Grundrechtswidrigkeit der angewendeten Strafnorm kann das Rechtsmittelgericht zwar aus Kompetenzgründen (Art 89 Abs 1 B-VG) nicht vornehmen. Eine solche Prüfung steht nur dem VfGH zu; das zweitinstanzliche Gericht muss allerdings – nicht anders als schon

421 Bzw gegen Urteile des Einzelrichters am Landesgericht nach § 489 Abs 1 iVm § 281 Abs 1 Z 9 lit b StPO und §§ 464 Z 1 iVm 468 Abs 1 Z 4 iVm § 281 Abs 1 Z 9 lit b StPO gegen Urteile des Richters des Bezirksgerichts, soweit nicht ohnehin jeweils eine Schuldberufung nach § 464 Z 2 StPO bzw § 489 Abs 1 iVm § 464 Z 2 StPO ergriffen wird.

422 Grundrechte können allerdings niemals bloß einen Entschuldigungs-, und umso weniger einen Strafaufhebungs- oder Strafausschließungsgrund normieren; dazu ausführlich VII.D., VII.E. und VII.F.

423 Statt vieler *Hinterhofer/Oshidari*, System, Rz 9.193.

424 So begründet etwa ein aufrechtes Straferkenntnis einer Verwaltungsbehörde ein Verfolgungshindernis nach § 281 Abs 1 Z 9 lit b StPO; ein nachher ergehendes Strafurteil wegen derselben Tat verstößt gegen das Doppelbestrafungsverbot nach Art 4 Abs 1 des 7. ZP-EMRK und ist mit dem Nichtigkeitsgrund der Z 9 lit b behaftet; OGH 22. 8. 2002, 15 Os 18/02.

425 Ausführlich VII.C. und XVI.C.

426 Zur Reichweite der Überprüfungspflicht durch das Rechtsmittelgericht *Ratz WK-StPO* § 290 Rz 17.

das erstinstanzliche Gericht – einen Gesetzesprüfungsantrag an diesen stellen, wenn es die Bedenken des Beschwerdeführers teilt.<sup>427</sup>

Die grundsätzliche Erfolgsaussicht der Geltendmachung von Grundrechtsverletzungen über die Rechtsrüge wird allerdings in einem Punkt eingeschränkt: Nach der Rsp des OGH sind an die Argumentation im Rahmen einer Rechtsrüge durch den Rechtsmittelwerber außerordentlich hohe Anforderungen gestellt. So verlangt der OGH nicht nur das deutliche und bestimmte Aufzeigen des Rechtsfehlers iSd § 285a Z 2 StPO, damit die Nichtigkeitsbeschwerde nicht schon in nichtöffentlicher Sitzung zurückgewiesen wird (nach § 285d Abs 1 Z 1 StPO). Vielmehr muss eine Nichtigkeitsbeschwerde die rechtliche Argumentation stets »methodengerecht«<sup>428</sup> vornehmen bzw die vertretene Rechtsansicht jeweils methodengerecht aus dem Gesetz abgeleitet sein. Auch ein Verweis auf einschlägiges, die Rechtsansicht des Rechtsmittelwerbers stützendes Schrifttum genügt uU nicht, wenn die zitierte Stelle selbst eine Rechtsansicht ohne Begründung behauptet.<sup>429</sup> Es braucht nach der Rsp vielmehr eine methodisch vertretbare Rechtsbehauptung<sup>430</sup>, eine »geordnete Gedankenführung«<sup>431</sup>, die Einhaltung der »Mindestanforderungen [...] für sinnvolle Kommunikation« sowie eine Begründung »auf einem für ein Höchstgericht angemessenen Argumentationsniveau«<sup>432</sup>. Wird dieses Niveau nicht erreicht, weist der OGH die Nichtigkeitsbeschwerde bedauerlicherweise auch dann zurück, wenn die Rechtsfrage an sich berechtigt und höchst klärungsbedürftig wäre.<sup>433</sup>

Da die vom Gericht im Urteil getroffenen Annahmen zum Sinngehalt einer schriftlichen, mündlichen oder bildlichen Äußerung zur Feststellungsebene und damit zur Tatfrage gehören,<sup>434</sup> sind sie konsequenterweise nicht mit dem materiell-rechtlichen Nichtigkeitsgrund

427 So auch *Ratz* in FS Steiningger H., 117; dazu schon III.C.3.b.

428 Der OGH anerkennt hierbei nur fünf Arten methodengerechter Argumentation, wie *Schmoller* (in FS Stolzlechner, 612, 618 ff mwN zB auf OGH 17.12.2003, 13 Os 151/03 = RZ 2004, 139 = JBl 2004, 531 [*Burgstaller*]; *Ratz*, RZ 2012, 163) aufzeigt: Darlegung eines Verstoßes 1. gegen den allgemeinen oder besonderen Sprachgebrauch des Gesetzes, 2. gegen den Kontext des Gesetzes, 3. gegen die historisch bezweckte Bedeutung, oder Darlegung 4. eines Wertungswiderspruchs oder 5. der Verletzung von Verfassungsprinzipien.

429 ZB OGH 31.1.2013, 12 Os 139/12a.

430 ZB OGH 18.12.2012, 14 Os 113/12t.

431 *Ratz*, RZ 2012, 162.

432 Jeweils OGH 10.12.2012, 17 Os 11/12i.

433 Eingehend dazu *Schmoller* in FS Stolzlechner, insb 610 ff.

434 IV.E.1.d.

der Rechtsrüge nach § 281 Abs 1 Z 9 (iVm §§ 464 Z 1, 468 Abs 1 Z 4 bzw § 489 Abs 1) bzw § 345 Abs 1 Z 11 StPO bekämpfbar.<sup>435</sup> Wird eine Rechtsrüge vom Verurteilten erhoben, muss sie sich an den vom Erstgericht zugrunde gelegten Äußerungsinhalt halten, der im Rahmen der freien Beweiswürdigung festgestellt wurde. Eine nicht auf Basis dieses Tatsachensubstrats des Ersturteils erfolgte andere Lösung einer Tatfrage durch das Rechtsmittelgericht im Rahmen einer Rechtsrüge wäre daher prozessual verfehlt und unzulässig.<sup>436</sup>

#### f. *Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes*

Die Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes nach §§ 23, 292 StPO kann von der Generalprokuratur an den OGH in Strafsachen gerichtet werden. Sie wendet sich insb gegen Urteile der Strafgerichte, die auf einer Verletzung oder unrichtigen Anwendung des Gesetzes beruhen, sowie gegen jeden gesetzwidrigen Beschluss oder Vorgang eines Strafgerichts. Prüfungsmaßstab sind ausschließlich Rechtsfehler (Fehler bei der Rechtsanwendung). Auf eine Erheblichkeit kommt es nicht an: Auch geringfügige Rechtsfehler können so geltend gemacht werden. Angefochten werden kann zunächst eine willkürliche und deshalb *rechtsverletzende Ermessensübung* bei der Prüfung der Tatfrage.<sup>437</sup> Geltend gemacht werden kann zudem die undeutliche, unvollständige, aktenwidrige oder offenbar unzureichende Begründung iSd § 281 Abs 1 Z 5 StPO, wenn sie die Schwelle des erheblich bedenklichen Ermessensgebrauchs überschreitet und sich somit bereits als Rechtsfehler darstellt.<sup>438</sup>

Solche Rechtsfehler können auch grundrechtlich im Zusammenhang mit der Kommunikationsfreiheit nach Art 13 StGG/Art 10 EMRK relevant sein: Wenn etwa die Feststellungen zum Sinngehalt einer inkriminierten Textstelle oder deren Qualifikation als Tatsachenbehauptung und nicht Werturteil<sup>439</sup> völlig unbegründet geblieben sind, so liegt (außer, mangels Begründungspflicht, im geschworenengerichtlichen Verfahren) ein Rechtsfehler vor, weil die richterliche Begründungspflicht

435 RIS-Justiz RS0092588 [T 10].

436 RIS-Justiz RS0115120; RS0092588 [T 18, T 21, T 24, T 25].

437 Eine bloß erheblich bedenkliche Ausübung richterlichen Ermessens ist dagegen mit der außerordentlichen Wiederaufnahme (§ 362 StPO) zu überprüfen.

438 Zu alledem RIS-Justiz RS0119300 [T 1].

439 Zu diesem Problem XIV.B.5.



im Urteil verletzt wurde.<sup>440</sup> Der Sinngehalt einer Äußerung kann dagegen nicht über eine Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes an den OGH herangetragen werden, weil er eine reine Tatfrage darstellt.<sup>441</sup>

Ein Bsp für die Relevanz der Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes für die Grundrechte ist die Entscheidung des OGH zur Strafbarkeit des rituellen Schlachtens von Schafen als Ausübung der Religionsfreiheit nach Art 14 StGG, Art 63 Abs 2 StV St. Germain und Art 9 EMRK:<sup>442</sup> Er verneinte darin die Tatbestandsmäßigkeit eines solchen Verhaltens, weil er die rituelle Schlachtung als ein sozial adäquates Verhalten qualifizierte, sodass »die Schlachtung von Tieren nach den religiösen Vorschriften der Mohammedaner und der Juden den Tatbestand des erwähnten Delikts nicht zu erfüllen« vermag. Der Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes war damit stattzugeben; der Angeklagte wurde gemäß § 259 Z 3 StPO freigesprochen.

Der OGH kann im Rahmen der Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes solche materiellen Grundrechtsverletzungen auch von Amts wegen wahrnehmen, wenn sie von der Generalprokuratur nicht beanstandet wurden: Wird von der Generalprokurator etwa nur die Kostenentscheidung im Urteil moniert, kann der OGH von sich aus materiellrechtliche Feststellungsmängel (§ 281 Abs 1 Z 9 lit a StPO) wegen gänzlich fehlender Feststellungen zum Sinngehalt von Äußerungen im Zusammenhang mit dem Vorwurf der Üblen Nachrede (§ 111 StGB) amtswegig aufgreifen (§ 290 Abs 1 StPO).<sup>443</sup> Bedeutung hat die Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes neben dem klassischen Strafverfahren va auch im Anwendungsbereich des MedienG iZm der (massen-)medialen Berichterstattung. Denn hier endet der ordentliche Instanzenzug jeweils beim OLG (§ 33 Abs 1 Z 1 StPO iVm § 31 Abs 4 Z 3 StPO und § 41 Abs 3 MedienG); eine Anrufung des OGH kann dort überhaupt nur über die Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes (§ 41 Abs 1 MedienG iVm § 34 Abs 1 Z 2 StPO) bzw über einen Erneuerungsantrag nach § 363a StPO<sup>444</sup> erfolgen.<sup>445</sup>

440 RIS-Justiz RSo119300 [T 3].

441 RIS-Justiz RSo119300. Der zugrunde gelegte Sinngehalt kann allenfalls mit einer außerordentlichen Wiederaufnahme nach § 362 StPO bekämpft werden; dazu IV.E.1.i.

442 OGH 28.3.1996, 15 Os 27/96 = EvBl 1996/114; zu dieser Entscheidung auch VII.B.2.

443 OGH 3.6.1997, 14 Os 61/97 = EvBl 1997/194; siehe auch *Ratz* in FS Steinger H., 125.

444 Dazu IV.E.1.h.

445 *Ratz* in *Karl/Berka*, Medienfreiheit, 73 ff.

Die Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes ist als Rechtsbehelf ausgestaltet und kann daher auch nach Rechtskraft eines Urteils ergriffen werden (§ 23 Abs 1 StPO). Vorausgesetzt ist allerdings, dass die Nichtigkeitsbeschwerde von der Generalprokuratur überhaupt erhoben wird. Denn der Beschuldigte, Angeklagte oder Verurteilte hat kein subjektives Recht darauf, dass die Generalprokuratur dies tut; er kann die Beschwerde lediglich anregen (§ 23 Abs 2 letzter Satz und § 23 Abs 1 StPO *e contrario*).<sup>446</sup> Ihm ist ggf eine Gleichschrift der Nichtigkeitsbeschwerde zu übermitteln und es kommt ihm ein Äußerungsrecht zu (§ 292 S 2 StPO). Erachtet der OGH, dass die zur Wahrung des Gesetzes erhobene Beschwerde begründet ist, stellt er eine entsprechende Rechtsverletzung in der betroffenen Strafsache fest (§ 292 S 5 StPO). Liegt der Verurteilung ein solches nichtiges Urteil zugrunde, kann der OGH den Verurteilten überdies freisprechen, einen milderen Strafsatz anwenden oder eine Erneuerung des Verfahrens anordnen. Das Urteil kann damit zugunsten des von einer Grundrechtsverletzung Betroffenen korrigiert oder aufgehoben werden. Dies liegt allerdings im Ermessen des OGH (§ 292 S 7 StPO).

*g. Erneuerung des Strafverfahrens nach einem EGMR-Urteil*

§ 363a StPO sieht seinem Wortlaut nach zunächst einen Rechtsbehelf gegen Entscheidungen oder Verfügungen eines Strafgerichts, insb gegen rechtskräftige Urteile, vor, wenn der EGMR in einem Urteil eine Verletzung eines EMRK-Rechts durch Österreich feststellt. In diesem Fall nämlich ist das Verfahren über Antrag insb des rechtskräftig Verurteilten insoweit zu erneuern, als die Verletzung eines Grundrechts der EMRK einen nachteiligen Einfluss auf die konkrete strafgerichtliche Entscheidung haben konnte (Abs 1). Hierunter fallen evidentermaßen auch alle Verurteilungen Österreichs wegen einer Verletzung von Art 10 EMRK, von denen es zahlreiche gibt.<sup>447</sup>

Der OGH entscheidet über den Antrag; dem von der Grundrechtsverletzung Betroffenen kommt ebenso ein Antragsrecht zu wie der Ge-

<sup>446</sup> Kritisch dazu zB *Stuefer/Soyer*, ÖJZ 2007, 143.

<sup>447</sup> Zuletzt etwa EGMR 25.10.2016, *Verlagsgruppe NEWS GmbH vs Österreich*; 28.11.2013, *Österreichische Vereinigung zur Erhaltung, Stärkung und Schaffung vs Österreich*; weitere Bsp unter <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22respondent%3A%5B%22AUT%22%2C%22article%3A%5B%2210%22%2C%22documentcollectionid2%3A%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22violation%3A%5B%2210%22%22%7D>> (27.7.2021).

neralprokuratur (Abs 2). Der Antrag ist beim OGH einzubringen. Er hat die Rechtsfehler, also die Erneuerungsgründe bzw reklamierten Grundrechtsverletzungen, prozessordnungsgemäß aufzuzeigen,<sup>448</sup> weil ein amtswegiges Vorgehen nach § 290 Abs 1 S 2 StPO nicht vorgesehen ist.<sup>449</sup> Insoweit dient § 363a StPO insb der Umsetzung von EGMR-Urteilen in nationales Recht.<sup>450</sup>

#### *h. Erneuerung des Strafverfahrens ohne vorangegangenes Urteil des EGMR*

Die Rsp des OGH hat den Anwendungsbereich des § 363a StPO gegenüber dem Wortlaut erheblich erweitert:<sup>451</sup> Mit der Entscheidung 13 Os 135/06m<sup>452</sup> wurde der höchstgerichtliche Individualrechtsschutz dahin ausgedehnt, dass es der OGH für den Antrag auf Erneuerung des Strafverfahrens nunmehr ausreichen lässt, wenn der Betroffene (insb der Verurteilte) eine Grundrechtsverletzung plausibel behauptet, ohne zuvor den Beschwerdeweg an den EGMR zu gehen. Eine Erneuerung des Strafverfahrens nach § 363a StPO setzt daher – entgegen dem Wortlaut – nicht mehr eine vorherige Verurteilung Österreichs durch den EGMR wegen Verletzung der EMRK voraus. Vielmehr genügt schon die Behauptung einer Verletzung von Grundrechten, die sodann ggf unmittelbar der OGH aufgreift. Der EGMR hat den Erneuerungsantrag *analog* in der Zwischenzeit als wirksamen Rechtsbehelf iSd Art 35 EMRK anerkannt (mit der Konsequenz, dass eine direkte Anrufung des EGMR nach innerstaatlichen Entscheidungen unterhalb der Ebene des OGH nicht mehr möglich ist<sup>453</sup>).<sup>454</sup>

448 Kritisch zur insoweit vom OGH verlangten »methodengerechten Ableitung« der Argumentation aus dem Gesetz *Schmoller* in FS Stolzlechner, 607 ff, insb 611 ff; zu dieser Kritik auch IV.E.1.e.

449 Dazu näher *Ratz* in FS Höpfel, 239 f.

450 So auch *Ratz* in FS Steininger H., 134.

451 Nunmehr ständige Rechtsprechung: RIS-Justiz RS0122228; ausführlich dazu *Ratz* in FS Höpfel, 234 ff; *ders* in *Pilgermair*, Wandel in der Justiz, 170 ff; *ders*, ÖJZ 2010, 986 f; *Rebisant* WK-StPO § 363c Rz 1 ff; kritisch zB *Reindl-Krauskopf*, JBl 2008, 130 ff; *dies* in *BMJ*, 36. Ottensteiner Fortbildungsseminar, 59 ff.

452 = EvBl 2007/154, 832.

453 Zu alledem auch *Lewisch* in *Lewisch/Nordmeyer*, Liber Amicorum Eckart Ratz, 60 f.

454 EGMR 29.10.2015, *ATV Privatfernseh-GmbH vs Österreich* = JBl 2016, 158 mit Anm *Reindl-Krauskopf*.

Die Grundrechtsprüfung erfolgte nach der Rsp zwischenzeitig auch nicht mehr nur am Maßstab der EMRK, sondern auch des B-VG und des StGG sowie des Art 54 SDÜ.<sup>455</sup> Ein von Österreich betriebenes Vorabentscheidungsverfahren zur Frage, ob der Anwendungsbereich von § 363a StPO auch bei behaupteter Verletzung von EU-Recht, namentlich insb der GRCh, eröffnet sein müsse, wurde vom EuGH mittlerweile entschieden: Demnach gebietet es das Unionsrecht nicht, eine Erneuerung des Strafverfahrens im Zuge eines Rechtsbehelfs zu ermöglichen, der nach dem Wortlaut nur EMRK-Verletzungen erfasst.<sup>456</sup> In jüngsten Entscheidungen (seit Ende 2018) judiziert der OGH daher regelmäßig, dass ein Antrag auf Erneuerung des Strafverfahrens auch im erweiterten Anwendungsbereich des § 363a StPO analog nur wegen einer Verletzung der EMRK oder eines ihrer Zusatzprotokolle gestellt werden kann.<sup>457</sup>

Jedenfalls können im gesamten Erkenntnisverfahren via Erneuerungsantrag »analog« Grundrechtsverletzungen nach der EMRK bereinigt werden: Im Wege der Erneuerung lassen sich etwa schon vor Beginn des Hauptverfahrens verbotene Beweismittel beseitigen,<sup>458</sup> deren Aufnahme etwa per gerichtlichem Beschluss (§ 86 StPO) zunächst genehmigt wurde. Da der OGH sich insoweit als Grundrechtsgericht versteht, das über einen subsidiären Rechtsbehelf zu entscheiden hat, gelten in diesem Fall für einen Antrag die gleichen Voraussetzungen (Art 34, Art 35 Abs 1 und 2 EMRK analog) wie für eine Beschwerde an den EGMR:<sup>459</sup> Insb muss der Antragssteller auch der von der behaupteten Grundrechtsverletzung Betroffene sein, vor Anrufung des OGH den Instanzenzug ausschöpfen und für die Antragstellung eine Frist von sechs Monaten ab der letztinstanzlichen Entscheidung wahren.<sup>460</sup> Für Konstellationen, in denen es um die verfassungskonforme Auslegung von Tatbeständen des materiellen Strafrechts geht, bedeutet das nach der Rsp, dass die Auslegungsfrage vor Erhebung eines Erneuerungsantrags

455 ZB OGH 17.2.2011, 11 Os 142/10g wegen Verletzung der in Art 89 Abs 2 B-VG normierten Anfechtungsbefugnis; OGH 14.7.2011, 13 Os 47/11b, 13 Os 54/11g betreffend das Willkürverbot nach Art 2 StGG; wN bei *Ratz* in FS Höpfel, 236; schließlich OGH 26.8.2008, 14 Os 60/08t zu Art 54 SDÜ.

456 EuGH 24.10.2018, Rs C-234/17; Vorabentscheidungsersuchen des OGH vom 23.1.2017, 13 Os 49/16d.

457 RIS-Justiz RS0132365.

458 So *Ratz* in *Karl/Berka*, Medienfreiheit, 92.

459 ZB *Ratz* in *Karl/Berka*, Medienfreiheit, 92.

460 ZB OGH 23.10.2007, 11 Os 132/06f = EvBl 2008/8, 32.

mit Rechts- oder Subsumtionsrüge<sup>461</sup> geltend gemacht worden sein muss. Stellt der Angeklagte die Verfassungskonformität einer Strafbestimmung in Frage, muss er im Zuge der Urteilsanfechtung auf diese Verfassungswidrigkeit hinweisen, um so das Rechtsmittelgericht zu einem Vorgehen nach Art 89 Abs 2 B-VG zu veranlassen. Hat in zweiter Instanz allerdings bereits der OGH entschieden, scheidet seine (neuerliche) Anrufung über § 363a StPO analog aus, weil insoweit die Zulässigkeitsbeschränkung des Art 35 Abs 2 lit b 1. Fall EMRK entgegensteht (*übereinstimmender Gegenstand*).<sup>462</sup>

Eine weitere Einschränkung erfährt dieser Rechtsbehelf durch die Anforderungen, die der OGH an die Begründung der Grundrechtsverletzung stellt: So führt der OGH zunächst aus, dass ein Erneuerungsantrag deutlich und bestimmt darzulegen hat, worin eine Grundrechtsverletzung iSd § 363a Abs 1 StPO zu erblicken sei. Hierbei hat sich der Antrag mit der als grundrechtswidrig bezeichneten Entscheidung in allen relevanten Punkten auseinanderzusetzen.<sup>463</sup> Verlangt wird konkret ein prozessförmiges Aufzeigen von Rechtsfehlern als Grund für eine Erneuerung des Strafverfahrens, weil amtswegiges Vorgehen des OGH vom Gesetz nicht vorgesehen ist (vgl demgegenüber §§ 290 Abs 1 S 2, 362 Abs 1 Z 1 StPO). Das wiederum bedarf

»methodengerechter (das heißt, nach Maßgabe juristisch geordneter Gedankenführung zumindest vertretbarer, wenngleich nicht notwendigerweise zutreffender) Ableitung der aufgestellten Rechtsbehauptung aus der reklamierten Grundrechtsverletzung.«<sup>464</sup>

Tatsächlich werden die Begründungserfordernisse mit dieser Rsp aber bedenklich hoch geschraubt, wie insb *Schmoller* aufgezeigt hat.<sup>465</sup> Es gilt insoweit das bereits zur Rechtsrüge nach § 281 Abs 1 Z 9 StPO Ausgeführte.<sup>466</sup>

461 § 281 Abs 1 Z 9 oder Z 10, § 464 Z 1 iVm § 468 Abs 1 Z 4, § 489 Abs 1 Satz 2 StPO.

462 RIS-Justiz RS0122737.

463 RIS-Justiz RS0124359.

464 ZB 10.12.2012, 17 Os 11/12i.

465 In FS Stolzlechner, 607 ff, insb 611 ff.

466 IV.E.1.e.

*i. Außerordentliche Wiederaufnahme*

Unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen der ordentlichen Wiederaufnahme eines Strafverfahrens (§ 353 StPO) kann der OGH nach § 362 Abs 1 StPO eine außerordentliche Wiederaufnahme eines Strafverfahrens vor und nach Rechtskraft des Urteils verfügen. Voraussetzung ist, dass sich für ihn bei einer Prüfung der Akten erhebliche Bedenken gegen die Richtigkeit der dem Urteil zugrunde gelegten Tatsachen ergeben. Anders als bei der Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes<sup>467</sup> geht es bei der außerordentlichen Wiederaufnahme folglich um die Feststellungen im Urteil und gerade nicht um Rechtsfehler. Zu einer solchen Prüfung der Urteilsannahmen kann es entweder bei der vorläufigen Beratung über eine Nichtigkeitsbeschwerde, nach der öffentlichen Verhandlung hierüber oder über Antrag des Generalprokurators kommen (§ 362 Abs 1 StPO). Einen entsprechenden Antrag könnte etwa der Generalprokurator über Anregung des Verurteilten nach § 362 Abs 1 Z 2 StPO stellen.<sup>468</sup> Nach § 362 Abs 2 StPO hat der OGH insb auch die Möglichkeit, im Zuge der außerordentlichen Wiederaufnahme ein völlig neues Urteil zu sprechen, wenn es den Verurteilten besserstellt. Andernfalls ordnet er die Wiederaufnahme des Verfahrens durch das erstinstanzliche Gericht an.

Grundsätzlich können nur erhebliche Bedenken gegen die entscheidenden Tatsachen, die einer Verurteilung zugrunde gelegt wurden, vom OGH im Rahmen einer Wiederaufnahme aufgegriffen werden. Im Tatsachenbereich können so jedenfalls unerträgliche Urteilsannahmen bekämpft werden.<sup>469</sup> Eine Verletzung der Grundrechte durch Strafgerichte wird zunächst vielfach einen Rechtsfehler begründen, wie etwa durch eine grundrechtswidrige Gesetzesauslegung und in weiterer Folge unrichtige Gesetzesanwendung;<sup>470</sup> ein solcher kann mit der außerordentlichen Wiederaufnahme nach § 362 StPO aber gerade nicht aufgegriffen werden.

Dennoch spielt dieser Rechtsbehelf für den Rechtsunterworfenen bei der Geltendmachung von Verstößen insb gegen die Kommunikations-

467 IV.E.1.f.

468 RIS-Justiz RS0119300.

469 Zu alledem *Ratz in Karl/Berka*, Medienfreiheit, 84 ff; *ders*, ÖJZ 2007, 948 ff. Der Prüfungsmaßstab der außerordentlichen Wiederaufnahme ist insoweit das Pendant zu jenem des § 281 Abs 1 Z 5a StPO.

470 Ausführlich IV.E.1.e.

freiheit nach Art 13 StGG/Art 10 EMRK eine zentrale Rolle: So kann nämlich mittels außerordentlicher Wiederaufnahme va der Sinngehalt einer massenmedial getätigten Äußerung, der eine Tatfrage darstellt,<sup>471</sup> vom OGH überprüft werden. Bei Karikaturen in Zeitungen ist etwa nach stRsp ein etwaiger Bezug der Karikatur mit der politischen Tätigkeit des Abgebildeten in den Feststellungen herzustellen; wird ein solcher im Urteil verneint und begegnet dies aus der Sicht des OGH erheblichen Bedenken (zB Verneinung des Bezugs zur politischen Tätigkeit, obwohl die Karikatur auf der mit »OÖ-Politik« überschriebenen Seite einer Tageszeitung erschienen ist), kann das Verfahren wiederaufgenommen werden.<sup>472</sup> Auch kann nach der Rsp die falsche Qualifikation einer massenmedial getätigten Äußerung als Tatsachen- oder Werturteil iSd § 111 StGB bekämpft werden.<sup>473</sup> Der OGH geht in all diesen Fällen davon aus, dass die von § 362 StPO vorgesehene Schwelle der »Erheblichkeit«<sup>474</sup> der Bedenken gegen die erstrichterlichen Feststellungen stets erreicht ist: Weil nach der Rsp des EGMR bei medial vermittelten Inhalten ein sehr begrenzter nationaler Spielraum zur Einschränkung der Kommunikationsfreiheit nach Art 10 EMRK bestehe,<sup>475</sup> stelle jede Fehlbeurteilung des Äußerungsinhalts insb als Tatsachenbehauptung anstatt Werturteil bereits einen erheblichen Fehler iSd § 362 Abs 1 StPO dar.<sup>476</sup> Denn nur Tatsachenbehauptungen sind einem Wahrheitsbeweis nach §§ 111 Abs 3 iVm 112 StGB zugänglich und führen damit uU zu einer Straflosigkeit der Äußerung. Wird dagegen unrichtigerweise als Voraussetzung für die Straflosigkeit eines Werturteils ein Wahrheitsbeweis verlangt, liegt eine Verletzung von Art 10 EMRK vor; dasselbe gilt, wenn ein Wahrheitsbeweis verwehrt wird, indem die Äußerung zu Unrecht als Werturteil beurteilt wurde.<sup>477</sup> Besondere Bedeutung hat die außerordentliche Wiederaufnahme des Verfahrens daher im Bereich des MedienG bzw der Mediengerichtsbarkeit.<sup>478</sup>

471 Dazu schon IV.E.1.d.

472 RIS-Justiz RS0119300 [T 2].

473 Wie in OGH 29.4.2008, 11 Os 124/07f (11 Os 125/07); dazu auch *Ratz* in FS Höpfel, 240.

474 Dazu auch *Lambauer* SbgK Vorbem §§ 111 ff Rz 68.

475 Dazu schon IV.E.1.d.

476 *Ratz* in *Karl/Berka*, Medienfreiheit, 85 ff, insb 87; *ders* in FS Steininger H., 12; zu alledem auch *ders* WK-StPO § 362 Rz 1 ff.

477 Näher unter XIV.B.7.b.

478 ZB RIS-Justiz RS0123504, RS0123668, je unter Anführung jüngerer Fälle; so auch *Hinterhofer/Oshidari*, System, Rz 11,50.

Fraglich ist an dieser Stelle, inwieweit diese Rsp zur Mediengerichtbarkeit übertragbar ist auf jene Delikte des Kommunikationsstrafrechts, die nicht »medial« iSd MedienG verwirklicht wurden. Die Frage stellte sich bereits im Zusammenhang mit der Geltendmachung des Nichtigkeitsgrunds nach § 281 Abs 1 Z 5a StPO;<sup>479</sup> sie kann hier nicht anders beantwortet werden: Weil das Kommunikationsstrafrecht zwingend mit einem Eingriff in die Kommunikationsfreiheit einhergeht, führt eine unrichtige Beurteilung der inkriminierten kommunikativen Handlung auch immer zu einer Grundrechtsverletzung, wenn hierbei der *margin of appreciation*, den der EGMR den Vertragsstaaten der EMRK gewährt, überschritten wird. Es kommt hierbei weder auf eine etwaige mediale Breitenwirkung noch auf einen berufsjournalistischen Sorgfaltsmaßstab an, wie er dem MedienG zugrunde liegt – immerhin kann nach der Definition des Medieninhabers iSd § 1 Abs 1 Z 8 MedienG auch der nicht-professionell agierende Kommunikator Medieninhaber sein. Die Erheblichkeitsschwelle ist damit im Kommunikationsstrafrecht stets erreicht, weil eine etwaige Fehlbeurteilung der Äußerung durch das Erstgericht eine Grundrechtsverletzung bedeuten könnte. Der EGMR differenziert gerade für die Fehlbeurteilung eines Äußerungsinhalts als Werturteil anstelle einer Tatsachenbehauptung auch nicht danach, ob es sich um eine medial getätigte Äußerung handelte. Allenfalls dürfen die Anforderungen an den Wahrheitsbeweis danach differenziert werden, ob es sich um professionelle Journalisten oder aber Private handelt.<sup>480</sup> Insgesamt erscheint die Rsp daher auch gut auf Fälle jenseits medial getätigter Äußerungen übertragbar. Auf diese Art und Weise lässt sich die Bedeutung der außerordentlichen Wiederaufnahme nach § 362 StPO im Kommunikationsstrafrecht noch weiter erhöhen.

Allerdings kommt dem Verurteilten weder ein Antrags- noch ein Anhörungsrecht zu. Im Gegenteil: § 362 Abs 3 StPO normiert ausdrücklich, dass Anträge von Privaten, die auf Herbeiführung eines Beschlusses nach § 362 StPO durch den OGH abzielen, von den Gerichten, bei denen sie einlaufen, abzuweisen sind und dass derartige Anträge auch »nie- mals zum Gegenstande der Erörterung in der mündlichen Verhandlung gemacht werden« dürfen. Der Verurteilte kann daher lediglich etwa im

479 IV.E.1.d.

480 Zur Rsp ausführlich *van Rijn* in *van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak*, *Theory and practice*<sup>5</sup>, 787 ff.



Wege einer Nichtigkeitsbeschwerde in einem laufenden Verfahren anregen, dass sich der OGH im Rahmen einer außerordentlichen Wiederaufnahme mit einer behaupteten Grundrechtsverletzung aus einem anderen Verfahren befassen möge: Der OGH hätte dann nach § 362 Abs 1 Z 1 StPO die Möglichkeit, im Zuge der vorläufigen Beratung über diese Nichtigkeitsbeschwerde die vorgebrachten Bedenken gegen das andere Urteil aufzugreifen.

## 2. Nicht oder wenig aussichtsreiche Anfechtungswege

### a. Grundrechtsbeschwerde nach dem GRBG

Nach § 1 Abs 1 GRBG kann jede Person Grundrechtsbeschwerde an den OGH erheben, die behauptet, durch eine strafgerichtliche Entscheidung oder Verfügung in ihrem Recht auf persönliche Freiheit insb nach Art 5 EMRK verletzt worden zu sein.<sup>481</sup> Das Grundrecht auf persönliche Freiheit ist nach der Rsp des OGH schon bei jeder Verletzung einer einfachgesetzlichen Festnahme- und Haftvorschrift verletzt,<sup>482</sup> weil Art 5 Abs 1 EMRK den Freiheitsentzug nur »auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise« zulässt.<sup>483</sup> Der OGH kann auch von Amts wegen Grundrechtsverletzungen aufzeigen, weil § 290 Abs 1 S 2 StPO anwendbar ist.<sup>484</sup> Das Grundrecht auf persönliche Freiheit ist allerdings nicht schon dann verletzt, wenn aus grundrechtlichen Gründen keine Strafbarkeit vorliegt, etwa weil ein Verhalten von der Ausübung der Kommunikationsfreiheit nach Art 13 StGG/Art 10 EMRK gedeckt ist: Das zu klären ist ja gerade Aufgabe des Strafverfahrens. Um diese wahrnehmen zu können, lassen

481 Es muss sich um eine funktionell grundrechtsrelevante Entscheidung oder Verfügung handeln; bekämpft werden kann damit nur eine strafgerichtlich angeordnete und effektuierte Freiheitsentziehung; zB RIS-Justiz RS0060991 mit T 6 und T 11; OGH 9.6.2016, 15 Os 56/16y. Voraussetzung einer Grundrechtsbeschwerde ist, dass der Instanzenzug zunächst erschöpft wurde, also ggf ordentliche Rechtsmittel ergriffen wurden. Anfechtbar sind somit Beschlüsse, gegen die entweder kein Rechtsmittel zulässig ist, oder letztinstanzliche Rechtsmittelentscheidungen (RIS-Justiz RS0061078).

482 Den exakten Prüfungsmaßstab des Grundrechtsbeschwerdeverfahrens zusammenfassend: *Ratz in Pilgermaier*, Wandel der Justiz, 169 f.

483 ZB OGH 14 Os 108/08a = EvBl 2008/174; 9.6.2016, 15 Os 56/16y; näher *Hinterhofer/Oshidari*, System, Rz 11,92 f; außerdem *Ratz* in FS Höpfel, 233.

484 Das Verfahren richtet sich nämlich gemäß § 10 GRBG nach den allgemeinen Vorschriften der StPO, soweit das GRBG selbst nichts anderes vorsieht; näher zu allem zB *Ratz* in FS Höpfel, 239.

EMRK und PersFrG gerade Festnahmen und Untersuchungshaft im Ermittlungsverfahren zu.

Die Verletzung anderer Grundrechte als jenes auf persönliche Freiheit kann nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut des GRBG nicht geltend gemacht werden,<sup>485</sup> wiewohl das etwa von *Matscher* unter Hinweis auf den sog Weisenbericht<sup>486</sup> für den in dieser Arbeit zentralen Art 10 EMRK und damit Verstöße gegen die Kommunikationsfreiheit gefordert wurde.<sup>487</sup> Der vom Justizausschuss angeregte Ausbau der Grundrechtsbeschwerde überhaupt zu einer alle Grundrechtsverstöße umfassenden Rechtsmittelmöglichkeit wurde bis dato nicht weiterverfolgt.<sup>488</sup>

Fraglich wäre ohnehin, wie effektiv ein solches Rechtsmittel im Zusammenhang mit Verstößen gegen die Kommunikationsfreiheit wäre, selbst wenn man mit einer gesetzlichen Änderung seinen Anwendungsbereich auch auf dieses Grundrecht erstrecken würde. Denn: Die Sachverhaltsgrundlage, die vom Erstgericht für die Annahme eines dringenden Tatverdachts als Voraussetzung der Festnahme nach § 170 Abs 1 StPO angenommen wurde, wird vom OGH gegenwärtig – klar anders als vom historischen Gesetzgeber gedacht<sup>489</sup> – nur im Umfang der § 281 Abs 1 Z 5 und 5a StPO geprüft.<sup>490</sup> Würde der OGH diese Rsp auch für behauptete Verletzungen der Kommunikationsfreiheit beibehalten, könnte der vom Erstgericht angenommene Sinngehalt eines inkriminierten kommunikativen Inhalts damit nur eingeschränkt überprüft werden. Denn nach der Rsp des OGH ist dieser Sinngehalt eine Tatfrage (und gehört damit zur Feststellungsebene).<sup>491</sup>

#### b. *Verfahrensrüge (§ 281 Abs 1 Z 4 StPO)*

Im Bereich der ordentlichen Rechtsmittel gegen Urteile können Grundrechtsverletzungen mit Nichtigkeitsbeschwerde aus § 281 Abs 1 Z 4 StPO

485 Instrukтив zB *Ratz* in FS Steininger H., 131 ff.

486 Online unter <<https://images.derstandard.at/upload/images/bericht.pdf>> (27.7.2021).

487 Näher *Matscher*, StPdG 29 (2001), 24; *ders*, RZ 2001, 244.

488 Siehe JAB 852 d. B. XVIII. GP, 2.

489 Siehe JAB 852 d. B. XVIII. GP, 11.

490 Näher *Ratz* in FS Höpfel, 232; kritisch dazu *Stuefer/Soyer*, ÖJZ 2007, 144 f; kritisch zu den vom OGH aufgestellten Anforderungen an die Grundrechtsbeschwerde insgesamt *Velten* in *Soyer*, Strafverteidigung – Steinige Wege, 44 ff.

491 Ob zB eine Äußerung den Sinngehalt einer Drohung hat, ist eine Tatfrage, ebenso wie die Frage nach der Ernstlichkeit der Drohung; so RIS-Justiz RS0092588 [T 2]; RIS-Justiz RS0092437.

geltend gemacht werden, soweit sie iZm Anträgen in der Hauptverhandlung stehen. Stellt der Angeklagte in der Hauptverhandlung (zwischen Aufruf der Sache und Schluss der Hauptverhandlung) einen Antrag, löst dieser eine Entscheidungspflicht des Gerichts nach § 238 Abs 1 und 2 StPO aus.<sup>492</sup> § 281 Abs 1 Z 4 StPO sieht einen Nichtigkeitsgrund erstens dann vor, wenn über einen solchen Antrag des Angeklagten überhaupt nicht erkannt worden ist. Zweitens ist das spätere Urteil mit diesem Nichtigkeitsgrund behaftet, wenn durch einen zwar gefällten, aber qualifiziert rechtswidrigen Beschluss über einen Antrag Gesetze oder Grundsätze des Verfahrens iSd der grundrechtlichen Vorgaben va nach dem im Gesetz explizit genannten Art 6 EMRK missachtet wurden.<sup>493</sup>

Insgesamt geht es bei § 281 Abs 1 Z 4 StPO vorwiegend um jene grundrechtlichen Bestimmungen, die im Interesse eines fairen Verfahrens geboten sind. Gegenstand sind damit Verstöße gegen formelle Grundrechte, wenn etwa Beweisanträge des Angeklagten abgewiesen, Beweisaufnahmen unterlassen oder verschiedene Fragen an Zeugen nicht zugelassen werden und hierdurch die Fairness des Verfahrens bis in die grundrechtliche Sphäre hinein beeinträchtigt wird.<sup>494</sup> Anhand dieser Bsp zeigt sich, dass eine Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 4 StPO sich aus einer Einschränkung der »Kommunikation« im hier verstandenen Sinne<sup>495</sup> ergeben kann. Es handelt sich aber jeweils nicht um Eingriffe in Art 13 StGG und Art 10 EMRK, sondern um solche in das Recht auf ein faires Verfahren (Art 6 EMRK).<sup>496</sup> Materielle Grundrechtsverletzungen können mit § 281 Abs 1 Z 4 StPO dagegen nicht geltend gemacht werden: Dass eine materielle Strafbestimmung die Kommunikationsfreiheit verletzt oder aber grundrechtswidrig angewendet wurde, ist daher mit diesem Nichtigkeitsgrund nicht anfechtbar.

---

492 Näher statt vieler *Hinterhofer/Oshidari*, System, Rz 9,86, 9.94.

493 Voraussetzung ist, dass ein entsprechender Antrag vom Angeklagten überhaupt gestellt wurde. Wurde er dagegen von der Gegenseite gestellt und verletzt er aus der Sicht des Angeklagten derart elementare Verfahrensgrundsätze, muss der Angeklagte ihm zunächst widersprechen und so seine Ablehnung zum Ausdruck bringen; ausführlich zB *Hinterhofer/Oshidari*, System, Rz 9,89 ff.

494 Dazu näher zB *Ratz WK-StPO* § 281 Rz 337.

495 IV.C.2.a.

496 Dazu schon IV.C.2.d.iv.

c. *Subsumtionsrüge (§ 281 Abs 1 Z 10 StPO) und Sanktionsrüge (§ 281 Abs 1 Z 11 StPO)*

Bei der Subsumtionsrüge nach § 281 Abs 1 Z 10 (iVm §§ 464 Z 1, 468 Abs 1 Z 4 bzw § 489 Abs 1) bzw § 345 Abs 1 Z 12 StPO steht anders als bei der Rechtsrüge nach § 281 Abs 1 Z 9 bzw § 345 Abs 1 Z 11 StPO nicht das »Ob« der Strafbarkeit,<sup>497</sup> sondern das Wie in Frage. Der Sachverhalt wurde zwar grundsätzlich richtig als gerichtlich strafbare Handlung gewertet, aber durch unrichtige Subsumtion einem falschen Straftatbestand unterstellt.<sup>498</sup> Ein Bsp ist, dass eine Äußerung etwa, anstatt richtig unter den Tatbestand der gefährlichen Drohung nach § 107 Abs 1 StGB, jenem der Verhetzung nach § 283 Abs 1 StGB unterstellt wird.

Mit Sanktionsrüge können Verstöße gegen zwingende Sanktionsregelungen, die dem Gericht kein Ermessen einräumen, vor dem Rechtsmittelgericht geltend gemacht werden. § 281 Abs 1 Z 11 (iVm §§ 464 Z 1, 468 Abs 1 Z 4 bzw § 489 Abs 1) und § 345 Abs 1 Z 13 StPO nennen drei Fälle: Das erstinstanzliche Urteil ist erstens dann mit einem Nichtigkeitsgrund behaftet, wenn das Erstgericht seine durch den jeweiligen Strafraumen des Delikts determinierte Strafbefugnis überschritten (etwa eine höhere Strafe als im Strafraumen vorgesehen verhängt) hat. Geltend gemacht werden kann zweitens auch, dass bei dem Ausspruch über die Strafe entscheidende Strafzumessungstatsachen offenbar unrichtig beurteilt wurden.<sup>499</sup> Drittens ist das Urteil nichtig, wenn das Erstgericht in unvertretbarer Weise gegen Bestimmungen über die Strafbemessung verstoßen hat. Bsp für eine erfolgreiche Sanktionsrüge sind etwa die Nichtberücksichtigung einer überlangen Verfahrensdauer als Milderungsgrund nach § 34 Abs 2 StGB<sup>500</sup>, ein Verstoß gegen das Verschlechterungsverbot<sup>501</sup> oder das *ne bis in idem*-Gebot, wenn etwa eine Zusatzstrafe in einer bereits entschiedenen Sache verhängt wird<sup>502</sup>, eine nachteilige Wertung der leugnenden Verantwortung des Angeklagten bei der Strafbemessung<sup>503</sup> oder auch die doppelte Verwertung strafschärfender Umstände<sup>504</sup>.

497 Dazu IV.E.1.e.

498 Ausführlich dazu *Hinterhofer/Oshidari*, System, Rz 9.181 f, 9.199 ff.

499 Zu alledem statt vieler *Hinterhofer/Oshidari*, System, Rz 9.228 ff.

500 So *Hinterhofer/Oshidari*, System, Rz 9.237.

501 OGH 12.9.1990, 11 Os 73/90; RIS-Justiz RS0099980.

502 OGH 15.10.2009, 13 Os 98/09z.

503 RIS-Justiz RS0090897.

504 ZB OGH 21.12.1993, 11 Os 145/93 = SSt 61/151.

Im Rahmen beider Nichtigkeitsgründe – sowohl der Subsumtions- als auch der Sanktionsrüge – können zunächst Grundrechtsverstöße berücksichtigt werden, wenn es sich um solche handelt, die auf die Höhe der verhängten Strafe und damit auf die Grundrechtsebene durchschlagen: Der insoweit zu viel verhängte Teil der Freiheits- oder Geldstrafe greift mE jedenfalls entweder unzulässig in Art 5 EMRK/Art 1 PersFrG oder Art 5 StGG/Art 1 1. ZP-EMRK ein. In allen Fällen wäre eine etwaige strafrechtliche Verurteilung zu einer Haftstrafe insoweit nämlich rechtswidrig oder »unlawful« und verletzt damit das Grundrecht auf persönliche Freiheit nach Art 5 EMRK/Art 1 PersFrG; eine Verurteilung zu einer zu hohen Geldstrafe führt wiederum zu einem Eingriff in das Grundrecht auf Unverletzlichkeit des Eigentums nach Art 5 StGG/Art 1 1. ZP-EMRK. Die Subsumtions- und die Sanktionsrüge müssen ggf sogar amtswegig nach § 290 Abs 1 StPO wahrgenommen werden und sind folglich mit besonderer Effektivität ausgestattet.<sup>505</sup>

Fraglich ist allerdings, ob in solchen Verletzungen auch zugleich eine Verletzung von Art 13 StGG/Art 10 EMRK zu erblicken ist: Zwar wurde bereits festgehalten, dass spätestens die Verhängung einer Sanktion, die auf einem grundrechtswidrigen Gesetz oder – hier einschlägig – auf einer grundrechtswidrigen Anwendung eines Gesetzes basiert, einen Eingriff in die Kommunikationsfreiheit darstellt.<sup>506</sup> Damit sind aber ausschließlich die Strafbarkeitsvoraussetzungen gemeint: Wenn nämlich nicht schon die gesetzlichen Voraussetzungen für sich genommen grundrechtswidrig sind, sondern lediglich eine grundrechtswidrige Anwendung eines Strafgesetzes vorliegt, dann verletzt die erfolgte Bestrafung die Kommunikationsfreiheit letztlich subsidiär, weil das Verbot an sich ja nicht zu beanstanden ist. Solche Anwendungsfehler betreffen aber die Ebene der Strafbarkeitsvoraussetzungen (Tatbestandsmäßigkeit etc) und sind damit Gegenstand der Mängel- oder Tatsachenrüge<sup>507</sup> bzw der Rechtsrüge;<sup>508</sup> sie können folglich nicht mit Subsumtions- oder Sanktionsrüge geltend gemacht werden.

---

505 Zur Reichweite der Überprüfungspflicht durch das Rechtsmittelgericht *Ratz* WK-StPO § 290 Rz 17.

506 IV.C.1.a.

507 IV.E.1.d.

508 IV.E.1.e.

d. *Rechtsmittel oder -behelf nach der StPO gegen pflichtwidrig unterlassene Normanfechtung?*

Wie an anderer Stelle<sup>509</sup> bereits ausgeführt, sind alle Strafgerichte nach Art 89 Abs 2 B-VG verpflichtet, bei Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit eines Straf- oder Strafverfahrensgesetzes einen Antrag auf Prüfung dieser Rechtsvorschrift beim VfGH zu stellen, der sodann ein Gesetzesprüfungsverfahren nach Art 140 Abs 1 Z 1 lit a B-VG durchführt. Fraglich ist nun, ob die unterlassene Normanfechtung durch das erstinstanzliche Strafgericht vom Verurteilten (oder auch der StA) mithilfe eines Rechtsmittels oder Rechtsbehelfs bekämpft werden kann. Einen explizit genannten Nichtigkeitsgrund (§§ 281 Abs 1, § 345 Abs 1, 468 Abs 1, 489 Abs 1 StPO) wegen zu Unrecht unterlassener Normanfechtung kennt die StPO jedenfalls nicht.

Bis zur Schaffung des Parteiantrags auf Normenkontrolle (*Gesetzesbeschwerde*<sup>510</sup>) bestand hier insoweit lange Zeit eine Rechtsschutzlücke. Sie wurde allerdings durch die Rsp des OGH, insb in der insoweit wegweisenden Entscheidung 11 Os 132/06f<sup>511</sup> aus 2007, zunächst geschlossen: Demnach konnte die Grundrechtswidrigkeit, die sich aus der Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes ergab, im Rahmen eines Erneuerungsantrags nach § 363a StPO aufgegriffen werden, wenn der Instanzenzug nicht beim OGH endet (sondern – insb bei Urteilen des Bezirksgerichts oder des Landesgerichts als Einzelrichter – entweder beim Landesgericht als Senat von drei Richtern oder beim OLG; §§ 31 Abs 6, 33 Abs 1 Z 1 und 2 StPO). In dieser Entscheidung stellte der 11. Senat auch klar, dass in Fällen, in denen der OGH in zweiter Instanz entschieden hatte (namentlich insb bei Nichtigkeitsbeschwerden gegen Urteile im kollegialgerichtlichen Verfahren), eine Erneuerung des Strafverfahrens dagegen nicht möglich war, »weil der Antrag solcherart ›im wesentlichen‹ mit einer schon vorher vom Obersten Gerichtshof geprüften ›Beschwerde‹ übereinstimmt.« Hieraus wiederum war nach *Ratz*<sup>512</sup> weiters zu schließen, dass »die Grundrechtswidrigkeit in erster Instanz angewendeter Gesetze anlässlich einer Nichtigkeitsbeschwerde

509 III.C.3.b.

510 Dazu IV.E.2.e.

511 OGH 23.10.2007.

512 ÖJZ 2010, 987.

releviert werden können [musste], auch wenn nach dem Gesagten kein Nichtigkeitsgrund darauf abstellen kann.«<sup>513</sup> Die Rsp wendete sich damit in die Richtung, einen ungeschriebenen Nichtigkeitsgrund einer quasi allgemeinen Grundrechtswidrigkeit der zugrundeliegenden Strafnorm anzuerkennen. Implizit ging aus einer etwas späteren Entscheidung<sup>514</sup> zudem hervor, dass diese Möglichkeit der Bekämpfung einer unterlassenen Normanfechtung auch in den Verfahren nach dem GRBG bestehe (wenngleich sie im gegenständlichen Fall nicht einschlägig war).<sup>515</sup> Damit konnte die »Normanfechtung als subjektives Recht gegenüber Strafgerichten«<sup>516</sup> angesehen werden.

Diese Option besteht nach stRsp des OGH<sup>517</sup> heute konsequenterweise nicht mehr, weil mit Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG und den §§ 62–65a VfGG nunmehr eine direkte Anrufung des VfGH durch den Verurteilten möglich ist. Ein entsprechendes Rechtsschutzbedürfnis ist nämlich nicht mehr auszumachen.

#### e. *Parteienantrag auf Normenkontrolle (Gesetzesbeschwerde)?*

Nach Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG und den §§ 62–65a VfGG besteht seit 2015<sup>518</sup> die Möglichkeit, dass Beschuldigte, Angeklagte und Verurteilte im Strafverfahren an den VfGH einen sog Parteienantrag auf Normenkontrolle stellen, der sodann über die Verfassungswidrigkeit eines anzuwendenden Straf- oder Strafverfahrensgesetzes erkennt.

Inhaltliche Voraussetzung ist nach Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG, dass der Beschuldigte, Angeklagte oder Verurteilte in einer von einem Strafgericht in erster Instanz entschiedenen Rechtssache<sup>519</sup> wegen Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes in seinen Rechten verletzt

513 Eine Zurückweisung der Nichtigkeitsbeschwerde nach § 285a Z 2 (§ 344) StPO kam damit ebenfalls nicht in Betracht, auch wenn sich der Verurteilte auf keinen Nichtigkeitsgrund beruft.

514 OGH 17.12.2008, 13 Os 173/08b.

515 Siehe auch RIS-Justiz RSO124325; soweit ersichtlich, blieb diese Entscheidung allerdings die bis dato einzige.

516 Ratz, ÖJZ 2010, 987.

517 RIS-Justiz RSO130514.

518 Zur Rechtslage bis dahin zB *Kneihs* in *Baumgartner*, Öffentliches Recht 2014, 256 ff.

519 Das kann unter bestimmten Voraussetzungen auch eine Entscheidung im Ermittlungsverfahren sein, wie der VfGH mittlerweile judizierte (VfSlg 20.001); näher dazu *Danek*, RZ 2017, 77; *Lewisch* in *Lewisch/Nordmeyer*, Liber Amicorum Eckart Ratz, 67 ff.

zu sein behauptet.<sup>520</sup> Es bedarf daher zunächst einer erstinstanzlichen Entscheidung in einer entschiedenen Rechtssache.<sup>521</sup> Hierunter fallen insb alle verurteilenden Strafurteile.<sup>522</sup> Die Gesetzesbeschwerde durch die Verfahrenspartei ist »subsidiär«<sup>523</sup>: Das Erstgericht hätte bereits jedenfalls selbst die Möglichkeit gehabt, nach Art 89 Abs 2 B-VG ein Gesetzesprüfungsverfahren – etwa über Anregung durch den Angeklagten – beim VfGH zu beantragen, hat dies aber unterlassen.<sup>524</sup>

Wurde ein Angeklagter demnach in erster Instanz verurteilt, kann er das Strafgesetz, welches der Verurteilung zugrunde liegt, beim VfGH anfechten. Das Gesetz muss jedenfalls auf den konkret die Partei betreffenden Sachverhalt anzuwenden gewesen sein (§ 62 VfGG). Wird eine Gesetzesbeschwerde ergriffen, *muss* als weitere Voraussetzung zugleich auch ein ordentliches Rechtsmittel innerhalb der Rechtsmittelfrist beim zuständigen Gericht erhoben werden (*Gleichzeitigkeit*).<sup>525</sup> Damit geht es va um Rechtsmittel gegen Urteile (Nichtigkeitsbeschwerde und Berufung), daneben aber auch um Beschwerden gegen anfechtbare Beschlüsse. Das Rechtsmittel muss zulässig sein, also alle Voraussetzungen enthalten, damit es nicht zurückgewiesen werden kann.<sup>526</sup> Die Gesetzesbeschwerde kann daher jedenfalls der Rechtsmittelwerber selbst ergreifen. In seiner für das Strafrecht höchst relevanten Entscheidung G 95/2016 sah der VfGH diese gesetzliche Einschränkung auf die ein Rechtsmittel ergreifende Partei des Verfahrens vor dem ordentlichen Gericht allerdings für verfassungswidrig an.<sup>527</sup> Vielmehr muss folglich auch der erstinstanzlich Verurteilte einen Gesetzesprüfungsantrag stellen können, wenn er selbst kein Rechtsmittel gegen die Entscheidung erhoben hat, sondern das Urteil zB nur von der Staatsanwaltschaft bekämpft wird; er muss diese Normanfechtung dann innerhalb der Frist

520 Zu den Voraussetzungen im Detail zB *Fichtenbauer/Hauer*, Parteiantrag, Rz 31 ff; *Harnoncourt*, ZfV 2/2015, 263 ff; *Walbert/Satek/Wielinger*, Praxisleitfaden Parteiantrag, Rz 98 ff.

521 Näher *Walbert/Satek/Wielinger*, Praxisleitfaden Parteiantrag, Rz 99.

522 Mangels Beschwer und Rechtsschutzinteresses dagegen nicht bei einem Freispruch; ähnlich *Herbst/Wess*, ZWF 2015, 65.

523 Daher auch die Bezeichnung »Subsidiarantrag«; zB *Kneihls* in *Baumgartner*, Öffentliches Recht 2014, 269.

524 III.C.3.b.

525 *Herbst/Wess*, ZWF 2015, 66; ausführlich zur Gleichzeitigkeit zB *Fichtenbauer/Hauer*, Parteiantrag, 103; *Rohregger*, AnwBl 2015, 191.

526 *Walbert/Satek/Wielinger*, Praxisleitfaden Parteiantrag, Rz 112.

527 VfSlg 20.074.



zur Gegenausführung des Rechtsmittels vornehmen (bei zweiseitigen Rechtsmitteln).<sup>528</sup>

Der Antrag auf Normenkontrolle ist unmittelbar beim VfGH einzubringen.<sup>529</sup> Die antragstellende Person bringt darin vor, dass die verfassungswidrigen Normen sie in ihren Rechten verletzt haben.<sup>530</sup> Der Verurteilte kann damit zB überprüfen lassen, ob er durch ein angewendetes verfassungswidriges Strafgesetz, etwa wegen Verstoßes gegen die Kommunikationsfreiheit nach Art 13 StGG/Art 10 EMRK, in seinen Rechten verletzt wurde.

Der VfGH prüft – soweit hier relevant – das Gesetz, dessen Anwendung den Beteiligten im Strafverfahren in seinen Rechten verletzt haben soll, auf seine materielle oder formelle Verfassungsmäßigkeit. Der maßgebliche Zeitpunkt der materiellen Verfassungsmäßigkeit einer Norm ist die Rechtslage im Zeitpunkt der Prüfung<sup>531</sup>; dagegen muss das Gesetz im Zeitpunkt der Gesetzeserlassung rechtmäßig zustande gekommen sein.<sup>532</sup> Kein Prüfungsmaßstab ist dagegen eine bloß bedenkliche Rsp des OGH.<sup>533</sup> Insb handelt es sich beim Parteienantrag auf Normenkontrolle um kein Rechtsmittel gegen gerichtliche Entscheidungen und insb Urteile, da das Urteil vom VfGH nicht geprüft wird. Immerhin besteht nunmehr aber ein subjektives Recht auf Überprüfung des der Entscheidung zugrundeliegenden Gesetzes durch den VfGH.<sup>534</sup>

Mit dem Antrag an den VfGH steht das Rechtsmittelverfahren<sup>535</sup> vor dem Landesgericht, OLG oder OGH ab diesem Zeitpunkt in vielen Fällen still: Gemäß § 62a Abs 6 VfGG dürfen bis zur Verkündung bzw Zustellung des Erkenntnisses des VfGH grundsätzlich nur solche Handlungen vorgenommen oder Anordnungen und Entscheidungen getroffen werden, die durch das Erkenntnis des VfGH nicht beeinflusst werden können

528 Bei einseitigen Rechtsmitteln ist hier noch Vieles unklar; ausführlich *Danek*, RZ 2017, 74.

529 *Danek*, RZ 2017, 74; *Rohregger*, AnwBl 2015, 199.

530 Zu den Antragserfordernissen im Verfahren vor dem VfGH ausführlich zB *Walbert/Satek/Wielinger*, Praxisleitfaden Parteienantrag, Rz 159 ff.

531 ZB VfSlg 8.004; 8.699; 9.947 (allerdings jeweils für Verordnungen); zu den weiteren Prüfungsgegenständen des Parteienantrags zB *Fichtenbauer/Hauer*, Parteienantrag, Rz 18 ff.

532 Näher *Walbert/Satek/Wielinger*, Praxisleitfaden Parteienantrag, Rz 246 f.

533 ZB VfSlg 17.393; 18.655.

534 *Birkbauer*, JSt 2012, 169, 171; *Fichtenbauer/Hauer*, Parteienantrag, Rz 27 mwN.

535 Zum Verfahren vor den Strafgerichten ausführlich zB *Walbert/Satek/Wielinger*, Praxisleitfaden Parteienantrag, Rz 130 ff.

oder die Frage nicht abschließend regeln und keinen Aufschub gestatten.<sup>536</sup> »Im Ergebnis ordnet das VfGG damit eine ex lege wirkende,[...] relative aufschiebende Wirkung eines Parteiantrags auf Normenkontrolle [...] an, ohne eine komplette Verfahrensaussetzung zu normieren. [Herv entf]«<sup>537</sup> Im Sinne des strafrechtlichen Beschleunigungsgebots (§ 9 StPO) allgemein und in Haftsachen im Besonderen ist hier allerdings *Danek* folgend zu differenzieren: Die strafrechtliche Entscheidung ist jedenfalls dann unverzüglich zu fällen, wenn die VfGH-Entscheidung hierfür nicht präjudiziell ist. Das ist zB dann der Fall, wenn das Rechtsmittelverfahren nach der StPO ganz unabhängig vom Verfahrensausgang vor dem VfGH zu einem Freispruch führt.<sup>538</sup> Das allerdings setzt voraus, dass dem Rechtsmittelgericht der genaue Prüfungsumfang bekannt wird; hierfür fehlt es jedoch an einer gesetzlichen Regelung.<sup>539</sup> Das Rechtsmittelgericht wird daher vielfach nicht genau wissen, welche Entscheidungen es aufzuschieben und welche es zu treffen hat.

Teilt der VfGH die Ansicht der Partei, dass das angefochtene Gesetz verfassungswidrig ist, wird es spruchgemäß im angefochtenen Umfang oder ausnahmsweise sogar zur Gänze aufgehoben.<sup>540</sup> Erst danach ist das Verfahren vom Rechtsmittelgericht unverzüglich fortzusetzen, wobei das Rechtsmittelgericht bei seiner Entscheidung an den Spruch des VfGH gebunden ist. Auf den Anlassfall ist bereits die bereinigte Rechtslage anzuwenden; die Entscheidung des VfGH wirkt damit jedenfalls für den Anlassfall (Art 139 Abs 6 und Art 140 Abs 7 B-VG).<sup>541</sup>

Problematisch ist hierbei allerdings, dass der VfGH eine Verfassungswidrigkeit des Gesetzes verneint, solange auch nur ein einziges von mehreren Auslegungsergebnissen zur Verfassungskonformität der Norm führt (wobei die Grenze der möglichen Auslegung jeweils der äußerste Wortsinn des Gesetzes ist<sup>542</sup>).<sup>543</sup> Eine Bindung an die Rechts-

536 Zwar fehlt eine ausdrückliche Bestimmung für die Unterbrechung oder das Ruhen des Verfahrens in der StPO (vergleichbar mit § 528b ZPO); die Rechtsfolge ergibt sich allerdings unmittelbar aus § 57a Abs 6 und § 62a Abs 6 VfGG; genauer *Walbert/Satek/Wielinger*, Praxisleitfaden Parteiantrag, Rz 152; *Rohregger*, AnWBl 2015, 193.

537 *Fichtenbauer/Hauer*, Parteiantrag, Rz 113.

538 *Danek*, RZ 2017, 76.

539 *Danek*, RZ 2017, 76.

540 Statt vieler *Fichtenbauer/Hauer*, Parteiantrag, Rz 143 f.

541 *Rohregger*, AnWBl 2015, 194; ebenso *Fichtenbauer/Hauer*, Parteiantrag, Rz 154.

542 VI.E.1.

543 ZB VfSlg 10.270; 11.663; 18.402; 17.721; ausführlich *Walbert/Satek/Wielinger*, Praxisleitfaden Parteiantrag, Rz 249; zum Problem auch bereits III.C.3.c.ii.

anschauung des VfGH im Hinblick auf ein solches Auslegungsergebnis besteht allerdings nicht,<sup>544</sup> worunter die Effektivität des Parteiantrags im Strafverfahren insgesamt leidet.<sup>545</sup> Erstens sind bei abweichender Auslegung durch das Rechtsmittelgericht Rechtsprechungsdivergenzen<sup>546</sup> die Folge, die iSd Einheit der Rechtsordnung wenig Sinn machen. Zweitens setzte sich der Verfassungsgesetzgeber gerade eine Zusammenarbeit der Höchstgerichte zum Ziel, zu denen auch der OGH als Rechtsmittelinstanz in Strafsachen zählt.<sup>547</sup> Hält der VfGH eine verfassungskonforme Auslegung solcherart für möglich und hebt er das Strafgesetz daher nicht auf, bleibt drittens für den Betroffenen offen, wie das Rechtsmittelgericht das Gesetz in weiterer Folge auslegt. Das kann allerdings nur dann gelten, wenn die Norm nicht schon wegen mangelnder Bestimmtheit iSd Art 18 B-VG bzw § 1 StGB angefochten wird. Eine Auslegung einer zu unbestimmten Norm in dem Sinne, dass sie mit Inhalten durch die Rsp »aufgefüllt« wird, kann die Unbestimmtheit nicht beseitigen.<sup>548</sup>

Insgesamt ist die »Erfolgsquote« dieser Gesetzesbeschwerden jedenfalls im Strafrecht äußerst gering.<sup>549</sup> Eine Bindung der Rechtsmittelgerichte an die Rechtsansicht des VfGH in dem Sinne, dass der VfGH das verfassungskonforme Auslegungsergebnis im konkreten Anlassfall vorgeben kann, wäre daher dringend zu fordern.<sup>550</sup> So sollte es daher möglich sein, dass der VfGH bei mehreren Auslegungsergebnissen die verfassungskonformen verbindlich benennt. Aufgrund des häufigen Innehaltens des Rechtsmittelverfahrens nach der StPO für die Dauer des Normprüfungsverfahrens vor dem VfGH kommt es stattdessen allerdings – so jedenfalls der Erfahrungsbericht *Daneks* – häufig zu Verfahrensverzögerungen und mit Blick auf das strafprozessuale Verhältnis-mäßigkeitsgebot nach § 5 StPO auch immer wieder zu Enthaltungen während laufenden Normprüfungsverfahrens.<sup>551</sup>

---

544 ZB *Harnoncourt*, ZfV 2/2015, 271; *Herbst/Wess*, ZWF 2015, 68; wN bei *Fichtenbauer/Hauer*, Parteiantrag, Rz 160.

545 *Walbert/Satek/Wielinger*, Praxisleitfaden Parteiantrag, Rz 248.

546 *Fichtenbauer/Hauer*, Parteiantrag, Rz 160.

547 *Herbst/Wess*, ZWF 2015, 68.

548 Dazu eingehend VI.C.3.f.

549 Dazu *Danek*, RZ 2017, 77 ff.

550 Insoweit besteht auch eine Identität von Sach- und Rechtsfrage und ändert sich am gleichrangigen Verhältnis der Höchstgerichte zueinander nichts.

551 *Danek*, RZ 2017, 78 f.

## F. Zusammenfassung

Das Verhältnis zwischen dem Grundrecht der Kommunikationsfreiheit nach Art 13 StGG/Art 10 EMRK und dem österreichischen (einfachgesetzlichen) Strafrecht stellt sich dergestalt dar, dass Strafgesetze grundsätzlich als Verbote und Verhaltensnormen geeignet sind, die Kommunikationsfreiheit zu begrenzen, soweit sie in deren – äußerst weiten – Schutzbereich eingreifen. Der Schutzbereich der Kommunikationsfreiheit umfasst im Ergebnis praktisch alle Formen der Kommunikation, soweit sie primär auf eine Informationsvermittlung gerichtet sind. Der Begriff des Kommunikationsstrafrechts erfasst hierauf aufbauend all jene materiell-rechtlichen Normen des Strafrechts, die bestimmte Inhalte der Kommunikation entweder aufgrund ihrer besonderen Schutzwürdigkeit oder aber ihrer besonderen Verwerflichkeit verbieten und dadurch in den Schutzbereich der Kommunikationsfreiheit eingreifen. Solche Begrenzungen durch das Kommunikationsstrafrecht haben sich allerdings ihrerseits an der strengen Schrankensystematik der Art 13 StGG und Art 10 EMRK (sowie bei der Durchführung des Rechts der Union auch an Art 11 GRCh) zu orientieren. Die wesentliche Konsequenz für die Gestaltung des materiellen Rechts durch den Gesetzgeber besteht darin, dass er aus Anlass der Schaffung eines neuen Straftatbestands diese Schranken des vorgegebenen Zwecks, der Eignung zur Zweckerreichung und der Verhältnismäßigkeit (neben anderen, zT auch politischen Gesichtspunkten mit-) zu berücksichtigen hat. Im Rahmen der Vollziehung der Gesetze durch die Gerichte sind diese insb dazu angehalten, die einzelnen Tatbestände verfassungskonform auszulegen. Werden die verfassungsrechtlichen Schranken nämlich auf Ebene von Legislative oder Judikative überschritten, liegt stets eine Verletzung der Kommunikationsfreiheit vor.

Eine solche Verletzung kann im Zuge des Strafverfahrens vom Beschuldigten, Angeklagten oder Verurteilten insb über die Mängel- und Tatsachenrüge (§ 281 Abs 1 Z 5 und Z 5a StPO), die Rechtsrüge (§ 281 Abs 1 Z 9 StPO) sowie die beiden Formen der Erneuerung des Strafverfahrens (§ 363a und § 363a analog StPO) geltend gemacht werden. Gerade die Tatsachenrüge ist jedenfalls im Bereich der Medienstrafgerichtsbarkeit gegenüber anderen Gegenständen des Strafrechts erheblich gestärkt, sodass sich die Rechtsmittelmöglichkeiten gegen ein Urteil im geltenden Recht insgesamt als effektiv erweisen. Die Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes (§§ 23, 292 StPO) sowie die

außerordentliche Wiederaufnahme (§ 362 StPO) ermöglichen zwar die Überprüfung sowohl der Tatsachenebene als auch von Rechtsfragen im Zusammenhang mit Verletzungen des Art 10 EMRK durch den OGH. Als wirksame Rechtsbehelfe aus der Sicht des Verurteilten können sie aber mangels eines entsprechenden Antragsrechts insgesamt dennoch nicht angesehen werden. Mittels Einspruchs (§ 106 StPO) und Beschwerde (§ 87 StPO) kann schließlich bereits im Ermittlungsverfahren geltend gemacht werden, dass kein Verdacht einer Straftat besteht, weil in legitimer Ausübung eines Grundrechts gehandelt wurde. Es fehlt damit schon an der grundsätzlichen Voraussetzung für eine Ermittlungsmaßnahme nach der StPO. Außerhalb des Verfahrensrechts nach der StPO hat der Verurteilte überdies auch die (prinzipielle) Möglichkeit, gleichzeitig mit der Erhebung eines Rechtsmittels an das übergeordnete Strafgericht einen Antrag auf Normenkontrolle an den VfGH zu stellen (Art 140 Abs 1 Z 1 lit d B-VG). Er kann daher theoretisch das der Verurteilung zugrundeliegende Gesetz auf seine Verfassungsmäßigkeit überprüfen lassen. Die unterlassene Normanfechtung durch die erstinstanzlichen Gerichte könnte damit vom Verurteilten gänzlich selbständig »korrigiert« werden. Nach gegenwärtiger Praxis ist dieser Rechtsbehelf allerdings bedauerlicherweise nicht aussichtsreich.

## **V. Grundrechtlich gebotene Interessenabwägung bei strafrechtlichen Verboten**

### **A. Allgemeines**

Aus dem bisher Ausgeführten ergibt sich, dass das Strafrecht in Grundrechte wie die Kommunikationsfreiheit unter bestimmten Umständen eingreifen darf, nämlich solange die Schranken für solche Eingriffe nicht überschritten werden: Ein Eingriff in die Kommunikationsfreiheit zB muss gesetzlich vorgesehen sein, darf nicht gegen ein absolutes Eingriffsverbot wie etwa das Zensur- oder Postverbot verstoßen, muss einem legitimen Zweck dienen und verhältnismäßig sein. Als zulässige Zwecke einer Einschränkung der Kommunikationsfreiheit kommen ausschließlich die nationale oder öffentliche Sicherheit, territoriale Unversehrtheit, Aufrechterhaltung der Ordnung, Verbrechensverhütung, Schutz der Gesundheit und Moral, Schutz des guten Rufs oder der Rechte anderer sowie die Verhinderung der Verbreitung von ver-

traulichen Nachrichten, der Gefährdung des Ansehens und der Unparteilichkeit der Rsp in Betracht. Strafbestimmungen können innerhalb dieser Schranken folglich auch die Grenzen der Kommunikationsfreiheit definieren. Wo diese Grenzen jeweils verlaufen, ergibt sich aus den verfassungsrechtlichen Bestimmungen allerdings nicht.

Sehrwohl lässt sich jedoch die Notwendigkeit einer Abwägung mit Grundrechten im Strafrecht aus der Verfassung ableiten.<sup>552</sup> Daran anknüpfend kann eine erste Definition des Abwägungsbegriffs vorgenommen werden,<sup>553</sup> wobei davon auszugehen ist, dass es zwischen den Grundrechten keine von Verfassungs wegen vorgegebene Rangordnung gibt.<sup>554</sup> In dieser Untersuchung geht es im Weiteren jeweils nur um die Abwägung rechtlich geschützter Interessen: Die Kommunikationsfreiheit soll jeweils zum Schutz anderer Interessen durch eine Strafbestimmung begrenzt werden.<sup>555</sup> Welche Interessen das sein können, stellt das folgende Kapitel ebenfalls näher dar.<sup>556</sup> Ziel jeder Abwägung im Strafrecht ist, im Rahmen des Verhältnismäßigen eine möglichst hohe Optimierung aller involvierten, grundrechtlich geschützten Interessen zu erreichen.<sup>557</sup>

## **B. Notwendigkeit der Abwägung im Strafrecht**

Die Grenzen der Grundrechte, die durch das Strafrecht gesetzt werden können, verlaufen nach alledem dort, wo ausnahmsweise andere Zwecke als der Schutz der jeweiligen grundrechtlichen Gewährleistung verfolgt werden sollen, weil sie im Einzelnen gewichtiger sind als die jeweilige grundrechtliche Garantie. Vorausgesetzt ist stets, dass es sich um keine schrankenlos gewährleisteten Rechte handelt. In welchen Fällen und inwieweit die Verfolgung anderer Zwecke vor der Sicherung der uneingeschränkten Grundrechtsausübung eines Rechtsunterworfenen Vorrang genießt, muss vom Gesetzgeber bzw von der Rsp zunächst ermittelt werden: Die unterschiedlichen Positionen sind einander demnach gegenüberzustellen.

---

552 V.B.

553 V.C.

554 V.D.

555 V.E.

556 V.F.

557 V.G.

Der Grund für diese Pflicht liegt in der verfassungsrechtlich verankerten Notwendigkeit, bei sämtlichen Einschränkungen der Grundrechte die Verhältnismäßigkeit zu wahren.<sup>558</sup> Bei materiellen Gesetzesvorbehalten wie etwa in Art 10 Abs 2 EMRK für die Kommunikationsfreiheit wird dies ausdrücklich angeordnet.<sup>559</sup> Was nun im Einzelnen verhältnismäßig ist, ergibt sich nach hM aus einer Gegenüberstellung und Gewichtung des jeweils einzuschränkenden Grundrechts mit den anderen verfolgbaren Zwecken: Die Nachteile, die der Träger der grundrechtlichen Gewährleistung durch eine strafrechtliche Regelung erleiden soll, und das Gewicht des mit dieser Regelung verfolgten legitimen Zwecks müssen in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen (*fair balance*).<sup>560</sup> Notwendig ist die Abwägung als Methode, weil sie »für einen liberalen Verzicht auf substantielle normative Kriterien und homogene politische Ideale zur Entscheidung zwischen gegenläufigen Rechtsansprüchen« steht. »In einer freiheitlichen Rechtsordnung spricht deshalb eine Vermutung dafür, daß kollidierende normative Ansprüche im Wege der Abwägung auszugleichen sind.«<sup>561</sup>

Für das Strafrecht iZm der Kommunikationsfreiheit bedeutet das, dass dieses Grundrecht zu allen mit einer strafrechtlichen Regelung verfolgten Zwecken (Schutz der Rechte anderer, Schutz der Moral, öffentlichen Sicherheit, sonstigen Rechtsgüter etc) ins Verhältnis zu setzen ist. Es ist *abzuwägen*.<sup>562</sup> Vor diesem Hintergrund kann nun eine erste Definition des Abwägungsbegriffs vorgenommen werden.

### C. »Abwägung« – Erster Versuch einer Definition

Abwägung bedeutet zunächst nach dem allgemeinen Sprachgebrauch einen Prozess des Anstellens von Überlegungen zum Für und Wider anlässlich einer bevorstehenden Entscheidung.<sup>563</sup> Es geht damit um ein

558 Dazu III.B.3. und ausführlich V.G.2.

559 Vgl nur *Berka/Stolzlechner*, Öffentlichkeitskontakte, 102: »Diese Beachtlichkeit materieller MRK-Vorbehalte bewirkt die Notwendigkeit einer (somit grundrechtlich abgesicherten) Interessenabwägung [*Herv entf*]«.

560 Statt vieler zB *Grabenwarter/Pabel*, EMRK<sup>7</sup>, § 18 Rz 14 ff, insb Rz 16; *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte<sup>3</sup>, 1/50.

561 *Jansen in Sieckmann*, Regelmodelle, 55 f, im Detail 45 ff.

562 Zur Methode der Abwägung als strukturiertem, mehrphasigem Prozess X.

563 Ähnlich auch der entsprechende Eintrag im *Wiktionary*, online unter <<http://de.wiktionary.org/wiki/Abw%C3%A4gung>> (27.7.2021).

Sammeln der entscheidungsinvolvierten Aspekte, deren Gewichtung sowie die Folgen und Konsequenzen der einen oder anderen Lösung für diese Aspekte. Diese Bedeutung kommt der hier in weiterer Folge verwendeten bereits sehr nahe, bedarf allerdings noch Präzisierungen.

So unterscheiden etwa *Vogel F./Christensen*<sup>564</sup> zwischen der Verwendung des Begriffs in der Logik und philosophischen Argumentationstheorie als »konduktives Argument«, in der Rechtstheorie als einen »von der Semantik getrennten Ausgleich von Prinzipien« und in der gerichtlichen Praxis als einen Prozess »der lokalen Ausarbeitung der Semantik« durch Verarbeitung von Einwänden. Das konduktive Argument entscheidet anhand einer Hierarchisierung der involvierten »Rahmen«, setzt allerdings letztlich deren Homogenität voraus, weil sie nur so vergleichbar werden. Bei der Abwägung im Recht geht es aber um den Vergleich von Qualitäten (nicht Quantitäten) – nur eine gemeinsame Qualität, ein Vergleichsmedium als Grundlage kann die Vergleichbarkeit daher ermöglichen.<sup>565</sup> Einen solchen übergeordneten Rahmen können verschiedene *Prinzipien* der Rechtsordnung bilden, die in weiterer Folge gegeneinander abgewogen und in einen Ausgleich gebracht werden können.<sup>566</sup> Abwägung kann insofern als »Prinzipienaufdeckung« verstanden werden (rechtstheoretischer Ansatz *va nach Alexy*), deren Ergebnis eine zu begründende Rangordnung der involvierten Prinzipien ist, die jedoch weder von der Semantik des Gesetzes noch von der individuellen Argumentation der beteiligten Personen abhängt.<sup>567</sup> Der dritte Ansatz geht davon aus, dass der Normtext an sich noch nicht die Norm ist – ehe ein Sachverhalt unter eine Norm subsumiert werden kann, ist die Semantik des Normtexts anhand einer Auslegung im konkreten Einzelfall zu ermitteln.<sup>568</sup>

*Enderlein* wiederum definiert Abwägung im Recht etwa als

»...die Lösung eines echten Konflikts zwischen Gebots-, Verbots-, oder freistellenden Normen mit prima facie-Geltung durch die Ermittlung eines ausgleichenden oder vorziehenden Rangverhältnisses zwischen den Konfliktnormen...«<sup>569</sup>

564 In *Müller/Mastronardi*, Abwägung, 3 ff.

565 Näher *Vogel F./Christensen* in *Müller/Mastronardi*, Abwägung, 3 ff.

566 *Vogel F./Christensen* in *Müller/Mastronardi*, Abwägung, 6 f.

567 *Vogel F./Christensen* in *Müller/Mastronardi*, Abwägung, 7; sog »bedingte Vorrangrelation«, dazu näher IX.F.

568 Eingehend *Vogel F./Christensen* in *Müller/Mastronardi*, Abwägung, 7 f.

569 Abwägung, 45 und erklärend 45 ff.



Abwägung im Recht ist nach alledem letztlich nicht weniger als die Suche nach dem richtigen Verhältnis von Freiheit und Bindung, bei Grundrechten nach dem richtigen Eingriffsmaß.<sup>570</sup> Das gilt für das besonders grundrechtseingriffsintensive Strafrecht umso mehr. Welches Verhältnis nun das »richtige« ist, kann im Recht nicht nach individuellem Gutdünken beurteilt werden. Es bedarf vielmehr dem Recht übergeordneter »Wertrichtpunkte«, an denen sich Gesetzgeber und Rsp orientieren können und aufgrund ihrer Verbindlichkeit auch zu orientieren haben. Denn: »Wenn die Verhältnismässigkeitsprüfung nicht in Subjektivismus führen soll, muss sie sich an verbindlichen Wertrichtpunkten der Rechtsordnung ausrichten können.«<sup>571</sup> Das Ziel besteht nun darin, genau solche übergeordneten, verbindlichen Wertrichtpunkte aus den vorhandenen Abwägungsentscheidungen herauszufiltern und darzustellen. In der vorliegenden Arbeit werden sie »Regeln, Prinzipien und Leitlinien«<sup>572</sup> der Abwägung genannt.

#### **D. Keine verfassungsrechtlich vorgegebene Rangordnung der Grundrechte**

Zentrales Ziel jeder Abwägung ist das Finden eines gerechten Ausgleichs zwischen kollidierenden Interessen. In dieser Untersuchung werden jene Kollisionssachverhalte einer Untersuchung unterzogen, in denen zumindest ein Interesse grundrechtlich geschützt ist: Es geht jeweils um kommunikationsstrafrechtliche Normen, die definiert wurden als solche, die in die Kommunikationsfreiheit als Grundrecht eingreifen.<sup>573</sup> Eine solche Abwägung muss uU sogar zwischen zwei kollidierenden Grundrechten vorgenommen werden, die einander gegenüberstehen – etwa wenn die Kommunikationsfreiheit gegen die ebenfalls grundrechtlich geschützte Privatsphäre (insb Art 8 EMRK) abgewogen wird. In diesem Fall ist – abstrakt durch die Gesetzgebung oder konkret durch richterliche Entscheidung – abzuwägen, welchem Grundrecht

570 So *Hotz*, Grundrechtseingriffe, 35.

571 *Hotz*, Grundrechtseingriffe, 35; in diesem Sinne auch *Berka* in FS Rill, 8: »nachvollziehbare und verallgemeinerungsfähige Kriterien [...], die der Gefahr des Dezisionismus entgegenwirken«; Bsp für solche Wertungsgesichtspunkte im österreichischen Medienrecht zeigt *ders* in Gedenkschrift Walter, insb 44, auf.

572 Zu den Begriffen IX.D.

573 Näher IV.D. und V.F.1.

in dieser Kollisionssituation der Vorzug gebühren soll. Dass es zu einer solchen Abwägung überhaupt kommt, setzt implizit voraus, dass es nicht schon eine abstrakte Wert- oder Rangordnung der Grundrechte gibt, die durch die Verfassung bereits vorgegeben ist. Es ist nicht möglich, ohne Abwägung der kollidierenden Grundrechte eine Kollisionssituation aufzulösen, indem man aus der Verfassung eine abstrakte Rang- oder Werteskala herleitet, auf welcher jedes Grundrecht einen festen Platz einnimmt. Alle im Verfassungsrang stehenden Grundrechte sind vielmehr abstrakt gleichrangig.<sup>574</sup> Eine vorgegebene Rangordnung kann damit kein Entscheidungskriterium zur Auflösung von Grundrechtskollisionen sein.<sup>575</sup>

Das bedeutet nur, dass die Verfassung nicht von sich aus bestimmt, welches Grundrecht höherwertiger, wichtiger oder schützenswerter ist.<sup>576</sup> Auf der Rechtsebene unterhalb der Verfassung lassen sich dennoch zweifellos Hinweise darauf finden, dass nach geltenden Wertvorstellungen keineswegs alle Grundrechte gleich gewichtig sind. So kann etwa schon aus den unterschiedlichen abstrakten Strafdrohungen im StGB problemlos der Rückschluss gezogen werden, dass etwa dem Recht auf Leben ein höherer Wert beigemessen wird als zB dem Recht auf Ehre oder der Kunstfreiheit. Die österreichische Verfassung gibt das allerdings nicht so vor.

Gegen diese Ansicht spricht nur auf den ersten Blick der Umstand, dass die teilweise unterschiedliche Ausgestaltung der Intensität des Grundrechtsschutzes im österreichischen Verfassungsrecht auf eine solche Rangordnung hindeuten könnte. So unterscheidet die öster-

574 *Holoubek/Neisser* in *Machacek/Pahr/Stadler*, Grund- und Menschenrechte, 210; außerdem *Heißl*, Grundrechtskollisionen, 62 f mwN.

575 Eine abstrakte Wert- oder Rangordnung verneinend auch *Schumacher*, Medienberichterstattung, 246; im dt Recht *Enderlein*, Abwägung, 109 ff; *Koch H.* in *Erbguth/Oebbecke/Rengeling/Schulte*, Abwägung, 10 f; *Martin*, Grundrechtskollisionen, 233 ff; *Rüfner* in *Starck*, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 461 ff; *Schneider*, Güterabwägung, 153 ff; *Wendt*, AöR 104 (1979), 460; und wohl auch *Hofmann*, Abwägung im Recht, 278; offen gelassen letztlich bei *Ossenbühl* in *Erbguth/Oebbecke/Rengeling/Schulte*, Abwägung, 30; gegen eine Rangordnung im schweizerischen Recht *Hotz*, Grundrechtseingriffe, 39. Für die Existenz einer solchen Rangordnung (im dt Recht) *Hubmann*, Wertung und Abwägung, 20 ff; für eine klare Rangordnung im dt Recht auch *Blaesing*, Grundrechtskollisionen, 141 ff, insb 142, 147, 149 ff; und *Dietel*, DVBl. 1969, 575 f.

576 AA *Heißl*, Grundrechtskollisionen, 478 ff und 538 zusammenfassend, der dann allerdings zum Ergebnis kommt, dass die von ihm ermittelte Rangordnung »für die Lösung von Grundrechtskollisionen nicht weiter[hilft]« (538).

reichische Verfassung klar zwischen vorbehaltlos gewährten und unter Vorbehalt stehenden Grundrechten.<sup>577</sup> Argumentiert werden könnte daher, dass die Verfassung auf diese Art und Weise für jedes Grundrecht dessen Platz in der Verfassung fixiert. Für das dt GG etwa plädieren daher verschiedene Vertreter für eine klare Rangordnung, wonach sich jedes Grundrecht systematisch auf einen bestimmten Rang im Rechtsgüterschutzsystem einordnen ließe. So kommt etwa *Blaesing*<sup>578</sup> für das dt Recht zu diesem Ergebnis, welches sich aus den genannten, unterschiedlich (strengen) Einschränkungsmöglichkeiten (Grundrechtsvorbehalten) der einzelnen Verbürgungen ergebe. Hierdurch habe der Verfassungsgesetzgeber (ob gewollt oder unbewusst) eine Rangordnung errichtet, auf die bei der konkreten Abwägung im Einzelfall Bezug zu nehmen sei. Auch *Häberle* geht von einer solchen Rangordnung der Grundrechte im GG aus:

»Es kann für jedes Grundrecht gesondert ermittelt werden, welche Rechtsgüter ihm gleich- und höherwertig sind, welchen Rang und welches Gewicht es im Rechtsgüterschutzsystem des GG einnimmt. [...] Das Grundrecht ist eine Größe, die in der jeweiligen Konfliktsituation gleichsam ›neu‹ entsteht und jeweils von Fall zu Fall aktualisiert und konkretisiert wird, unbeschadet der Tatsache, daß sie von der Verfassung von vornherein fixiert ist.«<sup>579</sup>

Diese These ließe sich unschwer auf das österreichische Recht übertragen. Bestimmte Argumente sprechen allerdings gegen die Annahme einer Rangordnung: Zunächst stellt eine Erkenntnis, die einen abstrakten Rang eines Grundrechts anhand seiner Gesetzesvorbehalte ermittelt, bereits auf die Frage nach den Grundrechtsbeschränkungen und damit der ausnahmsweisen Zulässigkeit von Grundrechtseingriffen ab. Die Beurteilung der Eingriffsrechtfertigung ist aber erst der zweite Prüfungsschritt jeder Grundrechtsprüfung, der hier allerdings vorweggenommen wird. Als erster Schritt ist immer nach dem Schutzbereich zu fragen.<sup>580</sup> Beurteilt man dagegen tatsächlich nur den abstrakten Schutzbereich einer Grundrechtsnorm, sind alle Grundrechte zumindest abstrakt gleichrangig. Teilt man diese Ansicht nicht, erscheint die

---

577 Dazu auch schon III.B.3.

578 *Blaesing*, Grundrechtskollisionen, 143 ff.

579 *Häberle*, Wesensgehaltgarantie<sup>3</sup>, 33 und 35.

580 Dazu schon ausführlich IV.C.2.a.

Annahme, dass es für jedes Grundrecht einen abwägungsfesten Rang gibt und die Grundrechte sich damit auf einer gedachten Skala gleichsam fortlaufend durchnummerieren lassen, dennoch zu weitgehend. Selbst wenn man nämlich auf die Unterscheidung in vorbehaltlose und Grundrechte unter formellem oder materiellem Gesetzesvorbehalt abstellt, könnte es dennoch nur eben diese zwei »Ränge« geben, die solcherart von der Rechtsordnung vorgegeben werden: Nämlich die abwägungsfesten, vorbehaltlos gewährten Grundrechte, wie etwa das Recht auf Leben iSd Art 2 EMRK samt 6. ZP-EMRK und 13. ZP-EMRK, Art 85 B-VG sowie Art 63 Abs 1 StV St. Germain als die höherrangigen, und demgegenüber nachrangig die unter Gesetzesvorbehalt stehenden Grundrechte. Diese Rangordnung hilft aber nur wenig weiter. Zwar ist das Recht auf Leben mit guten Gründen als höchstes Rechtsgut der gesamten Rechtsordnung anzusehen,<sup>581</sup> weil die menschliche Existenz grundlegende Voraussetzung aller anderen Rechtsgüter ist. Es ist daher auch »abwägungsfest« – eine Abwägung Leben gegen Leben kann es daher ebenso wenig geben wie eine Quantifizierung des Rechtsguts. Eine bloße *Gefährdung* des Rechtsguts Leben allerdings ist einer Abwägung zugänglich.<sup>582</sup> Jenseits dieser, allenfalls als Ränge zu bezeichnender Abstufungen der Wertigkeit einzelner Grundrechte lässt sich aber keine detailliertere Ordnung ausmachen, die jedem Grundrecht für sich eine feste Platzierung iS einer Hierarchie zuweist.

*Meurer* geht etwa für die beiden besonders relevanten Interessen/Grundrechte der Meinungsfreiheit und des Schutzes der Ehre<sup>583</sup> ebenfalls von einer grundsätzlichen Gleichrangigkeit aus und begründet dies aus dem besonderen sozialen Bezug beider Grundrechte heraus:<sup>584</sup>

»[Beide] sind keine statischen, klar bestimmbaren und voneinander abgrenzbaren Werte. Beides sind Rechte, deren Bedeutung sich erst in der konkretisierenden Gestaltung der Beziehungen gewinnen lässt, die das Individuum zu seiner Umwelt

581 *Luf* in *Khakzadeh-Leiler/Schmid/Weber*, Interessenabwägung, 6 und 9ff, geht demgegenüber einerseits davon aus, dass es normative Prinzipien gibt, die sich einer Abwägung überhaupt entziehen, namentlich die Menschenwürde, und spricht etwa dem Freiheitsanspruch des Menschen insgesamt ein höheres normatives Gewicht als anderen Grundrechten zu.

582 So etwa *Lewis* WK<sup>2</sup>-StGB Nach § 3 StGB Rz 69 ff.

583 Zur Frage, ob der Schutz der Ehre in Österreich grundrechtlich garantiert ist, unten V.F.2.a.i.

584 *Meurer* in FS Hirsch, 653.

unterhält [...] Als ein betont soziales Ansehen ist die Ehre notwendig auch sozial relativiert. Gesellschaftliche Achtung ist, anders als die menschliche Würde, [...] ein Gut, das nicht jenseits der Gemeinschaft steht, sondern erst aus dem gesellschaftlichen Zusammenleben erwächst. [...] Den Schutzzumfang, den damit sowohl die Meinungsfreiheit als auch der Ehranspruch zu entfalten in der Lage sind, ist determiniert durch die Sozialgebundenheit des Individuums in seiner Gesellschaft.«<sup>585</sup>

Dasselbe gilt bspw für das Grundrecht auf Versammlungsfreiheit, jenem auf Schutz der Privatsphäre und Persönlichkeit oder die Religionsfreiheit. Sie sind abstrakt gleichrangig. Insgesamt ist daher eine wie immer geartete, vom Verfassungsrecht vorgegebene, feste Wert- oder Rangordnung der Grundrechte zu verneinen.

## E. Interessenkollision als Anlass der strafrechtlichen Abwägung

Eine Abwägung im Recht soll zumindest zwei verschiedene Rechtspositionen einander gegenüberstellen und anhand einer – abstrakten oder konkreten – Gewichtung/Bewertung ihrer Gewichte/Wertigkeiten darüber Aufschluss geben, welche Rechtsposition schützenswerter erscheint und welcher daher zumindest im höheren Ausmaße zur Durchsetzung verholfen werden soll. Diese Gegenüberstellung verschiedener Rechtspositionen erfolgt nicht zufällig. Vielmehr geht es um Lebenssachverhalte, in denen diese Positionen dergestalt aufeinandertreffen, dass sie nicht zugleich alle voll durchgesetzt werden können. Anlass jedweder Abwägung ist damit eine *Interessenkollision*, also »entweder ein hoheitlicher Eingriff in eine Grundrechtsposition, bei dem auf der dritten Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung Eingriffsschwere und Eingriffsziel zueinander in Beziehung gesetzt werden, oder eine ›Spannungslage‹ resp[ektive] ›Kollision‹ zwischen gegensätzlichen oder einander gegenüberstehenden Verfassungsgütern.«<sup>586</sup>

585 Meurer in FS Hirsch, 653 f.

586 Ossenbühl, DVBl. 1995, 907; als Gegenbegriff nennt Buchwald in Schilcher/Koller/Funk, Regeln, Prinzipien und Elemente, 84, den Begriff der »Harmonie«.

Voraussetzung ist folglich immer, dass ein von der Rechtsordnung geschütztes Interesse »Not leidet« bzw Gefahr läuft, Not zu erleiden.<sup>587</sup> Abwägung ist insoweit eine wesentliche »Methode im Prozeß der Rechtsgewinnung«<sup>588</sup> – sowohl in den Fällen, in denen die Abwägung vom Gesetzgeber selbst, als auch delegiert durch die Rsp<sup>589</sup> vorgenommen wird. Nimmt der Gesetzgeber die Abwägung selbst vor, hat er das Ergebnis seiner Abwägung zwischen den Positionen einer Interessenkollision in Gestalt einer Norm festzuhalten. Je detaillierter er die Regeln, Prinzipien und Leitlinien seiner Rechtsfindung hierbei dokumentiert und offenlegt, umso höher ist die Transparenz der hieraus entsprungenen Gesetzesbestimmung.<sup>590</sup>

Überlässt er die Abwägung dagegen der Ebene der Rsp, tritt in Fällen einer solchen Interessenkollision der Abwägungsvorgang an die Stelle der Subsumtion. Dies ist notwendig, weil der von den Richtern zu vollziehende Syllogismus *Obersatz – Untersatz – Schlussfolgerung*<sup>591</sup> nicht funktioniert, da es gerade an den erforderlichen Obersätzen mangelt.<sup>592</sup> Die Vorstellung, die rechtsanwendende Ebene würde geradezu mechanisch und geradlinig den Sachverhalt feststellen, die dazu passende Norm suchen und fast mathematisch subsumieren, entspricht zwar längst nicht mehr der hM. Vielmehr entpuppt sich die Rechtsanwendung als »prämissensuchendes Verfahren [*Herv entf*]«<sup>593</sup>. Gerade diese Prämissen müssen vom Gesetzgeber allerdings auffindbar vorgegeben werden. Zu einer Abwägung zwischen den Prämissen durch die Rsp kommt es dann, wenn vom Gesetzgeber keine Vorrangregeln aufgestellt wurden. Eine andere Frage ist, ob eine solche Vorgangsweise, nämlich, dass der Gesetzgeber auf eine eigene Abwägung fast völlig verzichtet, im Strafrecht überhaupt zulässig ist.<sup>594</sup>

587 So Arndt, NJW 1966, 872.

588 Ossenbühl, DVBl. 1995, 904 mwN.

589 Näher VI.D.1. und VI.E.6.

590 X.I.

591 Koch H./Rüßmann, Juristische Begründungslehre, insb 30, halten dieses Begründungsschema für eine Subsumtion mit guten Argumenten zwar insgesamt für unzulänglich; dies soll allerdings nicht näher vertieft werden.

592 So wiederum Ossenbühl, DVBl. 1995, 904f; ders schon in Erbuth/Oebbecke/Rengeling/Schulte, Abwägung, 25.

593 Schäffer, Rechtsquellen, 14.

594 Näher insb VI.C.3.h.

## 1. »Rechtlich geschütztes Interesse«

Der Begriff des »Interesses« und gerade nicht der strafrechtliche Fachterminus des »Guts« und der »Güter«<sup>595</sup> wurde im vorliegenden Zusammenhang bewusst gewählt. Der Terminus »Interesse« ist dem Zivilrecht entlehnt und dort fest konnotiert; er wird mit ähnlicher Definition übernommen und grenzt sich vom Rechtsgutsbegriff und der damit im Zusammenhang stehenden, va in Deutschland sehr präsenten Rechtsgutsdiskussion<sup>596</sup> ab: Da ein näheres Eingehen auf die Rechtsgutsdiskussion nämlich nicht erforderlich ist, soll zur Vermeidung von Begriffsverwechslungen auch ein anderer Begriff gewählt werden.<sup>597</sup>

Unter den Begriff des Interesses kann zunächst Vieles gefasst werden: Beginnend bei der Beziehung eines Menschen zu Gütern und Werten oder dem Wunsch nach bestimmten Positionen in Situationen, die unmittelbar der Befriedigung eines Bedürfnisses oder als Mittel zur Realisierung von Situationen, die zur Bedürfnisbefriedigung notwendig sind, dienen, bis hin zu einem bereits stark verrechtlichten Verständnis von Sachverhalten, auf deren Realisierung die Mitglieder einer Gesellschaft einen legitimierbaren Anspruch haben.<sup>598</sup> Eine sehr frühe Definition des Begriffs »Interesse« stammt zunächst von *W. Jellinek*, der unter Interesse den »Wert, den wir einer Wirklichkeit oder einer Verwirklichung beilegen«<sup>599</sup>, versteht. *Enderlein* begreift eine Situation ganz allgemein dann als in jemandes Interesse, »wenn sie eine Chance zur Motiverfüllung [...] darstellt oder solche Chancen befördert«<sup>600</sup>; ein solches Interesse kann mit einem »prima facie-Gebot des Interessenschutzes oder der Interessenförderung«<sup>601</sup> einhergehen. Kommt der Gesetzgeber diesem Gebot durch gesetzgeberische Maßnahmen nach, liegt ein »rechtlich geschütztes Interesse« vor. Wird das Interesse dagegen von der Rechtsordnung überhaupt als negativ bewertet oder jedenfalls als

595 Oben II.A.

596 Vgl etwa *Hefendehl*, Rechtsgutstheorie; ferner die Beiträge in der ZStW 2015 zur 36. StrafrechtslehrerInnentagung 2015 in Augsburg: zB *Engländer*, ZStW 2015, 616 ff; *Kudlich*, ZStW 2015, 635 ff.

597 Näher schon I.L.C.

598 So *Enderlein*, Abwägung, 67 mwN zu jedem Verständnis.

599 Gesetz, Gesetzesanwendung, 68.

600 *Enderlein*, Abwägung, 70 und im Detail 70 ff.

601 *Enderlein*, Abwägung, 73.

irrelevant für die Bewertung der vorliegenden Entscheidungssituation, liegt gerade kein »rechtlich geschütztes Interesse« vor.<sup>602</sup>

Folglich kann schon nicht jede beliebige Position Gegenstand einer Abwägung und damit ein »rechtlich geschütztes Interesse« sein: Nur Interessen, die von der Rechtsordnung als schützenswert anerkannt sind und als solche auch grundsätzlich geschützt werden, können in die Waagschale eines Abwägungsprozesses gelegt werden. Rechtlich geschützte Interessen sind nach der hier verwendeten Definition demnach solche

tatsächlichen oder rechtlichen Zustände, Verhaltensweisen, Werte oder Güter, die von der Rechtsordnung als allgemein schützenswert anerkannt werden und von dieser auch prinzipiell geschützt werden.

Wesentlich ist damit, dass es sich um solche Erscheinungen handelt, von denen der Gesetzgeber annimmt, dass sie letztlich im Interesse der Allgemeinheit zu beachten, fördern oder jedenfalls zu schonen sind. Was im Einzelnen ein solches Interesse darstellt, ist abgesehen von zahlreichen ohnedies verfassungsrechtlich normierten Interessen – ähnlich den Rechtsgütern<sup>603</sup> – gesetzlich nicht determiniert, so dass hier dem Gesetzgeber ein weiter Gestaltungsspielraum nach Art einer Selbstverpflichtung zukommt.

»Wie alle Wertbegriffe verdankt auch das Interesse dem Gefühl der Lust und Unlust seinen Ursprung und damit seine Unbestimmtheit. Über den Wert einer Verwirklichung lässt sich oft ebensowenig streiten wie über den Geschmack.«<sup>604</sup>

Dementsprechend ist es grundsätzlich auch Sache des Gesetzgebers, den Bereich des strafbaren Handelns festzulegen (*Bereichsbestimmungsgrundsatz*).<sup>605</sup> Es ist damit zunächst ihm überlassen, welche Interessen er durch das Strafrecht schützt (unter Beachtung des *ultima ratio*-Grundsatzes): Er hat insoweit ein *Schutzrecht*.<sup>606</sup> Der Entscheidung über

602 Vgl. Enderlein, Abwägung, 73.

603 II.A.

604 Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung, 68.

605 Für das dt, aber mit voller Gültigkeit auch für das österreichische Strafrecht: BVerfGE 120, 224, 240; Lagodny, Schranken der Grundrechte, 68 f.

606 Zu den sich aus Grundrechten ergebenden Schutzpflichten näher Holoubek, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten, 1 ff.



die Bewertung eines Interesses durch den Gesetzgeber als schützenswert geht somit selbst nichts anderes als eine Abwägung voran. Welche Positionen als rechtlich schützenswertes und geschütztes Interesse anerkannt werden, ist damit letztlich das Ergebnis einer Abwägung.<sup>607</sup> Aus diesem Blickwinkel erscheint das Phänomen der »Abwägung« mit einem Mal allgegenwärtig zu sein, als könne man schier »nicht nicht abwägen«<sup>608</sup>. Es entsteht der Eindruck, mit dieser Erkenntnis werde das gesamte Strafrecht zu einer Frage der jeweiligen Abwägung.

Tatsächlich findet jedoch bei der Frage, ob ein Interesse schützenswert ist oder nicht, keine Abwägung im hier verstandenen Sinne statt.<sup>609</sup> Das liegt zunächst schon einmal daran, dass das Verfassungsrecht in vielen Bereichen klare Vorgaben trifft, ob und welche Interessen schützenswert sind: Das geschieht durch die Verankerung der Grundrechte, die österreichischen Baugesetze der Bundesverfassung und die staatliche Grundordnung insgesamt, welche die Verfassung vorgibt und aus der deutliche Rückschlüsse darauf gewonnen werden können, welche Interessen insb solche des Staats sein können und welche nicht. Letztlich ist zwar auch genau diese Grundordnung des Staats von einem Gesetzgeber geschaffen worden und als solche nicht unabänderlich. Aufgrund der höheren Zustimmungsquoren, die für eine Verfassungsänderung im Parlament erforderlich sind, bzw der zwingenden Volksabstimmung bei geplanter Gesamtänderung der Bundesverfassung (Art 44 B-VG) wird allerdings von einer höheren Bestandskraft und einer gewissen Unabänderlichkeit dieser Grundordnung ausgegangen.

Abwägen nach seinem ursprünglichen Verständnis<sup>610</sup> bedeutet außerdem stets Gegenüberstellen und Vergleichen. Bei der Entscheidung, ob ein Interesse für sich genommen – ohne dass es auf ein anderes Interesse ankäme – als schützenswert anzusehen ist, findet keine Gegenüberstellung bzw kein Vergleich statt. Vielmehr werden das potentielle rechtlich geschützte Interesse, sein Wert und die Konsequenzen seiner Anerkennung für die Rechtsordnung individuell und in Gesamtschau zum staatlichen Gefüge betrachtet. Dass bei der Entscheidung uU Vor- und Nachteile der Bewertung eines Interesses als schützenswert gegen-

---

607 Dazu *Hotz*, Grundrechtseingriffe, 44 mit Hinweis auf *Huber*, ZSR NF 84 (1965) I, 57.

608 Vgl dazu *Watzlawick*: »Man kann nicht nicht kommunizieren.« (*Watzlawick/Beavin/Jackson*, Menschliche Kommunikation, 53).

609 V.C. und X.

610 V.C.

einander abgewogen werden, ist zwar für sich genommen ebenfalls ein Abwägen, aber eben ein völlig anders geartetes als dasjenige, bei dem es um den Vor- und Nachrang kollidierender Werte oder Güter geht: Egal, wie die Entscheidung ausfällt, es kommt hierdurch nicht zu einem Zurückdrängen eines anderen Interesses. Vielmehr wird einmal nur geprüft, ob es überhaupt ein Interesse gibt, das als so bedeutend erscheint, dass seine Durchsetzung rechtlich verfolgt werden soll.

Grundlegend kann unterschieden werden zwischen Individual- und Kollektivinteressen.<sup>611</sup> Letztere sind solche Interessen, die im Wesentlichen das Ziel der Aufrechterhaltung des öffentlichen Friedens, der öffentlichen Ordnung und Sicherheit sowie insgesamt eines geordneten Zusammenlebens der Gesellschaft verfolgen. Ersteres dagegen meint die privaten, persönlichen tatsächlichen oder rechtlichen Zustände, Verhaltensweisen, Werte oder Güter einer einzelnen Person oder einiger weniger Individuen innerhalb einer Gesellschaft. Durch die höchst unterschiedlichen Zielrichtungen dieser beiden Erscheinungsformen von Interessen fällt die Abwägung dann besonders schwer, wenn schützenswerte Individual- auf schützenswerte Kollektivinteressen treffen, weil ihre Gegenüberstellung iS einer Vergleichbarkeit besondere Probleme bereitet: Das Recht etwa einer Gruppe von Demonstranten auf Äußerung ihrer Meinung im Rahmen eines Sitzstreiks auf einer stark befahrenen Straße ist dann gegen die Sicherheit und Flüssigkeit des Berufsverkehrs und damit eines Ausschnitts der öffentlichen Sicherheit auf dieser Straße abzuwägen. Hinzu kommt, dass die strikte Unterscheidung zwischen dem öffentlichen Interesse und einem dem gegenüberstehenden anderen – privaten – Interesse bei genauerer Betrachtung zudem nicht ganz korrekt ist, wie auch das obige Bsp anschaulich zeigt: Tatsächlich bildet das öffentliche Interesse in Wahrheit keinen echten Gegensatz zu einer wie immer gearteten individuellen Freiheit, wie auch *Hotz* betont. Vielmehr belegen öffentliche Interessen stets beide Waagschalen einer Abwägung.<sup>612</sup> Denn: Das bestmögliche Bewahren der individuellen Freiheit des einzelnen Rechtsunterworfenen ist immer auch im öffentlichen Interesse gelegen. Um den hier interessierenden Abwägungsfragen auf den Grund gehen zu können, soll iSd Vereinfachung und Veranschaulichung den-

611 Ähnlich wird im Strafrecht zwischen Individualrechtsgütern und kollektiven Rechtsgütern unterschieden; zB *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT<sup>16</sup>, 4.1; dazu näher II.A.

612 *Hotz*, Grundrechtseingriffe, 43 f.

noch in weiterer Folge von einem »Gegenüber« der beiden Positionen gesprochen werden.

Die gegenwärtig im umfassendsten Maße geschützten Interessen sind damit zunächst die Grundrechte.<sup>613</sup> Daneben existieren aber noch zahlreiche andere »Rechtswerte von Verfassungsrang«<sup>614</sup>, die zu den möglicherweise in einer Interessenkollision involvierten Interessen zählen. Zu nennen sind hierbei Verfassungsaufträge und verfassungsrechtlich normierte Staatsziele (zB Tierschutz).<sup>615</sup> Auch in den Abs 2 der Art 8–11 EMRK werden Rechtswerte von Verfassungsrang genannt. Darüber hinaus sind zweifellos alle vom materiellen Strafrecht erfassten Rechtsgüter – wie Leib und Leben, Freiheit, Ehre, Umwelt, sicherer Zahlungsverkehr, Frieden etc –, soweit sie nicht ohnedies zugleich Grundrechte schützen, »rechtlich geschützte Interessen«. Das Strafprozessrecht verfolgt das rechtlich geschützte Interesse einer fairen und wirksamen Strafverfolgung; das Strafvollzugsrecht dient dem Interesse der geordneten Durchsetzung einer strafrechtlichen Entscheidung.

Die Qualifikation eines Interesses als rechtlich geschützt wird damit insoweit keine Probleme bereiten, als das Strafrecht insgesamt dem Schutz solcher Interessen von Individuen oder auch der Allgemeinheit dient. Somit ist schon kein Lebenssachverhalt denkbar, auf welchen das Strafrecht zur Anwendung gelangt, ohne dass zumindest auf einer Seite rechtlich geschützte Interessen, wie etwa Leib und Leben, Vermögen, Umwelt usw stünden.

## 2. »Kollision«

Eine Abwägung im Strafrecht wird nun dann notwendig (und auch erst sinnvoll möglich), wenn in einem Lebenssachverhalt zumindest zwei solcher rechtlich geschützter Interessen dergestalt aufeinandertreffen, dass sie innerhalb dieses Lebenssachverhalts nicht beide in vollem Umfang von der Rechtsordnung geschützt werden können: Es können folglich nicht alle Interessen zur Gänze durchgesetzt und ausgeübt werden. Die Abwägung im materiellen Strafrecht zugunsten des durch die Norm geschützten Interesses geht zwingend zu Lasten von Freiheiten des Täters/Störers und *vice versa*. In diesem Fall liegt sohin

---

613 Zu diesen III.B.1.

614 Lepa, DVBl. 1972, 165.

615 II.D.

eine Interessenkollision im hier verstandenen Sinne vor: Die rechtliche »Verstärkung« eines in eine Kollision involvierten Interesses bedeutet die Einschränkung des anderen und umgekehrt, sodass in keinem Fall beide Interessen zur Gänze durch das Recht geschützt werden können.<sup>616</sup> Die Kollision ist auch nicht nach den allgemeinen Vorrangregeln wie *lex posterior*, *Konsumtion*, *Subsidiarität* etc lösbar: Treffen anlässlich einer inkriminierten Äußerung des A, die sich gegen die Ehre des B richtet, die Kommunikationsfreiheit und die Ehre als Interessen aufeinander, lässt sich nicht argumentieren, die Ehre sei hier »spezieller« oder die Kommunikationsfreiheit ihr gegenüber »subsidiär« oder dergleichen mehr. Die Vorrangregeln vergleichen insb immer das *Unrecht*, das *eine* Person verwirklicht, nicht jedoch die *Rechte zweier* verschiedener Personen miteinander.

In Anlehnung an ein Zitat von *Rüfner*<sup>617</sup> kann der Begriff der »Interessenkollision« daher wie folgt definiert werden:

Eine Interessenkollision liegt vor, wenn ein Grundrecht oder sonstiges Interesse die Ausübung eines (anderen) Grundrechts in dessen Schutzbereich begrenzt, wenn also, das Gegen-Grundrecht oder -interesse hinweggedacht, aufgrund des ausgeübten Grundrechts ein menschliches Verhalten nicht nur zulässig wäre, sondern auch mangels eines sonst einschlägigen Gesetzesvorbehalts nicht durch Gesetz beschränkt werden könnte.

Jedenfalls unterscheidbar sind damit zwei Gruppen von Grundrechtskollisionen: Die eine erfasst jene Fälle, in denen mindestens zwei Grundrechte aufeinanderprallen und sich dadurch gegenseitig begrenzen, also reine Grundrechtskollisionen.<sup>618</sup> Die zweite erfasst Konstel-

616 Ebenso *Heißl*, Grundrechtskollisionen, 33 f.

617 Zu echten Grundrechtskollisionen sogleich unten. Das Originalzitat lautet wie folgt: »Von Grundrechtskollisionen sollte nur dann gesprochen werden, wenn wirklich ein Grundrecht die Ausübung eines anderen in dessen Schutzbereich begrenzt, wenn also, um die soeben gestellte Frage aufzugreifen, das Gegen-Grundrecht hinweggedacht, auf Grund des ausgeübten Grundrechts ein menschliches Verhalten nicht nur zulässig wäre, sondern auch mangels eines einschlägigen Gesetzesvorbehalts nicht durch Gesetz beschränkt werden könnte.« (*Rüfner* in *Starck*, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 461).

618 Diese werden etwa von *Blaesing* wie folgt definiert (Grundrechtskollisionen, 3, zur Aufgliederung in weitere Untergruppen/-typen von Grundrechtskollisionen 48 ff): »Grundrechtskollisionen liegen vor, 1.) wenn aus den Gewährleistungen der Verfassung subjektive Berechtigungen verschiedener Grundrechtssubjekte resultieren, die sich im konkreten Fall überschneiden; 2.) wenn mehrere der sich in den

lationen, in denen ein Grundrecht mit einem anderen Interesse kollidiert.<sup>619</sup> Beide sollen in der vorliegenden Arbeit untersucht werden. Allerdings werden nur solche Interessenkollisionen behandelt, in denen die Interessen von zumindest zwei voneinander verschiedenen Rechtsträgern aufeinandertreffen; mehrere Rechtsträger beanspruchen sohin gleichzeitig die Gewährleistungen aus der Verfassung.<sup>620</sup>

Davon zu unterscheiden sind sog »Konkurrenzen schrankendivergener Freiheitsrechte«<sup>621</sup> oder schlicht »Grundrechtskonkurrenzen«<sup>622</sup>: In diesen Konstellationen beruft sich ein Rechtsträger – meist: der Bürger – für sein Handeln auf gleichzeitig mehrere Freiheitsrechte, die unterschiedliche Schranken aufweisen.<sup>623</sup> In diesen Fällen setzt sich das »stärkere« Grundrecht durch und Überschneidungen verschiedener Grundrechte führen zu einer Verstärkung des Schutzes.<sup>624</sup>

Eine Interessenkollision im hier verstandenen Sinne liegt somit zusammengefasst dann vor, wenn zwei voneinander verschiedene

---

Grundrechten verkörperten objektiven Werte gleichzeitig auf die übrige Rechtsordnung ausstrahlen und dabei zu einer gegensätzlichen Beurteilung desselben Lebenssachverhalts führen.«; vgl zu den verschiedenen Formen der Grundrechtskonkurrenzen auch *Spielmann*, Konkurrenz, 23 ff; *Stern*, Staatsrecht III/2, 1368 ff.

619 So *Lepa*, DVBl. 1972, 166. *Lepa* (166) nennt als dritte Gruppe jene Fälle, »in denen die subjektive Seite eines Grundrechts und ein verfassungsrechtlich gesichertes Institut in Kollision geraten [*Herv i O*]«. Als Bsp (aus dem dt Recht) nennt er etwa das Recht auf Ehescheidung: Das Institut »Ehe« als an sich unauflösbare Gemeinschaft werde durch das GG ebenso geschützt wie das Recht auf Entfaltungsfreiheit eines Ehepartners.

Eine gänzlich andere Frage ist demgegenüber, inwieweit in einem (dt) Verfassungsbeschwerdeverfahren vom Beschwerdeführer auch die Verletzung von Grundrechten Dritter geltend gemacht werden kann; dazu etwa *Kube*, DVBl. 2005, 721 ff mit Nennung von Vertretern in Fn 21, die diese Möglichkeit bejahen; *Kube* selbst lehnt diese Möglichkeit dagegen ab.

620 *Blaesing*, Grundrechtskollisionen, 2; zur Erforderlichkeit einer Personenmehrheit auch *Heißl*, Grundrechtskollisionen, 29 f.

621 *Rüfner* in *Starck*, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 474 ff.

622 *Lepa*, DVBl. 1972, 161 f mit zahlreichen Bsp; ausführlich dazu *Spielmann*, Konkurrenz, insb 97 (Definition); jüngst auch *Heißl*, Grundrechtskollisionen, 26 ff.

623 *Schneider* (Güterabwägung, 107 und ff) unterscheidet ähnlich (bezugnehmend auf BVerfGE 20, 162, 176; 28, 243, 261) vier Gruppen: 1. Grundrechtskonflikte in der Person eines Grundrechtsträgers; 2. Grundrechtskonflikte zwischen mehreren Grundrechtsträgern sowie Konflikte zwischen Grundrechten und sonstigen Rechtsgütern des Individuums, 3. Konflikte zwischen Grundrechten und sonstigen Rechtsgütern der Gemeinschaft und 4. des Staats.

624 So *Lepa*, DVBl. 1972, 164 f (der auf den Seiten zuvor auch die anderen denkbaren Varianten der Auflösung einer Grundrechtskonkurrenz vorstellt); zusammenfassend außerdem *Rüfner* in *Starck*, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 479.

Rechtsträger (Individuum, daneben aber auch die Allgemeinheit oder der Staat) mit grundsätzlich zwar rechtlich schützenswerten Interessen ausgestattet sind, die sich in einer konkreten Situation allerdings derart gegenüberstehen, dass sie nicht gleichzeitig in vollem Maße von der Rechtsordnung geschützt werden können. Anders formuliert geht es bei Grundrechtskonkurrenzen um ein Nebeneinander von Grundrechten und anderen schützenswerten Interessen, bei den hier zentral gegenständlichen Grundrechtskollisionen um ein Gegeneinander.<sup>625</sup> Dargestellt – nach *Sieckmann* – am Bsp der Kollision der Kommunikationsfreiheit einerseits und des Rechts auf Ehre andererseits:<sup>626</sup>

A hat das Recht, seine Meinung zu sagen.

→ A hat das Recht zu sagen, dass B ein Trottel ist.

B hat das Recht, nicht in seiner Ehre verletzt zu werden.

→ B hat das Recht, nicht Trottel genannt zu werden.

→ → A hat nicht das Recht zu sagen, dass B ein Trottel ist?

→ → B hat nicht das Recht, nicht Trottel genannt zu werden?

Mangels eines von der österreichischen Rechtsordnung anerkannten Rechts auf eine Art allgemeine Handlungsfreiheit<sup>627</sup> betrifft nun die Mehrzahl aller strafrechtlich relevanten Fälle solche Sachverhalte, denen nicht auch auf der anderen Seite ein grundsätzlich rechtlich geschütztes Interesse, va etwa ein Grundrecht gegenübersteht. So schützen bspw die Strafbestimmungen zum Schutz des Lebens und der körperlichen Integrität (§§ 75 ff StGB) das Leben und die körperliche Unversehrtheit von Menschen auf der einen Seite, ohne dabei zugleich ein gegenüberstehendes, rechtlich schützenswertes Interesse eines Täters auf der anderen Seite einzuschränken. Das österreichische Recht kennt nämlich kein »Recht auf Verletzung eines anderen« oder dergleichen (von den Fällen etwaiger Rechtfertigungsgründe, wie etwa bei Notwehr oder im Rahmen ärztlicher Heilsbehandlung, abgesehen). Gerade im Bereich der »klassischen« Delikte des Strafrechts sind daher meist Verhaltensweisen verboten, die keinem grundrechtlichen Schutzbereich unterfallen.<sup>628</sup> Grundrechtliche Relevanz kann hier nur die angeordnete Sanktion aufwerfen, nämlich dann, wenn eine Freiheits- oder

625 So *Lepa*, DVBl. 1972, 161.

626 In *Schilcher/Koller/Funk*, Regeln, Prinzipien und Elemente, 76.

627 Dazu schon IV.C.1.b.

628 *Lewisch*, Verfassung und Strafrecht, 222.

Geldstrafe verhängt wird, weil diesfalls in die grundrechtlich geschützten Rechtsgüter persönliche Freiheit einerseits und Eigentum andererseits eingegriffen wird.<sup>629</sup>

Nur die Minderzahl aller strafrechtlich relevanten Sachverhalte hat dagegen Konstellationen zum Gegenstand, in denen einander auf strafrechtlicher Verbotebene tatsächlich mehrere schützenswerte Interessen gegenüberstehen. Die gegenständliche Untersuchung befasst sich zudem ausschließlich mit solchen Interessenkollisionen, in die zumindest auf einer Seite – nämlich auf Seiten der strafrechtlich verfolgten Person – ein Grundrecht<sup>630</sup> involviert ist. Dies soll als »Interessenkollision mit Grundrechten« bezeichnet werden. An ihrem Bsp die (va) vom Gesetzgeber getroffenen Abwägungsentscheidungen nachzuvollziehen, erscheint höchst interessant, weil es jeweils um eine Rechtfertigung einer Strafnorm vor der Verfassung geht: Eine »falsche« Abwägungsentscheidung führt zu einer Grundrechtsverletzung.

Als Interessen im Strafrecht stehen somit auf der einen Seite Interessen einer Person, dem je nach Stadium des Strafverfahrens Beschuldigten, Angeklagten oder Verurteilten, die durch besondere Anordnungen der Rechtsordnung qualitativ in hohem Maße geschützt sind, nämlich grundrechtlich. Sie genießen als verfassungsrechtlich gewährleistete Rechte insofern einen außerordentlichen Schutz, als ihre Einschränkung durch den Staat nur unter besonderen Voraussetzungen<sup>631</sup> zulässig ist. Grundsätzlich gilt nämlich in diesen Fällen das »rechtsstaatliche Verteilungsprinzip« oder auch der Grundsatz »in dubio libertate«, wonach die Freiheit der Grundrechtsausübung die Regel und die Einschränkung dieser Freiheit die rechtfertigungsbedürftige Ausnahme darstellt.<sup>632</sup>

Auf der anderen Seite stehen typischerweise Interessen des »Staats«, auch sog »Gemeinwohlinteressen« oder öffentliche Interessen. Zu ihnen zählen etwa nach der EMRK (so insb in den Abs 2 der Art 8–11 EMRK) die nationale Sicherheit, öffentliche Ordnung, die territoriale Integrität oder auch die Rechte anderer.<sup>633</sup> Sie können daher zum Schutz der Rechtswertungen eines Staats oder in dessen mehr oder weniger »eigenem«

629 Dazu bereits IV.C.1.a.; diese Sanktionenebene soll aber nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit sein; dazu XIII.B.

630 Im definierten Sinne, III.B.1.

631 Für die Kommunikationsfreiheit schon IV.C.2.e.; allgemein III.B.3.

632 So etwa *Berka*, Grundrecht auf Datenschutz, 100; *ders* in FS Rill, 27; *ders* in Gedenkschrift Walter, 38 mwN; zur Regel »in dubio pro libertate« auch XIV.B.7.a.

633 Dazu III.B.3. und IV.C.2.e.

Interesse bestehen. Deutlich formuliert das Art 52 Abs 1 S 2 GRCh, wonach »Einschränkungen [der Rechte der Charta, *Anm d Verf*] nur vorgenommen werden [dürfen], wenn sie notwendig sind und den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen.« Das materielle Strafrecht dient dem Schutz von bestimmten rechtlichen Werten und Größen. Es verbietet bestimmte Verhaltensweisen der Normadressaten eines Staats, um das friedliche Zusammenleben zu gewährleisten und hat damit letztlich – ungeachtet einer Unterscheidung zwischen Individual- und Allgemeinrechtsgüterschutz – ebenfalls die Durchsetzung staatlicher Interessen zum Ziel.

Überdies kann es dergestalt zu »echten« Grundrechtskollisionen kommen, dass sich verschiedene Rechtsunterworfenen auf unterschiedliche, widerstreitende Interessen berufen.<sup>634</sup> Diese Fälle stellen sich nur höchst selten so dar, dass tatsächlich die Grundrechte zweier Bürger unmittelbar kollidieren (namentlich im Rahmen einer etwaigen Drittwirkung von Grundrechten<sup>635</sup>). Meist handelt es sich – wie *Rüfner* ausführt – vielmehr um folgendes Phänomen:

»Der Staat, der in Grundrechte eingreift, tut das in der Intention, Grundrechte anderer Bürger zu schützen. Die Kollision besteht zwar zwischen den Grundrechten verschiedener Bürger, als Berechtigte und Verpflichtete aus den Grundrechten stehen sich jedoch nicht die Bürger untereinander, sondern Staat und Bürger gegenüber.«<sup>636</sup>

In den überwiegenden Fällen liegen daher bloß mittelbare Kollisionen vor, da die Grundrechte als staatsgerichtete Ansprüche nicht unmittelbar aufeinanderprallen.<sup>637</sup> Der demokratisch legitimierte Gesetzgeber ist in die Verantwortung genommen, die einander widerstreitenden Interessen zu einem gerechten Ausgleich zu bringen.<sup>638</sup> Es geht um eine »Dialektik von Freiheit und Sicherheit«<sup>639</sup>, da in einem demokratischen Verfassungsstaat wie Österreich die Gewährung von Sicherheit

634 Zu dieser Unterscheidung auch *Rüfner* in *Starck*, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 474 ff.

635 Etwa *Schneider*, Güterabwägung, 115 ff.

636 In *Starck*, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 454 f.

637 Abermals *Schneider*, Güterabwägung, 115 ff, insb 121.

638 Ähnlich *Berka*, Grundrecht auf Datenschutz, 99, 106.

639 *Murswiek*, Staatliche Verantwortung, 139.



für die Rechtsunterworfenen die ureigenste staatliche Aufgabe ist und zugleich die Gewährung von Freiheiten und Rechten für den Einzelnen die Legitimationsgrundlage dieses Staats ist.<sup>640</sup>

## **F. Kollidierende Interessen im Kommunikationsstrafrecht**

### **1. Ausgangspunkt: Kommunikationsfreiheit als rechtlich geschütztes Interesse**

Das Kommunikationsstrafrecht wurde als Summe jener Strafbestimmungen definiert, die jeweils einen Eingriff in die grundrechtlich geschützte Kommunikationsfreiheit nach Art 13 StGG/Art 10 EMRK normieren.<sup>641</sup> Wenn nun Anlass der Abwägung eine Kollision rechtlich geschützter Interessen ist<sup>642</sup>, dann ist für das Kommunikationsstrafrecht zunächst festzuhalten, dass in der einen »Waagschale« einer Abwägung jeweils genau jene Kommunikationsfreiheit liegt. Sie wird abstrakt-generell vor Erlass einer kommunikationsstrafrechtlichen Norm und individuell-konkret im jeweiligen Einzelfall gegen mögliche andere, ebenfalls rechtlich geschützte Interessen in der anderen »Waagschale« abgewogen. Welche »Gegen«-Interessen das sein können, soll im Folgenden dargestellt werden.

### **2. Mögliche rechtlich geschützte »Gegen«-Interessen als Abwägungsgegenstand**

Mit Blick auf das Strafrecht, das einen bestimmten kommunikativen Inhalt verbietet,<sup>643</sup> stellt sich die Frage, welche spezifischen, geschützten Interessen damit verfolgt werden. Im Wesentlichen kann es private und öffentliche Interessen geben, die jeweils mit dem Interesse an einer ungehinderten menschlichen Kommunikation kollidieren. Die privaten Interessen finden ihre verfassungsrechtliche Grundlage insb in Art 8 EMRK.<sup>644</sup>

640 So *Berka*, Grundrecht auf Datenschutz, 14, 98 ff.

641 IV.D.

642 V.E.

643 Zum Untersuchungsgegenstand im Detail XIII.D.

644 *Graf-Wintersberger*, Lebensbild und Bereicherung, 10 ff, nennt als konfligierendes Persönlichkeitsrecht noch ganz allgemein die Menschenwürde. ME wurzeln die

a. *Private Interessen*

(i.) *Ehre*

α. *Objektive oder subjektive Ehre?*

Evidentermaßen kann eine Bestimmung des Kommunikationsstrafrechts das Recht auf die persönliche Ehre eines Menschen schützen. Nach den Materialien zu den §§ 111 ff StGB etwa schützt der Abschnitt der strafbaren Handlungen gegen die Ehre im StGB konkret die Ehre »im sittlichen Sinn, also gegen Vorwürfe verächtlicher Eigenschaften oder Gesinnungen, eines unehrenhaften oder sittenwidrigen Verhaltens«<sup>645</sup>. In der Literatur und Rsp hat sich hierauf aufbauend zunächst eine Unterscheidung in einen objektiven und subjektiven Ehrbegriff herauskristallisiert. Nur die Ehre im objektiven Sinne oder auch »äußere Ehre«, also das Ansehen und die Achtung eines Menschen in den Augen seiner Mitmenschen, ist nach dieser Ansicht geschützt.<sup>646</sup> Dieser Ehrbegriff ist strikt zu trennen vom subjektiven Ehrgefühl des Einzelnen iSd Selbsteinschätzung der eigenen Ehre.<sup>647</sup> Zurückgehend auf *Kadecka*<sup>648</sup> wird der objektive Ehrbegriff nach überwiegender Meinung ergänzt um eine normative Komponente, wonach im Mittelpunkt der Ehre der Anspruch eines jeden Menschen auf achtungsvolle Behandlung und Begegnung durch andere steht.<sup>649</sup> Es geht um das Recht auf ein bestimmtes äußeres Verhalten; eine bestimmte Ansicht eines Menschen über einen anderen dagegen kann durch das Recht nicht erzwungen werden.<sup>650</sup> Einen etwas engeren Ehrbegriff verwendet *Zöchbauer*, wonach nur die wohlverdiente Ehre ein rechtlich geschütztes Interesse darstellt.<sup>651</sup>

---

nachstehend genannten privaten Interessen allesamt in dem Grundsatz, dass jedem Menschen ein Kern an Würde zu gewähren ist, sodass dieses Interesse hier – auch aufgrund seiner Vagheit – nicht eigens genannt wird.

645 BGBI 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 245.

646 Instruktiv *Kienapfel/Schroll*, Grundriss BT I<sup>5</sup>, Vorbem §§ 111 ff Rz 1; *Rami WK<sup>2</sup>-StGB Vor §§ 111–117 Rz 6 mwN*; grundlegend auch OGH 29.10.1975, 11 Os 89/75; stRsp: RIS-Justiz RS0092487.

647 *Lambauer SbgK Vorbem §§ 111 ff Rz 3 mwN*.

648 ÖJZ 1952, 397.

649 Statt vieler *Lambauer SbgK Vorbem §§ 111 ff Rz 4 f*; außerdem *Kienapfel/Schroll*, Grundriss BT I<sup>5</sup>, Vorbem §§ 111 ff Rz 2 mwN; *Rami WK<sup>2</sup>-StGB Vor §§ 111–117 Rz 6 mwN*.

650 Grundlegend *Kadecka*, ÖJZ 1952, 397.

651 MR 2015, 284 f.

### β. Normative Ehre?

In einer Entscheidung hält der OGH fest, dass »maßgeblich für den Ehrbegriff [...] die aktuelle (gesamt-)gesellschaftliche Werthaltung [ist], die von den Vorstellungen über die sozialen, personalen und sittlichen Pflichtenforderungen abhängt. Dazu bedarf es des Rückgriffs auf das Durchschnittsempfinden eines sozial integrierten wertbewussten Menschen des Inlands in der Gegenwart.«<sup>652</sup> Der OGH kommt deshalb in der gegenständlichen Rechtssache auch zum Ergebnis, dass eine gleichgeschlechtliche Orientierung einer Person nicht anders behandelt werden darf als eine heterosexuelle Ausrichtung des Geschlechtslebens.<sup>653</sup> Der Vorhalt der Homosexualität erfüllt den Tatbestand des § 111 StGB folglich genauso wenig wie jener der Heterosexualität, weil die Offenbarung der geschlechtlichen Orientierung heutzutage keine Gefahr der Ehrverletzung im Sinn einer verächtlichen Eigenschaft oder Gesinnung, eines unehrenhaften oder gegen die guten Sitten verstoßenden Verhaltens begründe.

*Rami* sieht in dieser Entscheidung einen eigenen, namentlich rechtlich geformten Ehrbegriff, weil zur Beurteilung jeweils eine Maßfigur heranzuziehen ist.<sup>654</sup> Jedenfalls markiert die Entscheidung des OGH eine Abkehr vom rein objektiven Ehrbegriff: Bei diesem wäre jeweils auf das individuelle Umfeld des jeweiligen Opfers abzustellen und demnach die Frage nach der Ehre eines Menschen aus Sicht seiner persönlichen Umwelt zu stellen. Damit ist die neue Rsp nicht vereinbar, weil nunmehr auf einen für alle Rechtsunterworfenen einheitlichen Durchschnittsmenschen abzustellen ist.

Die Entscheidung des OGH kann als Konkretisierung eines normativen Ehrbegriffs<sup>655</sup> gesehen werden: Die Frage, was eine achtungsvolle Behandlung und Begegnung eines Menschen ist, lässt sich nämlich anhand des Maßstabs eines in der Gegenwart lebenden, sozial integrierten und mit den hier geltenden Werten ausgestatteten Menschen

652 OGH 23. 1. 2014, 12 Os 90/13x; dazu auch *Kienapfel/Schroll*, Grundriss BT I<sup>3</sup>, Vorbem §§ 111 ff Rz 5.

653 In der Sache ging es allerdings um die Frage, ob es eine gefährliche Drohung iSd § 74 Abs 1 Z 5 StGB darstelle, wenn der Täter mit der Bekanntgabe der homosexuellen Orientierung seines Opfers droht; näher OGH 23. 1. 2014, 12 Os 90/13x = JBl 2014, 336 ff mit Anm *Schmoller*.

654 WK<sup>2</sup>-StGB Vor §§ 111–117 StGB Rz 6/1.

655 Der normative Ehrbegriff dominiert auch die dt hM; zum Meinungsstand statt vieler *Amelung*, Kommunikationsvoraussetzung, 5 ff.

beantworten. Unter der Ehre als strafrechtlich geschütztem Interesse ist nach dieser Ansicht zusammenfassend das Recht des Einzelnen zu verstehen, von allen Mitmenschen nach dem Maßstab eines durchschnittlich empfindenden Rechtsunterworfenen achtungsvoll behandelt zu werden.

*γ. Mängel der herrschenden Ehrkonzepte*

Die soeben in aller Kürze dargestellten Ehrkonzepte (objektiv – subjektiv – normativ) weisen evidentermaßen Mängel auf. Der subjektive Ehrbegriff leidet darunter, dass das trägerabhängige Ehrempfinden, und umso mehr die individuelle Definition eines Ehrangriffs, mangels Verallgemeinerbarkeit und Objektivität nicht die Grundlage für strafrechtlichen Schutz darstellen können. Genauso wenig, wie es jedem selbst überlassen werden kann, den Begriff der Körperverletzung nach eigenem Maßstab zu definieren, kann für den strafrechtlichen Ehrschutz darauf abgestellt werden, ob sich das jeweilige Opfer subjektiv in seiner Ehre angegriffen fühlt. Eine objektive Definition von Ehre wiederum ist bislang, soweit ersichtlich, nicht gelungen. Der normative Ehrbegriff schließlich versucht sich zwar von subjektiven Einflüssen zu lösen, wird dadurch aber schwer greifbar, weil zur Beurteilung auf eine Maßfigur abgestellt wird, die bloß fingiert ist, und die es im Faktischen so gar nicht gibt. Ein weiterer Mangel der bestehenden Ehrkonzepte ist schließlich, dass sie eine trennscharfe Unterscheidbarkeit der einzelnen »Ehrtypen« suggerieren, die tatsächlich nicht möglich ist, wie auch die angeführten Beispiele zeigen.

*δ. Ehre als Kommunikationsvoraussetzung (Amelung)*

Ein anderer Ehrbegriff, als er den zuvor angeführten Ansichten<sup>656</sup> entspricht,<sup>657</sup> wurde maßgeblich von *Amelung* in seinem Werk »Die Ehre als Kommunikationsvoraussetzung« geformt. Er definiert Ehre als »Fähigkeit eines Menschen, den normativen Erwartungen zu entsprechen, denen er entsprechen muß, um als Kommunikationspartner akzeptiert zu werden«<sup>658</sup> (*äußere Ehre*)<sup>659</sup>. Ehre ist insoweit also eine Voraussetzung

656 V.F.2.a.i.α. und V.F.2.a.i.β.

657 Dies wird praktisch bei der Formulierung eines neuen Gesetzesvorschlags für die Ehrdelikte relevant: XVI.I.

658 *Amelung*, Kommunikationsvoraussetzung, insb 23.

659 Als innere Ehre und damit »introvertierte Schwester« der äußeren Ehre definiert *Amelung* konsequenterweise die Fähigkeit eines Menschen, jenen an sich selbst ge-

für die Kommunikation mit anderen. Umgekehrt ist Unehre eine Eigenschaft, die Kommunikation unterbricht, gar nicht zustande kommen lässt oder die Kommunikationssituation zumindest zum Nachteil des Betroffenen verändert.<sup>660</sup> Solch ein Ehrmangel liegt nach *Amelung* vor, wenn der Kommunikationspartner sein Gegenüber als jemanden einstuft, dem es an beruflichen Fähigkeiten mangelt (»Pfuscher«), der grundlegende ethische Normen missachtet (»Schurke«), der bestimmte konstitutionelle Mängel aufweist (»Idiot«), der unfähig ist, sein Äußeres so zu kontrollieren, sodass direkte Kommunikation erschwert wird (»Ferkel«), oder der besonders unterwürfig ist (»Coyote«).<sup>661</sup>

Kommunikationspartner machen sich das Vorhandensein von Ehre des Gegenübers in aller Regel nicht vor Kommunikationsbeginn bewusst, sondern setzen sie zunächst einmal voraus. Mitmenschen unterstellen also grundsätzlich, dass das Gegenüber fähig ist, den Erwartungen zu entsprechen, die für eine ebenbürtige Kommunikation notwendig sind. Diese Unterstellung kann einerseits durch ehrenrühriges Verhalten des Ehrträgers selbst zunichte gemacht werden. Für das Strafrecht relevant sind vor allem aber jene Fälle, in denen diese Unterstellung von anderen durch entsprechende Angriffe auf den Ehrträger zerstört wird.<sup>662</sup> Das geschieht dadurch, dass die potentiellen Kommunikationspartner Informationen erhalten, die geeignet sind, die Unterstellung aufzugeben oder zumindest zu überdenken. *Amelung* versteht insoweit unter einer Ehrverletzung jede Beeinflussung des Informationsstands über einen Ehrträger in einer Art, welche die Kommunikationsaufnahme beeinträchtigen könnte.<sup>663</sup>

(Straf-)Rechtlicher Ehrschutz besteht für ihn daher in einer gewissen Garantie, dass die Unterstellung der ehrbegründenden Eigenschaften für jeden Menschen erhalten bleibt, soweit dieser Mensch sie nicht

---

stellten Ansprüchen zu genügen, »deren Erfüllung Voraussetzung dafür ist, daß er sich selbst (als Partner des inneren Dialogs) akzeptiert [Herv entf]« und damit als Voraussetzung für Selbstachtung (Kommunikationsvoraussetzung, 29 f). Wie auch bei der äußeren Ehre geht *Amelung* davon aus, dass Menschen grundsätzlich unterstellen, die Fähigkeiten zu ebenbürtiger Kommunikation mit anderen zu haben. Angriffe gegen ihre Ehre können auch diese Unterstellung beeinträchtigen und zu einer Krise der Selbstachtung führen (Kommunikationsvoraussetzung, 30 ff).

660 *Amelung*, Kommunikationsvoraussetzung, 20.

661 *Amelung*, Kommunikationsvoraussetzung, 22 f.

662 *Amelung*, Kommunikationsvoraussetzung, 23 ff.

663 *Amelung*, Kommunikationsvoraussetzung, 27, ausführlich 56 ff.

durch eigenes Verhalten beseitigt.<sup>664</sup> Ehre als geschütztes Rechtsgut der Ehrdelikte ist damit iS einer »Unterstellung der ehrbegründenden Eigenschaften« durch andere zu verstehen, zu denen er eben die erwartungsgerechte Ausübung des eigenen Berufs, die Achtung grundlegender ethischer Normen, das Fehlen kommunikationsbehindernder Defizite, die Vermeidung von Abstoßungsreaktionen wie Ekel sowie eine gewisse Selbstbehauptung in der Kommunikationssituation zählt.<sup>665</sup>

Soweit sich die Erkenntnisse *Amelungs* darauf beziehen, dass es beim strafrechtlichen Ehrschutz um den Schutz der widerleglichen Vermutung geht, das jeweilige Gegenüber sei zu ebenbürtiger Kommunikation in der Lage, kann und soll dies den nachfolgenden Überlegungen in dieser Arbeit zugrunde gelegt werden. Überzeugend erscheint zudem, dass diese Vermutung primär auf das Fehlen kommunikationsabträglicher oder gar -verhindernder Eigenschaften gerichtet ist. Nicht zuzustimmen ist allerdings der Ansicht, dass die kommunikationshemmenden Eigenschaften nur die von *Amelung* beschriebenen sein können. So sind etwa der Vorwurf des wiederholten Ehebruchs oder auch die Behauptung, jemand sei ein rücksichtsloser Impfverweigerer oder ein unverbesserlicher Klimazerstörer, je nach Einzelfallumständen durchaus als Ehrangriff (konkret: Vorwurf eines unehrenhaften Verhaltens oder einer verächtlichen Eigenschaft iSd § 111 StGB) zu werten. Derartige Vorhalte lassen sich aber nicht recht unter die Ehrmangelkategorien nach *Amelung* (»Idiot« etc) bringen, es sei denn, man versteht sie maximal weit. Dann allerdings ist die Frage, wofür man diese Kategorisierung braucht, wenn letztlich ohnehin alle Aspekte des menschlichen So-Seins von einem Ehrangriff betroffen sein können. Auf sie wird daher im Folgenden verzichtet.

#### *ε. Ehre als Grundrecht?*

Fraglich ist, ob es sich bei dem Recht auf Ehre um ein Grundrecht handelt, insb um einen Aspekt des Rechts auf Privatleben iSd Art 8 EMRK. Im Ergebnis wären nämlich im Falle einer Interessenkollision mit der Kommunikationsfreiheit jeweils zwei grundrechtlich geschützte Interessen gegeneinander abzuwägen, im zweiten Fall »bloß« die Kommunikationsfreiheit mit einem einfachgesetzlich geschützten Interesse im Sinne eines Rechts anderer nach Art 10 Abs 2 EMRK. Der praktische

664 *Amelung*, Kommunikationsvoraussetzung, 59.

665 *Amelung*, Kommunikationsvoraussetzung, 45.

Unterschied dürfte allerdings gering ausfallen, weil der Eingriff in die Kommunikationsfreiheit in jedem Fall einer ausreichenden Rechtfertigung bedarf, um nicht unzulässig zu sein. Auf diese Problematik soll daher nur kurz eingegangen werden: Der EGMR hatte etwa in der Entscheidung *Pfeifer vs Österreich* den »guten Ruf« als Aspekt des Privatlebens iSd Art 8 EMRK anerkannt und dem Staat sogar entsprechende Schutzpflichten auferlegt.<sup>666</sup> Der OGH hat sich – jedenfalls in Zivilsachen – dem angeschlossen.<sup>667</sup> Im Urteil *Karakó vs Ungarn* änderte der EGMR seine Rechtsansicht dahingehend, dass nur noch schwerwiegende Verletzungen des guten Rufes vom Schutz des Privatlebens erfasst seien.<sup>668</sup>

## (ii.) Berufsansehen?

Die Gesetzesmaterialien zum StGB 1974 trennen den »sittlichen« Ehrbegriff der §§ 111 ff StGB<sup>669</sup> explizit von der Ehre im sozialen Sinne, die den guten Ruf insgesamt schütze, und zwar einschließlich insb des beruflichen und geschäftlichen Ansehens. Letzteres sei ausschließlich über den Tatbestand der Kreditschädigung (§ 152 StGB) vom strafrechtlichen Schutz erfasst.<sup>670</sup> Fraglich ist, ob dieses Berufsansehen auch nach heutigem Verständnis – insb mit Blick auf den geltenden Ehrbegriff – tatsächlich noch als eigenständiges, schützenswertes Interesse angesehen werden kann, oder ob es nicht ohnehin bereits in diesem offenen Ehrbegriff enthalten ist.

Tatsächlich unterfallen dem Straftatbestand der Üblen Nachrede nach § 111 StGB nach der Rsp auch die Behauptungen, das Opfer habe die Anmeldung dreier Mitarbeiter zur Sozialversicherung unterlassen und diese Personen über einen Zeitraum von eineinhalb Monaten »schwarz beschäftigt«, dem Begriff des Vorwurfs eines unehrenhaften

666 15.11.2007, zur weiter zurückliegenden Rsp ebenfalls auf dieser Linie siehe die teilweise zustimmende Meinung der Richterin *Jociene* im Anschluss an das Urteil des EGMR; dazu auch *Grabenwarter/Pabel*, EMRK<sup>7</sup>, § 22 Rz 11; *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte<sup>3</sup>, 12/2.

667 ZB OGH 17.12.2008, 6 Ob 256/08b, Punkt 3.2. zu § 1330 ABGB; dazu auch *Zöchbauer*, MR 2009, 119.

668 28.4.2009; kritisch *Zöchbauer*, MR 2009, 119 ff; zur gesamten Entwicklung ausführlich *Graf-Wintersberger*, Lebensbild und Bereicherung, 251 ff.

669 Soeben dargestellt unter V.F.2.a.i.

670 Zu den Abwägungsüberlegungen hierzu auch unten XVI.B.2.b.

Verhaltens iSd § 111 Abs 1 StGB.<sup>671</sup> Auch der Vorwurf des Verfassungsbruchs durch einen ranghohen Politiker kann den Tatbestand der Üblen Nachrede erfüllen,<sup>672</sup> genauso wie jener der geldgierigen Skrupellosigkeit eines Anwalts<sup>673</sup>. In einer älteren Entscheidung des OLG Wien wurde auch die pflichtwidrige Erstattung eines falschen Gutachtens durch einen Sachverständigen in Begünstigungsabsicht als unehrenhaftes Verhalten qualifiziert.<sup>674</sup> All diese Äußerungen vermögen gerade und insb das berufliche Ansehen des Opfers zu beeinträchtigen, so dass der Ehrbegriff nach aktuellem Verständnis auch den Bereich des Berufslebens eines Menschen erfasst. In der Praxis wird die Grenze zur Strafbarkeit wegen Übler Nachrede aber ohnehin nur selten überschritten, weil die Freiheit der Kommunikation als sehr weitreichend angesehen wird.<sup>675</sup> Im Ergebnis haben sich die Befürchtungen des historischen Gesetzgebers, wonach der Schutz des beruflichen und geschäftlichen Ansehens durch § 111 StGB »zu einer uferlosen Ausweitung des strafgerichtlichen Ehrenschutzes führen« würde, weil »jede Erörterung der Berufstüchtigkeit oder geschäftlichen Leistungsfähigkeit anderer unterbunden [wäre]«<sup>676</sup>, somit nicht bewahrheitet.

Der Schutz des Berufsansehens reicht allerdings insb wegen § 152 StGB noch über jenen der sonstigen Aspekte der Ehre hinaus: Jede falsche Tatsachenbehauptung, die Kredit, Erwerb oder berufliches Fortkommen eines anderen zumindest gefährdet, ist als Kreditschädigung strafbar. Auf eine Ehrenrührigkeit kommt es hier nicht an, sodass die Schwelle des § 111 StGB nicht überschritten werden muss. Es muss sich allerdings der Vorsatz auf die Falschheit der Aussage (»Lüge«) beziehen (§ 7 Abs 1 StGB).

### (iii.) Privatheit

Den Kern des Schutzbereichs von Art 8 EMRK nimmt das Recht des Menschen auf Privatleben ein. Eine abschließende Definition des Begriffs »Privatleben« – und damit des Schutzbereichs – ist nach Ansicht

671 OGH 11.6.2013, 14 Os 74/13h.

672 EGMR 22.2.2007, *Standard Verlagsgesellschaft mbH (Nr 2) vs Österreich*.

673 OGH 27.3.2007, 11 Os 18/07t.

674 OLG Wien 27 Bs 276/87 = RZ 1987/70, 254.

675 Dazu auch XVI.B.2.c. und XVI.H.5.c.

676 Näher XVI.B.2.b.



des EGMR nicht möglich.<sup>677</sup> Nach der Rsp ist insgesamt die Entwicklung der individuellen Persönlichkeit eines Menschen für sich und auch in Beziehungen zu anderen Menschen erfasst. Diese Entwicklung muss nach Möglichkeit ohne Begrenzungen von außen erfolgen können.<sup>678</sup> Es geht um »die Selbstbestimmung über den eigenen Körper sowie über die eigene Lebensführung«<sup>679</sup> inklusive der sozialen Beziehungen zu anderen.<sup>680</sup>

Zum »Privatleben« gehört auch der engere Bereich des Rechts auf Privatheit, also gerade das Recht, einzelne oder alle Aspekte des Privatlebens privat zu halten und damit dem Blick und Zugriff anderer – insb der Öffentlichkeit und des Staats – zu entziehen.<sup>681</sup> Es ist also grundsätzlich die Entscheidung des Einzelnen, welche Informationen er über sich wann und in welcher Form wem preisgibt; das Grundrecht auf Privatheit ist als Abwehrrecht gegen den Staat und eine etwaige staatliche Erforschung dieser Bereiche des Privatlebens ausgestaltet.<sup>682</sup> Einen Kernbereich dieses Rechts macht der Datenschutz aus.<sup>683</sup> Zur Privatheit gehört daneben auch das Recht, »selbst über sein Persönlichkeitsbild bestimmen zu können.«<sup>684</sup> Auch der Bildnisschutz fällt darunter, wie spätestens das Urteil des EGMR in der Sache *Caroline von Hannover* aufzeigt.<sup>685</sup> Das Recht auf Privatheit ist aber nicht auf den häuslichen Bereich begrenzt; auch wenn der Einzelne die Privatsphäre verlässt und in die Öffentlichkeit hinausgeht, verliert er den Schutz seines Rechts nicht. Er kann sich allerdings im Rahmen einer Abwägung erheblich reduzieren.<sup>686</sup>

Insgesamt – so *Wiederin* – umfasst das Recht auf Privatleben damit vier Stoßrichtungen: das Recht auf Bildung einer individuellen Identität, auf körperliche und geistige Integrität, auf soziale Interaktion mit

677 EGMR 16. 12. 1992, *Niemietz vs Deutschland*.

678 Statt vieler *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte<sup>3</sup>, 12/1 mN aus der Rsp des EGMR und VwGH.

679 *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte<sup>3</sup>, 12/2.

680 Ausführlich *Grabenwarter/Pabel*, EMRK<sup>7</sup>, § 22 Rz 6 ff.

681 Neuerlich *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte<sup>3</sup>, 12/2.

682 Ausführlich *Grabenwarter/Pabel*, EMRK<sup>7</sup>, § 22 Rz 9.

683 Näher zB *Grabenwarter/Pabel*, EMRK<sup>7</sup>, § 22 Rz 10.

684 *Lendl*, ÖJZ 2011, 12.

685 EGMR 24. 6. 2004, *Caroline von Hannover vs Deutschland*, Rz 59; ausführlich zu diesem Urteil *Mendel*, Freedom of Expression, 67 ff.

686 Dazu näher unten XIV.C.8. und XIV.C.10.

anderen und auch auf Informationskontrolle (= Privatheit).<sup>687</sup> Insb letztgenannter Bereich der Privatheit des einen kann dem Recht auf Kommunikationsfreiheit des anderen im Einzelfall geradezu diametral is einer Interessenkollision gegenüberstehen. Es kann dann auch die Aufgabe des Strafrechts sein, im Einzelfall das Recht auf Privatheit eines Menschen entsprechend durch die Verankerung von Straftatbeständen zu schützen, welche die Kommunikationsfreiheit zugunsten der Privatheit anderer beschränken. Insofern ist die Privatheit des Menschen neben seiner Ehre das wohl wichtigste strafrechtliche »Gegeninteresse« zur Kommunikationsfreiheit. Sie erlaubt uU materielle Strafbestimmungen, welche die Kommunikationsfreiheit einschränken. Hierunter fallen insb die Strafbestimmungen gegen die Verletzung der Privatsphäre nach den §§ 118 ff StGB.<sup>688</sup>

#### (iv.) Geheimhaltung

Aus dem Recht auf Privatheit<sup>689</sup> als Recht, darüber zu bestimmen, welche privaten Umstände welche Personen in welcher Form erfahren, ergibt sich umgekehrt der Anspruch auf Geheimhaltung dieser privaten Informationen. Insoweit lässt sich der Aspekt der Geheimhaltung privater Informationen unter das berechnigte Interesse der Privatheit fassen.

Darüber hinaus kennt das geltende Strafrecht noch andere Interessen, deren Geheimhaltung als schützenswert anerkannt und deren unbefugte Kenntnisnahme oder Preisgabe mit Strafe bedroht ist, die

687 *Wiederin in Merten D./Papier/Kucsko-Stadlmayer*, Handbuch der Grundrechte<sup>2</sup>, VII/1, § 190, 188 ff; *ders in Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg*, Bundesverfassungsrecht, Art 8 EMRK Rz 32 ff.

688 Die Privatsphäre als Gegeninteresse der Kommunikationsfreiheit spielt daneben auch im hier nicht näher erörterten Bereich des Strafverfahrensrechts und -vollzugsrechts eine herausragende Rolle. Um einige Bsp zu nennen: Zahlreiche Ermittlungsmaßnahmen der StPO (etwa Durchsuchung von Personen, Orten und Gegenständen, Festnahmen und Untersuchungshaft, optische und akustische Überwachungen, Überwachung von Nachrichten oder des Briefverkehrs etc) greifen unweigerlich in das Recht, private Umstände auch privat zu halten, ein. Der Grundsatz der Öffentlichkeit der Hauptverhandlung (§ 12 StPO) ermöglicht – mit Ausnahmen (§ 229 StPO) – gar eine massenmediale Berichterstattung über private Umstände des Täters und Opfers im Strafverfahren und stellt damit einen uU massiven Einschnitt für das Privatleben dar. All diese Eingriffe sind am Maßstab des Art 8 Abs 2 EMRK zu messen und müssen damit für sich genommen jeweils – neben § 5 StPO – auch nach der Verfassung verhältnismäßig sein.

689 V.F.2.a.iii.

aber nicht mehr dem Privatleben zuzuordnen sind. Gemeint sind etwa bestimmte Berufs-, Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse, wie sie in den §§ 121 ff StGB oder auch nach dem BWG strafrechtlich vor ungerechtfertigter Preisgabe geschützt werden.<sup>690</sup> Auch die Wichtigkeit ihrer Geheimhaltung ist jeweils abzuwägen gegen das Recht des Einzelnen auf Preisgabe oder uU sogar das Recht der Allgemeinheit, über den Inhalt des Geheimnisses informiert zu werden.

#### (v.) Freiheit der Willensbildung und -betätigung

Das österreichische Strafrecht schützt in äußerst vielen Bestimmungen – neben dem eigentlich geschützten Rechtsgut – insgesamt die Freiheit der Willensbildung und -betätigung eines Menschen. Dem Strafrecht liegt an verschiedensten Stellen, wie sogleich zu zeigen sein wird, der Gedanke zugrunde, dass jeder Mensch grundsätzlich das Recht haben muss, seinen Willen frei von Angst oder anderem großen psychischen Druck und auch frei von böswilligen Täuschungen zu bilden und nach diesem Willen zu handeln. Aus diesem Grund kennt allen voran das StGB zahlreiche Tatbestände, die unterschiedlichste Rechtsgüter davor schützen, mit den Mitteln der Angst, des Drucks oder einer Lüge beeinträchtigt zu werden.

Zu nennen sind zunächst die Tatbestände, die an eine gefährliche Drohung iSd § 74 Abs 1 Z 5 StGB oder auch eine – demgegenüber noch gesteigerte – Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben als Tatmodalität anknüpfen, wie etwa die §§ 102, 103, 104a, 105–107, 109, 131, 142 f, 144 f, 185 f, 189, 201 ff, 217, 242, 249 ff, 262, 267, 269, 275, 284, 316 und 321 StGB. Wenn eine solche qualifizierte Drohung mit im weitesten Sinne sprachlichen Mitteln zum Ausdruck gebracht wird, handelt es sich hierbei um einen kommunikativen Akt iSd Art 10 EMRK, der jedenfalls dem Schutzbereich des Grundrechts unterfällt.<sup>691</sup>

Dasselbe gilt für jene Delikte, die eine Täuschung über Tatsachen unter Strafe stellen: §§ 102, 104a, 106a, 108, 146 ff, 193, 193a, 208a, 217, 263 und 292 StGB. Zwar sind Lügen nicht grundsätzlich strafbar; eine Bestimmung, die jede Art von Unwahrheit unter Strafe stellt und als Rechtsgut die materielle Wahrheit insgesamt hätte, wäre mit dem Grundrecht auf Kommunikationsfreiheit nicht vereinbar. Wenn das Täuschungs-

690 Siehe daneben etwa auch § 108 TKG.

691 Zum Schutzbereich IV.C.2.a.

verhalten aber zu einer Beeinträchtigung bestimmter Rechtsgüter führt, insb weil der Getäuschte sich selbst oder einem Dritten irrtumsbedingt einen Schaden zufügt, kann die Kommunikationsfreiheit insoweit unstrittig eingeschränkt werden. Der nur irrtumsbedingt gebildete Wille des Opfers und in weiterer Folge das irrtumsbedingte Verhalten waren nämlich aufgrund der Täuschung nicht »echt«, weil sie nicht auf der wahren Sachgrundlage fußen konnten.

Das Ausgeführte gilt nicht nur für die Verhaltensweisen der Täuschung über Tatsachen, sondern zT auch für Fälschungshandlungen: Falsche oder verfälschte Urkunden (§§ 223–231 StGB) etwa nehmen, wenn sie im Rechtsverkehr eingesetzt werden, anderen Menschen die wahre Grundlage für eine Willensbildung und -betätigung.

## *b. Öffentliche Interessen*

### *(i.) Schutz der Rechte der Rechtsunterworfenen*

#### *α. Allgemeines*

Ein Interesse des Staats an einer bestimmten Strafnorm besteht zunächst evidentermassen darin, dass die Rechte seiner Rechtsunterworfenen, hier insb die genannten privaten Interessen<sup>692</sup>, geschützt werden. Das Interesse an der Ehre, der Privatheit bzw Geheimhaltung bestimmter Umstände und der Freiheit der Willensbildung und -betätigung der einzelnen Rechtsunterworfenen ist daher in einer Demokratie immer auch ein schützenswertes öffentliches Interesse.

#### *β. Besonders: Kinder- und Jugendschutz*

Ein besonderes öffentliches Interesse des Staats an bestimmten strafrechtlichen Normen kann zudem im Schutz von Kindern und Jugendlichen (unmündige und mündige Minderjährige iSd § 1 JGG) erblickt werden. Neben dem JGG sehen daher auch zahlreiche Bestimmungen des StGB einen besonderen Schutz dieser Gruppe an Rechtsunterworfenen vor: Sie befinden sich altersbedingt noch in der besonders sensiblen Phase der körperlichen und geistigen Entwicklung und es besteht ein hohes Interesse des Staats daran, dass diese Entwicklung ohne wie immer geartete Störungen vorangehen kann.

692 V.F.2.a.

Schon im AT des StGB zeigt sich dieses Schutzinteresse an besonderen Strafbemessungsnormen deutlich (§§ 33 Abs 2, 39a StGB, ferner § 220b StGB). Weiters zählen die meisten Delikte gegen die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung bei minderjährigen Opfern nach § 64 Abs 1 Z 4a StGB zu jenen strafbaren Handlungen, die in Österreich erstens ohne Rücksicht auf die Gesetze des Tatorts und zweitens auch dann verfolgt werden, wenn sie im Ausland begangen wurden. Der Geltungsbereich der österreichischen Strafgesetze ist hier folglich besonders weit. Im BT schützen zahlreiche Delikte entweder ausschließlich minderjährige Personen vor bestimmten Straftaten, wie etwa Quälen oder Vernachlässigen unmündiger, jüngerer oder wehrloser Personen nach § 92 StGB, Überanstrengung unmündiger, jüngerer oder schonungsbedürftiger Personen nach § 93 StGB, Entführung einer unmündigen Person nach § 101 StGB, Kindesentziehung nach § 195 StGB, die Vereitelung behördlich angeordneter Erziehungshilfen nach § 196 StGB oder Vernachlässigung der Pflege, Erziehung oder Beaufsichtigung nach § 199 StGB. Andere Strafbestimmungen sehen jedenfalls eine Deliktsqualifikation bei minderjährigen Opfern (zB beim Menschenhandel nach § 104a StGB, bei der Schweren Nötigung nach § 106 Abs 3 StGB oder der Fortgesetzten Gewaltausübung nach § 107b Abs 3 Z 1 StGB) bzw im Falle des Schwangerschaftsabbruchs nach § 96 StGB eine weitreichende Strafflosigkeit vor (§ 97 Abs 1 Z 2 letzter Fall StGB). Besonders hervorzuheben sind schließlich die Strafbestimmungen, welche die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung minderjähriger Opfer zum zentralen Schutzgut haben (§§ 206–208a, 212, 214, 215a StGB).<sup>693</sup>

Für das Kommunikationsstrafrecht besonders relevant sind in diesem Zusammenhang das Verbot pornographischer Darstellungen Minderjähriger nach § 207a StGB, das Verbot der Anbahnung von Sexualkontakten zu Unmündigen nach § 208a StGB und das Verbot der Förderung der Prostitution und pornographischer Darbietungen Minderjähriger nach § 215a StGB, weil es sich hier jeweils um kommunikative/mediale Inhalte handelt, die im Interesse des Schutzes minderjähriger Personen verboten werden. Die Abwägung schlägt hier zugunsten des Kinder- und Jugendschutzes als besonders schutzbedürftiger Personengruppe aus.

---

693 Vgl ferner auch die besondere Verjährungsregelung nach § 58 Abs 3 Z 3 StGB.

*γ. Besonders: Religiöser Frieden*

Ein weiteres staatliches Interesse besteht in der Wahrung des religiösen Friedens innerhalb der Rechtsgemeinschaft. Im StGB zeigt sich dies insb an den Strafbestimmungen im Achten Abschnitt des StGB (Strafbare Handlungen gegen den religiösen Frieden und die Ruhe der Toten nach §§ 188 ff StGB). Die Materialien führen hierzu aus, dass das geschützte Rechtsgut in diesem Fall die Religion selbst, die gesellschaftliche Ehre der Religionsgesellschaften sowie ihrer Angehörigen und daneben das religiöse Empfinden des Einzelnen sei, insgesamt aber der religiöse Frieden in der Gemeinschaft im Vordergrund stehe.<sup>694</sup>

Besonders relevant für den vorliegenden Zusammenhang sind § 188 StGB, der die Herabwürdigung religiöser Lehren verbietet, und § 189 StGB, der es untersagt, uU durch Drohung mit Gewalt einen Gottesdienst zu stören. Das Interesse am religiösen Frieden zeigt sich auch in § 283 StGB, der das Hetzen gegen Kirchen, Religionsgemeinschaften und Personengruppen aufgrund ihrer Religion unter Strafe stellt. Alle drei Tatbestände verbieten bestimmte kommunikative, nämlich herabwürdigende, drohende und hetzende Inhalte. Die Kommunikationsfreiheit wird hier zugunsten des überwiegenden staatlichen (Gegen-)Interesses am religiösen Frieden innerhalb der Gesellschaft zurückgedrängt.

(ii.) Funktion und Bestandskraft des Staats

*α. Innere Sicherheit*

Der Fortbestand des staatlichen Gefüges, seine Funktionsfähigkeit und Bestandskraft, hängen zunächst von der Sicherheit innerhalb des Staats ab. Um diese zu gewährleisten, schränkt der Staat bestimmte kommunikative Handlungen bei Strafe ein. Zu diesen Straftatbeständen gehört zunächst zentral der Hochverrat nach § 242 StGB, der ua verbietet, durch Drohung mit Gewalt die Verfassung der Republik Österreich oder eines ihrer Bundesländer zu ändern oder ein zur Republik Österreich gehörendes Gebiet abzutrennen. Die innere Sicherheit gewährleisten soll auch die Strafdrohung für den Landzwang nach § 275 StGB, die denjenigen bestraft, der gegen die Bevölkerung oder einen großen Personenkreis eine Drohung mit einem Angriff auf Leben, Gesundheit, körperliche Unversehrtheit, Freiheit oder Vermögen richtet

<sup>694</sup> Siehe die Vorbemerkungen zu den §§ 188 ff StGB (BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 327).

und sie so in Furcht und Unruhe versetzt. Zu diesen verbotenen Kommunikationshandlungen zählen ferner auch die Bildung eines verbrecherischen Komplotts durch Vereinbarung (§ 277 StGB) oder von bewaffneten Verbindungen (§ 279 StGB), das Erteilen von Anleitungen zur Begehung terroristischer Straftaten (§ 278 f StGB), sowie nach §§ 282 f StGB die Aufforderung zu mit Strafe bedrohten Handlungen oder die Gutheißung mit Strafe bedrohter Handlungen und nach § 283 StGB die Verhetzung. Sie alle schränken die Kommunikationsfreiheit im Interesse der inneren Sicherheit Österreichs ein.

### *β. Materielle Wahrheit*

Während Lügen grundsätzlich unter den Schutzbereich der Kommunikationsfreiheit fallen<sup>695</sup> und daher nicht pauschal unter Strafe gestellt werden dürfen, kann in bestimmten Fällen ein Interesse an der materiellen Wahrheit eines kommunikativen Inhalts bestehen, das eine Strafbestimmung rechtfertigt. Die Rechtfertigung liegt insb darin, dass andernfalls das Funktionieren des staatlichen Gefüges nicht mehr garantiert werden könnte.

Zu den Strafbestimmungen, die solche unwahren Inhalte im Interesse einer Staatsfunktion verbieten, zählen etwa die Fälschung von Beweisen (§§ 258, 293 StGB) sowie die Falsche Beweisaussage (§§ 288 f StGB) oder die Herbeiführung einer unrichtigen Beweisaussage (§ 292 StGB), und zentral auch die Tatbestände der Verleumdung (§ 297 StGB) sowie des Vortäuschens einer mit Strafe bedrohten Handlung (§ 298 StGB). Darunter fallen auch die Abgabe eines Falschen Vermögensverzeichnisses im Exekutions- oder Insolvenzverfahren (§ 292a StGB) sowie Unzulässige Bieterabsprachen in exekutiven Versteigerungsverfahren (§ 292c StGB). Sie alle dienen dem Auffinden der materiellen Wahrheit in verschiedenen Straf-, Verwaltungs- oder Zivilverfahren und damit der Funktionsfähigkeit der Judikative. Zu diesem Zwecke verbieten sie kommunikative Lügen.

Die Delikte der Verbreitung falscher Nachrichten, die Bestechung oder die Fälschung bei einer Wahl oder Volksabstimmung (§§ 264, 265, 266 StGB) sollen sicherstellen, dass der demokratische Wille des Volkes sich auch tatsächlich im festgestellten Wahlergebnis widerspiegelt. Die Tatbestände der Falschen Beurkundung und Beglaubigung im Amt

695 IV.C.2.a.

(§ 311 StGB) und der Erschleichung eines Amtes (§ 315 StGB) verbieten Lügen im Zusammenhang mit der Ausübung von Ämtern; der Staat will nur die integersten Bürgerinnen und Bürger als Beamtinnen und Beamte in seinem Dienst arbeiten lassen. Wer in diesem Zusammenhang lügt, hat die Freiheit zur Kommunikation überschritten.

#### *γ. Integre Amtsführung*

Auch die integre Amtsführung zählt zu den wesentlichen Grundlagen des Funktionierens eines Staats. Die Korruptionsdelikte nach den §§ 304 ff StGB verbieten daher bestimmte Kommunikationshandlungen, die an genau dieser untadeligen Amtsführung zweifeln lassen. Das gilt zunächst zB für § 304 StGB, der ua das Fordern eines wie immer gearteten Vorteils für die pflichtwidrige Vornahme eines Amtsgeschäfts unter Strafe stellt, evidentermaßen aber besonders auch für § 305 StGB, der dieses Fordern sogar für eine pflichtgemäße Amtsführung bestraft.

#### *δ. Beziehung zu anderen Staaten*

Die Funktion und Bestandskraft eines Staats hängt auch von seinen intakten Beziehungen zu anderen Staaten ab. Dieses Interesse kann ebenfalls Begrenzungen der Kommunikationsfreiheit rechtfertigen. Dementsprechend schränkt das österreichische Strafrecht die Kommunikationsfreiheit etwa durch das Verbot hochverräterischer Angriffe gegen einen fremden Staat (§ 316 StGB), die Herabwürdigung fremder staatlicher Symbole (§ 317 StGB) und das Verbot der Mitwirkung an einem militärischen Nachrichtendienst für einen fremden Staat (§ 319 StGB) ein.

#### (iii.) Geheimhaltung

Neben dem erörterten privaten Interesse an der Geheimhaltung bestimmter Informationen – in strafrechtlicher Diktion meist: »Geheimnisse« – kennt das geltende Strafrecht auch ein öffentliches Interesse an der Geheimhaltung von Geheimnissen, das die Kommunikationsfreiheit im Einzelnen einschränken kann. Zu nennen sind hier insb die Staatsgeheimnisse, deren Verrat (§ 252 StGB), Preisgabe (§ 253 StGB) und bloße Ausspähung (§ 254 StGB) strafrechtlich sanktioniert sind. Auch das Wahl- oder Volksabstimmungsgeheimnis ist strafrechtlich vor einem Bruch geschützt (§ 268 StGB). Und schließlich ist auch die Preisgabe von Amtsgeheimnissen durch Beamte nach § 310 StGB sowie allgemein die Verbotene Veröffentlichung nach § 301 StGB iZm geheimen



Gerichts- oder Verwaltungsverfahren(-steilen) bei Strafe verboten. Das Geheimhaltungsinteresse wird sich vielfach mit dem Interesse an der Funktion und Bestandskraft des Staats insgesamt überschneiden, so dass eine trennscharfe Abgrenzung dieser (Gegen-)Interessen zur Kommunikationsfreiheit oft nicht möglich, aber für die vorliegende Arbeit auch nicht notwendig ist.

## G. Ziel der Abwägung: Interessenausgleich im Sinne »praktischer Konkordanz« und Verhältnismäßigkeit

Oberstes Ziel jeder Abwägung zwischen kollidierenden Interessen ist die Herstellung eines gerechten Ausgleichs zwischen diesen Interessen. Das gilt unabhängig davon, ob zwei Individualinteressen, ein oder mehrere Grundrechte oder öffentliche Interessen in die Kollision involviert sind. Abwägung ist immer »konsensorientiert«<sup>696</sup>. Als die beiden Leitimperative jeder Abwägung von *Verfassungsgütern* gelten einerseits der Grundsatz der »praktischen Konkordanz« und andererseits die Verhältnismäßigkeit.<sup>697</sup> Auf beide soll zunächst im Folgenden unabhängig voneinander detaillierter eingegangen werden,<sup>698</sup> bevor im Anschluss die zentrale Frage des *Verhältnisses* der beiden Grundsätze zueinander beantwortet wird.<sup>699</sup>

### 1. Praktische Konkordanz

Im Grundrechtsbegrenzungen prägte *Hesse*<sup>700</sup> den Begriff der »praktischen Konkordanz«.<sup>701</sup> Praktische Konkordanz als Leitimperativ jeder Abwägung<sup>702</sup> soll zur »verhältnismäßige[n]« Zuordnung von Grund-

696 *Ladeur*, Paradigma, insb 96.

697 Die Verhältnismäßigkeit wird hierbei auch auf anderen Ebenen des staatlichen Strafans relevant, namentlich nicht nur im Hinblick auf das Verbot an sich, sondern ebenso in Bezug auf die Strafdrohung, die konkrete Strafzumessung nach Maßgabe der Schuld und die prozessuale Frage nach der Verhältnismäßigkeit einer Strafverfolgung oder einzelner Maßnahmen; ähnlich BVerfGE 92, 277, 326.

698 V.G.1. und V.G.2.

699 V.G.3.

700 Verfassungsrecht, insb Rz 72, 317 ff, 325.

701 Zusammenfassend auch *Heißl*, Grundrechtskollisionen, 44 ff.

702 Zur Rsp des VfGH zum Gedanken der »praktischen Konkordanz« sogleich; diesem Grundsatz ferner folgend *Blaesing*, Grundrechtskollisionen, 139 ff, insb 142; *Frisch*,

rechten und grundrechtsbegrenzenden Rechtsgütern«<sup>703</sup> führen. Das bedeutet:

»[V]erfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter müssen in der Problemlösung einander so zugeordnet werden, daß jedes von ihnen Wirklichkeit gewinnt. Wo Kollisionen entstehen, darf nicht in vorschneller ›Güterabwägung‹ oder gar abstrakter ›Wertabwägung‹ eines auf Kosten des anderen realisiert werden [...]. Vielmehr stellt das Prinzip der Einheit der Verfassung die Aufgabe einer Optimierung: beiden Gütern müssen Grenzen gezogen werden, damit beide zu optimaler Wirksamkeit gelangen können.«<sup>704</sup>

Bei Kollisionen von rechtlich geschützten Interessen darf daher nicht nach dem »Alles-oder-nichts-Prinzip« das eine Interesse ausschließlich zulasten des anderen voll verwirklicht werden, während das unterliegende Interesse gänzlich ausgeschaltet wird. Vielmehr wird dem Gesetzgeber ein Interessenausgleich aufgetragen.<sup>705</sup> Es muss auf das Optimierungsgebot Bedacht genommen werden: Stehen einander zwei Interessen dergestalt gegenüber, dass keines von beiden voll verwirklicht werden kann, sind die Widersprüche so aufzulösen, dass alle Interessen optimal verwirklicht werden können. Es darf also nicht bloß eines maximiert, das andere dagegen völlig verdrängt werden. Vielmehr muss nach Möglichkeiten gesucht werden, jedes Grundrecht im besten Maße zu sichern. Hierbei ist jedenfalls der Wesensgehalt eines Grundrechts<sup>706</sup> zu wahren.<sup>707</sup> Die Grenzziehung zwischen den Interessen muss jeweils verhältnismäßig sein.<sup>708</sup>

Verhältnismäßigkeit iS *Hesses* ist allerdings nicht – wie im hier verwendeten Zusammenhang<sup>709</sup> – als Beziehung zwischen Zweck und Mit-

---

GA 2006, 275; Koch H. in *Erbguth/Oebbecke/Rengeling/Schulte*, Abwägung, 10 f; *Rüfner* in *Starck*, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 465 ff; *Stern*, Staatsrecht III/2, 835; implizit auch *Lepa*, DVBl. 1972, 167; vgl außerdem *Gosche*, Spannungsverhältnis, 62, die als Ergebnis einer Analyse der einschlägigen Rsp des BVerfG zu Abwägungsfragen zwischen Meinungsfreiheit und Ehrschutz festhält, dass das BVerfG diesen Ausgleich ebenfalls nach dem Prinzip praktischer Konkordanz vornimmt.

703 *Hesse*, Verfassungsrecht, Rz 318.

704 *Hesse*, Verfassungsrecht, Rz 72.

705 *Holoubek* in *Grabenwarter/Hammer/Pelzl/Schulev-Steindl/Wiederin*, Allgemeinheit der Grundrechte, 61.

706 Zum Begriff XIV.B.3.

707 So *Rüfner* in *Starck*, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 466 f.

708 *Hesse*, Verfassungsrecht, Rz 72.

709 Dazu gesondert V.G.2.

tel zu verstehen, sondern als eine Relation zweier variabler Größen; die »richtige Relation« ist jeweils diejenige, die dem Optimierungsgebot am besten gerecht wird<sup>710</sup>.

Auch der VfGH erkennt die Herstellung praktischer Konkordanz als Ziel der Abwägung an. Eine einschlägige Entscheidung erging zur Versammlungsfreiheit nach Art 11 EMRK und der Kommunikationsfreiheit:<sup>711</sup> In diesem Erkenntnis<sup>712</sup> ging es um einen Festakt anlässlich der Enthüllung eines Mahnmals, in dessen Zuge der Beschwerdeführer während einer nicht angezeigten Demonstration ein Plakat hochhielt, das »bei den umstehenden Festaktteilnehmern Aufsehen erregte«. Hierauf wurde ihm das Plakat von Sicherheitswachebeamten abgenommen. Zunächst führte der VfGH aus, dass der gegenständliche Sachverhalt einerseits den Schutzbereich des Art 11 EMRK<sup>713</sup>, andererseits jenen des Art 10 EMRK<sup>714</sup> tangiere. Unter Verweis auf die Rsp des EGMR zu »Plattform ›Ärzte für das Leben‹«<sup>715</sup> konstatierte der VfGH eine positive Pflicht des Staats<sup>716</sup> zum Schutz von Versammlungen vor Demonstrationen als Ausfluss der Versammlungsfreiheit. Demnach ist der Staat verpflichtet, die Abhaltung erlaubter Versammlungen durch erforderliche Maßnahmen zu garantieren. Denn Art 11 EMRK verpflichte dann zu einem positiven Tun, wenn es um die Bewahrung der dort verankerten Freiheiten gegenüber verfassungsgesetzlich gewährleisteten Freiheiten anderer Personen geht. Das Verbot der Ordnungsstörung gemäß Art IX Abs 1 Z 1 EGVG 1950 erlaube einer Behörde, Maßnahmen zur Abwehr von Störungen zu treffen.<sup>717</sup>

710 Hesse, Verfassungsrecht, Rz 72.

711 Zusammenfassend Berka in Machacek/Pahr/Stadler, Grund- und Menschenrechte, 438 ff.

712 VfSlg 12.501 = EuGRZ 1991, 550.

713 Art 11 EMRK schütze, so der VfGH unter Bezugnahme auf die Rsp des EGMR, »alle nach dem üblichen Sprachgebrauch als Versammlungen angesehenen Zusammenkünfte von Menschen [...], also jede organisierte einmalige Vereinigung mehrerer Menschen zu einem gemeinsamen Ziel an einem bestimmten Ort. Daraus folgt, daß auch Festakte unter Art 11 MRK fallen.«

714 Das Hochhalten eines Plakats mit einer Botschaft darauf sei demnach eine Form der Meinungsäußerung iSd Art 10 EMRK.

715 EGMR 21.6.1988 = EuGRZ 1989, 522 ff.

716 Zu den positiven Schutzpflichten allgemein schon III.C.2.b.

717 Dies stehe im Einklang mit Art 10 Abs 2 EMRK, unter der Voraussetzung, dass »die Maßnahmen zur Erreichung des Zieles, den ungestörten Verlauf der Versammlung zu gewährleisten, geeignet und adäquat sein müssen und über dieses Ziel nicht hinausgehen dürfen« (*Gebot der Verhältnismäßigkeit*; V.G.2.)

Sodann rekurriert der VfGH auf den Grundsatz praktischer Konkordanz:

»Eine Versammlung ist also mit jenen Mitteln zu schützen, die bei objektiver Betrachtung einen angemessenen Ausgleich zwischen den zu wahrenden, vielfach divergierenden Interessen bewirken.«

Als solche schützenswerten Interessen nennt er jene des Veranstalters und der ihm nahestehenden Versammlungsteilnehmer an der Abhaltung des Festakts, jene von Gruppen, die in oder mit der Versammlung andere als die vom Veranstalter angestrebten Ziele durchsetzen wollen und schließlich das Interesse der Allgemeinheit, durch die Versammlung möglichst wenig tangiert zu werden.

Schließlich verweist der VfGH auf das Gebot der Verhältnismäßigkeit im hier verstandenen Sinne, nämlich – anders als von *Hesse* verwendet – als Relation zwischen dem eingesetzten Mittel zur Erreichung des verfolgten Zwecks. Das soll nachstehend ausgeführt werden.

## 2. Verhältnismäßigkeit

In der soeben zitierten Entscheidung zur Abwägung zwischen der Kommunikationsfreiheit einerseits und der Versammlungsfreiheit andererseits aus 1990<sup>718</sup> führte der VfGH aus, dass bei der Durchsetzung des Optimierungsgebots auch zu berücksichtigen sei, welche Einsatzmöglichkeiten der Polizei im konkreten Fall zur Verfügung stehen und welche davon ihr zumutbar sind:

»Aus dem zu beachtenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergibt sich, daß es dabei einerseits auf die besondere Art der jeweils konkret zu schützenden Versammlung oder Veranstaltung, andererseits auf die Art der erwarteten oder bereits eingetretenen Störung ankommt; diese beiden Aspekte sind gegeneinander abzuwägen.«<sup>719</sup>

Das Gebot der Verhältnismäßigkeit stellt daher auf die Mittel-Zweck-Relation ab. Verhältnismäßigkeit ist nämlich in diesem Kontext zu

<sup>718</sup> VfSlg 12.501 = EuGRZ 1991, 550.

<sup>719</sup> Der VfGH hat die Beschwerde des Demonstranten, der das Plakat schwenkte, im Ergebnis abgelehnt und eine Verletzung des Rechts auf Kommunikationsfreiheit verneint.

verstehen als die Relation zwischen dem Eingriff des Staats in ein Grundrecht eines Grundrechtsträgers samt der damit für letzteren verbundenen Nachteile und dem damit verfolgten Ziel des Staats. Der Begriff meint damit etwas anderes als iZm praktischer Konkordanz.<sup>720</sup> Das Verhältnismäßigkeitsgebot im hier verstandenen Sinne entfaltet seine Wirkung bei der Wahl der Regelungsalternative<sup>721</sup> zur Optimierung der unterschiedlichen Interessen.<sup>722</sup>

Im Folgenden soll nun auf das Gebot der Verhältnismäßigkeit insb nach der Rsp des VfGH im Rahmen der Grundrechtsdogmatik näher eingegangen werden.<sup>723</sup> Diese Rsp unterscheidet sich hier, je nachdem ob der Eingriff durch ein gesetzliches Verbot und damit auf abstrakt-genereller Ebene bewirkt wird, oder ob es sich bereits um die Gesetzesvollziehung handelt, also ein Eingriff auf individuell-konkreter Ebene vorliegt. Da sich die vorliegende Arbeit auf die Verbotsebene und damit auf die Ebene der Gesetzgebung konzentriert,<sup>724</sup> fokussieren sich auch die nachfolgenden Ausführungen auf die Rsp des VfGH iZm der Verhältnismäßigkeit von Gesetzen.

Das Gebot der Verhältnismäßigkeit gilt nach der Rsp des VfGH für die Einschränkung sämtlicher Grundrechte mit materiellem, formellem oder interpretativ hinzugefügtem Gesetzesvorbehalt<sup>725</sup>: Nach dem Vorbild der EMRK hat der VfGH nämlich die Voraussetzungen für Grundrechtsbeschränkungen auch für die Grundrechte mit formellem Vorbehalt übernommen.<sup>726</sup> So führt der VfGH bspw aus, dass eine Regelung, welche die Erwerbsfreiheit nach Art 6 Abs 1 StGG<sup>727</sup> beschränkt, nur zulässig ist, »wenn sie durch das öffentliche Interesse geboten, zur Zielerreichung geeignet, dieser adäquat und auch sonst sachlich zu rechtfertigen ist.«<sup>728</sup>

720 V.G.1.

721 Eingehend unten X.F.

722 Auf das genaue Verhältnis der beiden Grundsätze »praktische Konkordanz« und Verhältnismäßigkeit wird unter V.G.3. eingegangen.

723 Dazu grundlegend *Holoubek* in FS Rill, 103 ff.

724 Näher schon IV.C.1. und noch folgend XIII.B.

725 Zu dieser Unterscheidung *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht<sup>2</sup>, Rz 712 ff.

726 Erstmals in VfSlg 10.179 (zur Freiheit der Erwerbsausübung): »sachlich gerechtfertigt«, »tatsächlich geboten«, »im öffentlichen Interesse erforderlich«; zur weiteren Entwicklung *Korinek*, Entwicklungstendenzen in der Grundrechtsjudikatur, 1 ff; vgl zum Gesagten *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte<sup>3</sup>, 1/52.

727 Die Erwerbsfreiheit wird nach ihrem Wortlaut schrankenlos gewährt.

728 VfSlg 12.094; ähnlich VfSlg 11.558; für das dt Recht *Weigend* in FS Hirsch, 917 ff; sowie die Beiträge in *Jestaedt/Lepsius* (Hrsg), Verhältnismäßigkeit.

Nach dem Gebot der Verhältnismäßigkeit<sup>729</sup> muss der Eingriff in ein Grundrecht zunächst der Verfolgung eines legitimen Zwecks dienen.<sup>730</sup> Das gilt nicht nur für den individualisierten Einzelfall, sondern auch für staatliche Eingriffe durch abstrakt-generelle Gesetze: Der VfGH prüft hier, ob der Gesetzgeber als Grundrechtsverpflichteter<sup>731</sup> den Interessenausgleich nicht unverhältnismäßig zu Lasten eines Grundrechtsträgers vorgenommen hat.<sup>732</sup> So brachte der VfGH zum Ausdruck, dass etwa eine Bedarfsprüfung als Zugangshürde zu einer bestimmten Erwerbstätigkeit im Lichte des Grundrechts auf Erwerbsfreiheit nur dann gerechtfertigt werden kann, wenn diese Bedarfsprüfung im öffentlichen Interesse liegt (zB insb um der Gefahr eines unlauteren Wettbewerbs vorzubeugen).<sup>733</sup>

Bei der Benennung solcher »legitimer Ziele« kommt dem Gesetzgeber ein weiter Ermessensspielraum zu;<sup>734</sup> *de facto* kann er nämlich im Rahmen der verfassungsrechtlichen Grenzen jedes Ziel zum »legitimen« Ziel is eines rechtlich schützenswerten Zwecks erklären.<sup>735</sup> Und Voraussetzung aus der Verfassung ist lediglich, dass das Ziel im öffentlichen Interesse liegt; der VfGH beurteilt hier allerdings im Einzelnen nur jene Gesetze als verfassungswidrig, die »keinesfalls als im öffentlichen Interesse liegend« anzusehen sind.<sup>736</sup> Die demokratische Legitimation<sup>737</sup> des Gesetzgebers erlaubt ihm damit, innerhalb der Grenzen der Verfassung die Zwecke seiner gesetzgeberischen Aktivitäten selbständig festzulegen.<sup>738</sup> Bei der Beurteilung des legitimen Ziels beschränkt sich der VfGH

729 Zum Thema grundlegend auch *Lewisch*, Verfassung und Strafrecht, 225 ff.

730 Bei Zugrundelegung des Ansatzes, dass das gesamte Strafrecht dem Rechtsgüterschutz dienen muss, gelangt man unweigerlich zum Ergebnis, dass jede Strafnorm – ungeachtet dessen, ob sie einen grundrechtlichen Schutzbereich berührt oder nicht – ein legitimes Ziel zu verfolgen hat. Andernfalls widersprechen sie dem Gleichheitssatz. Umgekehrt ist etwa das Erforderlichkeitskriterium für Verhaltensverbote außerhalb grundrechtlicher Schutzbereiche ohne Bedeutung; dazu *Lewisch*, Verfassung und Strafrecht, 229 f.

731 III.C.2.

732 *Holoubek* in FS Rill, 110 mN aus der Rsp.

733 Vgl VfSlg 10.932; VfSlg 11.276.

734 VfSlg 11.276; zu diesem Punkt schon ausführlich IIC.

735 Ähnlich für das dt Recht zB *Gentz*, NJW 1968, 1602; *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, 192, 200; *Seedorf* in *Jestaedt/Lepsius*, Verhältnismäßigkeit, 140, wonach ein Zweck dann legitim ist, wenn er nicht durch das GG verboten ist; diese Prüfung der Zwecklegitimität stellt keine Frage der Abwägung dar.

736 VfSlg 12.094; näher *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte<sup>3</sup>, 1/53.

737 Dazu auch VI.B.

738 So *Grabitz*, AöR 98 (1973), 600; ihm folgend *Hotz*, Grundrechtseingriffe, 83.

daher auch auf eine Vertretbarkeitskontrolle, wonach ein Eingriff nur dann unzulässig ist, wenn die Ziele keinesfalls im öffentlichen Interesse liegen.<sup>739</sup> Eine Zweckmäßigkeitkontrolle ist hiervon nicht erfasst.<sup>740</sup>

Jeder staatliche Eingriff in ein Grundrecht muss weiters geeignet sein, das erklärte Ziel zu erreichen.<sup>741</sup> Dies ist der Fall, wenn mit Hilfe des angewendeten Mittels der gewünschte Erfolg zumindest ein Stück näher rückt<sup>742</sup> und dieser Zusammenhang zwischen Mittel und Zweck »durch bewährte Hypothesen über die Wirklichkeit vermittelt ist.«<sup>743</sup> Auch hier hält sich der VfGH mit der Prüfungsdichte deutlich zurück: Die Einschätzung und Prüfung der Geeignetheit eines Mittels überlässt er für Eingriffe durch Verbote ebenfalls grundsätzlich dem Gesetzgeber, es sei denn, dass konkrete Anhaltspunkte für eine Fehlprognose gegeben sind. Eine Grundrechtswidrigkeit nimmt er letztlich nur an, wenn auszuschließen ist, dass das Ziel mit den gewählten Mitteln überhaupt erreicht werden kann.<sup>744</sup>

Der Eingriff muss schließlich zur Erreichung des Ziels auch notwendig iS einer relativen Notwendigkeit sein: Konkret müssen die eingesetzten Mittel relativ notwendig zur Erreichung des gesetzten Ziels sein.<sup>745</sup> Das bedeutet, dass aus mehreren grundsätzlich geeigneten Mitteln dasjenige auszuwählen ist, welches den geringsten Eingriff (*Störwert*) in das einzuschränkende Grundrecht darstellt. Dieses mildere Mittel muss allerdings jeweils nur bei funktionaler Äquivalenz zum stärker eingreifenden vorgezogen werden.<sup>746</sup> Insofern kann die Erforderlichkeit als

739 VfSlg 12.094; VfSlg 11.558; ähnlich VfSlg 11.369; vgl *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte<sup>3</sup>, 1/53.

740 Vgl VfSlg 12.094: »nicht zu beurteilen [...], ob die Verfolgung eines bestimmten Ziels zweckmäßig ist«; *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte<sup>3</sup>, 1/53; in diesem Sinne auch VfSlg 11.558.

741 Statt vieler *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte<sup>3</sup>, 1/53.

742 So für das dt Recht, auf das österreichische aber unproblematisch übertragbar *Gentz*, NJW 1968, 1603; *Hotz*, Grundrechtseingriffe, 12 mwN.

743 *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, 193.

744 *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte<sup>3</sup>, 1/53 unter Bezugnahme auf die Entscheidung von VfSlg 11.276 und 17.932.

745 Im Detail zB *Frowein* in *Frowein/Peukert*, EMRK<sup>3</sup>, Vorbem zu Art 8–11, Rz 13 ff, Art 10 Rz 31 ff; weiters *Hotz*, Grundrechtseingriffe, 11 mit Hinweis auf *Jellinek*, Gesetz, Gesetzesanwendung, 77 f mwN. Von der relativen Notwendigkeit zu unterscheiden ist demnach die absolute Notwendigkeit, die nach einer grundsätzlichen Wünschbarkeit eines bestimmten Zwecks fragt.

746 So nochmals *Hotz*, Grundrechtseingriffe, 14 f; und ähnlich *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, 193, deren Ausführungen jeweils auf das österreichische Recht übertragbar sind.

Aufforderung insb an die Gesetzgebung verstanden werden, sich über alternative Mittel Klarheit zu verschaffen.<sup>747</sup> Auch hier ist eine weite Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers anerkannt; daher beschränkt sich der VfGH auf eine Vertretbarkeitskontrolle dieser Einschätzung.<sup>748</sup>

Die Möglichkeit des Gesetzgebers, die Zwecke seiner Gesetzgebungstätigkeit relativ frei zu bestimmen, hat auch für die Frage der Notwendigkeit eines angewendeten Mittels Folgen. Denn: »In dem Ausmass, als der Gesetzgeber frei ist in der Festsetzung seiner Zwecke, gewinnt er auch Einfluss auf die Zulässigkeit des Mittels, auf dessen Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit«<sup>749</sup>. Je stärker die Freiheit der Zwecksetzung, desto schwächer wirkt damit der Grundsatz der Notwendigkeit.<sup>750</sup> Damit wird es für den Gesetzgeber bis zu einem gewissen Grad möglich, für eine von ihm gewollte gesetzliche Regelung einen Zweck anzugeben, der das eingesetzte Mittel als notwendig bzw geeignet erscheinen lässt, während es das bei einem anderen Zweck gerade nicht wäre.<sup>751</sup>

Als letzten Schritt prüft der VfGH, ob der Grundrechtseingriff »bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe verhältnismäßig«<sup>752</sup> ist (*Verhältnismäßigkeit i.e.S.*).<sup>753</sup> Er spricht auch von der Frage, ob ein Eingriff »sachlich gerechtfertigt«<sup>754</sup> oder auch »adäquat«<sup>755</sup> ist. Es geht hierbei um die spezifische Relation zwischen dem Eingriff selbst und dem Gewicht jener Gründe, die ihn rechtfertigen sollen.<sup>756</sup> Die verfolgten Interessen müssen jene des Grundrechtsträgers an der Ausübung seines Grundrechts überwiegen.

Grundrechtswidrigkeit einer Gesetzesbestimmung liegt damit nach der Judikatur des VfGH zusammenfassend vor, »wenn die Vorschrift nicht durch ein öffentliches Interesse geboten, zur Zielerreichung nicht

747 So *Lagodny*, Schranken der Grundrechte, 182.

748 So erneut *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte<sup>3</sup>, 1/53 mit Bsp aus der Rsp.

749 *Hotz*, Grundrechtseingriffe, 83.

750 So *Grabitz*, AöR 98 (1973), 600 und 600 f; ihm folgend *Hotz*, Grundrechtseingriffe, 83.

751 Nochmals *Grabitz*, AöR 98 (1973), 601; ihm folgend *Hotz*, Grundrechtseingriffe, 84.

752 VfSlg 11.558; 12.094.

753 Zentral auch die Entscheidung des EGMR 25.3.1985, *Barthold vs Deutschland*, Rz 52 ff.

754 So in VfSlg 12.094; »sachlich zu rechtfertigen«: VfSlg 11.276 mit Hinweis auf VfSlg 10.932.

755 Siehe schon das Zitat weiter oben in diesem Kapitel.

756 Vgl nochmals *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte<sup>3</sup>, 1/53 mit Bsp.



geeignet, nicht adäquat oder sonst nicht zu rechtfertigen wäre.«<sup>757</sup> Die insoweit mehrstufige Verhältnismäßigkeitsprüfung (Verfolgung eines legitimen Ziels durch das eingesetzte Mittel, Eignung des eingesetzten Mittels zur Zweckerreichung, Erforderlichkeit des eingesetzten Mittels zur Zweckerreichung, Verhältnismäßigkeit iES)<sup>758</sup> ergänzt der VfGH schließlich noch um das Kriterium einer allgemeinen Sachlichkeit. Demnach ist zB der Gleichheitssatz nach Art 7 B-VG unabhängig von einer Vergleichssituation (»nicht komparative Bedeutungsschicht«) dann verletzt, wenn eine gesetzliche Regelung *per se* unsachlich geraten ist.<sup>759</sup>

Zusammengefasst anerkennt der VfGH bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit eines Grundrechtseingriffs regelmäßig rechtspolitische Gestaltungsspielräume des Gesetzgebers.<sup>760</sup> Dieser Gestaltungsspielraum ist größer, je weniger gravierend der in Rede stehende Eingriff in das Grundrecht ist, und verringert sich umgekehrt, je gravierender der Eingriff ist.<sup>761</sup> Insb spricht der VfGH dem Gesetzgeber bei der Entscheidung, welche Ziele (zB wirtschaftliche, sozialpolitische etc) er mit seinen Regelungen verfolgt, diesen Spielraum zu. Voraussetzung ist wie ausgeführt freilich, dass sich die verfolgten Ziele innerhalb der Schranken der Verfassung bewegen.<sup>762</sup>

Damit verwandt ist, was *Wendt*<sup>763</sup> in seinen Ausführungen als den »Maßstab der Sachgerechtigkeit« bezeichnet:

»Je stärker die innere Beziehung der mit der Regelung zu lösenden Aufgabe hierzu ist, desto größer ist die Legitimationskraft

757 VfSlg 17.932 mit Hinweis auf VfSlg 16.734 ua.

758 Zu diesen Schritten im dt Recht etwa *Schmidt*, Grundrechte, 105 ff; *Weigend* in FS Hirsch, 932 ff; grundlegend *Stern*, Staatsrecht III/2, 776 ff (Eignetheit), 779 (Erforderlichkeit), 782 ff (Verhältnismäßigkeit iES); zur Geschichte und Entwicklung des Gebots der Verhältnismäßigkeit in Deutschland: *ders*, Staatsrecht III/2, 762 ff.

759 Statt vieler *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte<sup>3</sup>, insb 7/7.

760 Zur ebenfalls weitreichenden Einschätzungsprärogative des dt Gesetzgebers nach der Judikatur des BVerfG *Weigend* in FS Hirsch, 923 f mwN.

761 So führt der VfGH etwa zur Freiheit der Erwerbsausübung (insb Art 6 Abs 1 StGG) aus, dass »dem Gesetzgeber bei Regelung der Berufsausübung ein größerer rechtspolitischer Gestaltungsspielraum offen[steht] als bei Regelungen, die den Zugang zu einem Beruf (den Erwerbsantritt) beschränken, weil und insoweit durch solche die Ausübung einer Erwerbstätigkeit regelnden Vorschriften der Eingriff in die verfassungsgesetzlich geschützte Rechtssphäre weniger gravierend ist, als durch Vorschriften, die den Zugang zum Beruf überhaupt behindern.«; VfSlg 12.094.

762 So VfSlg 12.094.

763 AÖR 104 (1979), 422 ff, va aber 468 ff; ihm folgend etwa *Stern*, Staatsrecht III/2, 813.

des gesetzgeberischen Anliegens. Je weniger ›schutzgutspezifisch‹ dagegen das mit dem Eingriff verfolgte Anliegen ist, desto höheren Anforderungen unterliegt die Rechtfertigung. Von vornherein keine Rolle spielen demgegenüber im Rahmen der Abwägung auf Grund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes solche Zielverfolgungen, deren Legitimität wegen prinzipieller Sachwidrigkeit schlechthin zu verneinen ist.«<sup>764</sup>

Insgesamt führt das Verhältnismäßigkeitsgebot *Stern*<sup>765</sup> folgend dazu, dass der Gesetzgeber einem Begründungs- und Rechtfertigungszwang unterworfen wird. Die Notwendigkeit der Verhältnismäßigkeit normiert bei Interessenkollisionen damit ein Abwägungsgebot und wirkt hier in dieser besonderen Ausprägung in die Entscheidung hinein.<sup>766</sup> Bei der Abwägung selbst geht es um eine proportionale Gewichtung.<sup>767</sup>

Folglich weisen beide – Abwägungsgebot und Gebot der Verhältnismäßigkeit – auch signifikante Gemeinsamkeiten auf:<sup>768</sup> Es geht bei beiden um eine vom Gesetzgeber bzw Gericht vorgenommene rechtliche Bewertung von Lebenssachverhalten. Bewertungsmaßstab sind jeweils Werte und Güter, die von der Rechtsordnung geschützt werden. Allerdings:

»Mit dieser Orientierung der Abwägung am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist indessen noch nicht bestimmt, wie sich dieser Grundsatz in der Abwägung entfaltet. Gilt vielleicht, wie es R. Alexy unlängst ausgedrückt hat, ein ›Abwägungsgesetz‹ [...]. [...] Tatsächlich wird es nicht möglich sein, ein absolutes Richtmaß der Abwägung zu finden. [...] Allenfalls kann es gewisse Leitlinien für die Abwägung geben.«<sup>769</sup>

764 *Wendt*, AöR 104 (1979), 468.

765 *Staatsrecht III/2*, 483.

766 Ähnlich *Stern*, *Staatsrecht III/2*, 788: »Prinzipiell ist er auch in allen Fällen vorbehaltlos verbürgter Grundrechte sowie bei Grundrechtskollisionen, namentlich in der besonderen Ausprägung des Abwägungsgebots, anwendbar.« *Hotz*, *Grundrechtseingriffe*, 46 ff, kommt für das Verhältnis von »Abwägung« und »Verhältnismäßigkeit« zum Ergebnis, dass Abwägung als Aufgabe des Ausgleichs, der Begrenzung und Optimierung zu sehen ist und das Gebot der Verhältnismäßigkeit im Prozess der Abwägung seine Wirkung entfaltet. Für *Ossenbühl* (in *Erbguth/Oebbecke/Rengeling/Schulte*, *Abwägung*, 26 und 29) dagegen ist die Abwägung als dritte Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung anzusehen.

767 *Stern*, *Staatsrecht III/2*, 818.

768 Vgl zum Folgenden ähnlich *Stern*, *Staatsrecht III/2*, 817 f.

769 *Stern*, *Staatsrecht III/2*, 818.

Genau das ist das erklärte Ziel der vorliegenden Untersuchung – derartige (Regeln, Prinzipien und) Leitlinien für die Abwägung kollidierender Interessen im Strafrecht zu finden. Daher werden die Arbeiten von *Alexy* wesentlicher Ausgangspunkt sein.<sup>770</sup> Zunächst wird allerdings auf die zentrale Frage des Zusammenspiels der beiden Grundsätze der praktischen Konkordanz und der Verhältnismäßigkeit eingegangen.

### 3. Zum Zusammenspiel von praktischer Konkordanz und Verhältnismäßigkeit

#### a. Mögliche Maßstäbe der Verhältnismäßigkeit

Das Prinzip der praktischen Konkordanz strebt nach einer optimalen Gewichtung und proportionalen Förderung von kollidierenden Interessen. Das Gebot der Verhältnismäßigkeit dagegen prüft, ob die zur Durchsetzung des jeweils überwiegenden Interesses gewählten Mittel nicht außer Verhältnis zu den Nachteilen des unterliegenden Interesses stehen.

Allerdings kann das Gebot der Verhältnismäßigkeit hierbei zwei sehr verschiedene Prüfungsmaßstäbe anlegen: Er kann zum einen prüfen, ob die *einzig richtige* Proportion gefunden wurde. Ziel ist es diesfalls, die in eine Interessenkollision involvierten Werte und Güter jeweils *bestmöglich* zur Geltung zu bringen. Bejaht man diesen Maßstab, ist folglich das Ziel des Gebots der Verhältnismäßigkeit dasselbe wie jenes der Abwägung. Denn nach diesem Verständnis meint »Verhältnismäßigkeit« dasselbe wie »praktische Konkordanz«, wenngleich mit den genannten, unterschiedlichen Bezugspunkten. Beide Grundsätze wären inhaltlich ident und »verhältnismäßig« wäre »optimal« oder »praktisch konkordant«. Dem Abwägungsgebot wäre erst dann genüge getan, wenn auf der dritten Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung (Verhältnismäßigkeit i.e.S.) das ideale Verhältnis der involvierten Interessen zueinander gefunden wäre.<sup>771</sup> Ob dieses Verhältnis gefunden wurde, ist allerdings zunächst schon nicht auf abstrakt-genereller Ebene der Gesetzgebung, aber auch in den seltensten Fällen im individuell-konkreten Anwendungsfall überprüfbar. Denn bei allen Interessen, die kollidieren

770 Dazu näher IX.

771 Nach *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 8, ist das Abwägungsgebot mit dem dritten »Teilgrundsatz« der Verhältnismäßigkeitsprüfung identisch.

können und grundsätzlich einer Abwägung zugänglich sind, hängt diese immer von letztlich subjektiven Bewertungen und Einschätzungen des Abwägenden ab. Abwägungsspielräume<sup>772</sup> sind geradezu wesentypisch für diese Art der Entscheidungsfindung, weswegen es nicht das eine einzige richtige Abwägungsergebnis geben kann, sondern stets nur einen Spielraum, innerhalb dessen sich das Ergebnis bewegen muss. Praktische Konkordanz als Maß der Verhältnismäßigkeit ist daher immer nur ein erstrebenswertes Ziel.<sup>773</sup> Das Prinzip praktischer Konkordanz (Optimierungsgebot) ist ein tragender Grundsatz, an den sich jede Abwägung so weit als möglich anzunähern hat. Aber: »Letztlich ist Optimierung nur eine regulative Idee, die anzustreben rechtlich aufgegeben wird, deren Erfüllung aber nicht erwiesen werden kann.«<sup>774</sup> Dieser Maßstab der Verhältnismäßigkeit kann daher mE nicht angelegt werden, weil er schlicht nicht justiziabel ist.

»Verhältnismäßig« kann zum anderen auch bedeuten, dass das gefundene Abwägungsergebnis bloß *nicht unproportional* ist.<sup>775</sup> Nicht unproportional ist etwas wesentlich anderes als »optimal«, denn eine gesetzliche Regelung oder richterliche Entscheidung ist schon dann nicht unproportional, wenn sie gerade noch im Rahmen des Vertretbaren, aber denkbar weit von einem optimalen Verhältnis der auszutarierenden Interessen ist. Die Überprüfung einer gesetzlichen Regelung oder Einzelfallentscheidung nach diesem zweiten, mildereren Maßstab ist somit weniger grundrechtsfreundlich.<sup>776</sup> Er ist dafür aber justiziabel, weswegen wohl auch der VfGH regelmäßig diesen Maßstab anlegt, indem er dem Gesetzgeber auf allen Stufen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ein weites Ermessen einräumt.<sup>777</sup> Überprüft wird, ob das gewählte Verhältnis der Interessen zueinander unproportional ist oder nicht. Auch nach diesem Verständnis ist das Optimierungsgebot der Maßstab, den es zu erreichen gilt. Es ist aber nicht Prüfungsmaßstab, weil seine Einhaltung nicht überprüfbar oder jedenfalls nur sehr selten überprüfbar, va aber für den Gesetzgeber vorab kaum prognostizierbar wäre.

Aus diesen Gründen wird diesem zweiten, aus der Sicht des Gesetzgebers mildereren, aus der Sicht des Grundrechtsträgers strengeren

772 Zu diesen eingehend VI.D. und E.

773 In diesem Sinne *Grabitz*, AöR 98 (1973), 576.

774 *Würtenberger*; VVDStRL 58 (1999), 157.

775 So *Grabitz*, AöR 98 (1973), 576; folgend *Hotz*, Grundrechtseingriffe, 48.

776 *Grabitz*, AöR 98 (1973), 576.

777 V.G.2. und VI.D.3.

Verständnis von Verhältnismäßigkeit gefolgt.<sup>778</sup> Wie weit sich eine gesetzgeberische Regelung auf abstrakt-genereller Ebene dem optimalen Interessenverhältnis annähert, ist letztlich der Einschätzungsprerogative des Gesetzgebers anheimgestellt. Eine in diesem Sinne nicht »optimale« Auflösung von Interessenkollisionen ist daher mE nicht verfassungswidrig. Verfassungswidrig ist die Regelung vielmehr erst, wenn sie schlicht unproportional ist. Dieser Maßstab hat den entscheidenden Vorteil, dass er justiziabel ist. Für diese Ansicht spricht im Übrigen auch die Rsp des VfGH zu den vielfältigen Ermessungsgesichtspunkten bei der Abwägung. Das Gebot der Verhältnismäßigkeit spielt bei der Wahl aus mehreren möglichen gesetzgeberischen Regelungsalternativen eine besondere Rolle.<sup>779</sup>

*b. Freiheitsgrundrechte: Verhältnismäßigkeit,  
andere Grundrechte: Konkordanz?*

In der Literatur findet sich die Rechtsansicht, dass die Verhältnismäßigkeit bei den Freiheitsgrundrechten – und nur dort – eine Rolle spielt, alle anderen Grundrechte dagegen seien nach dem Prinzip praktischer Konkordanz zueinander zu gestalten. Fehlt ein klassischer hoheitlicher Eingriff in Grundrechte, könne die Mittel-Zweck-Relation nämlich nicht mehr überprüft werden.<sup>780</sup> Eine 3. Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung könne es in diesen Konstellationen nicht geben. Dem ist entgegenzuhalten, dass jede gesetzliche Regelung, die über die Auflösung einer Interessenkollision entscheidet, letztlich zumindest eine der involvierten Interessen beschränken muss (wenn von einer Interessenkollision im hier gewählten Sinne ausgegangen wird<sup>781</sup>). Wird etwa das Wahlrecht einer Person eingeschränkt, um andere, nach Ansicht des Gesetzgebers schützenswertere Interessen durchzusetzen, muss auch diese gesetzliche Regelung als Eingriff den Grundrechtsschranken standhalten.

---

778 Und damit wohl entgegen *Alexy* in *Schilcher/Koller/Funk*, Regeln, Prinzipien und Elemente, 35, der das Optimierungsgebot mit dem Verhältnismäßigkeitsgebot gleichsetzt.

779 Näher X.F.1.

780 So etwa *Ossenbühl*, DVBl. 1995, 904.

781 V.E.

### c. *Zwischenfazit*

Die Optimierung aller in eine Interessenkollision involvierten Interessen ist zwar das oberste Ziel jeder Abwägung, aber mangels lückenloser Objektivierbarkeit nicht überprüfbar. Daher wird von der Sicht der Abwägungskritiker, welche diese fehlende Objektivität als entscheidenden Mangel sehen<sup>782</sup>, Abwägung immer bis zu einem gewissen Grad ein »notwendiges Übel«<sup>783</sup> bleiben. Das bedeutet allerdings keineswegs, dass Abwägungsprozesse nicht justiziabel sind. Es kann nach hier vertretener Ansicht nur nicht der Maßstab der Optimierung ist praktischer Konkordanz gelten.

Zu erreichen gilt nämlich eine maximale Nachvollziehbarkeit der Regeln, Prinzipien und Leitlinien, die eine Abwägung jeweils tragen, um gesetzgeberische und gerichtliche Entscheidungen transparent zu machen. Prüfungsmaßstab jeder Abwägungsentscheidung kann dabei jedoch immer nur das Gebot der Verhältnismäßigkeit sein, dem das Verständnis zugrunde liegt, dass der Staat nicht außer Verhältnis zum Nachteil eines Rechtsunterworfenen in dessen Rechte eingreifen darf. Inwieweit sich der Gesetzgeber im Einzelfall von der Verhältnismäßigkeit hin zu einer Optimierung aller schützenswerten Interessen bewegt, ist letztlich seinem verfassungsgesetzlich gewährten Entscheidungsspielraum überlassen. Seine demokratische Legitimation ist es, die ihn dazu anhält, dem Optimierungsgebot bestmöglich gerecht zu werden.<sup>784</sup>

Aus diesem Grunde sind auch ein Strafrecht und eine Rechtsordnung insgesamt, die das Optimierungsgebot kennen und pflegen, erstrebenswert, wiewohl ein Strafrecht, das rein dem Maßstab der Verhältnismäßigkeit ohne Optimierungsgebot folgt, ebenfalls rechtsstaatlich vertretbar wäre: Die Rsp im französischen Recht etwa korrigierte Vorentscheidungen lange Zeit nur bei eindeutigen Abwägungsfehlern in grundrechtssensiblen Bereichen am Maßstab der Verhältnismäßigkeit.<sup>785</sup>

782 XI.E.

783 Zur Notwendigkeit bereits V.B.

784 *Schneider* (Güterabwägung, 202 ff) ebnet die Unterschiede zwischen den Begriffen »Güterabwägung«, »Verhältnismäßigkeit« und »praktische Konkordanz« dagegen ein: Güterabwägung ist für ihn ein Bestandteil des Gebots der Verhältnismäßigkeit iW (207 mwN; vgl dazu auch XI.D.); Güterabwägung und praktische Konkordanz führen letztlich zu denselben Ergebnissen (212).

785 *Riedel*, VVDStRL 58 (1999), 180 ff, 196.

## H. Zusammenfassung

Bei einer Abwägung geht es immer um Überlegungen zum Für und Wider der einen oder anderen Regelungsalternative anlässlich einer bevorstehenden Entscheidung, bei der alle entscheidungsrelevanten Aspekte zu berücksichtigen sind. Im Kommunikationsstrafrecht ist Auslöser für die Notwendigkeit einer Entscheidung immer eine Kollision von Interessen: Zwei rechtlich geschützte Interessen stehen einander gegenüber, können aber nicht beide zugleich voll verwirklicht werden. Im Kommunikationsstrafrecht stehen einander jeweils die Kommunikationsfreiheit auf der einen Seite und verschiedene andere »Gegen-«Interessen auf der anderen Seite gegenüber, die privater oder öffentlicher Natur sein können. Zu den privaten Interessen zählen etwa das Recht auf Ehre und Privatheit, aber insb auch auf eine freie, echte Willensbildung und -betätigung. Öffentliches Interesse ist neben dem allgemeinen Schutz genau dieser Rechte durch den Staat insb das Interesse am Funktionieren und an der Bestandskraft des staatlichen Gefüges an sich.

Das Ziel jeder Abwägung ist es nun, einen Interessenausgleich im Sinne von praktischer Konkordanz zu finden: Keines der rechtlich geschützten Interessen soll mehr als notwendig zugunsten des anderen eingeschränkt werden – es gilt, alle involvierten Interessen bestmöglich zu optimieren. Ob das Ziel erreicht wurde, ist in dieser Form allerdings nicht überprüfbar; praktische Konkordanz ist als solche nicht justizierbar. Die Grenze zur Verfassungswidrigkeit einer Abwägung im Strafrecht ist erst dann erreicht, wenn das zum Schutze des überwiegenden Interesses eingesetzte Mittel mit Blick auf das unterliegende Interesse unverhältnismäßig iSv »außer Verhältnis« ist.

Der Ermessensspielraum des Gesetzgebers beim Erlass von Gesetzen ist damit äußerst weit: Er kann innerhalb der Verfassung die verfolgten Interessen frei wählen, um einen legitimen Zweck für eine gesetzgeberische Maßnahme zu benennen. Aus den vorhandenen Mitteln kann er jedes auswählen, dass der Zweckerreichung zumindest im Entferntesten dient. Gibt es mehrere Mittel, die zur Zweckerreichung geeignet sind, muss er allerdings dasjenige auswählen, das den geringeren Eingriff in das jeweils zurückgedrängte Interesse darstellt. Ob das gefundene Abwägungsergebnis dem »optimalen Verhältnis« gleichkommt, ist dagegen nicht überprüfbar. Die Weite des gesetzgeberischen

▷



Ermessensspielraums wird an anderer Stelle noch ausführlicher dargestellt.<sup>786</sup>

## VI. Interessenabwägung primär durch Gesetzgeber

### A. Allgemeines

Die bisherigen Ausführungen konzentrierten sich auf die Ebene der Gesetzgebung, weil dem Gesetzgeber die primäre Verantwortlichkeit zukommt, die Grundrechte zu sichern.<sup>787</sup> Wenn es nun im Strafrecht zu Interessenkollisionen kommt, in die Grundrechte involviert sind, stellt sich die Frage, ob das automatisch auch bedeutet, dass der Gesetzgeber die hierdurch erforderliche Abwägung selbst vornehmen muss. Er könnte die Grundrechte ja stattdessen dadurch konkretisieren, dass er eine sorgfältige Abwägung der Interessen auf der Ebene der Rsp anordnet und *va* im Rahmen des richterlichen Ermessens zulässt.

Es ist allerdings auch primär die Aufgabe des Gesetzgebers, diesen schonenden Ausgleich zwischen kollidierenden Interessen im Verhältnis Staat – Bürger oder auch Bürger – Staat – Bürger herzustellen.<sup>788</sup> Die Entscheidung über derartige Interessenkollisionen im Wege der Interessenabwägung fällt damit in allererster Linie in die Zuständigkeit der Rechtsgestaltung.<sup>789</sup> Das soll für das Strafrecht ausführlich insb mit dem *nulla poena sine lege*-Gebot in seiner Ausprägung als Bestimmtheitsgebot begründet werden.<sup>790</sup> Aus dieser besonderen gesetzgeberischen

786 VI.D.

787 III.C.1.

788 ZB *Holoubek/Neisser* in *Machacek/Pahr/Stadler*, Grund- und Menschenrechte, 222; *Lendl*, ÖJZ 2011, 12; wN zB bei *Heißl*, Grundrechtskollisionen, 63 f, 500, der selbst allerdings eine aA vertritt, wonach sich die Bedeutung des Gesetzgebers im Bereich der Grundrechtskollisionen allgemein darin erschöpfe, Abwägungskriterien aufzuzählen, um so der Vollziehung entsprechende Abwägungsinstrumente an die Hand zu geben (siehe auch 539); zum dt Recht zB *Martin*, Grundrechtskollisionen, 90 ff.

789 So *Rüfner* in *Starck*, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 471 ff, insb 472: »Der Gesetzgeber ist aufgerufen, die widerstreitenden Rechte untereinander zu ordnen und einen schonenden Ausgleich zu suchen.« (mwN) Ähnlich auch das BVerfG etwa in BVerfGE 20, 162, 187 ff; näher etwa *Schneider*, Güterabwägung, 193; außerdem *Grabitz*, AöR 98 (1973), 577; *Ossenbühl* in *Erbguth/Oebbecke/Rengeling/Schulte*, Abwägung, 36; *ders*, DVBl. 1995, 910.

790 VI.C.



Abwägungspflicht ergeben sich zugleich verschiedene legislative Gestaltungsspielräume iZm Abwägungsentscheidungen.<sup>791</sup> Auf all das gehen die nachfolgenden Ausführungen näher ein.

## B. Demokratische Legitimation, Legalitätsprinzip und Gewaltenteilung

Wie ausgeführt, liegt die Verantwortlichkeit zur Wahrnehmung der Grundrechte in einem demokratischen, dem kontinentaleuropäischen Rechtskreis (»civil law«) angehörenden Rechtsstaat wie Österreich zunächst beim Gesetzgeber als demokratisch gewähltem Organ.<sup>792</sup> Die demokratische Legitimation des Gesetzgebers ist damit zugleich die Grundlage seiner Verantwortung, Interessenkollisionen im hier verstandenen Sinne, also jene, in die Grundrechte involviert sind,<sup>793</sup> zu einem Ausgleich zu bringen. Primäre Ebene für die Lösung von Interessenkollisionen ist damit in einer parlamentarischen Demokratie zunächst einmal jene der Gesetzgebung, während ihr die Ebene der Rsp grundsätzlich nachgeordnet ist.<sup>794</sup>

Dass immer eine gesetzgeberische Entscheidung über die Strafbarkeit eines Verhaltens vorliegen muss, auf deren Grundlage ein Gericht erst eine Strafe verhängen kann, gebietet weiters das Legalitätsgebot als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips nach Art 18 B-VG.<sup>795</sup> Unionsrechtlich ist es in Art 49 GRCh verankert.<sup>796</sup> Im gesamten Strafrecht untersagt

791 VI.D.

792 III.C.1.

793 V.E.

794 Wie noch zu zeigen sein wird: VI.E.

795 Ausführlich zum Gesetzlichkeitsprinzip ganz allgemein statt vieler Höpfel WK<sup>2</sup>-StGB § 1 Rz 1 ff; Steiningger E. SbgK § 1 Rz 1 ff; Stricker in Leukauf/Steiningger H. StGB<sup>+</sup> § 1 Rz 1 ff jeweils zu § 1 StGB; zu Art 7 EMRK zB Lewisch in Kneihs/Lienbacher, Bundesverfassungsrecht, Art 7 EMRK Rz 1 ff; Thienel in Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg, Bundesverfassungsrecht, Art 7 EMRK Rz 1 ff; zu Art 18 B-VG zB Muzak, Bundes-Verfassungsrecht<sup>6</sup>, Art 18 B-VG Rz 1 ff; Rill in Kneihs/Lienbacher, Bundesverfassungsrecht, Art 18 B-VG Rz 1 ff.

796 Dazu und zur Auslegung des Bestimmtheitsgebots durch den EuGH nach dieser Norm ausführlich statt vieler Staffler, ZStW 2018, 1150 ff. Seine Analyse kommt zum Ergebnis, dass die nationalen Grundrechtsstandards, inkl der nationalen Anforderungen an das Bestimmtheitsgebot, bei der Durchführung von Unionsrecht nur dann angewendet werden können, wenn der Anwendungsvorrang des Unionsrechts nicht zum Tragen kommt. Auf dieses besondere Problem soll nicht näher eingegangen werden.

auch das *nulla poena sine lege*-Gebot nach Art 7 EMRK, Art 18 B-VG und einfachgesetzlich § 1 Abs 1 StGB umgekehrt eine Strafe, die auf keiner gesetzlichen Grundlage basiert. Im Stufenbau der Rechtsordnung ist der Gerichtsgebrauch nun gerade keine Rechtsquelle im Gesetzesrang, sodass auch aus diesem Grund der Gesetzgeber die Konkretisierung des Strafrechts nicht der Vollziehung überlassen darf.<sup>797</sup>

Eine gesetzliche Grundlage jedweden staatlichen Strafens verlangt schließlich der Gewaltenteilungsgrundsatz: Diejenige Instanz, die all-gemeingültige Normen erlässt, hat eine andere zu sein als jene, die sie vollzieht.<sup>798</sup> Für die Abwägung bedeutet das im Ergebnis, dass der Gesetzgeber die normativen Maßstäbe vorgeben muss, damit die Gerichte weder Gewicht der Interessen noch das Resultat der Abwägung willkürlich festlegen können.

## C. Strafrechtliches Bestimmtheitsgebot

### 1. Grundlegendes

Speziell das Strafrecht geht über die dargestellte Begründung in Bezug auf die Verantwortlichkeit des Gesetzgebers für Abwägungsentscheidungen<sup>799</sup> noch hinaus. Ziel des Strafrechts ist es ja, die Normadressaten zu einem rechtskonformen Verhalten zu motivieren.<sup>800</sup> Allerdings: »Nur wenn der Einzelne im Voraus klar erkennen kann, durch welche Handlungen oder Unterlassungen er sich strafrechtlich verantwortlich macht, kann er seinen Freiraum erkennen und ausnutzen.«<sup>801</sup> In seiner Ausprägung als Bestimmtheitsgebot (*lex certa*) verlangt das *nulla poena sine lege*-Gebot (§ 1 StGB/Art 18 B-VG/Art 7 EMRK) aus diesem Grund,

797 ZB *Kunst*, Rechtsquellen und Rechtsanwendung, 12 ff; *Thienel* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg*, Bundesverfassungsrecht, Art 7 EMRK Rz 1, Rz 11 mwN; außerdem *Höpfel* WK<sup>2</sup>-StGB § 1 Rz 23; *Steininger E.* SbgK § 1 Rz 38 ff, je mwN.

798 Für das dt Recht schon *Papier/Möller*, AöR 1997, 179 f; *Schmitz* MüKo<sup>3</sup>-StGB § 1 Rz 43; ferner kurz auch *Höpfel* WK<sup>2</sup>-StGB § 1 Rz 1 mwN; allgemein für die dt, schweizerische und österreichische Rechtsordnung *Staffler*, ZStW 2018, 1148 f mit zahlreichen wN.

799 VI.B.

800 *Brandstetter* in *Leitner*, Finanzstrafrecht 2005, 161. Hieraus ergibt sich auch eine enge Verzahnung des Bestimmtheitsgebots mit dem Schuldprinzip (§ 4 StGB): Nur wenn der Täter zum Tatzeitpunkt das strafrechtliche Verbot zumindest kennen und erkennen konnte, kann von einem Verschulden überhaupt gesprochen werden; so *Staffler*, ZStW 2018, 1148.

801 *Thienel* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg*, Bundesverfassungsrecht, Art 7 EMRK Rz 3.

dass Strafbestimmungen so formuliert und ausgestaltet sein müssen, dass sich für den Rechtsunterworfenen keine Zweifel über die Rechtmäßigkeit seines Verhaltens ergeben können.<sup>802</sup> Das vom Gesetzgeber zu verfassende Verbot muss daher so bestimmt sein, dass der Einzelne sein Verhalten verlässlich danach ausrichten kann. Das gilt auch für solche Strafnormen, unter die Verhaltensweisen nicht ohne vorherige Abwägung subsumiert werden können.

Für die Abwägung im Strafrecht ergibt sich damit eine (sogar) verfassungsmäßige Verankerung folgender Pflichten des Gesetzgebers: Erstens hat er selbst Abwägungsentscheidungen über die Strafbarkeit eines Verhaltens zu treffen. Er hat diese Abgrenzung des Erlaubten vom Unerlaubten vorzunehmen. Zweitens muss der Gesetzgeber den Rechtsunterworfenen diese Entscheidungen, die in weiterer Folge zum Gesetz werden, »in klarer und erschöpfender Weise zur Kenntnis bringen«<sup>803</sup>. Der gesetzgeberische Wille über Reichweite und Inhalt einer Strafvorschrift darf dem Rechtsunterworfenen insgesamt nicht verborgen bleiben.<sup>804</sup> Denn:

»Wenn der Zweck der Rechtsordnung darin besteht, den Menschen durch die Vorstellung der Norm zu einem normgerechten Verhalten zu veranlassen, so ist der Gesetzgeber gehalten, die Möglichkeit einer solchen Vorstellung zu geben.«<sup>805</sup>

Das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot verlangt daher, dass die zunächst getroffene gesetzgeberische Abwägungsentscheidung in den einzelnen Strafbestimmungen möglichst deutlich zum Ausdruck kommt.<sup>806</sup> Das gilt insb, wenn es um die Abgrenzung des grundrechtlich geschützten vom strafbewehrten Verhalten geht. Während nämlich die legitime Grundrechtsausübung das höchste Recht des Einzelnen im Rechtsstaat ist, kann schon eine geringfügige Überschreitung der zulässigen Grenzen dieser Grundrechtsausübung »übergangslos« als Strafrechtsverstoß

802 VfSlg 11.520.

803 VfSlg 3.130.

804 Hierin liegt im Übrigen schon ganz allgemein auch der Zweck der strengen verfassungsrechtlichen Publikationsvorschriften für Gesetze (Art 49 und 97 B-VG), die auch im Strafrecht gelten.

805 VfSlg 3.130.

806 Die Bestimmtheit nach dem Wortlaut kann aber auch im Strafrecht uU herabgesetzt werden; diesfalls kommt den Gesetzesmaterialien eine umso größere Bedeutung zu; näher VI.C.4.b. Zum Problem, wenn der Wortlaut der Norm dem in den Materialien artikulierten gesetzgeberischen Willen widerspricht VI.E.5.

geahndet werden. Folglich verläuft die Grenze hier typischerweise nicht abgestuft, sondern ist als maximales Gefälle konzipiert: Im Bereich der Grundrechtsausübung an der Schnittstelle zum Strafrecht gibt es damit keinen gestuften Übergang; das Verhalten ist entweder maximal durch die Rechtsordnung geschützt (zB durch die EMRK oder das StGG), oder maximal verpönt (und zB mit Strafe nach dem StGB bewehrt). Das unterscheidet zB das Kommunikationsstrafrecht erheblich von anderen Strafrechtsbereichen, weil kein Recht auf allgemeine Handlungsfreiheit<sup>807</sup> existiert und damit nicht jede abstrakte Strafandrohung schon automatisch einen Grundrechtseingriff normiert: So gibt es etwa keinen grundrechtlichen Schutzbereich, der das Wegnehmen fremder Sachen oder das Einschlagen auf andere Personen erfasst.

Das »Gefälle« zeigt sich gerade bei den Äußerungsdelikten (insb §§ 111 ff StGB): Die Äußerung einer kritischen Meinung über eine andere Person ist entweder erlaubt und durch die Verfassung geschützt oder mit der Keule des Strafrechts sanktioniert. Das Strafrecht greift damit jeweils in die Kommunikationsfreiheit ein. Art 10 Abs 2 EMRK verpflichtet den Gesetzgeber iSd materiellen Gesetzesvorbehalte dazu, dass der Eingriff gesetzlich vorgesehen sein muss. Das bedeutet nach der Rsp des EGMR, dass die den Eingriff begründende Vorschrift erstens ausreichend zugänglich und zweitens hinreichend bestimmt sein muss.<sup>808</sup> Wenn der Adressat des Grundrechts somit vor unüberwindbare Schwierigkeiten bei der Ermittlung der Rechtslage gestellt wird, weil das Strafgesetz derart unbestimmt ist, kann sich mE auch hieraus eine Grundrechtsverletzung ergeben.<sup>809</sup> Wenn eine Strafbestimmung im Bereich der Äußerungsdelikte verfassungskonform sein soll, muss der Gesetzgeber daher ein zulässiges Verhältnis zwischen der Einschränkung der Kommunikationsfreiheit einerseits und den sonstigen involvierten Interessen (Ehre, politischer Diskurs etc) andererseits finden. Vor der Schaffung der Strafbestimmung hat er diese Interessen gegeneinander abzuwägen. Das Ergebnis der Abwägung muss sich im Idealfall in der sprachlichen Fassung der Strafbestimmung wiederfinden: Die Strafbestimmung ist so zu formulieren, dass dieses Verhältnis im Einzelfall gewahrt werden kann.

807 Dazu IV.C.1.b.

808 EGMR 24. 4. 1979, *Sunday Times vs Vereinigtes Königreich*, Rz 47; 25. 3. 1983, *Silver vs Vereinigtes Königreich*, Rz 86; 2. 8. 1984, *Malone vs Vereinigtes Königreich*, Rz 66.

809 So schon die Rsp des BVerfG: BVerfGE 62, 169, 183; dazu *Papier/Möller*, AöR 1997, 181.

## 2. Anforderungen des Bestimmtheitsgebots an das Strafrecht

Die exakten Anforderungen des Bestimmtheitsgebots an das Strafrecht sind allerdings schwer zu benennen. Ziel ist es zunächst, den aktuellen Meinungsstand in Rsp und Literatur zu den unterschiedlichen Rechtsquellen des Bestimmtheitsgebots darzulegen, um diesem sehr vagen Gebot des Strafrechts stärkere Konturen zu geben. Ohne diesen Meinungsstand sind nämlich nur die äußersten Grenzen der Bestimmtheit einer Norm klar zu benennen, wie im Folgenden gezeigt wird. Die Ergebnisse konturieren jeweils das Bestimmtheitsgebot des österreichischen Strafrechts.

### a. Klare äußerste Grenzen der (Un-)Bestimmtheit

Wie klar und unmissverständlich eine Strafnorm im Einzelnen ausgestaltet sein muss, ist zunächst nur an den jeweils äußersten Grenzen zweifelsfrei zu definieren (maximale [Un-]Bestimmtheit): Im Idealfall ist ein Strafgesetz so bestimmt ausgestaltet, dass sein Inhalt für alle Rechtsunterworfenen selbst an den Randbereichen des Anwendungsbereichs völlig eindeutig ausgemacht werden kann. Ein Interpretationsspielraum – egal, welche Interpretationsmethode man zugrunde legt – besteht nicht, weil bereits der Wortlaut trennscharf sagt, welche Sachverhalte er erfasst und welche nicht. Diese Wortlautauslegung deckt sich für alle Rechtsunterworfenen auch mit der historischen, systematischen und teleologischen (und ggf verfassungskonformen) Interpretation. Rsp und Lehre sind auf einer Linie. Es handelt sich solcherart um eine »perfekte« Strafnorm, die dem Bestimmtheitsgebot optimal entspräche (*maximale Bestimmtheit*).

Realtypisch ist eine vollständige Determiniertheit der Verhaltensnorm allerdings nicht möglich, selbst wenn der Gesetzgeber das wollte: Ein vollkommener Tatbestand in dem Sinne, dass überhaupt keine Unschärfen – auch nicht an den Rändern eines Tatbestands – und damit keine »Grenzfälle«, die der Abwägung im Einzelfall unterliegen, entstehen, ist praktisch auch im Strafrecht nicht denkbar. Das ergibt sich aus einer unvermeidbaren Unzulänglichkeit der Sprache.<sup>810</sup> Die Sprache als

---

<sup>810</sup> So zB auch schon *Kohlmann*, Begriff des Staatsgeheimnisses, 257.

Vermittlungsmedium, noch dazu eingesetzt zur indirekten und zeitversetzten Kommunikation über eine verschriftlichte Sprache, ist nie völlig unmissverständlich.<sup>811</sup>

»Die Bestimmung des rechtsanwendenden Aktes – z. B. eines richterlichen Urteils – durch die Norm höherer Stufe – z. B. durch ein Gesetz – ist niemals eine vollständige. Die relative Unbestimmtheit [...] kann [...] die unbeabsichtigte Folge der Beschaffenheit der Rechtsnorm sein, die durch den fraglichen Akt angewendet werden soll, sei es, daß das Wort oder die Wortfolge, in dem sich die Norm ausdrückt, mehrdeutig sind, sei es, daß zwischen dem sprachlichen Ausdruck der Norm und dem dadurch auszudrückenden Willen der normsetzenden Autorität eine Diskrepanz besteht, sei es, daß zwei Normen, die gleichzeitig zu gelten beanspruchen, sich ganz oder teilweise widersprechen.«<sup>812</sup>

So wäre daher nicht einmal der Begriff des »Tötens« nach § 75 StGB als typisch deskriptives Tatbestandsmerkmal nach diesem Maximalmaßstab »bestimmt«<sup>813</sup>: Die Gesetzesmaterialien<sup>814</sup> sprechen nur vom »Eintritt des Todes«; dessen medizinische Definition hat sich in den letzten vier Jahrzehnten aber erheblich verändert.<sup>815</sup> Doch immerhin ließ sich jeder einzelnen richterlichen Entscheidung eine jeweils herrschende, der Medizin entlehnte Definition zugrunde legen, die für sich genommen eindeutig war. Eine gewisse Offenheit für neue Entwicklungen, Richtungen und wissenschaftliche Erkenntnisse ist dem Strafrecht im Übrigen auch zuzubilligen.<sup>816</sup>

Eine umgekehrt *maximale Unbestimmtheit* wäre dort erreicht, wo das Strafrecht genau aus einer Bestimmung besteht: »Wer sich grob entgegen den Grundsätzen des gemeinsamen Zusammenlebens verhält, wird

811 Dazu ausführlich *Beaucamp*, Rechtstheorie 42 (2011), insb 23 ff, der insgesamt sieben Gründe für die Schwerverständlichkeit von Gesetzen ausmacht.

812 So *Kunst*, Rechtsquellen und Rechtsanwendung, 16, unter weitgehend wörtlicher Zitierung der Interpretationstheorie nach *Kelsen*, Reine Rechtslehre<sup>2</sup>, 346 ff.

813 Zu diesem Bsp auch für das dt Recht *Schmitz* MüKo<sup>3</sup>-StGB § 1 Rz 47.

814 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 192.

815 *Birklbauer* WK<sup>2</sup>-StGB Vorbem §§ 75–79 Rz 94; ausführlich *Velten* SbgK Vorbem §§ 75–79 Rz 44.

816 Ähnlich *Lewis* in *Kneihls/Lienbacher*, Bundesverfassungsrecht, Art 7 EMRK Rz 23, wonach »die Strafrechtsordnung auch bei der Änderung der faktischen Verhältnisse wirksamen Rechtsgüterschutz gewährleisten möchte«.

bestraft.« Evidentermaßen würde eine solche Generalklausel für alles sozial Inadäquate dem Bestimmtheitsgebot widersprechen. Der Gesetzgeber würde hierdurch seine verfassungsmäßige Normsetzungsbefugnis unzulässigerweise zur Gänze an eine unterhalb der Gesetzesebene liegende Rechtsquelle, nämlich an die Rsp, delegieren.<sup>817</sup>

Das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot fordert also etwas, was zwischen diesen Extremen liegt: Zumindest die wesentlichen Grundaussagen dazu, welche Verhaltensweisen gerichtlich strafbar sind und welche nicht, müssen vom Gesetzgeber klargestellt werden; das Strafrechtssystem, das realisiert werden soll, muss erkennbar sein.<sup>818</sup> Damit kann die Rsp nicht bloß vollziehende Kraft sein, ihr kommt vielmehr auch eine normpräzisierende Funktion zu.<sup>819</sup> Das gilt für unbestimmte oder normative Rechtsbegriffe umso mehr.<sup>820</sup> Eine völlige Determiniertheit wäre wegen ihrer exzessiven Starrheit auch im Strafrecht zu vermeiden.<sup>821</sup> Denn das Strafrecht soll ja »der Vielgestaltigkeit des Lebens Herr« bleiben können. Bei zu hoher Bestimmtheit »bestünde die Gefahr, dass die Gesetze zu starr und kasuistisch würden und dem Wandel der Verhältnisse oder der Besonderheit des Einzelfalls nicht mehr gerecht werden könnten«<sup>822</sup>.

### b. *Eingriffsnähe als Maßstab?*

Fraglich ist, ob die insb in der älteren Judikatur des VfGH entwickelte Unterscheidung zwischen eingriffsnahen und weniger eingriffsnahen Gesetzen als Maßstab für die hinreichende Bestimmtheit einer Norm im Strafrecht gelten kann.<sup>823</sup> Nach dieser Rsp sind eingriffsnaher Gesetze solche, die geradezu idR zu einem Grundrechtseingriff führen.

817 Siehe auch *Schäffer*, Rechtsquellen, 42 f. Umso erstaunlicher erscheint es daher, dass das BVerfG – in einer allerdings bereits sehr alten Entscheidung – den Tatbestand einer Strafnorm nicht beanstandete, der lediglich »Wer groben Unfug verübt« lautete: BVerfGE 26, 41.

818 Zu dieser Forderung vor dem StGB 1975 schon *Nowakowski*, ÖJZ 1955, 16.

819 Vgl allgemein auch *Schäffer*, Rechtsquellen, 17; näher VI.E.4. und VI.E.6.

820 Zusammenfassend *Krey*, Studien, 246.

821 So EGMR 24.4.1979, *Sunday Times vs Vereinigtes Königreich*, Rz 49; außerdem *Schmitz* MüKo<sup>3</sup>-StGB § 1 Rz 44.

822 BVerfGE 126, 170.

823 Grundlegend zur Rsp schon *Berka* in FS Walter, 37 ff, der die Unterscheidung insgesamt ablehnt, insb weil Gesetze, je unbestimmter sie formuliert sind, umso weniger als eingriffsnah empfunden werden, sodass der Rationalitätsgewinn gerade nicht erreicht werde (52 f).

Der typische Effekt des Gesetzes weist also jeweils eine große Nähe zu einem Grundrechtseingriff auf. Bei eingriffsnahen Gesetzen muss der Tatbestand daher besonders deutlich umschrieben sein, um dem allgemeinen Bestimmtheitsgebot nach Art 18 B-VG zu genügen. Bei eingriffsfurtheren Gesetzen dagegen reicht nach der Judikatur des VfGH uU die bloße Möglichkeit einer verfassungs- und besonders EMRK-konformen Interpretation.<sup>824</sup>

Geht man nun – wie dargelegt<sup>825</sup> – davon aus, dass bereits jedes einzelne strafrechtliche Verbot für sich genommen einen Grundrechtseingriff darstellen kann, soweit mit dem Verbot Grundrechte begrenzt werden, dann muss man zugleich feststellen, dass jede solche Strafnorm als eingriffsnahes Gesetz zu qualifizieren ist. Jene Bestimmungen des österreichischen Strafrechts, welche die Kommunikationsfreiheit etwa zu Lasten der Ehre begrenzen, weisen damit nicht nur typischerweise eine besondere Nähe zu einem Grundrechtseingriff auf, sondern stellen bereits für sich genommen (noch unabhängig von der etwaig verhängten Sanktion) einen solchen Eingriff dar. MaW können strafrechtliche Normen, soweit sie Grundrechte begrenzen, als die wohl eingriffsnächsten Gesetze überhaupt bezeichnet werden, zumal sie als Sanktion uU noch weitere massive Eingriffe in das Recht auf Eigentum (Art 5 StGG/Art 1 1. ZP-EMRK) und insb das Recht auf persönliche Freiheit (Art 5 EMRK/Art 1 PersFrG) vorsehen. Es bedarf daher einer anderen Annäherung, um die Anforderungen des Bestimmtheitsgebots an das Strafrecht im Einzelnen zu benennen.

### c. *Meinungsstand*

Zwar erfordert die besondere Grundrechtsnähe des Strafrechts nach hM jedenfalls besonders strenge Bestimmtheitsmaßstäbe.<sup>826</sup> Auch nach der hM hilft daher die dargestellte Eingriffsnähe-Judikatur des VfGH nicht weiter.<sup>827</sup> Die genauen Anforderungen an die Bestimmtheit strafrechtlicher Normen sind allerdings umstritten bzw bislang – im österreichischen und überdies auch im dt Recht – nicht näher präzisiert. Ein

824 VfGH 12.3.1985, B44/84; außerdem VfSlg 8.792; 9.028; 9.029; 11.455; zum Problem der verfassungskonformen Interpretation schon III.C.3.c.

825 IV.C.1.

826 VfSlg 10.737; *Friedrich*, ÖJZ 1980, 57; *Steininger E.* SbgK § 1 Rz 141 mit zahlreichen wN; *Triffterer*, AT<sup>3</sup>, 19; *Weiß*, AnwBl 1989, 247 f.

827 VI.C.2.b.



Überblick über den Meinungsstand soll dies nachfolgend veranschaulichen.

(i.) Zu § 1 StGB

Zu § 1 StGB wird zunächst sehr allgemein ausgeführt, dass Bestimmtheit ein rechtstaatliches »Gebot zur hinreichend klaren Angabe der Voraussetzungen staatlichen Strafens«<sup>828</sup> meint. Es komme darauf an, »daß ein durchschnittlicher Rechtsunterworfener nach Ausschöpfung aller normativen Erkenntnismittel den Gesetzesinhalt zu bestimmen vermag.«<sup>829</sup> Wichtig seien gesetzlich hinreichend determinierte Auslegungsgrenzen des jeweiligen Tatbestands.<sup>830</sup> Nach Möglichkeit sollen daher im Strafrecht insb »dehnbare« Begriffe vermieden werden.<sup>831</sup> Nach *Fuchs/Zerbes* ist das Bestimmtheitsgebot gar überhaupt kein judizierbarer Rechtssatz, sondern lediglich eine Richtschnur: Der Gesetzgeber dürfe keine allzu unbestimmten Strafvorschriften erlassen, die Rechtsanwendung dürfe deskriptive Gesetzesbegriffe nicht unbestimmt auslegen.<sup>832</sup> Das kann nicht richtig sein; das Bestimmtheitsgebot ist sehr wohl justiziabel, wie alleine schon der Umstand zeigt, dass die Bestimmtheit von Normen vom VfGH regelmäßig geprüft wird.<sup>833</sup>

Verlangt wird umgekehrt ferner, dass das Strafrecht immer so exakte Handlungsanleitungen enthalten soll, dass eine Ausrichtung des menschlichen Verhaltens unmittelbar am bloßen Gesetzestext möglich ist, und zwar ohne Notwendigkeit einer Zuhilfenahme von Wertungen.<sup>834</sup> Dieser Anspruch an eine Strafnorm ist mE allerdings wiederum zu hoch: Denn in vielen Fällen lässt sich die Aussage über das Verbot eines Verhaltens erst unter Berücksichtigung der Normen des AT des Strafrechts treffen; gerade dieser ist aber besonders vage gehalten und lässt sich ohne Rechtskenntnisse – auch bei schon nur hypothetischer Eindeutigkeit des Wortlauts – nicht erschließen.<sup>835</sup> Eine konsequente

828 *Steininger E.* SbgK § 1 Rz 1.

829 *Lewisch*, Verfassung und Strafrecht, 370, ausführlich 128 ff.

830 *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT<sup>66</sup>, 4.19.

831 *Steininger E.* SbgK § 1 Rz 139 mwN.

832 *Fuchs/Zerbes*, AT I<sup>10</sup>, Kap 4 Rz 48.

833 ZB VI.C.2.b. und VI.C.2.c.ii.

834 So *Hollaender*, AnwBl 2004/9, 454.

835 Siehe statt zahlreicher Bsp nur *Hollaender*, AnwBl 2004/1, 15 ff, zur Rechtsfigur der Beitragstäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt.

Folge dieses Verständnisses wäre, dass weite Teile des österreichischen Strafrechts zu unbestimmt und damit verfassungswidrig wären.

(ii.) Zu Art 18 B-VG

Als Ausfluss des Gesetzlichkeitsprinzips enthält Art 18 B-VG nach hM ein allgemeines Bestimmtheitsgebot (*arg*: »auf Grund der Gesetze«).<sup>836</sup> Demnach müssen nach der Rsp des VfGH zunächst alle staatlichen Gesetze so gefasst sein, dass für die Rechtsunterworfenen das staatliche Verhalten vorausberechenbar ist und die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts in der Lage sind, die Übereinstimmung eines staatlichen Aktes<sup>837</sup> mit dem abstrakt-generellen Gesetz zu überprüfen.<sup>838</sup> Denn eine demokratische Legitimation staatlicher Entscheidungen ist nur sichergestellt, »wenn die Gesetzeslage so gestaltet ist, dass alle mit guten Gründen als politisch wesentlich qualifizierbaren Entscheidungen im Gesetz getroffen«<sup>839</sup> werden. Übertragen auf das gerichtliche Strafrecht bedeutet das als zusätzlichen Aspekt der Bestimmtheit, dass ein höherrangiges Gericht (zB das Rechtsmittelgericht, aber auch der VfGH im Zuge der Entscheidung über eine Gesetzesbeschwerde<sup>840</sup>) eine gerichtliche Entscheidung (insb ein Urteil) anhand der geltenden Rechtslage valide überprüfen können muss. Für das Strafrecht als besonders grundrechtseingriffsintensive Materie gilt im Besonderen: Strafvorschriften sind so klar zu gestalten, dass es dem Rechtsunterworfenen möglich ist, sein Verhalten am Gesetz zu orientieren und auszurichten.<sup>841</sup> Nach stRsp des VfGH hat nämlich

»der Gesetzgeber klar und unmissverständlich zum Ausdruck zu bringen [...], wo er strafen will, und die Rechtsordnung dem Ein-

836 ZB *Muzak*, Bundes-Verfassungsrecht<sup>6</sup>, Art 18 B-VG Rz 8; *Rill* in *Kneihls/Lienbacher*, Bundesverfassungsrecht, Art 18 B-VG Rz 5f.

837 Art 18 Abs 1 B-VG bindet ausdrücklich nur die »Verwaltung«, nicht aber die Gerichtsbarkeit an das Gesetz – dies hat historische Gründe. Dennoch steht außer Zweifel, dass sich aus dieser Norm auch eine Gesetzesbindung der Gerichtsbarkeit ergibt; zB VfSlg 12.185; *Muzak*, Bundes-Verfassungsrecht<sup>6</sup>, Art 18 B-VG Rz 3.

838 ZB VfSlg 8.792; 9.609; 9.720; 10.737; 11.455 mwN; wN zB bei *Muzak*, Bundes-Verfassungsrecht<sup>6</sup>, Art 18 B-VG 8 ff; dem folgend im Bereich der Ermittlungsmaßnahmen nach der StPO: OGH 23. 4. 1991, 14 Os 20/91 (14 Os 21/91) = EvBl 1991/165.

839 *Rill* in *Kneihls/Lienbacher*, Bundesverfassungsrecht, Art 18 B-VG Rz 53.

840 Dazu schon IV.E.2.e.

841 ZB VfSlg 16.926; VfGH G 282/2015 jeweils mwN; die Rsp zusammenfassend zB *Rill* in *Kneihls/Lienbacher*, Bundesverfassungsrecht, Art 18 B-VG Rz 65; ähnlich im dt Recht: statt vieler zB *Müller/Christensen*, Juristische Methodik<sup>11</sup>, Rz 165f.

zelen die Möglichkeit [zu] geben [...], sich dem Recht gemäß zu verhalten«<sup>842</sup>.

Es bedarf damit einer deutlichen Abgrenzung des Erlaubten vom Unerlaubten; der Unrechtsgehalt eines Verhaltens muss dem Rechtsunterworfenen »eindeutig vor Augen gestellt werden.«<sup>843</sup> Er muss sich den Inhalt einer Strafvorschrift *vor* seinem Handeln vergegenwärtigen können, weil nur so der Zweck des Strafrechts – Schutz vor Rechtsgutsbeeinträchtigungen – erreicht werden kann.<sup>844</sup> Andernfalls kann das Strafrecht seine verhaltensleitende Funktion nicht erfüllen.<sup>845</sup> Zentral ist insgesamt nach der Rsp des VfGH, dass der Rechtsunterworfenene sein Verhalten verlässlich nach dem Inhalt der Norm ausrichten kann.<sup>846</sup> Das ist dann der Fall, wenn der »Normadressat den Verbotsgehalt aus dem Wortlaut vorhersehen [...] und die zur Ermittlung des gesetzlichen Norminhaltes nötigen Auslegungsmittel ergreifen kann«<sup>847</sup>. Vor diesem Hintergrund erachtet der VfGH auch unbestimmte und normative Rechtsbegriffe für zulässig.<sup>848</sup> Die Rechtsposition für den Rechtsunterworfenen muss allerdings stets so vorhersehbar sein, dass eine etwaige »Prognoseunsicherheit in sachlich gerechtfertigten Grenzen«<sup>849</sup> bleibt. Freilich sind all diese Maßstäbe für sich genommen höchst unbestimmt.<sup>850</sup>

### (iii.) Zu Art 7 und 10 EMRK

Art 7 EMRK verankert das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot (abermals) verfassungsrechtlich. Richtungsweisend für seine Auslegung ist die Judikatur des EGMR. Nach seiner Rsp im Fall *Cantoni vs Frankreich* gebietet Art 7 EMRK, dass die strafbare Handlung »klar im Gesetz definiert« (»clearly defined in the law«) werden müsse. Damit ein

842 VfGH G 531/2015 mwN; ganz ähnlich schon VfSlg 3.207.

843 So grundlegend schon VfSlg 3.207.

844 VfSlg 4.037 zum Begriff des »sittlich-religiösen« Empfindens iSd § 2 des Salzburger Lichtspielgesetzes 1959.

845 Dazu auch schon oben II.B.; ferner *Schmitz* MüKo<sup>3</sup>-StGB § 1 Rz 43.

846 ZB VfSlg 7.907; 8.792; 10.737; wN zB bei *Muzak*, Bundes-Verfassungsrecht<sup>6</sup>, Art 18 B-VG Rz 8.

847 ZB VfSlg 16.773.

848 ZB VfSlg 7.907; 8.792; 9.609; 9.720; 10.737; dazu näher VI.C.4.b.

849 *Rill* in *Kneihls/Lienbacher*, Bundesverfassungsrecht, Art 18 B-VG Rz 53 mit Hinweis auf VfSlg 5.923; 13.460.

850 *Schick* in FS Walter, 634.

Eingriff in die Kommunikationsfreiheit nach Art 10 EMRK Abs 2 ausnahmsweise gerechtfertigt sein kann, bedarf es ebenfalls einer gesetzlichen Grundlage dieses Eingriffs;<sup>851</sup> auch diese muss nach der Rsp des EGMR den Anforderungen an eine ausreichende Bestimmtheit genügen. Ausreichend bestimmt ist eine Norm nach dem EGMR dann, wenn der Rechtsunterworfenen aus dem Wortlaut der Strafbestimmung, uU mit Hilfe ihrer Auslegung durch das Gericht, erkennen kann, welche Verhaltensweisen eine strafrechtliche Verantwortlichkeit begründen.<sup>852</sup> Wesentlich sei, dass die Strafbestimmung ausreichend zugänglich (publiziert) und der Straftatbestand in vorhersehbarer Weise umschrieben ist.<sup>853</sup> Bisweilen genüge hierfür allerdings bereits, »wenn der Einzelne erkennen kann, dass er durch sein Verhalten das Risiko einer Bestrafung auf sich nimmt«<sup>854</sup>. Der EGMR stellt zugleich aber klar:

»[I]t is a logical consequence of the principle that laws must be of general application that the wording of statutes is not always precise. One of the standard techniques of regulation by rules is to use general categorisations as opposed to exhaustive lists. The need to avoid excessive rigidity and to keep pace with changing circumstances means that many laws are inevitably couched in terms which, to a greater or lesser extent, are vague.«<sup>855</sup>

Der Wortlaut muss folglich nicht die maximal mögliche Präzision aufwerfen. Bestimmtheit kann demnach auch fallspezifisch reduziert werden, »provided that it proves to be sufficiently clear in the large majority of cases.«<sup>856</sup> Die große Mehrzahl aller denkbaren Sachverhaltskonstellationen muss daher klar gelöst werden können. Zweifel in Konstellationen jenseits dieser Mehrzahl sind im Lichte des Art 7 EMRK nicht problematisch.<sup>857</sup> In der Sache *Silvio Unterguggenberger vs Österreich* ergänzte der EGMR seine Rsp dahin, dass eine Strafnorm auch dann noch ausreichend bestimmt ist, wenn eine solche Klärung für die überwiegenden

851 IV.C.2.e.

852 EGMR 15.11.1996, *Cantoni vs Frankreich*, Rz 29.

853 EGMR 25.5.1993, *Kokkinakis vs Griechenland*, Rz 52.

854 *Thienel in Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg*, Bundesverfassungsrecht, Art 7 EMRK Rz 1 Rz 10, fasst so die Ergebnisse einer ausführlichen Rsp-Analyse zusammen.

855 EGMR 15.11.1996, *Cantoni vs Frankreich*, Rz 31.

856 EGMR 15.11.1996, *Cantoni vs Frankreich*, Rz 32.

857 EGMR 15.11.1996, *Cantoni vs Frankreich*, Rz 31; dazu statt vieler auch *Lewis in Kneihls/Lienbacher*, Bundesverfassungsrecht, Art 7 EMRK Rz 27.

Fälle erst nach Rechtsbelehrung möglich ist.<sup>858</sup> Auch an die Qualität des juristischen Rats, der einzuholen ist, stellt der EGMR gewisse Anforderungen. Rechtsberatung muss in einem Ausmaß in Anspruch genommen werden, »das unter den gegebenen Umständen angemessen ist, um die Folgen beurteilen zu können, welche eine bestimmte Handlung nach sich ziehen kann.«<sup>859</sup> Im gegenständlichen Fall wäre die Strafbarkeit des Beschwerdeführers vorhersehbar gewesen, »hätte er eine geeignete Rechtsberatung gesucht. Es konnte von ihm erwartet werden, dass er dies tun würde, umso mehr, als er in seiner beruflichen Eigenschaft als Vorstandsmitglied einer Gesellschaft handelte.«<sup>860</sup>

Ganz ähnlich sei auch eine Bestrafung nach § 3a Abs 2 VerbotsG wegen »Betätigung im nationalsozialistischen Sinn« nach Ansicht des EGMR vorhersehbar.<sup>861</sup> Er begründet dies unter Verweis auf eine Entscheidung der EKMR<sup>862</sup>, wonach das Ziel des österreichischen Gesetzgebers war, schlichtweg alle Formen nationalsozialistischer Betätigung zu inkriminieren. Der Anwendungsbereich der Strafnorm sei zudem auf das nationalsozialistische Konzept als historische Ideologie beschränkt, auf welches in Österreich regelmäßig Bezug genommen werde. Zusätzlich seien von Rsp und Lehre in Österreich weitere Kriterien entwickelt worden, um das anzuwendende Recht ausreichend zugänglich und vorhersehbar zu machen.<sup>863</sup>

Für das Kommunikationsstrafrecht bedeutet das im Ergebnis, dass der Rechtsunterworfenen zumindest aufgrund einschlägiger Beratung in der Lage sein muss, die Folgen seines kommunikativen Verhaltens mit einem entsprechenden Grad an Gewissheit vorab erkennen zu können.<sup>864</sup>

#### (iv.) Rechtsvergleichender Blick: Deutschland

In der dt Literatur wird zur Konkretisierung des Bestimmtheitsgebots etwa die Pflicht des Gesetzgebers genannt, eine bestmögliche Präzision der Tatbestandsmerkmale zu erzielen, die es ermöglicht, dass der Ge-

858 EGMR 25.9.2001, *Unterguggenberger vs Österreich* = ÖJZ 2002/6 (MRK), 271, zu § 153 StGB.

859 EGMR 25.9.2001, *Unterguggenberger vs Österreich* = ÖJZ 2002/6 (MRK), 271 (keine Rz).

860 EGMR 25.9.2001, *Unterguggenberger vs Österreich* = ÖJZ 2002/6 (MRK), 271 (keine Rz).

861 EGMR 1.2.2000, *Schimanek vs Österreich* = ÖJZ 2000/17 (MRK), 817 (keine Rz).

862 E 12774/87, *H, W, P und K vs Österreich*, DR 62, 220.

863 EGMR 1.2.2000, *Schimanek vs Österreich* = ÖJZ 2000/17 (MRK), 817 (keine Rz).

864 Näher *Grabenwarter/Pabel*, EMRK<sup>7</sup>, § 23 Rz 21 mit Hinweis insb auf EGMR 24.4.1979, *Sunday Times vs Vereinigtes Königreich*.

setzesunterworfenen den Kreis der verbotenen Verhaltensweisen bereits dem Tatbestand eindeutig entnehmen kann.<sup>865</sup> Auftrag an den Gesetzgeber ist daher, »ein Gesetz ›so gut wie möglich‹ im Zeitpunkt seiner Verabschiedung zu präzisieren«<sup>866</sup>. Die Rsp des BVerfG verlangt hier allerdings differenziert nach Materie und Normzweck nur jene Bestimmtheit, die im Rahmen einer generell-abstrakten Regelung praktisch erreichbar ist und damit vom Gesetzgeber realistischerweise verlangt werden kann.<sup>867</sup> Anders formuliert verstößt eine Strafnorm nach Ansicht vieler dann gegen das Bestimmtheitsgebot nach Art 103 Abs 2 GG, wenn gesetzestech-nisch eine genauere Formulierung möglich gewesen wäre.<sup>868</sup>

*Müller/Christensen* halten (für das dt Recht, für das österreichische aber nicht minder gültig) fest, dass man zwar unter der Bestimmtheit einer Norm gewöhnlich versteht, dass »der Wortlaut des Gesetzes die Entscheidung des Rechtsfalls vorgibt«<sup>869</sup>, kommen aber zu folgendem Schluss: »Der Normtext ist mit dieser Fassung des Bestimmtheitsprinzips überanstrengt.«<sup>870</sup> Dagegen sehen etwa *Roxin/Greco*<sup>871</sup> das Bestimmtheitsgebot schon dann als erfüllt an, wenn der Wortlaut einer beliebigen Interpretation immerhin Grenzen setzt. Beim Wort genommen müsste das bedeuten, dass es ausreicht, wenn es irgendwelche Anknüpfungspunkte im Wortlaut gibt, die zumindest einzelne Verhaltensweisen eindeutig dem Tatbestand unterordnen. Demnach wäre auch eine Formulierung wie: »Wer ein sozial inadäquates Verhalten an den Tag legt, ist strafbar.« unter Bestimmtheitsaspekten zu akzeptieren. Immerhin ist der Begriff der sozialen Inadäquanz an verschiedenen Sozialnormen auszurichten und damit nicht beliebig interpretierbar. ME setzt dieses Verständnis des Bestimmtheitsgebots damit zu niedrig an. Ein Straftatbestand ist *Frowein* folgend vielmehr schon dann problematisch, wenn er erhebliche Möglichkeiten für eine willkürliche Anwendung gibt.<sup>872</sup>

865 *Schmitz* MüKo<sup>3</sup>-StGB § 1 Rz 45.

866 *Schmitz* MüKo<sup>3</sup>-StGB § 1 Rz 45.

867 ZB BVerfGE 57, 9, 22; 49, 168, 181; zu alledem zB *Papier/Möller*, AöR 1997, 185 ff; zur Entwicklung des Gesetzlichkeitsprinzips nach der dt Rsp zB *Grünwald* in FS Kaufmann, 433 ff.

868 *Roxin/Greco*, AT I<sup>3</sup>, § 5 Rz 71 mwN, insb auf *Geppert*, DAR 2007, 380; zu den Kerninhalten des dt Bestimmtheitsgrundsatzes statt vieler auch *Beaucamp*, Rechtstheorie 42 (2011), 34 ff.

869 Juristische Methodik<sup>41</sup>, Rz 166.

870 Juristische Methodik<sup>41</sup>, Rz 166.

871 AT I<sup>3</sup>, § 5 Rz 75.

872 *Frowein* in *Frowein/Peukert*, EMRK<sup>3</sup>, Art 7 Rz 6.

*Beaucamp* nennt verschiedene Kriterien zur Ermittlung hinreichender Bestimmtheit für das dt Recht insgesamt. Entscheidende Kriterien für die Unbestimmtheit seien die Widersprüchlichkeit von Normen und die Möglichkeit einer bestimmteren Fassung sowie der Grundsatz, dass mit höherer Grundrechtseingriffsintensität auch die Bestimmtheit steigen müsse. Eine zu hohe Verweisungstechnik könne ebenso ein Indiz für zu geringe Normenklarheit wie eine mangelnde Abstimmung unterschiedlicher Rechtsgebiete und eine dauerhaft uneinheitliche praktische Handhabung von Bestimmungen sein.<sup>873</sup>

Erwähnt werden soll schließlich noch die Habilitationsschrift von *Kohlmann* zum dt Bestimmtheitsgebot (Art 103 Abs 2 GG) aus dem Jahr 1969. *Kohlmann* entwickelte das Postulat der »Berechenbarkeitsmaxime« als Grundsatz der höchstmöglichen Berechenbarkeit aller staatlichen Macht: Hieraus ergibt sich is eines dreistufigen Schemas zunächst das Gebot, bei der Formulierung von Strafbestimmungen möglichst nur deskriptive Merkmale (Stufe 1), und bloß subsidiär juristisch-normative (Stufe 2) oder gar außerjuristisch-normative (Stufe 3) Tatbestandsmerkmale zu verwenden. Normative Begriffe dürfen folglich lediglich eingesetzt werden, wenn das legistische Ziel andernfalls nicht zu erreichen wäre. Alle Merkmale sind zudem durch Legaldefinition oder Beispiele zu verdeutlichen.<sup>874</sup>

### 3. Eigener Ansatz

#### a. Ziel

Im Folgenden soll nun ein eigener Ansatz zum genauen Inhalt des Bestimmtheitsgebots nach § 1 StGB, Art 18 B-VG und Art 7 EMRK entwickelt werden. Die nachfolgenden Ausführungen haben zum Ziel, aus dem nunmehr dargestellten Meinungsstand in Rsp und Literatur eine Definition abzuleiten, unter welchen Voraussetzungen eine österreichische Strafbestimmung den Bestimmtheitsanforderungen nach allen Rechtsquellen (StGB, B-VG und EMRK) genügt. Es geht daher um ein Zusammenfügen der genannten, bestehenden Anforderungen an die ausreichende Bestimmtheit einer Norm. Die dargestellten, bestehenden

873 Näher *Beaucamp*, *Rechtstheorie* 42 (2011), 21, insb 49 ff.

874 Zu alledem *Kohlmann*, *Begriff des Staatsgeheimnisses*, 252 ff, das dreistufige Schema veranschaulichend 267 f; zusammenfassend *Marschall*, *ÖJZ* 1971, 149 f.

Ansätze sind nämlich zueinander häufig nicht widersprüchlich, sondern ergänzen sich vielmehr wechselseitig, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen werden.

Die so gewonnenen Konturen des Bestimmtheitsgebots gelten nicht nur für das Kommunikationsstrafrecht und andere grundrechtlich relevante Konstellationen im Strafrecht, sondern grundsätzlich für alle Abwägungsfragen auf strafrechtlicher Verbotsebene. Das Bestimmtheitsgebot im hier definierten Sinne bezieht sich dabei allerdings primär auf die Strafbestimmungen des BT des österreichischen Strafrechts (§§ 75 ff StGB und in den Nebengesetzen), weil die vorliegende Arbeit einem Teil von ihnen – dem Kommunikationsstrafrecht – gewidmet ist. Ihre Anwendbarkeit auf Bestimmungen des AT (insb §§ 2 ff StGB), wie etwa auf § 2 StGB, der die Voraussetzungen einer unechten Unterlassensstrafbarkeit regelt, wurde nicht überprüft.

*b. Definition: »Strafrechtliche Bestimmtheit«*

Aus den in verschiedenen Quellen angeführten, unterschiedlichen Anforderungen an eine ausreichende strafrechtliche Bestimmtheit lässt sich eine »Formel« dessen, was das Bestimmtheitsgebot nach § 1 StGB, Art 18 B-VG und Art 7 EMRK im Einzelnen verlangt, ableiten. Es ergibt sich nämlich Folgendes:

Das Bestimmtheitsgebot ist dann gewahrt, wenn für den durchschnittlichen Rechtsunterworfenen nach Hinzuziehung juristischen Rats für einen Großteil aller denkbaren Sachverhaltskonstellationen klar ist, ob ein Verhalten der jeweiligen/jeweils in Frage stehenden Strafbestimmung unterfällt oder nicht. In den Randbereichen jenseits dieses überwiegenden Kerns sind Unschärfen und damit verbundene Meinungs- und Rechtsprechungsdivergenzen sowie unklare Auslegungsergebnisse aus dem Blickwinkel des Bestimmtheitsgebots unproblematisch.

Eine strafrechtliche Norm muss demnach so eindeutig formuliert sein, dass immerhin für den größten Teil der denkmöglichen Fälle nach einschlägiger Recherche von Gesetzestext, -materialien und deren Auslegung nach den anerkannten Interpretationsmethoden<sup>875</sup> klar erkennbar

875 Zu den Auslegungsmethoden im Strafrecht grundlegend statt vieler Höpfel WK<sup>2</sup>-StGB § 1 Rz 47 mwN; Steininger E. SbgK § 1 Rz 61 ff mwN; Stricker in Leukauf/



wird, wie der Anlass-Sachverhalt zu lösen wäre. Gibt es zu einer Strafbestimmung bereits Literatur und Rsp, ist diese ebenfalls miteinzubeziehen; die ausreichende Bestimmtheit muss allerdings jedenfalls schon ab Geltungsbeginn (und damit ggf ohne einschlägiges Schrifttum und Judikatur) gegeben sein. Wesentlich ist damit: Eine Strafbestimmung muss so gefasst sein, dass ein Rechtsunterworfener für den Großteil aller denkbaren Verhaltensweisen eine eindeutige Subsumtion unter die jeweilige Strafnorm vornehmen oder aber eine Subsumierbarkeit ausschließen kann.

### c. Bestimmbarkeit des Texts

Das Bestimmtheitsgebot meint damit zunächst die »Bestimmbarkeit des Textes«<sup>876</sup>. Eine Strafbestimmung muss jeweils eine solche Präzision aufweisen, dass eine zweifelsfreie Zuordnung der ganz überwiegenden Anzahl an Fällen von allen Rechtsunterworfenen unabhängig von der Lesart, mit der sie die Vorschrift rezipieren, vorgenommen werden kann. Für das Bestimmtheitsgebot kann es folglich nicht darauf ankommen, ob man dem Wortlaut einen allgemeinen Sprachgebrauch oder einen juristischen Fachbegriff<sup>877</sup> zugrunde legt.<sup>878</sup>

Das bedeutet auch, dass jedes Tatbestandsmerkmal sprachlich einen entsprechend großen Begriffskern haben muss, der schon den Großteil der Verhaltensweisen, die bestraft werden sollen, erfasst. Ebenso braucht es sprachlich eine eindeutige Abgrenzung, welche Verhaltensweisen bereits außerhalb des Begriffs liegen. Dazwischen enthält auch jeder sprachliche Ausdruck einen Begriffshof, weil es völlig trennscharfe Begriffe wegen der unvermeidbaren Unbestimmtheit der

---

*Steininger H.* StGB<sup>4</sup> § 1 Rz 12 ff mwN. Sie bestimmen sich im Wesentlichen nach den §§ 6 ff ABGB; näher VI.E.5.

876 *Müller/Christensen*, Juristische Methodik<sup>11</sup>, Rz 182; ähnlich *Beaucamp*, Rechtstheorie 42 (2011), 36.

877 Dafür spricht auch die Rsp des VfGH, wonach der Begriff des »objektiven Tatbestandes der üblen Nachrede, Beschimpfung oder Verspottung« nach § 6 Abs 1 MedienG ausreichend determiniert ist, weil es nicht darauf ankomme, »ob dieser Begriff auch einem juristischen Laien ohne weitere Vorkenntnisse verständlich ist: Die antragstellende Gesellschaft bzw ihre Organe sind wie jedermann verpflichtet, sich die zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit erforderlichen Rechtskenntnisse zu verschaffen, sei es durch Einholung einer entsprechenden rechtskundigen Beratung, sei es durch Beschäftigung entsprechend rechtskundiger Personen« (VfSlg 16.137).

878 Zu dieser Frage näher zB *Schmitz* MüKo<sup>3</sup>-StGB § 1 Rz 81 f.

Sprache nicht geben kann.<sup>879</sup> Fällt ein Sachverhalt in den Begriffshof eines Tatbestandsmerkmals, »versagt die Subsumtion, solange der Begriffsumfang des Merkmals nicht durch Auslegung geklärt ist.«<sup>880</sup> Eine solche Auslegung muss dann aber ein eindeutiges Ergebnis bringen.

#### d. *Eindeutiger Strafbarkeitskern nach Auslegung*

Jede Strafbestimmung muss insgesamt einen eindeutigen Kernbereich an Verhaltensweisen erkennbar machen, für den eine Strafbarkeit die Rechtsfolge ist. Ebenso eindeutig muss sie diesen Kernbereich von anderen Verhaltensweisen abgrenzen, die umgekehrt zweifelsfrei nicht unter die Strafnorm fallen. Die Möglichkeiten der Auslegung des Tatbestands anhand der anerkannten Auslegungsmethoden sind zur Ermittlung des Strafbarkeitskerns allerdings jeweils auszuschöpfen: »Nur wenn sich nach Heranziehung aller Interpretationsmethoden immer noch nicht beurteilen lässt, was im konkreten Fall rechtens [bzw umgekehrt: strafbar, *Anm d Verff*] ist, verletzt die Norm die in Art 18 B-VG statuierten rechtsstaatlichen Erfordernisse.«<sup>881</sup> Inhalt, Sinn und Tragweite einer Strafnorm müssen daher im Wege der Auslegung<sup>882</sup> zum Zwecke der Anwendung auf einen konkreten Sachverhalt klär- und verdeutlichbar sein.

Es geht damit beim Bestimmtheitsgebot um eine Klassifizierung in Sachverhalte, die dem Tatbestand entweder eindeutig unterzuordnen oder nicht unterzuordnen sind. Wenn der Gesetzgeber »für den Durchschnittsfall eine zusammenfassende Würdigung der maßgeblichen Elemente vor[nimmt] und [...] sie zu Tatbeständen«<sup>883</sup> verdichtet, hat er darauf zu achten, dass für den Großteil aller Sachverhaltsvarianten eine solche Klassifizierung möglich ist. Dass ein Sachverhalt unter eine Regelung subsumierbar ist, setzt daher voraus, dass die einzelnen Merkmale des Gesetzes diese Klassifizierung zulassen.<sup>884</sup>

So muss bspw der Tatbestand der vorsätzlichen Körperverletzung nach den §§ 83 ff StGB so formuliert sein, dass der Großteil aller denkbaren Verhaltensweisen, die nach dem Wortlaut ein »Am-Körper-

879 Dazu schon VI.C.2.a.

880 Otte in *Schilcher/Koller/Funk*, Regeln, Prinzipien und Elemente, 146.

881 StRsp des VfGH, zB VfSlg 8.395; 16.137; 16.911 mwN.

882 Zum Begriff der »Auslegung« grundlegend statt vieler *Stricker* in *Leukauf/Steininger H. StGB*<sup>4</sup> § 1 Rz 8 mwN.

883 *Kodek* in *Khakzadeh-Leiler/Schmid/Weber*, Interessenabwägung, 144.

884 Zu den legislatischen Umsetzungsmöglichkeiten dieser Forderung VI.C.4.

Verletzen« sein könnten, eindeutig unter den Tatbestand subsumiert oder eben davon ausgeschlossen werden kann. Denkt man nun alle möglichen Verhaltensweisen, die einen anderen nach dem primären Wortlaut »am Körper verletzen«, durch (von einer minimalen Abschürfung oder kurzzeitigen Hautrötung bis hin zu andauernder schwerster körperlicher Behinderung), lässt sich feststellen: Der allergrößte Teil sämtlicher Verhaltensweisen, die nach dem primären Wortlaut ein »Verletzen am Körper« sein könnten, lässt sich tatsächlich eindeutig unter den Tatbestand subsumieren. Weil nach der Definition, die sich im Übrigen aus den Gesetzesmaterialien ergibt, jeder »nicht ganz unerhebliche Eingriff in die körperliche Unversehrtheit«<sup>885</sup> eines anderen eine Körperverletzung darstellt, fällt umgekehrt nur eine sehr kleine Anzahl an Verhaltensweisen qua Definition aus dem Tatbestand heraus, nämlich jene, die nur minimalste körperliche Veränderungen als Taterfolge hervorrufen. Gemeint sind jene minimalen körperlichen Veränderungen, die der Gesetzgeber aus Gründen der Verhältnismäßigkeit ausdrücklich noch nicht als »Verletzung« anerkennt. Eine ausreichende Bestimmtheit dieser Strafbestimmung ist damit eindeutig gegeben.

Die relevante Strafbarkeitszone ergibt sich nun allerdings keineswegs immer allein aus der Auslegung des Tatbestands einer Strafbestimmung. Vielmehr ist die Abgrenzung von Erlaubtem zu Strafbarem erst nach Hinzuziehung der übrigen Strafbarkeitsvoraussetzungen für das Verhalten eines Individuums möglich (Rechtfertigung, Schuld, keine Strafaufhebungs- oder -ausschließungsgründe). Insgesamt wird einem Rechtsunterworfenen die Frage, welches Verhalten mit Strafe belegt ist oder ohne Strafe bleibt, nämlich nur beantwortet, wenn neben der Tatbestandsformulierung auch die Reichweite der Rechtfertigungsgründe, die Fälle, in denen die Schuld entfällt und die Reichweite etwaiger Strafaufhebungs- und -ausschließungsgründe ausreichend bestimmt sind. Für die individuelle Entscheidung des Einzelnen, ein Verhalten (nicht) zu setzen, spielt folglich nicht nur die Formulierung des Tatbilds eine Rolle; er kann sein Verhalten vielmehr entlang der Rechtsordnung auch dann nicht verlässlich ausrichten, wenn zwar der Tatbestand zunächst klar erscheint, dann aber durch besonders vage Strafbarkeitsausnahmen so verwässert wird, dass wieder für einen Großteil der Sachverhalte

---

885 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 212: »Am Körper verletzt, wer in die Unversehrtheit des Körpers nicht ganz unerheblich eingreift.«

unklar bleibt, ob sie nun erlaubt oder strafbar sind. Die Bestimmtheit eines Strafgesetzes erhöht sich regelmäßig insgesamt, wenn auch etwaige Rechtfertigungs-, Entschuldigungs- und Strafaufhebungs- und -ausschlussgründe präzise formuliert sind. Umgekehrt ist es der Normbestimmtheit stets abträglich, wenn ein Tatbestand um unklare weitere Strafbarkeitsvoraussetzungen ergänzt wird. Das gilt auch dann, wenn es sich um Strafbarkeitsausnahmen handelt – auch eine undeutliche Formulierung zB eines Rechtfertigungsgrunds reduziert die Normbestimmtheit, weil die Strafbarkeitszone gleichwohl unbekannt bleibt. Die Prüfung, ob eine Strafnorm ausreichend bestimmt ist, inkludiert folglich auch die Rechtfertigungs- und Entschuldigungs- bzw Strafaufhebungs- und -ausschlussgründe. Diese Strafbarkeitsvoraussetzungen werden daher in zumindest eingeschränkter Form in die spätere Gesetzesmaterialienanalyse<sup>886</sup> bzw in die Prüfung der ausreichenden Bestimmtheit der §§ 111 ff StGB<sup>887</sup> miteinbezogen.

#### e. *Unproblematische Unklarheiten im Randbereich*

Insgesamt muss eine Strafnorm daher von Beginn an einen unstrittigen Strafbarkeitskern aufweisen, der die meisten denkbaren Sachverhaltskonstellationen erfasst. Jenseits dieses großen Kernbereichs sind Randbereiche, in denen die Rechtsansichten insb in Schrifttum und Judikatur auseinandergehen, ohne Weiteres zulässig (und wohl auch unvermeidlich): Grundsätzlich ist aber bereits der Wortlaut von Strafgesetzen so zu fassen, dass die Normadressaten für den Großteil aller Sachverhaltskonstellationen anhand dieses Wortlauts voraussehen können, ob ein Verhalten strafbar ist oder nicht.<sup>888</sup> Die Subsumtion soll in diesen Fällen zweifelsfrei erfolgen können.

Divergierende Lehrmeinungen oder ein von der Rsp abweichendes Schrifttum zu den Randbereichen des Anwendungsbereichs führen *per se* ebenso wenig zu einer mangelnden Bestimmtheit wie auch die vereinzelte Verwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe oder normativer Tatbestandsmerkmale.<sup>889</sup> In diesen »Randunschärfen« genügt es sogar, wenn für den Normadressaten lediglich das bloße Risiko einer Strafbar-

886 XVI.C.–XVI.E.

887 XVI.G.–XVI.H.

888 Vgl auch BVerfGE 48, 48 (56 f); 92, 1 (12) zur dt Rechtslage.

889 Näher VI.C.4.

keit erkennbar ist.<sup>890</sup> Der VfGH hat in seiner Entscheidung VfSlg 8.390 zur Auslegung des § 16a Abs 3 Tiroler Raumordnungsgesetz zum Begriff des »Apartmenthauses« ganz ähnlich ausgeführt, dass eine Regelung nicht schon deshalb wegen Verstoßes gegen Art 18 B-VG verfassungswidrig ist, »wenn sich in Einzelfällen bei der Interpretation Schwierigkeiten ergeben.« Das muss mE unterschiedslos bei Zugrundelegung aller Grundgedanken der Bestimmtheit gelten (Vorhersehbarkeit, demokratischer Aspekt des Gesetzesvorbehalts etc).

In einer anderen Entscheidung kam er allerdings offenbar zum gegenteiligen Ergebnis für das Verwaltungsstrafrecht, wonach auch nur »[i]n Grenzfällen bestehende Unklarheiten über das Ausmaß der [...] [Pflicht, deren Verletzung zur Strafbarkeit führt,] [...] eine Bestrafung [...] von vornherein aus[schließen].«<sup>891</sup> Überträgt man diese letztgenannte Rsp zum Verwaltungsstraf- auf das gerichtliche Strafrecht, wären allerdings wohl zahlreiche Strafbestimmungen entweder verfassungswidrig oder aber teleologisch so weit zu reduzieren, dass eine Strafbarkeit ausgeschlossen wäre, wenn es sich um einen »Grenzfall« handelt. Ein solcher Grenzfall wäre immer dann anzunehmen, wenn ein Verhalten entweder nur deshalb unter einen Tatbestand subsumiert werden kann, weil es ein Tatbestandsmerkmal im Bereich seines Begriffshofs noch erfasst. Oder aber es besteht ein Meinungsstreit etwa innerhalb der Literatur oder auch zwischen Literatur und Rsp über die strafrechtliche Behandlung einer Ausnahmekonstellation. Für eine solche wäre eine Strafbarkeit schon deshalb auszuschließen, weil in soweit eben keine »Einigkeit« herrscht. Das kann in einem lebendigen Austausch zwischen Wissenschaft und Praxis oder auch innerhalb eines Teilbereichs nicht gewünscht sein. Umgekehrt geht es aber auch zu weit, wenn es der OGH für die Herabwürdigung religiöser Lehren nach § 188 StGB genügen lässt, dass die normativen Begriffe »Herabwürdigen« und »Eignung, berechtigtes Ärgernis zu erregen« »zur Abgrenzung von Recht und Unrecht bei Beurteilung einer konkreten Tat ausreichend [sind] und [...] das Risiko strafrechtlicher Verfolgung ohne weiteres vorhersehbar [...] [ist], wenn der Prophet Mohammed im Rahmen eines öffentlichen Vortrages vor einem Publikum, das keine Gesinnungsgemeinschaft darstellt [...], ohne sachliche Auseinandersetzung

890 Ähnlich zum dt Recht BVerfGE 126, 170; 48, 48 (56 f); 92, 1 (12).

891 Im Ausgangsfall ging es um eine (Müll-)Trennungspflicht nach einer Verordnung auf der Grundlage des Abfallwirtschaftsgesetzes: VfSlg 14.319.

einer krankheitswerten sexuellen Präferenz geziehen wird.«<sup>892</sup> Erstens genügt die bloße Vorhersehbarkeit eines Risikos gerade nicht *per se* für eine ausreichende Bestimmtheit. Zweitens ist die Frage nach ausreichender Bestimmtheit nicht für jeden konkreten Einzelfall isoliert zu stellen. Die Prüfung der Bestimmtheit muss vielmehr abstrakt für alle denkbaren Sachverhalte (und damit Einzelfälle) vorgenommen werden.

### f. *Ausreichende Bestimmtheit ab Geltungsbeginn*

Nach der Rsp des EGMR kann eine im Zeitpunkt des Geltungsbeginns einer Norm fehlende Bestimmtheit des Gesetzeswortlauts bis zu einem gewissen Grad durch die einschlägige und konkretisierende Rsp ausgeglichen werden:

»Art 7 darf nicht so ausgelegt werden, dass er die schrittweise Klärung der Regeln strafrechtlicher Verantwortlichkeit durch richterliche Auslegung von Fall zu Fall ausschließlichen will, vorausgesetzt, dass die daraus resultierende Entwicklung mit dem Wesensgehalt der strafbaren Handlung übereinstimmt und vernünftigerweise vorhergesehen werden kann.«<sup>893</sup>

Der EGMR stellt hier also vorrangig darauf ab, ob die jeweilige Rsp für den Rechtsunterworfenen vorhersehbar war.<sup>894</sup> Dem folgend plädiert etwa auch *Reindl*<sup>895</sup> dafür, dass eine entsprechend dichte Vorjudikatur Blankettstrafnormen auslegbar macht und ihre Unbestimmtheit damit auszugleichen vermag. Auch in Deutschland anerkennt das BVerfG ganz ähnlich das sog Präzisionsgebot.<sup>896</sup> Demnach richtet Art 103 Abs 2 GG eine Pflicht an die Rsp zur Präzisierung unbestimmter Rechts-

892 OGH 11.12.2013, 15 Os 52/12d.

893 EGMR 25.9.2001, *Unterguggenberger vs Österreich* = ÖJZ 2002/6 (MRK), 271, zu § 153 StGB, mwN aus seiner früheren Rsp (keine Rz); ähnlich EGMR 25.5.1993, *Kokkinakis vs Griechenland*. Eine unvorhersehbare Auslegung durch die Rsp führt dagegen zur Grundrechtswidrigkeit der Entscheidung: EGMR 10.10.2006, *Pessino vs Frankreich*; 24.5.2007, *Dragotoniú ua vs Rumänien*; näher *Frowein* in *Frowein/Peukert*, EMRK<sup>3</sup>, Art 7 Rz 4.

894 So zB auch im Urteil EGMR 7.6.2012, *Centro Europa 7 S.R.L. and Di Stefano vs Italien*, Rz 141 ff.

895 ÖJZ 2007, 136.

896 ZB BVerfGE 126, 170; kritisch dazu zB *Basak* in *Brunhöber/Reinbacher/Vormbaum/Höffler/Kaspar*, Strafrecht und Verfassung, 77 ff; *Perron* in *Hilgendorf*, Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht, 212 f; weitere Bsp bei *Papier/Möller*, AÖR 1997, 189 ff.

begriffe und es genügt, wenn eine kontinuierliche Rsp erst die konkrete Bedeutung des Begriffs entwickelt.<sup>897</sup> Das führt dazu, dass es auch im dt Recht kaum Strafnormen gibt, die dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot nicht entsprechen. So wurde etwa die Formulierung »in einer die Menschenwürde verletzenden Weise« iSd § 131 Abs 1 dStGB als ausreichend bestimmt erachtet.<sup>898</sup> Das kommt im Ergebnis einer Art nachträglichen Sanierung des Gesetzes durch die Rsp gleich. Diese Rsp wird in der Literatur auch zT abgelehnt: Weder liege hierin eine methodengerechte Auslegung, die allgemein anerkannt ist, noch sei dieses Verständnis der strafrechtlichen Bestimmtheit mit dem Gewaltenteilungsprinzip vereinbar.<sup>899</sup>

Der VfGH rekurriert dagegen gerade nicht auf diese Vorhersehbarkeit iSd EGMR-Rsp. Mit guten Gründen: Art 18 B-VG verankert ein umfassendes Legalitätsprinzip inkl einem Gebot der Gesetzesdeterminierung und legt auch die Wortlautschränke als absolute Grenze jeder Auslegung fest.<sup>900</sup> Das bedeutet aber gleichzeitig, dass das Gesetz vom ersten Tag seiner Geltung an ausreichend bestimmt sein muss.<sup>901</sup> Daher muss eine Strafnorm den Anforderungen an eine ausreichende Bestimmtheit schon vom Beginn ihrer Geltung an genügen. Die Möglichkeit, fehlende Bestimmtheit allein durch insb eine sich im Verlauf der Zeit entwickelnde Rsp auszugleichen, erscheint nämlich jedenfalls für das österreichische Strafrecht problematisch. Denn gerade zu Beginn der Geltung einer Strafnorm kann schon *per se* keine auslegende Judikatur existieren; viele Rechtsnormen des StGB weisen sogar noch nach Jahren wenig öffentlich zugängliche Judikatur zu ihrer Auslegung auf.<sup>902</sup>

Zudem ist festzuhalten, dass die dargestellte Rsp des EGMR zu Art 7 EMRK vor der besonderen Herausforderung steht, dem Bestimmtheits-

897 *Schmitz* MüKo<sup>3</sup>-StGB § 1 Rz 49 mN aus der dt Rsp, § 1 Rz 52 ff ausführlich zum Präzisionsgebot. Eine andere, mE überzeugende Ansicht vertritt demgegenüber *Beaucamp*, Rechtslehre 42 (2011), 57 f, wonach ein Ausgleich einer gewissen Unbestimmtheit durch eine gefestigte Rsp nur dann in Betracht kommt, wenn vom Gesetzgeber eine bereits gefestigte Rsp in geschriebenes Recht gegossen wird.

898 BGH 22. 7. 2004, 5 StR 85/04 = *wistra* 2004, 393 mwN.

899 *ZB Basak* in *Brunhöber/Reinbacher/Vormbaum/Höffler/Kaspar*, Strafrecht und Verfassung, 80; *Perron* in *Hilgendorf*, Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht, 212 f; *Schmitz* MüKo<sup>3</sup>-StGB § 1 Rz 53 mwN.

900 Dazu näher VI.E.1.

901 Zu alledem *Lewisch* in *Kneihls/Lienbacher*, Bundesverfassungsrecht, Art 7 EMRK Rz 26, 37.

902 Vgl auch *Schmitz* MüKo<sup>3</sup>-StGB § 1 Rz 54 mwN zum dt Recht.

gebot auch für Richterrechtskreise erreichbare Maßstäbe zu geben,<sup>903</sup> ohne das *Common Law*-Recht zu verändern.<sup>904</sup> Nur so lässt sich mE eine Entscheidung der EKMR erklären, der eine Beschwerde gegen Österreich zugrunde lag. Im konkreten Fall wurde die ausgedehnte Auslegung von Strafgesetzen vom Beschwerdeführer als Verletzung gerügt. Die EKMR verneinte die Verletzung von Art 7 EMRK deshalb, weil die Strafbestimmung durch den OGH bereits lange Zeit vor der Verurteilung des Betroffenen so ausgelegt wurde.<sup>905</sup> Die Entscheidung lässt sich zwar so verstehen, dass die Kommission jedenfalls Fälle, in denen eine Strafnorm erst jüngst in Geltung ist und daher noch keine oder wenig einschlägige Rsp existiert oder aber die Rsp erst kürzlich umgeschwenkt ist, unter Aspekten des Bestimmtheitsgebots als problematisch ansieht.<sup>906</sup> Eine »Sanierung« ehemals zu unbestimmter Gesetze durch die etablierte Rsp lässt sie allerdings – wohl vor dem genannten Hintergrund – zu. Das österreichische Bestimmtheitsgebot muss den besonderen Anforderungen aus dem *Common Law*-System allerdings nicht Rechnung tragen. Art 18 B-VG und § 1 StGB können daher einen insoweit strengeren Maßstab anlegen. Eine Sanierung eines zu unbestimmten Gesetzes durch die Judikatur im Zeitverlauf ist daher für das österreichische Recht mE wegen Art 18 B-VG (und auch § 1 StGB) abzulehnen.

### g. *Zumutbarkeit der Einholung juristischen Rats*

Die Einholung von juristischem Rat zur Klärung des eindeutigen Strafbarkeitskerns ist dem Rechtsunterworfenen regelmäßig zumutbar.<sup>907</sup> Eine Strafnorm ist folglich nicht schon dann zu unbestimmt, wenn

- 
- 903 Aus diesem Grund braucht nach der Rsp des EGMR ein Straftatbestand nicht dem geschriebenen Recht anzugehören. Er muss diesfalls aber von der Rsp entsprechend klar umgrenzt sein; zB die Entscheidungen der EKMR in der Sache E 6782/74 ua, DR 9, 13, 17 f; oder EGMR 7.2.2002, *E. K. vs Türkei*, Rz 51; dazu *Frowein in Frowein/Peukert*, EMRK<sup>3</sup>, Art 7 Rz 4.
- 904 EGMR 24.4.1979, *Sunday Times vs Vereinigtes Königreich*; dazu *Harris/O'Boyle/Warbrick*, European Convention on Human Rights<sup>4</sup>, 629 ff; *Frowein in Frowein/Peukert*, EMRK<sup>3</sup>, Art 7 Rz 3.
- 905 EKMR E 4161/69, YB 13, 798, 806.
- 906 So auch *Frowein in Frowein/Peukert*, EMRK<sup>3</sup>, Art 7 Rz 4.
- 907 EGMR 15.11.1996, *Cantoni vs Frankreich*; 7.5.1982, *Ltd und Y vs England*, Rz 10; 25.9.2001, *Unterguggenberger vs Österreich* = ÖJZ 2002/6 (MRK), 271, zu § 153 StGB (keine Rz); aA zB *Schmitz MüKo<sup>3</sup>-StGB § 1 Rz 50*, wonach eine Verständlichkeit für einen Rechtsanwender nur unter Zuhilfenahme juristischer Technik nicht ausreicht.



die Bestimmbarkeit des strafrechtlichen Gesetzestexts erst unter Inanspruchnahme von Rechtsberatung möglich wird. Denn: Eine Norm ist dann ausreichend bestimmt, wenn mit Hilfe der Auslegung nach den anerkannten Methoden ein bestimmbarer Inhalt ermittelt werden kann. Diese Auslegung kann aber in aller Regel nur von juristisch besonders kundigen Personen sachgerecht vorgenommen werden.<sup>908</sup> Hierdurch werden die Anforderungen an die Präzision von Strafgesetzen an das praktisch Machbare insoweit angepasst, als die unlösbare Vagheit des Mediums Sprache durch entsprechend sorgfältige Rechtsarbeit ausgeglichen werden darf und muss, weil eine darüber hinausgehende Allgemeinverständlichkeit von juristischen Gesetzestexten nicht verlangt werden kann. Konkret müssen damit das Verfahren und die Ergebnisse von sorgfältiger Rechtsarbeit durch einen Rechtskundigen bestimmbar sein. Zu fordern ist damit eine nachvollziehbare und transparente Rechtsarbeit,<sup>909</sup> die in den meisten Fällen zu klaren Ergebnissen führt.

#### *h. Konsequenzen für den Gesetzgeber*

Wie an anderer Stelle festgestellt, ist der Gesetzgeber verpflichtet, das Bestimmtheitsgebot zu wahren; das gilt auch in jenen Fällen, in denen er aus Anlass der Schaffung einer Strafnorm eine Abwägungsentscheidung zu treffen hat oder eine solche Abwägung für den jeweiligen Einzelfall vorgesehen werden soll.<sup>910</sup> Für den Strafgesetzgeber hat die obige Definition des Bestimmtheitsgebots daher unmittelbare Konsequenzen: Strafrechtliche Abwägungsentscheidungen sind nachvollziehbar und transparent zu gestalten. Das bedeutet, dass zunächst das Ergebnis des Abwägungsprozesses möglichst klar in der jeweiligen Gesetzesbestimmung Ausdruck finden muss. Um den Prozess der Entscheidungsfindung des Gesetzgebers sowie die maßgeblichen Abwägungsgesichtspunkte und ihre gesetzgeberische Gewichtung für den Rechtsanwender sichtbar zu machen, sind in den einschlägigen Gesetzesmaterialien überdies die der Gesetzesfassung vorangegangenen Erwägungen darzulegen. Die Materialien dienen folglich der Erörterung der dahinterstehenden gesetzgeberischen Überlegungen und dem Rechtsanwender als Interpretationshilfe. Die Abwägung ist entsprechend zu dokumentieren.

908 So im Ergebnis schon *Beaucamp*, *Rechtstheorie* 42 (2011), 36.

909 So auch schon *Müller/Christensen*, *Juristische Methodik*<sup>41</sup>, Rz 182.

910 Oben VI.C.1.

Für das – weniger strenge – allgemeine Bestimmtheitsgebot im Verwaltungsrecht hält der VfGH fest:

»Das Gesetz muß die Verwaltungsorgane ausreichend konkretisiert anleiten, wie sie bei der gebotenen Interessenabwägung vorzugehen haben. Dies etwa derart, daß es klarstellt, welche Fallgruppen es allenfalls gibt, in denen das öffentliche Interesse so sehr überwiegt, daß eine Interessenabwägung von vornherein ausgeschlossen ist; vor allem aber derart, daß das Gesetz klärt, welche [...] Aspekte im gegebenen Zusammenhang bedeutsam sind (allenfalls mit welchem Gewicht) und gegen das öffentliche Interesse [...] abzuwägen sind.«<sup>911</sup>

Nichts anderes kann sinngemäß für das Verhältnis des Gesetzes bzw des Gesetzgebers zur Rsp gelten: Das Gesetz (samt Materialien als Auslegungshilfe) muss so gefasst sein, dass die Rsp ausreichend angeleitet wird, wie eine Interessenabwägung im Einzelfall vorzunehmen ist, falls ein entsprechender Auslegungsspielraum vom Gesetz vorgesehen ist. Dies hat insb durch die Vorgabe der maßgeblichen Abwägungssichtspunkte zu geschehen.

#### 4. Legistische Umsetzungsmöglichkeiten

Unter diesem strengen Bestimmtheitsgebot stehen dem Gesetzgeber mehrere Möglichkeiten offen, wie er eine Strafnorm fassen kann. Sie werden nachstehend dargestellt.<sup>912</sup> Das legistische Ziel ist jeweils, Tatbestände so zu formulieren, dass eine weitestgehend klare Abgrenzung jener Sachverhalte, die ihm unterfallen, von denen, die nicht darunter

<sup>911</sup> VfSlg 11.455.

<sup>912</sup> Zum Sonderproblem der Blankettstrafnormen, die durch eine »äußere Trennung von Tatbild und Strafdrohung gekennzeichnet« sind (so VfSlg 12.947), zB *Lewis* in *Kneihls/Lienbacher*, Bundesverfassungsrecht, Art 7 EMRK Rz 31 mN aus der Rsp; *Haubeneder*, ZWF 2015, 236 ff; bei § 91 UrhG *Reindl*, ÖJZ 2007, 133 ff; zu § 320 Abs 1 Z 3 StGB (»Kampfmittel entgegen den bestehenden Vorschriften«) siehe die Entscheidung des VfGH in VfSlg 12.947; zum sog *Noricum*-Urteil eingehend *Brandstetter* in *Leitner*, Finanzstrafrecht 2005, 170 ffz; zum speziellen Problem der »sinngemäßen Anwendung« zB VfSlg 6.355; 6.896, wonach die Technik nicht per se unvereinbar mit Art 18 B-VG ist. VfSlg 8.695: »Eine dem rechtsstaatlichen Gebot widersprechende Unbestimmtheit könnte [...] [aber] vorliegen, wenn der Inhalt der Tatbestände [...] die Art der sinngemäßen Anwendung in Schwebeliefesse.«; zu Blankettstrafnormen und sog dynamischen Verweisen mwN auch *Steininger E.* SbgK § 1 Rz 148 ff.

subsumierbar sind, vorgenommen werden kann. Das können am besten besonders trennscharfe Begriffe leisten (insb präzise formulierte *Legaldefinitionen und deskriptive Tatbestandsmerkmale*<sup>913</sup>), die einen möglichst großen Begriffskern und einen möglichst kleinen Begriffshof aufweisen. Daneben sind aber auch nicht-trennscharfe Begriffe zulässig, also solche, für die ein größerer Begriffshof wesentypisch ist, der im Wege der Auslegung zu präzisieren ist. Hierunter fallen insb *unbestimmte Gesetzesbegriffe* oder *normative Tatbestandsmerkmale*.<sup>914</sup>

#### a. *Legaldefinitionen und deskriptive Tatbestandsmerkmale*

Der Gesetzgeber kann den Wortlaut zunächst so klar und unmissverständlich fassen, dass den Strafgerichten wenig bis kein Spielraum bei der Entscheidung über die Strafbarkeit verbleibt. Das kann insb durch die weitgehende Verwendung von Legaldefinitionen und deskriptiven Tatbestandsmerkmalen geschehen. Als Bsp sei etwa § 2 SMG zusammen mit den einschlägigen Verordnungen genannt, die insgesamt eine abschließende Liste aller Stoffe und Zubereitungen enthalten, die als »Suchtgift« gelten und damit den Beschränkungen und Verboten des SMG unterworfen sein sollen. Solche exakten Definitionen sind – abhängig von der Materie – nicht für jeden Straftatbestand möglich. Das zeigt zB die unterschiedliche »Bestimmtheitsdichte« der Legaldefinitionen in § 74 StGB: Während der Begriff des »unbaren Zahlungsmittels« in § 74 Abs 1 Z 10 StGB eine hohe Bestimmtheit aufweist und damit wenig Abwägungsspielraum belässt, finden sich in der Legaldefinition der »gefährlichen Drohung« nach § 74 Abs 1 Z 5 StGB selbst wieder normative Begriffe, wie etwa jener des »Übels« oder der »begründeten Besorgniseignung«. Die legistische Technik, die Bestimmtheit der Strafgesetze durch Definitionen oder deskriptive Merkmale zu erhöhen, funktioniert folglich nur, soweit solche Legaldefinitionen und deskriptiven Tatbestandsmerkmale nicht ihrerseits wieder nur aus höchst unbestimmten Merkmalen bestehen. Insgesamt »helfen« Legaldefinitionen dem Rechtsanwender damit idealiter bei der Bestimmung des Inhalts eines gesetzlichen Merkmals, die Auslegung bleibt aber nicht zur Gänze erspart.<sup>915</sup>

913 VI.C.4.a.

914 Näher VI.C.4.b.

915 *Schick* in FS Walter, 629.

Das Gesetz verankert in geeigneten Fällen somit entweder selbst eine klare Definition oder verwendet exakte Begrifflichkeiten, um Lebenssachverhalte verallgemeinernd zu beschreiben.<sup>916</sup> Ergänzend können noch weitere Klarstellungen in den einschlägigen Gesetzesmaterialien vorgenommen werden, die sodann als zentrale Auslegungshilfe dienen.<sup>917</sup>

§ 83 Abs 1 StGB etwa stellt denjenigen unter Strafe, der einen anderen am Körper verletzt (oder an der Gesundheit schädigt). Der Begriff der Körperverletzung ist in den Materialien<sup>918</sup> definiert als jeder nicht ganz unerhebliche Eingriff in die Unversehrtheit des Körpers eines anderen. Gänzlich unerhebliche Eingriffe erfüllen das Tatbildmerkmal nach dieser Definition umgekehrt nicht. Nach einer vom Gesetzgeber vorgenommenen Abwägung sollen folglich nur minimale körperliche Veränderungen am Opfer außer Betracht bleiben. Welche das sind, ist damit zwar im Einzelnen in das Ermessen des Gerichts gestellt; die Zahl der Fälle, in denen auch ohne nähere Erörterung die Entscheidung eindeutig ist, überwiegt aber deutlich, weil es für die Mehrzahl der medizinisch denkmöglichen körperlichen Veränderungen wohl außer Frage stehen wird, dass sie »nicht gänzlich unerheblich« sind (Nasenbluten, größere Hämatome, Brüche, Schnittwunden, Platzwunden, Verbrennungen usw).<sup>919</sup> Eine noch weitere Konkretisierung des gesetzgeberischen Willens hätte man legislativ durch die Nennung von Bsp erreichen können, so wie es etwa bei der in den Materialien<sup>920</sup> zu findenden Definition des Begriffs der Misshandlung nach § 83 Abs 2 StGB geschehen ist. Durch die Bsp »Schläge«, »Stöße«, andere »Erregung von Schmerz«, »Abschneiden von Haupt- oder Barthaaren« wird deutlich, was unter Einwirkungen mit physischer Kraft, die das körperliche Wohlbefinden des anderen nicht ganz unerheblich beeinträchtigen, zu verstehen ist. Darunter fallen nämlich zB auch solche, die keine pathologischen Veränderungen am Körper hervorrufen. Ähnlich verhält es sich – um ein weiteres Bsp zu nennen – mit dem Begriff der »Sache« nach § 127 StGB: Für die allermeisten denkmöglichen Güter, Gegenstände etc ist klar, ob sie diebstahlfähige »Sachen« sind oder nicht.

916 *Nowakowski* WK<sup>1</sup>-StGB Vorbem §§ 3–5 Rz 56.

917 Zum Begriff der Gesetzesmaterialien VI.C.4.b. und XIII.E.

918 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 212.

919 Dazu schon oben VI.C.3.d.

920 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 212.

Verwendet der Gesetzgeber eine Legaldefinition, kann er hierbei sogar über den äußerst möglichen Wortsinn des üblichen Sprachgebrauchs des definierten Begriffs hinausgehen. Ein für das Strafrecht relevantes Bsp ist etwa § 49 Kraftfahrzeuggesetz: Demnach sind Kfz-Kennzeichen sog öffentliche Urkunden, sodass eine Strafbarkeit wegen Urkundenfälschung nach § 224 StGB entstehen kann, obwohl sich ein Kfz-Kennzeichen auch bei Zugrundelegung des äußerst möglichen Wortsinns nicht unter die Legaldefinition des Begriffs »Urkunde« nach § 74 Abs 1 Z 7 StGB subsumieren lässt.<sup>921</sup>

*b. Unbestimmte Gesetzesbegriffe oder normative Tatbestandsmerkmale unter Vorgabe der Abwägungskriterien*

Nach dem Bestimmtheitsgebot sind auch unbestimmte Gesetzesbegriffe<sup>922</sup> unter gewissen Voraussetzungen zulässig: Die Verwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe ist nämlich nach stRsp des VfGH dann mit Art 18 B-VG und Art 7 EMRK<sup>923</sup> vereinbar, wenn die Begriffe einen soweit bestimmbareren Inhalt haben, dass »der Rechtsunterworfenen sein Verhalten danach einrichten kann und die Anwendung solcher unbestimmter Rechtsbegriffe [...] auf ihre Übereinstimmung mit dem Gesetz überprüft werden kann«<sup>924</sup>. Außerdem darf ein unbestimmter Gesetzesbegriff nicht verwendet werden, wenn er »ohne Schwierigkeit durch eine bestimmte Regelung ersetzt werden könnte [*Herv entf*]«<sup>925</sup>. Werden mehrere unbestimmte Gesetzesbegriffe in einer Regelung verwendet, muss sich aus der Norm insgesamt dennoch ein bestimmbarer Inhalt ergeben. Das ist insb dann nicht der Fall, wenn sie zueinander gerade gegensätzlich sind.<sup>926</sup>

921 Dazu *Brandstetter* in *Leitner*, Finanzstrafrecht 2005, 163.

922 Zu den unbestimmten Gesetzesbegriffen grundlegend statt vieler *Koch H./Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, 194 ff.

923 Dazu erstmals auch EKMR 4.4.1794, *Handyside vs Vereinigtes Königreich*; ausführlich auch VfSlg 11.776.

924 ZB VfSlg 11.776 mwN; 19.771; 6.477; 7.907 jeweils mwN; außerdem VfSlg 7.907; 8.792; 9.609; 9.720; 10.737; näher zum Ganzen statt vieler *Rill* in *Kneihls/Lienbacher*, Bundesverfassungsrecht, Art 18 B-VG Rz 62 ff.

925 Statt vieler *Schmitz* MüKo<sup>3</sup>-StGB § 1 Rz 48 mwN für die wohl hM in Deutschland.

926 ZB VfSlg 10.296 (zum Baurecht): »Nun bediente sich der [...] [G]esetzgeber [...] einer Mehrzahl sog »unbestimmter«, durch unscharfe Konturierung charakterisierter Begriffe, von denen jeder einzelne – für sich allein genommen – hinreichend determiniert sein mag, die aber in ihrer Gesamtheit keine bestimmte vollziehbare [...] Regelung umreißen [...] Denn der Gesetzgeber gibt sich hier damit zufrieden, das

Daher muss einerseits eine Bestimmbarkeit des Inhalts, andererseits ein gewisser legislatischer Bedarf nach einer weniger bestimmten Regelung bestehen:<sup>927</sup> Soll der Rsp im Einzelfall aus Gründen der Einzelfallgerechtigkeit und Flexibilität des Strafrechts ein größerer Abwägungsspielraum verbleiben, können nämlich ohne Weiteres zumindest einzelne unbestimmte Gesetzesbegriffe verwendet werden,<sup>928</sup> die von der Rsp sodann auszufüllen sind. Der Bedarf an einem größeren Abwägungsspielraum ergibt sich daraus, dass eine übermäßige Starrheit des Rechts vermieden werden soll, die den Anwendungsbereich der Norm zu stark verengt.<sup>929</sup> Ein solcher Bedarf wird in der Praxis häufig bestehen, es sei denn, der Gesetzgeber will den Anwendungsbereich explizit eng halten. In den Fällen reduzierter Bestimmtheit stammt die

materielle Baurecht [...] auf zweierlei Weise zu umschreiben: Zum einen werden in Statuierung der an Bauvorhaben zu stellenden ›Anforderungen‹ unbestimmte Rechtsbegriffe aus unterschiedlichen Lebensbereichen gehäuft und völlig undifferenziert aneinandergereiht (wie etwa Sicherheit, Gesundheit, Zivilisation, Landschaftsbild, Wissenschaften [...]). Zum andern wird [...] festgelegt, daß (auch) den ›Anforderungen‹ der Bauvorhaben nach Art, Beschaffenheit und Zweckwidmung Rechnung zu tragen ist, ohne diese abermals nur durch Anführung unbestimmter Begriffe (wie Art, Lage Umfang usw.) benannten zusätzlichen Voraussetzungen näher zu bezeichnen. Da die Erfordernisse der [...] einbezogenen Lebensgebiete [...] nicht immer übereinstimmen [...], ja vielmehr durchaus gegensätzlicher Natur sein können und das Gesetz hier eine Rangordnung oder Gewichtung nicht erkennen läßt, aber auch keinerlei Anleitung zur Interessenabwägung gibt, bleibt die Gestaltung der materiellen Bauvorschriften [...] letzten Endes dem Verordnunggeber überlassen, der [...] weithin bindungsfrei nach eigenen Zielvorstellungen verfahren kann«; 13.301: Der Verfassungsgerichtshof bezweifelt, »daß es selbst unter erschöpfender Heranziehung aller Interpretationsmethoden [...] gelingen würde, den normativen Inhalt der [...] relativ unbestimmten Gesetzesbegriffe ›erheblich‹ und ›unbedeutend‹ getrennt mit zureichender Genauigkeit zu ermitteln. Ein gesetzliches Regime, das aus zwei einander notwendig bedingenden, miteinander verzahnten Regelungen [...] besteht, von denen jede durch die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, und zwar jeweils im Rahmen eines zu mannigfaltigen Zweifelsfragen Anlaß bietenden legislativen Umfeldes, gekennzeichnet ist, entspricht nicht den Anforderungen des Art 18 Abs 1 B-VG [...], denn es fehlt an dem [...] Kriterium für die Abgrenzung zwischen dem erheblichen Eingriff durch eine Maßnahme mit potentiell abträglicher Auswirkung und deren Beurteilung [...] als ›unbedeutend‹«.

- 927 Insoweit ist das Bestimmtheitsgebot selbst eine Abwägungsregel iSd noch darzustellenden (IX.) Theorien von *Dworkin* und *Alexy*, weil die Bestimmtheit eines Strafgesetzes im Rahmen einer Abwägung abhängig von anderen konfligierenden Belangen auch reduziert werden kann; so *Burchard* in *Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski*, Strafrechtspflege, 47.
- 928 Ähnlich auch *Holoubek/Neisser* in *Machacek/Pahr/Stadler*, Grund- und Menschenrechte, 235.
- 929 Vgl EGMR 25. 5. 1993, *Kokkinakis vs Griechenland*, Rz 40; 24. 2. 1998, *Larissis et al vs Griechenland*, Rz 32 ff; dazu schon VI.C.2.a.

abstrakte Abwägungsentscheidung über die Strafbarkeit eines Verhaltens weiterhin vom Gesetzgeber, die konkrete Einzelfallentscheidung ermöglicht allerdings die Einbeziehung aller individuellen Umstände und insb Interessen in eine richterliche Abwägung.

Die so ausnahmsweise reduzierte Bestimmtheit des Wortlauts eines Strafgesetzes muss jedoch vom Gesetzgeber entsprechend ausgeglichen werden, indem er die wesentlichen Regeln, Prinzipien und Leitlinien, an denen sich die Rsp bei der Einzelfallentscheidung zu orientieren hat, sichtbar macht. Es sind daher, wenn eine Abwägung über eine vage Formulierung im Einzelfall delegiert werden soll, ausreichende Abwägungskriterien vorzugeben.<sup>930</sup> Gemeint sind jene maßgeblichen Abwägungsgesichtspunkte, von denen sich der Gesetzgeber grundsätzlich selbst leiten ließ bzw zu deren Berücksichtigung die Rsp angehalten werden soll. Zentral geht es maW um eine Handreichung zur Auslegung eines unbestimmten Gesetzesbegriffs an die Normunterworfenen und Normanwender.<sup>931</sup> In dieser Handreichung finden sich jene Grundsätze, deren Kenntnis dem Rechtsanwender eine Abwägung widerstreitender Interessen iSd Gesetzgebers ermöglicht. Sie werden im weiteren Verlauf als Regeln, Prinzipien und Leitlinien nach der Prinzipientheorie insb von *Dworkin* und *Alexy* bezeichnet und näher konkretisiert.<sup>932</sup>

Im Verwaltungsrecht ist eine solche Pflicht des Gesetzgebers zur Determinierung der Richtwerte bei Ermessensentscheidungen der Verwaltung (Art 130 Abs 2 B-VG) in der verfassungsgerichtlichen Rsp seit Langem anerkannt.<sup>933</sup> Dementsprechend wägt etwa der VfGH in der Entscheidung VfSlg 11.558 zum sog »Sperrhalbtage« für Geschäftsbetriebe die Erwerbsfreiheit nach Art 6 StGG gegen jene entgegenstehenden öffentlichen Interessen ab, die in den Erläuternden Bemerkungen zum Gesetz enthalten waren. Hierdurch erreicht die zugrundeliegende Norm, nach der eine Abwägung im Einzelfall vorzunehmen ist, eine

930 So auch für die Delegation des Abwägungsvorgangs an Behörden: zB VfSlg 14.256 (»Frequenznutzungsplanung« im Rundfunkbereich); 15.559.

931 In diese Richtung geht auch die Entscheidung des VfGH in VfSlg 8.389, wonach das Gesetz bei anstehenden behördlichen Prognoseentscheidungen immer bestimmen muss, »von welchen in der Gegenwart objektiv feststellbaren Sachverhaltselementen die Behörde auszugehen hat, um auf künftige Ereignisse schließen zu können« (zum Begriff des »Apartmenthauses« iSd § 16a Tiroler Raumordnungsgesetz).

932 IX.

933 Erstmals VfSlg 3.317; zB auch VfSlg 14.256; ausführlich dazu *Novak* in FS Adamovich, 493; außerdem *Lienbacher* in *Khakzadeh-Leiler/Schmid/Weber*, Interessenabwägung, 95; *Stolzlechner*, ZfV 2000, 219 f.

ausreichende Bestimmtheit. Auf dieselbe Art und Weise lässt sich auch vom Strafgesetzgeber erzielen, dem im Strafrecht noch erhöhten Bestimmtheitsgebot Rechnung zu tragen.

Das StGB bedient sich an vielen Stellen, besonders aber bei den Ehrdelikten<sup>934</sup> und anderen Straftatbeständen, welche die Kommunikationsfreiheit beschränken (zB »in gehässiger Weise« nach § 248 StGB – Herabwürdigung des Staates und seiner Symbole), unbestimmter oder normativer und damit besonders auslegungsbedürftiger Gesetzesbegriffe. In vielen Fällen werden in materiell-strafrechtlichen Bestimmungen<sup>935</sup> damit *de facto* implizit Einzelfall-Abwägungen angeordnet: Als Bsp aus dem BT des Strafrechts seien nur das Sittenwidrigkeitskorrektiv in § 90 StGB oder §§ 105, 144 StGB und die Interessenabwägung nach § 286 Abs 2 Z 3 StGB (Unterlassung der Verhinderung einer mit Strafe bedrohten Handlung) genannt, als Bsp aus dem (hier nicht näher zu erörternden) AT die Notwehr nach § 3 StGB oder der entschuldigende Notstand in § 10 StGB.<sup>936</sup> Nach der Rsp des EGMR ist der Begriff der guten Sitten dann zulässig, wenn die zu regelnde Materie diesen Begriff nur schwer vermeidlich macht.<sup>937</sup>

Die Ehrdelikte in den §§ 111 ff StGB enthalten eine Menge solcher vager, ausfüllungsbedürftiger Begriffe: verächtliche Eigenschaft oder Gesinnung, unehrenhaftes Verhalten, gegen die guten Sitten verstoßendes Verhalten, Eignung zur Verächtlichmachung oder Herabsetzung in der öffentlichen Meinung, Beschimpfen, Verspotten, allgemein begreifliche Entrüstung.<sup>938</sup> Auch dem steht das Bestimmtheitsgebot solange nicht entgegen, als die oben dargestellten legislatischen Grundsätze eingehalten werden. Allerdings muss mE gelten: Je mehr unbestimmte Gesetzesbegriffe kumuliert in einem Tatbestand verwendet werden, umso ausführlicher müssen die Erwägungsgründe dargelegt und die maßgeblichen Regeln, Prinzipien und Leitlinien der Abwägung vorgegeben werden. Denn nach der Rsp des VfGH (zum Verwaltungs-, namentlich

934 XVI.H.3.

935 Im Sanktionenrecht stellt die Bemessung der tat- und schuldangemessenen Strafe (§ 32 StGB) den Musterfall einer Abwägungsentscheidung dar; *Birklbauer in Khakzadeh-Leiler/Schmid/Weber*, Interessenabwägung, 108.

936 Zu diesen Bsp ausführlich *Birklbauer in Khakzadeh-Leiler/Schmid/Weber*, Interessenabwägung, 108, 110 ff.

937 Dazu *Frowein in Frowein/Peukert*, EMRK<sup>3</sup>, Art 7 Rz 7 mit Hinweis auf EGMR 25.3.1985, *Barthold vs Deutschland*, Rz 47.

938 XVI.H.3.



Baurecht, im Strafrecht allerdings aufgrund der höheren Bestimmtheitsanforderungen jedenfalls anwendbar) kann eine Norm selbst dann dem Bestimmtheitsgebot nach Art 18 B-VG noch nicht genügen, wenn bei der Verwendung mehrerer unbestimmter Rechtsbegriffe in einem Tatbestand zunächst jeder einzelne Begriff für sich selbst ausreichend bestimmt ist.<sup>939</sup> Im Ausgangsfall begnügte sich der Gesetzgeber damit, als Vorgaben für den Ordnungsgeber nur »Allgemeine (baurechtliche) Erfordernisse« festzulegen und reihte hierzu »unbestimmte Rechtsbegriffe aus unterschiedlichen Lebensbereichen (wie etwa Sicherheit, Festigkeit, Gesundheit, Hygiene, Umweltschutz, Zivilisation) gehäuft und undifferenziert aneinander[...]«, die dem Ordnungsgeber selbst in ihrer Summe mangels Gewichtung oder Vorgabe einer Rangordnung insgesamt freie Hand bei der Beurteilung ließen.<sup>940</sup>

Im Kommunikationsstrafrecht kommt bei vielen dieser Begriffe noch hinzu, dass es sich zugleich um normative Tatbestandsmerkmale<sup>941</sup> handelt. Sie reduzieren die Bestimmtheit noch weiter, denn ihre Auslegung gelingt auch nach dem anerkannten Methodenkanon nicht ohne die Einbeziehung von Wertungen, die als in der Gesellschaft verwurzelt angesehen und daher auch dem geltenden Recht zugrunde gelegt werden.<sup>942</sup> Als Bsp seien nur der Begriff der »verächtlichen Eigenschaft oder Gesinnung« oder des »unehrenhaften Verhaltens« nach § 111 StGB (Üble Nachrede), die Eignung zur Weckung »begründeter Besorgnisse« als Teil der Definition der gefährlichen Drohung nach § 74 Abs 1 Z 5 StGB oder auch die Tatbildmerkmale des Tatbestands der Fortgesetzten Belästigung im Wege einer Telekommunikation oder eines Computersystems nach § 107c StGB (»in ihrer Lebensführung unzumutbar beeinträchtigen«, »an der Ehre verletzen«) genannt.

Die Verwendung einer solchen Fülle normativer Tatbestandsmerkmale ist für den hier relevanten Zusammenhang<sup>943</sup> aus zwei Gründen problematisch: Erstens ist vorausgesetzt, dass zumindest ein gesamt-

939 VfSlg 11.859.

940 Daher lag eine sog »formalgesetzliche Delegation« vor und das Gesetz war aufzuheben.

941 Zu den normativen Begriffen (oder auch »Wertbegriffen«) grundlegend statt vieler Koch H./Rüßmann, Juristische Begründungslehre, 201 ff.

942 Siehe auch Nowakowski WK<sup>1</sup>-StGB Vorbem §§ 3-5 Rz 56; ausführlich auch Steininger E., JBl 1987, 206 (insb zur damit verbundenen Irrtumsproblematik).

943 Zum speziellen Problem des Vorsatzes bei normativen Tatbestandsmerkmalen und der Konstruktion der »Parallelwertung in der Laiensphäre« grundlegend schon Wegscheider, JBl 1974, 192 ff.

gesellschaftlicher Grundkonsens über den Inhalt und seine Reichweite vorhanden ist, der überdies ermittelbar ist. Zweitens kommt die Interpretation eines normativen Tatbestandsmerkmals häufig nicht ohne ein erhöhtes Maß an Subjektivität aus. Was als »Beschimpfen« nach § 115 StGB (Beleidigung) oder als »gehässig« iSd § 248 StGB (Herabwürdigung des Staates und seiner Symbole) angesehen wird, empfindet nahezu jeder Mensch anders. Gerade in pluralistischen Gesellschaften fehlen also insgesamt einheitliche Bewertungskriterien; es gibt, wenn überhaupt, einen sehr kleinen festen »Kern«, über den Einigkeit besteht und der damit ausreichend objektiv ermittelt werden kann.<sup>944</sup> So hielt etwa der VfGH zum Begriff des »sittlich-religiösen Empfindens« in der in weiterer Folge aufgehobenen Strafnorm nach § 2 des Salzburger Lichtspielgesetzes fest:

»Das sittlich-religiöse Empfinden wird immer gegenteilige Auffassungen ablehnen. Die Art der Reaktion hierauf wird aber nicht immer gleich sein. Was der eine als verletzend und als unterdrückungsbedürftig ansieht, mag einen anderen bestimmen, aufklärend zu wirken. Auf das konkrete sittlich-religiöse Empfinden als Bewußtseinsinhalt der einzelnen kann es nun überhaupt nicht ankommen, es ist aber auch nicht möglich, eine Durchschnittsintensität und ein durchschnittliches Abwehrbedürfnis festzustellen. Dieser Begriff ist somit einer Objektivierung nicht zugänglich.«<sup>945</sup>

Schon, dass hier treffender von »Empfindung« als von »juristischer Beurteilung« gesprochen wird, zeigt die Problematik des verwendeten Begriffs. Insgesamt ist gerade durch den gehäuften Einsatz von normativen Merkmalen der Auslegungsspielraum für den Einzelfall erhöht;<sup>946</sup> die Bestimmtheit wird damit deutlich herabgesetzt. Dass das Strafrecht ohne Wertungen nicht auskommen kann, zieht der VfGH hierbei zwar nicht in Zweifel: »Es wird nur gefordert, daß die Wertungen in einer Weise formuliert werden, daß sie der Normunterworfenen, der hier als Individuum mit durchschnittlichen Verstandeskräften und Erfahrungen gedacht werden muß, versteht.«<sup>947</sup>

944 So *Schlüchter*, NStZ 1984, 301.

945 VfSlg 4.037.

946 So auch *Triffterer/Schmoller*, ÖJZ 1993, 573.

947 VfSlg 4.037; ausführlich zu alledem zB *Thienel* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg*, Bundesverfassungsrecht, Art 7 EMRK Rz 12. Ganz ähnlich fordert für das dt Recht auch *Schmitz* (MüKo<sup>3</sup>-StGB § 1 Rz 47), dass normative Tatbe-

Insgesamt sind normative Tatbestandsmerkmale gerade im grundrechtssensiblen Strafrecht aufgrund ihrer Vagheit mit besonderer Sparsamkeit einzusetzen. Sind sie zur Erreichung eines legislatischen Ziels aber nicht vermeidbar, sind die wesentlichen Auslegungsmaximen zumindest in den einschlägigen Gesetzesmaterialien darzulegen, weil andernfalls dem Bestimmtheitsgebot nicht genüge getan wäre. Der Begriff der »einschlägigen« Gesetzesmaterialien ist jeweils großzügig auszulegen: So müssen sich die maßgeblichen gesetzgeberischen Entscheidungskriterien keineswegs unmittelbar aus den zum einzelnen Delikt dazugehörigen Materialien ergeben. Es genügt vielmehr, dass die Materialien in einem nachvollziehbaren systematischen Zusammenhang mit der auszulegenden Strafbestimmung stehen. Ein solcher Konnex ist etwa zwischen den Bestimmungen eines Abschnitts innerhalb des StGB gegeben, ebenso zwischen jenen, die identische Begrifflichkeiten verwenden oder auch solchen, welche die gleiche inhaltliche Stoßrichtung haben. Als Bsp für letzteres ist allen voran das Kommunikationsstrafrecht nach hier gewählter Definition zu nennen.<sup>948</sup>

## 5. Präzisierung der Grenzen zur Unbestimmtheit

An diesem Punkt der Ausführungen zum Bestimmtheitsgebot angelangt, sollen die Grenzen zur Unbestimmtheit einer strafrechtlichen Norm noch näher präzisiert werden. Angestellt werden damit noch einige Überlegungen zur Negativdefinition der Bestimmtheit dahingehend, dass der Begriff der »Unbestimmtheit« exakter fassbar werden soll. Die zentrale Frage ist demnach, an welchen Stellen und unter welchen Voraussetzungen die zulässigen Grenzen der Bestimmtheit einer Norm überschritten werden.

Die »Denksport«-Judikatur des VfGH zum Verwaltungsrecht markiert zwei äußerste Grenzen: Die Grenze zur Unbestimmtheit ist zunächst überschritten, wenn zur »Sinnermittlung [der Gesetze, *Anm d Verf*] subtile verfassungsrechtliche Kenntnisse, qualifizierte juristische

---

standsmerkmale jedenfalls auch schon für den juristischen Laien und Normadressaten in ihrem Sinngehalt verständlich sein müssen. Noch weiter geht *Schlüchter*, NSTZ 1984, 302, die vorschlägt, überhaupt nur solche Taten zu bestrafen, die nach allen vertretbaren Auffassungen zu einem normativen Tatbestandsmerkmal strafwürdig sind, sodass auch ein Abstellen auf den Durchschnittsadressaten der Norm unzulässig sei.

948 IV.D.

Befähigung und Erfahrung sowie geradezu archivarischer Fleiß vonnöten« oder »zu deren Verständnis außerordentliche methodische Fähigkeiten und eine gewisse Lust zum Lösen von Denksport-Aufgaben erforderlich sind«<sup>949</sup>. Zu unbestimmt ist eine Norm weiters dann, wenn sie so vage ist, dass eine Überprüfung des Verhaltens der Vollziehung (inkl der Gerichtsbarkeit) nicht mehr möglich ist, weil das Verhalten nicht mehr klar als rechtsrichtig oder rechtsunrichtig beurteilt werden kann.<sup>950</sup>

Geht man nur von diesen allgemeinen Grenzen aus, muss das bedeuten, dass zB die Blankettstrafnorm nach § 91 UrhG zu unbestimmt geraten ist. Ihr objektiver Tatbestand nach Abs 1 lautet schlicht wie folgt: »Wer einen Eingriff der im § 86 Abs 1, § 90b, § 90c Abs 1 oder § 90d Abs 1 bezeichneten Art begeht...«. Sie weist damit keinen eigenständigen Inhalt auf, sondern verweist stattdessen auf zahlreiche zivilrechtliche Normen innerhalb des UrhG. Deren gemeinsame Anwendungsvoraussetzung wiederum ist, dass überhaupt Urheberschutz besteht, weil ein »Werk« iSd § 1 Abs 1 UrhG vorliegt. Der Begriff des »Werks« allerdings ist für sich genommen höchst unbestimmt: Er setzt »eigentümliche geistige Schöpfungen auf den Gebieten der Literatur, der Tonkunst, der bildenden Künste und der Filmkunst« voraus und überlässt damit dem Richter als gleichsam universalem Sachverständigen für Kunst zur Gänze die Beurteilung, was er als eine solche hinreichend eigentümlich und geistig geratene Schöpfung erachtet. Der OGH teilte diese Bedenken allerdings nicht, obwohl er eingesteht:

»[F]ür das Immaterialgüterrecht und den gewerblichen Rechtsschutz [sind] die vielen unbestimmten Rechtsbegriffe charakteristisch. Solche Tatbestände räumen dem Richter bei der Rechtsanwendung einen viel weiteren Spielraum ein als sonst; sie lassen sich in Wahrheit nicht auslegen, sondern müssen nach den Umständen des Falls vom Richter konkretisiert oder präzisiert werden. Der Rechtssicherheit kann in der Regel nur dadurch Genüge getan werden, daß sich der Richter an Vorentscheidungen ähnlicher Fälle hält.«<sup>951</sup>

Wenn sich Rechtsbegriffe aber »nicht mehr auslegen lassen«, sondern beliebig einzelfallabhängig vom Richter mit Inhalt befüllt werden müs-

949 VfSlg 3.130 und 12.420.

950 StRsp: zB VfSlg 10.737; 16.993.

951 OGH 4.4.1989, 4 Ob 62/89; dazu *Reindl*, ÖJZ 2007, 137.

sen, liegt die vom VfGH geforderte Überprüfbarkeit der Gerichtsbarkeit eben nicht mehr vor. Ein Straftatbestand, der so unbestimmt ist, dass er für eine Auslegung durch die Gerichte nicht mehr genug an inhaltlichem Substrat bereitstellt, unterschreitet sogar die noch niedrigeren allgemeinen Anforderungen an die Bestimmtheit von Gesetzen insgesamt. Der Gesetzgeber delegiert hier unzulässigerweise seine Kompetenz zur Gestaltung des Strafrechts an die Rsp.

Beide vom VfGH in seiner ständigen Rsp benannten äußersten Grenzen der Bestimmtheit einer Norm müssen grundsätzlich sinngemäß für das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot umso mehr als absolutes Mindestmaß gelten; denn der VfGH sieht die Anforderungen an die hinreichende Determinierung des Strafrechts gegenüber dem Verwaltungsrecht sogar noch als erhöht an.<sup>952</sup> Zu Recht: Immerhin handelt es sich beim Strafrecht um den schärfsten Ausdruck des staatlichen Gewaltmonopols.

Die Grenze zur Unbestimmtheit ist nach der Formulierung des VfGH allerdings für das Strafrecht mE einerseits zu eng, andererseits zu weit gezogen: Eine gesetzliche Norm ist nämlich erstens nicht schon dann unbestimmt, wenn der nicht-juristische Adressat, also ein solcher ohne subtile verfassungsrechtliche Kenntnisse, qualifizierte juristische Befähigung, Erfahrung und archivarischen Fleiß, ihren Sinn nicht erfassen kann. Ein Zu-Rate-Ziehen juristischen Beistands ist ihm vielmehr zuzumuten.<sup>953</sup> Diesem juristischen Beistand wiederum ist zuzumuten, sich mit einschlägigem Schrifttum sowie der Judikatur vertraut zu machen und die anerkannten juristischen Auslegungsmethoden auf die Norm anzuwenden. Es ist ja gerade die Aufgabe der Vertreter der mit dem Strafrecht befassten Rechtsberufe, sich über einschlägige Erkenntnisquellen zu informieren, um eine Aussage über die Strafbarkeit eines Verhaltens vornehmen zu können. Das ist auch dann erwartbar, wenn eine langwierige Gesetzesmaterialienrecherche, die Suche einschlägiger, uU jahrzehntealter Judikatur (nicht nur durch Abfrage im RIS) oder das Zusammentragen und Studieren mehrerer Literaturquellen hierfür notwendig ist. Insofern ist der erste Teil (»subtile verfassungsrechtliche Kenntnisse, qualifizierte juristische Befähigung und Erfahrung sowie geradezu archivarischer Fleiß«) der Umschreibung der Unbestimmtheit einer Norm durch den VfGH für das Strafrecht zu eng geraten.

952 VfSlg 15.543.

953 Dazu schon VI.C.3.g.

Zugleich ist die vom VfGH aufgestellte Grenze der Bestimmtheit für das Strafrecht aber auch zu weit gezogen: Sie ist nicht erst dann erreicht, wenn ein Rechtskundiger ohne außerordentliche methodische Fähigkeiten und eine gewisse Lust zum Lösen von Denksport-Aufgaben den Sinn einer strafrechtlichen Norm nicht mehr erfassen kann. Hat ein Rechtskundiger die einschlägigen Erkenntnisquellen zusammengetragen und studiert (Gesetzesmaterialien, Literatur und Rsp) und einen fundierten Auslegungsversuch unternommen, muss eine rechtliche Qualifikation eines bestimmten Sachverhalts als strafbar oder nicht strafbar mit einer gewissen Verlässlichkeit möglich sein. Andernfalls ist die Strafnorm mE zu unbestimmt.

Das bedeutet nicht, dass ein Strafgesetz bereits dann zu unbestimmt ist, wenn es einen Meinungsstreit über die Reichweite der Strafbarkeit gibt. Dass zB die Lehre zur Prüfungsperspektive (insb *ex ante* oder *ex post*) beim absolut untauglichen und damit straflosen Versuch (§ 15 StGB) eine zT aA als die Rsp vertritt,<sup>954</sup> führt nicht dazu, dass § 15 StGB wegen Unbestimmtheit verfassungswidrig ist. Dass es zahlreiche Lehren zu den Elementen der Strafbarkeitsprüfung gibt und der »Aufbau« der Straftat überhaupt nicht gesetzlich geregelt ist, führt nicht zur Unbestimmtheit strafrechtlicher Gesetze insgesamt. Dass im Einzelfall unklar bleiben mag, ob die Geringfügigkeitsgrenze des § 83 Abs 1 StGB<sup>955</sup> überschritten wurde, führt ebenso wenig zur Verfassungswidrigkeit dieser Bestimmung.<sup>956</sup>

Kann aber die rechtliche Qualifikation eines Verhaltens nicht annähernd zweifelsfrei bestimmt werden, etwa weil der Tatbestand überwiegend aus wertausfüllungsbedürftigen Merkmalen besteht und einschlägige Erkenntnisquellen nicht weiterhelfen, ist die Grenze zur Unbestimmtheit überschritten. Anders formuliert kann die Frage der Strafbarkeit nicht gleichsam »Geschmacksache« jedes Rechtsanwenders und insb der Gerichte sein. Verwendet der Gesetzgeber daher in einer Strafbestimmung eine Fülle wertausfüllungs- oder sonst klärungsbedürftiger Begriffe, die nicht aus sich heraus oder durch Anwendung der gängigen Auslegungsmethoden so eindeutig sind, dass der Großteil der möglichen Verhaltensweisen unter die Begriffe subsumiert werden kann,

954 Den aktuellen Meinungsstand stellen ausführlich etwa *Fuchs/Zerbes*, AT I<sup>10</sup>, Kap 30 Rz 24 ff, dar.

955 Dazu VI.C.3.d.

956 Dazu schon näher VI.C.4.a.

darf er die Begriffskonkretisierung nicht ohne Weiteres dem Schrifttum und der Judikatur »überlassen«, wie dies etwa bei § 91 UrhG (durch die Unbestimmtheit der zahlreichen Normen, auf die verwiesen wird<sup>957</sup>) geschehen ist.

Auch die »Täuschung« nach § 108 StGB leidet nach diesem Bestimmtheitsmaßstab unter erheblichen Mängeln. *Weiß* hat § 108 StGB schon 1989 auf seine ausreichende Bestimmtheit am Maßstab des § 1 StGB und Art 18 B-VG untersucht. Anlass der Prüfung war, dass dieser Strafbestimmung mit den herkömmlichen juristischen Methoden nicht beizukommen sei.<sup>958</sup> In Ermangelung eines fassbaren Rechtsguts sei insb eine teleologische Interpretation bzw Reduktion nicht möglich.

»Einzugsbereich und Grenzen des Tatbestands sind völlig unüberschaubar, weil der unspezifizierbare Täuschungsbegriff mit dem schon für sich allein uferlosen Schaden an Rechten zu einem konturenlosen Monster schwimmt. [...] Der Wortlaut des § 108 ermöglicht bei Bedarf und Opportunität, sämtliche Lügen in allen Lebensbereichen zu kriminalisieren [*Herv entf*].«<sup>959</sup>

Der Gesetzgeber habe es unzulässigerweise der Rsp überlassen, zwischen verbotenem und erlaubtem Verhalten zu unterscheiden, ohne irgendwelche Kriterien vorzugeben.

»Die Generalklausel des § 108 verlagert die rechtspolitische Wertentscheidung, welche Verhaltensweisen strafbar sein sollen, vom Gesetzgeber auf die Rechtsprechung.«<sup>960</sup>

Stattdessen hätte der Gesetzgeber das strafwürdige Verhalten klar formulieren und so der Rsp deutliche Vollzugsanordnungen geben müssen.<sup>961</sup> Die Frage der Strafbarkeit einer »Lüge« wird damit aber im Ergebnis zur »Geschmacksache« des jeweiligen Rechtsanwenders.

---

957 Oben in diesem Kapitel VI.C.5.

958 *Weiß*, AnwBl 1989, 248 f.

959 *Weiß*, AnwBl 1989, 248.

960 *Weiß*, AnwBl 1989, 250.

961 *Weiß*, AnwBl 1989, 250.

## 6. Zwischenfazit und Folgerungen

Das Bestimmtheitsgebot, soweit es die Verbotsebene im BT des Strafrechts umfasst, ist gewahrt, wenn für den durchschnittlichen Rechtsunterworfenen nach Hinzuziehung juristischen Rats für einen Großteil aller denkbaren Sachverhaltskonstellationen klar ist, ob ein Verhalten der Strafbestimmung unterfällt oder nicht. Es ist daher einerseits auf den durchschnittlichen und nicht auf einen rechtskundigen Rechtsunterworfenen abzustellen. Dem Rechtssuchenden ist es allerdings zuzumuten, juristischen Rat einzuholen. Dieser Rechtsbeistand hat die Strafbestimmung dann nach den gängigen Auslegungsmethoden zu interpretieren (insb Wortlautauslegung und Konsultation der Gesetzesmaterialien, ggf Zuziehung von Literatur und Rsp). Die Strafbestimmung muss nicht so exakt und zweifelsfrei formuliert sein, dass sie aus sich heraus (im Wortlaut) bereits ohne Weiteres Rückschlüsse auf die Strafbarkeit oder Strafflosigkeit aller denkbaren Verhaltensweisen zulässt. Nach Vornahme juristisch sorgfältiger Rechtsfindung muss dann aber für einen großen Kern aller möglichen Sachverhalte, die unter die Strafnorm zu subsumieren sein könnten, eindeutig sein, ob sie der Bestimmung tatsächlich unterfallen oder nicht. Daher müssen sämtliche Strafbarkeitsvoraussetzungen – neben dem Tatbestand demnach auch die Gründe für eine Rechtfertigung, Entschuldigung oder auch etwaige Strafaufhebungs- oder -ausschlussgründe – hinreichend präzise formuliert sein. In den Randbereichen jenseits des überwiegenden Kerns aller Fälle sind Unschärfen und damit verbunden unklare Auslegungsergebnisse unproblematisch. Die Anforderungen an die ausreichende Bestimmtheit einer Strafnorm gelten ab dem Zeitpunkt, ab dem eine Strafnorm in Kraft tritt. Nicht ausreichend ist es daher, wenn der Gesetzestext nur durch die Rsp irgendwann so weit konkretisiert würde, dass die Bestimmtheit nachträglich hergestellt wird.

Um dieses Maß an gesetzlicher Bestimmtheit zu erreichen, stehen dem Gesetzgeber beim Erlass von Strafgesetzen im Wesentlichen zwei Möglichkeiten offen: Er kann erstens ganz überwiegend deskriptive Tatbestandsmerkmale und Legaldefinitionen verwenden. Diese Begriffe können in den Gesetzesmaterialien noch zusätzlich durch das Nennen von Bsp oder des aktuellen Kenntnisstands in Wissenschaft und Technik näher präzisiert werden. Insgesamt bleibt in diesem Fall für die Rechtsanwendungsebene wenig Interpretationsspielraum, jedenfalls nicht im Bereich des Begriffskerns.



Als zweite legistische Möglichkeit, die besonders in Fällen einer Interessenabwägung zur Anwendung kommen wird, kann der Gesetzgeber vereinzelt unbestimmte Gesetzesbegriffe und wertausfüllungsbedürftige Tatbestandsmerkmale verwenden. In diesen Fällen allerdings hat der Gesetzgeber als Ausgleich für die geringere Tatbestandsbestimmtheit in den Gesetzesmaterialien jene Regeln, Prinzipien und Leitlinien der Auslegung (zB Werte, zu berücksichtigende Interessen etc) und ggf Abwägung der Norm darzulegen, die eine Bestimmung der Strafnorm durch die Rechtsunterworfenen nach dem beschriebenen Maßstab ermöglichen. Hierin ist keineswegs eine »gelockerte« Bestimmtheitsvariante iS niedrigerer Anforderungen an die Strafbestimmung zu erblicken; eine solche wäre gerade in den grundrechtlich relevanten Bereichen wie dem Kommunikationsstrafrecht auch nicht angezeigt. Es handelt sich vielmehr um eine im Vergleich zu den erstgenannten gesetzgeberischen Möglichkeiten nicht weniger anspruchsvolle und durchaus auch inhaltlich gleichwertige Alternative, auf die wegen der Unvermeidbarkeit gewisser sprachlicher Vagheiten gerade im Grundrechtsbereich schlicht nicht verzichtet werden kann.

Werden diese Anforderungen von einem Strafgesetz nicht erreicht, ist es verfassungswidrig. Eine solche Unbestimmtheit löst erstens die Vorlagepflicht der Strafgerichte an den VfGH aus: Anstatt das Gesetz anzuwenden, ist es dem VfGH zur Prüfung auf seine Verfassungskonformität vorzulegen.<sup>962</sup> Zweitens können solche Strafnormen nicht die Grundlage eines Rechtswidrigkeitsurteils sein, weswegen es dogmatisch unrichtig ist, in diesen Fällen den Rechtsunterworfenen bloß einen Verbotsirrtum nach § 9 StGB und damit einen Entschuldigungsgrund zuzuerkennen.<sup>963</sup> Wenn eine Strafbestimmung nicht Grundlage eines Rechtswidrigkeitsurteils sein kann, ist das Verhalten nämlich unter diese Norm schlicht nicht subsumierbar.<sup>964</sup>

---

962 Dazu schon III.C.3.b.

963 So eindrücklich *Brandstetter* in *Leitner*, Finanzstrafrecht 2005, 165.

964 Eine darauf dennoch gegründete Verurteilung würde mE – je nach Konstellation – einen materiellen Nichtigkeitsgrund nach den § 281 Abs 1 Z 9 bzw 10 StPO (bzw § 345 Abs 1 Z 11 und 12 StPO) begründen.

## D. Gestaltungsspielräume des Gesetzgebers

Wenn es auch in der primären Verantwortung des Gesetzgebers liegt, das einfache Recht im Einklang mit verfassungsrechtlichen Vorgaben zu konkretisieren und damit auch grundrechtlich relevante Interessenkollisionen im hier verstandenen Sinne aufzulösen, kommen ihm im Einzelnen doch eine Reihe von Gestaltungsspielräumen bei seiner Rechtskonkretisierungstätigkeit zu. Sie sollen im Folgenden – so weit nicht im Detail an anderer Stelle zu erörtern<sup>965</sup> – dargestellt werden.

### 1. Determinierungsgrad von Abwägungsentscheidungen

Schon im Hinblick auf die *Dichte* der Konkretisierung der Verfassung durch einfaches (Straf-)Recht ist dem Gesetzgeber ein sehr großer Gestaltungsspielraum eingeräumt, denn: Grundrechtsschutz und der Schutz anderer Rechtsgüter sind *ergebnisorientiert*. So betont der EGMR in ständiger Rsp den weiten »margin of appreciation« etwa für den Bereich der öffentlichen Sicherheit;<sup>966</sup> Generalanwalt Léger schlug in seinen Schlussanträgen in der Rs C-317/04 und C-318/04 ähnlich vor, der EuGH solle sich etwa in Angelegenheiten staatlicher Maßnahmen zur Terrorbekämpfung auf »offensichtliche Beurteilungsfehler« beschränken.<sup>967</sup> *Wie* der Gesetzgeber gewährleistet, dass diese besonders geschützten Interessen (Grundrechte, andere Rechtsgüter) gewahrt bleiben, ist damit grundsätzlich – zu den Einwänden dagegen sogleich – sowohl von Verfassung wegen als auch aus Sicht völkerrechtlicher Menschenrechtsverpflichtungen und des EU-Rechts ihm überlassen.

Die gesetzgeberische Bandbreite der einsetzbaren Mittel und Wege ist hier außerordentlich weit. Am einen Ende der Skala der Möglichkeiten könnte der Gesetzgeber klar determinierte Vorgaben ohne Interpretationsspielraum zu einer grundrechtlich relevanten Frage machen. In diesem Fall kann es überhaupt keine Abwägung durch die Rechtsanwendung geben, weil es nur um die Aufdeckung von etwas bereits

965 Insb unter X. Alexy etwa fasst drei Arten sog struktureller Spielräume zusammen: den Zwecksetzungsspielraum, den Mittelwahlspielraum und den Abwägungsspielraum, VVDStRL 61 (2002), 16 ff.

966 Näher Berka, Grundrecht auf Datenschutz, 106 f.

967 Schlussanträge vom 22. 11. 2005, Rs C-317/04 und C-318/04, *Europäisches Parlament vs Rat der Europäischen Union und Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Rz 231 unter Hinweis auf frühere Entscheidungen des EuGH zu Abwägungsfragen.

Vorhandenem geht.<sup>968</sup> Dem läge letztlich die Annahme zugrunde, dass der Urheber des Gesetzes alle Einzelfälle vorhergesehen und in sich widerspruchsfrei geregelt hat und es dem Gesetzesausleger zudem möglich ist, den gesetzgeberischen Gedanken vollumfänglich zu erfassen. In diesem Fall käme dem Gericht – überspitzt formuliert – beinahe die Tätigkeit eines Historikers zu.<sup>969</sup> Am anderen Ende der Skala könnte der Interpretationsspielraum für die gesetzesanwendenden Instanzen (Gerichte, Behörden) so groß sein, dass ihnen völlig freies Ermessen<sup>970</sup> zukäme, im jeweiligen Einzelfall eine nach bestem Wissen und Gewissen getroffene Entscheidung über den Grundrechts- und sonstigen Rechtsgüterschutz zu finden.<sup>971</sup>

Die Spielarten dazwischen sind unzählig: Der Gesetzgeber könnte etwa einzelne Determinanten fest vorgeben und den gesetzesanwendenden Instanzen im Übrigen bspw durch die Verwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe Interpretationsspielräume geben. Er könnte ebenso ausdrücklich eine Grundregel mit festen Voraussetzungen verankern und für die seltene Ausnahme im Wesentlichen auf das Ermessen der gesetzesanwendenden Instanzen verweisen usw. Dieses ausnahmsweise Ermessen dient gerade dazu, konfligierende Interessen einzelfallbezogen zum Ausgleich zu bringen, weil eine gesetzliche Regelung uU nicht jeden denkbaren Sachverhalt erfassen kann. Bei alledem gilt, dass das *Ergebnis* die Grundrechte und sonstigen Rechtsgüter hinreichend schützen muss. Die Ursache hierfür liegt letztlich in der Verfassung begründet: »Fehlende Normdichte und der praktische Kompromisscharakter vieler Verfassungssätze lassen dem Gesetzgeber einen Raum des ›Ringens‹ um eine sachgerechte Lösung.«<sup>972</sup> Dieses Ringen kann er *in vielen Bereichen* an die rechtsanwendenden Instanzen delegieren.

Gerade im Strafrecht allerdings ist diese Möglichkeit, überhaupt keine Vorgaben zu treffen, wie der Interessenausgleich zu erfolgen hat, sondern die gesamte Abwägung ohne Regeln, Prinzipien oder Leitlinien zu delegieren, stark begrenzt: Das gesetzliche Bestimmtheitsgebot verhindert dies gerade.<sup>973</sup> Zugleich ist die Möglichkeit, der Rsp überhaupt

968 So Enderlein, Abwägung, 74; Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung, 166.

969 Ähnlich Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung, 163.

970 ZB Hofmann, Abwägung im Recht, 161 f.

971 Ähnlich für das Verwaltungsrecht in Deutschland Würtenberger, VVDStRL 58 (1999), 152.

972 Hotz, Grundrechtseingriffe, 82 mit Hinweis auf Hamann/Lenz, Grundgesetz<sup>3</sup>, 85.

973 Dazu ausführlich VI.C.

keinen Abwägungsspielraum zu belassen, *de facto* sehr eingeschränkt: Dies ginge nämlich nur, wenn sichergestellt ist, dass erstens alle nur irgend denkbaren Sachverhaltskonstellationen vom Gesetzgeber vorhergesehen wurden und zweitens von der tatsächlich getroffenen Regelung auch erfasst sind. Greift die Strafbestimmung in ein Grundrecht einer Person ein, weil sie ein vom Schutzbereich eines Grundrechts erfasstes Verhalten inkriminiert, müsste die Interessenabwägung in jedem erdenklichen Fall ergeben, dass die Strafbestimmung zu Recht besteht. Diese sämtlichen Konstellationen müsste der Gesetzgeber bei Verfassen der Regelung mitbedenken. Gerade im materiellen Strafrecht erscheint dies unmöglich: Die häufigsten Delikte stellen die Erfolgsverursachungsdelikte dar. Durch welches Täterverhalten ein bestimmter Taterfolg erreicht wird, ist bei diesen Delikten irrelevant. Hier alle nur denkbaren Verhaltensweisen vorab – nämlich vor der Fassung des Gesetzes – zu berücksichtigen, ist realistisch nicht umsetzbar und damit auch nicht zu verlangen.

Die legistische Vorgehensweise sollte sich idealiter dahin orientieren, die grundlegenden Regeln, Prinzipien und Leitlinien – gleichsam die wesentlichen »Eckpunkte« – einer Strafnorm vorzugeben. Dazu zwingt jedenfalls für das materielle Strafrecht das verfassungsmäßig verankerte Bestimmtheitsgebot.<sup>974</sup> Die Ratio der Regelung muss daher ebenso bekannt sein wie die aus der Sicht des Gesetzgebers wichtigsten Wertungsgesichtspunkte, die in die Abwägung im Einzelfall einzufließen haben. Innerhalb dieses Rahmens der abstrakt-generellen Vorgaben des Gesetzgebers kann der Rsp sodann ein Abwägungsspielraum für die individuell-konkrete Entscheidung verbleiben. Sind die wesentlichen Determinanten des Gesetzgebers bekannt, kann so etwa auch ein unbestimmter Gesetzesbegriff durch entsprechende Auslegung (dazu sogleich) mit Leben erfüllt werden. Ein gewisser Abwägungsspielraum, ob eine Regelung stärker determiniert und damit uU komplexer ausgestaltet ist oder auch generalisierender und dafür weniger bestimmt, verbleibt dem Gesetzgeber aber wohl immer.<sup>975</sup>

---

974 Oben VI.C.

975 So auch *Schmitz* MüKo<sup>3</sup>-StGB § 1 Rz 46 mwN aus der dt höchstgerichtlichen Rsp.

## 2. Bewertung von Interessen als »schützenswert«

Ein weitreichender Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers besteht auch bei der Qualifikation eines individuellen oder kollektiven Interesses als »schützenswert«: Verschiedene Interessen sind zwar zunächst von Verfassungen wegen als schützenswert vorgegeben, so etwa die Grundrechte.<sup>976</sup> In diese darf der Gesetzgeber einerseits nur unter besonderen Voraussetzungen eingreifen, andererseits können aus ihnen im Einzelfall auch positive Schutzpflichten abgeleitet werden<sup>977</sup>. Bei der Bewertung weiterer Interessen – über die von der Verfassung vorgegebenen hinaus – als »schützenswert« sind dem Gesetzgeber allerdings kaum Grenzen gesetzt: Solange das Interesse im Lichte der Verfassung betrachtet legitim ist, kann er ein bestimmtes Interesse zu einem schützenswerten erklären.<sup>978</sup> Dementsprechend wurde im Bereich der Kommunikationsfreiheit in den zahlreichen Verurteilungen Österreichs vor dem EGMR auch immer das Vorliegen eines legitimen Zwecks bejaht, zumal die Aufzählung der zulässigen Ziele in Art 10 Abs 2 EMRK äußerst weit gehalten ist<sup>979</sup>; die Verurteilungen beruhen regelmäßig vielmehr auf Abwägungsproblemen im Bereich der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit eines Grundrechtseingriffs.<sup>980</sup>

## 3. Praktische Konkordanz und Verhältnismäßigkeit von Grundrechtsbeschränkungen

Vielfältige Gestaltungsspielräume kommen dem Gesetzgeber schließlich bei der Abwägungsentscheidung ins zu. Sie lassen sich letztlich insoweit zusammenfassen, als der Gesetzgeber einen gewissen Einfluss darauf nehmen kann, welche Abwägungsentscheidungen »praktisch konkordant« und welche der zur Zielerreichung eingesetzten strafrechtlichen Mittel »verhältnismäßig« sind. Der Grund dafür ist, dass ihm in

---

976 Allerdings besteht im Hinblick auf die Intensität des Schutzes wiederum ein weiterer »margin of appreciation«, wie der EGMR etwa für den Schutz religiöser Überzeugungen und den Moralschutz festhält, weil es hier an einheitlichen Anschauungen in den Konventionsstaaten mangelt; mit zahlreichen Nachweisen aus der Rsp des EGMR: *Matscher*, StPdG 21 (2001), 21; *ders*, RZ 2001, 244.

977 Oben III.C.2.

978 Dazu auch näher II.C. und II.D.

979 Zu den Zielen IV.C.2.e.

980 Dazu *Matscher*, StPdG 21 (2001), 22 f; *ders*, RZ 2001, 244.

den einzelnen Phasen der Abwägung vielfach weitreichende Einschätzungsprärogativen zukommen, so zB bei der Bewertung der abstrakten Gewichte der in eine Interessenkollision involvierten Interessen und insb auch bei der Auswahl der Regelungsalternative. Auf all diese Spielräume wird im Zuge der Entwicklung eines strafrechtlichen Abwägungskonzepts ausführlich eingegangen.<sup>981</sup>

## E. Entscheidungsspielräume für die Rechtsprechung

### 1. Ausgangspunkt: Strenge Bindung an das Gesetz – Wortlaut als absolute Grenze

Der primäre Zweck eines Strafgesetzes ist es, abstrakt-generell Verhaltensweisen zu benennen, die mit Strafe zu bedrohen sind.<sup>982</sup> Dieser publizierte Rechtstext ist zugleich der zentrale »Orientierungspunkt für die Rechtsanwendung und Garant dafür, daß grundsätzlich die *Gesetz*-mäßigkeit des Handelns zugleich die *Verfassungsmäßigkeit* des Handelns verbürgt [*Herv i O*].<sup>983</sup> Dieses so durch den Gesetzgeber geschaffene Recht ist der zentrale Ausgangspunkt für die Tätigkeit der Rsp, die an den Gesetzestext streng gebunden ist.<sup>984</sup> Die Funktion der Rsp baut folglich erst auf jener der Gesetzgebung auf.

Die erste Schranke der Auslegung bildet folglich der Wortsinn des Gesetzes. Maßgeblich ist jeweils der »äußerst mögliche Wortsinn«<sup>985</sup>. Jedes Auslegungsergebnis muss im Wortlaut eine zumindest geringe Stütze finden.<sup>986</sup> Auch eine extensive Auslegung, die einen weiteren

981 X.

982 *Friedrich*, ÖJZ 1980, 60.

983 *Wahl*, NVwZ 1984, 407, zum dt Recht.

984 Zahlreiche wissenschaftliche Arbeiten zur Abwägung nehmen daher vielfach alleine die Ebene der Rsp in den Blick; so zB *Schumacher*, Medienberichterstattung, 1 ff, zur Rsp des OGH, VfGH und EGMR; *Gosche*, Spannungsverhältnis, 1 ff; sowie *Schneider*, Güterabwägung, 1 ff, zum BVerfG; *Stangl*, Verhältnismäßigkeit der Notwehr, 1 ff, zu § 32 dStGB nach der Rsp des BGH.

985 *Friedrich*, ÖJZ 1980, 63 f.

986 Zu alledem statt vieler *Lewisch* in *Kneihls/Lienbacher*, Bundesverfassungsrecht, Art 7 EMRK Rz 35 und 35 ff mN aus der Rsp; *Steininger E*. SbgK § 1 Rz 48 ff mwN; *Stricker* in *Leukauff/Steininger H*. StGB<sup>4</sup> § 1 Rz 10 mwN; auch stRsp: in jüngerer Zeit zB OGH 17.2.2004, 14 Os 1/04 = SST 2004/10; 19.5.2004, 13 Os 40/04; VfSlg 8.903; außerdem *Fuchs*, Notwehr, 23 mwN; grundlegend schon *Friedrich*, ÖJZ 1980, 64 f mit Hinweis auf die »Schlüssel-Entscheidung« des OGH 21.4.1977, 12 Os 9/77 (verstärkter Senat) = RZ 1977/72.

Sprachgebrauch zugrunde legt, muss noch den Zusammenhang mit den Worten des Gesetzgebers wahren.<sup>987</sup> Für das Strafrecht lässt sich dies mit dem *nulla poena sine lege*-Gebot (§ 1 StGB/Art 18 B-VG/Art 7 EMRK) begründen.<sup>988</sup> Es handelt sich hierbei zugleich um die absolute Grenze der Auslegung, weil auch eine Interpretation entlang des gesetzgeberischen Willens voraussetzt, dass sich dieser Wille erkennbar im finalen Wortlaut einer Norm widerspiegelt.<sup>989</sup>

Eine etwas aA vertritt *Höpfel*: Weil dem Wortlaut in Wahrheit die begrenzende Wirkung fehle, spricht er sich stattdessen für eine »methodisch einwandfreie Realisierung« des Gesetzeszwecks (*teleologische Interpretation*) und die »Orientierung an der (straf-)juristischen Aufgabenstellung«<sup>990</sup> aus und fordert das als (alleinigen) Maßstab. Aus diesem Grund werde das Analogieverbot nur »durch richterliches Handeln zum Nachteil des Beschuldigten verletzt, das nicht mit der geforderten Rationalität unmittelbar eine gesetzliche Strafdrohung konkretisiert«<sup>991</sup>. Auch für *Schick* kommt der Wortlautgrenze keine echte Schrankenqualität für die Rechtsanwendung mehr zu: Sie diene vielmehr – in Anlehnung an *Kelsen* – bloß als Abgrenzung von »reiner Vollziehung« und »Rechtserzeugung«; beide Aufgaben können allerdings durch Richter wahrgenommen werden.<sup>992</sup> »Analogie und exzessiv ausdehnende Interpretation sind auch zuungunsten des Täters erlaubt, sofern die kriminalpolitischen Grundwertungen nicht verletzt werden.«<sup>993</sup>

Beiden Ansichten ist allerdings entgegenzuhalten, dass das Analogieverbot zwingend eine klare Abgrenzung zwischen zulässiger Auslegung und unzulässiger Analogie zu Lasten des Täters braucht. Auch wenn die Grenze des äußerst möglichen Wortsinns selbst fließend ist, ist sie doch der tragfähigste Maßstab für diese Abgrenzung; ganz im Gegensatz zu einem überhaupt nicht näher präzisierbaren Maßstab einer richterlichen »Rationalität«. Das *nulla poena sine lege*-Gebot (auch in seiner Ausprägung als Bestimmtheitsgebot) verlangt diese Wortlautgrenze daher:

987 *Foregger*, ÖJZ 1960, 291.

988 Grundlegend *Lewisch*, Strafrecht und Verfassung, 62 ff; außerdem *Bydliński*, Methodenlehre<sup>2</sup>, 467 ff, insb 470 f.

989 Dazu VI.E.5. In einer Entscheidung (VfSlg 14.767) hielt der VfGH fest, dass eine Regelung sogar verfassungswidrig ist, wenn die erkennbare Absicht des Gesetzgebers im Widerspruch zu ihrem Wortlaut steht.

990 JBl 1979, 515.

991 JBl 1979, 575.

992 *Schick* in FS Walter, 640.

993 *Schick* in FS Walter, 641, ähnlich 647.

»Die empirisch auffindbare, positive Gesetzesnorm läßt ohne Zuziehung weiteren Materials die *mögliche* rechtliche Relevanz aller Fallsachverhalte erkennen, die ihr sprachlich auch nur vielleicht unterliegen. Im Bereich der Analogie gibt es keinen solchen äußerlichen, leicht auffindbaren Hinweis [...] Der Grundsatz [nulla poena sine lege, *Anm d Verf*] würde diesen seinen Sinn verlieren, wenn man die Auslegung soweit erstrecken wollte, daß jedes Verhalten strafbar wird, das zwar nicht von der formulierten gesetzlichen Anordnung, wohl aber von der gesetzlichen Wertung [...] erfaßt ist [*Herv i O.*].«<sup>994</sup>

Tatsächlich ist es auch möglich, die Bedeutung eines Gesetzestexts jeweils unter Einhaltung sprachlicher Regeln festzustellen.<sup>995</sup> Findet sich die gesetzgeberische Wertung nicht im Wortlaut des finalen Gesetzes wieder, verliert diese gesetzgeberische Regelungsabsicht ihre Wirkung als Maßstab und Grenze der Auslegung durch die Rsp. Es darf nämlich nicht der individuellen Vollziehung bzw dem individuellen Vollziehungsakt (Urteil, Bescheid etc) überlassen bleiben, eine im Wortlaut eindeutige Strafnorm ergänzend oder berichtigend auszulegen.<sup>996</sup> So hält auch der VfGH in stRsp fest,

»daß es bei den rechtlichen Überlegungen, ob ein bestimmtes Verhalten mit Strafe bedroht ist, weder auf die Absicht des Gesetzgebers noch auf die Wichtigkeit oder Bedeutung der Angelegenheit anzukommen hat. Dem Gesetzgeber muß zugemutet und kann auch zugetraut werden, eine ihm vorschwebende Absicht durch einen entsprechenden Normsetzungsakt zu verwirklichen. Es kann nicht die Aufgabe der Rechtsanwendung sein, im Wege der Auslegung eine fehlende Strafrechtsnorm zu supplieren.«<sup>997</sup>

Von der strengen Bindung an den Wortlaut einer Norm kann es seltene Ausnahmen geben. Eine Ausnahme von der Bindung bilden nachweisliche Druckfehler oder unbedeutende Redaktionsversehen.<sup>998</sup> Zu weit

994 *Bydlinski*, Methodenlehre<sup>2</sup>, 470 f.

995 Anschaulich zB *Velten/Mertens*, ARSP 1990, 518 ff.

996 So VfSlg 8.903; dazu bereits ausführlich oben III.C.3.d.iii.

997 VfSlg 4.291; VfGH 13. 12. 1991, G 280/91, 281/91, 325/91 = JBl 1997, 372.

998 Ausführlich statt vieler *Höpfel*, JBl 1979, 516 f mwN; kurz auch *ders* WK<sup>2</sup>-StGB § 1 Rz 52; *Steininger E.* SbgK § 1 Rz 69; zum Verfassungsrecht *Schäffer*, Verfassungsin-terpretation, 196; grundlegend zum dt Recht schon *Krey*, Studien, 168 ff, der die Ausnahmen allerdings ablehnt (247 zusammenfassend).



geht demgegenüber mE die Ansicht von *Kienappel*<sup>999</sup>, wonach § 1 StGB unabhängig vom Wortlaut jede Auslegung zuungunsten des Beschuldigten schon dann verbietet, wenn der »Regelungszweck des Gesetzes in einem wesentlichen Punkt verfehlt oder verfälscht« wird. Wenn die Wortlautgrenze die zentrale Schranke und zudem verlässliche Verhaltensrichtlinie für alle Rechtsunterworfenen sein soll, dann muss dem Gesetzgeber auch zugemutet werden, den Wortlaut so zu wählen, dass sich die Regelungsabsicht darin entsprechend widerspiegelt. Ein »(hypothetischer) Norminhalt, der nicht korrekt ausgedrückt ist, [begründet] keine Strafbarkeit«<sup>1000</sup>.

## 2. Ermittlung des gesetzgeberischen Willens als Aufgabe – Wille als Maßstab und Grenze

Der vom Gesetzgeber geschaffene Rechtstext bringt normative Äußerungen und damit in einer allgemeinen sprachlichen Bedeutung einen Willen des Gesetzgebers zum Ausdruck.<sup>1001</sup> Die legistische Schwierigkeit besteht darin, die der Sprache immanente Mehrdeutigkeit zu minimieren, sodass der Wille möglichst exakt und dennoch abstrakt beschrieben wird.<sup>1002</sup> Das primäre Ziel der Rsp beim Anwenden einer Norm des Strafrechts ist es, den dahinterstehenden gesetzgeberischen Willen zu ermitteln.<sup>1003</sup> Es handelt sich hierbei konkret um jenen Sinngehalt (*ratio legis*), den der Gesetzgeber der Norm beimessen wollte. Entscheidend ist jeweils der intendierte Schutz von bestimmten Interessen durch den Gesetzgeber durch eine Verhaltensvorschrift, sofern er seinen sprachlichen Ausdruck im publizierten Gesetzestext findet.<sup>1004</sup> Der gesetzgeberische Wille ist allerdings nicht in einem psychologischen Sinne zu

999 ÖJZ 1985, 487; ders, ÖJZ 1986, 338.

1000 Velten/Mertens, ARSP 1990, 536.

1001 Potacs in *Khakzadeh-Leiler/Schmid/Weber*, Interessenabwägung, 17.

1002 Friedrich, ÖJZ 1980, 60 f.

1003 So Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung, 169; ferner Dworkin, Taking Rights Seriously, 84 f.

1004 Ähnlich für das dt Recht schon Velten/Mertens, ARSP 1990, insb 540. Etwas anderes meinen dagegen der objektive Rechtsbegriff (»Wille der Norm«), wie er der objektiv-teleologischen Auslegung zugrundeliegt, und der subjektive Rechtsbegriff (wonach der sprachliche Ausdruck nur ein mögliches Erkenntnismittel der Auslegung sei, im Zweifel aber das Gewollte dem Niedergeschriebenen vorgehe); letzterer wird etwa von *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung, 338 ff, insb 341, 345 (in Anlehnung an *von Savigny*) vertreten; zum Wortlaut als Grenze VI.E.1.

verstehen,<sup>1005</sup> sondern es handelt sich – wie *Potacs* ausführt – um einen quasi »sprachlichen« Willen, also einen, der nach den Regeln des allgemeinen Sprachgebrauchs tatsächlich in der Norm zum Ausdruck kommt.<sup>1006</sup> Mit diesem Verständnis lässt sich mE auch gut den Einwänden gegen die Anbindung der Vollziehung an den gesetzgeberischen Willen begegnen; danach gäbe es erstens keinen einheitlichen gesetzgeberischen Willen, weil meist zumindest die Opposition gegen einen Gesetzesvorschlag stimmt, und zweitens seien die Mitglieder des gesetzgebenden Organs häufig gar nicht die Urheber der Gesetzesbestimmungen, würden diese doch in der Praxis von der Ministerialbürokratie gemacht.<sup>1007</sup>

Der gesetzgeberische Wille kann sich in verschiedenen »Trägersubstanzen«<sup>1008</sup> manifestieren: Zunächst im Normtext selbst (Idealfall), in der ihm beigegebenen Begründung insb in Gestalt der Gesetzesmaterialien, im jeweiligen (politischen, gesellschaftlichen, zeitlichen etc) Kontext, in dem die Norm eingebettet ist oder im Vergleich mit anderen Normen.<sup>1009</sup> Essentiellstes Hilfsmittel zur Ermittlung des gesetzgeberischen Willens sind jeweils die Gesetzesmaterialien.<sup>1010</sup> Sie dienen als Erklärung des Gesetzgebers: Hierin legt der Gesetzgeber die Rechtfertigung der Norm und die verfolgte Regelungsabsicht nieder, trifft notwendige Klarstellungen, nutzt sie als Plattform für die Nennung von Bsp, typischen Anwendungsfällen usw. Durch die Einbettung in ihren

1005 ZB *Jabloner* in *Walter*, Reine Rechtslehre, 76, in Anlehnung an *Kelsen*.

1006 *Potacs* in *Khakzadeh-Leiler/Schmid/Weber*, Interessenabwägung, 17; eingehend *Larenz/Canaris*, Methodenlehre<sup>3</sup>, 149 ff; skeptisch zur Existenz eines gesetzgeberischen Willens *Bydlinski*, Methodenlehre<sup>2</sup>, 174; *Müller/Christensen*, Juristische Methodik<sup>11</sup>, Rz 262 ff, insb 265 ff: Der gesetzgeberische Wille sei eine bloße Metapher für den Vorgang der Rechtsetzung, existiere als solcher aber nicht. Dem ist entgegenzuhalten, dass sich ungeachtet dessen, dass es einen psychologischen Willen eines Gesetzgebungskörpers tatsächlich nicht geben kann, im sprachlichen Ausdruck der Norm und den Materialien im Idealfall sehr wohl eine eindeutige und unmissverständliche Regelungsabsicht manifestiert. Genau diese verfolgte Absicht der Regelung und die Maximierung dieser Zielerreichung stellen jeweils den gesetzgeberischen Willen dar. Nur eine hochgradig unbestimmte Norm lässt hierüber gravierende Zweifel – solche Regelungen sind allerdings gerade im Strafrecht im Lichte des Bestimmtheitsgebots ohnedies zu vermeiden; kritisch zur Vorstellung eines »subjektiv-historischen Gesetzgebers« außerdem *Schäffer*, Verfassungsinterpretation, 192.

1007 Ausführlich dargestellt bei *Koch H./Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, 211 ff.

1008 *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung, 339.

1009 *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung, 339.

1010 Zur Bedeutung der Regierungsvorlagen schon *Nowakowski*, RZ 1973, 2 ff.

jeweiligen Kontext können einer Norm schließlich zusätzlich Konturen verliehen werden. Gemeint sind insb jene Materialien, die zur jeweiligen Strafnorm, die auszulegen ist, gehören. Daneben kann sich aber auch im Rahmen einer systematischen Auslegung aus den Materialien zu anderen Bestimmungen eine Konkretisierung des Inhalts ergeben. Wesentlich ist jeweils, dass die Materialien in einem nachvollziehbaren systematischen Konnex mit der auszulegenden Strafbestimmung stehen: Dieser Konnex besteht insb zwischen Bestimmungen eines Abschnitts innerhalb des StGB, ebenso zwischen Strafnormen, die identische Begrifflichkeiten (insb Tatbestandsmerkmale) verwenden und zwischen solchen, die eine inhaltlich gleiche Stoßrichtung haben. Zu letztgenannter Gruppe zählen die Normen des Kommunikationsstrafrechts nach hier gewählter Definition.<sup>1011</sup>

Die Möglichkeiten der Auslegung oder uU verfassungskonformen Rechtsfortbildung durch die Rsp aus Anlass der Anwendung einer Gesetzesbestimmung finden daher grundsätzlich dort ihre absolute Grenze, wo das vom Wortlaut gedeckte Auslegungsergebnis *nicht* mehr dem Willen des Gesetzgebers entspricht.<sup>1012</sup> Daher ist es aus Sicht der Rsp geradezu essentiell, die abstrakten Abwägungsentscheidungen des Gesetzgebers zu kennen.<sup>1013</sup> Der gesetzgeberische Wille ist eine wegweisende Interpretationsrichtlinie jeder Gesetzesanwendung durch die Rsp.<sup>1014</sup> Die hM im Strafrecht erkennt daher die Auslegung nach dem subjektiv-historischen Willen des Gesetzgebers an.<sup>1015</sup> Abwägung bedeutet damit keinen Wandel des Rechtsverständnisses von der Auslegung des bestehenden Rechts hin zu einem situativen »Arrangement von Werten«, wie es *Ladeur*<sup>1016</sup> moniert. Es geht nämlich nicht um Wertsetzung, sondern Wertableitung aus dem Gesetz.<sup>1017</sup>

1011 Zum dementsprechend umfangreichen Untersuchungsgegenstand der vorliegenden Arbeit XIII.

1012 Ausführlich schon III.C.3.c. und III.C.3.d.

1013 Zudem ist der Forschungsstand im Hinblick auf die Abwägungsprozesse durch die Rsp und damit in den konkreten Einzelfällen sehr fortgeschritten, während eine Untersuchung der Gesetzgebungsebene für das österreichische Recht, soweit ersichtlich, bislang noch fehlt; dazu I.C.

1014 In diese Richtung auch schon das Plädoyer von *Foregger*, ÖJZ 1960, 295; außerdem *Dworkin*, Bürgerrechte ernstgenommen, 144, 145 ff; *Krey*, JZ 1978, 366; *ders*, Studien, 173 ff; *Schmidt*, Grundrechte, 84; aM etwa *Göldner* in FS Larenz, 201.

1015 Statt vieler *Fuchs/Zerbes*, AT I<sup>90</sup>, Kap 4 Rz 7 ff; *Höpfel* WK<sup>2</sup>-StGB § 1 Rz Rz 47; *Seiler*, AT I<sup>4</sup>, Rz 72 f; *Steininger E.* SbgK § 1 Rz 73 ff; RIS-Justiz RSO118416.

1016 *Ladeur*, Paradigma, 216.

1017 *Schäffer*, Rechtsquellen, 23.

Der Wille des Gesetzgebers – also die von ihm verfolgte Regelungsabsicht, seine dahinterstehende rechtspolitische Wertentscheidung<sup>1018</sup> – ist damit zugleich Leitlinie und Schranke jedweder Auslegung. Aus dem Gesetzesbindungspostulat der Rsp ergibt sich deren Pflicht, zunächst Ausschau zu halten nach einer vom Gesetzgeber präferierten Lösung eines Interessenkonflikts. Ist eine solche Lösung vorgegeben, ist dieser (vorbehaltlich einer etwaigen Verfassungswidrigkeit) der Vorrang vor anderen Lösungsalternativen zu geben.<sup>1019</sup> Denn eine Übernahme gesetzgeberischer Aufgaben durch das Gericht ist nicht möglich. Eine vorhandene klare *ratio legis* darf nicht durch die Ansicht eines Gerichts ersetzt werden, etwa mit der Begründung, dass der Gesetzestext nicht geglückt erscheint.<sup>1020</sup>

Vor dem Hintergrund dieses Ergebnisses erscheint etwa eine Entscheidung des OGH aus 1995 zur Auslegung des Begriffs »falsche Beweismittel« nach § 293 StGB problematisch. Nach dieser Interpretation sollen auch sog (echte) Lugurkunden unter den Begriff des »falschen Beweismittels« fallen.<sup>1021</sup> Zu diesem Resultat gelangte der OGH zwar innerhalb der Grenzen des Wortsinns, allerdings entgegen dem ausdrücklich in den Gesetzesmaterialien formulierten Willen des historischen Gesetzgebers. Hier zeigt sich, wie *Brandstetter* festhält, dass uU auch Tatbestände wenig bestimmt sein können, deren äußerst möglicher Wortsinn gerade nicht strittig ist.<sup>1022</sup> Der OGH führt hierzu aus, dass

»[d]ie Fassung des Gesetzestextes, der die Urkunden aus dem Anwendungsbereich des § 293 StGB nicht ausschließt, [...] der [...] kriminalpolitischen Zielsetzung bei einer am Wortsinn orientierten Interpretation umfänglich Rechnung [trägt], so daß die Erläuternden Bemerkungen, soweit sie damit in Widerspruch zu stehen scheinen, ihre eigenständige Bedeutung als Mittel der Gesetzesinterpretation verlieren (vgl. 13 Os 64/75).«

1018 So treffend *Krey*, JZ 1978, 364; *ders*, Studien, 247 zusammenfassend.

1019 Ausdrücklich *Hofmann*, Abwägung im Recht, 121; näher zur Rangordnung der Auslegungsmethoden im Strafrecht VI.E.5.

1020 So *Friedrich*, ÖJZ 1980, 67 mit Hinweis auf RZ 1976/20; als Argument gegen die Anwendung einer strengen Exklusivitätsregel bei § 108 StGB (Täuschung) *Weiß*, AnwBl 1989, 190.

1021 OGH (verstärkter Senat) 5.10.1994, 13 Os 81/93 = JBl 1995, 386; dazu zB *Plöchl/Seidl* WK<sup>2</sup>-StGB § 293 Rz 9; *Tipold* SbgK § 293 Rz 16 f.

1022 *Brandstetter* in *Leitner*, Finanzstrafrecht 2005, 162.

Der OGH richtet sich damit aber nur scheinbar explizit gegen den gesetzgeberischen Willen. Denn in weiterer Folge argumentiert er, dass sich erstens aus der Zielsetzung des Gesetzgebers keine Notwendigkeit einer teleologischen Reduktion ergäbe, die Lugurkunden aus dem Anwendungsbereich ausschließe. Zweitens ergäbe sich aus anderen Bestimmungen eine abweichende gesetzgeberische Absicht: Aus dem ganz ähnlich gefassten § 258 StGB (Landesverräterische Fälschung und Vernichtung von Beweisen) lasse sich nämlich folgern, dass der Gesetzgeber selbst die Lugurkunden den sog »anderen Beweismitteln« unterstelle. Insgesamt werde daher die Absicht klar, dass der Gesetzgeber die Urkundenstraftaten nicht zur Gänze abschließend im 12. Abschnitt des StGB regeln wollte. Im Ergebnis deckt der OGH einen seines Erachtens widersprüchlich geäußerten gesetzgeberischen Willen auf und unterstellt dem Gesetzgeber eine an anderer Stelle des Gesetzes erkennbare Regelungsabsicht als eigentliches Ziel der auszulegenden Norm. Insgesamt bleibt der OGH aber innerhalb der Grenzen der Auslegung am Maßstab des gesetzgeberischen Willens.

### 3. Bestimmtheit als Grenze

Drittens schließlich wird die Auslegung eines Strafgesetzes durch das Bestimmtheitsgebot<sup>1023</sup> begrenzt. Denn die Auslegung eines Gesetzes durch die Rsp darf nicht dazu führen, dass der Grad an Bestimmtheit, den der Gesetzgeber mit der gewählten Formulierung und den dazugehörigen Erörterungen insb in den Materialien erreicht hat, durch eine Auslegung auf Ebene der Rechtsanwendung wieder reduziert wird.<sup>1024</sup> Wenn der Gesetzgeber also zB bestimmte Verhaltensweisen mangels Erheblichkeit aus dem Anwendungsbereich einer Strafnorm ausnehmen will, dürfen auf Ebene der Rsp diese ganz unerheblichen Eingriffe oder Gefährdungen für Rechtsgüter nicht wieder in den Tatbestand »inkorporiert« werden. Insofern richtet sich das Bestimmtheitsgebot zunächst in diesem Umfang an die Rsp.<sup>1025</sup>

---

1023 Oben VI.C.

1024 So auch *Schmitz* MüKo<sup>3</sup>-StGB § 1 Rz 73.

1025 Zu einem weiteren Aspekt der Bindung VI.E.4.

#### 4. Ziel: Verringerung bestehender Auslegungsunsicherheiten

Ein Ziel der Rechtsprechungstätigkeit – neben dem Fällen einer Einzelfallentscheidung – ist nach alledem, die an den Randbereichen einer an sich ausreichend bestimmten Strafbestimmung verbleibenden Rechtsunsicherheiten zu beseitigen. Diese Rechtsunsicherheiten resultieren aus einer der Sprache immanenten Vagheit jedweder verwendeter Begrifflichkeiten in einer Norm. Durch eine entsprechende Auslegung im Rahmen der Rsp können diese Unsicherheiten im Einzelfall beseitigt werden. Ziel ist es, die Rechtsklarheit in diesem Bereich zu erhöhen.<sup>1026</sup>

#### 5. Rangordnung der Auslegungsmethoden im Strafrecht

Die Rsp hat daher bei jeder Auslegung eines Strafgesetzes die eben genannten Schranken grundsätzlich zu respektieren.<sup>1027</sup> Aus dem Gesagten ergibt sich damit eine Rangordnung der verschiedenen anerkannten Auslegungsregeln untereinander, die insb in Fällen, in denen sich die verschiedenen Auslegungsergebnisse widersprechen, als »Metaebene«<sup>1028</sup> dienen kann, um zu einem endgültigen Auslegungsergebnis zu gelangen. Dieser eigene Ansatz einer »Rangordnung« der Auslegungsmethoden im Strafrecht wird nachstehend vorgestellt.

Wenn die äußerste Grenze jeder Auslegung vor dem strengen strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot der Gesetzeswortlaut ist, kann mit guten Gründen argumentiert werden, dass die Wortlautauslegung im Strafrecht den obersten Rang innerhalb der anerkannten Interpretationsmethoden einnimmt (§ 1 StGB). Der Wille des (historischen) Gesetzgebers, wie er sich insb aus den Gesetzesmaterialien, aber auch aus der gewählten Formulierung des Gesetzes ergeben kann, ist sodann die nächste maßgebende Richtschnur der Auslegung. Die insoweit subjektiv-historische Auslegung – das vom Gesetzgeber verfolgte Ziel – nimmt den zweiten Rang innerhalb der Auslegungsmethoden ein.<sup>1029</sup> Die subjektiv-

1026 Dazu schon *Papier/Möller*, AöR 1997, 191 f, für das dt Recht, für das österreichische aber nicht minder gültig.

1027 So *Krey*, JZ 1978, 364; ähnlich *Hofmann*, Abwägung im Recht, 120, der sich insgesamt auch für eine begrenzte Kompetenz der Rsp zur ergänzenden Rechtssetzung (Gestaltungsfreiheit der Judikative) ausspricht, allerdings ebenfalls die Grenzen im Wortlaut und Sinn der gesetzlichen Vorschriften sieht.

1028 Diesen Begriff verwendend *Schmitz* MüKo<sup>3</sup>-StGB § 1 Rz 99 f.

1029 So grundlegend auch *Koch H./Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, 182; diesen

historische Auslegung wird notwendig, wenn für den konkreten Fall der Wortlaut eines Strafgesetzes nicht eindeutig ist; das wird aufgrund der jeder Sprache immanenten Vagheit und Mehrdeutigkeit häufig der Fall sein. Ist der Wortlaut dagegen eindeutig, ist für eine historische Interpretation kein Raum.<sup>1030</sup>

Zentrale Quelle der subjektiv-historischen Interpretation sind jeweils die Gesetzesmaterialien. Die Gesetzesmaterialien sind allerdings keine eigenständigen Rechtsquellen,<sup>1031</sup> sondern unterstützen nur die Auslegung anhand des Wortlauts.<sup>1032</sup> Das bedeutet, dass sie der Wortlautinterpretation insofern untergeordnet sind, als sie ihre Bedeutung als Auslegungshilfe erstens dann verlieren, wenn sich der Sinn der Gesetzesbestimmung schon aus dem Wortlaut der Norm klar ergibt; zweitens sind sie für die Auslegung eines Strafgesetzes dann nicht mehr relevant, wenn der Wille des Gesetzgebers im Wortlaut der Strafnorm keine Deckung mehr findet.<sup>1033</sup>

Wie ein Strafgesetz nach dem Willen des Gesetzgebers zu verstehen ist, kann sich für den Rechtsanwender auch aus der systematischen Stellung des Gesetzes innerhalb der Rechtsordnung ergeben. Das bedeutet für die subjektiv-historische Interpretation insb, dass jeweils nicht bloß jene Gesetzesmaterialien zur Auslegung heranzuziehen sind, die unmittelbar zur interpretationsbedürftigen Strafbestimmung erlassen wurden, sondern sich der Inhalt einer Strafnorm auch aus den Materialien zu anderen Bestimmungen ergeben kann, insb solche, die einen ähnlichen Wortlaut verwenden. So ist bspw davon auszugehen, dass ungeachtet des Fehlens einer Legaldefinition unter dem Begriff der »Täuschung über Tatsachen« immer dasselbe zu verstehen ist. Was genau ein Täuschen über Tatsachen ist, kann sich daher aus den Materialien zu § 104a Abs 2 (Menschenhandel), § 108 (Täuschung), § 146 (Betrug), § 149 (Erschleichung einer Leistung), § 193 (Ehetäuschung) StGB usw ergeben, die allesamt diese Formulierung enthalten. Die Aus-

---

folgend *Schmitz* MüKo-StGB<sup>3</sup> § 1 Rz 102. Eine herausragende Rolle der subjektiv-historischen Auslegung attestiert auch *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung, insb 328 ff.

1030 Das hat der VfGH schon für die Auslegung der Bundesverfassung festgehalten: VfSlg 4.340; 4.442; näher *Schäffer*, Verfassungsinterpretation, 62.

1031 *Nowakowski*, RZ 1973, 2; *Seiler*, AT I<sup>4</sup>, Rz 72 mit Hinweis auf OLG Wien 23.10.1975, 16 Bs 416/75 = EvBl 1976/130; *Steininger E.* SbgK § 1 Rz 73.

1032 *Seiler*, AT I<sup>4</sup>, Rz 72.

1033 OGH 29.7.1975, 13 Os 64/75 = SSt 46/40 = EvBl 1975/268; RIS-Justiz RS0088919; *Fuchs/Zerbes*, AT I<sup>0</sup>, Kap 4 Rz 9; *Seiler*, AT I<sup>4</sup>, Rz 72; *Steininger E.* SbgK § 1 Rz 73.

legung umfasst damit keineswegs nur die historisch zur auszulegen- den Strafbestimmung gehörigen Materialien, sondern auch spätere Vorschriften samt gesetzgeberischer Erwägungen.

An dem Problem, wonach sich diese zur Auslegung so notwendigen Ziele aus den Gesetzesmaterialien häufig gerade nicht (ausreichend) ergeben,<sup>1034</sup> setzt die vorliegende Arbeit an: Eine ihrer zentralen The- sen besteht in der Annahme, dass der Gesetzgeber hierzu aber aus dem Verfassungsrecht heraus verpflichtet ist, weil andernfalls verschiedene Strafnormen wegen mangelnder Bestimmtheit verfassungswidrig sein können.<sup>1035</sup>

Erst auf dem dritten Rang findet sich schließlich die objektiv-teleolo- gische Auslegung, die auf die Bedeutung des Gesetzes in der Gegenwart abstellt. Denn: Es ist gerade die Aufgabe des Gesetzgebers, regelmäßig zu prüfen, ob die von ihm geschaffenen Straftatbestände noch seinen aktuellen Zielen und Wertvorstellungen entsprechen. Bejaht er das (zu- mindest implizit), indem er die geltende Regelung einfach weiterhin rezipiert oder stillschweigend in Kraft belässt, so kann hierin eine Be- wertung erblickt werden, nämlich dass sich der aktuelle Gesetzgeber mit den Wertungen des historischen Gesetzgebers weiterhin einverstan- den erklärt.<sup>1036</sup> Verneint er das, ist es allen voran auch seine Aufgabe, das Gesetz entsprechend zu ändern.<sup>1037</sup> Nur ausnahmsweise, nämlich soweit sich unter Zugrundelegung der Wortlaut- und historischen Interpreta- tion keine klare Entscheidung ergibt, »ist die semantische Interpreta- tion des Gesetzes im Lichte »vernünftiger« Zwecke zu ergänzen«<sup>1038</sup>. Der häufigste Einsatzbereich der objektiv-teleologischen Interpretation wird hierbei jener sein, in denen die Auslegung des Wortlauts der Norm kein klares Ergebnis bringt und die Gesetzesmaterialien als Quelle der sub- jektiv-historischen Interpretation zu dieser Unklarheit nichts sagen.<sup>1039</sup>

Die hier vorgeschlagene »Rangordnung« weicht insgesamt bis zu einem gewissen Grad von der hM ab. Nach der hM<sup>1040</sup> ist zwar grund-

1034 *Schäffer*, Verfassungsinterpretation, 191 f; *Schmitz* MüKo<sup>3</sup>-StGB § 1 Rz 85 ff.

1035 Dazu schon VI.C.1.

1036 *Schäffer*, Verfassungsinterpretation, 192 f, der deswegen auf den »erkennbar letzten Willen des (historischen) Gesetzgebers« abstellt.

1037 All das gehört zu einer vollständigen Abwägung dazu; näher unten X.

1038 *Koch H./Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, 182.

1039 Die genauen Grundlagen und Grenzen dieser Zulässigkeit sollen in der vorliegen- den Abhandlung nicht näher erläutert werden.

1040 Grundlegend schon *Kunst*, JBl 1971, 329 mwN aus der älteren Literatur, der auch betont, dass das für das Strafrecht zunächst umstritten war; außerdem statt vieler



sätzlich nach denselben Methoden auszulegen, wie sie in den §§ 6 ff ABGB<sup>1041</sup> vorgesehen sind (*grammatikalische Auslegung oder Wortlautauslegung, systematische Auslegung, historische Auslegung, teleologische Auslegung*<sup>1042</sup>), wobei ebenfalls jeweils der Wortlaut der Norm Ausgangspunkt jeder Interpretation ist. Allerdings wird überwiegend davon ausgegangen, dass die Auslegungsmethoden einander wechselseitig komplettieren, kein Auslegungsergebnis nach der einen Methode isoliert von den Ergebnissen der anderen betrachtet werden darf und sie sich folglich zwingend in einem dialektischen Prozess ergänzen (Stichwort: Methodenkanon).<sup>1043</sup> Mitunter wird auch vertreten, dass der teleologischen Methode insbesondere gegenüber der subjektiv-historischen Auslegung ein besonderer Vorrang gebühre.<sup>1044</sup> Vor allem scheint der »objektive Wille des Gesetzes« einen Vorrang vor dem subjektiven Willen des Gesetzgebers zu genießen.<sup>1045</sup> Das bedeutet nicht weniger, als dass der Telos der Norm in der Gegenwart Vorrang vor dem historischen Willen des Gesetzgebers hätte. Diesen aktuellen Telos zu ermitteln wäre Aufgabe der Rsp. Dem kann aus den hier ausführlich genannten Gründen<sup>1046</sup> aber nicht gefolgt werden.

Zusammengefasst genießen daher die Ergebnisse der Wortlautinterpretation den Vorrang vor jenen der subjektiv-historischen, welche ihrerseits wiederum den Ergebnissen der objektiv-teleologischen In-

zB *Fuchs/Zerbes*, AT I<sup>o</sup>, Kap 4 Rz 5 ff; *Höpfel* WK<sup>2</sup>-StGB § 1 Rz 47; *Steininger E.* SbgK § 1 Rz 62.

1041 Das Strafrecht und die österreichische Bundesverfassung enthalten demgegenüber keinerlei Auslegungsregeln; *Schäffer*, Verfassungsinterpretation, 41; *Schick* in FS Walter, 626.

1042 Von diesen Auslegungsmethoden zu unterscheiden sind die sog Auslegungsgrundsätze; näher grundlegend schon *Marschall/Vlcek*, ÖJZ 1974, 390.

1043 Statt vieler zB *Steininger E.* SbgK § 1 Rz 80, 82; *Stricker* in *Leukauf/Steininger H.* StGB<sup>4</sup> § 1 Rz 12, jeweils mwN; grundlegend *Bydlinski*, Methodenlehre<sup>2</sup>, 436 f; *Kunst*, JBl 1971, 331; *Rill*, ZfV 1985, insb 587.

1044 Deutlich bei *Kunst*, Rechtsquellen und Rechtsanwendung, 37 ff; im dt Recht: zB *Jeschek/Weigend*, AT<sup>3</sup>, 156; *Maurach/Zipf*, AT I<sup>8</sup>, § 9 Rz 21; zusammenfassend abermals *Kunst*, JBl 1971, 331; differenzierend *Steininger E.* SbgK § 1 Rz 83.

1045 ZB *Steininger E.* SbgK § 1 Rz 84 mwN; *Stricker* in *Leukauf/Steininger H.* StGB<sup>4</sup> § 1 Rz 25 mwN. Zur Bedeutung der historischen Auslegung der Bundesverfassung grundlegend schon *Schäffer*, Verfassungsinterpretation, 64 f, zur besonderen Bedeutung der teleologischen Interpretation 195 ff; bei einem Widerspruch zwischen dem subjektiv-historischen und dem objektiv-teleologischen Auslegungsergebnis solle aber der historisch fixierte Sinngehalt vorgehen (204).

1046 Insb VI.B. und VI.C.1.

terpretation vorgehen.<sup>1047</sup> Damit verbleibt für eine Anwendung eines Strafgesetzes *außerhalb* seines Wortsinns jedenfalls kein Raum; dies deckt sich insoweit mit der hM. Das gilt auch dann, wenn der insb in den Gesetzesmaterialien eindeutig feststellbare gesetzgeberische Wille (subjektiv-historische Interpretation) dem letztendlich verabschiedeten Gesetzeswortlaut widerspricht, wenn also der Wortlaut der strafbe gründenden Norm ein anderer ist als der ursprünglich intendierte.<sup>1048</sup> Ergibt der Wortlaut bereits ein eindeutiges Ergebnis, darf er nämlich nicht unter Berücksichtigung anderer, widersprechender Auslegungsziele korrigiert werden.<sup>1049</sup> Das gilt nicht nur für strafbarkeitsbegründende oder -verschärfende Bestimmungen, sondern auch zB für die Auslegung eines Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrunds, weil sich nur so die »Strafbarkeitszone« ermitteln lässt: Eine Abgrenzung von strafbarem zu nicht strafbarem Verhalten ist nämlich nur möglich, wenn neben dem Tatbestand auch die übrigen Strafbarkeitsvoraussetzungen ausreichend bestimmt formuliert sind. Eine Auslegung jenseits des Wortsinns bzw gegen den gesetzgeberischen Willen schwächt insoweit eine Normbestimmtheit stets, selbst wenn sich die Fälle der Straffreiheit durch diese Auslegung erhöhen.<sup>1050</sup>

Für eine Auslegung, die sich zwar *innerhalb* des Wortsinns, aber außerhalb des eindeutig artikulierten gesetzgeberischen Willens in den Materialien bewegt, gelten enge Grenzen: Diese Auslegung ist erstens dann möglich und auch geboten, wenn die Materialien dem späteren Wortsinn klar widersprechen, weil diesfalls die Wortlautregel Vorrang genießt.<sup>1051</sup> Ein Bsp könnte sein, dass ein Strafgesetz noch gegenüber der RV durch das Parlament abgeändert wird. Sie ist zweitens auch dann zulässig, wenn der Strafgesetzgeber seit der Erlassung des Strafgesetzes zwischenzeitlich deutlich einen geänderten Willen artikuliert, etwa durch eine dazwischentretene Gesetzesänderung.<sup>1052</sup> In diesem

1047 Zu diesem Ergebnis gelangen auch *Koch H./Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, 182; diesen folgend *Schmitz* MüKo<sup>3</sup>-StGB § 1 Rz 102 mwN.

1048 OGH (verstärkter Senat) 5.10.1994, 13 Os 81/93 = JBl 1995, 386; ebenso zB *Steininger E.* SbgK § 1 Rz 73, 75; *Stricker* in *Leukauf/Steininger H.* StGB<sup>4</sup> § 1 Rz 15.

1049 So *Koch H./Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, 182.

1050 Ausführlich VL.C.3.d.

1051 Siehe grundsätzlich auch OGH 29.7.1975, 13 Os 64/75 (verstärkter Senat) = SSt 46/40 = JBl 1976, 269 mit kritischer Anm *Liebscher*; OGH 24.3.1976, 9 Os 90/75 = SSt 47/19 = RZ 1976/105; und umfassend *Friedrich*, ÖJZ 1980, 67.

1052 ZB OGH 17.7.1975, 10 Os 64/75 = RZ 1975/82; dazu abermals *Friedrich*, ÖJZ 1980, 67.

Fall gibt er nämlich seine Identifikation mit den bisherigen Wertungen (implizit) auf.<sup>1053</sup>

## 6. Verbleibender Spielraum durch Abwägungskompetenz

Gerade bei sehr vage gehaltenen oder aber besonders auslegungsbedürftigen abstrakt-generellen Normen des Kommunikationsstrafrechts (vgl zB den Tatbestand der Üblen Nachrede nach § 111 StGB: »verächtliche Eigenschaft oder Gesinnung«, »unehrenhaftes Verhalten«) erscheint die Betrachtung des individuell-konkreten Einzelfalls zunächst geradezu unabdingbar. Der Grund für die gewisse Unbestimmtheit von Formulierungen ist jedoch keineswegs immer eine »legistische Ungenauigkeit«: Vielmehr hat der Gesetzgeber zwar die Abwägungsentscheidung über einen Eingriff in ein Grundrecht durch ein Gesetz bereits im Rahmen der Gesetzesschaffung zu treffen.<sup>1054</sup> Er kann das »Ergebnis« seiner Abwägung aber jeweils nur generell und abstrakt prüfen sowie beurteilen. Unvermeidbar dagegen ist die Möglichkeit, dass es im Einzelfall dennoch bei der individuell-konkreten Gesetzesanwendung zu Abwägungsergebnissen kommt, die zwar mit dem Gesetz, jedoch nicht mit den dahinterstehenden Regeln, Prinzipien und Leitlinien in Einklang stehen, und insoweit zu rechtswidrigen Grundrechtseingriffen führen. Daher kann der Gesetzgeber gezwungen sein, gewisse Spielräume für die individuell-konkrete Anwendungsebene offen zu lassen, damit diese den genannten Regeln, Prinzipien und Leitlinien nachkommen können, um solche Grundrechtsverletzungen zu vermeiden.<sup>1055</sup>

Aus diesem Grund ist eine Abwägung und damit eine verfassungskonforme Interpretation von Straftatbeständen in diesen Fällen zulässig,<sup>1056</sup> weil andernfalls eine Strafbarkeit bestimmter Verhaltensweisen nicht vorhergesehen werden könnte. Eine Determiniertheit, die

---

1053 Hierin liegt mE auch der Unterschied zur Versteinerungstheorie, wie sie als Methode der Interpretation von Verfassungsrecht anerkannt ist; zu dieser Theorie näher statt vieler *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht<sup>2</sup>, Rz 31 f.

1054 Das gilt freilich nur für den Fall, dass das Grundrecht zum Zeitpunkt der Schaffung des Strafgesetzes bereits dem Rechtsbestand angehörte. Ist das Grundrecht erst danach entstanden, ist das einfache Gesetz rückwirkend am Maßstab des Grundrechts zu messen.

1055 Ähnlich *Berka* in Gedenkschrift Walter, 48; *Hotz*, Grundrechtseingriffe, 34 mit Hinweis insb auf *Gentz*, NJW 1968, 1605; *Lerche*, Übermass, 170 ff.

1056 Zur Diskussion schon III.C.3.c.iii.

alle Abwägungsergebnisse im Kommunikationsstrafrecht vorgibt, ist nämlich unerreichbar. Daher muss auch das »Delegieren« von Abwägungsfragen an die Rsp durch den Gesetzgeber in engem Rahmen zulässig sein, um auf den konkreten Einzelfall abstellen zu können, ohne dass die betreffende Strafnorm dadurch schon verfassungswidrig wird.

Daneben belässt der Gesetzgeber mitunter auch ungewollt Entscheidungsspielräume für die Rsp.<sup>1057</sup> Diese können sich zB aus dem Vorliegen semantischer Unbestimmtheiten wie Mehrdeutigkeiten und Inkonsistenzen in der Verwendung des Begriffs, aus sonstiger sprachlicher Vagheit oder dem Einsatz von Prognosebegriffen (wie zB dem Gefahrbegriff bei den Umweltdelikten nach den §§ 180 ff StGB) oder Wertbegriffen ergeben.<sup>1058</sup> Das allerdings ist unvermeidbar: Mit *W. Jellinek* ist die Allwissenheit des Gesetzgebers nämlich letztlich eine Fiktion, eine Unmöglichkeit.<sup>1059</sup> Die Einbeziehung der Rsp in die nachfolgenden Betrachtungen erscheint daher unabdingbar, sie stellt jedoch nur eine der beiden Seiten der Medaille einer Abwägung dar. Insgesamt ist sie die der Gesetzgebungsebene jeweils nachgeschaltete Ebene jeder Abwägungsentscheidung. Wenn also die Abwägung als »eine Methode der Rechtsfortbildung« definiert wird, »weil sie dazu dient, Normenkollisionen, für die es an einer ausdrücklichen Regel im Gesetz fehlt, zu lösen, die sich überschneidenden Anwendungsbereiche von Normen gegeneinander abzugrenzen und dadurch Rechte, deren Umfang [...] offen geblieben ist, zu konkretisieren«<sup>1060</sup>, ist mit dieser Definition ausschließlich die Abwägung auf Rechtsprechungsebene erfasst.

1057 Ähnlich trifft auch *Lewisch*, Verfassung und Strafrecht, 128 f, eine Unterscheidung in intentionale Unbestimmtheit und einer solchen, die auf einem Unvermögen des Gesetzgebers zur verständlichen Formulierung der Regelungsvorstellungen beruht.

1058 So *Hofmann*, Abwägung im Recht, 144 ff. Die Entscheidungsspielräume aufgrund semantisch bedingter Unbestimmtheiten sind strikt von Prinzipien als »normstrukturellen Entscheidungsspielräumen« iS *Alexys* abzugrenzen. *Hofmann* nennt noch eine Reihe weiterer Konstellationen, in denen der Rsp schon bei der Gesetzesauslegung (und nicht erst bei einer etwaigen Ermessensbetätigung) Spielräume (vom Gesetzgeber letztlich ungewollt) verbleiben können, nämlich (qua) »... - normstruktureller Ergänzungsbedürftigkeit [...], - durch die inhaltliche wie autorenbezogene Nichtidentität von Gesetzesbegründung und verabschiedetem Gesetz, - Pluralität und Gegenläufigkeit der Zielsetzungen, - Unbestimmtheit des vom Gesetzgeber angestrebten Grades der Zielverwirklichung oder - [...] Uneinigkeit über die Zwecke innerhalb der Mehrheit des Parlaments (Fiktion eines einheitlichen »Gesetzgebers«)...« (156).

1059 *Gesetz, Gesetzesanwendung*, 166.

1060 *Larenz/Canaris, Methodenlehre*<sup>3</sup>, 232.

## F. Abschließende Bemerkungen und Zusammenfassung

Aus der demokratischen Legitimation des Gesetzgebers und dem strengen, strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot ergibt sich, dass Abwägungsentscheidungen primär bereits auf der Ebene der Gesetzgebung vorzunehmen sind. Hierbei kommen dem Gesetzgeber im Strafrecht erhebliche Gestaltungsspielräume zu, namentlich im Hinblick auf den Determinierungsgrad von Abwägungsentscheidungen, auf die Qualifikation von Interessen als schützenswerte Rechtsgüter und schließlich im Hinblick auf die praktische Konkordanz und Verhältnismäßigkeit von Grundrechtsbeschränkungen. Schon aus diesen vielfältigen Spielräumen des Strafgesetzgebers auf den unterschiedlichen Stufen einer geregelten Abwägung folgt, dass es jeweils nicht nur ein »richtiges« iSv rechtskonformes Abwägungsergebnis geben kann.<sup>1061</sup> Insb die Spielräume bei der Einstellung und Bewertung der Interessen in die Abwägung führen auch zu Spielräumen beim Abwägungsergebnis. Die einzig richtige Abwägung einer bestimmten Interessenkollision gibt es daher nicht, auch nicht bei Kollisionen mit Grundrechten. Die nicht schrankenlos gewährleisteten Grundrechte enthalten überdies zT häufig eine »Abwägungsanordnung« in Gestalt der materiellen Gesetzesvorbehalte, die *per se* schon eine gewisse Ergebnisoffenheit zulassen. Bis zu einem gewissen Grad gehen damit im Bereich der grundrechtlichen Abwägung gerade auf der Ebene des Verhältnismäßigkeitsgebots »feste Bezugsgrößen« verloren, »je komplexer die Abwägungssituation, das heißt je vielfältiger und inhomogener die zu berücksichtigenden Interessen sind. Denn die Erforderlichkeitsprüfung wird [...] umso weitmaschiger, je weiter sich die Verhältnismäßigkeitsprüfung von einer konkreten Einzelfallsituation mit festen Sachverhaltskonturen entfernt und auf genereller Ebene die Auswahl unter mehreren möglichen Gestaltungsmitteln von Prognoseentscheidungen und Wertungen abhängt, die einem mehr oder weniger weiteren rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers unterliegen«<sup>1062</sup>.

Aus der demokratischen Legitimation (allein) des Gesetzgebers und dem Bestimmtheitsgebot ergibt sich weiters eine prinzipielle, umfassende Bindung der Rsp an das (parlamentarische) Gesetz. Aufgabe

1061 So auch Burchard in Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski, Strafrechtspflege, 51.

1062 Holoubek in FS Rill, 112.

der Rsp ist primär die Ermittlung des gesetzgeberischen Willens, also die vom Gesetzgeber verfolgte Regelungsabsicht bei Erlass der Strafnorm, den die Rsp durch eine ihm entsprechende Anwendung realisieren soll. Dies ist wegen des *nulla poena sine lege*-Gebots zu Lasten des Beschuldigten nur innerhalb der Grenzen des Wortlauts möglich und soweit die sprachliche Bestimmtheit der Norm nicht durch Auslegung reduziert wird. Hieraus ergibt sich eine Rangordnung innerhalb der anerkannten Auslegungsmethoden. Insb besteht eine Bindung der Rechtsanwendung zunächst an den Text und auch den Willen des Gesetzgebers.<sup>1063</sup> Im Ergebnis ist der gesetzgeberische Wille also maßgebend, wenn und soweit er vom Wortlaut der Norm gedeckt ist.<sup>1064</sup>

Dem Argument<sup>1065</sup>, Einzelfallabwägung durch die Rsp führe zur Unübersichtlichkeit und einem »Abwägungsgeflecht«, lässt sich begegnen, indem der Gesetzgeber innerhalb des dargestellten Rahmens einen Ausgleich zwischen kollidierenden, rechtlich geschützten Interessen vornimmt. Werden vom Gesetzgeber nämlich bereits generell-abstrakte Abwägungsentscheidungen herausgearbeitet und (nachvollziehbar dokumentiert<sup>1066</sup>) vorgegeben, die dann in weiterer Folge auch als Abwägungshilfe für die Rsp dienen, bleiben Rechtssicherheit und insb Entscheidungsvorhersehbarkeit zumindest deutlich besser gewahrt. Demnach »[besteht] [d]ie richterliche Interessenabwägung [...] aus einer zusammenschauenden Berücksichtigung der im Sachverhalt wiedererkannten gesetzlichen Prinzipien [...] und aus einer ihnen adäquaten Konfliktlösung auf einem vom Gesetz vorgezeichneten Weg.«<sup>1067</sup> Mit den Worten *Dietels*:

»Im Gesetzgebungsakt artikuliert sich *ein* Wille, in der Norm manifestiert sich *eine* Entscheidung, nämlich die des normsetzenden Organs. Normanwendung geschieht im Einzelfall, bedeutet

1063 Nach der Strukturierenden Rechtslehre oder Strukturtheorie kommt es dagegen nur auf den Normtext an (dazu etwa *Hofmann*, Abwägung im Recht, 114 ff). Dieser Zugang setzt mE allerdings voraus, dass jedem Wort ein unmissverständlicher und eindeutiger Sinn zugrunde liegt und lässt somit völlig offen, wie etwa mit unbestimmten Gesetzesbegriffen umzugehen bzw wie die Existenz solcher Begriffe überhaupt erklärbar ist.

1064 *Schmitz* MüKo<sup>3</sup>-StGB § 1 Rz 88.

1065 Zu den möglichen Einwänden gegen die Abwägung als Methode XI.

1066 Zu dieser Forderung X.I.

1067 *Hubmann*, Wertung und Abwägung, 63.

eine Vielzahl von Willen und eine Vielzahl von Entscheidungen mit Erkenntnissen, die differieren [*Herv i O*].<sup>1068</sup>

Im Übrigen kann auch der VfGH seine Aufgabe, einen Ausgleich bei Interessenkollisionen, die sich aus dem österreichischen Recht ergeben, vorzunehmen, letztlich ohne entsprechend determinierte gesetzliche Grundlage nicht zufriedenstellend erfüllen. Denn, wie *Rüfner* für die verfassungsgerichtliche Entscheidungen ausführt (auf die österreichische Situation ohne Weiteres übertragbar), »die auf aut-aut zugespitzte verfassungsgerichtliche Entscheidung«<sup>1069</sup> eignet sich nur bedingt, einen Ausgleich zwischen kollidierenden Interessen zu bewirken. Das Verfassungsgericht »kann nur eine konkrete Rechtsgestaltung [...] darauf überprüfen, ob ein verfassungsrechtlich zulässiger Ausgleich gefunden worden ist.«<sup>1070</sup> Es kann jedoch keine aktive Rechtsgestaltung vornehmen.

Abwägung findet demnach zentral auf der Ebene der Gesetzgebung statt, sodass es in der gegenständlichen Untersuchung gerade um jene Fälle geht, in denen der Gesetzgeber eine ausdrückliche Regelung trifft, es also bereits eine »normative Schlichtungsentscheidung«<sup>1071</sup> gibt. Abwägung hat mE auch nicht schon deshalb ausschließlich einzelfallbezogen zu erfolgen, weil es keine wie immer geartete Rangordnung der Grundrechte gibt.<sup>1072</sup> Im Gegenteil: Gerade *weil* eine solche fehlt, braucht es eine gesetzgeberische Abwägungsentscheidung über Vorrangrelationen in Fällen grundrechtlicher Interessenkollisionen. Diese muss im Strafrecht zunächst auf abstrakt-genereller Ebene durch den Gesetzgeber vorgenommen werden.

---

1068 *Dietel*, DVBl. 1969, 570.

1069 *Rüfner* in *Starck*, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 472.

1070 *Rüfner* in *Starck*, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 472.

1071 *Stern*, Staatsrecht III/2, 816.

1072 So allerdings vertreten von *Ossenbühl*, DVBl. 1995, 907.

## VII. Einordnung der Interessenabwägung in den Straftataufbau

### A. Allgemeines

Die primäre Verantwortlichkeit für Abwägungsentscheidungen kommt dem Gesetzgeber zu.<sup>1073</sup> Im Rahmen der Rechtsanwendung kann das Gericht dennoch in die Situation gelangen, eine Norm verfassungskonform auslegen zu müssen.<sup>1074</sup> Ergibt das Auslegungsergebnis, dass eine Norm zwar abstrakt-generell verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist, die Norm aber im individuell-konkreten Einzelfall Grundrechte verletzen kann, stellt sich im materiellen Strafrecht die Frage, auf welcher Stufe des Straftataufbaus<sup>1075</sup> dies berücksichtigt werden kann und muss. Denn: Die Verurteilung und Bestrafung einer Person wegen einer Tat, die dieser in Ausübung eines Grundrechts innerhalb der gesetzlichen Schranken begangen hat, wäre verfassungswidrig. Liegt ein legitimer Grundrechtsgebrauch vor, darf er nämlich nicht strafrechtlich sanktioniert werden.<sup>1076</sup>

Auf den ersten Blick kommen hierfür grundsätzlich alle vier Stufen des Straftataufbaus – Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit, Schuld sowie Strafaufhebungs- und -ausschlussgründe – in Betracht. Ergibt eine Abwägung im Einzelfall, dass bspw. das Interesse an der freien Meinungsäußerung jenes auf Schutz der persönlichen Ehre überwiegt, könnte dies zunächst bereits den Tatbestand ausschließen, entweder durch verfassungskonforme Interpretation und entsprechend enge Auslegung oder auch durch die Verneinung der objektiven Zurechenbarkeit<sup>1077</sup>: Am Bsp der Beleidigung nach § 115 StGB etwa läge in einem solchen Fall eben gerade kein Beschimpfen oder Verspotten vor. Die Ausübung des Grundrechts auf Kommunikationsfreiheit könnte aber

1073 VI.

1074 Zur engen Zulässigkeit VI.E.6. und auch III.C.3.c.iii.

1075 Das österreichische Strafrecht folgt einem viergliedrigen Straftataufbau bestehend aus Tatbestandsmäßigkeit (1. Stufe), Rechtswidrigkeit (2. Stufe), Schuld (3. Stufe) sowie Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit (4. Stufe); statt vieler *Kienappel/Höpfel/Kert*, AT<sup>16</sup>, 6.1 ff, insb aber die Anhänge.

1076 *Berka* in *Schmoller*, Otto Triffterer und die Salzburger Juristenfakultät, 46; ausführlich bereits III.C.2.a.i.

1077 Für Details zur letztgenannten Möglichkeit siehe *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten, 1 ff, der die Ergänzung der Prüfung der objektiven Zurechnung um die Prüfung nach etwaigen Interessenkollisionen vorschlägt.



auch als Rechtfertigungsgrund oder Entschuldigungsgrund *sui generis* fungieren: Das an sich tatbestandsmäßige Verhalten – zB Beschimpfen oder Verspotten – ist dann durch die Grundrechtsausübung entweder gerechtfertigt oder zwar rechtswidrig, aber entschuldigt. Schließlich könnte die grundrechtskonforme Ausübung der Kommunikationsfreiheit zumindest die Strafwürdigkeit und -bedürftigkeit des inkriminierten Verhaltens beseitigen und so aus grundrechtlichen Erwägungen zu seiner Strafflosigkeit führen. Im Folgenden sollen die vier Stufen des Straftataufbaus einer eingehenden Analyse dahin unterzogen werden, ob sie auch bei näherer Betrachtung geeignet sind, grundrechtskonformes Verhalten bei der Prüfung der Strafbarkeit eines Verhaltens adäquat zu berücksichtigen.

## B. Tatbestandsebene

Da die primäre Verantwortlichkeit für die Vornahme von Abwägungsentscheidungen im Strafrecht wegen des Bestimmtheitsgebots dem Gesetzgeber zukommt,<sup>1078</sup> liegt es schon aus diesem Grund nahe, eine Berücksichtigung grundrechtlich geschützter Interessen bereits auf der Ebene des Tatbestands einer Strafbestimmung vorzunehmen. Der Gesetzgeber hätte den Tatbestand daher grundsätzlich idealiter so zu formulieren, dass das Abwägungsergebnis für alle denkbaren Sachverhalte darin zum Ausdruck kommt. Eine solche absolute Bestimmtheit ist nicht erreichbar.<sup>1079</sup> Für diese Fälle, in denen sich das Abwägungsergebnis nicht aus dem Gesetz erschließt, ist daher subsidiär die Rsp zur entsprechenden grundrechtskonformen Anwendung des Strafgesetzes verpflichtet. Zwei Möglichkeiten kommen hier *prima facie*<sup>1080</sup> in Betracht: Eine grundrechtskonforme Auslegung eines objektiven Tatbestandsmerkmals oder die Verneinung der sozialen Inadäquanz wegen Ausübung grundrechtlicher geschützter Interessen.

---

1078 VI.

1079 Dargestellt unter VI.C.2.a.

1080 Ob unter insb Bestimmtheitsaspekten beide Möglichkeiten aufrechterhalten werden können, wird im Rahmen der eigenen Positionierung (VII.F.) näher dargelegt.

## 1. Einschränkung der Auslegung eines objektiven Tatbestandsmerkmals

Setzt eine Person ein Verhalten, das dem Wortlaut nach unter den Tatbestand subsumierbar ist, das aber zugleich eine legitime Grundrechtsausübung darstellt, ist nach der Tatbestandslösung der objektive Tatbestand von der Rsp zu verneinen. Die Prüfung der Strafbarkeit endet damit bereits auf dieser ersten Stufe.<sup>1081</sup> So würde etwa das Beschimpfen oder Verspotten iSd § 115 StGB verneint, wenn die Äußerung im Rahmen legitimer Kunstausübung (iSd Art 10 EMRK, Art 13 GRCh und Art 17a StGG) oder im Rahmen einer vom Grundrecht geschützten Äußerung der eigenen Meinung (Art 13 StGG/Art 10 EMRK)<sup>1082</sup> stattfindet. Denn was grundrechtlich zB als freie Meinungsäußerung geschützt ist, kann schon *per se* kein Beschimpfen sein. Dieselbe Wirkung bestünde etwa auch beim Vorwurf einer schon abgetanen gerichtlich strafbaren Handlung nach § 113 StGB, wenn er sich zB gegen eine Person, die ein politisch besetztes, öffentliches Amt innehat, richtet: Die Informations-, Meinungs- und Kritikfreiheit strahlt diesfalls unmittelbar auf dessen Auslegung bei der Prüfung der Tatbestandsmäßigkeit aus.<sup>1083</sup>

Das Grundrecht der Freiheit der Kunst ist nach dieser Ansicht ebenso unmittelbar zur Beurteilung der Tatbestandsmäßigkeit bspw einer Publikation nach §§ 111 oder 115 StGB heranzuziehen.<sup>1084</sup> Ähnlich ist etwa bei § 188 StGB – der Herabwürdigung religiöser Lehren – »die Ärgerniseignung und dadurch die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes immer dann zu verneinen [...], wenn die Meinungsäußerung im Einklang mit den Art 9 und 10 MRK steht«<sup>1085</sup>. Die sich aus Art 9 (Religionsfreiheit) und 10 EMRK ergebenden Abwägungsgrundsätze sind hier namentlich bei der Prüfung der Eignung, berechtigtes Ärgernis zu erregen, zu berücksichtigen. *Lewisch*<sup>1086</sup> schlägt ähnlich etwa für das Verhältnis von Religionsfreiheit und Tierschutz (§ 222 StGB) am Bsp des

1081 Dazu auch schon *Ratz* in FS Steiningger H., 115; für das dt Recht grundlegend *Schmidt*, ZStW 2009, 649.

1082 So zB OGH 18. 5. 1993, 11 Os 25/93 = SSt 61/138 = EvBl 1993/173.

1083 OLG Wien 22. 9. 2003, 18 Bs 284/03 = MR 2003, 295.

1084 So OLG Wien 17. 12. 1985, 27 Bs 549/85 = MR 1986, 17 ff.

1085 OGH 11. 12. 2013, 15 Os 52/12d mit Hinweis auf *Bachner-Foregger* WK<sup>2</sup>-StGB § 188 Rz 16, 18; *Mayer E./Tipold* SbgK § 188 Rz 70; außerdem *Lewisch* WK<sup>2</sup>-StGB Nach § 3 StGB Rz 269, 271.

1086 *Verfassung und Strafrecht*, 341 ff.

Schächtens von Tieren (rituelle Schlachtung von Schafen) zu religiösen Zwecken vor, den Tatbestand dann entfallen zu lassen, wenn der Täter »nur seinen verbindlichen religiösen Satzungen nachkommt«<sup>1087</sup>. Diesfalls fehle es einerseits an der von § 222 Abs 1 Z 1 StGB verlangten rohen Gesinnung des Täters, andererseits seien die dem Tier in einem solchen Fall zugefügten Qualen nicht »unnötig« iSd Bestimmung. Nach *Triffterer/Schmoller* ist es etwa im Fall einer künstlerischen Bemalung oder Gestaltung fremden Materials möglich, eine Sachbeschädigung nach § 125 StGB zu verneinen, weil die betreffende künstlerische Veränderung gerade keine »Verunstaltung« darstellt.<sup>1088</sup> Nach *Moos*<sup>1089</sup> bleibt dagegen bei einer Sachbeschädigung nach § 125 StGB für die Berücksichtigung der Kunstfreiheit keinerlei Raum: Dies sei erstens weder justizierbar, weil dabei der Richter als oberster Kunstexperte fungieren müsste, noch könnte zweitens eine Abwägung je ergeben, dass die Kunstfreiheit hier dem Eigentumsschutz vorgeht. Der Eigentumsschutz überwiege vielmehr immer. Eine Strafbarkeit des Sachbeschädigers, etwa durch Spraying, wäre nur dann zu verneinen, wenn der Eigentümer mit der Veränderung der Sache einverstanden ist (*tatbestandsausschließende Einwilligung*).

Ob eine grundrechtskonforme Tatbestandsauslegung überhaupt vorgenommen werden kann, hängt jedoch im Einzelfall von der legislativ gewählten Wortwahl ab.<sup>1090</sup> Die Möglichkeiten der Tatbestandslösung sind damit begrenzt, insb auch dann, wenn es nicht zur völligen Aufweichung der Wortlautgrenze der Tatbestände kommen soll.<sup>1091</sup> Gibt der Gesetzgeber nämlich eindeutig eine Regel vor, ist auch eine unmittelbare Anwendung der Grundrechte durch die Rsp nicht zulässig.<sup>1092</sup> Ist eine einschränkende Auslegung nicht möglich, weil ein auslegungsfähiges Tatbestandsmerkmal fehlt, ist das Strafgesetz verfassungswidrig. Dies hat der Gesetzgeber als primär Verantwortlicher für Abwägungsentscheidungen entsprechend durch Reparatur des Gesetzes zu korrigieren.

1087 Verfassung und Strafrecht, 341; ähnlich *ders*, JBl 1998, 139 ff.

1088 *Triffterer/Schmoller*, ÖJZ 1993, 552.

1089 JR 2001, 96 f.

1090 Das zeigen zB die Bsp in *Triffterer/Schmoller*, ÖJZ 1993, 573 ff, die allesamt normative Merkmale zum Gegenstand haben und damit besonders flexibel ausgelegt werden können. Aus diesem Grund wird die Tatbestandslösung etwa von *Schmidt*, ZStW 2009, 649 f, abgelehnt.

1091 *Berka* in *Schmoller*, Otto Triffterer und die Salzburger Juristenfakultät, 51 f; zur Wortlautgrenze VI.E.1.

1092 *Berka* in Gedenkschrift Walter, 47.

Der Gesetzgeber steht damit vor einer Gratwanderung: Normative oder unbestimmte Gesetzesbegriffe können aus grundrechtlicher Sicht zwar zu zufriedenstellenden Lösungen führen, weil sie elastisch genug sind, um die Grundrechte im Einzelfall berücksichtigen zu können.<sup>1093</sup> Sie stellen aber erstens die Rsp vor eine enorme Herausforderung, weil die gesamte Abwägung auf Tatbestandsebene vorzunehmen ist, ohne jedoch *praeter* oder *contra legem* auslegen zu dürfen. Zweitens und va schwächen gerade »flexible« Tatbestandsmerkmale die Bestimmtheit der Norm.<sup>1094</sup> Ein Richter muss dann also eine unbestimmte Norm auslegen und zwar entlang ebenso unbestimmter sowie schwammiger grundrechtlicher Grenzen. Ein einheitlicher Kunstbegriff etwa hat sich bis heute nicht etabliert.<sup>1095</sup>

In vielen Fällen – in denen sich zB im Tatbestand keine Gesinnungsmerkmale finden – ist an dieser Lösung außerdem nachteilig, dass im Einzelfall der Tatbestand dem Wortlaut nach zunächst zweifelsfrei und möglicherweise sogar den Kern der strafrechtlichen Regelungen treffend erfüllt ist, so etwa im Fall des Bezeichnens eines Politikers als »Trottel« aus tagespolitischem Anlass<sup>1096</sup>. In einem solchen Fall den Tatbestand des »Beschimpfens« aus grundrechtlichen Erwägungen heraus zu verneinen, reduziert die Bestimmtheit der Norm erheblich, weil die Strafbarkeit eines kommunikativen Verhaltens kaum noch vorhersehbar ist. Dieselbe Äußerung wäre etwa ohne den tagespolitischen Kontext<sup>1097</sup> sehr wohl als Beschimpfen zu qualifizieren. Im Ergebnis würde jeder Tatbestand eine Art ungeschriebene Tatbestandseinschränkung enthalten, wonach das inkriminierte Verhalten keinen grundrechtlichen Schutz genießen darf (»ist, wenn das Verhalten nicht durch ein verfassungsgesetzlich gewährleistetetes Recht geschützt ist, [...] zu bestrafen«). Im Interesse der strafrechtlichen Bestimmtheit braucht es daher Grenzen dieser Auslegung.<sup>1098</sup>

1093 *Schmoller* in *Pauger*, Art goes law, 207.

1094 Wie ausführlich dargestellt unter VI.C.4.b.

1095 Zur undefinierbarkeit des Kunstbegriffs *Holoubek/Neisser* in *Machacek/Pahr/Stadler*, Grund- und Menschenrechte, 204; ferner *Berka*, JBl 1983, 283 ff.

1096 EGMR 1.7.1997, *Oberschlick vs Österreich 2*.

1097 Näher unten XVI.B.1.b.

1098 Dazu näher VI.C.

## 2. Verneinung der sozialen Inadäquanz bei legitimer Grundrechtsausübung

Voraussetzung jeder Strafbarkeit ist, dass das zugrunde liegende Verhalten sozial inadäquat ist, also entweder gegen Rechtsnormen (außerhalb des Strafrechts), gegen andere Verkehrs- oder Sozialnormen verstößt oder dem Sorgfaltsmaßstab eines maßgerechten Menschen als gewissenhaftem, einsichtigem und besonnenem Menschen aus dem Verkehrskreis des Täters widerspricht.<sup>1099</sup> Ist ein Verhalten nun grundrechtlich geschützt, könnte zugleich auch seine soziale Inadäquanz verneint werden.<sup>1100</sup> Denn wenn die Grundrechte die höchstrangigen und von der Rechtsordnung entsprechend am stärksten geschützten Rechte des Einzelnen sind, kann ihre Ausübung iSd Einheit der Rechtsordnung nicht zugleich sozial inadäquat sein.

Die gebotenen Interessenabwägungen zwischen Grundrechten und anderen rechtlich geschützten Interessen können daher auch auf der Ebene der sozialen Inadäquanz vorgenommen werden.<sup>1101</sup> Ein Verhalten ist deshalb schon nicht tatbestandsmäßig, weil es sozial adäquat ist. Der Vorteil dieser Lösung liegt darin, dass es auf den jeweils vom Gesetzgeber gewählten Wortlaut für die Abwägung im Einzelfall nicht ankommt. Es gibt diesfalls eben ein sozial adäquates Beschimpfen oder Verspotten iSd § 115 StGB oder auch ein sozial adäquates Herabwürdigen religiöser Lehren nach § 188 StGB, das nicht tatbestandsmäßig ist. Ein Bsp aus der Rsp ist die Entscheidung des OGH über die Strafbarkeit des Schächtens unter Aspekten der Religionsfreiheit nach Art 14 StGG, Art 63 Abs 2 StV St. Germain und Art 9 EMRK:<sup>1102</sup> Der OGH verneinte die Tatbestandsmäßigkeit eines solchen Verhaltens, weil er die rituelle Schlachtung als ein sozial adäquates Verhalten qualifizierte: »...Eingriffe in das Leben oder das Wohlbefinden eines Tieres, die ein von der Rechtsordnung anerkanntes Ziel verfolgen und nicht zu diesem außer Verhältnis stehen, [sind] nicht strafbar.«<sup>1103</sup>

1099 Statt vieler zB *Fuchs/Zerbes*, AT I<sup>90</sup>, Kap 12 Rz 12 ff.

1100 Vgl auch *Lewisch*, Verfassung und Strafrecht, 341.

1101 AA *Lewisch*, Verfassung und Strafrecht, 342; *ders*, JBl 1998, 139 f, wonach die soziale Inadäquanz keinen geeigneten Filter zur Auflösung von Interessenkollisionen darstellt.

1102 OGH 28.3.1996, 15 Os 27/96 = EvBl 1996/114.

1103 Zu diesem Urteil auch schon IV.E.1.f. Die Begründung des Urteils ist – so stehen gelassen – allerdings mE fraglich: Insb blieb letztlich die Frage offen, ob nicht

Der Nachteil dieser Lösung liegt darin, dass die Bestimmtheit der Norm noch weiter herabgesetzt wird und der Gesetzgeber ungeachtet einer präzisen Formulierung des Wortlauts den Abwägungsvorgang nur eingeschränkt – nämlich über entsprechende Vorgaben in den Materialien – determinieren und vorzeichnen kann. Sie ist daher nicht uneingeschränkt zu befürworten.<sup>1104</sup>

### C. Rechtfertigungsebene?

Als weitere mögliche Ebene zur Berücksichtigung grundrechtlich geschützter Verhaltensweisen im Straftataufbau ist die Rechtfertigungsebene zu diskutieren. Das österreichische Strafrecht steht dem zunächst deshalb nicht entgegen, weil es keinen *numerus clausus* der Rechtfertigungsgründe kennt. Sie stellen vielmehr einen dem Grunde nach entlang der Entwicklung der Gesamtrechtsordnung erweiterbaren Katalog dar.<sup>1105</sup> Aus der Sicht der Verfassung spricht *prima facie* grundsätzlich nichts gegen einen solchen Rechtfertigungsgrund *sui generis*, mit dem die Ausübung von Grundrechten geltend gemacht werden kann.<sup>1106</sup>

Während eine Tatbestandseinschränkung<sup>1107</sup> zu einer teilweisen Zurücknahme der Weite des Unrechtstatbestands führt, ist wesentliches Charakteristikum der Rechtfertigungsgründe gerade die volle Verwirklichung eines Tatbestands. Eine bestimmte Verhaltensweise, die an sich einem gesetzlichen Tatbild entspricht, ist allerdings ausnahmsweise von der Rechtsordnung nicht nur geduldet (verboten, aber straflos), sondern sogar erlaubt – sie ist *rechtmäßig*. ZT wird die Ansicht vertreten, dass

---

deshalb ein sozial inadäquates Verhalten vorliegt, weil ein vorheriges Betäuben des Tieres erstens zumutbar und zweitens auch unter religiösen Aspekten nicht zu beanstanden wäre. Der OGH führte hierzu lediglich vage aus, dass der Koran laut Sachverständigem zur Zulässigkeit der Betäubung keine Aussage enthalte; dieses Schweigen wurde dahingehend interpretiert, dass eine Betäubung dann wohl nicht passieren solle. Zur Frage der Zulässigkeit des rituellen Schächtens grundlegend zB *Hinterhofer* SbgK § 222 Rz 54 ff mwN; *Philipp* WK<sup>2</sup>-StGB § 222 Rz 45; außerdem *Lewisch*, JBl 1998, 137 ff.

1104 Näher VII.F.

1105 Statt vieler *Lewisch* WK<sup>2</sup>-StGB Nach § 3 StGB Rz 3.

1106 So auch *Berka* in *Schmoller*, Otto Triffterer und die Salzburger Juristenfakultät, 52 f. Auch *Khakzadeh-Leiler*, Grundrechte in der Judikatur, 151 ff, sieht in allen Grundrechten Rechtfertigungsgründe.

1107 VII.B.

Grundrechte auf der Ebene der Rechtswidrigkeit<sup>1108</sup> im Einzelfall als *unmittelbar anwendbare Erlaubnisnormen* schlagend werden können.<sup>1109</sup> Denn wer ein Grundrecht innerhalb der gesetzlichen Schranken ausübt, muss dementsprechend auch *rechtmäßig* handeln. Ein wegen Sachbeschädigung verurteilter Sprayer kann sich nach dieser Ansicht etwa auf die Kunstfreiheit berufen.<sup>1110</sup>

Ein Vorteil der Rechtfertigungslösung läge darin, dass die Ausübung eines Grundrechts auch ausdrücklich als von der Rechtsordnung, nämlich sogar von Verfassungen wegen, erlaubt bezeichnet wird. ISd Einheit der Rechtsordnung führt die Anerkennung eines Grundrechts als Rechtfertigungsgrund im Einzelfall zudem dazu, dass auch in sonstigen Rechtsgebieten – insb im allgemeinen Zivilrecht oder im Bereich der medienrechtlichen Haftung nach dem MedienG – keine Rechtswidrigkeit vorliegt und somit etwa auch schadenersatzrechtliche Ansprüche ausscheiden.<sup>1111</sup>

Als Rechtfertigungsgründe könnten Grundrechte ferner dann fungieren, wenn eine Tat begangen wird, die zur Wahrung berechtigter Interessen unerlässlich ist, namentlich also zur Wahrnehmung der Grundrechte. Tatsächlich weist bereits das geltende Recht in diese Richtung: § 114 Abs 1 StGB enthält einen besonderen Rechtfertigungsgrund für die §§ 111 (Üble Nachrede) und 113 (Vorwurf einer schon abgetanen gerichtlich strafbaren Handlung) StGB. Demnach ist eine Tat nach den genannten Bestimmungen gerechtfertigt, wenn durch das Verhalten »eine Rechtspflicht erfüllt oder ein Recht ausgeübt« wird.<sup>1112</sup> Der Rechtfertigungsgrund des § 114 Abs 1 StGB würde sich nun auch als Grundlage dafür eignen, dass analog auch jenseits der § 111 und § 113 StGB die Grundrechte, im Besonderen die Kommunikationsfreiheit, als

1108 So *Frisch*, GA 2006, 277 und ff.

1109 So wird etwa die Kunstfreiheit von der Rsp zT als Rechtfertigungsgrund erörtert, OGH 21.1.1988, 13 Os 121/87 = EvBl 1988/87; keine Zusatzfrage nach dem Rechtfertigungsgrund der Ausübung der Kunst; OGH 11.1.1972, 10 Os 191/71 = EvBl 1972/196 zu § 1 PornographieG; wN bei *Berka*, JBl 1983, 282 in Fn 8; *Triffierer/Schmoller*, ÖJZ 1993, 551 in Fn 40–42; für das dt Recht statt vieler *Schmidt*, ZStW 2009, 657 ff mwN zur dort hL.

1110 So etwa *Ratz* in FS Steininger H., 116; aA *Moos*, JR 2001, 96 f, wonach dann, wenn der Eigentümer der Sache mit der Veränderung nicht einverstanden ist, das Eigentumsrecht vorgehe; zu diesem Bsp auch schon oben VII.B.1.; zur Geltendmachung der Kommunikationsfreiheit im Strafverfahren im Übrigen bereits IV.E.

1111 *Triffierer/Schmoller*, ÖJZ 1993, 551 f; ebenso *Schmoller* in *Pauger*, Art goes law, 205 f; die genannten Autoren sehen hierin allerdings einen Nachteil.

1112 Näher unten XVI.C.

»berechtigte Interessen« wahrgenommen werden können. Seine analoge Anwendbarkeit auf andere Bestimmungen des Kommunikationsstrafrechts lässt sich untermauern:<sup>1113</sup> Auch bei sonstigen Delikten des Kommunikationsstrafrechts kann es berechtigte Interessen geben, die eine entsprechende Äußerung ausnahmsweise erlauben, weil sie von der Kommunikationsfreiheit noch gedeckt sind und daher gar nicht beschränkt werden dürfen.

Ein Blick auf Normen außerhalb des österreichischen Strafrechts zeigt: Auch im Bereich des Verwaltungsrechts erkennt der VfGH die Möglichkeit einer unmittelbaren Anwendbarkeit der Grundrechte in Form eines Rechtfertigungsgrunds an. Die Behörden haben die jeweils involvierten Interessen diesfalls in eigener Verantwortung gegeneinander im Lichte der Grundrechte abzuwägen.<sup>1114</sup> Ähnlich dem österreichischen Recht enthält weiters auch § 193 dStGB einen besonderen Rechtfertigungsgrund der »Wahrung berechtigter Interessen«<sup>1115</sup>, der als »quasi unrechtsausschließende Gegenklausel«<sup>1116</sup> fungiert und einen Ausgleich der kollidierenden Interessen durch eine umfangreiche Güter- und Interessenabwägung anordnet.<sup>1117</sup> So sieht die dt Bestimmung vor, dass »[t]adelnde Urteile über wissenschaftliche, künstlerische oder gewerbliche Leistungen, desgleichen Äußerungen, welche zur Ausführung oder Verteidigung von Rechten oder zur Wahrnehmung berechtigter Interessen gemacht werden, sowie Vorhaltungen und Rügen der Vorgesetzten gegen ihre Untergebenen, dienstliche Anzeigen oder Urteile von seiten eines Beamten und ähnliche Fälle [...] nur insofern strafbar [sind], als das Vorhandensein einer Beleidigung aus der Form der Äußerung oder aus den Umständen, unter welchen sie geschah, hervorgeht.« Ein *außergesetzlicher* Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen ist schließlich auch – wie etwa *Riklin* anschaulich ausführt – in der Schweiz anerkannt, wengleich seine konkrete Ausgestaltung und Reichweite nicht gänzlich geklärt ist.<sup>1118</sup> Dieser Rechtfertigungs-

1113 Auch *Tipold* (in *Leukauf/Steininger H.* StGB<sup>4</sup> § 114 Rz 12) und *Rami* (WK<sup>2</sup>-StGB § 114 Rz 11/3) verneinen nur die analoge Anwendbarkeit des § 114 Abs 2 StGB auf andere Strafbestimmungen.

1114 VfSlg 10.737.

1115 Ausführlich dazu zB *Eser*, Berechtigte Interessen, insb 9ff; *Kretschmer*, Strafrechtlicher Ehrenschatz, 59 ff; *Merz*, Strafrechtlicher Ehrenschatz, 59 ff, 87 ff, 101 ff.

1116 *Meurer* in FS Hirsch, 655.

1117 Abermals *Meurer* in FS Hirsch, 656.

1118 *Riklin* in FS Trechsel, 537 ff.



grund hat in der Schweiz insb im hier relevanten Zusammenhang des Kommunikationsstrafrechts praktische Bedeutung erlangt und ähnelt in seiner Ausgestaltung dem rechtfertigenden Notstand nach schweizerischem Recht.<sup>1119</sup> Die Besonderheit dieses Rechtfertigungsgrunds nach schweizerischer Rechtslage liegt hierbei darin, dass er dazu bestimmt ist, die Ausübung allgemeiner Freiheitsrechte zu sichern und anders als nach der grundsätzlich defensiven Ausrichtung anderer Rechtfertigungsgründe auch die Berücksichtigung »schöpferischer Werte« erlaubt (zB Äußerungen im Rahmen einer Kritik an wissenschaftlichen, künstlerischen oder gewerblichen Leistungen, künstlerische Darstellungen und Ausdrucksweisen, die das religiöse oder sittliche Empfinden verletzen).<sup>1120</sup> Nach *Stratenwerth* sollen auf diese Weise insb »Freiräume für rechtliche, publizistische, wissenschaftliche, künstlerische oder sonstige Aktivitäten, ohne die eben »berechtigte Interessen« des Einzelnen oder der Allgemeinheit nicht wahrzunehmen sind [*Herv i O*]«<sup>1121</sup>, sichergestellt werden. Allerdings verlangt die schweizerische Rsp für die Bejahung einer Rechtfertigung eine Art Zwangslage des Täters dergestalt, dass dem Täter keine anderen Mittel zur Zielerreichung zur Verfügung gestanden haben.<sup>1122</sup> Diese Einschränkung geht mE – und *Riklin* folgend – jedenfalls dann zu weit, wenn der Täter mehrere Mittel unterschiedlicher Geeignetheit ergreifen konnte.

Insgesamt ist eine Wahrnehmung berechtigter Interessen als übergesetzlicher Rechtfertigungsgrund für das Kommunikationsstrafrecht dennoch im Ergebnis abzulehnen.<sup>1123</sup> Der erste gewichtige Einwand besteht – *Schmoller*<sup>1124</sup> folgend – darin, dass eine Einordnung der Grundrechte als Rechtfertigungsgründe zu einer *de facto*-Unüberprüfbarkeit der Strafgesetze durch den VfGH führt: Kann etwa die Wahrnehmung

1119 *Riklin* in FS Trechsel, 539 f.

1120 So statt vieler *Stratenwerth*, Schweizerisches Strafrecht AT<sup>4</sup>, § 10 Rz 59 f mwN; zusammengefasst bei *Riklin* in FS Trechsel, 541.

1121 *Stratenwerth*, Schweizerisches Strafrecht AT<sup>4</sup>, § 10 Rz 60.

1122 Näher *Riklin* in FS Trechsel, 542 ff; *Stratenwerth*, Schweizerisches Strafrecht AT<sup>4</sup>, § 10 Rz 61 mit zahlreichen Nachweisen aus der einschlägigen schweizerischen Rsp.

1123 Für die Möglichkeit, Grundrechte als selbständige Strafbefreiungsgründe wirken zu lassen, dagegen *Schmidt*, ZStW 2009, 645 ff; im Zusammenhang mit dem Tatbestand des Mißbrauchs von Tonaufnahme- oder Abhörgeräten nach § 120 StGB bejahen auch *Lewisch/Reindl-Krauskopf* (WK<sup>2</sup>-StGB § 120 Rz 25) einen solchen Rechtfertigungsgrund, va in Fällen des investigativen Journalismus, wenn die Meinungsfreiheit den Vorrang genießt.

1124 In *Pauger*, Art goes law, 205.

der Kommunikationsfreiheit auf der Stufe der Rechtswidrigkeit im Straftataufbau geltend gemacht werden, lässt sich so nämlich ein Tatbestand korrigieren, der nach dem Wortlaut verfassungswidrig wäre und daher vom VfGH aufgehoben werden müsste, weil er an sich für den Einzelfall kein grundrechtskonformes Auslegungsergebnis zulässt.<sup>1125</sup> Ein verfassungswidriger Wortlaut wäre damit über die Geltendmachung eines Rechtfertigungsgrunds der grundrechtskonformen Ausübung eines Rechts »repariert«, zugleich aber der Überprüfung des Strafgesetzes am Maßstab der Verfassung durch den VfGH entzogen.<sup>1126</sup> Die Wortlautgrenze als Ausfluss des Bestimmtheitsgebots wäre damit nicht mehr einzuhalten.<sup>1127</sup> Sie verliert darüber hinaus aber auch ihre auslegungsbegrenzende<sup>1128</sup> Bedeutung. Die Geltendmachung der Grundrechte auf Rechtfertigungsebene – und nicht schon im Tatbestand – führt zweitens zu einer Auflösung der Gewaltenteilung in Grundrechtsfragen: Durch die Einordnung der Grundrechte als Rechtfertigungsgrund werden nämlich sämtliche grundrechtsrelevanten Abwägungsfragen praktisch zur Gänze an die Rsp delegiert. Es findet dann jeweils eine pauschale Abwägung statt, ob der Rechtfertigungsgrund im konkreten Fall zutrifft oder nicht. Die Folge ist eine völlige Verwischung der Grenzen zwischen Gesetzgebung und Rsp.<sup>1129</sup> Das wiederum erscheint drittens aus ausführlich erörterten Gründen wegen des Bestimmtheitsgebots problematisch:<sup>1130</sup> Ein zweifellos tatbestandsmäßiges Verhalten kann – je nach Abwägungsergebnis durch die Rsp – erlaubt iSv gerechtfertigt und grundrechtskonform oder aber auch verboten, die Grenzen zulässiger Grundrechtsausübung überschreitend und damit strafbar sein. Die Vorhersehbarkeit des Abwägungsergebnisses durch die Rsp bereitet aber erhebliche Schwierigkeiten; die Vorhersehbarkeit der Strafbarkeit wäre damit gegenüber der Tatbestandslösung<sup>1131</sup> erheblich herabgesetzt. Immerhin bietet der Wortlaut hier noch gewisse Anhaltspunkte.

1125 Zum Gesetzesprüfungsverfahren eingehend III.C.3.b.

1126 So *Schmoller in Pauger*, Art goes law, 205.

1127 *Schmidt*, ZStW 2009, 658, der sich dennoch für eine Rechtfertigungslösung ausspricht, indem eine Abwägung zwischen betroffenem Grundrecht und durch den Straftatbestand geschütztem Rechtsgut durch die Gerichte vorzunehmen ist (670).

1128 VI.E.1.

1129 So für das im Bereich des Verwaltungsrechts ebenso bestehende Problem der Grenzen zwischen Gesetzgebung und Vollziehung *Berka* in FS Walter, 42.

1130 Ebenso *Schmoller in Pauger*, Art goes law, 204; näher VI.C.3.

1131 VII.B.

Zudem setzen die Kommunikationsfreiheit (Art 10 Abs 2 EMRK)<sup>1132</sup> und alle anderen Grundrechte mit ausdrücklichem Gesetzesvorbehalt das einfache Gesetz als zwingende Zwischenstufe zwischen Verfassungsrecht und Grundrechtseingriff voraus.<sup>1133</sup> Hieraus ergibt sich, dass der Strafgesetzgeber aus verfassungsrechtlicher Sicht für den verfassungsmäßigen Ausgleich zuständig sein soll; genau das wird durch den Gesetzesvorbehalt in vielen Grundrechten verfassungsrechtlich angelegt.<sup>1134</sup> Dieses einfache Gesetz muss, wie dargelegt<sup>1135</sup>, wegen des Bestimmtheitsgebots ohnedies sehr exakt gefasst sein. Für eine unmittelbare Anwendung der Grundrechte als Regelfall ihrer Berücksichtigung im Straftataufbau ist folglich kein Raum, weil dabei diese Gesetzgebungsebene, die von Verfassungs wegen vorgesehen ist, schlicht »übersprungen« würde.

Im Ergebnis ist die Rechtfertigungslösung damit abzulehnen. Vielmehr hat die Rsp in dem Falle, dass die Tatbestandsauslegung kein grundrechtskonformes Ergebnis zulässt, dem VfGH die anzuwendende Strafnorm zur Gesetzesprüfung<sup>1136</sup> vorzulegen.

#### D. Schuldebene?

Schließlich ist auch die Schuldebene innerhalb des Straftaufbaus zur Berücksichtigung der Grundrechte im Einzelfall grundsätzlich ungeeignet. Insoweit ist *Frisch* zu folgen: Er führt zum Grundrecht der Gewissensfreiheit im Strafrecht aus, dass es zum Wesen eines Rechts gehört, »dass derjenige, der sich in seinem Rahmen bewegt, nicht unrecht handelt.«<sup>1137</sup> Die Ansicht von *Frisch* zur Glaubens- und Gewissensfreiheit ist mE verallgemeinerbar für sämtliche grundrechtliche Gewährleistungen der österreichischen Rechtsordnung, insb für das Recht auf freie Kommunikation: Die legitime Ausübung eines verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechts kann auf Ebene des einfachgesetzlichen Rechts niemals nur »entschuldigt« sein. Das einfachgesetzliche Recht kann die

1132 Dazu schon IV.C.2.e.

1133 So *Berka* in FS Walter, 55.

1134 Ähnlich *Berka* in *Schmoller*, Otto Triffterer und die Salzburger Juristenfakultät, 56; *ders*, JBl 1983, 291.

1135 VI.C.3.

1136 III.C.3.b.

1137 *Frisch*, GA 2006, 273 f mwN.

zulässige Ausübung eines Grundrechts daher nicht als »rechtswidrig« qualifizieren. Der Ansicht von *Lewisch*, die Verfassung fordere nur eine Einlösung ihrer Vorgaben im Ergebnis und erlaube infolgedessen ihre Berücksichtigung auch auf der Schuldebene, kann somit in dieser Allgemeinheit nicht gefolgt werden.<sup>1138</sup> Es würde nämlich einen Bruch im Stufenbau der Rechtsordnung darstellen, wenn ein auf Verfassungsebene erlaubtes Verhalten auf Ebene des einfachen (Straf-)Gesetzes ausdrücklich verboten (und »bloß« nicht mit Strafe belegt) wäre.

Einzig zu diskutieren ist, ob sich aus einem Grundrecht nicht dann zumindest noch ein Entschuldigungsgrund ableiten lässt, wenn der Täter mit seinem Verhalten zwar die Grenzen des Grundrechts überschritten hat, normgemäßes Verhalten aber im Einzelfall nicht zumutbar war. *Frisch* verneint diese Möglichkeit für die Gewissensfreiheit: Auch eine solche Zwangslage entschuldige hier nicht.<sup>1139</sup> Ein mE entscheidender Vorteil einer begrenzten Entschuldigungslösung liegt allerdings darin, dass der abrupte »Übergang« zwischen legitimer Grundrechtsausübung und gerichtlicher Strafbarkeit bei entschuldbarer Überschreitung der Grundrechtsgrenzen abgeschwächt wird.

Eine solche Entschuldigung ist allerdings strikt auf Fälle zu begrenzen, in denen das inkriminierte Verhalten an sich schon nicht mehr grundrechtlich gedeckt war, im konkreten Einzelfall ein anderes Verhalten aber ausnahmsweise nicht erwartet werden konnte.<sup>1140</sup> Einer solchen Wirkung der Grundrechte steht die Verfassung nicht entgegen. Es steht dem Gesetzgeber daher frei, in Konstellationen der Unzumutbarkeit rechtmäßigen Verhaltens einen Entschuldigungsgrund vorzusehen. Der OGH etwa hält zur insoweit speziellen Regelung des § 114 StGB (Straflosigkeit wegen Ausübung eines Rechtes oder Nötigung durch besondere Umstände) Folgendes fest:<sup>1141</sup>

»Straffreiheit wegen Wahrung berechtigter Interessen in der Regel nur dann, wenn der Eingriff sich in jenen Schranken hält, die ein mit den rechtlich geschützten Werten verbundener Mensch von selbst zu wahren pflegt, und der vom Täter erstrebte (von

1138 *Lewisch* WK<sup>2</sup>-StGB Nach § 3 StGB Rz 268; *ders.*, Verfassung und Strafrecht, 340 ff, insb 341.

1139 GA 2006, 278.

1140 Einen breiteren Anwendungsbereich des Entschuldigungsgrunds bejaht dagegen *Lewisch*, Verfassung und Strafrecht, 343.

1141 RIS-Justiz RS0089731, OGH 14.10.1980, 9 Os 49/80, 9 Os 50/80 = EvBl 1981/94 = SSt 51/47.

der Rechtsordnung gebilligte) Zweck in einer vernünftigen Relation zum Gewicht des Eingriffs steht. Daher dürfen zur Wahrung (fremder oder eigener) Interessen Rechte anderer nur in jenem Maß beeinträchtigt werden, das zur Erreichung des Erfolgs unerlässlich ist; darüberhinausgehende Beeinträchtigungen können nur wegen Irrtums über die Eignung zur Interessenwahrung entschuldigt sein.«

§ 114 Abs 2 StGB enthält zudem einen Entschuldigungsgrund, wonach uU straflos ist, wer durch besondere Umstände dazu genötigt wurde, eine Tat nach § 111 (Üble Nachrede) oder § 113 (Vorwurf einer schon abgetanen gerichtlich strafbaren Handlung) StGB zu begehen. Der Grund für die Straflosigkeit liegt in diesem Fall in der prekären Situation des Genötigtseins und der Unzumutbarkeit eines anderen Handelns begründet.<sup>1142</sup> Insofern bietet die Rechtslage *de lege lata* bereits eine Möglichkeit an, den stufenlosen »Übergang« zwischen legitimer Grundrechtsausübung und Strafbarkeit in engen Ausnahmefällen des »Nicht-anders-Handeln-Könnens« abzuschwächen.

## E. Strafausschließungsebene?

Nur der Vollständigkeit halber sei auch noch erwähnt, dass die Berufung auf ein Grundrecht umso weniger eine (bloße) Strafbefreiung bewirken kann. Denn wer innerhalb des geschützten Bereichs eines Grundrechts und damit *rechtmäßig* handelt, darf nicht nur bzw »erst« von der Strafe befreit werden, weil das Verhalten nicht strafwürdig oder -bedürftig sei. Ein Verhalten, das von der Verfassung ausdrücklich erlaubt wird, kann im einfachen Gesetzesrecht nicht nur deshalb straflos bleiben, weil eine einfachgesetzliche Wertung Strafe nicht für notwendig erachtet. Vielmehr ist die Bewertung der Verfassung als »grundrechtsgeschützt« und damit erlaubt vom einfachgesetzlichen Strafrecht so hinzunehmen und damit einer eigenen Bewertung als »strafwürdig« oder »strafbedürftig« von vornherein entzogen. Wer dagegen die Grenzen eines Grundrechts überschreitet und hierbei auch rechtswidrig sowie schuldhaft handelt, dem kann auch eine Strafe auferlegt werden. Denn wenn die grund-

1142 Für Details vgl stellvertretend für viele *Rami WK<sup>2</sup>-StGB* § 114 Rz 5 ff.

rechtliche Freiheit einmal überschritten wurde, kann auch die allenfalls verhängte Strafe nicht davon losgelöst gegen Grundrechte verstoßen.<sup>1143</sup>

## F. Eigene Position und Zusammenfassung

Mit Blick auf die obigen Ausführungen bleibt damit nur *eine* Möglichkeit zur Berücksichtigung von Grundrechten im Straftataufbau: Die Grundrechte haben bei der Rechtsanwendung auf der Tatbestandsebene und hier im Rahmen einer einschränkenden Auslegung der objektiven Tatbestandsmerkmale Berücksichtigung zu finden.<sup>1144</sup> Das ist zunächst mit dem Argument der Einheit der Rechtsordnung zu begründen: Ein Entschuldigungsgrund oder gar ein bloßer Strafausschlussgrund beseitigen beide das Unrecht des Verhaltens als solches nicht. Eine legitime Ausübung eines verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechts, wie insb der Kommunikationsfreiheit (Art 13 StGG/Art 10 EMRK), kann jedoch nicht zugleich auf einfachgesetzlicher, namentlich strafrechtlicher Ebene unrechtsbegründend sein. Innerhalb der Rechtsordnung bestünde so ein Widerspruch.<sup>1145</sup> ME wäre die Begründung eines »unrechtmäßigen legitimen Grundrechtsgebrauchs« durch das Strafrecht sogar verfassungswidrig, weil das niederrangigere Strafrecht im Widerspruch zum Verfassungsrecht stünde. Die Ausübung eines Grundrechts kann niemals verboten und nur bloß straflos sein. Insofern gebietet die Verfassung mE die Rechtmäßigkeit eines von einem Grundrecht gedeckten Verhaltens.

Sowohl die Berücksichtigung der Grundrechte auf Ebene der objektiven Tatbestandsmerkmale im Rahmen der Voraussetzung der sozialen Inadäquanz des Verhaltens als auch als Rechtfertigungsgründe *sui generis* beseitigt dagegen das Unrecht des Verhaltens. Dennoch stehen die drei Varianten einander vor der Verfassung nicht gleichwertig gegenüber – weniger aus grundrechtlichen Erwägungen heraus denn vielmehr unter Aspekten des Gewaltenteilungsprinzips und des Bestimmtheitsgebots.

Eine Berücksichtigung der Grundrechte auf Tatbestandsebene im Rahmen der Prüfung der Sozialadäquanz und auf Rechtfertigungs-

1143 So speziell für den Fall der Gewissensfreiheit *Frisch*, GA 2006, 278.

1144 *Graf-Wintersberger*, Lebensbild und Bereicherung, 27, kommt zu diesem Ergebnis auch für die zivilrechtlichen Schadenersatzansprüche nach § 1330 ABGB.

1145 *Berka* in *Schmoller*, Otto Triffterer und die Salzburger Juristenfakultät, 47 f.

ebene verwischt zunächst die Grenzen zwischen den Kompetenzen der Gesetzgebung und der Rsp in zweierlei Hinsicht: Erstens delegiert der Gesetzgeber diesfalls seine Verantwortung zur Rechtsgestaltung an die Rsp. Zweitens wird die Gesetzesüberprüfungskompetenz des VfGH als Korrektiv dieser Rechtsgestaltungskompetenz ausgeschaltet. Beide Möglichkeiten führen zudem zu einer beträchtlichen Herabsenkung der strafrechtlichen Normbestimmtheit. Im Ergebnis ist folglich der Tatbestandslösung auf Ebene der objektiven Tatbestandsmerkmale aus verfassungsrechtlicher Sicht der Vorzug zu geben.

Für die Ebene der Rechtsanwendung bedeutet das: Die Berücksichtigung von Abwägungsergebnissen muss über die verfassungskonforme Interpretation der jeweiligen objektiven Straftatbestandsmerkmale erfolgen. Etwaige grundrechtlich geschützte Interessen, die in eine Abwägung einfließen, müssen grundsätzlich bereits auf der Ebene des geschriebenen, strafrechtlichen Tatbestands beachtet werden: Der Tatbestand ist so zu formulieren, dass sich die abstrakte Abwägungsentcheidung des Gesetzgebers in ihrem Wortlaut deutlich manifestiert. Um der Rsp einen im Einzelfall notwendigen Abwägungsspielraum zu ermöglichen, kann der Tatbestand allerdings so ausgestaltet werden, dass grundrechtliche Interessen dem Prinzip praktischer Konkordanz entsprechend bei der Rechtsanwendung berücksichtigt werden können. Das allerdings setzt voraus, dass die wesentlichen Regeln, Prinzipien und Leitlinien, an denen sich die Rsp bei dieser Auslegung zu orientieren hat, vom Gesetzgeber anderweitig dargelegt werden.

Die strengen Anforderungen des strafrechtlichen Bestimmtheitsgebots führen im Ergebnis dazu, dass für eine unmittelbare Anwendung der Grundrechte durch die Rsp kein Raum mehr verbleibt.<sup>1146</sup> Denn:

»[W]elche Gemeinwohlzwecke mit einem Grundrechtseingriff verfolgt werden dürfen, welches Gewicht dem betroffenen Grundrecht in der Abwägung mit diesem Interesse zukommt und mit welchen verhältnismäßigen Mitteln dies geschieht, muß der Gesetzgeber als gleichsam ›grundrechtswesentliche‹ immer selbst entscheiden. Müßte ein Vollzugsorgan eine verfassungsrechtlich gebotene Eingriffsschranke unmittelbar aus dem

<sup>1146</sup> *Berka* in FS Walter, 43, kommt für die Ebene der Vollziehung bei den sog eingriffsnahen Verwaltungsgesetzen zum selben Ergebnis, sodass für ihn »der These von einer unmittelbaren Anwendung der materiellen Eingriffsbedingungen der Boden entzogen« ist (55).

Grundrecht ableiten, weil sie dem Gesetz auch bei verfassungskonformer Interpretation nicht zu entnehmen ist, wäre dies ein gewichtiges Indiz, daß der Gesetzgeber seiner grundrechtlichen Verantwortung nicht nachgekommen ist oder eine verfassungswidrige Grundrechtsschranke geschaffen hat.«<sup>1147</sup>

Neben der Tatbestandslösung können Grundrechte nur dann als Rechtfertigungsgrund im Strafrecht fungieren, wenn dies einfachgesetzlich ausdrücklich vorgesehen ist, wie etwa im Fall des § 114 Abs 1 StGB. In diesen Fällen nämlich war es die ausdrücklich positivierte Entscheidung des Gesetzgebers, eine Erlaubnisnorm vorzusehen. Sind die objektiven Tatbestandsmerkmale nicht mehr so auslegbar, dass eine verfassungskonforme Interpretation im Lichte der Grundrechte möglich ist, ohne das Recht (also über den äußersten möglichen Wortsinn hinaus) fortbilden zu müssen, darf diese Auslegung im Strafrecht nicht vorgenommen werden.<sup>1148</sup> Vielmehr ist in diesem Fall eine Überprüfung des Strafgesetzes durch den VfGH zu beantragen.<sup>1149</sup>

## VIII. Zusammenfassung des 1. Teils

Das Strafrecht findet seine Legitimation darin, dass es ausgewählte Rechtsgüter des individuellen Rechtsunterworfenen oder der Gemeinschaft als Kollektiv schützt. Die Auswahl dieser Rechtsgüter muss innerhalb verfassungsrechtlicher Schranken geschehen, weil das einfachgesetzliche Strafrecht im Stufenbau der Rechtsordnung unterhalb des Verfassungsrechts steht. Die Verfassung verankert hierbei nur wenige Maßstäbe; als wichtigste Schranke der Rechtsgutswahl im Strafrecht gilt das Verhältnismäßigkeitsprinzip (als justiziable Ausprägung des *ultima ratio*-Grundsatzes). Sehr wohl gibt das Verfassungsrecht allerdings bestimmte Rechtsgüter bereits als schützenswert vor. Die wichtigsten sind die Grundrechte. Soweit sie verfassungsgesetzlich gewährleistet sind, markieren sie damit für das Strafrecht eine weitere wichtige Grenze. Da Grundrechte überwiegend nicht vorbehaltlos gewährt werden, kann das

<sup>1147</sup> Berka in FS Walter, 55.

<sup>1148</sup> Dazu VI.E.1.

<sup>1149</sup> Ausführlich III.C.3.b.



Strafrecht die Grundrechtsausübung durch den Einzelnen durch Eingriffe begrenzen, ist hierbei aber wieder an verfassungsrechtliche Vorgaben gebunden.

Aus dieser Grundrechtsverpflichtung des Strafrechts ergeben sich wichtige Konsequenzen. Zunächst zeigt sich, dass die Erstverantwortlichkeit für die Wahrung der Grundrechte beim Gesetzgeber liegt. Das wird mit Blick auf seine demokratische Legitimation, den Zeitpunkt, zu dem er strukturell mit Grundrechtsfragen befasst wird, und die materiellen Gesetzesvorbehalte insb der EMRK, die ausdrücklich auf eine gesetzliche Grundlage eines Grundrechtseingriffs abstellen, deutlich. Für den Gesetzgeber ergibt sich daraus insb das Verbot, verfassungswidriges Strafrecht zu erlassen, sowie in einem gewissen Umfang das Gebot, bestimmte Verfassungsgüter per Strafrecht zu schützen. Für die Rsp bedeutet die umfassende Bindung an die Grundrechte insb die Pflicht, bei Zweifeln über die Verfassungsmäßigkeit eines Strafgesetzes den VfGH zur Klärung anzurufen (Art 89 Abs 2 B-VG). Solche Zweifel bestehen, wenn nach einer verfassungskonformen Interpretation unklar bleibt, ob bei Zugrundelegung des Wortlauts ein verfassungskonformes Auslegungsergebnis zu erzielen ist, das die Bestimmtheit der Norm nicht beseitigt. Zweifel iSd Art 89 Abs 2 B-VG sind weiters anzunehmen, wenn zur Schließung einer planwidrigen Lücke eine gesetzesimmanente Rechtsfortbildung durch die Rsp notwendig wäre, die in die Verfassungssphäre hineinreicht. Eine solche ist nämlich kompetenzrechtlich unzulässig.

Aus der umfassenden Grundrechtsgebundenheit des Strafrechts ergibt sich außerdem für Strafbestimmungen, die in die Kommunikationsfreiheit nach Art 13 StGG/Art 10 EMRK eingreifen, dass bereits diese abstrakt-generellen Verbote an den Eingriffsschranken der Verfassung gemessen werden müssen. Weil Kommunikation eine der ureigensten menschlichen Verhaltensweisen in mannigfaltigen Erscheinungsformen ist, umfasst die Kommunikationsfreiheit einen äußerst großen Schutzbereich, der sich letztlich auf die Mitteilung und den Empfang von Informationen aller Art (nicht nur reinen Meinungskundgaben) in allen Ausdrucksformen erstreckt; das gilt selbst dann, wenn der Inhalt der Information unwahr, schockierend, völlig überzeichnet oder verärgernd ist. Voraussetzung ist allerdings, dass die kommunikative Verhaltensweise vorrangig auf eine Kommunikation unter Menschen gerichtet ist (fehlt zB bei Gewaltausübung). Greift eine strafrechtliche Norm in diesen weiten Schutzbereich der Kommunikationsfreiheit ein

(»Kommunikationsstrafrecht«), ist dies insb nur zulässig, wenn der Eingriff einem der Zwecke des Art 10 Abs 2 EMRK dient und verhältnismäßig ist. Ein Verstoß gegen diese Schranken durch das abstrakt-generelle Strafgesetz selbst oder durch die individuell-konkrete Anwendung im Einzelfall durch die Rsp kann *de lege lata* im österreichischen Strafverfahren auf unterschiedliche Arten geltend gemacht werden. Der Blick auf die Rechtsmittel und Rechtsbehelfe zeigt hier sowohl aussichtsreiche (hierunter fallen zB die Tatsachenrüge nach § 281 Abs 1 Z 5a StPO sowie die außerordentliche Wiederaufnahme nach § 362 StPO) als auch weniger bis gar nicht erfolgsversprechende Anfechtungswege auf. Sie alle haben eine unterschiedliche Stoßrichtung und ermöglichen im Ergebnis in allen Verfahrensstadien prinzipiell – wenngleich zT mit formalen Hürden – eine Durchsetzung des grundrechtlichen Anspruchs.

Aus dem Umstand, dass zum Schutz legitimer Ziele Grundrechte durch das Strafrecht begrenzt werden dürfen, ergibt sich eine Notwendigkeit zur Abwägung: Um zu entscheiden, ob ein Grundrechtseingriff durch ein strafrechtliches Verbot zur Verfolgung eines bestimmten Schutzzwecks zulässig ist, ist das Interesse an der uneingeschränkten Ausübung des jeweiligen Grundrechts zum Individual- oder Kollektivinteresse an einem anderen Ziel ins Verhältnis zu setzen. Das gilt umso mehr, wenn zwei Grundrechte aufeinandertreffen, weil es keine von der Verfassung vorgegebene Rangordnung gibt. Abwägung im Strafrecht ist damit unverzichtbar.

Ausgangspunkt jeder Abwägung ist stets eine Interessenkollision: Zwei Rechtspositionen, deren Schutzwürdigkeit der Staat anerkennt, treffen dergestalt aufeinander, dass nicht beide in vollem Ausmaß durchgesetzt werden können. Das gesamte Kommunikationsstrafrecht ist wesentypisch von solchen Kollisionen geprägt – das Interesse an ungehinderter Kommunikation trifft jeweils auf ein privates oder öffentliches Gegen-Interesse, wie etwa jenem auf Ehre, Privatheit, Geheimhaltung oder Freiheit der Willensbildung und -betätigung, Schutz der Rechte der Rechtsunterworfenen oder Funktion und Bestandskraft des Staats. Die Interessenkollision wird aufgelöst, indem ein adäquater Interessenausgleich erzielt wird: Die Interessen sind gerade so weit zurückzudrängen, als es ihrem Gewicht im Verhältnis zueinander entspricht. Sie sind umgekehrt im Lichte der Kollisionssituation *idealiter* noch so weit zu optimieren, als ihr jeweiliges Gewicht es zulässt. Ziel jeder Abwägung ist damit die Herstellung »praktischer Konkordanz«. Justizialer Maßstab einer »richtigen« Abwägung ist das Gebot der Verhältnismäßigkeit: Er

schließt aus dem Kreis der zulässigen Abwägungsentscheidungen lediglich jene als verfassungswidrig aus, in denen die Mittel-Zweck-Relation außer Verhältnis geraten ist, nicht jedoch alle Entscheidungen, welche die involvierten Interessen bloß nicht optimal verwirklichen.

Die primäre Verantwortlichkeit für die Vornahme solcher Abwägungsentscheidungen im Strafrecht liegt beim Gesetzgeber, der von der Verfassung in mehrfacher Hinsicht dazu berufen ist. Die für das Strafrecht tragendste Begründung hierfür liefert das Bestimmtheitsgebot (§ 1 StGB, Art 18 B-VG, Art 7 EMRK). Dessen exakte Anforderung an das Strafrecht besteht darin, den sprachlichen Text einer Strafbestimmung in seinem Inhalt so fassbar zu machen, dass sich nach einer juristisch sauberen Auslegung anhand der anerkannten Auslegungsmethoden ein eindeutiger Strafbarkeitskern ergibt: Ein Großteil aller Lebenssachverhalte, die *prima facie* in den Anwendungsbereich der Norm fallen könnten, muss von der Strafbestimmung entweder zweifelsfrei erfasst oder ausgeschlossen sein – und zwar bereits von ihrem Geltungsbeginn an. Unproblematisch sind Auslegungsdivergenzen außerhalb dieses Kerns.

Diese Maßstäbe der Verhältnismäßigkeit einer Abwägungsentscheidung und ihrer ausreichend bestimmten Verdeutlichung in der Strafbestimmung kann der Gesetzgeber auf mehrere gleichwertige Arten erfüllen; in vielerlei Hinsicht kommen ihm hier erhebliche Entscheidungsspielräume zu. Insb ist die Verwendung unbestimmter Gesetzesbegriffe oder normativer Tatbestandsmerkmale, uU sogar in gehäufter Form, nicht von vornherein wegen ihrer Vagheit unzulässig. Als Ausgleich für den in seiner Bestimmtheit reduzierten Wortlaut und den hierdurch entstehenden Abwägungsspielraum für die Rsp muss der Gesetzgeber aber die anzuwendenden Auslegungsmaximen klar definieren. Bei der Ermittlung dieses Spielraums und der Abwägung im Einzelfall ist die Rsp in der Folge an den Wortlaut der Norm, des Weiteren den gesetzgeberischen Willen und zudem das Bestimmtheitsgebot mit dem Ziel der Verringerung von noch verbleibenden Auslegungsdivergenzen gebunden. Das Ergebnis der Abwägung im Einzelfall ist in aller Regel über eine entsprechend einschränkende Auslegung der objektiven Tatbestandsmerkmale umzusetzen. Ist dies nicht in grundrechtskonformer Weise möglich, ist der VfGH nach Art 89 Abs 2 B-VG anzurufen.

Der folgende 2. Teil der Untersuchung knüpft an die verfassungsrechtliche Notwendigkeit einer fehlerfreien Abwägung von Interessen im (Kommunikations-)Strafrecht an.



Teil 2

## **Vorgang der Abwägung zwischen Verbot und Grundrechtsausübung**

## IX. Regeln, Prinzipien und Leitlinien nach *Dworkin* und *Alexy*

### A. Allgemeines

Ein Ziel dieser Arbeit<sup>1150</sup> ist es, gemeinsame Regeln, Prinzipien und Leitlinien des Grundrechtsschutzes im Bereich des Kommunikationsstrafrechts herauszuarbeiten. Dies setzt inzidenter voraus, dass es überhaupt verschiedene solcher Normtypen innerhalb einer Rechtsordnung gibt, von denen sich der Gesetzgeber bei der Setzung des Rechts leiten lässt, nämlich »Regeln«, »Prinzipien« oder »Leitlinien«.<sup>1151</sup> Tatsächlich existieren unterschiedliche Normtypen innerhalb der österreichischen Rechtsordnung:

Neben Regeln finden sich auch Prinzipien und Leitlinien im geltenden (aber nicht unbedingt nur positivierten iSv ausdrücklich niedergeschriebenem) Recht. Sie können innerhalb eines Abwägungsprozesses maßgebliche Gesichtspunkte sein.

### B. Abgrenzungsfragen

Zunächst ist festzuhalten, dass keinem »klassisch« rechtspositivistischen Ansatz gefolgt wird: Der Rechtspositivismus plädiert zunächst für eine Trennung von Recht und Moral. Das bedeutet allerdings nur, dass eine strikte Unterscheidung zu treffen ist zwischen dem Recht, wie es ist, und jenem, wie es sein soll.<sup>1152</sup> Die Geltung des Rechts hängt insb nicht davon ab, ob es so ist, wie es sein soll – die Rechtskraft geht nicht verloren, nur weil eine positive Norm nicht den gesellschaftlichen Vorstellungen entspricht. Umgekehrt ist damit nicht gesagt, dass Recht auch nach Ansicht der Positivisten nicht moralisch gelungen sein soll bzw dass moralische Werte nicht Einfluss auf die Rechtsgestaltung nehmen

1150 Oben I.B.

1151 Im Bereich des Zivilrechts entwickelte *Wilburg* in den 40er Jahren des vergangenen Jahrhunderts vergleichbar sein Konzept des »beweglichen Systems«; zB *Wilburg*, Elemente des Schadensrechts; seine Thesen aufarbeitend etwa *Bydlinski* in *Schilcher/Koller/Funk*, Regeln, Prinzipien und Elemente, 9 ff; *Koch B.* in *Khakzadeh-Leiler/Schmid/Weber*, Interessenabwägung, 32 ff.

1152 ISv *Kelsens* Dualismus von Sein und Sollen: *Kelsen*, Reine Rechtslehre<sup>2</sup>, 402 f.

(dürfen).<sup>1153</sup> Vor allem aber können aus rechtspositivistischer Sicht nur »Regeln« zum geltenden Rechtsbestand gehören: Das sind solche Normen, die klare Gebote oder Handlungsanweisungen an die Rechtsunterworfenen (primäre Regeln) oder allenfalls Kompetenznormen (sekundäre Regeln) enthalten.<sup>1154</sup> Was ein solches Verbot oder Gebot ist, bestimmt sich ausschließlich anhand formaler/äußerer, empirisch fassbarer, nicht aber anhand inhaltlicher Kriterien (*rule of recognition*).<sup>1155</sup>

Allerdings: Weil Gesetzestexte geradezu typischerweise unbestimmt und unvollständig sind<sup>1156</sup> und es daher eine mechanische Rechtsanwendung (iS einer Subsumtion) nur in einer »idealen Welt« geben kann,<sup>1157</sup> muss es im geltenden Recht noch andere Normen als jene »Regeln« iSd Rechtspositivismus geben. Keineswegs wird dabei für die Anerkennung von Gewohnheitsrecht oder Naturrecht plädiert. Gewohnheitsrecht ist kein rechtserzeugender Tatbestand.<sup>1158</sup> Auch soll der Rechtspositivismus insgesamt nicht in Zweifel gezogen werden,<sup>1159</sup> die Frage der Existenz von Prinzipien in einer Rechtsordnung rüttelt nicht an der positivistischen Trennung von Recht und Moral.<sup>1160</sup>

Davon auszugehen ist allerdings, dass zum österreichischen Rechtsbestand Normen gehören, die weder klare Gebote oder Handlungsanweisungen noch Kompetenznormen iS *Harts* sind. Eine (weitere) rechtstheoretische Grundlage<sup>1161</sup> dieser Arbeit lässt sich daher in der »Prinzipientheorie« finden, wie sie allen voran durch ihre Vertreter *Ronald Dworkin* und *Robert Alexy* begründet und entwickelt

1153 Statt vieler *Ott* in *Dreier/Willoweit*, Vorträge, 20 ff; *Von der Pfordten*, Begriff des Rechts, Rz 38 ff; siehe aber auch *Hart*, Recht und Moral, 53 f.

1154 Ein prominenter Vertreter dieser Thesen des Rechtspositivismus ist etwa *H. L. A. Hart* (zurückgehend auf *John Austin*) mit seinem Hauptwerk *The Concept of Law*, 1 ff; siehe für eine Zusammenfassung seiner Aussagen *Hart* in *Dworkin*, *The philosophy of law*, 17 ff; jüngst *Saurer*, ARSP 2012, 215 ff.

1155 *Ott* in *Dreier/Willoweit*, Vorträge, 5.

1156 Ausführlich VL.C.2.a.

1157 So treffend *Hofmann*, Abwägung im Recht, 116.

1158 Dazu grundlegend statt vieler *Walter*, ÖJZ 1963, 225 ff; ihm folgend *Kunst*, Rechtsquellen und Rechtsanwendung, 11 f; wN zB bei *Höpfel* WK<sup>2</sup>-StGB § 1 Rz 23; *Steininger E.* SbgK § 1 Rz 36 f; *Stricker* in *Leukauf/Steininger H.* StGB<sup>4</sup> § 1 Rz 5 f.

1159 Das Prinzipienargument ist damit keine Widerlegung der rechtspositivistischen Thesen; dazu auch *Koch H.* in *Alexy/Koch/Kuhlen/Rüßmann*, Elemente einer juristischen Begründungslehre, 431 ff.

1160 *Jakab*, Rechtstheorie 37 (2006), 57.

1161 Zu weiteren theoretischen Fundierungen der Abwägung auch *Camilo de Oliveira*, Kritik der Abwägung, 144 ff.

wurde.<sup>1162</sup> Und das, obwohl *Dworkin* als ein Gegner des Positivismus gilt.<sup>1163</sup> Die nachfolgenden Ausführungen ähneln damit dem inklusiven Rechtspositivismus,<sup>1164</sup> der davon ausgeht, dass »die höchsten Kriterien der Rechtsgeltung ausdrücklich moralische Kriterien inkorporieren können.«<sup>1165</sup> Sie anerkennen, dass in manchen Rechtssystemen die höchsten Geltungskriterien für das Recht schlicht moralische Prinzipien sind.<sup>1166</sup>

### C. Begründung für diese rechtstheoretische Grundlage

Mit der Akzeptanz von »Prinzipien« als Teil der Rechtsordnung wird letztlich die rechtstheoretische Erklärung für die Abwägung als Methode der Rechtsfindung geliefert.<sup>1167</sup> Sobald man Abwägung als Methode der Rechtsfindung zusätzlich zur Methode der Subsumtion akzeptiert (weil Subsumtion an manchen Stellen versagt und damit Abwägung unverzichtbar ist<sup>1168</sup>), kommt man um diese Prinzipientheorie nicht herum. Denn »Regeln« iS eines Alles-oder-Nichts-Prinzips können eben nicht gegeneinander abgewogen werden. Eine Substitution der Abwägung (samt Prinzipientheorie) durch klare Regeln bringt keinen Rationalitätsgewinn.<sup>1169</sup> Es bräuchte dann nämlich eine unendliche Vielzahl solcher Regeln, damit für jeden erdenklichen strafrechtlich oder sonst juristisch relevanten Sachverhalt eine solche Regel iS einer »Wenn-dann-Formel« zur Verfügung stünde, die eine einzige unmiss-

1162 Deren Lehren ebenfalls darstellend statt vieler *Jakab*, *Rechtstheorie* 37 (2006), 49 ff; *Potacs* in *Khakzadeh-Leiler/Schmid/Weber*, *Interessenabwägung*, 20 ff; weiters *Borowski*, *Grundrechte als Prinzipien*, 1 ff; *Jestaedt* in FS Isensee, 253 ff; *Sieckmann*, *Regelmodelle*, 1 ff; sowie die Beiträge in *Sieckmann* (Hrsg.), *Prinzipientheorie*, 1 ff; für einen Vergleich der Theorien von *Dworkin* und *Alexy* siehe *Heinold*, *Prinzipientheorie*; speziell zum Rechtsverständnis *Dworkins* *Griller* in *Griller/Rill*, *Rechtstheorie*, 57 ff; *Habermas*, *Faktizität und Geltung*<sup>3</sup>, insb 258 ff.

1163 So wurden von ihm etwa die Thesen *Harts* abgelehnt: zB *Dworkin* in *Dworkin*, *The philosophy of law*, 38 ff.

1164 *Von der Pfordten*, *Begriff des Rechts*, Rz 80 ff.

1165 *Ott* in *Dreier/Willoweit*, *Vorträge*, 12.

1166 Zusammenfassend *Ott* in *Dreier/Willoweit*, *Vorträge*, 16.

1167 *Borowski*, *Abwägung*, 41.

1168 Dazu *Borowski* in *Klatt*, *Prinzipientheorie*, 151; zur Unterscheidung eingehend auch *Pirker*, *Proportionality analysis*, 45 ff; zur »Unverzichtbarkeit« auch V.B.

1169 *Michael* in *Jestaedt/Lepsius*, *Verhältnismäßigkeit*, 55.



verständliche Rechtsfolge anordnete. Zudem sind Positivismus und Prinzipientheorie samt Abwägung auch nicht miteinander unvereinbar:

»Da eine positivistische Lehre immer nur sagt, was Recht ist, also deskriptiv ist, wird kein Gesetzgeber, der neues Recht schaffen, und kein Richter, der einen bisher weder gesetzlich noch durch die Rechtsprechung entschiedenen Fall lösen muss, von ihr darüber Aufschluss darüber erhalten, in welchem Sinne er vorgehen soll.«<sup>1170</sup>

Genau darüber geben auch bei einem rechtspositivistischen Zugang die Regeln, Prinzipien und Leitlinien iS der Prinzipientheorie nach *Dworkin* und *Alexy* Aufschluss. Ihre zentralen Thesen sollen daher im Folgenden dargestellt werden.

## D. Grundannahme: Unterschiedliche Normtypen

### 1. Ausgangsthese

Die Grundannahme von *Dworkin* (der aus der *Common Law*-Tradition stammt) und ihm folgend *Alexy* ist, dass es neben herkömmlichen Regeln als Normtyp (in Form von Gesetzen, Verordnungen und dergleichen mehr) weitere rechtlich verbindliche Standards innerhalb einer Rechtsordnung gibt, die insb von Gerichten zu befolgen sind und die diese richtungsweisend zu einer »richtigen« Entscheidung anleiten sollen.<sup>1171</sup> Es handelt sich hierbei jeweils um rechtsimmanente, wenngleich nicht zwingend positivierte Wertungen, nicht aber iSd Naturrechts um überpositives Recht.<sup>1172</sup>

Hintergrund ist die Überlegung, dass Juristen – insb Richter – rechtliche Maßstäbe jenseits von Regeln brauchen, an denen sie sich va bei komplexen Fällen, in denen es keine klare Rechtsgrundlage für einen Sachverhalt gibt, orientieren können.<sup>1173</sup> Regeln funktionieren nämlich nach dem allgemein bekannten Alles-oder-Nichts-Prinzip: Wenn die Voraussetzungen für die Anwendung des Gesetzes vorliegen, ist dieses

1170 *Borowski*, Abwägung, 43.

1171 Siehe hierzu und zum Folgenden auch die dt Übersetzung von *Dworkins* Monographie »Taking rights seriously«: *Dworkin*, Bürgerrechte ernstgenommen, 54 ff.

1172 *Von der Pfordten*, Begriff des Rechts, Rz 71.

1173 Vgl *Dworkin*, Bürgerrechte ernstgenommen, 54 f.

mitsamt seinen Rechtsfolgen anzuwenden («alles»). Andernfalls ist das Gesetz für den konkreten Sachverhalt überhaupt nicht relevant («nichts»). Das »Alles-oder-Nichts-Prinzip« ist allerdings nicht immer anwendbar. Für diese Situationen wiederum bedarf es sonstiger verbindlicher Standards innerhalb einer Rechtsordnung. Sie werden als Prinzipien oder Leitlinien bezeichnet, die sich im Unterschied zu Regeln durch eine besondere Dimension an Gewicht auszeichnen.<sup>1174</sup> *Dworkin* unterscheidet daher insgesamt zwischen »rules«, »principles« und »policies«.

## 2. Regeln

*Regeln* («rules») funktionieren damit in folgender, bestimmter Wirkweise, wie *Dworkin* betont:

»Rules are applicable in an all-or-nothing fashion. If the facts a rule stipulates are given, then either the rule is valid, in which case the answer it supplies must be accepted, or it is not, in which case it contributes nothing to the decision.«<sup>1175</sup>

Liegen die (Tatbestands-)Voraussetzungen für die Anwendung einer Regel vor, ist sie anzuwenden. Die von der Regel angeordnete Rechtsfolge tritt ein. Ihre »Lösung« zur Antwort der Rechtsfrage ist zu akzeptieren. Fehlt es auch nur an einer Voraussetzung für die Anwendbarkeit, ist die Regel umgekehrt für den gesamten Lebenssachverhalt in keiner Weise relevant, eine »teilweise Anwendbarkeit« gibt es nicht. Die Regel kann diesfalls zur Lösungsfindung nichts beitragen.<sup>1176</sup> Dies schließt für *Dworkin* allerdings nicht aus, dass eine Regel auch von vornherein Ausnahmen haben kann und auch darf.<sup>1177</sup> Dann aber gilt für die Ausnahmeregel wieder dasselbe Alles-oder-Nichts-Prinzip.

Die Normen des Strafrechts – insb die Straftatbestände des BT – stellen allesamt solche Regeln dar: Ist der Tatbestand erfüllt, handelte der Täter rechtswidrig sowie schuldhaft und liegen keine Strafaufhebungs- oder -ausschließungsgründe vor, tritt die angedrohte Rechtsfolge, nämlich die Verhängung einer Freiheits- oder Geldstrafe grundsätzlich ein.

1174 Vgl *Dworkin* in *Dworkin*, The philosophy of law, 43, 45, der sich hier ausdrücklich gegen den Positivismus wendet; seine Grundthesen zusammenfassend jüngst auch *Saurer*, ARSP 2012, 218 ff.

1175 *Dworkin* in *Dworkin*, The philosophy of law, 45.

1176 Vgl *Dworkin*, Bürgerrechte ernstgenommen, 58.

1177 Näher *Dworkin* in *Dworkin*, The philosophy of law, 45 f.

Ein menschliches Verhalten ist daher bei Vorliegen dieser Voraussetzungen strafbar, umgekehrt kann es keine »teilweise Strafbarkeit« und auch kein »Mehr-oder-weniger-Strafbar« geben. Auch das *nulla poena sine lege*-Gebot ist bspw eine solche Regel,<sup>1178</sup> obwohl seine häufige Bezeichnung als »Grundsatz« eher nach einem Prinzip klingt. Es stellt die Regel auf, dass auf der Ebene der Rechtsanwendung keine Strafe ohne ein vorhandenes und ausreichend bestimmtes Strafgesetz verhängt werden darf.<sup>1179</sup>

### 3. Prinzipien

Eine andere Wirkung entfalten nach *Dworkin* dagegen Prinzipien (»principles«). »Principles« sind zwar ebenfalls rechtsverbindliche Standards, die sich wie ein »roter Faden« durch das Recht ziehen. Ein wesentlicher Unterschied zwischen Regeln und Rechtsprinzipien liegt allerdings in der Art ihrer Wirkung und Anwendbarkeit:

»Both sets of standards point to particular decisions about legal obligation in particular circumstances, but they differ in the character of the direction they give.«<sup>1180</sup>

»Principles [...] incline a decision one way, though not conclusively, and they survive intact when they do not prevail.«<sup>1181</sup>

Prinzipien normieren demnach keine Rechtsfolgen, die automatisch eintreten, wenn die Voraussetzungen für die Anwendung des jeweiligen Prinzips grundsätzlich vorliegen.<sup>1182</sup> Vielmehr geben sie schon gar nicht die Voraussetzungen vor, die ihre Anwendung fordern: Prinzipien normieren lediglich einen *Grund* oder ein *Argument*, der bzw das für eine bestimmte Entscheidung streitet. Sie weisen eine Entscheidung in eine bestimmte Richtung, geben sie aber nicht endgültig vor.

Das bedeutet noch nicht, dass aus einem Prinzip eine bestimmte Entscheidung in einem Einzelfall ableitbar wäre. Denn: Es könnte zugleich auch noch andere Prinzipien geben, deren Anwendbarkeit mit ebenso

1178 Näher XIV.B.1.

1179 So *Buchwald* in *Schilcher/Koller/Funk*, Regeln, Prinzipien und Elemente, 93.

1180 *Dworkin* in *Dworkin*, The philosophy of law, 45.

1181 *Dworkin* in *Dworkin*, The philosophy of law, 56.

1182 *Dworkin* in *Dworkin*, The philosophy of law, 46; *ders*, Bürgerrechte ernstgenommen, 59 ff.

guten Gründen indiziert ist, die jedoch in die diametral andere Richtung deuten. Sie alle sind dennoch weiterhin Teil unserer Rechtsordnung, wenngleich sie sich uU in dem einen Einzelfall widersprechen; im nächsten könnte jedoch wieder das jeweils andere Prinzip zum Tragen kommen.<sup>1183</sup> »Zusammengefaßt ist eine Vorschrift genau dann ein Prinzip, wenn sie einen optimierbaren Zustand ausdrückt, durch mindestens eine Vorschrift mit der gleichen Eigenschaft eingeschränkt werden kann und keiner der Vorschriften ein absoluter Vorrang zukommen soll.«<sup>1184</sup>

Neben dieser völlig verschiedenen *Wirkweise* haben Prinzipien nach dem Verständnis *Dworkins* darüber hinaus eine gegenüber Regeln zusätzliche *Wirkdimension*. Sie lässt sich gut als »*Wirkintensität*«<sup>1185</sup> iS einer Dimension der Gewichtung bzw Bedeutung beschreiben: Können grundsätzlich mehrere Prinzipien zur Lösung desselben Sachverhalts herangezogen werden, die sich jedoch in ihren Ergebnissen widersprechen, ist dieser Konflikt zu lösen, indem das *relative Gewicht* der beiden Prinzipien in diesem Einzelfall in die Betrachtung miteinbezogen und entschieden wird, welchem der involvierten Prinzipien das höhere Gewicht zukommt. MaW: Es ist abzuwägen. Eine solche Abwägung findet unter Regeln nicht statt, weil ihnen diese Dimension völlig fehlt.<sup>1186</sup>

*Dworkin* erkennt diese Prinzipien als Teil des verbindlichen Rechts an und sieht dementsprechend auch eine Verpflichtung insb der Gerichte, diese bei ihrer Entscheidungsfindung zu berücksichtigen.<sup>1187</sup> Prinzipien finden sich damit in einer Art interpretativ-moralischen Sphäre und konstituieren sich nicht zwingend (wenngleich sehr häufig) durch einen formellen (positiven) Gesetzgebungsakt. Es handelt sich vielmehr um »Anleitungen hinter dem formell erlassenen Recht«<sup>1188</sup>. Darauf aufbauend geht in weiterer Folge *Devlin* davon aus, dass letztlich das gesamte Strafrecht auf moralischen Prinzipien basiert und zahlreiche Normen des Strafrechts gerade deshalb moralische Prinzipien (und nichts anderes) schützen.<sup>1189</sup>

1183 Vgl *Dworkin* in *Dworkin*, The philosophy of law, 47.

1184 *Koch H./Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, 99.

1185 In diese Richtung geht auch die dt Übersetzung von *Dworkins* »Taking rights seriously«: Bürgerrechte ernstgenommen, 61 f.

1186 *Dworkin* in *Dworkin*, The philosophy of law, 47 f.

1187 Vgl *Dworkin* in *Dworkin*, The philosophy of law, 63 und 64 f.

1188 So *Heinold*, Prinzipientheorie, 81 f.

1189 Vgl *Devlin* in *Dworkin*, The philosophy of law, 71. Er begründet dies einleuchtend wie folgt: »...[S]ociety means a community of ideas; without shared ideas on politics, morals, and ethics no society can exist. Each one of us has ideas about what

Aus der Sicht *Dworkins* kann es aus Gründen dieser Besonderheiten, die Prinzipien aufweisen (anders als bei Regeln), auch keinen Test geben, um die Geltung eines Prinzips zu messen.<sup>1190</sup> *Hart* nämlich bejaht die Existenz eines solchen Tests für Rechtsregeln, mit dem sich feststellen lasse, welche Maßstäbe Teil des Rechts sind.<sup>1191</sup> Dem hält *Dworkin* entgegen:

»Ich sage, daß die These, daß es einen allgemein anerkannten Test für das Recht gibt, dann einleuchtend ist, wenn wir nur einfache Rechtsregeln von der Art betrachten, wie sie in Bestimmungen des geschriebenen Rechts auftreten oder fettgedruckt in Lehrbüchern stehen. Aber Anwälte und Richter berufen sich bei der Begründung und Entscheidung von Prozessen nicht nur auf solche fettgedruckte Regeln, sondern auch auf andere Arten von Maßstäben, die ich als Rechtsprinzipien bezeichnet habe, wie zum Beispiel das Prinzip, daß niemand von seinem eigenen Vergehen profitieren dürfe.«<sup>1192</sup>

Das österreichische Strafrecht kennt ebenfalls Prinzipien, wie der Blick auf das Kommunikationsstrafrecht zeigt: Bei der Auslegung der Tatbestände der Ehrdelikte spielen hier etwa der *Public Figures*- oder der *Public Watchdog*-Standard und andere Prinzipien wie der Geheimnisschutz oder der Schutz des höchstpersönlichen Lebensbereichs eine zentrale Rolle, wie noch aufgezeigt wird.<sup>1193</sup> In den überwiegenden Fällen, in denen im Strafrecht Prinzipien zur Anwendung kommen, verweisen allerdings strafrechtliche Regeln ausdrücklich auf diese Prinzipien: Ein Bsp aus dem Kommunikationsstrafrecht ist etwa § 105 Abs 2 StGB, der die Strafbarkeit einer Nötigung ua durch gefährliche Drohung (als Kommunikationshandlung) ausschließt, wenn diese nicht den guten Sitten widerstreitet. § 105 Abs 1 StGB normiert demnach zunächst eine Regel, wonach mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu 720 Tagessätzen zu bestrafen ist, wer einen anderen mit Gewalt oder

---

is good and what is evil [...] A common morality is part of the bondage.« (74). Deshalb, so *Devlin* weiter, habe die Gesellschaft auch das Recht über Moral zu urteilen und dementsprechend Gesetze gegen Immoralität zu erlassen (insb 75).

1190 So *Dworkin* in *Dworkin*, *The philosophy of law*, 56 f.

1191 Sog *Hart'sche Erkenntnisregel*, wie *Dworkin* es in *Bürgerrechte* ernstgenommen, 131, nennt.

1192 *Dworkin*, *Bürgerrechte* ernstgenommen, 91.

1193 XIV.C.

durch gefährliche Drohung zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötig. Sodann verankert § 105 Abs 2 StGB jedoch eine Ausnahme für den Fall, dass die Anwendung der Gewalt oder Drohung als Mittel zu dem angestrebten Zweck nicht den guten Sitten widerstreitet. Die Frage, ob die Ausnahme im Einzelfall zur Anwendung gelangt, ist über eine Abwägung zu ermitteln: Das Interesse des Drohenden wird den Gegeninteressen des Opfers gegenübergestellt, indem das eingesetzte Mittel zum verfolgten Zweck in Relation gesetzt wird. Die Interessen, die hier einfließen, sind nichts anderes als Prinzipien iSd dargestellten Funktionsweise. Auf abzuwägende Prinzipien verweisen va aber unterschiedliche Normen des Allgemeinen Teils im StGB: So etwa die Notwehr nach § 3 StGB auf das Angemessenheitskorrektiv, der entschuldigende Notstand nach § 10 StGB auf die Verhältnismäßigkeitsklausel oder auch der rechtfertigende Notstand auf die Güterabwägung.

#### 4. Leitlinien

Beide bislang dargestellten Normtypen – Regeln und Prinzipien – folgen ihrerseits wiederum auf die Gesamtrechtsordnung bezogen höheren Zielen, die *Dworkin* als Leitlinien (»policies«) erfasst:

»I call a ›policy‹ that kind of standard that sets out a goal to be reached, generally an improvement in some economic, political, or social feature of the community (though some goals are negative, in that they stipulate that some present feature is to be protected from adverse change).«<sup>1194</sup>

»Policies« umschreiben für ihn demnach jene Standards, die sich mit den dt Begriffen »Zielen« oder – wie in der gegenständlichen Arbeit terminologisch gewählt – »Leitlinien« erfassen lassen. Sie verbinden das kodifizierte Recht als alles vereinenden gemeinsamen Nenner: Policies werden dadurch zur Rechtfertigung einer gesetzgeberischen Entscheidung herangezogen, »daß sie zeigen, daß die Entscheidung ein bestimmtes kollektives Ziel der Gemeinschaft als ganzes fördert oder schützt«<sup>1195</sup>.

Prinzipienargumente dagegen zeigen auf, »daß die Entscheidung ein bestimmtes Recht eines Individuums oder einer Gruppe achtet oder

1194 *Dworkin* in *Dworkin*, The philosophy of law, 43.

1195 *Dworkin*, Bürgerrechte ernstgenommen, 146.

sichert«<sup>1196</sup>. Prinzipien argumentieren folglich mit individuellen Interessen, Leitlinienargumente dagegen mit Zielen der Allgemeinheit (oder Allgemeininteressen).<sup>1197</sup> Beiden – Prinzipienargumenten und Leitlinienargumenten – muss also ein legitimes Ziel zugrunde liegen. Nach *Dworkin* werden Leitlinienargumente typischerweise vom Gesetzgeber zur Begründung seiner legislativen Entscheidungen herangezogen, wohingegen die Rsp demgegenüber meist Prinzipienargumente zum Tragen bringe.<sup>1198</sup> Die vorliegende Untersuchung dagegen folgt der zentralen Prämisse, dass gerade der Strafgesetzgeber verpflichtet ist, ebenso Prinzipien aufzuzeigen.<sup>1199</sup>

Auch das österreichische Kommunikationsstrafrecht kennt solche Leitlinien der Abwägung, wie an anderer Stelle darzulegen sein wird.<sup>1200</sup> Die weiteren Ausführungen konzentrieren sich allerdings auf die für die weitere Untersuchung notwendige Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien.

## E. Grundrechte als Prinzipien

Aufbauend auf dieser These einer notwendigen Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien definiert *Robert Alexy*<sup>1201</sup> – der anders als *Dworkin* aus der *Civil Law*-Tradition stammt – in seiner »Theorie der Grundrechte« die Grundrechte in weiterer Folge als Prinzipien iSd Lehre *Dworkins*. Nach *Alexy* ist folglich jedes Grundrecht auch ein Prinzip (dagegen ist umgekehrt nicht jedes Prinzip immer ein Grundrecht).<sup>1202</sup> Regeln sind demgegenüber – wiederum den Annahmen *Dworkins* sehr ähnlich – »Normen, die stets nur entweder erfüllt oder nicht erfüllt werden können«<sup>1203</sup>.

1196 *Dworkin*, Bürgerrechte ernstgenommen, 146.

1197 Vgl *Dworkin*, Bürgerrechte ernstgenommen, 158f.

1198 *Dworkin*, Bürgerrechte ernstgenommen, 147 und 147ff.

1199 Insb VI.C.4.b.

1200 XIV.D.

1201 Für eine Zusammenfassung seiner zentralen Thesen *Alexy* in *Alexy/Koch/Kuhlen/Rüßmann*, Elemente einer juristischen Begründungslehre, 217ff; *ders* in *Schilcher/Koller/Funk*, Regeln, Prinzipien und Elemente, 31ff.

1202 So zusammenfassend *Heinold*, Prinzipientheorie, 234; ebenfalls eine Zusammenfassung der wesentlichen Thesen *Alexys* bietet *Enderlein*, Abwägung, 80ff.

1203 *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 76.

Charakteristisch für Grundrechte als Prinzipien ist zweierlei: Zunächst können sie in unterschiedlichem Ausmaß erfüllt werden. Darüber hinaus hängt der gebotene Erfüllungsgrad einerseits von tatsächlichen, andererseits aber von rechtlichen Möglichkeiten ab. Der Rahmen der rechtlichen Möglichkeiten wird entweder durch entgegengesetzte Prinzipien oder auch Regeln bestimmt.<sup>1204</sup> Grundrechte als Prinzipien sind nach *Alexy* zugleich *Optimierungsgebote*<sup>1205</sup> oder treffender »zu optimierende Gebote«<sup>1206</sup>: Sie gebieten grundsätzlich ihre möglichst hohe Verwirklichung; kein Grundrecht darf von staatlicher Seite mehr als notwendig eingeschränkt werden.<sup>1207</sup>

## F. Lösung von Prinzipien- und damit Grundrechtskollisionen

Aus der Differenzierung zwischen Regeln und Prinzipien ergeben sich nach *Alexy* signifikante Unterschiede für die Lösung von Regelkonflikten und Prinzipienkollisionen.<sup>1208</sup> In beiden Fällen kommt es zwar durch die gleichzeitige Anwendung zweier Normen zu miteinander nicht vereinbaren Ergebnissen (»zu zwei sich widersprechenden konkreten rechtlichen Sollensurteilen«<sup>1209</sup>). Ein Regelkonflikt kann jedoch nur entweder durch eine den konkreten Konflikt bereinigende *Ausnahmeklausel* oder durch *Ungültigerklärung* einer der beiden Normen gelöst werden.<sup>1210</sup>

Bei Prinzipienkollisionen dagegen bedarf es keiner dieser beiden Mittel; vielmehr entscheiden die »Umstände« des jeweiligen Falls, weil

1204 So *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 75 f.

1205 *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 75 ff (mit Fn 27, in der er die Kennzeichnung dieser Prinzipien als Optimierungsgebote als entscheidenden Unterschied zur Lehre *Dworkins* bezeichnet). *Heinold*, Prinzipientheorie, 175 ff, verwendet den insoweit klärenden Begriff »Normoptimierungsgebot«.

1206 Zur Diskussion um die Begriffe »zu optimierender Gebote« anstatt »Optimierungsgebote« grundlegend *Sieckmann*, Regelmodelle, 63 ff; kurz *ders* in *Sieckmann*, Prinzipientheorie, 19; *Alexy* in *Schilcher/Koller/Funk*, Regeln, Prinzipien und Elemente, 38 f; zusammenfassend *Kallmeyer*, Ideales Sollen, 28, der im Weiteren von Prinzipien als ideal gesollte, wertbezogene Zielbestimmungen spricht (263 ff).

1207 Zum Optimierungsgebot XIV.C.2.

1208 Ausführlich zusammenfassend jüngst auch *Kallmeyer*, Ideales Sollen, 27 ff.

1209 *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 77.

1210 *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 77.



Prinzipien in konkreten Fällen jeweils unterschiedliches Gewicht haben. Dieses ist zu ermitteln. Das höher gewichtete geht dem anderen in der jeweiligen Kollisionssituation dann vor.<sup>1211</sup> Dieses Phänomen bezeichnet Alexy als »bedingte Vorrangrelation«<sup>1212</sup>.

Zusammenfassend besteht der Unterschied zwischen Regeln und Prinzipien insb in ihrem unterschiedlichen Kollisionsverhalten und dem Umstand, dass nur Prinzipien einer Abwägung unterzogen werden können, weil sie zu optimierende Gebote enthalten und anders als Regeln auch nur graduell erfüllbar sind.<sup>1213</sup>

Alexy erkennt in weiterer Folge ein Gesetz über den Zusammenhang zwischen den genannten Vorrangrelationen und Regeln, das er als *Kollisionsgesetz* bezeichnet und wie folgt formuliert:

»Die Bedingungen, unter denen das eine Prinzip dem anderen vorgeht, bilden den Tatbestand einer Regel, die die Rechtsfolge des vorgehenden Prinzips ausspricht.«<sup>1214</sup>

Das Kollisionsgesetz stellt damit die Verbindung zwischen Regeln und Prinzipien her:<sup>1215</sup> Unter bestimmten Bedingungen geht das eine Prinzip einem anderen vor, weil es im Kollisionsfall das höhere Gewicht hat; als Rechtsfolge kommt das vorgehende Prinzip zur Anwendung – es wird optimiert. Es wird abgewogen.

## G. Abwägungsgesetz nach Alexy

Vor dem Hintergrund seiner Theorie der Prinzipien formulierte Alexy in weiterer Folge das *Abwägungsgesetz*, das er iZm der Frage der Abwägung kollidierender Prinzipien (darunter fallen somit auch die Grundrechte)<sup>1216</sup> und der Auflösung derartiger Kollisionen entwickelte:

1211 Alexy, Theorie der Grundrechte, 79.

1212 Alexy, Theorie der Grundrechte, insb 81; ders in Schilcher/Koller/Funk, Regeln, Prinzipien und Elemente, 33 f mit einem Bsp.

1213 Ähnlich auch Kallmeyer, Ideales Sollen, 208 ff zusammenfassend, ausführlich 154 ff; zu jüngeren Entwicklungen in der Prinzipientheorie statt vieler weiterführend zB die Beiträge in Klatt, Prinzipientheorie, 1 ff.

1214 Alexy, Theorie der Grundrechte, 84.

1215 So Kallmeyer, Ideales Sollen, 33.

1216 Kritisch zum Vorschlag Alexys insgesamt Ladeur, Kritik der Abwägung, 1 ff.

»Je höher der Grad der Nichterfüllung oder Beeinträchtigung des einen Prinzips ist, umso größer muss die Wichtigkeit der Erfüllung des anderen (Prinzips) sein [...].«<sup>1217</sup>

Indem *Alexy* auf die materielle Wichtigkeit der jeweils in eine Kollision involvierten Prinzipien abstellt<sup>1218</sup>, kommt er zum Gebot, dass ein Prinzip jeweils nur so weit zurückgedrängt werden und damit unerfüllt bleiben darf, soweit ein anderes Prinzip wichtiger ist. Oder umgekehrt formuliert: Ein Prinzip darf einem anderen so weit vorgehen, soweit es in der konkreten Kollisionssituation gewichtiger ist. Das weniger gewichtige Prinzip darf im selben Ausmaß zurückgedrängt werden.

Diese Grundregel entspricht dem schon vorgestellten Prinzip praktischer Konkordanz iZm rechtlich geschützten Interessen: Beim Abwägungsgesetz geht es um das Finden des optimalen Verhältnisses der involvierten Prinzipien zueinander, bei der praktischen Konkordanz um die optimale Auflösung einer Interessenkollision.<sup>1219</sup>

Aus dem Abwägungsgesetz für Prinzipienkollisionen ergibt sich zweierlei: Zwischen den einzelnen Prinzipien gibt es erstens keine abstrakte Normenhierarchie.<sup>1220</sup> Was bereits für die Grundrechte in Ablehnung einer solchen Rangordnung ausgeführt wurde,<sup>1221</sup> wird hier noch einmal durch die Thesen *Alexys* bestätigt. Vielmehr führt das Kollisionsgesetz zweitens zu »bedingten Vorrangrelationen« für den jeweiligen Kollisionsfall.<sup>1222</sup> In den Worten *Bydlinskis*: »Jedenfalls wenn die und die Umstände das eine Prinzip als relativ schwach berührt und die und die Umstände das andere als stark berührt ausweisen, hat das zweite Vorrang.«<sup>1223</sup>

Um dem Optimierungsgebot zur Geltung zu verhelfen, besteht die zentrale Aufgabe des Gesetzgebers nun darin, die Vorrangrelationen zwischen den kollidierenden Prinzipien im jeweiligen Kollisionsfall zu ermitteln und die Prinzipien entsprechend dieser Beziehung »anteilig« zu optimieren. Abwägung durch den Gesetzgeber besteht also in der »Bildung von fallgruppenspezifischen Vorrangregeln zwischen den

1217 *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 146.

1218 *Kallmeyer*, Ideales Sollen, 30.

1219 V.G.1.

1220 So spricht *Alexy* (Theorie der Grundrechte, 146) davon, dass das Gewicht von Prinzipien weder an sich noch absolut bestimmbar ist.

1221 V.D.

1222 *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 79 ff.

1223 *Bydlinski* in *Schilcher/Koller/Funk*, Regeln, Prinzipien und Elemente, 19.

kollidierenden Zielen.«<sup>1224</sup> Es geht damit nicht um eine Entscheidung über feste Vorrangregeln, sondern vielmehr um die Entwicklung eines »Begründungsmodells«<sup>1225</sup>, anhand dessen abstrakte und konkrete Abwägungsentscheidungen getroffen werden können. Anhand derartiger »je-desto«-Relationen oder »partieller Vorrangrelationen«<sup>1226</sup> lassen sich zudem *Grenzen* zulässiger Abwägungsergebnisse ausmachen.<sup>1227</sup>

## H. Kritik an der Prinzipientheorie

Die Prinzipientheorie baut zusammenfassend auf der Unterscheidung von Regeln und Prinzipien (bzw auch Leitlinien, auf die nicht näher eingegangen werden soll, da es hierzu keine Kontroversen gibt) auf und erachtet Prinzipien als sog Optimierungsgebote oder treffender: zu optimierende Gebote<sup>1228</sup>, wobei insb die Grundrechte stets solche zu optimierende Prinzipien sein sollen. Die Theorie sieht sich zahlreichen Einwänden insb aus der Verfassungstheorie ausgesetzt, von denen die wichtigsten zumindest überblicksartig dargestellt werden sollen.<sup>1229</sup> Eine vollständige Darstellung des Literaturstands wird hierbei nicht angestrebt: Die gegenständliche Arbeit zieht die Unterscheidung von Regeln und Prinzipien zwar als Grundlage für eine strafrechtliche Abwägungstheorie heran. Um das zu rechtfertigen, soll es für die hier verfolgten Zwecke aber ausreichen, die wesentlichen Kritikpunkte aufzuzeigen und in weiterer Folge, soweit möglich, zu entkräften.

Grundlegend wird zunächst schon die Existenz von Prinzipien als Gegensatz zu Regeln angezweifelt: Es gebe tatsächlich nur einen Typus an Normen, der lediglich auf unterschiedliche Weise angewendet würde; in Wahrheit seien Regeln und Prinzipien identisch strukturiert.<sup>1230</sup> Dementsprechend erfordere der Umstand, dass sich Prinzipien als Optimierungsgebote rekonstruieren lassen, keinen geteilten

1224 Koch H. in *Erbguth/Oebbecke/Rengeling/Schulte*, Abwägung, 14.

1225 Den Begriff verwendend *Lagodny*, Schranken der Grundrechte, 221.

1226 X.D.

1227 Ähnlich *Lagodny*, Schranken der Grundrechte, 225.

1228 Dazu IX.E.

1229 Neben den genannten zB auch *Klement*, JZ 2008, 756 ff. Vier Einwände gegen seine eigene Theorie behandelt außerdem *Alexy* in *Schilcher/Koller/Funk*, Regeln, Prinzipien und Elemente, 36 ff.

1230 So *Günther*, Angemessenheit, 270 ff; *Poscher* in *Sieckmann*, Prinzipientheorie, 65 ff.

Normbegriff.<sup>1231</sup> Ganz ähnlich wird eingewandt, dass Normen wesensimmanent eine doppelstrukturelle Natur aufweisen: Je nach Anwendung seien sie einmal als Regel, ein andermal als Prinzip ausgestaltet.<sup>1232</sup> Nach einer aA seien Prinzipien, sobald sie als Optimierungsgebote ausgestaltet sind, selbst wieder nur Regeln, sohin Normen mit einem regelhaften Befolungsanspruch.<sup>1233</sup> Für andere wiederum sind gerade die Grundrechte Regeln und keine Prinzipien.<sup>1234</sup> Und schließlich lautet ein Argument, dass es zwar Rechtsprinzipien gäbe, die auch Optimierungsgebote enthalten können. Allerdings kenne das Recht deutlich mehr Rechtsprinzipien als Optimierungsgebote. Insgesamt sei die Prinzipientheorie daher mangels Prinzipien, welche die von *Alexy* statuierten Eigenschaften aufweisen, »eine Theorie ohne Gegenstand«<sup>1235</sup>. Auch für *Jakab* bedürfe es für die Abwägung einer normstrukturellen Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien überhaupt nicht, weil Prinzipien nichts anderes seien als besonders unbestimmte, vage Regeln, die im Einzelfall einer umfassenderen Interpretation bedürften. Die Abwägung zwischen zwei »Prinzipien« is *Alexys* sei demnach dasselbe wie die restriktive Auslegung einer Regel (»Prinzip«) im Lichte einer anderen.<sup>1236</sup> Insofern seien Prinzipien nichts anderes als »wichtige Regeln«<sup>1237</sup> oder »Strukturentscheidungen«<sup>1238</sup>.

Fundamentalkritik übt weiters neben anderen auch *Habermas*, der moniert, dass Prinzipien verstanden als Optimierungsgebote zu bloßen Werten herabgestuft würden. Eine Entscheidung über ihre Gewichtung im Kollisionsfall sei daher selbst ein bloßes Werturteil, »das im Rahmen einer konkreten Wertordnung eine sich darin artikulierende Lebensform mehr oder weniger angemessen reflektiert«<sup>1239</sup>. MaW: Es könne letztlich keine richtigen Entscheidungen mehr geben; der Richtigkeits-

1231 *Griller* in *Griller/Rill*, Rechtstheorie, insb 78.

1232 *So Steiff*, Rechtsfindung im Umweltrecht, insb 139 ff.

1233 Umfassend *Poscher*, Rechtswissenschaft 2010, 369; *Sieckmann*, Regelmodelle, 65. *Sieckmann* (zB in *Schilcher/Koller/Funk*, Regeln, Prinzipien und Elemente, 69 ff) stuft Prinzipien dann in einem eigenen Lösungsansatz als reiterierte Geltungsgebote ein, sodass die Unterscheidung sehr wohl aufrechterhalten werden könne (82).

1234 *Atienza/Ruiz Manero*, A Theory, 1 ff.

1235 *Poscher*, Rechtswissenschaft 2010, 370; ähnlich *Vogel F./Christensen* in *Müller/Mastronardi*, Abwägung, 47.

1236 *Jakab* in *Borowski*, Nature of legal principles, 149, 151.

1237 So schon die Überschrift des Beitrags von *Jakab* in *Borowski*, Nature of legal principles, 145: »Re-Defining Principles as ›Important Rules«.

1238 *Jakab*, Rechtstheorie 37 (2006), 56.

1239 *Habermas*, Faktizität und Geltung<sup>5</sup>, 369.

anspruch des Rechts insgesamt gehe verloren.<sup>1240</sup> Denn der Argumentation würden kaum noch Unterscheidungen vorgegeben, die immerhin bestimmte Abwägungsergebnisse ausschließen.<sup>1241</sup>

Grundlegend kritisiert wird auch, dass in einer pluralistischen Gesellschaft eine Einigkeit, welche fundamentalen Werte Prinzipien iSd Theorie *Alexys* sein sollen und mit welchem Gewicht sie ausgestattet sind, kaum erzielbar sei. Die legitimationsstiftende Überzeugungskraft von Prinzipien sei aber unbedingt zu gewährleisten; diese könne letztlich nur durch einen Bezug zu fundamentalen Gerechtigkeitsprinzipien hergestellt werden.<sup>1242</sup> Immerhin entlehne das Recht »seine bindende Kraft [...] dem Bündnis, das die Positivität des Rechts mit dem Anspruch auf Legitimität eingeht«<sup>1243</sup>.

Im Weiteren setze die Unterscheidung in Regeln und Prinzipien voraus, dass hinter jedem Gesetz ein eindeutiger und unmissverständlich ermittelbarer Inhalt stehe.<sup>1244</sup> Diesen könne es aber aufgrund der jeder Sprache immanenten Vagheit nicht geben. Eine Rückbeziehung auf einen Regel-Prinzipien-Dualismus berücksichtige daher den pragmatischen Einsatz der Sprache nicht; vielmehr werde dieser abgeschnitten »zugunsten von Spekulationen über absolute Prinzipien und den Rechtsbegriff«<sup>1245</sup>. Der Regelbegriff *Alexys* verdränge »[a]lles, was an einem Gesetz sprachlich relevant ist, [...] in das abstrakte Reich der Prinzipien«<sup>1246</sup> und damit in das Reich der Philosophie und als einzige Methode gäbe es die Abwägung. »Damit verschwindet die ganze sprachliche Realität des Gesetzes im Abgrund zwischen einem sinnlosen Begriff der Regel und einem philosophischen Begriff des Prinzips.«<sup>1247</sup> Insgesamt sei der verwendete Regelbegriff daher »nicht sinnvoll, denn auch jede rechtliche Regel ist in ihrem Möglichkeitsbereich durch gegenläufige Regeln bestimmt [...] Das nennt man gemeinhin systematische Auslegung.«<sup>1248</sup> Eine pragmatische Verwendung der Sprache würde va das Auffinden und Verknüpfen gelungener Gebrauchsbeispiele erfassen, etwa durch

1240 So die Kritik an seiner Theorie zusammenfassend *Alexy* in *Schilcher/Koller/Funk*, Regeln, Prinzipien und Elemente, 47.

1241 *Camilo de Oliveira*, Kritik der Abwägung, 170.

1242 *ZB Luf* in *Khakzadeh-Leiler/Schmid/Weber*, Interessenabwägung, 7 ff mwN.

1243 *Habermas*, Faktizität und Geltung<sup>5</sup>, 57 f.

1244 Namentlich *Vogel F./Christensen* in *Müller/Mastronardi*, Abwägung, 9 ff, 12 ff, insb 21 ff.

1245 *Vogel F./Christensen* in *Müller/Mastronardi*, Abwägung, 14.

1246 *Vogel F./Christensen* in *Müller/Mastronardi*, Abwägung, 16.

1247 *Vogel F./Christensen* in *Müller/Mastronardi*, Abwägung, 16.

1248 *Vogel F./Christensen* in *Müller/Mastronardi*, Abwägung, 16.

Bezugnahme auf höchstrichterliche Entscheidungen und Kommentarliteratur.<sup>1249</sup> Als tatsächliche Rechtspraxis der »Abwägung« bleibe dagegen alleine die lokale Ausarbeitung der Semantik iS einer bloßen Wortlautauslegung über.<sup>1250</sup>

Diese Qualifikation der Grundrechte als Optimierungsgebote zusammen mit dem Umstand, dass die Grundrechte in Österreich weitgehend Verfassungsrang genießen<sup>1251</sup>, verleite schließlich dazu, den Schutzbereich der Grundrechte möglichst weit zu fassen, um den Staat zu einer weitreichenden Optimierung der involvierten Interessen der Rechtsunterworfenen zu verpflichten. Dies allerdings würde – wie insb etwa *Holoubek*<sup>1252</sup> (für organisations- und verfahrensrechtliche Grundrechte) und *Jestaedt* herausgearbeitet haben – zu einer Erosion des Grundrechtsschutzes führen: Denn wenn vor Erlass nahezu jeder Rechtsvorschrift eine grundrechtlich relevante Abwägung vorgenommen werden müsste, entstünden schier unbegrenzte Auslegungs- und Abwägungsspielräume. Diese würden erstens die Rechtssicherheit reduzieren und führten letztlich zweitens zu einer »Ausdünnung effektiver Gewährleistungssubstanz«<sup>1253</sup>.

## I. Stellungnahme

Zu den wesentlichen Kritikpunkten an der Prinzipientheorie soll in aller Kürze Stellung genommen werden. Sehr viel ausführlicher wurden die verschiedenen Argumente für eine vermeintliche Überflüssigkeit der Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien in jüngerer Zeit insb von *Kallmeyer*<sup>1254</sup> widerlegt. In der vorliegenden Arbeit wird jedoch nur angestrebt, eine zumindest eingeschränkte Übertragbarkeit der Prinzipientheorie auf das Strafrecht zu begründen, ohne aber zugleich eine eigene Theorie zum österreichischen Rechtsbegriff zu entwickeln. Daher wird zwar versucht, die Gegenargumente zu entkräften. Es bleibt aber dabei, dass sich die nachfolgenden Ausführungen sowohl für die

1249 *Vogel F./Christensen in Müller/Mastronardi*, Abwägung, 26, 44.

1250 *Vogel F./Christensen in Müller/Mastronardi*, Abwägung, 47.

1251 Ausführlich III.B.1.

1252 Grundrechtliche Gewährleistungspflichten, 325 f.

1253 *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung, 52; zu diesem Problem eingehend IV.C.2.c. und XI.D.

1254 *Ideales Sollen*, 329 ff.

Anhänger des klassischen Rechtspositivismus als auch jene der Prinzipientheorie eignen – es macht in diesem Zusammenhang nämlich keinen Unterschied, ob man die Interessen, die in eine strafrechtliche Abwägung einfließen, nun begrifflich als »Regeln« oder »Prinzipien« (oder auch »Leitlinien«) bezeichnet.

### 1. Allgemeine Replik

Entgegen aller Kritik ist die unterschiedliche Funktions- und Wirkweise der Normen, die den österreichischen Rechtsbestand ausmachen, mE letztlich nicht von der Hand zu weisen. Die Regeln des österreichischen Strafrechts etwa funktionieren und wirken völlig anders als die Grundrechte der österreichischen Verfassung. Nach österreichischem Recht ist zB wegen Mordes nach § 75 StGB mit einer Freiheitsstrafe von zehn bis zwanzig Jahren oder lebenslanger Freiheitsstrafe zu bestrafen, wer vorsätzlich einen anderen tötet. Es ist auch grundsätzlich jeder mit einer Freiheitsstrafe bis zu drei Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen zu bestrafen, der in einer für mehr als zwei von Täter und Opfer verschiedenen Personen wahrnehmbaren Weise einen anderen vorsätzlich beleidigt (§ 115 Abs 1 und 2 StGB). Es handelt sich hierbei um Regeln. Dass sie bestimmten Ausnahmen unterliegen, ändert nichts an ihrem Alles-oder-nichts-Charakter: Ist die Regel anwendbar, weil ihre Voraussetzungen erfüllt sind und keine Ausnahme greift, ist die Rechtsfolge die Strafbarkeit des beschriebenen Verhaltens. Greift eine Ausnahme, etwa weil der Täter den Mord aus Notwehr nach § 3 StGB begeht oder sich nur aus allgemein begrifflicher Entrüstung zu dieser Beleidigung hinreißen ließ (§ 115 Abs 3 StGB), kommt die Rechtsfolge dieser Ausnahmeregel zum Tragen: Das Verhalten bleibt straflos. Die Regeln nach § 75 StGB oder § 115 Abs 1 und 2 StGB tragen dagegen zur Lösung der Rechtsfrage im konkreten Fall nichts mehr bei.

Ganz anders funktioniert demgegenüber bspw die Kommunikationsfreiheit nach Art 13 StGG/Art 10 EMRK: Zunächst gilt zwar auch für dieses Grundrecht is einer Regel, dass der Staat in die Kommunikationsfreiheit nicht unverhältnismäßig eingreifen und diese damit verletzen darf. Die Frage, wann ein Eingriff das Grundrecht verletzt, ist aber zwingend immer Gegenstand einer Abwägung, in die alle involvierten Interessen einzubeziehen sind. Ist etwa eines der relevanten Gegeninteressen die Ehre des Opfers, sind beide Interessen stets gegeneinander abzuwägen. Die österreichische Grundrechtsordnung enthält nahezu

durchgängig äußere Determinanten für einen gesetzgeberischen Handlungsspielraum<sup>1255</sup>, wie auch schon *Holoubek* betont. Hierin versteckt sich die Anordnung an den Gesetzgeber, Interessen, also Prinzipien, über eine Abwägung auszugleichen.<sup>1256</sup> Dass das österreichische Recht damit nicht nur aus Regeln, sondern auch aus Prinzipien besteht, ist somit Realität. Dem Gesetzgeber kann auch – wie *Wiederin* betont – nicht vorgeschrieben werden, sich ausschließlich Regeln zu bedienen und auf Prinzipien gänzlich zu verzichten:

»Es gibt im Recht Prinzipien – oder, präziser formuliert: es ist kein struktureller Grund ersichtlich, der den Gesetzgeber hindern könnte, Prinzipien als verbindliche Optimierungsgebote zu normieren.«<sup>1257</sup>

Abwägung ist bei Prinzipien aber eine Pflicht. Zu einer solchen Abwägung kommt es zB bei einem Mord nach § 75 StGB grundsätzlich nicht, es sei denn, es liegen iS einer Ausnahme Gründe für die Annahme vor, dass bspw ein Rechtfertigungsgrund wie eben die Notwehr (§ 3 StGB) oder der rechtfertigende Notstand greifen könnte oder ein entschuldigender Notstand (§ 10 StGB) vorliegt. In diesen Fällen wird jeweils in unterschiedlicher Form abgewogen (Notwendigkeit, Angemessenheit, Güterabwägung, Verhältnismäßigkeit, Zumutbarkeit etc). In den allermeisten Konstellationen aber ist die Tötung eines anderen Menschen nicht durch ein rechtlich geschütztes Interesse gedeckt. Die Regel, die hinter der Kommunikationsfreiheit steckt, ist allein die Pflicht zur Verhältnismäßigkeit: Ein staatlicher Eingriff darf niemals unverhältnismäßig sein.<sup>1258</sup> Grundrechte selbst sind daher in den ganz überwiegenden Fällen (eine Ausnahme ist zB das abwägungsfeste Folterverbot nach Art 3 EMRK, § 312a StGB) Prinzipien: Sie deuten einer anstehenden Abwägungsentscheidung die Ergebnisrichtung. Das trifft auf Regeln gerade nicht zu. Das bedeutet allerdings nicht, dass die Frage, ob eine Regel in einem konkreten Fall zur Anwendung gelangt, nicht uU von der Abwägung von Prinzipien abhängen kann, wie auch die obigen Bsp,

1255 Zu den Abwägungsspielräumen VI.D. und X.

1256 *Holoubek* in *Grabenwarter/Hammer/Pelzl/Schulev-Steindl/Wiederin*, Allgemeinheit der Grundrechte, 75 f. Auch im Zivilrecht – bspw im Schadenersatzrecht – ist ein Prinzipiendenken ohne Weiteres anerkannt; dazu zB *Koziol*, JBl 2006, 782.

1257 *Wiederin* in *Paulson/Walter*, Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre, 154 f.

1258 Näher XIV.B.2.



insb zu § 105 StGB (Nötigung),<sup>1259</sup> bereits zeigen. Wenn Prinzipien im Hinblick auf Funktion und Wirkung etwas grundlegend anderes als Regeln sind, können sie mE auch keine bloß besonders unbestimmten Regeln sein. Mit dieser Überlegung wäre auch der Gedanke nicht vereinbar, dass es sich häufig zugleich um besonders wichtige Regeln handeln soll: Jedenfalls im Strafrecht könnten gerade besonders wichtige Regeln wegen des Bestimmtheitsgebots<sup>1260</sup> nicht zugleich die vagsten sein.

Kein Einwand kann weiters sein, dass es keine allgemeine Einigkeit innerhalb einer pluralistischen Gesellschaft gebe, welche Werte »Prinzipien« sein können und welche nicht: Solange sich ein Prinzip innerhalb der Verfassung, deren Grenzen zumindest weitgehend unverrückbar sind, bewegt, ist die österreichische Rechtsordnung ohnedies »prinzipienoffen«. Daher gibt es die Möglichkeit, beliebig viele Werte zu Prinzipien zu stilisieren. Als Folge werden lediglich besonders viele Prinzipienkollisionen und damit mehr Abwägungsfragen entstehen.

Als Konsequenz dieser letztgenannten Entwicklung ist allerdings auch zuzugestehen, dass die Unterscheidung zwischen Regeln und Prinzipien uU tatsächlich zu einer Verwässerung des Regelcharakters von Normen führt. Es besteht die Gefahr, dass viele Rechtsfragen in einem abstrakten Abwägungsnebel verschwinden, der für den Rechtsanwender in puncto Nachvollziehbarkeit und Transparenz nicht mehr zu durchdringen ist: Keineswegs kann damit geleugnet werden, dass eine gehäufte Prinzipienabwägung auch im Strafrecht zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit und Unbestimmtheit von Normen führt. Umso mehr man nämlich die Anwendbarkeit von Regeln im Einzelfall davon abhängig macht, wie eine vorangehende Prinzipienabwägung ausgeht,<sup>1261</sup> umso eher wird Tür und Tor für eine uU völlig unbestimmte Rechtsfindung geöffnet. Dies kann mE auch nicht gänzlich vermieden werden, ist aber gerade im Strafrecht durch das Bestimmtheitsgebot nicht unbegrenzt möglich. Sehrwohl realisierbar ist allerdings, derartigen Abwägungsvorgängen eine so klare Struktur und Nachvollziehbarkeit zu geben, dass dieser Nachteil so weit als möglich reduziert wird. Dafür soll in der vorliegenden Arbeit ein Grundstein gelegt werden.<sup>1262</sup>

---

1259 IX.D.3.

1260 VI.C.

1261 Zu diesem Verhältnis der »rechtlich geschützten Interessen« zur Prinzipientheorie sogleich IX.I.2.

1262 Näher X.

## 2. Zum Verhältnis des »rechtlich geschützten Interesses« zu »Prinzipien«

An dieser Stelle ist nun die Frage nach dem Verhältnis von rechtlich geschützten Interessen im hier definierten Sinne<sup>1263</sup> zu Prinzipien im Sinne der Prinzipientheorie zu beantworten. Das ist insofern von Bedeutung, als bislang einerseits von der Notwendigkeit einer Abwägung rechtlich geschützter *Interessen* im Strafrecht, und andererseits von *Prinzipien* innerhalb der Rechtsordnung, die in eine Abwägung einzustellen sind, die Rede war.

Wenn der Gesetzgeber darüber befinden muss, ob er eine gesetzliche Norm in der einen oder anderen Fassung erlässt, dann hat er hierbei die in diese Entscheidung involvierten Interessen gegeneinander abzuwägen, soweit er sie als schützenswert und damit berücksichtigungswürdig erachtet: Es gilt abzuwägen, inwieweit ein Interesse zurückgedrängt werden kann, um ein bestimmtes Regelungsinteresse zu erreichen. Welche rechtlich geschützten Interessen das im Einzelfall sein können, ermittelt somit grundsätzlich ebenfalls der Gesetzgeber selbst. Für das Kommunikationsstrafrecht wurden die möglichen rechtlich geschützten Interessen, die es aus Anlass einer Strafnorm gegeneinander abzuwägen gilt, bereits dargestellt.<sup>1264</sup> Damit diese Abwägung der rechtlich geschützten Interessen im Sinne der Bestimmtheit und damit Rechtssicherheit eine (zumindest) klarere Struktur bekommt, braucht es gewisse Regeln, Prinzipien und Leitlinien, die das Abwägungsergebnis wenigstens zT determinieren und vorherbestimmen sollen. Ob es solche im Kommunikationsstrafrecht gibt, soll an anderer Stelle herausgefunden werden.<sup>1265</sup> Insofern dienen Prinzipien der Anleitung beim Auffinden eines adäquaten Verhältnisses von zurückgedrängtem zu verfolgtem, rechtlich geschütztem Interesse.

Damit ist aber zum Verhältnis von rechtlich geschützten Interessen zu Prinzipien noch nicht alles Wesentliche ausgeführt. So wurde nämlich zB die Kommunikationsfreiheit zunächst als rechtlich geschütztes Interesse,<sup>1266</sup> in weiterer Folge als Prinzip (Stichwort: Grundrechte

1263 V.E.1.

1264 Zu alledem V.F.

1265 XIV. und X.V.

1266 V.F.1.

als Prinzipien)<sup>1267</sup> bezeichnet. Das liegt daran, dass der Schutz eines rechtlich geschützten Interesses im Ergebnis stets auch ein Prinzip ist: Es handelt sich bei rechtlich geschützten Interessen jeweils um Werte, die es erstens zu schützen und zweitens zu optimieren, jedenfalls aber nicht unverhältnismäßig zu beschränken gilt. Dennoch ist eine terminologische Unterscheidung zwischen rechtlich geschützten Interessen und Prinzipien mE notwendig, weil nämlich umgekehrt nicht jedes Prinzip zu den im Einzelfall von der Strafnorm tangierten rechtlich geschützten Interessen zählt. Ein rechtlich geschütztes Interesse ist ein Prinzip in zwei Fällen: Erstens dann, wenn es dasjenige Prinzip ist, das aus Anlass der Schaffung eines Strafgesetzes eingeschränkt werden soll. Für diese Einschränkung braucht es jeweils eine besondere Rechtfertigung, eben weil es sich um ein grundsätzlich rechtlich geschütztes Interesse handelt. Prinzipien werden zweitens immer dann als rechtlich geschütztes Interesse bezeichnet, wenn ihr Schutz das Regelungsziel einer Strafnorm verkörpert. Als Beispiel seien die Ehrdelikte nach den §§ 111 ff StGB genannt, deren Regelungsziel es ist, das rechtlich geschützte Interesse der Ehre des Einzelnen zu wahren.

Die Kommunikationsfreiheit wird folglich dann Prinzip genannt, wenn sie als Argument für den Schutz oder die Einschränkung von rechtlich geschützten Interessen, die gegeneinander abgewogen werden, eingesetzt werden soll. Soll sie selbst durch einen unmittelbaren Grundrechtseingriff beschränkt werden oder wird gerade ihr Schutz von der Regelung im Kern bezweckt, ist sie überdies das jeweils rechtlich geschützte Interesse, das in die »Waagschale« der Abwägung geworfen wird. Gleiches gilt zB für die Ehre: Sie ist das zentrale rechtlich geschützte Interesse der Ehrdelikte nach den §§ 111 ff StGB. Steht sie dagegen zwischen zwei anderen rechtlich geschützten Interessen, verstärkt damit das Gewicht eines der beiden und weist insoweit in eine Abwägungsrichtung, fungiert die Ehre im konkreten Fall als Prinzip. Die Unterscheidung dient der begrifflichen Klarstellung in den einzelnen Abwägungskonstellationen.

Im Ergebnis gilt daher: Ist die Verfolgung eines Prinzips insb das Regelungsziel einer Strafnorm, tritt das Prinzip als rechtlich geschütztes Interesse im Einzelfall auf. Dient ein bestimmter Wert dagegen der Erhöhung des Gewichts des einen oder anderen rechtlich geschützten

---

1267 IX.E.

Interesses, fungiert er als Prinzip, weil er als Abwägungsgesichtspunkt zu berücksichtigen ist. Um die Abwägung zwischen zwei rechtlich geschützten Interessen möglichst transparent zu gestalten, braucht es zweierlei: Erstens einen klar strukturierten Abwägungsprozess und zweitens die Befolgung von Regeln bzw die Verfolgung von Prinzipien und Leitlinien. Nur so können strafrechtlich relevante Interessenkollisionen zufriedenstellend gelöst werden.

## X. Abwägung als strukturierter, mehrphasiger Prozess

### A. Allgemeines

Das österreichische Verfassungsrecht selbst sagt nichts darüber aus, wie mit Interessenkollisionen, die in die Verfassungssphäre reichen, in all ihren Facetten (Kollision mit Grundrechten, echte Interessenkollision, Scheinkollision etc) umzugehen ist.<sup>1268</sup> Vielmehr sieht die Verfassung über weite Teile Gesetzesvorbehalte vor, wie sie etwa in Art 8 ff EMRK in den jeweiligen Abs 2 normiert sind.<sup>1269</sup> Sie überlässt die Grundrechtskonkretisierung damit dem einfachen Gesetzgeber und erlaubt somit zwar Grundrechtsbeschränkungen zB im allgemeinen Interesse der »öffentlichen Ordnung«, allerdings ohne dieses Interesse zu konkretisieren, im Detail oder zumindest einzelne mögliche Teilinteressen und Bsp aufzulisten oder vorzugeben, welche Aspekte der öffentlichen Ordnung jedenfalls der Ausübung eines Grundrechts vorzugehen haben.<sup>1270</sup>

1268 Ebenso für das dt Recht betonend *Schneider*, Güterabwägung, 20. Dies gilt somit nicht minder für die dt Rechtsordnung, wo der Grundstein für eine Güter- und Interessenabwägung in derartigen Kollisionen insb durch das sog »Lüth-Urteil« (BVerfGE 7, 198, insb 208 ff) gelegt wurde; zu diesem Urteil etwa *Schneider*, Güterabwägung, 25 ff; ferner *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, 17 ff; und auch *Arndt*, NJW 1966, 871 ff.

1269 III.B.3.

1270 *Frisch*, GA 2006, 275 f, hält für das dt Recht fest, dass in Fällen, in denen Personen aus Gewissensgründen etwas tun (zB Schächten von Tieren), die Rechtsordnung eine Entscheidung darüber treffen muss, wie weit das Recht dem eigenen Gewissen zu folgen hat. Dem ist auch für das österreichische Recht zuzustimmen, allerdings genügt es hier mE, wenn der einfache Gesetzgeber diese Entscheidung trifft – nicht die Verfassung muss sich in einer solchen Konstellation dazu äußern, wie die Interessenkollision aufzulösen ist.

Als Möglichkeit zur Lösung derartiger Grundrechtskollisionen hat sich in der österreichischen einfachgesetzlichen Gesetzgebung und Rsp das Instrument der Abwägung etabliert und scheint unverzichtbar geworden zu sein.<sup>1271</sup> Wenn aber schon gesetztes Recht zur Handhabung von Interessenkollisionen fehlt, trifft das geltende Verfassungsrecht umso weniger Vorgaben darüber, wie eine Abwägung als ein möglicher Weg zur Auflösung von Kollisionen von statten zu gehen hat. Es ist daher ein eigenes Abwägungsmodell für strafrechtliche Interessenkonflikte zu entwickeln.

Ausgangspunkt jeder gesetzgeberischen Abwägung ist zunächst stets ein aktueller Regelungsbedarf, ein -zweck oder -ziel, den bzw das es nach Ansicht des Gesetzgebers zu erreichen gilt. Das kann allgemein gehalten zB die »Verbesserung des Ehrschutzes«, oder spezieller formuliert »Verbesserter Bildnisschutz in Social Media« sein. Auf der Ebene der Rsp ist Ausgangspunkt einer Abwägung jeweils eine anstehende gerichtliche Entscheidung: Im Hauptverfahren geht es insb um die Frage nach Schuld oder Nicht-Schuld des Angeklagten, also zB um die Bewertung eines kommunikativen Verhaltens als (noch) grundrechtlich geschützt oder (bereits) strafbar. Im Idealfall stellt sich die hierdurch notwendige Abwägung kollidierender Interessen mE<sup>1272</sup> sowohl auf der

1271 Vgl etwa *Berka* in Gedenkschrift Walter, 36 f; siehe auch die dargestellte Rsp zum Verhältnismäßigkeitsgebot, das für alle Grundrechtseingriffe gilt und damit zwingend eine Abwägung anordnet (V.G.2.); ähnlich für das dt Recht *Wendt*, AöR 104 (1979), insb 452 ff; zur Kritik an der Abwägung XI.

1272 *Alexy* (VVdStRL 61 [2002], 19 f) zB dagegen folgt folgender Trias: 1. Feststellung des Grades der Nichterfüllung oder Beeinträchtigung des einen Prinzips; 2. Feststellung der Wichtigkeit der Erfüllung des gegenläufigen Prinzips; 3. Feststellung, ob die Wichtigkeit des zweiten Prinzips die Beeinträchtigung des ersten rechtfertigt. *Stern*, Staatsrecht III/2, 819, unterscheidet mit Hinweis auf *Kälin*, Verfassungsgerichtsbarkeit, 47, nur drei Phasen (Ermittlung, Gewichtung, Abwägung der Güter und Interessen); ihm folgend *Schmidt*, Grundrechte, 115. *Hofmann*, Abwägung im Recht, 107, 176 mwN, extrahiert für das dt Planungs- und Umweltrecht folgende Grundstruktur der Abwägung: Problemidentifikation, Zusammenstellung der Handlungsalternativen, Bestandserhebung einschließlich Prognosen über die Auswirkungen verschiedener Optionen und abschließende Bewertung. *Koch H./Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, 348 ff, gehen ebenfalls nach einem dreistufigen System vor.

*Hubmann* (Wertung und Abwägung, 20 ff) schließlich entwickelte verschiedene Präferenzregeln, anhand derer er eine Abwägung strukturiert. Seine gesamte Untersuchung konzentriert sich auf die Abwägung auf Ebene der Rsp; die Grunderkenntnisse sind aber gleichermaßen auf die Gesetzgebung übertragbar. Anhand der Bestimmung der *Ranghöhe* lasse sich zunächst zumindest eine ungefähre Wertskala ermitteln, nach der materielle Werte *vor* vitalen Werten *vor* geistigen Werten

Ebene einer abstrakt-generellen als auch individuell-konkreten Ebene notwendigerweise als mehrphasiger Prozess dar. Nachfolgend werden zunächst die insgesamt sechs Phasen der gesetzgeberischen Abwägung im Strafrecht ausführlich erörtert. Im Anschluss soll auch ein kurzer Überblick über die Abwägung auf Ebene der Rsp vorgenommen werden – hier sind insgesamt acht Phasen zu durchlaufen.<sup>1273</sup>

## B. Ermittlung und Sammlung der involvierten Interessen

Den ersten Schritt jeder Abwägung bestimmt zunächst die Ermittlung und Sammlung der Interessen, die in eine Interessenkollision involviert sind.<sup>1274</sup> *Kloepfer* folgend geht es um eine »Sichtung und nach Möglichkeit zunächst wertungsfreie Auflistung derjenigen Tatsachen [...], die

---

einzuordnen seien. Die Präferenzordnung ergebe sich demnach aus verschiedenen Vernunftregeln wie etwa die *Größe des Wertgehalts*. Sie lasse sich einerseits aus Prinzipien wie Addition oder Subtraktion beim Aufeinandertreffen mehrerer Werte bzw von Werten mit Unwerten, andererseits aus sog Wertableitungsregeln ermitteln. Zu letzteren zählen das Fundierungs- und Bedingungsverhältnis, die Mittel-Zweck-Relation, eine Folgenberücksichtigung sowie ein Wertvergleich. Die Regel der *Wertnähe* stelle auf die Wertverwirklichung ab: Bewertet werden Aktualität, Möglichkeit oder Unmöglichkeit, Sicherheit und Wahrscheinlichkeit sowie der Zeitvorrang. Schließlich spiele der *Grad der Bedürfnisbefriedigung* eine Rolle. Ziel sei nun, diejenige Entscheidung zu wählen, »die den größten Grad der Bedürfnisbefriedigung in möglichster Nähe auf Grund eines möglichst großen Wertgehalts von möglichster Ranghöhe bringt, wobei im Verhältnis der Menschen untereinander der Gleichheitsgrundsatz zu berücksichtigen ist« (*Hubmann*, Wertung und Abwägung, 47). Das entspricht wiederum im Wesentlichen dem hier verfolgten Optimierungsgebot. Hieraus ergeben sich für *Hubmann* (Wertung und Abwägung, 69 ff) verschiedene Bewertungsprinzipien für die Abwägung von Interessen. Zunächst seien *sachwidrige Interessen*, die den Sachverhalt nicht berühren, auszuschneiden. Umgekehrt sei ein Interesse dann wiederum in die Abwägung einzubeziehen, wenn es zwar nur mittelbar betroffen ist, aber doch eine enge *Interessenverknüpfung* zum Sachverhalt besteht (zB Berücksichtigung der Ehrverletzung von Organen einer juristischen Person, auch wenn die Beleidigung nur gegen letztere gerichtet war; Ersatz des Drittschadens im Zivilrecht). Bei einer *Interessenhäufung*, wenn also eine Person entweder in mehreren Interessen tangiert oder aber mindestens zwei Personen rechtlich an demselben Interesse berührt sind, seien alle beeinträchtigten Güter und Werte zu berücksichtigen. In eine Abwägung habe schließlich auch die jeweilige zeitliche, sachliche oder räumliche Nähe einzufließen.

Alle von den genannten Autoren erwähnten Aspekte der Abwägung werden im Ergebnis auch in der vorliegenden Untersuchung berücksichtigt. Der hier vertretene eigene Ansatz folgt lediglich einer anderen Struktur.

1273 X.J.

1274 So auch *Wendt*, AöR 104 (1979), insb 458.

mit der Entscheidung [...] in relevantem Zusammenhang stehen.«<sup>1275</sup> *La-deur* bezeichnet die erste Stufe der Abwägung als die Phase der »Zusammenstellung des Abwägungsmaterials«<sup>1276</sup>. Dies stellt den Gesetzgeber bereits vor eine schwierige Aufgabe: Grundsätzlich müssen nämlich alle in den Abwägungsprozess involvierten Interessen erhoben und einbezogen werden, wenn das finale Abwägungsergebnis den Grundsätzen praktischer Konkordanz und Verhältnismäßigkeit<sup>1277</sup> gerecht werden soll. Das Ziel ist eine vollständige Bestandsaufnahme gegenwärtig vorhandener und relevanter Umstände (*Vollständigkeitsgebot*).

Vorausgesetzt ist hierbei stets, dass es sich um rechtlich geschützte Interessen handelt, weil von vorneherein nur solche Interessen eine Rolle spielen können, die dem Grunde nach schutz- und förderungswürdig sind. Umgekehrt scheiden Interessen, die für sich genommen bereits dem Ziel eines friedlichen Zusammenlebens (zB den guten Sitten) zuwiderlaufen, bereits auf einer quasi gedachten Stufe »o« aus.<sup>1278</sup> Eine besonders wichtige Rolle spielen jeweils die Grundrechte: Häufig sind sie es, die durch die Abwägung uU begrenzt werden sollen; diesfalls stehen sie auf der »Passiv-Seite« der Abwägung. Sie können aber auch andere Rechtsgüter begrenzen und finden sich diesfalls auf der »Aktiv-Seite« der Abwägung wieder.<sup>1279</sup>

Für den Strafgesetzgeber besteht die zentrale Herausforderung nach alledem darin, vor Schaffung einer Strafbestimmung all jene Interessen zu erkennen und zu benennen, die durch diese Norm einerseits geschützt sowie andererseits begrenzt werden sollen und aus diesem Grund konkret in eine Kollision involviert sind. Für das Kommunikationsstrafrecht steht auf der Seite des »Täters« jeweils insb die Kommunikationsfreiheit, wie bereits an anderer Stelle dargelegt wurde.<sup>1280</sup> Zentral ist hierbei auch die grundsätzliche Klärung, ob das kommunikative Verhalten des Täters vom Schutzbereich dieses Grundrechts erfasst ist. Fehlt es nämlich schon an der Tangierung des Schutzbereichs der Kommunikationsfreiheit, liegt überhaupt keine Kollision im hier verstandenen Sinne vor.<sup>1281</sup>

1275 DVBl. 1995, 447.

1276 Paradigma, 81.

1277 V.G.

1278 Vgl *Meurer* in FS Hirsch, 657 mwN; zu den geschützten Interessen V.E.1.

1279 So *Stern*, Staatsrecht III/2, 823, mit Hinweis auf *Schneider*, Güterabwägung, 43.

1280 V.F.1.

1281 Dazu ausführlich X.H.2.a.

Im Weiteren gilt es dann, die den Interessen des Kommunizierenden gegenüberstehenden Interessen an einer Einschränkung dieser Kommunikationsfreiheit herauszufiltern. Beim materiellen Strafrecht wird das zunächst häufig das konkrete Rechtsgut sein, das durch eine Norm des Strafrechts geschützt werden soll. Ist das Rechtsgut bekannt, müssen zusätzlich etwaige andere schützenswerte Interessen ermittelt werden. Im Kommunikationsstrafrecht können das *va jure* privaten und öffentlichen Interessen sein, die an früherer Stelle bereits im Detail dargelegt wurden. Als private Interessen, die in eine Abwägung im Kommunikationsstrafrecht einfließen können, kommen namentlich zB die sog »sittliche« Ehre des Opfers, sein Berufsansehen, sein Recht auf Privatheit inkl Geheimhaltung (hierunter fällt auch der Datenschutz) oder auf Freiheit und Echtheit der Willensbildung und -betätigung in Betracht. Als zu berücksichtigende öffentliche Interessen stehen der Kommunikationsfreiheit in strafrechtlichen Abwägungsfragen etwa der Schutz der Rechte der Rechtsunterworfenen durch den Staat und hier insb der Kinder- und Jugendschutz sowie der religiöse Frieden, das Funktionieren und die Bestandskraft des Staats, die innere Sicherheit, das Interesse am Ermitteln der materiellen Wahrheit, an einer integren Amtsführung, einer intakten Beziehung zu anderen Staaten und wiederum der Geheimhaltung (zB in Bezug auf Staatsgeheimnisse oder Amtsgeheimnisse) gegenüber.<sup>1282</sup>

### C. Bewertung/Gewichtung der Interessen

Sind die involvierten Interessen aus Anlass der Schaffung eines Strafgesetzes bekannt, sind sie in weiterer Folge – noch ohne sie einander iS eines abschließenden Vergleichs gegenüberzustellen – abstrakt zu bewerten bzw zu gewichten.<sup>1283</sup> Es gilt kurzum, »das Schwere vom Leichten unterscheiden [zu] können«<sup>1284</sup>. Ziel ist es, für jedes involvierte Interesse abstrakt festzustellen, welche Beeinträchtigung durch eine Regelung oder Nichtregelung jeweils zu erwarten ist. Das ist für die spätere

1282 V.F.2.

1283 Vgl auch *Arndt*, NJW 1966, 871; *Wendt*, AöR 104 (1979), insb 458; *Zimmerli*, ZSR 1978, 1, 46 und 76 f.

1284 *Hotz*, Grundrechtseingriffe, 35.



Ermittlung bedingter Vorrangrelationen<sup>1285</sup> von besonderer Bedeutung, va, wenn es um die Einschränkung von Grundrechten geht. Denn: »Aus dem je spezifischen Gewährleistungsgehalt der einschlägigen Grundrechte sind dann Kriterien für Art und Gewicht der vom Gesetzgeber verfolgbaren öffentlichen Interessen zu gewinnen.«<sup>1286</sup>

Die bereits dargestellte theoretische Unterscheidung zwischen dem Kern- und Randbereich eines Grundrechts<sup>1287</sup> wird hier relevant: Im Rahmen einer abstrakten Bewertung und Gewichtung der involvierten Interessen geht es nämlich um eine detaillierte Analyse, welche Ausübungsmodalität eines Grundrechts betroffen ist.<sup>1288</sup> Der Schutz im Randbereich eines grundrechtlichen Schutzbereichs ist geringer als im Kern, sodass die Interessen an der Ausübung eines Verhaltens, das dem Kernbereich zuzuzählen ist, als gewichtiger zu bewerten sein werden als jene im Randbereich.<sup>1289</sup> Im Kommunikationsstrafrecht spielt hierbei der tangierte Schutzbereich der Kommunikationsfreiheit eine zentrale Rolle. Für die Gewichtung ist somit wesentlich, ob der Grundrechtsträger (im Kommunikationsstrafrecht: der Täter) eine Ausübungsmodalität aus dem Kern- oder Randbereich begehrt.

Das gilt auch für alle anderen rechtlich geschützten Interessen im übertragenen Sinne: Es ist jeweils festzustellen und zu berücksichtigen, welche eingriffslegitimierenden Interessen (Ehre, Geheimhaltung, Funktionieren des Staatsapparats, Jugendschutz etc) in welcher Intensität in die Interessenkollision involviert sind und somit von der uneingeschränkten Ausübung eines Grundrechts, hier: der Kommunikationsfreiheit, berührt werden. Wichtig ist in diesem Zusammenhang daher, welche Bedeutung gerade diesem »Ausschnitt des öffentlichen

1285 Zum Begriff X.D.1.

1286 *Wendt*, AöR 104 (1979), 459.

1287 III.B.3.

1288 So *Wendt*, AöR 104 (1979), 462 f; außerdem *Rüfner* in *Starck*, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 468, 470; *Schwabe*, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 319 f; implizit *Lepa*, DVBl. 1972, 167.

1289 Als Bsp nennt *Wendt* (AöR 104 [1979], 464) hier (für das dt Recht) die Kunstfreiheit und führt aus, dass etwa bei der Schöpfung eines Kunstwerks nur ausnahmsweise, bei der Darbietung des Kunstwerks nach außen dagegen eher Beschränkungen der Kunstfreiheit möglich seien, da erstere sich im höchstpersönlichen Privatbereich des Künstlers vollziehe. Offenbar zählt *Wendt* daher diesen ersten Aspekt zum Kern-Schutzbereich des Grundrechts, die Darbietung dagegen zum Randbereich.

Interesses zukommt, [...] mit welchem Teil seines Gesamtgewichts es auf dem Spiel steht.«<sup>1290</sup>

Weiters kann ein und demselben staatlichen Eingriff in ein Grundrecht je nach Schutzgut und -richtung des Grundrechts eine unterschiedliche Intensität zukommen. Der Verlust an grundrechtlicher Freiheit kann demnach bei identischem staatlichem Eingriff danach variieren, um welches Grundrecht es geht.<sup>1291</sup> Denn ein einziger staatlicher Eingriff kann zB zwei Grundrechte gleichzeitig, aber nicht in gleichem Ausmaß beeinträchtigen, etwa weil der Eingriff in Grundrecht A den Kernbereich des Schutzes, in Grundrecht B jedoch nur den Randbereich des Schutzes tangiert.<sup>1292</sup> Das gilt auch für die Kommunikationsfreiheit und ist für die Bewertung und Gewichtung der involvierten Interessen folglich ebenfalls zu beachten: Das Interesse des Staats an einer Beschränkung der Kommunikationsfreiheit muss umso höher sein, je intensiver der Eingriff in den Schutzbereich dieses Grundrechts ist.<sup>1293</sup>

## D. Gegenüberstellung der Interessen und ihres Gewichts

### 1. Allgemeines

Die zunächst ermittelten und vorerst noch unabhängig voneinander gewichteten Interessen müssen einander im nächsten Schritt gegenübergestellt werden, sodass erkennbar wird, welche von mehreren Interessen harmonieren oder miteinander kollidieren. Unter den kollidierenden ist dann jenes Interesse zu ermitteln, das in dieser Kollisionssituation nun höherwertig ist.<sup>1294</sup> Auf dieser Stufe gilt es damit – insb mangels Rangordnung der Grundrechte<sup>1295</sup> – für den jeweiligen abstrakten Lebens-

1290 *Wendt*, AöR 104 (1979), 464.

1291 So *Wendt*, AöR 104 (1979), 464.

1292 Insofern ist diese Annahme auch kein Widerspruch zur unter V.D. ausgeführten These der abstrakten Gleichrangigkeit aller Grundrechte.

1293 Umgekehrt liegt die Grenze umso höher, je schwerer das Gemeinwohlinteresse wiegt; so *Lagodny*, Schranken der Grundrechte, 441.

1294 Vertreter der Prinzipientheorie nach *Alexy* (IX.) wenden zur Ermittlung dieser Vorrangrelationen die sog Gewichtungsformel an, die es ermöglicht, die unterschiedlichen Gewichte der verschiedenen Prinzipien zueinander in Relation zu setzen; ausführlich statt vieler *Klatt/Schmidt*, Spielräume, 11 ff; außerdem *Borowski* in *Klatt*, Prinzipientheorie, 151 ff. In der vorliegenden Arbeit werden im Ergebnis dieselben Faktoren in die Abwägungsentscheidung einbezogen, wie sie auch in dieser Formel eine Rolle spielen (Gewissheit und Wahrscheinlichkeit, Eingriffsintensität etc).

1295 Dazu schon V.D.

sachverhalt »partielle Vorrangrelationen«<sup>1296</sup> dergestalt zu bilden, dass anhand des Ergebnisses der objektiven Gewichtung der einzelnen Interessen festgelegt wird, welches in dieser konkreten Kollisionssituation den höchsten, zweithöchsten usw »Rang«<sup>1297</sup> genießt. Nur so kann in weiterer Folge dem Prinzip praktischer Konkordanz Rechnung getragen werden. Zu Recht bezeichnet etwa *Stern* diese Stufe daher als »Kern der Güterabwägung«<sup>1298</sup>.

Zwar könnten die zuvor einbezogenen Interessen nun dem Grunde nach einfach »saldiert«<sup>1299</sup> und so die Vorrangrelationen gleichsam »errechnet« werden.<sup>1300</sup> Allerdings: Für die Ermittlung dieser partiellen Vorrangrelationen können neben der zunächst »objektiv« errechneten Wertigkeit eines Interesses noch andere wesentliche Faktoren eine besondere Bedeutung erlangen. IS einer *Gesamtwürdigung* sämtlicher relevanter Umstände sind nämlich alle maßgeblichen Bedingungen und möglichen Auswirkungen einzubeziehen.<sup>1301</sup> Auch der OGH nimmt im Rahmen von Abwägungen vielfach eine Einbeziehung verschiedenster Belange vor: In einer »umfassenden Interessenabwägung« erfasst er so zunächst das allgemeine Interesse an einem Grundrecht, das Interesse der Allgemeinheit an Ordnung und Sicherheit, und auch die Eignung des schädigenden Verhaltens<sup>1302</sup> zur Herbeiführung eines nachteiligen Erfolgs (Gefährlichkeit).<sup>1303</sup> Insofern ähnelt insb die Güterabwägung, wie sie etwa bei notstandsrechtlichen Güterkollisionen vorgenommen wird, signifikant der hier erörterten.<sup>1304</sup>

Im Schrifttum wird dieser zentrale Schritt der Abwägung vielfach wegen seiner Fehleranfälligkeit und nur scheinbaren Rationalität kriti-

1296 Zum Begriff *Koch H.* in *Erbguth/Oebbecke/Rengeling/Schulte*, Abwägung, 10 f, in Anlehnung an *Alexy*, Theorie der Grundrechte, insb 81.

1297 Bei dieser »Rangordnung« handelt es sich aber eben gerade um keine von der Verfassung vorgegebene, abstrakte Gewichtung, wie sie insb für die Grundrechte verneint wurde (V.D.), sondern um eine, die sich aus der jeweiligen konkreten Kollisionssituation ergibt.

1298 *Stern*, Staatsrecht III/2, 827.

1299 Von einer »Saldierung der streitbefangenen Bedeutungsinhalte [...] zweier Rechtsgüter« spricht allerdings *Schneider*, Güterabwägung, 178; ihm folgend *Stern*, Staatsrecht III/2, 827.

1300 So offenbar auch *Hubmann*, Wertung und Abwägung, 1 ff.

1301 ZB *Schmidt*, Grundrechte, 114 mit Hinweis auf BVerfGE 92, 277, 327; ferner BVerfGE 90, 145, 184 ff.

1302 Die zitierte Entscheidung ist eine zivilgerichtliche.

1303 So OGH 13.12.1988, 5 Ob 573/88.

1304 Zu dieser Interessenabwägung im StGB etwa *Lewisch* WK<sup>2</sup>-StGB Nach § 3 StGB Rz 61 ff.

siert und bisweilen sogar insgesamt als unmöglich betrachtet (allen voran grundlegend von *Schlink*).<sup>1305</sup> Richtigerweise allerdings wird sich in den allermeisten Fällen, wenn tatsächlich alle relevanten Faktoren der Abwägung berücksichtigt wurden, bei entsprechender Begründung ein eindeutiges und immerhin nachvollziehbares Ergebnis erzielen lassen. Diese ergänzenden relevanten Faktoren der Abwägung sollen daher nunmehr näher dargestellt werden: Es sind einerseits etwaige Regeln, Prinzipien und Leitlinien der Abwägung, die der Gesetzgeber aufgrund seiner verfassungsrechtlichen Verantwortung<sup>1306</sup> darlegen muss. Andererseits können auch noch zusätzliche (sonstige) Faktoren das Abwägungsergebnis beeinflussen.

## 2. Berücksichtigung von Regeln, Prinzipien und Leitlinien der Abwägung

Um die Entscheidung, welches der involvierten Interessen nun innerhalb der Kollision den bedingten Vorrang genießt, treffen zu können, muss sich der Gesetzgeber von bestimmten zusätzlichen Regeln, Prinzipien und Leitlinien leiten lassen. Welche das im Kommunikationsstrafrecht sein könnten<sup>1307</sup> und tatsächlich<sup>1308</sup> sind, soll in der vorliegenden Arbeit untersucht werden. Nur durch ihre Berücksichtigung kann ein dem Prinzip praktischer Konkordanz und der Verhältnismäßigkeitsregel entsprechendes Abwägungsergebnis gefunden werden. MaW: Erst die Zugrundelegung dieser Abwägungsgesichtspunkte macht eine Strafbestimmung, die in Grundrechte eingreift, verfassungskonform, weil nur so ein adäquates Abwägungsergebnis gefunden werden kann. Ist das im Einzelfall nicht bereits auf abstrakt-genereller Ebene möglich, sodass eine Strafbestimmung nicht mit solcher Bestimmtheit formuliert werden kann, kann sie auch vager gefasst werden. Die Abwägung findet dann auf Ebene der Rsp statt. Vorausgesetzt ist allerdings auch in diesen Fällen, dass der Gesetzgeber die Regeln, Prinzipien und Leitlinien der Abwägung vorgibt, von denen sich die Rechtsanwendung leiten zu lassen hat.<sup>1309</sup> Sie sind daher in jedem Falle offenzulegen.

1305 Näher zu den möglichen Einwänden gegen die Methode der Abwägung XI.

1306 VI.

1307 XIV.

1308 XV.

1309 Näher bereits VI.C.4.b.

### 3. Weitere Faktoren der Abwägung

Die Verfassungskonformität eines Abwägungsergebnisses hängt neben den zugrunde gelegten Abwägungsgesichtspunkten (Regeln, Prinzipien und Leitlinien) ggf noch von weiteren Faktoren ab. Sie alle können das Abwägungsergebnis über im Einzelfall kollidierende Interessen im Strafrecht noch beeinflussen.

#### a. Grundrechtsparallelität

Ein Faktor kann hierbei sein, dass auf Seiten eines grundrechtlich geschützten Interesses noch ein weiteres steht, sodass es insgesamt zu einer »Werterhöhung« kommt (*Grundrechtsparallelität*).<sup>1310</sup> Zu solchen Konstellationen kann es gerade im Kommunikationsstrafrecht gehäuft kommen, wenn bspw die Kommunikationsfreiheit (in ihrer Ausprägung als Pressefreiheit) einer Tageszeitung eingeschränkt werden soll, weil die Berichterstattung über eine Person nicht nur in dessen höchstpersönlichen Lebensbereich als Ausfluss des Rechts auf Privatsphäre (insb Art 8 EMRK) eingreift, sondern zusätzlich auch sein Berufssehen und damit sein berufliches Fortkommen beeinträchtigt, weil die Berichterstattung ehrenrührig ist. In einem solchen Fall sind beide Verfassungswerte – Recht auf Privatsphäre<sup>1311</sup> und Berufssehen (soziale Ehre)<sup>1312</sup> – dem Interesse des Medieninhabers an der freien Berichterstattung gegenüberzustellen. Umgekehrt liegt eine Grundrechtsparallelität auf Täterseite vor, wenn es sich bei der inkriminierten Äußerung zB um eine künstlerische Darbietung handelt und folglich neben dem Schutzbereich der Kommunikationsfreiheit auch noch jener der Kunstfreiheit (Art 17a StGG) eröffnet ist.

#### b. Individualinteresse stützendes Gemeinschaftsinteresse

Steht dem verfolgten grundrechtlich geschützten Interesse zwar kein weiteres (verstärkendes) Grundrecht, aber sehr wohl ein rechtlich geschütztes Allgemeininteresse gegenüber, für dessen Realisierung das

---

1310 So *Hubmann*, Wertung und Abwägung, 26 f; *Larenz* in FS Klingmüller, 239; ihnen folgend *Wendt*, AöR 104 (1979), 465.

1311 V.F.2.a.iii.

1312 V.F.2.a.ii.

im Kollisionsfall verfolgte Interesse Bedingung oder Voraussetzung ist, ist dies ebenfalls werterhöhend zu veranschlagen.<sup>1313</sup> Das Recht auf sexuelle Integrität von Kindern und Jugendlichen als Grundrecht etwa wird noch verstärkt durch das staatliche Interesse an einem umfassenden Kinder- und Jugendschutz.<sup>1314</sup> Das Verbot pornographischer Darstellungen Minderjähriger nach § 207a StGB schützt folglich Individual- und kollektive Interessen. Das kollektive Interesse verstärkt und stützt hier das (individuelle) Grundrecht zusätzlich.

### c. *Etwaige Vorteile für jedes Interesse*

Nach dem Sprichwort »Selten ein Nachteil ohne Vorteil« sind grundsätzlich auch etwaige Vorteile für ein Interesse, die sich gerade durch die Beeinträchtigung desselben ergeben könnten, zu berücksichtigen.<sup>1315</sup> Aus diesem Grund sind bspw die von Arbeitnehmern verpflichtend zu zahlenden Beiträge zur Sozialversicherung als Eingriff in die Unverletzlichkeit des Eigentums gerechtfertigt, weil sie eben ein Mindestmaß an sozialer Absicherung und damit einen ganz erheblichen Vorteil garantieren.<sup>1316</sup> Für das Strafrecht lassen sich hier allerdings kaum Bsp finden, es sei denn, man erblickt in den anerkannten Strafzwecken der Individual- und Generalprävention Vorteile, die sich hier berücksichtigen lassen.

### d. *Diffuse Interessen?*

Zu fragen ist schließlich, inwieweit neben den genannten, recht unstrittig zu berücksichtigenden Interessen zudem »sonstige diffuse Interessen«<sup>1317</sup> – uU schon auf abstrakt-genereller Ebene und nicht erst unter Einbeziehung des individuell-konkreten Einzelfalls – in die Abwägung aufzunehmen sind. Gemeint sind zB ein etwaiges Affektionsinteresse oder verschiedene Sozialnormen. *Triffterer*<sup>1318</sup> und *Roxin/Greco*<sup>1319</sup> etwa bejahen diese Möglichkeit. Demgegenüber verweist *Lewisch* iZm dem

1313 So *Wendt*, AöR 104 (1979), 466.

1314 V.F.z.b.i.β.

1315 Vgl *Hubmann*, Wertung und Abwägung, 27 f; und *Wendt*, AöR 104 (1979), 465.

1316 So auch BVerfGE 29, 221.

1317 *Lewisch* WK<sup>2</sup>-StGB Nach § 3 StGB Rz 62.

1318 AT<sup>3</sup>, 230.

1319 AT I<sup>5</sup>, § 16 Rz 62.

rechtfertigenden Notstand – zutreffend – auf die hierdurch entstehende Subjektivierung jeder Abwägungsentscheidung, die nicht Gegenstand eines Rechtfertigungsgrunds sein kann.<sup>1320</sup> Das muss mE auch für Abwägungsfragen im Kommunikationsstrafrecht gelten: Die ohnehin wegen ihrer gewissen Subjektivität<sup>1321</sup> nicht gänzlich vermeidbare Unsicherheit von Abwägungsentscheidungen sollte keinesfalls noch durch die Einbeziehung solcher diffuser und per se vager Interessen verstärkt werden.

#### 4. Sonderfall: Gleichrangigkeit der involvierten Interessen

*Alexy* unterscheidet grundsätzlich zwischen drei Arten struktureller Spielräume bei der Abwägung:<sup>1322</sup> Der sog Zwecksetzungsspielraum meint im Wesentlichen die hier bereits erörterten Spielräume bei der Definition des schützenswerten Interesses<sup>1323</sup>; der Mittelwahlspielraum ist vergleichbar mit dem Spielraum bei der Wahl einer Regelungsalternative<sup>1324</sup>. Als dritte Art nennt *Alexy* den Abwägungsspielraum iES, der dann entsteht, wenn die Verfassung eine Entscheidung freistellt. Das lässt sie dadurch erkennen, dass die Abwägung der involvierten Interessen ein Patt ergibt.<sup>1325</sup> Hier darf der Gesetzgeber eingreifen und die Kollision auflösen, er muss es aber nicht.<sup>1326</sup> Trifft er allerdings eine Regelung, muss er das Optimierungsgebot beachten und darf keines der Interessen mehr als notwendig belasten. Je feiner die »Skala«, welche die Verfassung vorgibt, ausgestaltet ist, umso weniger Patts entstehen, wodurch automatisch die gesetzgeberische Einschätzungsprärogative reduziert wird.<sup>1327</sup> Geht man dagegen richtigerweise von einer bloßen Rahmenordnung, also von einer »grob gestrickten« Verfassung<sup>1328</sup> aus, ist der gesetzgeberische Abwägungsspielraum größer: Weil zahlreiche Interessenkollisionen aus verfassungsrechtlicher Sicht ein »Patt« ergeben, kann der (einfache) Gesetzgeber häufiger entscheiden, ob er einen bestimmten Lebenssachverhalt rechtlich regelt oder nicht.

1320 *Lewisch* WK<sup>2</sup>-StGB Nach § 3 StGB Rz 62.

1321 XI.E.

1322 VVDStRL 61 (2002), 16 ff.

1323 VI.D.2.

1324 Näher X.F.

1325 *Alexy*, VVDStRL 61 (2002), 22 und ff.

1326 *Alexy*, VVDStRL 61 (2002), 24; ausführlich auch *ders* in *Sieckmann*, Regelmodelle, 118 ff.

1327 So auch *Klatt/Schmidt*, Spielräume, 44.

1328 So wie auch *Alexy*, VVDStRL 61 (2002), 25 und 25 f, dies tut; dazu noch näher XI.G.

## 5. Formulierung eines Abwägungs(zwischen-)ergebnisses

Anhand des zunächst abstrakt bewerteten Gewichts der involvierten Interessen, der Berücksichtigung vorgegebener Regeln, Prinzipien und Leitlinien gesetzgeberischer Abwägung und etwaiger weiterer Abwägungsfaktoren hat der Gesetzgeber in weiterer Folge die partiellen Vorrangrelationen<sup>1329</sup> zwischen den Interessen, die in eine Kollision involviert sind, zu ermitteln. Als Ergebnis ist daher festzuhalten, welches Interesse in der konkreten Kollisionssituation den ersten, zweiten usw. Rang einnimmt.

## E. Sammlung von Regelungsalternativen

Sind die partiellen Vorrangrelationen unter den involvierten Interessen ermittelt, darf aufgrund des Prinzips praktischer Konkordanz nicht dem in der Kollisionssituation höchstrangigen/-wertigen Interesse einfach dergestalt zur Durchsetzung verholfen werden, dass dieses Interesse rechtlich zur Gänze geschützt und durchsetzbar wird, alle anderen dagegen zur Gänze verdrängt – gleichsam »auf Null« gesetzt – werden.<sup>1330</sup> Vielmehr müssen alle Interessen proportional zu ihrem Rang weiterhin geltend gemacht werden können. Der optimale Weg, dies zu erreichen, muss vom Gesetzgeber entsprechend ermittelt werden. In weiterer Folge sind daher mögliche Regelungsalternativen zu suchen, die alle Interessen in einen zumindest verhältnismäßigen Ausgleich bringen.<sup>1331</sup> Wieder gilt es es eines weitreichenden »Vollständigkeitsgebots«, alle Regelungsalternativen zu erfassen,<sup>1332</sup> soweit sie noch im Bereich des legitistisch Realistischen und Möglichen anzusiedeln sind. Übertragen auf das Strafrecht bedeutet das zweierlei:

Erstens sind verschiedene Ausgestaltungen einer geplanten Strafnorm, die über eine Interessenkollision entscheidet, anzudenken. Das beginnt zunächst bei der Formulierung des Tatbestands und reicht über den Strafrahmen bis hin zu etwaigen prozessualen Fragen. Um für das Kommunikationsstrafrecht je ein Bsp zu nennen: Die Üble Nachrede

1329 IX.G.

1330 V.G.1.

1331 Zum Verhältnis von praktischer Konkordanz und Verhältnismäßigkeit V.G.3.

1332 Vgl. *Kloepfer*, DVBl. 1995, 447.



nach § 111 StGB verlangt, obwohl sie zu den Delikten zum Schutz der Ehre gehört, keine Verletzung der Ehre als Taterfolg. Sie verlangt nicht einmal einen entsprechenden erweiterten Vorsatz auf eine Herabsetzung der Ehre des Opfers durch den Äußernden. Ausreichend ist, dass die bloße ehrenrührige Kommunikationshandlung mit einer Wahrnehmbarkeit für Dritte getätigt wird.<sup>1333</sup> Beides wären allerdings mögliche Regelungsalternativen gewesen. Die tatsächlich gewählte Ausgestaltung des Tatbestands ist von den drei Varianten aus Tätersicht die strengste: Eine verletzte Ehre als Taterfolg müsste nämlich ebenso nachgewiesen werden wie eine zumindest darauf gerichtete überschießende Innentendenz. Über die Höhe des Strafrahmens bringt der Gesetzgeber jeweils zum Ausdruck, welches Gewicht er welchen strafrechtlich geschützten Interessen innerhalb der gesamten Rechtsordnung beimisst. Er hat daher auch hier etwaige Optionen zu erwägen. In der Höhe des Strafrahmens etwa bei den Ehrdelikten kommt zum Ausdruck, dass die Ehre gerade im Vergleich zu anderen strafrechtlich geschützten keinen besonders hohen Rang einnimmt, weil der Strafrahmen auffallend niedrig ist. Diese These findet eine weitere Bestätigung darin, dass die Grunddelikte nach den §§ 111, 113 und 115 StGB meist als Privatanklagedelikte ausgestaltet sind,<sup>1334</sup> was innerhalb des StGB eine absolute Ausnahme darstellt. Für die prozessuale Ausgestaltung als Privatanklage-, Ermächtigungs- oder Officialdelikt hat sich der Gesetzgeber ebenfalls vorab zu entscheiden: Die Officialdelikte (§ 2 StPO) sind insofern die strengsten, als ihre amtswegige Verfolgung und vollständige Aufklärung hier verpflichtend sind.

Zweitens sind – und hier kommt nun der *ultima ratio*-Grundsatz zum Tragen – etwaige Alternativen zum Einsatz des Kriminalstrafrechts mitzuberücksichtigen. Das Angebot an alternativen Möglichkeiten zur Durchsetzung der involvierten Interessen stellt nämlich ein weiteres wichtiges Mittel zur Herstellung von Konkordanz dar.<sup>1335</sup> So könnte es etwa Regelungsoptionen im Bereich des Verwaltungsstrafrechts oder des Zivilrechts geben, die ebenfalls geeignet wären, einen adäquaten Interessenausgleich zu schaffen. Es kann folglich gangbare Ausweichmöglichkeiten geben. Ist es sogar ausreichend, das Kriminalstrafrecht

---

1333 Ausführlich unten XVI.B.1.a.i.

1334 Näher XVI.F.

1335 So nochmals *Rüfner* in *Starck*, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 470 f.

gar nicht einzusetzen, weil die zu schützenden Interessen von den Interessenträgern (Individuum, Staat) zumutbar auf einem anderen Weg durchgesetzt werden können, so haben sie auf diesen Weg auszuweichen, wenn dadurch die Interessen der anderen zumindest besser gewahrt werden können (*Ausweichprinzip*). Zuzumuten ist das Ausweichen insb dann, wenn es entweder überhaupt nur auf einer Interessenseite alternative Möglichkeiten gibt oder zwar auf beiden Seiten Alternativen vorhanden sind, aber der alternative Weg jeweils nur für eine Seite unwesentlich beschwerlicher ist, sodass ein Zurückdrängen anderer Interessen deswegen nicht geboten erscheint.<sup>1336</sup>

## F. Auswahl einer Regelungsalternative

### 1. Auswahl nach den Grundsätzen der praktischen Konkordanz und Verhältnismäßigkeit

Im nächsten, fünften Schritt jeder Abwägung hat der Gesetzgeber sodann eine der zuvor ermittelten Regelungsalternativen auszuwählen. Als wesentliche Auswahlmaximen dienen ihm hierbei das Ziel praktischer Konkordanz sowie das Verhältnismäßigkeitsgebot: Anzustreben ist, alle involvierten Interessen gemessen an ihrem Gewicht im Kollisionsfall bestmöglich zu berücksichtigen (*praktische Konkordanz*<sup>1337</sup>). Auszuwählen ist aber in jedem Fall eine Regelungsalternative, die keines der Interessen – gemessen an ihrem Wert – im Vergleich zu den anderen überproportional begünstigt bzw umgekehrt keines der Interessen überproportional beschneidet bzw verdrängt (*Verhältnismäßigkeit*).<sup>1338</sup>

Bei der Einschätzung, welche der möglichen Regelungsalternativen allen beteiligten Interessen am besten gerecht wird, kommt dem Gesetzgeber allerdings wiederum<sup>1339</sup> eine weitreichende Einschätzungsprärogative zu, da sich die Folgen und Konsequenzen der Anwendung der einzelnen Regelungsalternativen lediglich prognostizieren und vorab

1336 Zu alledem schon *Hubmann*, Wertung und Abwägung, 90 ff.

1337 *Hubmann* (Wertung und Abwägung, 93 f) verwendet hier als Gegenbegriff zum »Ausweichprinzip« den Begriff »Ausgleichsprinzip«.

1338 Zu beiden Begriffen sowie der zentralen Frage ihres Verhältnisses zueinander v.G.

1339 Zu weiteren Entscheidungsspielräumen bereits insb VI.D.

einschätzen, aber nur in seltenen Fällen definitiv in einer exakten Berechnung kalkulieren lassen. In diesem Sinne führt *Murswiek* für die Abwägung des Gesetzgebers aus:

»Der Gesetzgeber kann [...] nicht anders, als entweder die Freiheit oder die Sicherheit zu beschränken. Daß er von Verfassungen wegen nicht eines allein auf Kosten des anderen beschränken darf, liegt auf der Hand. Andererseits legt die Verfassung die Grenze zwischen Freiheit und Sicherheit nicht fest, sondern überläßt es dem Gesetzgeber, [...] das Optimum sowohl an Freiheit als auch an Schutz zu bestimmen, das je nach den zu regelnden Sachbereichen und je nach den im Prozeß der politischen Willensbildung sich herauskristallisierenden Präferenzen an unterschiedlichen Punkten auf der Skala der möglichen und verfassungsrechtlich zulässigen Intensitätsgrade gesetzlichen Schutzes liegen mag. Die Verfassung setzt nur äußere Grenzen...«<sup>1340</sup>

Das Prinzip praktischer Konkordanz kann darüber hinaus nicht losgelöst von weiteren Überlegungen über die Auswahl einer Regelungsalternative entscheiden. Verfügen etwa mehrere Regelungsalternativen über unterschiedliche Tauglichkeitsgrade zur Zweckerreichung, oder bedarf eine Regelungsalternative einer äußerst langen Umsetzungsphase, ist die Regelung aber besonders dringlich, sind diese Variablen ebenfalls in der Entscheidung über die Regelungsalternative zu berücksichtigen.<sup>1341</sup> Es gilt hierbei insb. nach objektivierbaren Momenten zu suchen: Objektiv feststellen lassen sich etwa die konkreten Vor- und Nachteile der ein oder anderen Lösung oder das Ausmaß der Beeinträchtigung eines der involvierten Interessen durch die gewählte Regelungsalternative.<sup>1342</sup> Einige solcher Auswahlkriterien sollen nachfolgend dargestellt werden.<sup>1343</sup>

Nur ganz ausnahmsweise ist ein gänzliches Durchsetzen eines Interesses gegenüber einem vollständigen Zurücktreten aller anderen Interessen erlaubt:

---

1340 *Murswiek*, Staatliche Verantwortung, 140, zum dt Recht, im österreichischen aber nicht minder gültig.

1341 So *Wendt*, AÖR 104 (1979), 466 f.

1342 Näher *Hotz*, Grundrechtseingriffe, 44 ff, insb 45.

1343 X.F.z.

»Soweit nun nach Sachlage weder ein Ausweichen noch ein Ausgleich möglich ist, darf sich das überwiegende Interesse auf Kosten des geringeren durchsetzen. Als unausgleichbar ist der Konflikt anzusehen, wenn eine Beschränkung dem Sinn des überwiegenden Interesses widersprechen würde oder wenn es seiner Natur nach nicht reduzierbar, nicht teilbar ist.«<sup>1344</sup>

Ist es folglich auch bei Berücksichtigung jeglicher möglichen Alternativen – trotz aller gesetzgeberischen Bemühungen – nicht möglich, einen iSd Prinzips praktischer Konkordanz angemessenen Ausgleich herzustellen, ist in letzter Konsequenz ein Interesse weiter zurückzudrängen, als es dem Prinzip praktischer Konkordanz entsprechen würde. Muss hierbei das zurückstehende Interesse sogar zur Gänze zurückgedrängt werden, und gibt es mehrere Regelungsalternativen mit dieser Folge, ist das jeweils schonendste verfügbare Mittel zur Durchsetzung des anderen Interesses zu verwenden.<sup>1345</sup> Es gilt das Gebot der Verhältnismäßigkeit. Das unterliegende Interesse muss aber vom Gesetzgeber zumindest noch in der Weise beachtet werden, dass bei insoweit ungerechtfertigter Ausübung zB des Grundrechts – weil der Eingriff in das Grundrecht durch eine Strafbestimmung zulässig ist – immerhin nicht alle Konsequenzen des Verstoßes gezogen werden.<sup>1346</sup> Denkbar wäre hier, anstelle einer Strafe bspw einen Schuldspruch ohne Strafe oder unter Vorbehalt der Strafe, wie ihn die §§ 12 f JGG kennen, vorzusehen, oder die Möglichkeit einer (außerordentlichen) Strafmilderung (§§ 34, 41 StGB) zu verankern.

In der konkreten Ausgestaltung der Strafnorm zum Schutz der Rechtsgüter ist der Gesetzgeber im Rahmen der Verfassung wiederum relativ frei: So kann er bestimmte *Inhalte* der Kommunikation verbieten, besondere Anforderungen an den Kommunikationsvorgang statuieren oder überhaupt Kommunikation im Einzelfall »erzwingen« und sich schließlich (va im Datenschutzrecht relevant) Zugang zu Inhalten aus Kommunikationsvorgängen verschaffen.<sup>1347</sup>

1344 *Hubmann*, Wertung und Abwägung, 95.

1345 So *Hubmann*, Wertung und Abwägung, 95.

1346 *Rüfner* in *Starck*, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 471.

1347 Allgemein *Berka*, Grundrecht auf Datenschutz, 23 f.

## 2. Auswahlkriterien iS praktischer Konkordanz und Verhältnismäßigkeit

Das zunächst getroffene Abwägungsergebnis determiniert die Wahl der Regelungsalternative zwar weitgehend; zusätzlich können allerdings noch weitere Kriterien für eine Regelungsauswahl iS praktischer Konkordanz und Verhältnismäßigkeit relevant sein.

### a. Intensität der Beeinträchtigung

Die zentralste Rolle bei der Auswahl einer Regelungsalternative spielt zunächst die erwartete Intensität des Eingriffs in das ein oder andere Interesse durch die eine oder andere Regelungsalternative. Es ist grundsätzlich der jeweils weniger eingriffsintensiven gesetzgeberischen Regelung der Vorzug zu geben.<sup>1348</sup> Ebenso müssen etwaige längerfristige Folgerisiken und Nebenwirkungen der Beeinträchtigung des jeweils involvierten Interesses in die »Waagschalen« der Abwägung geworfen werden. Hierher gehört auch die Dauerhaftigkeit eines etwaigen Nachteils.<sup>1349</sup>

Je nach Intensität des Schutzes des betroffenen Rechts kann zudem ein und derselben Regelungsalternative eine unterschiedliche Eingriffsintensität zukommen. Dies ist ebenfalls zu berücksichtigen. Die Unterscheidung der Tangierung des Schutzbereichs eines Grundrechts im Kern- oder Randbereich<sup>1350</sup> wird hier folglich praktisch zentral, denn:

»Im allgemeinen läßt sich ein Ausgleich zwischen kollidierenden Grundrechten dadurch herstellen, daß dem Träger des einen, nur in seinem Randbereich berührten Grundrechts der Verzicht auf gewisse Modalitäten der Grundrechtsausübung zugemutet wird, [...] der Verzicht auf einige Befugnisse, die an sich in dem Grundrecht enthalten sind. Solche Einbußen im Randbereich sind um der Gewährleistung des zentral betroffenen Grundrechts willen nach den Grundsätzen eines verhältnismäßigen Ausgleichs zu rechtfertigen [...].«<sup>1351</sup>

1348 Vorausgesetzt ist, dass sie ebenso tauglich ist (X.F.2.b.) und genauso wahrscheinlich (X.F.3.) zur Zielerreichung führt wie die anderen Regelungsalternativen.

1349 So *Wendt*, AÖR 104 (1979), 463; außerdem *Stern*, Staatsrecht III/2, 836; siehe insb auch OGH 20.3.1990, 15 Os 41/89.

1350 Dazu schon III.B.3.

1351 *Rüfner* in *Starck*, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 468 mit Hinweis auf *Lepa*, DVBl. 1972, 167; ihm folgend *Wendt*, AÖR 104 (1979), 462 f.

### b. *Tauglichkeit*

Zu beachten ist überdies der Tauglichkeitsgrad der angewendeten Regelungsalternative.<sup>1352</sup> Bei der Entscheidung über die Wahl der Regelungsalternative ist mitzuberücksichtigen, ob und inwieweit das jeweilige Mittel überhaupt zum Schutz des Interesses geeignet ist. So kann bei Abwägungsfragen iZm der Kommunikationsfreiheit etwa hervorkommen, dass die Möglichkeit, gegen Medienunternehmen zivilrechtlich erhebliche Schadenersatzansprüche geltend zu machen oder Veröffentlichungsverbote zu erwirken, dem Interessenschutz dienlicher ist als die Androhung einer gerichtlichen Strafsanktion. Bei mehreren, gleich eingriffsintensiven Regelungsalternativen ist jener der Vorzug zu geben, die den höheren Tauglichkeitsgrad zur Zielerreichung aufweist. Hier sind straf- und außerstrafrechtliche Regelungsmöglichkeiten gleichermaßen einzubeziehen.

In die Entscheidung miteinzubeziehen ist weiters die Wahrscheinlichkeit, mit der eine Regelungsalternative dem überwiegenden Interesse überhaupt zum Durchbruch verhelfen kann: Ist die Wahrscheinlichkeit nur gering, dass eine Regelungsalternative das überwiegende Interesse unter Beeinträchtigung des anderen auch tatsächlich durchsetzt, kann diese zu verwerfen sein: Angenommen, das Interesse x überwiegt zwar grundsätzlich das Interesse y. Die Tauglichkeit einer Regelungsalternative ist aber so gering, dass die Wahrscheinlichkeit sehr hoch ist, dass das unterlegene Interesse y vernichtet wird. Zugleich ist die Wahrscheinlichkeit, dass das überwiegende Interesse x nicht durchgesetzt werden kann, aber äußerst hoch. In einem solchen Fall ist eine geeignetere Regelungsalternative zu suchen. Gibt es keine Alternativen, die zumindest dieselbe Tauglichkeit aufweisen, muss der Vorrang des überwiegenden Interesses x entsprechend erheblich sein; andernfalls ist die Regelung unverhältnismäßig. Ist das anzuwendende Mittel, das zu einer Beeinträchtigung eines Interesses führt, nur beschränkt tauglich zur Durchsetzung eines anderen Interesses, muss dieses letztere Interesse umgekehrt ein je nach Grad der Beeinträchtigung des anderen Interesses und der Wahrscheinlichkeit des Erfolgs entsprechend höheres Gewicht als das andere haben. Andernfalls dürfte das Risiko,

---

1352 So *Gentz*, NJW 1968, 1604; *Hubmann*, Wertung und Abwägung, 30 ff; *Wendt*, AöR 104 (1979), 466; ihnen folgend *Stern*, Staatsrecht III/2, 836.

dass das Mittel gerade nicht zum Erfolg führt, aber dennoch das zurückgedrängte Interesse beeinträchtigt, nicht in Kauf genommen werden. *Lewisch* dagegen will die Realisierungswahrscheinlichkeiten nur einbeziehen, wenn die übrigen Abwägungsfaktoren ein noch unsicheres Ergebnis bringen.<sup>1353</sup> Dies birgt mE aber eben jene beschriebene Gefahr eines Abwägungsfehlers.

### c. *Dringlichkeit*

Unter dem Aspekt der Dringlichkeit einer gesetzgeberischen Regelung schließlich sind zwei eng miteinander verbundene Gesichtspunkte bei der Wahl der Regelungsalternative zu berücksichtigen: Einerseits hat der wahrscheinliche Grad der Gefährdung des zu schützenden Interesses ohne die Regelung in die Entscheidung einzufließen. Es ist also zu überlegen, mit welcher Sicherheit anzunehmen ist, dass das zu schützende Interesse Not leiden wird, wenn keine gesetzgeberische Regelung zu ihrem Schutze erfolgt und welche Beeinträchtigungsintensität hier zu erwarten ist. Andererseits ist die aktuelle Dringlichkeit des Regelungsbedarfs abzuschätzen. Es ist zu ermitteln, wie rasch eine Regelung umgesetzt werden muss, um diese Beeinträchtigungen möglichst hintanzuhalten. Hieraus ergibt sich insgesamt die Dringlichkeit des Regelungsbedarfs.<sup>1354</sup> Sind nun mehrere Regelungsalternativen vorhanden und ist die Regelungsdringlichkeit hoch, sind jene Regelungsalternativen vorzuziehen, die einen möglichst raschen Interessenschutz bieten. Das kann uU auch dann gelten, wenn das unterliegende Interesse dafür stärker zurückgedrängt werden muss als bei anderen Alternativen. Ist dagegen keine hohe Dringlichkeit gegeben, sind die schonenderen Alternativen zu wählen.<sup>1355</sup>

## 3. **Prognose**

Um isD praktischen Konkordanz und Verhältnismäßigkeit die Regelungsalternative erkennen zu können, die beiden Grundsätzen am besten gerecht wird, braucht es vorab anzustellender Prognosen über die

1353 *Lewisch* WK<sup>2</sup>-StGB Nach § 3 StGB Rz 61, 85.

1354 Vgl nochmals *Wendt*, AÖR 104 (1979), 467 mit Hinweis auf *Hotz*, Grundrechtseingriffe, 45, 101; ihm folgend *Stern*, Staatsrecht III/2, 836.

1355 Zur Berücksichtigung der Eingriffsintensität X.F.2.a.

Wirkungen und Folgen der einzelnen Regelungsalternativen. Andernfalls könnten eine *pro futuro* vorgenommene Abschätzung der Intensität des Interesseneingriffs, Tauglichkeitseinschätzungen und Dringlichkeitsbewertungen überhaupt nicht vorgenommen werden. Auch die Wahrscheinlichkeiten für jeden Nutzen, den eine Regelungsalternative hervorbringen kann, sind hier anzuführen.<sup>1356</sup>

Teil jeden Gesetzgebungsprozesses ist daher immer eine Gesetzesfolgenabschätzung. Das vom Verfassungsdienst des Bundeskanzleramts herausgegebene »Österreichisches Handbuch ›Bessere Rechtsetzung‹«<sup>1357</sup> etwa definiert die Gesetzesfolgenabschätzung als »ein Verfahren zur Erkundung und vergleichenden Bewertung von Folgen beabsichtigter bzw in Kraft getretener Rechtsvorschriften«. Es gehe mit hin um eine »Rechtsoptimierung« bzw um eine Methode zur »Optimierung des Rechtsetzungsprozesses«.<sup>1358</sup> Eine solche Gesetzesfolgenabschätzung ist seit 2013 in Österreich für Gesetzesvorhaben des Bundes ausnahmslos vorgesehen: Installiert durch das Bundesgesetz über die Führung des Bundeshaushaltes<sup>1359</sup>, ist das Ziel der sog wirkungsorientierten Folgenabschätzung die Schaffung eines Regelungssystems für die Abschätzung der Folgen von Rechtssetzungsvorhaben und sonstigen Vorhaben von außerordentlicher finanzieller Bedeutung.

Alle mit der Vorbereitung neuer Rechtsvorschriften des Bundes befassten Personen haben dergestalt auf wesentliche Auswirkungen dieser Vorhaben Bedacht zu nehmen, also bspw finanzielle, wirtschafts-

1356 So Koch H./Rüßmann, Juristische Begründungslehre, 350, zur Nutzenmessung anhand unterschiedlicher Skalen 353 ff; zum dt Recht allgemein Seedorf in Jestaedt/Lepsius, Verhältnismäßigkeit, 143 ff.

1357 Online unter <<https://www.bundeskanzleramt.gv.at/agenda/verfassung/legistik/begutachtungs-konsultations-informationsverfahren-bessere-rechtssetzung/better-regulation.html>> (27. 7. 2021); außerdem das Handbuch »Wirkungsorientierte Folgenabschätzung« des Bundeskanzleramts, online unter <[https://www.oeffentlicherdienst.gv.at/wirkungsorientierte\\_verwaltung/berichte\\_service/Handbuch\\_Wirkungsorientierte\\_Folgenabschaetzung.pdf?63hw8f](https://www.oeffentlicherdienst.gv.at/wirkungsorientierte_verwaltung/berichte_service/Handbuch_Wirkungsorientierte_Folgenabschaetzung.pdf?63hw8f)> (27. 7. 2021); und ferner auch das Rundschreiben des Bundeskanzleramts zur Einführung der Wirkungsorientierten Folgenabschätzung, ebenfalls online unter <[https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Erlaesse&Dokumentnummer=ERL\\_01\\_000\\_20150610\\_930\\_855\\_0063\\_III\\_9\\_2015](https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Erlaesse&Dokumentnummer=ERL_01_000_20150610_930_855_0063_III_9_2015)> (27. 7. 2021).

1358 So das Handbuch mit Hinweis auf bspw Konzendorf/Wordelmann/Bölk/Veit, Better Regulation, 5, 7; und Böhret/Konzendorf, Guidelines, 33; dies, Handbuch Gesetzesfolgenabschätzung (GFA) (2001), 1.

1359 Bundeshaushaltsgesetz – BHG 2013, BGBl I 139/2009 idF BGBl I 60/2018; die wesentlichen gesetzlichen Grundlagen finden sich insb in den §§ 17 f BHG 2013 wieder.



umwelt- und konsumentenschutzpolitische sowie soziale Auswirkungen zu berücksichtigen oder auf die Verwaltungskosten für Bürgerinnen und Bürger sowie Unternehmen einzugehen. Zahlreiche spezielle Verordnungen des Bundes sehen flankierend detaillierte Sonderregelungen vor.<sup>1360</sup>

Insgesamt ergibt sich für die Rechtsetzung des Bundesgesetzgebers ab 2013 nachfolgende Gliederung der Gesetzesmaterialien jedes Regelungsvorhabens:<sup>1361</sup>

1. *Vorblatt:*

- ▷ Ziele
- ▷ Inhalt
- ▷ Wesentliche Auswirkungen: Kurzaussagen zu wesentlich betroffenen Wirkungsdimensionen
- ▷ Verhältnis zu den Rechtsvorschriften der Europäischen Union
- ▷ Besonderheiten des Normerzeugungsverfahrens

1360 Namentlich (*Titel gekürzt*) die VO über Grundsätze der wirkungsorientierten Folgenabschätzung (WFA-Grundsatz-VO – WFA-GV, BGBl II 489/2012); VO über die Abschätzung der finanziellen Auswirkungen auf die öffentlichen Haushalte (WFA-Finanzielle-Auswirkungen-Verordnung – WFA-FinAV, BGBl II 490/2012); VO über die Abschätzung der gesamtwirtschaftlichen Aspekte wirtschaftspolitischer Auswirkungen (WFA-Gesamtwirtschaft-Verordnung – WFA-GWV, BGBl II 491/2012); VO über die Abschätzung der wirtschaftspolitischen Auswirkungen auf Unternehmen (WFA-Unternehmen-Verordnung, WFA-UntV, BGBl II 492/2012); VO über die Abschätzung der Auswirkungen auf die Umwelt (WFA-Umwelt-Verordnung – WFA-UV, BGBl II 493/2012); VO über die Abschätzung der konsumentenschutzpolitischen Auswirkungen (WFA-Konsumentenschutzpolitik-Verordnung – WFA-KV, BGBl II 494/2012); VO über die Abschätzung der Auswirkungen auf junge Menschen (WFA-Kinder-und-Jugend-Verordnung – WFA-KJV, BGBl II 495/2012); Verordnung über die wirkungsorientierte Folgenabschätzung betreffend die Auswirkungen in sozialer Hinsicht (WFA-Soziales-Verordnung – WFA-SV, BGBl II 496/2012); VO zur Abschätzung der Verwaltungskosten für Bürgerinnen und Bürger und für Unternehmen (WFA-Verwaltungskosten-Verordnung – WFA-VKV, BGBl II 497/2012); sowie die VO über die Abschätzung der Auswirkungen auf die tatsächliche Gleichstellung von Frauen und Männern (WFA-Gleichstellungsverordnung – WFA-GlStV, BGBl II 498/2012); für unionsrechtlich relevante Vorschriften: VO über die Mitbefassung bei der Abschätzung der finanziellen Auswirkungen von Entwürfen unionsrechtlicher Vorschriften auf den Bundeshaushalt (WFA-EUMitbefassungs-Verordnung – WFA-EU-MV, BGBl II 499/2012).

1361 Entnommen aus dem Rundschreiben zur Einführung der Wirkungsorientierten Folgenabschätzung, online unter <[https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Erlaesse&Dokumentnummer=ERL\\_01\\_000\\_20150610\\_930\\_855\\_0063\\_III\\_9\\_2015](https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Erlaesse&Dokumentnummer=ERL_01_000_20150610_930_855_0063_III_9_2015)> (27.7.2021).

## 2. Wirkungsorientierte Folgenabschätzung:

- ▷ Bezeichnung des Regelungsvorhabens
- ▷ Problemanalyse
- ▷ Ziele
- ▷ Maßnahmen
- ▷ Abschätzung der Auswirkungen
- ▷ Evaluierung.

Eine solche Gesetzesfolgenabschätzung ist im Übrigen auch bei Gesetzgebungsvorhaben in der EU fester Bestandteil des Rechtsetzungsprozesses. Sie enthält idR eine Kosten-Nutzen-Analyse, eine Kosten-Wirkungsanalyse, eine Mehrkriterien- sowie eine Risiko-Analyse.<sup>1362</sup> Die Prognose hat hierbei auch auf mögliche zukünftige Entwicklungen Bedacht zu nehmen, für die nicht eine der möglichen Regelungsalternativen kausal ist, sondern die gleichsam außerhalb der Kollisionssituation eintreten könnten (zB geplante EU-rechtliche Bestimmungen etc).<sup>1363</sup> Sie soll weder den politischen Gesetzgebungsprozess ersetzen oder einengen, allerdings zu einer Rechtfertigung des gesetzgeberischen Handelns auf hohem Niveau anhalten, was wiederum zu höherer Transparenz und Nachvollziehbarkeit des gesetzgeberischen Willens führt.<sup>1364</sup> *Hofmann* plädiert insofern dafür, »Rechtsetzung als anspruchsvollen Ex-ante-Vorgang wahrzunehmen und zu strukturieren«<sup>1365</sup>, denn Abwägung und Verhältnismäßigkeit fordern vom Gesetzgeber insb eine sorgfältige Sachverhaltsermittlung und Gesamtbetrachtung der Kollisionssituation, in deren Zuge Prognosen und uU auch Retrodiktionen notwendig werden, weil andernfalls bspw eine Verhältnismäßigkeitsprüfung gar nicht vorgenommen werden könnte.<sup>1366</sup>

Da insb die Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme vom Gesetzgeber nur abstrakt-generell und nicht individuell-konkret beurteilt werden

1362 Näher *Hofmann*, Abwägung im Recht, 50 ff. Insb in den USA ist die Kosten-Nutzen-Analyse bei staatlichen Vorhaben weit verbreitet; vielfach werden hier numerische Verfahren angewendet; auch dazu näher *Hofmann*, Abwägung im Recht, 81 ff.

1363 Zur Gesetzesfolgenabschätzung in Deutschland etwa *Hofmann*, Abwägung im Recht, 39 ff (zum Verwaltungsrecht); oder *Kretschmer G.* in *Karpen/Hof*, Wirkungsforschung, 15 ff.

1364 In diesem Sinne auch schon *Anderwald* in *Karpen/Hof*, Wirkungsforschung, 94 f zur dt Rechtslage.

1365 Abwägung im Recht, 396.

1366 Ganz ähnlich *Hofmann*, Abwägung im Recht, 403 und 403 ff.

kann, muss allerdings ein entsprechend niedriger verfassungsrechtlicher Prüfungsstandard angelegt werden.<sup>1367</sup> Nur mögliche bzw vorhersehbare typische Fallkonstellationen sind zu berücksichtigen.<sup>1368</sup> Bei der Erstellung dieser Prognosen kommt dem Gesetzgeber daher nach der Rsp des VfGH<sup>1369</sup> und etwa auch des BVerfG<sup>1370</sup> eine korrespondierend zu diesen Prognoseunsicherheiten große Einschätzungsprärogative zu: Die Richtigkeit einer Prognose, die im Zeitpunkt des Erlasses eines Gesetzes getroffen wurde, ist häufig erst in der Zukunft evaluierbar und kann in diesen Fällen frühestens nach erstmaliger Anwendung des Gesetzes verifiziert oder falsifiziert werden. Bei nicht beobachtbaren Tatsachen muss die Prognose auf Rückschlüsse aus bloßen Indizien und Erfahrungssätzen zurückgreifen.<sup>1371</sup> Dementsprechend kann die »Wirkung« eines Gesetzes oftmals nicht schon im Gesetzgebungsverfahren mit Gewissheit vorhergesagt werden und damit auch nicht, ob die Ausgestaltung der Regelung tatsächlich den Prinzipien praktischer Konkordanz und Verhältnismäßigkeit genügt. Je komplexer der Sachverhalt, umso schwieriger und unsicherer wird auch die Prognose. Dementsprechend legt etwa das dt BVerfG

»...seiner Nachprüfung je nach der Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, den Möglichkeiten, sich ein hinreichend sicheres Urteil zu bilden, und der Bedeutung der auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter differenzierte Maßstäbe zugrunde, die von einer Evidenz- über eine Vertretbarkeitskontrolle bis hin zu einer intensivierten inhaltlichen Kontrolle reichen...«<sup>1372</sup>

1367 So *Gentz*, NJW 1968, 1605.

1368 *Holoubek* in FS Rill, 111.

1369 V.G.2. bei der Darstellung der Regel der Verhältnismäßigkeit.

1370 Dazu *Hesse*, Verfassungsrecht, Rz 320.

1371 *Hofmann*, Abwägung im Recht, 234 zusammenfassend und die Seiten davor.

1372 *Hesse*, Verfassungsrecht, Rz 320 mit Hinweis auf BVerfGE 50, 290 (332 f mwN); BVerfGE 76, 1 (50 ff).

## G. Anwendung dieser Regelungsalternative und Evaluierung

### 1. Allgemeines

Die unter den Grundsätzen der praktischen Konkordanz und Verhältnismäßigkeit ausgewählte Regelungsalternative ist schließlich anzuwenden. Für das Kommunikationsstrafrecht bedeutet das, dass die Strafbestimmung, welche die Kommunikationsfreiheit zum Schutze überwiegender anderer Interessen einschränkt, erlassen wird. Die realen Folgen und Konsequenzen der möglichen Regelungsalternativen für die involvierten Interessen lassen sich vom Gesetzgeber im Rahmen seiner Abwägung zunächst nur anhand von – möglichst präzise anzustellenden – Prognosen<sup>1373</sup> abschätzen, aus denen sich ein gewisser Beurteilungsspielraum ergibt, denn selten können sie tatsächlich so exakt angestellt werden.<sup>1374</sup> Lassen sich die Auswirkungen und die Eignung einer Maßnahme nicht vertretbar verlässlich abschätzen, kann der Gesetzgeber zunächst eine befristete Regelung vorsehen und den Fortbestand der Regelung von einer positiven Evaluierung der tatsächlichen Auswirkungen und Eignung abhängig machen.<sup>1375</sup>

Dringend gilt es daher, stetig die Anwendung der gewählten Regelungsalternative dahingehend zu überprüfen, ob sie dem Prinzip praktischer Konkordanz und umso mehr der Verhältnismäßigkeit tatsächlich entspricht.<sup>1376</sup> Zu prüfen ist konkret, ob die in Kraft getretene Regelung die involvierten Interessen auch in der praktischen Handhabung optimal zu ihrem Gewicht in der Kollisionssituation berücksichtigt. Die vor Auswahl der Regelungsalternative vom Gesetzgeber angestellte Prognose ist damit zu verifizieren oder ggf zu falsifizieren. Im letzteren Fall ist – um dem Prinzip praktischer Konkordanz Rechnung zu tragen – eine andere Alternative anzudenken. Da eine strafgesetzliche Regelung jedenfalls immer verhältnismäßig sein muss, ist eine andere Regelungsalternative zwingend dann zu wählen, wenn die Evaluierung der bestehenden Regelung sogar eine Unverhältnismäßigkeit des Interessenausgleichs zeigt.

1373 Dazu X.F.3.

1374 Ähnlich *Berka* in FS Rill, 15; *ders*, Grundrecht auf Datenschutz, 132 f.

1375 So *Berka*, Grundrecht auf Datenschutz, 132 f.

1376 Nach der Rsp des BVerfG ist eine solche Evaluierung sogar verpflichtend (zB BVerfGE 111, 333); näher *Seedorf* in *Jestaedt/Lepsius*, Verhältnismäßigkeit, 144.

Als möglicher Maßstab einer Evaluierung von strafgesetzlichen Regelungen, die Interessenkollisionen lösen sollen, wird nachfolgend ein ursprünglich aus der Philosophie stammender Ansatz vorgeschlagen, der an sich zur *Lösung moralischer* Interessenkollisionen entwickelt wurde. Er kann jedoch vor für die nachgeschaltete Phase der *Evaluierung rechtlicher* Regelungsalternativen nutzbar gemacht werden.

## 2. Lösung moralischer Interessenkollisionen (*Blaikner*)

*Benjamin Blaikner* befasste sich in seiner Doktorarbeit aus der Philosophie (Universität Salzburg) mit einem auf Interessenabwägungen basierenden Problemlösungsansatz. Zwar spricht er nicht primär rechtliche, sondern moralische Probleme an,<sup>1377</sup> doch seine auf *Leonard Nelson* zurückgehenden Ausführungen können für die Phase der Evaluierung strafrechtlicher Gesetzesvorhaben herangezogen werden, wie nachstehend gezeigt werden soll.<sup>1378</sup> Zunächst stellt *Blaikner* als grundlegende Testfrage jeder Abwägung die folgende auf: Könnte der Abwägende in das Ergebnis der Interessenabwägung auch einwilligen, wenn alle in der Interessenkollision involvierten Interessen seine eigenen wären?<sup>1379</sup> Um die Antwortfindung zu erleichtern, stellt *Blaikner* einige Abwägungsaxiome auf, die an eine Abwägungsentscheidung heranführen sollen. Sie können gleichsam als »Schritt-für-Schritt-Anleitung« einer Abwägung dienen. Ähnlich wie bei einer mutmaßlichen Einwilligung<sup>1380</sup> wird eine externe Interessenkollision in eine interne umgewandelt, um das Ergebnis zu finden.

Axiom 1 normiert die Grundregel jeder Abwägung: »Das überwiegende Interesse ist berechtigt, befriedigt zu werden.«<sup>1381</sup> Axiom 2 dient der Erkennung des sog »überwiegenden Interesses«: »Eine in einer Interessenkollision I beteiligte Person x kann erkennen, ob ein anderes

1377 Auch aus philosophisch-moralischer Sicht lassen sich verschiedene Phasen der Interessenabwägung ausmachen. *Blaikner* (Interessenkollisionen, 102) unterscheidet hierbei zwischen der Bestimmung der involvierten Interessen mit Hilfe der Faktoren »Antrieb« und »Absicht« – diese Bestimmung habe nach bestem Wissen und Gewissen zu erfolgen – einerseits, und der eigentlichen Abwägung andererseits.

1378 Im Übrigen überprüft auch *Blaikner* die mögliche Anwendung seiner Thesen auf die Rechtswissenschaft: insb 116 f.

1379 *Blaikner*, Interessenkollisionen, 102.

1380 Zu diesem Rechtfertigungsgrund statt vieler *Fuchs/Zerbes*, AT I<sup>o</sup>, Kap 16 Rz 37 ff.

1381 *Blaikner*, Interessenkollisionen, 102.

als ihr Interesse das überwiegende ist in Bezug auf die Interessen der anderen in I beteiligten Personen gdw [genau dann, wenn; *Anm d Verf*]

1. x die Interessen aller in I beteiligten Personen nach bestem Wissen und Gewissen bestimmt hat,
2. x in die Befriedigung des eigenen Interesses nicht einwilligen kann, wenn die Interessen aller in I beteiligten Personen auch die eigenen wären [*Herv entf*].<sup>1382</sup>

Axiom 3 schließlich gibt für die Durchsetzung eines Rechts vor: »Eine in einer Interessenkollision I beteiligte Person x ist berechtigt, die Handlung h auszuführen in Bezug auf eine in I beteiligte Person y gdw [genau dann, wenn; *Anm d Verf*]

1. x sowohl das eigene, als auch das Interesse von y nach bestem Wissen und Gewissen bestimmt hat,
2. x h nur dann ausführt und in h einwilligen könnte, wenn das Interesse von y auch das Interesse von x wäre [*Herv entf*].<sup>1383</sup>

Diese genannten Prüfungsschritte sind aus der Perspektive derer formuliert, die mit einem moralischen Problem derart konfrontiert sind, dass sie selbst in die Interessenkollision involviert sind. Vielfach sind die abwägenden Personen aber selbst gerade nicht in die Interessenkollision, über die sie zu entscheiden haben, involviert. Daher formuliert *Blaikner* weiter: Axiom 2a besagt, dass »[e]ine in einer Interessenkollision I nicht beteiligte Person x [...] erkennen [kann], welches Interesse in I das überwiegende ist gdw [genau dann, wenn; *Anm d Verf*]

1. [...]
2. x die Interessen aller Personen, die in I beteiligt sind, nach bestem Wissen und Gewissen ermittelt und bestimmt hat,
3. x sich daraufhin bei jedem Interesse der in I beteiligten Personen fragt, ob x in die Befriedigung dieses Interesses einwilligen könnte, wenn auch die anderen Interessen seine eigenen wären [*Herv entf*].<sup>1384</sup>

Für die nicht in eine Interessenkollision involvierte Person gilt daher (Axiom 3a): »Eine in einer Interessenkollision I nicht beteiligte Person

1382 *Blaikner*, Interessenkollisionen, 104.

1383 *Blaikner*, Interessenkollisionen, 104.

1384 *Blaikner*, Interessenkollisionen, 105.

x handelt gerecht in Bezug auf alle in I betroffenen Personen gdw [genau dann, wenn; *Anm d Verf*] x jener Person, deren Interesse x als überwiegend erkannt hat, zur Befriedigung dieses Interesses verhilft [*Herv entf*].<sup>1385</sup>

### 3. Abwägung als Gerechtigkeitsproblem

Die aus der Philosophie stammenden Ausführungen *Blaikners* erscheinen für den vorliegenden Zusammenhang in mehrerlei Hinsicht interessant: Zunächst rufen sie deutlich in Erinnerung, dass hinter jedem Abwägungsvorgang letztlich immer weitere Leitlinien oder »Policies« iSd Theorien nach *Dworkin* und *Alexy*<sup>1386</sup> stehen, nämlich jene der Gerechtigkeit, der Fairness und schließlich der Moral. Es geht damit um ein »Gerechtigkeitsproblem«, denn Gerechtigkeit ist mangels einheitlichen Wertgefühls aller Menschen letztlich ein undefinierbarer Begriff. Die Erkenntnis, dass jede Abwägung ein Gerechtigkeitsproblem darstellt, spricht mE auch gegen die Annahme einiger Autoren, Abwägungsentscheidungen »mathematisch« lösen zu können:<sup>1387</sup> Wenn sich schon die hehren Prinzipien, die eine Abwägung leiten müssen, nicht in Zahlen greifbar machen lassen, dann kann auch ein in eine Kollision involviertes Interesse nicht in Zahlen ausgedrückt werden. ME können mathematische Berechnungen allerdings eine Art »Gegen-Probe« ermöglichen, ob die Abwägungsentscheidungen auch – neben der Optimierung genannter Prinzipien – unter einer Art »rechnerischem Aspekt« richtig erscheinen.

### 4. Nutzen des Ansatzes für die Abwägung im Strafrecht

Auch Abwägungsentscheidungen im Recht insgesamt und im Strafrecht im Besonderen stellen damit immer die Frage nach einem »gerechten« Interessenausgleich. Eine endgültige Entscheidung über Regelungsalternativen bei der Rechtssetzung kann zwar nicht – weder im Strafrecht noch in einem anderen Rechtsgebiet – über eine (höchst subjektive) moralische Gerechtigkeitsprüfung erfolgen.<sup>1388</sup> Eine gefundene Abwägungs-

1385 *Blaikner*, Interessenskollisionen, 106.

1386 IX.D.4.

1387 So in jüngerer Zeit etwa *Hofmann*, Abwägung im Recht, 1 ff.

1388 *Koch H./Rüßmann*, Juristische Begründungslehre, 358 ff.

entscheidung ist jedoch dann im rechtlichen Sinne »gerecht«, wenn sie dem Prinzip praktischer Konkordanz entspricht.

Eine auf moralischer Ebene vorgenommene Gerechtigkeitsprüfung kann folglich eine vollständige juristische Abwägung ergänzen: Die dargestellte Prüfung ist in der Evaluierungsphase sinngemäß auf den Gesetzgeber und seine Tätigkeit zu übertragen und anzuwenden. Die Axiome *Blainers* können maW auch sinngemäß auf strafrechtliche Normen als Ergebnis gesetzgeberischer Tätigkeit, die auf ihre praktische Konkordanz überprüft werden sollen, angewendet werden. So formulierte auch *Alexy* seine sog »Diskursregel«:

»Die Konsequenzen jeder Regel für die Befriedigung der Interessen eines jeden einzelnen müssen von allen akzeptiert werden können.«<sup>1389</sup>

Es soll nur jene gesetzliche Norm gerecht sein, »der alle Betroffenen mit Rücksicht auf ihr wohlverstandenes eigenes Interesse zustimmen können.«<sup>1390</sup> Um das überprüfen zu können, empfiehlt *Alexy* ggf auch einen Rollentausch.<sup>1391</sup> Ein solcher soll dann vollzogen werden, wenn derjenige, der zwischen den kollidierenden Interessen abzuwägen hat, selbst nicht in die Interessenkollision involviert ist – und somit ebenso im Verhältnis des (Straf-) Gesetzgebers zu den Rechtsunterworfenen.

Im Zuge der Evaluierung einer strafgesetzlichen Regelung hat der Gesetzgeber daher in einer Rückschau zu fragen, ob er auch mit Kenntnis der aktuellen Sachlage alle involvierten Interessen gesammelt und berücksichtigt hat. Zudem hat er zu prüfen, ob er in das Ergebnis seiner Abwägungsentscheidung auch dann einwilligen könnte, wenn er die Position einer der involvierten Rechtsunterworfenen samt ihrer Interessen inne hätte und zudem alle anderen Interessen seine eigenen wären.

## H. Abwägungsfehler

### 1. Allgemeines

Eine strukturierte Abwägung im Strafrecht setzt nach alledem eine Kollision rechtlich geschützter Interessen voraus, die dergestalt aufgelöst

1389 *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 252, ferner auch 134 ff und 221 ff.

1390 *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 369.

1391 *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 371.



wird, dass ein dem Prinzip praktischer Konkordanz am besten entsprechendes Verhältnis der Durchsetzung der Interessen nach partiellen Vorrangrelationen gebildet wird. Die äußerste Grenze der Zulässigkeit einer strafrechtlichen Regelung bildet die Verhältnismäßigkeit. Dieser Prozess der Abwägung birgt allerdings verschiedene Fehlerquellen, die nachfolgend kurz dargestellt werden.

Bedingung ist zunächst eine grundsätzliche Befugnis zur Abwägung: Nimmt der Gesetzgeber schon eine solche Abwägungsbefugnis zu Unrecht an, liegt ein erster gravierender Abwägungsfehler iWS vor, denn in diesem Fall werden überhaupt verfassungsrechtliche Abwägungsspielräume schon auf der allerersten Stufe überschritten.<sup>1392</sup> Ein Bsp wäre, dass der Gesetzgeber beginnt, das gänzlich abwägungsfeste Folterverbot (Art 3 EMRK, § 312a StGB) aufzuweichen, indem er im Einzelfall – etwa zur Rettung des Lebens von Rechtsunterworfenen – Folter zulässt.

Zudem kann es gleichsam an der Wurzel der Abwägung zu Fehlbeurteilungen kommen, nämlich dann, wenn eine Interessenkollision und damit eine gesetzgeberische Abwägungspflicht schon zu Unrecht angenommen werden (sog Scheinkollisionen<sup>1393</sup>). Va aber können im Zuge des 6-stufigen Abwägungsprozesses Abwägungsfehler ieS entstehen, wie insb *Schwerdtfeger* ausgeführt hat.<sup>1394</sup>

## 2. Scheinkollisionen

Unter Scheinkollisionen werden im Folgenden zwei verschiedene Konstellationen verstanden. Eine Scheinkollision liegt entweder dann vor, wenn eine Interessenkollision überhaupt zu Unrecht angenommen wird, oder eine solche Interessenkollision zwar vorliegt, aber durch eine entsprechend ausgestaltete gesetzliche Regelung gänzlich vermeidbar wäre.

### a. *Kein Schutzbereichseingriff*

Die exakte Bestimmung des jeweiligen Schutzbereichs eines Grundrechts ist von essentieller Bedeutung für die Frage, welche konkreten Lebenssachverhalte überhaupt prinzipiell von einem Grundrecht

1392 Vgl dazu *Berka* in FS Rill, 23.

1393 X.H.2.

1394 Näher X.H.3.

geschützt sind (noch ungeachtet etwaiger zulässiger Beschränkungen des Grundrechts).<sup>1395</sup> Grundrechtlichen Schutz genießen nämlich nur jene Lebenssachverhalte, die eben vom Schutzbereich (in dessen Kern- oder Randbereich) erfasst sind. Dies ist deshalb zentral, weil es keine strafrechtlich relevanten Interessenkollisionen mit Grundrechten geben kann, wenn das Grundrecht in Wahrheit überhaupt nicht betroffen ist, etwa weil das Handeln seines Trägers schon gar nicht von dessen Schutzbereich erfasst oder der Sachverhalt sonst nicht grundrechtlich geschützt ist.<sup>1396</sup> *Rüfner* spricht in diesem Zusammenhang von »Scheinkollisionen«.<sup>1397</sup> Verkennt man folglich den grundrechtlichen Schutzbereich oder schenkt seiner Bestimmung wenig oder keine Beachtung, läuft man Gefahr, beinahe jedes Gesetz auf ein Grundrecht zurückzuführen und damit überall Grundrechtskonflikte zu konstruieren, obwohl das menschliche Handeln schon außerhalb des grundrechtlich geschützten Bereichs liegt.<sup>1398</sup> Solcherart »flächendeckende Grundrechtsversprechen«<sup>1399</sup> führen zu nahezu endlosen Auslegungsmöglichkeiten und unbegrenzten Abwägungen.<sup>1400</sup> Nur auf den ersten Blick richtig ist nämlich, dass eine weite Fassung des grundrechtlichen Schutzbereichs im Interesse des Grundrechtsträgers an sich zu begrüßen ist, da in vielen Fällen entsprechende Gesetzesvorbehalte (etwa in den Abs 2 der Art 8–11 EMRK) ohnehin eine Einschränkung zulassen.<sup>1401</sup> Je weiter allerdings ein solcher Schutzbereich gefasst ist, umso eher kommt es zu Grundrechtskollisionen, die sodann einer Abwägungsentscheidung bedürfen.<sup>1402</sup> Um keine solchen – letztlich künstlichen –

1395 Näher bereits IV.C.1.b.; vgl etwa zur Bestimmung der Eingriffsschwelle beim Grundrecht auf Datenschutz *Berka*, Grundrecht auf Datenschutz, 109 ff.

1396 Zur Wichtigkeit der exakten Schutzbereichsbestimmung auch *Lienbacher* in *Khakzadeh-Leiler/Schmid/Weber*, Interessenabwägung, 104.

1397 In *Starck*, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 455 ff und insb 460.

1398 Erneut *Rüfner* in *Starck*, Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, 461; siehe dazu auch *Ossenbühl* in *Erbguth/Oebbecke/Rengeling/Schulte*, Abwägung, 31f: »Manipulativ gefährdet ist das Vorliegen einer Spannungslage selbst. Sie kann gleichsam künstlich erzeugt werden, ist jedenfalls nicht etwa ohne weiteres vorgegeben, sondern selbst Ergebnis einer Interpretation, manchmal auch eines Verzichtes auf Interpretation, nämlich auf eine sachgerechte Ausschöpfung und Umreißung des grundrechtlichen Schutzbereichs. Der Durchgriff auf die Abwägung mittels Annahme einer Spannungslage erscheint als der bequemere und den Entscheidungsspielraum weiter öffnende Weg.« (32).

1399 *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung, 42.

1400 Ausführlich *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung, 44 ff.

1401 So *Schumacher*, Medienberichterstattung, 41, zu Art 8 EMRK.

1402 Dazu kurz auch IV.C.2.c.

Spannungslagen zu erzeugen, plädiert etwa *Ossenbühl* für eine »sachgerechte Eingrenzung des Schutzbereichs der Meinungsfreiheit«<sup>1403</sup>, ganz besonders dann, wenn es um keine echten Grundrechtskollisionen i.e.S., sondern um die Kollision von Grundrechten mit anderen Verfassungsgütern (Gemeinwohlbelangen) geht.<sup>1404</sup>

Abwägungsentscheidungen bergen im Übrigen, wenn sie nicht hinreichend transparent gestaltet sind, ohnehin schon die Gefahr, schwer vorhersehbar zu sein. Ein noch dazu weiter grundrechtlicher Schutzbereich mit entsprechend weiten Beschränkungsmöglichkeiten kann folglich zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit führen, was wiederum gerade nicht im Interesse des Grundrechtsträgers sein kann.

#### *b. Vorliegen von Kollisionsalternativen*

Ebenso wenig liegt eine echte Interessenkollision vor, wenn es Konfliktlösungsmöglichkeiten gibt, die zu einer vollen Berücksichtigung aller involvierten Interessen führen können. Insb kommen hier Ausweichalternativen in Betracht.<sup>1405</sup> Sind bspw zwei Personen in einen Interessenkonflikt verwickelt und wäre der Konflikt gelöst, wenn eine von ihnen einen anderen Weg zur Erreichung ihres Ziels wählt, und gestattet ihre Interessenlage es, diesen anderen Weg zu nehmen, weil er dem ursprünglichen zumindest im Wesentlichen gleichwertig ist, liegt keine echte Interessenkollision vor. Für den Strafgesetzgeber bedeutet das: Er darf die Interessen einer Person x nicht zugunsten einer anderen Person y beschneiden, wenn die andere Person y eine gleichwertige Alternative hätte, die ihre Interessen wahren könnte, ohne dass es zu einer Einschränkung der Interessen der Person x käme. In diesem Fall bedarf es daher auch keiner Abwägung.<sup>1406</sup>

»Denn Interessen, Güter oder Werte müssen in ihrem Verhältnis zueinander allenfalls dann gewichtet werden, wenn das eine Interesse nur auf Kosten des anderen sich durchsetzen kann, wenn der eine Wert nur um den Preis der Zurückstellung des anderen zu verwirklichen ist.«<sup>1407</sup>

1403 DVBl. 1995, 907, ähnlich 908.

1404 Vgl zB BVerfGE 13, 97, 113: »Erhaltung und Pflege eines hohen Leistungsstandes des Handwerks«.

1405 Dazu *Hubmann*, Wertung und Abwägung, 90 ff.

1406 Ähnlich *Hubmann*, Wertung und Abwägung, 151f.

1407 *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, 34.

Das entspricht im Übrigen auch dem strafrechtlichen *ultima ratio*-Grundsatz.

### 3. Abwägungsfehler ieS

Der Prozess der Abwägung lässt sich nach alledem positiv als eine Reihe von Handlungsschritten, die primär von der Gesetzgebung zu vollziehen sind, formulieren. Damit können – aus dem Umkehrschluss des soeben Ausgeführten – auch mögliche Abwägungsfehler ieS, also solche, die unmittelbar während dieses Prozesses passieren, benannt werden. Die Abwägungsfehlerlehre entstand grundlegend aus dem sog Flachglas-Urteil des BVerwG:<sup>1408</sup> Unterschieden werden demnach der Abwägungsausfall, das Abwägungsdefizit, die Abwägungsfehleinschätzung und die Abwägungsdisproportionalität.<sup>1409</sup>

#### a. Abwägungsausfall

Wird schon überhaupt keine Abwägung durchgeführt, obwohl einander widerstreitende, rechtlich geschützte Interessen diametral gegenüberstehen, kommt es zu einem gänzlichen Abwägungsausfall.

In VfSlg 11.567 etwa war eine Konzertpianistin nach Art VIII 2. Fall EGVG wegen des ungebührlich störenden Lärms ihres Klavierspiels bestraft worden. Der VfGH verwies darauf, dass Art 17a StGG, der die Kunstfreiheit regelt, hier zu einer Abwägung zwischen der künstlerischen Freiheit und anderen schützenswerten Interessen zwingt; eine solche Abwägung sei von der Behörde überhaupt nicht vorgenommen worden, sodass der Bescheid aufzuheben war. Der Prozess der Abwägung lässt sich in sechs Phasen beschreiben, wie ausführlich dargestellt

1408 BVerwGE 45, 309 (326): »Das Gebot gerechter Abwägung ist verletzt, wenn eine (sachgerechte) Abwägung überhaupt nicht stattfindet. Es ist verletzt, wenn in die Abwägung an Belangen nicht eingestellt wird, was nach Lage der Dinge in sie eingestellt werden muß. Es ist ferner verletzt, wenn die Bedeutung der betroffenen privaten Belange verkannt oder wenn der Ausgleich zwischen den von der Planung berührten öffentlichen Belangen in einer Weise vorgenommen wird, der zur objektiven Wichtigkeit einzelner Belange außer Verhältnis steht.«

1409 Die dt Abwägungsfehlerlehre wurde im österreichischen Recht übernommen; zB zum Planungsrecht *Kleewein*, RFG 2017, 136 mwN. Zum Folgenden statt vieler zB *Martini/Finkenzeller*, JuS 2012, 126 ff; außerdem zB *Hoppe*, DVBl. 1974, 641 ff, insb 644; *Kloepfer*, DVBl. 1995, 447 f; *Lagodny*, Schranken der Grundrechte, 521; *Schwerdtfeger* in FS Ipsen, 173 ff.

wurde.<sup>1410</sup> Grundsätzlich ist von einem Fehler der Abwägung in Gestalt eines Abwägungsausfalls jedenfalls dann auszugehen, wenn wie in diesem Bsp keine dieser Phasen vorgenommen wird; zudem auch schon dann, wenn auch nur eine dieser Phasen gänzlich übersprungen wird.

*b. Abwägungsdefizit*

Ein Abwägungsdefizit liegt vor, wenn zwar eine Sammlung und Berücksichtigung von rechtlich geschützten Interessen stattgefunden hat. Allerdings werden nicht alle berücksichtigungswürdigen Interessen in die weitere Abwägung involviert. Das kann mE entweder daran liegen, dass bereits bei der Interessensammlung schützenswerte Interessen übersehen wurden, oder daran, dass Interessen ausdrücklich und zu Unrecht als nicht schützenswert eingestuft und damit in die weitere Abwägung nicht mehr einbezogen werden.

*c. Abwägungsfehlgewichtung*

Die vollständig gesammelten und berücksichtigten rechtlich geschützten Interessen sind in weiterer Folge entsprechend ihrer Bedeutung abstrakt zu gewichten. Geschieht dies nicht oder unrichtig, liegt eine Abwägungsfehlgewichtung oder Abwägungsfehleinschätzung vor. Hierher gehört insb die Einschätzung, ob der Schutzbereich eines Grundrechts in seinem Kern- oder einem Randbereich berührt wird.

*d. Abwägungsunverhältnismäßigkeit*

Zwischen allen zu berücksichtigenden Interessen muss schließlich ein Ausgleich gefunden werden, der im entsprechenden Verhältnis zur objektiven Gewichtung jedes einzelnen Interesses steht. Wurde dagegen zwar die Bedeutung eines Interesses erkannt, ist der gefundene »Ausgleich« aber zu dieser objektiven Gewichtigkeit außer Verhältnis, liegt *Abwägungsdisproportionalität* vor.

---

1410 X.B.-X.G.

## I. Dokumentation der einzelnen Abwägungsphasen

Zunächst kann nach alledem resümiert werden, dass aus rechtsstaatlicher Sicht das Durchlaufen aller sechs Phasen der Abwägung in einer Interessenkollision zentral ist. Denn nur so kann gewährleistet werden, dass alle Interessen einbezogen und ihrer Gewichtigkeit entsprechend berücksichtigt werden und dass weiters jene Regelungsalternative vom Gesetzgeber ausgewählt wird, die dem Prinzip praktischer Konkordanz am ehestens entspricht. Fast ebenso essentiell wie das tatsächliche *Durchlaufen* dieser strukturierten Abwägungsschritte in allen Abwägungsentscheidungen ist zudem auch deren ausführliche *Dokumentation*.<sup>1411</sup>

Das gilt grundsätzlich für alle Rechtsbereiche: Für die Transparenz des Gesetzgebungsverfahrens, die Nachvollziehbarkeit des gesetzgeberischen Willens für die Rechtsanwendung und ganz besonders die Entscheidungsvorhersehbarkeit für jeden einzelnen Rechtsunterworfenen ist es von hoher Wichtigkeit, diese Schritte nicht im »Geheimen« zu vollziehen. Dem Rechtsanwender soll ebenso wie den übrigen Rechtsunterworfenen in keinem Fall lediglich das Ergebnis des Abwägungsprozesses in Gestalt eines konkreten Gesetzesentwurfs gleichsam »vorgestellt« werden. Das Gesetz wird in seiner letztlich in Kraft getretenen Gestalt durch eine entsprechende Dokumentation der gesetzgeberischen Überlegungen auch einer erleichterten verfassungsgerichtlichen Überprüfung zugänglich, weil der dahinterstehende Abwägungsprozess dokumentiert und verfügbar gemacht wurde. Eine ausreichende Entscheidungsbegründung zur Ermöglichung einer verfassungsrechtlichen Überprüfung ist daher unentbehrlich.<sup>1412</sup> Die Begründung dient außerdem der Erhöhung der Entscheidungsakzeptanz, ermöglicht ein gewisses Maß an Selbstkontrolle und vergrößert die Wahrscheinlichkeit einer materiellen Richtigkeit der Regelung.<sup>1413</sup> Die Darstellung der Abwägungsentscheidungen in einer Begründung erscheint umso wichtiger, je komplexer der zugrunde liegende Sachverhalt und je mannigfaltiger die involvierten Interessen sind.<sup>1414</sup>

1411 Allgemein zu den Rationalitätsanforderungen an die parlamentarische Rechtsetzung in Österreich *Lienbacher*, VVDStRL 71 (2012), 7 ff.

1412 Ähnlich auch *Berka*, Grundrecht auf Datenschutz, 130.

1413 So *Hofmann*, Abwägung im Recht, 183 ff; zur Selbstkontrolle und Richtigkeit näher X.G.

1414 Ähnlich *Hofmann*, Abwägung im Recht, 183.

In Österreich sieht das geltende Recht zwar *de lege lata* eine durchzuführende Gesetzesfolgenabschätzung und damit eine Dokumentationspflicht vor, die diesen Erfordernissen theoretisch nahe kommt.<sup>1415</sup> Derzeit allerdings wird der Schwerpunkt jedenfalls aus der Sicht des Strafrechts zu sehr auf die Abschätzung erwarteter finanzieller Auswirkungen gelegt. Insb ist keine gesetzliche Verpflichtung der Darlegung der Abwägungsgesichtspunkte vorgesehen.<sup>1416</sup>

Eine solche gesetzgeberische Pflicht ist für das Strafrecht allerdings begründbar: Wenn man nämlich bejaht, dass Abwägungsregeln, -prinzipien und -leitlinien als Ausgleich geringerer Bestimmtheit vom Gesetzgeber vorgezeichnet werden müssen, weil nur so das Bestimmtheitsgebot gewahrt werden kann,<sup>1417</sup> dann ergibt sich hieraus eine von der gesetzlichen Regelung unabhängige Dokumentationspflicht. Gerade im Strafrecht sind potentielle Grundrechtseingriffe *vorhersehbar* und ausreichend *bestimmt* zu gestalten. Um dies zu erreichen, ist eine Dokumentation der wesentlichsten Inhalte und Ergebnisse der einzelnen Abwägungsetappen jedenfalls dann unabdingbar, wenn die Strafbestimmung selbst Abwägungsfragen im Einzelfall offenlässt.<sup>1418</sup>

So sind die ermittelten Interessen darzulegen und ihre Relevanz oder – ebenfalls essentiell – auch Irrelevanz für die Entscheidungsfindung, deren ermitteltes Gewicht, die möglichen Regelungsalternativen samt ihrer Vor- und Nachteile und schließlich eine Begründung für die Wahl der Regelung in ihrer konkreten Gestalt darzustellen.<sup>1419</sup> Wie Erläuternde Bemerkungen zu einem Gesetzesentwurf im Kommunikationsstrafrecht, die diesem Anspruch genügen, aussehen könnten, wird an anderer Stelle der Arbeit aufgezeigt.<sup>1420</sup>

## J. Abwägung auf Ebene der Rechtsprechung

Die vorstehenden Ausführungen konzentrierten sich auf die sechs Phasen der Abwägung, wie sie primär vom *Gesetzgeber* zu vollziehen sind,

1415 Dazu bereits X.F.3.

1416 Zur Analyse der Gesetzesmaterialien im Kommunikationsstrafrecht eingehend XV.

1417 VI.C.4.b.

1418 Zu diesem Vorschlag auch *Kloepfer*, DVBl. 1995, 441 ff.

1419 Vgl dazu auch *Kloepfer*, DVBl. 1995, insb 448, der hierfür als Vorbild die Schweiz nennt, wo diese Dokumentation sogar in die Gesetzesbegründung einfließt.

1420 XVI.I.4.

weil sich die vorliegende Arbeit, wie mehrfach ausgeführt, auf die Verbotsebene konzentriert. Wie ausgeführt, kann der Gesetzgeber seiner Abwägungspflicht auf verschiedene Arten nachkommen, die von der Vorgabe kategorischer Lösungen ohne nennenswerten Abwägungsspielraum bis hin – mit großen Einschränkungen im Strafrecht – zur weitgehenden Weitergabe der Abwägungspflicht an die Rsp reichen.<sup>1421</sup> Verbleibt ein vom Gesetzgeber im Rahmen des strafrechtlichen Bestimmtheitsgebots belassener Abwägungsspielraum für die Rechtsanwendung, findet Abwägung auch auf dieser Ebene statt.<sup>1422</sup> Diesfalls lässt sich der Prozess beschreiben als »ein allgemeiner teleologischer Normbegründungsvorgang im und für den konkreten Fall«<sup>1423</sup>. Entsprechend seiner Funktion kann der Gesetzgeber nämlich nur abstrakt-generelle Interessenkollisionen auflösen; folglich sind die Gesetzesbestimmungen, denen diese Auflösung gewidmet ist, zwingend auch abstrakt-generell formuliert.

Die Abwägung durch die Rsp besteht in einem solchen Fall zunächst in einer Gewichtung der konfligierenden Rechtsgüter, indem die abstrakt-generelle Vorrangentscheidung des Gesetzgebers ermittelt wird. Ebenso wie bereits für den Vorgang der Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung im Detail an anderer Stelle dargelegt,<sup>1424</sup> ist der gesetzgeberische Wille auch der oberste Maßstab der Abwägung durch die Rsp. Um diese gesetzgeberische Abwägungsentscheidung ermitteln zu können, braucht es entsprechend sichtbare »Wegmarken« iSv Regeln, Prinzipien und Leitlinien der Abwägung. Anhand dieses Maßstabs wird ein vorläufiges Ergebnis formuliert, so zB ein Grundsatz, wonach im Regelfall nach dem Willen des Gesetzgebers bei Vorliegen der Voraussetzungen A und B das Interesse 1 dem Interesse 2 vorgeht. Sodann ist dieses vorläufige Ergebnis unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls ggf im Rahmen des Abwägungsspielraums zu korrigieren (*relativer*

1421 Zur Begründung ausführlich VI.C.4. und VI.D.

1422 In der Literatur wird der Prozess der Abwägung daher teilweise als zweistufiger Prozess verstanden, der sich in eine abstrakte, einzelfallunabhängige Abwägung der Interessen und eine konkrete, auf den jeweiligen Sachverhalt zugeschnittene Abwägung gliedert; so zB *Martin*, Grundrechtskollisionen, 209 ff; oder *Blaesing*, Grundrechtskollisionen, 141 ff, der ausführt: »Die zweite Stufe zur Verdichtung der immanenten Grundrechtsgrenzen beschäftigt sich mit den tatsächlichen Besonderheiten der einzelnen Kollisionssituation.« (142).

1423 *Bartlsperger* in *Erbguth/Oebbecke/Rengeling/Schulte*, Abwägung, 102.

1424 III.C.3.c. und III.C.3.d.



Vorrang). Diese Korrektur hat dann zu erfolgen, wenn die Ermittlung und Gewichtung aller relevanten Einzelfallumstände ausnahmsweise ein anderes Ergebnis rechtfertigt<sup>1425</sup> und dieses Ergebnis vom gesetzgeberischen Willen ebenfalls umfasst ist.

Insoweit kann der Prozess der Abwägung auf Ebene der Gesetzgebung als abstrakt-genereller, jener auf Ebene der Rsp als individuell-konkreter bezeichnet werden.<sup>1426</sup> Gibt es mehrere grundrechtskonforme Auslegungsvarianten, ist dem Grundsatz »praktischer Konkordanz« entsprechend diejenige auszuwählen, welche die höchste Optimierung aller involvierten Grundrechte ermöglicht. Denn diese Lösung entspricht immer auch dem gesetzgeberischen Willen, der dem Grundsatz der praktischen Konkordanz verpflichtet ist. Unverhältnismäßige Entscheidungsmöglichkeiten sind umgekehrt auszuschneiden.<sup>1427</sup>

Insgesamt können die einzelnen Abwägungsschritte, die von der Rsp zu vollziehen sind, zusammengefasst wie folgt beschrieben werden:

1. Ermittlung/Sammlung der involvierten Interessen;
2. Ermittlung der abstrakten Zielsetzung des Gesetzgebers und Konkretisierung im Entscheidungsprozess;<sup>1428</sup>
3. Ermittlung des Abwägungsspielraums im konkreten Fall;
4. Konkrete Bewertung/Gewichtung der Interessen;<sup>1429</sup>
5. Gegenüberstellung der Interessen und Entscheidung, welches in der konkreten Kollisionssituation als höherrangig/-wertig zu bewerten ist;
6. Sammlung von Entscheidungsalternativen;<sup>1430</sup>
7. Auswahl einer Entscheidungsalternative innerhalb des Abwägungsspielraums nach dem Prinzip »praktischer Konkordanz« und dem Verhältnismäßigkeitsgebot;
8. Anwendung dieser Entscheidungsalternative.

1425 Vgl dazu *Ossenbühl in Erbguth/Oebbecke/Rengeling/Schulte*, Abwägung, 33.

1426 Eine andere Bedeutung misst demgegenüber *Dietel*, DVBl. 1969, 575, diesen Begriffen bei: Für ihn fragt die abstrakte Abwägung »nach der Wertigkeit der kollidierenden Rechtsgüter« und kommt damit nur dann zur Anwendung, wenn sich zwischen den Rechtsgütern abstrakt eine Wertigkeitsdifferenz ausmachen lässt. Die konkrete Abwägung findet dagegen nur »bei gleichwertigen Rechtsgütern statt«.

1427 Zu den Unterschieden dieser beiden Maßstäbe schon oben V.G.3.

1428 So auch *Hofmann*, Abwägung im Recht, 191 ff.

1429 Siehe auch *Hofmann*, Abwägung im Recht, 263 ff.

1430 Vgl abermals *Hofmann*, Abwägung im Recht, 196 ff.

Es gibt somit wenige, dafür aber wesentliche Unterschiede zur Abwägung durch den Gesetzgeber: Die Ebene der Rechtsanwendung ist aufgrund ihrer strengen Bindung an den gesetzgeberischen Willen zunächst zur Ermittlung dieses Willens verpflichtet, um erstens den vorhandenen Abwägungsspielraum zu bemessen und damit zweitens das dem gesetzgeberischen Willen entsprechende Abwägungsergebnis erzielen zu können. Der Gesetzgeber selbst hat dagegen als Rahmen seiner Abwägungsentscheidungen nur die verfassungsrechtlichen Grenzen zu berücksichtigen. Das Ergebnis der Abwägung durch die Rsp muss einerseits auf ihre praktische Konkordanz und Verhältnismäßigkeit hin, andererseits – bei mehreren unter diesen Bedingungen gleichwertigen Entscheidungsalternativen – auf ihre Übereinstimmung mit dem Willen des Gesetzgebers überprüft werden.

Da in jede grundrechtliche Interessenabwägung gewisse Wertentscheidungen einfließen, für die Gerichte auf Wertungen der Gesellschaft zurückgreifen, ist auch hier wichtig, im Interesse der Rechtssicherheit sowie insb der Nachvollziehbarkeit der konkreten und Vorhersehbarkeit einer zukünftigen Entscheidung die involvierten Interessenpositionen klar darzulegen und zu begründen.<sup>1431</sup> Eine solche Offenlegungs- und Entscheidungsbegründungspflicht kennt das österreichische Strafrecht allerdings nicht im Bereich der Geschworenengerichtsbarkeit (§§ 342 iVm 270 Abs 1 bis 3 StPO),<sup>1432</sup> wiewohl diesem Gericht in vielen Fällen die schwersten Straftaten zur Aburteilung überantwortet sind (§ 31 Abs 2 StPO). Aus dem Blickwinkel der Abwägung erstaunt überdies auch, dass die dem Gesetzgeber an sich »nachgeordnete« Instanz zur Fällung von Abwägungsentscheidungen immerhin in bestimmten Fällen im Strafrecht – nämlich im einzelrichterlichen- oder schöffengerichtlichen Verfahren – einer Begründungspflicht unterliegt,<sup>1433</sup> der demokratisch legitimierte Gesetzgeber als primär Verantwortlicher zur Auflösung von Interessenkollisionen dagegen nicht.<sup>1434</sup>

1431 So *Schumacher*, Medienberichterstattung, 244 f.

1432 Dazu näher etwa *Philipp* WK-StPO § 342 Rz 1 ff.

1433 Für das Verfahren vor dem BG: § 447 iVm § 270 Abs 1 Z 5 StPO; vor dem LG als Einzelrichter: § 488 Abs 1 iVm § 270 Abs 1 Z 5 StPO; vor dem LG als Schöffengericht: § 270 Abs 1 Z 5 StPO.

1434 Zur Begründung dieser Verteilung der Zuständigkeiten VI.

## K. Zusammenfassung

Der Abwägungsprozess, den der Gesetzgeber vor Erlass jeder strafrechtlichen Bestimmung zu durchlaufen hat, teilt sich in insgesamt sechs Phasen:

1. Ermittlung und Sammlung der involvierten Interessen;
2. Abstrakte Bewertung bzw Gewichtung der Interessen;
3. Gegenüberstellung der Interessen und Entscheidung, welches in der konkreten Kollisionsituation als höherrangig/-wertig zu bewerten ist;
4. Ermittlung und Sammlung von Regelungsalternativen;
5. Auswahl einer Regelungsalternative (va) nach dem Prinzip »praktischer Konkordanz« und Verhältnismäßigkeit;
6. Anwendung dieser Regelungsalternative und Evaluierung.<sup>1435</sup>

Die Phasen 1.–3. befassen sich mit der »Abwägung im engeren Sinne«, weil hier die grundsätzliche Ermittlung der bedingten Vorrangrelationen<sup>1436</sup> zwischen den involvierten Interessen im Anlassfall vorgenommen wird. Die Phasen 4.–6. bauen bereits auf diesem Ergebnis der Abwägung ieS auf, indem sie auf Basis der ermittelten Vorrangrelationen die Regelungsalternativen auswählen und nach dem Prinzip der praktischen Konkordanz bewerten (»Abwägung im weiteren Sinne«). Die Einhaltung dieser sechs Phasen erscheint äußerst wichtig, denn »[d]ie geordnete und rechtlich grundsätzlich kontrollierbare Abwägung ist eine fundamentale Voraussetzung für eine rationale und gerechte Rechtsfindung. Sie entspringt dem Rechtsstaatsgedanken.«<sup>1437</sup> Essentiell ist vor dem Hintergrund des strafrechtlichen Bestimmtheitsgebots, diese einzelnen Abwägungsphasen auch dementsprechend zu dokumentieren. Nur so sind die Transparenz, Nachvollziehbarkeit, Akzeptanz, gerichtliche Überprüfbarkeit und sachliche Richtigkeit einer Strafnorm sichergestellt.

Auf der Ebene der Rsp vollzieht sich der Abwägungsprozess *idealerweise* ganz ähnlich, mit der Maßgabe, dass als zusätzliche Schritte der Abwägung jeweils der Abwägungsspielraum, den die gesetzgeberische Regelung belässt, und überdies der gesetzgeberische Regelungswille als zentraler Maßstab der Auslegung durch die Rsp zu ermitteln sind.

1435 Ganz ähnlich *Meurer* in FS Hirsch, 657.

1436 Begriff von *Alexy*, Theorie der Grundrechte, insb 81 (dazu näher IX.G.).

1437 *Kloepfer*, DVBl. 1995, 445.

## XI. Mögliche Einwände gegen die Methode der Abwägung

### A. Allgemeines

Der Prozess der Abwägung kann zwar in seinem Ablauf durch eine Strukturierung in mehrere Phasen<sup>1438</sup> schematisch greifbar gemacht werden. Dennoch bleibt es bei dem Problem, dass es *bis dato* keine allgemein gültigen inhaltlichen Regeln, Prinzipien und Leitlinien gibt, die das *Ergebnis* der Abwägung iS verbindlicher Vorgaben beeinflussen, wann welche Interessen wie zu bewerten sind und wie die bedingten Vorrangregeln im Einzelnen auszusehen haben. Damit ist die zentrale Problematik der Abwägung als Methode und zugleich der Dreh- und Angelpunkt jeder Kritik an der Abwägung bereits genannt. Zwar avancierte das Instrument der Abwägung in den vergangenen Jahrzehnten zu einer »Zauberfloskel« für die Herstellung von Gerechtigkeit.<sup>1439</sup> Dennoch kennt sie bei Weitem nicht nur Befürworter. Vielmehr ist die Fülle an Literatur zur Kritik an der Abwägung kaum noch überblickbar.<sup>1440</sup> Nachfolgend soll der Versuch einer systematischen Aufarbeitung immerhin der wesentlichsten Linien der Kritik und einiger ihrer Vertreter erfolgen.<sup>1441</sup> Hierbei wird keine Vollständigkeit der Darstellung des gesamten Literaturstands angestrebt.

### B. Fehlende Skalier- und Vergleichbarkeit

Die umfassendste Kritik<sup>1442</sup> an der Abwägung im Recht stammt bis heute von *Schlink*<sup>1443</sup>, für den jede Abwägung im Recht versagt und entbehrlich ist:<sup>1444</sup> Eine Abwägung nämlich, mittels derer Inhalt und Grenzen der Grundrechte bestimmt und so Konflikte zwischen Verfassungsrechts-

1438 Ausführlich X.

1439 Diese Metapher verwendet schon früh *Arndt*, NJW 1966, 871.

1440 Die Schwächen der Abwägungslehre ebenfalls zusammenfassend zB *Jestaedt* in FS Isensee, 260 ff.

1441 Weitere Kritikpunkte zB bei *Leisner*, Abwägungsstaat, 1 ff; einen Überblick bietet auch *Martin*, Grundrechtskollisionen, 218 ff.

1442 Zusammenfassend auch etwa *Hofmann*, Abwägung im Recht, 3.

1443 *Abwägung im Verfassungsrecht*, 45 f, 47.

1444 *Schlink*, *Abwägung im Verfassungsrecht*, 79.

gütern gelöst werden, »setzt die Ordnung der Verfassungsrechtsgüter oder Verfassungswerte in einer Kardinalskala, die Ermittlung der in einen Fall hineinspielenden Verfassungswerte, das Auffinden der Falllösungsalternativen und die im Vergleich vorzunehmende kardinale Bestimmung der Verwirklichungsintensitäten voraus.«<sup>1445</sup> Eine solche Ordnung der Verfassungsgüter auf Kardinalskalenniveau<sup>1446</sup> gebe es allerdings, wie *Schlink* ausführlich begründet, nicht. Eine Ordinalskala<sup>1447</sup> wäre dem Grunde nach zwar entwickelbar, allerdings treffe eine solche keinerlei Aussagen über die Abstände zwischen den Werten und könne so zu falschen Ergebnissen führen (*Abwägungsskepsis*).<sup>1448</sup> Daher lehne er insgesamt »die rangmäßige Gewichtung und Ordnung von Werten und Gütern ebenso wie von Verhaltens- und Regelungsalternativen« ab.<sup>1449</sup> Aber selbst unter Verzicht auf eine wie immer geartete Ordnung der Werte und stattdessen einer Bewertung des jeweiligen Grundrechtsgebrauchs im konkreten Fall lassen sich nach *Schlink* keine verlässlichen Ergebnisse erzielen: So können die verschiedenen Verwirklichungsintensitäten weder einheitlich gemessen noch als Folge miteinander verglichen werden.<sup>1450</sup>

Ganz ähnlich die Kritik von *Ladeur*: Dass die jeweils betroffenen Grundrechte immer gegeneinander abgewogen werden können, setze voraus, dass man alle Grundrechte und verfassungsgesetzlich geschützten öffentlichen Interessen »auf einer gleitenden Skala anordnen kann:

1445 *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, 134.

1446 Eine Kardinalskala zeigt einerseits an, welches Interesse welchen Rang – zB vom 1. bis zum 10. – einnimmt. Andererseits wird zusätzlich das Verhältnis der Interessen zueinander dergestalt präzisiert, dass auch der Wert-Abstand zwischen den Interessen bekannt ist; zB hat Interesse 1 einen Wert von 120, Interesse 2 einen Wert von 110 – der Wert-Abstand beträgt damit 10.

1447 Bei einer Ordinalskala wird lediglich angezeigt, welchen Rang welches Interesse in einer Kollisionssituation einnimmt (zB vom 1. bis zum 10.); wie hoch der jeweilige Wert des Interesses ist, bleibt aber unbekannt.

1448 *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, 129, 130, ausführlich 134 ff; 158 ff. Er unterscheidet hier drei mögliche Wege der Entwicklung einer Kardinalskala: den interpretatorischen, den wertphilosophischen und den demokratischen Weg; dazu zusammenfassend auch *Kraft*, Steuergerechtigkeit, 33 ff mwN. Zur *Abwägungsskepsis* in ihren verschiedenen Erscheinungsformen auch *Enderlein*, Abwägung, 111 ff. Zum »Abwägungsenthusiasmus« *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, 128 ff. Zu den Vertretern des Abwägungsenthusiasmus gehört etwa *Häberle*, Wesensgehaltsgarantie<sup>3</sup>, 1 ff; dessen Thesen zusammenfassend auch *Kraft*, Steuergerechtigkeit, 31 ff mwN.

1449 *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, 152.

1450 *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, 138 ff.

Mehr Schutz für das eine Grundrechtsinteresse kann eine Verkürzung der anderen Interessen rechtfertigen. Darüber wird auf den unterschiedlichen Foren der Gesetzgebung und der Rsp entschieden. Die vielfach unvermeidliche Ungewissheit bei der Abschätzung der Wahrscheinlichkeit der anzunehmenden Wirkungen wird dann scheinbar plausibel dem Gesetzgeber zur Bewältigung überlassen<sup>1451</sup>. Die Interessen ließen sich jedoch nicht einfach so skalieren. Dagegen könne in komplexen Fällen vielmehr schon die Beschreibung der betroffenen Interessen und der Folgen schwierig sein.<sup>1452</sup> Die »Realanalyse« des Gesetzgebers hierbei sei seines Erachtens auch nicht sehr vertrauenswürdig.<sup>1453</sup> Umgekehrt sei aber auch eine situative Entscheidung über die Abstimmung von Grundrechtsbelangen durch Abwägung mit dem Ziel der Bildung langfristiger stabiler Erwartungen nicht vereinbar.<sup>1454</sup>

Im dt Schrifttum wird weiters insb die Rsp des BVerfG kritisiert: Demnach nehme das BVerfG bisweilen eine Abwägung in zwei Phasen vor. Dies geschehe im ersten Schritt anhand des Inhalts und der Bedeutung des Grundrechts in der sozialen Ordnung. Das BVerfG gelange so zu einem abstrakten Rang eines Grundrechts (1. Stufe des Abwägungsverfahrens). Erst dann treffe es in einem zweiten Schritt eine Aussage zum konkreten Einzelfall (2. Stufe des Abwägungsverfahrens). Insgesamt werde damit als Abwägungsgrundlage eine abstrakte Rangordnung der Grundrechte angenommen, welche nach Ansicht vieler gerade nicht existiere. Manche Einzelfallentscheidungen seien demgegenüber nicht einmal zweiphasig, sondern würden sofort den Einzelfall lösen.<sup>1455</sup>

1451 *Ladeur*, Kritik der Abwägung, 13 mit Hinweis auf *Hermes*, VVDStRL 61 (2002), 147.

1452 *Ladeur*, Kritik der Abwägung, 13.

1453 *Ladeur*, Kritik der Abwägung, 14 mwN.

1454 *Ladeur*, Kritik der Abwägung, 13 f.

1455 Zu alledem *Schneider*, Güterabwägung, 156 ff, zusammenfassend auf 181 ff, insb 182 f mwN aus der Rsp. Bestimmt wird diese Einzelfallentscheidung maßgeblich vom Gebot der Verhältnismäßigkeit (näher abermals *Schneider*, Güterabwägung, 184 ff, 187 ff). In der vorliegenden Untersuchung wurde eine solche abstrakte Rangordnung der Grundrechte auch für das österreichische Recht verneint; dazu eingehend V.D.

### C. Gesetzgeber: Überschätzt und abgelöst

Eine vielfach genannte negative Konsequenz der Abwägung ist die Ablösung des gesetzgeberischen Willens durch die individuelle, richterliche Entscheidung:<sup>1456</sup> Eine richterliche Entscheidung müsse nicht mehr den Willen des Gesetzgebers widerspiegeln und sich damit nicht mehr »in die Kontinuität eines vorfindlichen Rechtshorizonts einordnen lassen«<sup>1457</sup>. Vielmehr sei die Rechtspraxis hierdurch offen »für Wertsetzungen und Wertabwägungen. Nicht mehr der Staat allein befindet über das Gemeinwohl im Gesetz...«<sup>1458</sup> Die Rückbeziehung auf den gesetzgeberischen Willen in der Entscheidungsbegründung sei aufgrund zahlreicher, grundlegender gesellschaftlicher Veränderungen »unterkomplex« geworden, da sie dem hohen Grad der Interessenfragmentierung und -partialisierung nicht mehr gerecht werden könne. Der Wille des Gesetzgebers könne dadurch keinen ausreichend stabilen Rahmen mehr bilden.<sup>1459</sup> Damit würden die Rechte jedoch nicht mehr auf ihre festen Grenzen bezogen, sondern vielmehr flexibel isv situativ mehr oder minder dehnbar, was insb durch flexible Standards und Werte geschehe.<sup>1460</sup>

»Entscheidend ist, daß ein flexibles informelles Recht nicht einfach am Maßstab des traditionellen Formalrechts gemessen als Verfallserscheinung diagnostiziert werden darf, sondern vielmehr seine eigene Legitimationsfähigkeit im Kontext veränderter organisationaler gesellschaftlicher Reproduktionsbedingungen zu rekonstruieren ist. Das situativ-strategische Recht wird nicht einfach mit materiellen Elementen der ›Einzelfallgerechtigkeit‹ angereichert, die das formale, an der Durchschnittsgerechtigkeit einer Gesamtordnung orientierte Recht ignoriert hatte. Es registriert vielmehr, daß es diesen durch viele Einzelakte sich realisierenden Durchschnitt nicht mehr geben kann, sondern daß eine integrierte Lösung für einen bestimmten Problemkomplex, für

1456 Va iZm der dt Verfassungsgerichtsbarkeit wird diese Entwicklung kritisch erwähnt; statt vieler *Camilo de Oliveira*, Kritik der Abwägung, 198 ff, 217 ff mwN.

1457 *Ladeur*, Paradigma, 217.

1458 *Ladeur*, Paradigma, 217.

1459 Vgl *Ladeur*, Paradigma, 217.

1460 In diesem Sinne *Ladeur*, Paradigma, 218.

eine bestimmte Politikarena etc. gefunden werden muß, und daß ein solches Recht von den Implementationsbedingungen nicht abgelöst werden kann [*Herv entf*].<sup>1461</sup>

Die Abwägungstheorie gebe aber *va* auch keine Antwort darauf, wie das für die Abwägung erforderliche Wissen (Stichwort: Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers) generiert werden soll. Denn die theoretische Intelligenz der staatlicherseits eingesetzten Experten reiche an die Wissensbestände innerhalb des Netzwerks der Beziehungen im gesellschaftlichen Kollektiv nicht heran.<sup>1462</sup> Der Stufenbau des Rechts werde dadurch aufgelöst.<sup>1463</sup>

#### D. Verwischung der Grundrechtsgrenzen

Unter dem Schlagwort der »Konstitutionalisierung der Rechtsordnung« wird die Erhebung der Grundrechte zu den obersten Prinzipien der Rechtsordnung kritisiert; »Abwägung überall« präge das Bild.<sup>1464</sup> Abwägung führe so zu einer Verwischung der Grundrechtsbegrenzungen.<sup>1465</sup> Denn eine Interpretation der Grundrechte als ausgleichsbedürftige Prinzipien ebne die spezifischen Unterschiede zwischen den einzelnen Gewährleistungen und ihren jeweiligen Dimensionen (etwa als Abwehrrechte, Verfahrensrechte etc) ein.<sup>1466</sup> Die Verschiedenheiten insb in den Normbereichen und Zweckvorgaben sowie die Grenzen der zulässigen Beschränkungen der verschiedenen Grundrechte (Wesensgehalt) dürften jedoch nicht verkannt werden.<sup>1467</sup> Werde Grundrechten ein nahezu uferloser Schutzbereich zugestanden, weil in weiterer Folge ja ohnehin eine Abwägung vorgenommen werde, könne irgendwann letztlich jeder

<sup>1461</sup> *Ladeur*, Paradigma, 218.

<sup>1462</sup> So *Ladeur*, Kritik der Abwägung, 29 mwN, 41 f.

<sup>1463</sup> *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung, 235.

<sup>1464</sup> ZB *Holoubek* in *Grabenwarter/Hammer/Pelzl/Schulev-Steindl/Wiederin*, Allgemeinheit der Grundrechte, 61 ff; aus der dt Literatur grundlegend *Böckenförde*, NJW 1999, 9 ff; *Jsensee*, Wer definiert die Freiheitsrechte?, 1 ff; *Ladeur*, Kritik der Abwägung, 9; *Leisner*, Abwägungsstaat, 1 ff mit zahlreichen weiteren Kritikpunkten; *Ossenbühl*, DVBl. 1995, 910 f; *Schlink*, FS BVerfG, 460 ff; *Schuppert/Bumke*, Konstitutionalisierung; außerdem die Beiträge in *Schuppert/Bumke*, Grundkonsens; *Württemberg*, VVDStRL 58 (1999), 141 ff.

<sup>1465</sup> Ablehnend etwa *Stern*, Staatsrecht III/2, 812.

<sup>1466</sup> *Ladeur*, Kritik der Abwägung, 44.

<sup>1467</sup> *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, 199 ff.



Eingriff auf irgendein kollidierendes Verfassungsrecht rückgeführt und so im Rahmen einer Abwägung gerechtfertigt werden. Grundrechte würden so zu bloßen »Abwägungsgesichtspunkten« herabgestuft.<sup>1468</sup> In diese Richtung geht auch das Argument, dass die Verfassung unterwandert werde, weil und solange nicht bestimmt ist, was genau Gegenstand der Abwägung und nach welchen Kriterien gegeneinander abzuwägen ist. Sie verleite überdies dazu, »uferlos jeder [...] Norm das Prädikat ›allgemeines Gesetz‹ zu verleihen, weil man ja abwägen werde.«<sup>1469</sup> Wenn aus Muss- uU Kann-Vorschriften werden, weil die unsicheren Maßstäbe der Verfassung angewandt und vermeintlich feste Tatbestände so aufgeweicht würden, sei Abwägung zudem problematisch für die Rechtsunsicherheit.<sup>1470</sup> Die Folge sei gerade die Ausschaltung der Grundsätze der praktischen Konkordanz und Verhältnismäßigkeit.<sup>1471</sup>

## E. Subjektivität und Rechtsunsicherheit

Am häufigsten sieht sich das Verfahren der Abwägung der Kritik fehlender Objektivität und damit erheblicher Rechtsunsicherheit für die rechtsanwendenden Instanzen und Rechtsunterworfenen ausgesetzt, da die normativen Anhaltspunkte für die Abwägung und die inhaltlichen Maßstäbe fehlten.<sup>1472</sup> Das Ziel einer Optimierung der involvierten Interessen führe in die Scheinrationalität, weil es voraussetze, dass es immer möglich sei, die einzig richtige Entscheidung über die Auflösung einer Interessenkollision finden zu können.<sup>1473</sup>

Nach *Berka* etwa »[...] münden Verfahren der Interessen- und Güterabwägung zwangsläufig bei Wertungen, weil sie auf einen gewichteten Vergleich der konfligierenden Interessen oder Rechtsgüter zielen, auch wenn sich die Entscheidung durch gewisse Präferenz- oder Konfliktlösungsregeln, eine um Kontinuität bemühte Entscheidungspraxis

1468 *Camilo de Oliveira*, Kritik der Abwägung, 349, ausführlich 174 ff.

1469 *Arndt*, NJW 1966, 871. *Häberle* spricht überhaupt vom »Konzept des Abwägungsenthusiasmus« (Wesensgehaltsgarantie<sup>3</sup>, 31 ff, 124 f, 180 ff, 51 ff; zusammengefasst auch bei *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, 128 ff, 134 ff).

1470 Näher *Ossenbühl* in *Erbguth/Oebbecke/Rengeling/Schulte*, Abwägung, 33 ff mwN.

1471 So *Schneider*, Güterabwägung, 202 ff.

1472 Statt vieler zB grundlegend *Müller/Christensen*, Juristische Methodik<sup>4</sup>, insb Rz 72, 140.

1473 So *Würtenberger*, VVDStRL 58 (1999), 158.

der rechtsanwendenden Organe und durch die Klarlegung von Prämissen rationalisieren lässt.«<sup>1474</sup> Es gehe damit nicht ohne Wertungen. Er lässt allerdings auch anklingen, dass einer zu großen Subjektivität und Rechtsunsicherheit durch vorgegebene, klare Maßstäbe der Interessenabwägung zumindest entgegengewirkt werden könne.<sup>1475</sup>

Da Abwägung im Recht gegenwärtig *de facto* ausschließlich über verbalargumentative Entscheidungsbegründungen erfolgt, sind auf diese Weise getroffene Entscheidungen zusätzlich schwer nachzuvollziehen, sodass etwa *Hofmann* für das Planungs- und Umweltrecht numerische Verfahren und damit den numerischen Ausdruck der Gewichte der involvierten Interessen als Alternative vorschlägt.<sup>1476</sup> Denn: Eine lexikographische Bildung von Rangverhältnissen sei von vorneherein nur für wenige Entscheidungssituationen überhaupt geeignet; der Ansatz *Alexys* zur Bildung bedingter Vorrangrelationen scheitere an komplexen Entscheidungsherstellungsvorgängen.<sup>1477</sup>

## F. Zurückdrängung gesellschaftlicher Selbstorganisation

Schließlich führe das Abwägungsmodell als ein Ausdruck des modernen Wohlfahrtsstaats zu einer Zurückdrängung der gesellschaftlichen Selbstorganisation in einer liberalen Rechtsordnung und setze »auf eine institutionslose, ergebnisorientierte Ausgleichsfunktion«<sup>1478</sup> durch Abwägung. Die Abwägung kollidierender Interessen werde vermehrt nach situativen Standards ohne feste rechtliche Abstufungen und Rangverhältnisse betrieben.<sup>1479</sup> Dies wiederum berge die Gefahr einer »Erweiterung der staatlichen Dispositionsfreiheit über den Gewähr-

1474 Grundrecht auf Datenschutz, 43 (zur Interessen- und Güterabwägung im Datenschutzrecht).

1475 *Berka*, Grundrecht auf Datenschutz, 44.

1476 *Hofmann*, Abwägung im Recht, insb 12 f, der grundsätzlich – wie *Alexy* – Abwägung für unverzichtbar hält, allerdings insofern eine deutlich andere Methode vorschlägt (4f). Zwar sieht auch er das Optimieren und »Bilanzieren« als zentrale Paradigmen des Abwägungsvorgangs an (267 ff), allerdings (277 wiederum zusammenfassend) ortet er aufgrund der vorherrschenden verbalargumentativen Methodik der Abwägung »gravierende Defizite bei der Bewältigung des rechtlichen Anforderungsprofils« (277).

1477 So *Hofmann*, Abwägung im Recht, 278, zu den einzelnen Lösungsansätzen im Detail: 278 ff.

1478 *Ladeur*, Kritik der Abwägung, 27.

1479 *Ladeur*, Kritik der Abwägung, 45 mwN.

leistungsbereich der Grundrechte<sup>1480</sup> hinaus. Dabei sei eigentlich den gesellschaftlichen Teilsystemen, wie zB dem Mediensystem, eine solche Fähigkeit zur Selbstorganisation und -orientierung zuzuerkennen: Das Mediensystem etwa sei selbst verantwortlich, wie (über welche Kanäle, Formate etc) die öffentliche Meinungsbildung erfolgen soll. Und erst auf dieser Basis der Dispositionsfreiheit solle dann nach gewissen Begrenzungen gefragt werden.<sup>1481</sup> Tatsächlich aber würden stattdessen die vielfach staatlich regulierten Freiheiten sowie die Vervielfältigung und Ausdifferenzierung neuer Rechte auch den staatlichen Ausgleich immer wichtiger machen; Selbstorganisation könne damit nicht mehr ausreichend stattfinden.<sup>1482</sup> Gegenwärtige Demokratien würden folglich weniger auf eine indirekte, längerfristige Ordnung abzielen, sondern mehr auf ad hoc-Abwägungen setzen.<sup>1483</sup>

## G. Stellungnahme

Auf die Kritik am Konzept der Abwägung soll im Folgenden kurz repliziert werden. Immerhin wird in der vorliegenden Arbeit grundsätzlich an der Methode der Abwägung bei grundrechtlich relevanten Interessenkollisionen im Strafrecht festgehalten.

Besonders hervorzuheben ist zunächst, dass maßgeblicher Dreh- und Angelpunkt der gesamten Kritik am Konzept der Abwägung ganz überwiegend die Abwägung auf Ebene der *Rechtsanwendung* ist. Wenn etwa das Fehlen einer Rangordnung zwischen den Verfassungsrechtsgütern und deren mangelnde Vergleichbarkeit als Defizit des Abwägungskonzepts moniert wird, so ist dem entgegenzuhalten, dass dies *nur* für die Ebene der Rsp zutreffen kann, während für die Ebene der Gesetzgebung gerade anderes gilt: Richtig ist hier zunächst, dass eine Rangordnung der Verfassungsrechtsgüter auf Verfassungsebene fehlt. Richtig ist auch, dass das zusätzliche Fehlen einer vom einfachen Gesetzgeber vorgegebenen Rangordnung dazu führt, dass überhaupt keine Rangordnung existiert, weil auch eine zahlenmäßige Erfassung dieser

---

1480 *Ladew*, Kritik der Abwägung, 72.

1481 *Ladew*, Kritik der Abwägung, 71 ff unter Verweis auf *Vesting*, AÖR 122 (1997), 337 ff; *Wahl*, Freiburger Universitätsblätter 95, 19 ff.

1482 *Ladew*, Kritik der Abwägung, 20, 22 je mwN, ferner 47 f.

1483 *Ladew*, Kritik der Abwägung, 27 mwN.

Verfassungswerte nicht möglich ist. Diesem Rechtszustand kann und soll und – im Strafrecht wegen des Bestimmtheitsgebots – *muss* der (einfache) Gesetzgeber entsprechend durch die gesetzliche Vorgabe von Regeln, Prinzipien und Leitlinien der Abwägung und bedingter Vorrangrelationen für Interessenkollisionen vorbeugen. Es kann sich daher nur dann um eine zutreffende Kritik handeln, wenn der Gesetzgeber diese Vorgaben auf abstrakt-genereller Ebene gerade nicht trifft und die Rsp sich bei der individuell-konkreten Entscheidung damit nicht auf einen erkennbaren gesetzgeberischen Willen berufen kann.

Dagegen kann diese Kritik nicht generell auf die Gesetzgebungsebene zutreffen. Denn wie schon *Alexy*<sup>1484</sup> hervorhebt, ist die Verfassung (die österreichische ebenso wie die dt) lediglich eine *Rahmenordnung*<sup>1485</sup> (und *keine Grundordnung*, die für jeden Lebenssachverhalt entweder ein Ver- oder Gebot bereithielte): Sie gibt einen Rahmen vor, entlang dessen Grenzen sie teilweise Eingriffe durch den Staat verbietet, teilweise Handeln des Staats gebietet, für die allermeisten Lebenssachverhalte aber weder ein Verbot noch ein Gebot enthält. Die gesetzgeberische Entscheidungsprärogative ist nun zwar auf diesen Rahmen beschränkt und muss sich innerhalb dieser wenigen Vorgaben bewegen: Sie darf nicht gegen Verbote der Verfassung verstoßen, sondern muss sich an deren Gebote halten. Wo diese Rahmenordnung weder ein Ver- noch Gebot vorsieht, steht es dem Gesetzgeber umgekehrt allerdings frei, ob und wie er Lebenssachverhalte regelt. In diesem – dem größten – Bereich gibt es damit weder staatliche Schutzpflichten noch Schranken.

Geht man von einer solchen *Rahmenordnung* aus, findet das Abwägungskonzept hierin ohne Weiteres seinen Platz: Es führt innerhalb des Rahmens zu Ergebnissen, die von der Verfassung akzeptiert werden, ohne dass es für jeden Sachverhalt jeweils nur die eine richtige Lösung gäbe.<sup>1486</sup> Wie an anderer Stelle bereits ausgeführt wurde, zwingt die Abwägung zur Auflösung von Interessenkollisionen auch nicht dazu, die Interessen in dem Sinne zu optimieren, dass praktische Konkordanz auch tatsächlich überprüfbar gemacht werden könnte.<sup>1487</sup> Vielmehr ist zwar nach einer optimalen Realisierung aller involvierten Interessen zu

1484 Dazu und zu den folgenden Ausführungen VVDStRL 61 (2002), 12, 14 f, 19.

1485 *Holoubek* (in FS Rill, 111 mwN) spricht von einer »Rahmenfunktion«.

1486 Im Ergebnis führt das Konzept der Abwägung also weder zu einer völligen Überkonstitutionalisierung des gesamten Rechts noch dazu, dass es keinerlei materielle Bindung an die Verfassung gibt; so *Alexy*, VVDStRL 61 (2002), 12.

1487 V.G.3.c.

streben, die tatsächliche gesetzliche Regelung kann aber unterschiedliche »richtige« iSv rechtlich zulässige Gestalten annehmen. Ähnlich formulierte es auch bereits *Alexy*:

»Die Forderung nach möglichst weitgehender Realisierung grundrechtlicher Prinzipien, die auch als Herstellung praktischer Konkordanz [...] oder [...] Optimierung [...] bezeichnet werden kann, bedeutet also alles andere als das Gebot, einen Höchstpunkt anzustreben. [...] Zwar will jedes Prinzip für sich möglichst viel. Kollidierende Prinzipien zu optimieren heißt aber nicht, dem nachzugeben, sondern verlangt neben dem Ausschluss unnötiger Opfer nur die Rechtfertigung der erforderlichen Opfer durch mindestens gleiche Wichtigkeit der Erfüllung des jeweils gegenläufigen Prinzips.«<sup>1488</sup>

Auch die gesamte Kritik *Schlinks*<sup>1489</sup> gründet sich auf jene Abwägung auf Ebene der Rsp, welche für ihn nicht funktionieren kann. Auf dieser Ausgangsbasis entwickelt *Schlink* in weiterer Folge (in Anlehnung an die Theorie der Wohlfahrtsökonomik und die Spieltheorie<sup>1490</sup>) eine Grundrechtsdogmatik mit einem eigenen Modell der Abwägung für die *Rechtsanwendung*, das mit Abwägung iS eines Gewichtens und Vergleichens von öffentlichen und privaten Werten, Gütern oder Interessen nichts mehr zu tun hat. Denn: »Das Abwägungsmodell [...] erhält [...] eine Bestätigung darin, daß es Gewichtungen und Vergleichen von Werten und Gütern ausspart und damit dem Gesetzgeber überläßt.«<sup>1491</sup> *Schlinks* Ziel ist vielmehr zu

»belegen, daß die Ableitung sozialer Wertordnungen oder Wertungen aus individuellen Wertordnungen oder Wertungen nicht so gelingen kann, daß Gerichte mit ihrer Hilfe Gewichtungen und Wertungen intersubjektiv befriedigend vornehmen könnten. Wenn demokratische Verfahren, die einen soziale Wertungen vornehmenden Gesetzgeber hervorbringen, als befriedigende Ableitungen sozialer aus individuellen Wertungen begriffen werden können, dann ist die These, daß nur sie es können.«<sup>1492</sup>

1488 *Alexy*, VVDStRL 61 (2002), 25.

1489 Sehr deutlich etwa in Abwägung im Verfassungsrecht, 184.

1490 Abwägung im Verfassungsrecht, 154 ff.

1491 Abwägung im Verfassungsrecht, 153.

1492 Abwägung im Verfassungsrecht, 153.

So betont er etwa, dass das Wählen und Gewichten von Zwecken Aufgabe der politischen Instanzen ist. Auch das Herstellen einer sozialen Werteordnung und interindividueller Nutzenvergleiche sei für eine Gesellschaft zwar unerlässlich, aber ebensowenig Aufgabe der Gerichte, sondern des Gesetzgebers.<sup>1493</sup> Das von ihm vorgestellte Abwägungsmodell konvergiert für die *Rechtsanwendung* mit dem Gebot der Verhältnismäßigkeit (Geeignetheit, Notwendigkeit und Wahrung der Mindestposition),<sup>1494</sup> verzichtet »auf die Gewichtung und den Vergleich [...] [und fasst] Wertungsdiskussionen als Folgendiskussionen, Abwägungsprobleme als Probleme von Zwecken und Mitteln, als Fragen nach Geeignetheit und Notwendigkeit und als Aufgaben der Wahrung einer Mindestposition«<sup>1495</sup> (*Abwägungspragmatik*<sup>1496</sup>).

Hierbei allerdings setzt *Schlink* zunächst offenbar eine *Grundordnung* durch die Verfassung voraus: So scheint er immer nur von der einen, einzig richtigen, gerechten, wahrhaftigen Lösung auszugehen, die er auf alle möglichen Arten zu ermitteln sucht. Ganz ähnlich argumentierte auch *Dworkin*<sup>1497</sup>, dessen Hauptaugenmerk auch auf der Rechtsanwendung durch Gerichte lag.<sup>1498</sup> ME hat aber gerade der Gesetzgeber als demokratisch legitimes Organ und Vertreter vieler Individuen hier einen erheblichen Einschätzungsspielraum. In den von *Schlink* so anschaulich dargestellten Skalen und Koordinatensystemen gibt es sohin nicht den *einen* Punkt, den es bei der Entscheidungsfindung zu treffen gilt, sondern vielmehr jeweils eine ganze *Zone*, innerhalb der sich der Gesetzgeber bei der Konzeption einer Regelung bewegen kann. Diese Entscheidung muss ME aber nachvollziehbar sein und es bedarf klarer Regeln, Prinzipien und Leitlinien, die der Ebene der Rsp das Auffinden dieser Zone im Einzelfall ermöglichen.<sup>1499</sup>

1493 Abwägung im Verfassungsrecht, 190.

1494 *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, insb 15, 38, 192 ff.

1495 *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, 192; zu diesem Abwägungsmodell 192 ff.

1496 *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, 128 ff. Als weitere Vertreter nennt er *Gentz*, NJW 1968, 1600 ff; *Krauss*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1 ff; und *Lerche*, Übermass, 1 ff.

1497 Taking Rights Seriously, 81, wonach jedenfalls das Recht als Ganzes die einzig richtige Antwort (»one right answer«) oder Lösung als Antwort auf alle Rechtsfragen enthalte; vgl *Hofmann*, Abwägung im Recht, 117.

1498 So resümierend auch *Hofmann*, Abwägung im Recht, 117 f.

1499 Das ergibt sich letztlich auch bei *Schlink* (Abwägung im Verfassungsrecht, 187) selbst, wenn etwa im schraffierten Teil eines seiner Diagramme eigentlich genau ein solcher Entscheidungsspielraum angezeigt wird.

Werden diese Regeln, Prinzipien und Leitlinien vom Gesetzgeber erstens vorgegeben und zweitens klar offengelegt, bewahrheitet sich auch die These nicht, wonach der Stufenbau des Rechts aufgelöst werde, wie *Borowski*<sup>1500</sup> schon für das dt Recht eindrücklich zeigt: Vielmehr vermöge Abwägung Recht zu konkretisieren, weil eben uU im Stufenbau höherrangige Prinzipien einen definierten rechtlichen Rahmen für Abwägungsergebnisse vorgeben. Das zeige auch die Praxis.<sup>1501</sup> Der Ansatz ist ohne Weiteres auf das österreichische Recht übertragbar: Auch in Österreich gibt es einen anerkannten Stufenbau der Rechtsordnung und längst zusätzlich die angewandte Methode der Abwägung, ohne dass das Stufenbau-System bislang zusammengebrochen wäre.

Mit der möglichst klaren Vorgabe von Regeln, Prinzipien und Leitlinien durch den Gesetzgeber kann weiters auch dem Kritikpunkt der völligen Verwischung der Grundrechtsgrenzen und der weitgehenden Subjektivität von Abwägungsentscheidungen begegnet werden: Zwar kommt ein Verfahren der Abwägung letztlich nicht um eine Wertung umhin,<sup>1502</sup> weil es gilt, nicht in Zahlen fassbare Größen zu gewichten.<sup>1503</sup> Möglich ist aber, »gewisse Präferenz- oder Konfliktlösungsregeln«<sup>1504</sup> zu filtern und darzustellen. Der Gesetzgeber bewegt sich so innerhalb seines Einschätzungsspielraums, das kann ihm nicht zum Vorwurf gemacht werden. Die Rsp bekommt Abwägungsgesichtspunkte an die Hand, welche die Abwägung kollidierender Interessen im Einzelfall immerhin transparenter und nachvollziehbarer machen soll. Dass ein gewisser Rest an Unbestimmtheit und damit Rechtsunsicherheit im Einzelnen verbleibt, ist aber als Nachteil der Abwägung zuzugestehen. Umgekehrt kann eine völlige Rechtssicherheit aber ohnehin nicht im gesamten Strafrecht hergestellt werden, wie bereits ausführlich dargelegt wurde.<sup>1505</sup>

Es gilt daher, die zentralen Vorzüge der Abwägung zu maximieren und ihre Nachteile zu minimieren. Das kann für das Strafrecht am besten gelingen, indem an den Stellen, an denen Abwägungsspielräume bestehen, die Regeln, Prinzipien und Leitlinien der Abwägung für die

1500 Abwägung, 57 ff.

1501 *Borowski*, Abwägung, 61, 65 f.

1502 *Berka* in FS Schäffer, 103, betont, dass diese Wertungen ihrerseits wiederum von persönlichen Einschätzungen, Erfahrungen, kulturellem Hintergrund, dem Toleranzniveau einer Gesellschaft oder politischen Präferenzen abhängen.

1503 Zu diesen Unsicherheiten ausführlich *Klatt/Schmidt in Klatt*, Prinzipientheorie, 105 ff.

1504 *Berka*, Grundrecht auf Datenschutz, 43.

1505 VI.C.2.a.

Rechtsunterworfenen bekannt werden. Diese Aufgabe kommt primär dem Gesetzgeber zu. Auf diese Weise können die Stärken der Abwägung sichergestellt werden: Gemeint ist insb ihre Rationalisierungsleistung auch bei vagen Gesetzesformulierungen, die klare Zuweisung von Argumentationslasten an den Gesetzgeber und die Rsp sowie eine durch die Spielräume verbleibende Möglichkeit einer Einzelfallgerechtigkeit und -passgenauigkeit, wie sie nur die Abwägung als Methode leisten kann.<sup>1506</sup>

## XII. Zusammenfassung des 2. Teils

Eine Abwägung im Strafrecht aus Anlass einer Interessenkollision, in die Grundrechte involviert sind, führt dann zu einem verfassungskonformen Ergebnis, wenn sie erstens strukturiert in mehreren Phasen abläuft und wenn zweitens die je nach Kollisionssituation relevanten Entscheidungsgesichtspunkte berücksichtigt werden. Diese maßgeblichen Abwägungsmaximen erscheinen als unterschiedliche Normtypen, die eine ihrem Typ entsprechend differenzierte Berücksichtigung im Abwägungsprozess fordern. Sie werden als Regeln, Prinzipien und Leitlinien der Abwägung bezeichnet und lassen sich normtheoretisch auf die Annahmen von *Dworkin* und *Alexy* zurückführen, ohne hierbei einen grundsätzlich rechtspositivistischen Zugang aufzugeben. Regeln (der Abwägung) umschreiben Wenn-Dann-Anordnungen: Bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen tritt unweigerlich eine bestimmte Rechtsfolge ein; fehlt umgekehrt nur eine Voraussetzung, ist die Regel insgesamt für den Ausgangssachverhalt nicht anwendbar. Prinzipien (der Abwägung) funktionieren nicht nach diesem Alles-oder-nichts-Muster: Sie dienen als Richtschnur, welche eine Abwägung eher in Richtung der einen oder anderen Entscheidung leiten. Sie erhöhen daher in einer fiktiven »Waagschale« jeweils das Gewicht des einen oder anderen Interesses, ohne verbindliche Entscheidungsanordnungen vorzugeben. Zu ihnen gehören die Grundrechte, die damit zu optimierende Gebote der Abwägung darstellen. Leitlinien (der Abwägung) schließlich normieren die hehren, hinter jeder Abwägung stehenden Ziele, die als verbindende Klammer das gesamte Recht durchziehen. Diese Regeln,

---

<sup>1506</sup> Diese Stärken nennend *Jestaedt* in FS Isensee, 258 ff.



Prinzipien und Leitlinien der Interessenabwägung im Strafrecht sind vom Gesetzgeber im Zuge eines 6-phasigen (für die Rsp: 8-stufigen) Entscheidungsfindungsverfahrens zu berücksichtigen, in welchem die Interessenkollision entlang dieser Maximen aufzulösen ist.

Ausgehend von einem strafrechtlichen Regelungsziel (zB »Verbesserter Ehrschutz«), sind in der ersten Phase zunächst alle entscheidungsinvolvierten Interessen zu ermitteln. Alle rechtlich geschützten Interessen, die aus Anlass der gesetzgeberischen Entscheidung bei der Abwägung zu berücksichtigen sind, müssen in diesem ersten Schritt gesammelt werden. Im Kommunikationsstrafrecht ist das jedenfalls die Kommunikationsfreiheit an sich (nebst ggf zB der Kunstfreiheit) in der einen »Waagschale« und kollidierend zB das Recht auf Ehre, Privatheit oder die Bestandskraft des Staats in der anderen »Waagschale«. Die so bekanntgewordenen Interessen sind in der zweiten Phase zunächst noch abstrakt (also ohne sie zueinander in Beziehung zu setzen) zu bewerten bzw gewichten. Zu berücksichtigen ist, welche Beeinträchtigung welchem Interesse durch eine strafrechtliche Regelung droht und hierbei insb, ob die Durchsetzung des jeweiligen Interesses in seinem Kern- oder bloß in seinem Randbereich eingeschränkt werden soll. In der dritten Phase sind die involvierten, kollidierenden Interessen einander samt ihren Gewichten gegenüberzustellen. Ziel ist die Ermittlung der »partiellen Vorrangrelationen« für die jeweilige Kollisionssituation: Alle Interessen sind in eine Rangordnung einzustellen, die festhält, welchem Interesse aufgrund seines abstrakten Gewichts welche Durchsetzungs- bzw Verwirklichungspriorität im Verhältnis zu den anderen Interessen zukommt. Die Bildung dieser Vorrangrelationen geschieht insb durch die Anwendung einschlägiger Regeln, Prinzipien und Leitlinien; zudem sind weitere Faktoren wie etwa das kumulierte Auftreten zweier Grundrechte in einer »Waagschale« oder das Hinzutreten eines Gemeinschaftsinteresses zu berücksichtigen.

Aufbauend auf diesem Zwischenergebnis, welches die Rangordnung festhält, sind vom Gesetzgeber in der vierten Abwägungsphase Regelungsalternativen zu sammeln: Die möglichen Ausgestaltungen der geplanten (Straf-)Norm, die der Erreichung des Regelungszweck dienen könnten, sind wertungsfrei und abstrakt zu erfassen. Hierbei sind iSd *ultima ratio*-Prinzips auch außerstrafrechtliche Regelungen anzudenken, die den Regelungszweck ebenfalls erreichen könnten. Auf der Grundlage der zuvor gebildeten Vorrangrelationen der Interessen zueinander ist sodann in der fünften Abwägungsphase dem Grundsatz praktischer

Konkordanz folgend jene Regelungsalternative auszuwählen, die jedes entscheidungsrelevante Interesse entsprechend seinem Rang am besten berücksichtigt. Jedenfalls muss sich der Eingriff durch die geplante Bestimmung als verhältnismäßig zum verfolgten Regelungszweck erweisen. Hierbei sind die zu erwartende Intensität der Interessenbeeinträchtigung durch die jeweilige Regelung, die Eignung der verschiedenen Norm-Varianten zur Erreichung des verfolgten Regelungszwecks und die Dringlichkeit einer gesetzgeberischen Reaktion aufgrund eines Regelungsbedarfs zu berücksichtigen. Alle diese Einschätzungen sind prognosenbasiert – als Folge dieses Umstands ist in einem sechsten und letzten Schritt die ausgewählte Regelungsalternative nicht nur anzuwenden, sondern nach einer gewissen Zeit auch zu evaluieren. So kann überprüft werden, ob die *pro futuro* angestellten Einschätzungen des Gesetzgebers der späteren Wirklichkeit entsprechen. Das ist insb dann nicht gegeben, wenn der Gesetzgeber als fiktiver Träger aller involvierten Interessen der gewählten Regelungsalternative auf der nun gegebenen Tatsachengrundlage rückblickend nicht noch einmal zustimmen würde. In diesem Fall ist der Abwägungsprozess von Neuem zu beginnen und eine andere Regelungsalternative auszuwählen.

Besonders wichtig – allerdings kein eigener Abwägungsschritt mehr – ist es schließlich, den gesamten Abwägungsprozess transparent und ausführlich zu dokumentieren. Diese Dokumentation dient der bestmöglichen Nachvollziehbarkeit des gesetzgeberischen Entscheidungsprozesses; insb sind die zugrunde gelegten Regeln, Prinzipien und Leitlinien der Abwägung offenzulegen. So wird dem Bestimmtheitsgebot Rechnung getragen. Geeignetes Medium für diese Dokumentation sind die Gesetzesmaterialien, die zu den jeweiligen Strafbestimmungen erlassen werden.

Der Abwägungsprozess auf der Ebene der Rsp aus Anlass einer strafrechtlichen Sachentscheidung unterscheidet sich von jener durch den Gesetzgeber *va* in zwei Punkten: So ist nach der Ermittlung und Sammlung der entscheidungsinvolvierten Interessen (erste Phase) zunächst der vom Gesetzgeber mit der einschlägigen Norm verfolgte Regelungszweck zu ermitteln (Schutzzweck der Strafbestimmung, zweite Phase). Weiters ist der konkret vom Gesetzgeber belassene Abwägungsspielraum anhand des Gesetzeswortlauts als Auslegungsschranke auszulegen (dritte Phase). Nach einer konkreten Bewertung und Gewichtung der entscheidungsinvolvierten Interessen (vierte Phase), ihrer Gegenüberstellung sowie Bildung der Vorrangrelationen anhand der vom

Gesetzgeber vorgegebenen Regeln, Prinzipien und Leitlinien (fünfte Phase) sind die möglichen Entscheidungsalternativen (insb Frei- oder Schuldspruch) zu sammeln (sechste Phase). Aus ihnen ist innerhalb des vorgegebenen Abwägungsspielraums und des gesetzgeberischen Willens jene auszuwählen (siebte Phase) und anzuwenden (achte Phase), die dem Prinzip praktischer Konkordanz und dem Verhältnismäßigkeitsgebot am besten entspricht.

Der solcherart in klare Phasen strukturierte und insb durch die Dokumentation der (Zwischen-)Ergebnisse fassbar gemachte Abwägungsprozess erreicht sowohl auf gesetzgeberischer als auch richterlicher Ebene eine weitgehend objektivierte, nachvollziehbare Rechtsermittlung und -findung, welche die Vorhersehbarkeit von Strafbarkeit verbessert und eine klare Kompetenzzuweisung ermöglicht. Die vielfach an der Methode der Abwägung insgesamt geäußerte Kritik wird so entschärft.

Der folgende 3. Teil untersucht das geltende Kommunikationsstrafrecht im StGB auf diese Maßstäbe einer geordneten Abwägung hin.

□



Teil 3

# **Abwägung im Kommunikationsstrafrecht**

### XIII. Untersuchungsgegenstand

#### A. Allgemeines

Eine Interessenskollision im Strafrecht, die eine Abwägung durch den Gesetzgeber (oder subsidiär die Rsp) notwendig macht, liegt nach alledem *va* dann vor, wenn staatliche Interessen im weitesten Sinne mindestens einem Grundrecht auf Täter-, Beschuldigten- oder Angeklagenseite gegenüberstehen und sich gegenseitig begrenzen. Diese Fälle stellen die bedeutsamste Gruppe jener Konstellationen, in denen zwei Interessen miteinander kollidieren, dar. Von der nachfolgenden Analyse sollen daher nur Gesetzesbestimmungen erfasst sein, die solche Interessenskollisionen aufzulösen versuchen.

Voraussetzung ist weiters, dass durch die jeweilige strafgesetzliche Regelung das Recht auf Kommunikation (Art 13 StGG/Art 10 EMRK) einer Person eingeschränkt wird. Das Recht auf Kommunikation ist jeweils dann berührt, wenn Verhaltensweisen verboten werden, die intentional auf eine Bedeutungsvermittlung an eine andere Person gerichtet sind.<sup>1507</sup> Die Norm des Strafrechts greift diesfalls in ein »kommunikationsspezifisches« Grundrecht eines Täters, Beschuldigten oder Angeklagten ein. Der Begriff des kommunikationsspezifischen Grundrechts wird deshalb gewählt, weil unter den hier zugrunde gelegten Kommunikationsbegriff zwar zunächst und primär jene Ausdrucksformen, die Art 13 StGG und Art 10 EMRK unter Schutz stellen, fallen. »Kommunikation« im hier verstandenen Sinne kann aber auch in Ausdrucksformen stattfinden, die das Gesetz unter speziellen grundrechtlichen Schutz stellt, wie zB die Religions- oder die Kunstfreiheit. Art 13 StGG und Art 10 EMRK verhalten sich nach diesem Verständnis als *leges generales* zu den besonderen Ausdrucksformen, die etwa in der Religionsfreiheit (Art 14 StGG, Art 63 Abs 2 StV St. Germain und Art 9 EMRK) oder Kunstfreiheit (Art 17a StGG) verbürgt sind.<sup>1508</sup>

Grund für den Zuschnitt des Untersuchungsgegenstands auf den Bereich des Kommunikationsstrafrechts ist, dass dieser Strafrechtsbereich den Gesetzgeber (und sekundär auch die Rsp) zu einer Abwägung dahingehend zwingt, welchem von den beteiligten Interessen im konkreten Fall zum Durchbruch verholfen und welches Interesse dagegen zurückgedrängt werden soll. Im »Kommunikationsstrafrecht« ist näm-

---

1507 Hierzu und zum Folgenden schon IV.C.2.

1508 Dazu bereits IV.C.2.d.i.

lich typischerweise zumindest ein Grundrecht in den Abwägungsprozess involviert, nämlich das Grundrecht auf Freiheit der Kommunikation (oder eben ein spezielleres »Kommunikationsgrundrecht« wie zB die Religions- oder Kunstfreiheit).<sup>1509</sup> Es steht seinerseits (mindestens) einem anderen rechtlich geschützten Interesse (zB der Privatsphäre) gegenüber.<sup>1510</sup> Die Doppelfunktion des Strafrechts als einerseits freiheitsbeeinträchtigend und andererseits gleichzeitig freiheitsfördernd wird im Kommunikationsstrafrecht folglich besonders deutlich.

Den Untersuchungen werden demnach erstens sämtliche sog Medieninhaltsdelikte zugrunde gelegt: Erfasst sind jene Bestimmungen des StGB, die einen bestimmten medialen – gesprochenen oder etwa auch geschriebenen oder in Bildern ausgedrückten, aber nicht nur massenmedial vermittelten – Inhalt verbieten. Der Anlass der Gesetzgebung liegt hier insofern spezifisch im Inhalt einer Kommunikation begründet, als ein bestimmter Inhalt von der Rechtsordnung als verboten, ein Zuwiderhandeln gegen das Verbot als strafwürdig eingestuft wird.

Es soll damit bei Weitem nicht nur um die spezielle Deliktsgruppe der §§ 111 ff StGB (Delikte gegen die Ehre) gehen. Vielmehr fallen darunter auch Delikte, deren Zuordnung zum »Kommunikationsstrafrecht« auf den ersten Blick überraschend erscheint. Als Bsp seien die Korruptionsdelikte nach den §§ 304 ff StGB genannt: Die Tathandlungen des Forderns oder Sich-versprechen-Lassens eines Vorteils nach § 304 StGB (Bestechlichkeit), § 305 StGB (Vorteilsannahme) und § 306 StGB (Vorteilsannahme zur Beeinflussung) etwa sind typische kommunikative Verhaltensweisen. Sie sind intentional darauf gerichtet, dem Gegenüber den Wunsch nach einer Gegenleistung für die Vornahme oder

---

1509 Vertreten wird mitunter die Ansicht, dass jede strafrechtliche Norm als eine Verhaltensregel auf einer abstrakten Ebene einen Eingriff in Grundrechte darstellt; vgl etwa *Lagodny*, Schranken der Grundrechte, 78 ff, 85 ff, 96 ff; ihm folgend *Weigend* in FS Hirsch, 925. Diese Ansicht geht auf den Gedanken eines Grundrechts auf allgemeine Handlungsfreiheit zurück; das österreichische Recht kennt ein solches allerdings nicht, wie bereits ausgeführt wurde, IV.C.1.b. Legte man dem gewählten Untersuchungsgegenstand dennoch gedanklich ein solches Recht zugrunde, könnte die Begründung für eine Fokussierung auf das Kommunikationsstrafrecht etwa dahingehend lauten, dass in diesem Rechtsbereich typischerweise ein spezielles Grundrecht wie das Recht der freien Meinungsäußerung oder die Kunstfreiheit – im Unterschied zu einer ganz allgemein gehaltenen Handlungsfreiheit – in den Abwägungsprozess involviert ist.

1510 Ausführlich V.F.

Unterlassung eines Amtsgeschäfts zu verdeutlichen.<sup>1511</sup> Eine Beharrliche Verfolgung nach § 107a StGB begeht der Täter unter anderem dadurch, dass er im Wege einer Telekommunikation, unter Verwendung eines sonstigen Kommunikationsmittels oder über Dritte Kontakt zu seinem Opfer herstellt (§ 107a Abs 2 Z 2 StGB). Das ist ebenso ein geradezu typischer Fall von Kommunikation, die durch das Strafrecht verboten werden soll. Mitunter unterfallen folglich auch nur einzelne Tathandlungen oder -varianten eines Tatbestands dem Begriff des »Kommunikationsstrafrechts« (wie zB bei § 279 StGB – Bewaffnete Verbindungen – das »Werben« für Mitglieder solcher Verbindungen).

Auf etwaige gemeinsame Regeln, Prinzipien und Leitlinien der Gesetzgebung untersucht werden zweitens jene Bestimmungen des materiellen Strafrechts, die unzulässige Eingriffe in Persönlichkeitsrechte eines anderen pönalisieren. Dazu gehören auch Delikte, die zentral den Schutz bzw die Preisgabe des Schutzes der höchstpersönlichen Informationen von Personen betreffen und meist auf Speichermedien (zB Briefe, Mails) festgehalten sind. Darunter fällt damit das große Thema »Datenschutz«. Hier wird sohin ein bestimmter Kommunikationsinhalt als so wichtig erachtet, dass er von der Rechtsordnung vor fremden Eingriffen geschützt werden soll.

Der dritte Typus an Strafbestimmungen, welche die Kommunikationsfreiheit einschränken, ist jener, der sonstige Geheimnisse schützt und umgekehrt deren unbefugte Preisgabe unter Strafe stellt. Gemeint sind solche Geheimnisse, die nicht mehr höchstpersönliche Informationen betreffen, sondern jenseits dieser Sphäre Informationen vor ungewollter Preisgabe bewahren sollen. Hierunter fallen zB Berufsgeheimnisse, va aber solche, die Kollektivinteressen betreffen, wie etwa Staatsgeheimnisse.

## **B. Keine Berücksichtigung der Strafbemessung**

Eine Strafnorm gliedert sich typischerweise in die Formulierung eines verbotenen Verhaltens und die Rechtsfolge bei Verstoß. Aus grund-

---

<sup>1511</sup> Ebenso eine kommunikative Verhaltensweise, die unter den Schutzbereich der Kommunikationsfreiheit fällt, ist das Anbieten oder Versprechen eines Vorteils durch den Bestechenden nach § 307 StGB (Bestechung), § 307a StGB (Vorteilszuwendung) oder § 307b StGB (Vorteilszuwendung zur Beeinflussung).



rechtlicher Sicht gilt es für diese beiden »Elemente« einer Strafnorm Folgendes zu beachten: Grundrechte als rechtlich schützenswerte Interessen besonderer Art können hier zunächst schon auf der Ebene des Entscheidungsprozesses über die Kriminalisierung eines bestimmten Verhaltens eine Rolle spielen, wenn die Norm zugleich als Eingriff in ein verfassungsrechtlich gewährleistetes Recht qualifiziert werden kann (zB Eingriff in Art 13 StGG/Art 10 EMRK durch die §§ 111 ff StGB).<sup>1512</sup> Sie spielen weiters jedenfalls auf der Ebene der Sanktionen eine zentrale Rolle, denn: Jede Verhängung einer Sanktion des Strafrechts normiert zugleich einen Eingriff in die grundrechtliche Rechtsposition des Bestraften.<sup>1513</sup> So greifen Freiheitsstrafen in das Recht auf persönliche Freiheit iSd Art 5 EMRK und Art 1 PersFrG oder Geldstrafen in Art 1 1. ZP-EMRK (»Eigentumsfreiheit«) ein. Die Beachtung der Grundrechte ist damit stets bei der einzelnen Anwendung materiellen Strafrechts gefordert, widrigenfalls Grundrechtsverstöße entweder bereits aus der abstrakten Verhaltensvorschrift oder aber bei der Verhängung der konkreten Sanktion im Einzelfall resultieren können.<sup>1514</sup>

In der vorliegenden Arbeit wird die konkrete Strafbemessung (im Strafraumen abstrakt angedrohte Höhe der Geld- oder Freiheitsstrafe und in weiterer Folge konkret von Gerichten verhängte Strafe)<sup>1515</sup> keine Rolle spielen. Zwar könnte man zunächst argumentieren, dass gerade die schuldangemessene Bemessung der Strafe der Prototyp der Abwägung im Strafrecht ist. In den folgenden Ausführungen soll es jedoch insofern nur um die Verhaltensvorschrift gehen, als untersucht werden soll, wie Interessenkollisionen in dem Sinne, dass zwei schützenswerte Rechtsgüter einander in Widerspruch gegenüberstehen, vom Gesetzgeber (primär, subsidiär von der Rsp)<sup>1516</sup> gelöst werden. Diese Abwägungskonstellationen finden bereits auf der Ebene des »Ob« eines staatlichen Vorwurfs statt. Es gilt herauszufiltern, in welchen Konstellationen der österreichische Gesetzgeber welche Entscheidung über die Abwägung eines Grundrechts mit anderen schützenswerten Interessen trifft. Dies spielt sich auf der Ebene des Tatbestands, nicht der Rechtsfolge ab.

1512 Vgl etwa *Bopp*, Gewissensfreiheit, 122 ff; *Schmidt*, Grundrechte, 26.

1513 Vgl *Bopp*, Gewissensfreiheit, 124 f; *Lagodny*, Schranken der Grundrechte, 108 ff, 129 ff.

1514 So zusammenfassend *Schmidt*, Grundrechte, 26 f, 27 f; vgl auch *Weigend* in FS Hirsch, 921, mit Hinweis auf BVerfGE 90, 145, 184 ff.

1515 Vgl dazu statt vieler etwa *Montenbruck*, Abwägung und Umwertung, 1 ff.

1516 VI.

Eine gänzlich andere Frage ist, inwieweit eine im Einzelfall verhängte Strafe in vertretbarer Relation zur »Tat« steht (»Wie«).

### C. Grundsätzlich keine Berücksichtigung des Allgemeinen Teils des Strafrechts

Die vorliegende Untersuchung möchte sich schließlich auf den BT des materiellen Strafrechts fokussieren. Ausgeblendet werden soll daher – neben dem Strafverfahrensrecht und Strafvollzugsrecht – auch der AT des Strafrechts. Die sich zB iZm den Rechtfertigungsgründen (Notwehr nach § 3 StGB, rechtfertigender Notstand) oder auch dem entschuldigenden Notstand nach § 10 StGB zwingend stellenden Abwägungskonstellationen und -fragen sind daher nicht Gegenstand dieser Arbeit.<sup>1517</sup> Sie stellen nämlich erstens keine Besonderheit des Kommunikationsstrafrechts dar, sind zweitens in hohem Maße einzelfallabhängig und ohnedies drittens regelmäßig Gegenstand wissenschaftlicher Erörterungen.<sup>1518</sup>

Lediglich einige Ausnahmen von diesem Forschungszuschnitt werden gemacht: Wenn nämlich Schwerpunkt der nachfolgenden Untersuchung Gesetzesbestimmungen sind, die wesentlich den *Inhalt* einer Kommunikation zum Regelungsanlass haben, dann muss im Folgenden zunächst auch § 12 2. Fall StGB, der die »Bestimmungstäterschaft«<sup>1519</sup> unter Strafe stellt, einer Erörterung unterzogen werden. Zwar weitet dies den Gegenstand der Untersuchung auf den ersten Blick auf jede strafrechtliche Bestimmung des BT des Strafrechts aus. Doch erscheint § 12 2. Fall StGB, für den es keine Rolle spielt, auf welche Art und Weise die Bestimmung des Täters erfolgt, ob durch bloße Mimik oder Gestik, klaren mündlichen Befehl oder »Ausrichtenlassen« über einen Dritten etc, als grundsätzliches Verbot des Anleitens zu jedweder Straftat eine auch unter Abwägungsaspekten uU bedeutsame Bestimmung zu sein. Die Regelung zur Bestimmungstäterschaft stellt geradezu einen Prototyp einer strafrechtlichen Norm, die Kommunikationsinhalte verbietet, dar. In den Gesetzesmaterialien könnten sich daher zu dieser

1517 Näher zB für die Bestimmtheit des § 6 StGB (Fahrlässigkeitsbegriffs) *Hollaender*, AnwBl 2004/1, 15 ff; *ders*, AnwBl 2004/9, 447 ff.

1518 Zum Forschungsstand bereits I.C.

1519 Neben der Beitragstäterschaft nach § 12 3. Fall StGB, die in der vorliegenden Arbeit keine Rolle spielt.

bereits sehr »alten« strafrechtlichen Norm uU wertvolle Hinweise für die hier relevante Fragestellung finden. Aus diesen Gründen wird § 12 2. Fall StGB in der vorliegenden Arbeit näher analysiert.

Zudem bemisst sich die Bestimmtheit einer Strafnorm – wie ausgeführt<sup>1520</sup> – danach, ob dem Rechtsunterworfenen die Abgrenzung von strafbarem und straflosem Verhalten insgesamt nach Auslegung der Norm und ggf Hinzuziehung eines Rechtsbestands klar wird. Um den Bereich des Verbotenen vom Erlaubten trennen zu können, spielen folglich nicht nur die Tatbestandsebene einer Norm, sondern auch die übrigen Prüfungsschritte des Straftataufbaus eine Rolle.<sup>1521</sup> Für das Kommunikationsstrafrecht bedeutet das, dass seine Analyse nicht ohne die etwaigen besonderen Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe, wie sie zB in den § 114 (Straflosigkeit wegen Ausübung eines Rechtes oder Nötigung durch besondere Umstände), § 115 Abs 3 (»Entrüstungsbeleidigung«) oder auch in § 290 StGB (Aussagenotstand) verankert sind, auskommt. Hierbei handelt es sich um spezielle Vorschriften des AT, die aufgrund ihrer exklusiven Geltung für bestimmte Tatbestände des Kommunikationsstrafrechts in die Untersuchung miteinbezogen werden sollen.

## D. Analysierte Bestimmungen

Wendet man die genannten Voraussetzungen für eine Qualifikation einer Gesetzesbestimmung als Norm des materiellen Kommunikationsstrafrechts auf das StGB an, so fallen hierunter folgende Delikte, die im Weiteren einer genaueren Analyse unterzogen werden. Es geht bei all diesen Strafbestimmungen darum, Verhaltensweisen zu verbieten, die spezifisch auf die Vermittlung von Kommunikationsinhalten gerichtet sind. Besondere Formen der Kommunikation als soziale Interaktion werden unter Strafe gestellt. Überträgt man die obige Kategorisierung<sup>1522</sup> auf diese Delikte, ergibt sich, dass der Großteil der unter den Begriff des »Kommunikationsstrafrechts« fallenden Bestimmungen Medieninhaltsdelikte, also solche, die bestimmte Inhalte verbieten, darstellen.

---

1520 VI.C.3.b.

1521 Näher VI.C.3.d.

1522 XIII.A.

StGB §§	Verbot bestimmter Inhalte	Verbot bestimmter Eingriffe in Persönlichkeitsrechte, soweit sie höchstpersönliche Informationen betreffen	Verbot der Verletzung oder Preisgabe bestimmter sonstiger Geheimnisse
12	(»Bestimmung«)		
78	Mitwirkung am Selbstmord		
102	Erpresserische Entführung		
104a	Menschenhandel		
107c	Fortgesetzte Belästigung im Wege einer Telekommunikation oder eines Computersystems	Fortgesetzte Belästigung im Wege einer Telekommunikation oder eines Computersystems	
108	Täuschung		
111 ff	Strafbare Handlungen gegen die Ehre		
118 ff		Verletzungen der Privatsphäre	Verletzungen bestimmter Berufsgeheimnisse (mit Ausnahme § 118a)
146 ff	Betrug		
152	Kreditschädigung		
153e	Organisierte Schwarzarbeit		
163a	Unvertretbare Darstellung wesentlicher Informationen über bestimmte Verbände		
163b	Unvertretbare Berichte von Prüfern bestimmter Verbände		
168b	Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Vergabeverfahren		
188	Herabwürdigung religiöser Lehren		

StGB §§	Verbot bestimmter Inhalte	Verbot bestimmter Eingriffe in Persönlichkeitsrechte, soweit sie höchstpersönliche Informationen betreffen	Verbot der Verletzung oder Preisgabe bestimmter sonstiger Geheimnisse
193	Ehetäuschung		
193a	Partnerschaftstäuschung		
207a	Pornographische Darstellungen Minderjähriger		
208a	Anbahnung von Sexualkontakten zu Unmündigen		
215a	Förderung der Prostitution und pornographischer Darbietungen Minderjähriger		
219	Ankündigung zur Herbeiführung unzüchtigen Verkehrs		
223 ff	Urkundendelikte		
248	Herabwürdigung des Staats und seiner Symbole		
252 f			Verrat und Preisgabe von Staatsgeheimnissen
258	Landesverräterische Fälschung und Vernichtung von Beweisen		
263	Täuschung bei einer Wahl oder Volksabstimmung		
264	Verbreitung falscher Nachrichten bei einer Wahl oder Volksabstimmung		
265	Bestechung bei einer Wahl oder Volksabstimmung		
266	Fälschung bei einer Wahl oder Volksabstimmung		
275	Landzwang		
277	Verbrecherisches Komplott		
278e	Ausbildung für terroristische Zwecke		

StGB §§	Verbot bestimmter Inhalte	Verbot bestimmter Eingriffe in Persönlichkeitsrechte, soweit sie höchstpersönliche Informationen betreffen	Verbot der Verletzung oder Preisgabe bestimmter sonstiger Geheimnisse
278f	Anleitung zur Begehung einer terroristischen Straftat		
279	Bewaffnete Verbindungen		
282	Aufforderung zu mit Strafe bedrohten Handlungen und Gutheißung mit Strafe bedrohter Handlungen		
282a	Aufforderung zu terroristischen Straftaten und Gutheißung terroristischer Straftaten		
283	Verhetzung		
288 f	Falsche Beweisaussage		
292	Herbeiführung einer unrichtigen Beweisaussage		
292a	Falsches Vermögensverzeichnis		
292c	Unzulässige Bieterabsprachen in exekutiven Versteigerungsverfahren		
293	Fälschung eines Beweismittels		
297	Verleumdung		
298	Vortäuschen einer mit Strafe bedrohten Handlung		
301			Verbotene Veröffentlichung
304 ff	»Fordern«, »Sich-versprechen-Lassen« eines Vorteils, »Anbieten«, »Versprechen« eines Vorteils		
310			Verletzung des Amtsgeheimnisses
311	Falsche Beurkundung und Beglaubigung im Amt		

StGB §§	Verbot bestimmter Inhalte	Verbot bestimmter Eingriffe in Persönlichkeitsrechte, soweit sie höchstpersönliche Informationen betreffen	Verbot der Verletzung oder Preisgabe bestimmter sonstiger Geheimnisse
315	Erschleichung eines Amtes		
316	Hochverräterische Angriffe gegen einen fremden Staat		
317	Herabwürdigung fremder Symbole		
319			Militärischer Nachrichtendienst für einen fremden Staat
102, 103, 104a, 105–107, 109, 131, 142 f, 144 f, 185 f, 189, 201 ff, 217, 242, 249 ff, 262, 267, 269, 275, 284, 316, 321	alle Delikte, die an eine (gefährliche) Drohung anknüpfen, werden hier noch einmal im Hinblick auf diese Tathandlung angeführt		

Die nachfolgende Gesetzesmaterialienanalyse soll sich auf diese kernstrafrechtlichen Bestimmungen des StGB beschränken. Kommunikationsstrafrechtliche Normen aus strafrechtlichen Nebengesetzen bleiben außer Betracht, obwohl ihre eingehende Untersuchung gerade unter



dem Aspekt der Kommunikationsfreiheit (Art 13 StGG/Art 10 EMRK) in einer eigenständigen Forschungsarbeit interessant wäre. Als Bsp seien etwa das VerbotsG<sup>1523</sup>, das UWG, DSG, TKG, BWG, BörseG oder das PornographieG genannt.

In die Betrachtungen dieses Teils finden allerdings über die einschlägige Rsp insb zwei Rechtsgrundlagen außerhalb des Kriminalstrafrechts Eingang: § 1330 ABGB garantiert (zivilrechtlichen) Ersatz für Schaden und entgangenen Gewinn, der einerseits durch eine Ehrenbeleidigung entstanden ist (Abs 1), andererseits durch die Verbreitung von Tatsachen, die den Kredit, den Erwerb oder das Fortkommen eines anderen gefährden und deren Unwahrheit dem Äußernden bekannt war oder die er kennen musste (Abs 2). § 1330 ABGB stellt damit die flankierende zivilrechtliche Bestimmung zum Kommunikationsstrafrecht dar. Praktisch höchst relevant und in der Praxis mit vielen Abwägungsfragen konfrontiert sind auch die Bestimmungen des MedienG: § 6 Abs 1 etwa knüpft als Voraussetzung für einen Entschädigungsanspruch ausdrücklich an das Strafrecht an: Um eine Entschädigung für die erlittene Kränkung geltend machen zu können, muss der objektive Tatbestand der Üblen Nachrede (§ 111 StGB), Beschimpfung, Verspottung (§ 115 StGB) oder Verleumdung (§ 297 StGB) erfüllt sein. Die Abwägungsentscheidungen, welche die Rsp hier im Einzelfall zwischen der Kommunikationsfreiheit (Art 13 StGG/Art 10 EMRK) und anderen rechtlich geschützten Interessen, wie etwa die Ehre oder Privatsphäre, trifft, sind daher auch maßgebend für die Abwägungsfragen im Kommunikationsstrafrecht. Die Rsp wird daher jeweils mitberücksichtigt, soweit sie *mutatis mutandis* auf die hier gegenständlichen Bestimmungen übertragbar ist.

1523 Dem VerbotsG ganz grundsätzlich widmen sich jüngst die Beiträge in *Lichtenwagner/Reiter-Zatloukal* (Hrsg), »... um alle nazistische Tätigkeit«, 1ff; zum VerbotsG im Lichte der Meinungsfreiheit *Wiederin in Lichtenwagner/Reiter-Zatloukal*, »... um alle nazistische Tätigkeit«, 67ff.

Der Grund, warum das VerbotsG in dieser Abhandlung ausgeklammert wird, obwohl es die wahrscheinlich bekanntesten und praktisch relevantesten Normen des Kommunikationsstrafrechts enthält, ist folgender: Inhaltliche Ausgestaltung und insb die große Reichweite der Strafbestimmungen dieses Gesetzes sind allen voran historisch begründet und insb vor diesem geschichtlichen Hintergrund auch zu rechtfertigen. Ob die damit einhergehenden Abwägungsentscheidungen allerdings auf das allgemeine Strafrecht übertragbar sind, ist zumindest sehr fraglich und bedarf daher einer eigenen Untersuchung, die in der vorliegenden Arbeit nicht vorgenommen werden soll.



## E. Analysierte Gesetzesmaterialien zum StGB

Der Gesetzgeber muss bei schwierigen Abwägungsfragen im Kommunikationsstrafrecht zumindest die Regeln, Prinzipien und Leitlinien dieser Abwägung für den Einzelfall vorgeben. Andernfalls kann dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot (§ 1 StGB/Art 18 B-VG/Art 7 EMRK) bei denjenigen Straftatbeständen, die im Wortlaut sehr vage und wenig bestimmt bleiben, nicht ausreichend genüge getan werden.<sup>1524</sup> Als die zentrale Quelle solcher gesetzgeberischer Wertungsentscheidungen werden die jeweils einschlägigen Gesetzesmaterialien angesehen.<sup>1525</sup> Um herauszufinden, ob der Gesetzgeber seiner aus dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot abzuleitenden Verpflichtung nachkommt, ist daher erforderlich, eine Analyse dieser Gesetzesmaterialien zum oben definierten Untersuchungsgegenstand vorzunehmen.

Das bedeutet im Einzelnen: Zu jeder der oben genannten Strafbestimmungen des StGB wurden zunächst alle verfügbaren Gesetzesmaterialien ausgehoben, beginnend bei jenen, mit denen der jeweilige Straftatbestand im StGB eingeführt wurde, bis zu jenen Materialien, die zur aktuellen gesetzlichen Fassung gehören. Gesichtet und analysiert wurden damit zunächst die EBRV sowie der JAB zur StF des StGB aus 1975 (EBRV 30 d. B. XIII. GP, JAB 959 d. B. XIII. GP) sowie alle seither ergangenen Gesetzesnovellen, die eine der kommunikationsstrafrechtlichen Normen im oben definierten Sinne zum Gegenstand haben (Stichtag: 1. 6. 2019):

- ▷ BGBI 605/1987 (Strafrechtsänderungsgesetz 1987)
- ▷ BGBI 242/1989 (Strafgesetznovelle 1989)
- ▷ BGBI 628/1991 (Exekutionsordnungsnovelle 1991)
- ▷ BGBI 570/1993
- ▷ BGBI 622/1994
- ▷ BGBI 762/1996 (Strafrechtsänderungsgesetz 1996)
- ▷ BGBI I 12/1997
- ▷ BGBI I 105/1997
- ▷ BGBI I 112/1997
- ▷ BGBI I 131/1997
- ▷ BGBI I 153/1998 (Strafrechtsänderungsgesetz 1998)

<sup>1524</sup> Zu den Anforderungen des Bestimmtheitsgebots VI.C.3.

<sup>1525</sup> Ausführlich insb VI.C.4.b.

- ▷ BGBl I 130/2001 (Strafrechtsänderungsgesetz 2001)
- ▷ BGBl I 62/2002
- ▷ BGBl I 134/2002 (Strafrechtsänderungsgesetz 2002)
- ▷ BGBl I 15/2004 (Strafrechtsänderungsgesetz 2004)
- ▷ BGBl I 136/2004 (Budgetbegleitgesetz 2005)
- ▷ BGBl I 152/2004 (Sozialbetrugsgesetz)
- ▷ BGBl I 68/2005 (Exekutionsordnungs-Novelle 2005)
- ▷ BGBl I 56/2006 (Strafrechtsänderungsgesetz 2006)
- ▷ BGBl I 93/2007 (Strafprozessreformbegleitgesetz I)
- ▷ BGBl I 109/2007 (Strafrechtsänderungsgesetz 2008)
- ▷ BGBl I 40/2009 (Zweites Gewaltschutzgesetz)
- ▷ BGBl I 98/2009 (Korruptionsstrafrechtsänderungsgesetz 2009)
- ▷ BGBl I 135/2009 (Eingetragene Partnerschaft-Gesetz)
- ▷ BGBl I 66/2011
- ▷ BGBl I 103/2011 (Strafgesetznovelle 2011)
- ▷ BGBl I 61/2012 (Korruptionsstrafrechtsänderungsgesetz 2012)
- ▷ BGBl I 111/2012 (Elektronische Gesundheitsakte-Gesetz)
- ▷ BGBl I 116/2013 (Sexualstrafrechtsänderungsgesetz 2013)
- ▷ BGBl I 101/2014
- ▷ BGBl I 112/2015 (Strafrechtsänderungsgesetz 2015)
- ▷ BGBl I 154/2015 (JGG-Änderungsgesetz 2015)
- ▷ BGBl I 117/2017 (Strafgesetznovelle 2017).<sup>1526</sup>

Analysiert wurden jeweils (soweit vorhanden) die EBRV (Erl), Vorblätter und WFA, JAB, IA, AA und GoAB. Die hierzu verwendete Methode ist die Inhaltsanalyse mit Hilfe eines Kategoriensystems.<sup>1527</sup> Ziel war es, herauszufinden, ob sich aus all diesen gesetzgeberischen Materialien in Summe genommen ausreichend Regeln, Prinzipien und Leitlinien für die Auslegung einer der Normen im Einzelfall ergeben. Nicht erforderlich ist dagegen, dass sich eine ausreichende Bestimmtheit einer einzelnen Strafnorm bereits aus jenen Gesetzesmaterialien ergibt, die genau zu dieser Strafbestimmung verfasst wurden. Da nämlich dem

1526 Für Details, welche Bestimmungen des Kommunikationsstrafrechts jeweils mit welcher Gesetzesnovelle in Kraft getreten oder abgeändert wurden, sei auf die Übersicht über die Materialien für Forschung und Lehre des Fachbereichs Strafrecht und Strafverfahrensrecht der Universität Salzburg verwiesen; online verfügbar unter <<https://www.plus.ac.at/strafrecht-und-strafverfahrensrecht/forschung/materialien-fuer-forschung-und-lehre/>> (14.9.2022).

1527 Dazu schon I.D. und noch folgend XV.A.

Bestimmtheitsgebot genüge getan ist, wenn sich der konkrete Inhalt einer Strafnorm erst nach entsprechender Recherche in den Gesetzesmaterialien zu verwandten Normen ergibt,<sup>1528</sup> muss es mE ausreichen, wenn sich aus zusammengehörigen Normen (etwa innerhalb eines Abschnitts des StGB oder eben innerhalb des »Kommunikationsstrafrechts«) insgesamt dieser Inhalt ergibt.<sup>1529</sup>

## **F. Keine Berücksichtigung der Gesetzesmaterialien zum StG**

Das heutige StGB in geltender Fassung ist mit BGBl 60/1974 am 1.1.1975 in Kraft getreten. Die Gesetzesmaterialien zum StGB in dieser StF sind lückenlos über das Rechtsinformationssystem des Bundes und damit für jeden Rechtsunterworfenen verfügbar; einzige technische Voraussetzung ist ein Zugang zum Internet und World Wide Web. Anders dagegen verhält es sich mit den Materialien zum StG, das als Vorgänger des heutigen StGB im Wesentlichen seit 1803 bis 31.12.1974 in Kraft war. Die Materialien zu den Novellen des StG in den Jahren zwischen 1803 und 1838 bzw 1945 bis 1974 sind aus heutiger Sicht nur sehr schwer auffindbar und lesbar. Sie wurden aus diesem Grund nicht mehr in die gegenständliche Gesetzesmaterialienanalyse einbezogen. Denn: Es könnte auch von einem einzelnen Rechtsunterworfenen und ggf seinem Rechtsbeistand vor dem Hintergrund der heute üblichen Recherchemethoden nicht verlangt werden, zur Bestimmung des Inhalts einer Strafnorm im 21. Jahrhundert bis in das frühe/mittlere 20. Jahrhundert oder gar in das frühe 19. Jahrhundert zurück zu recherchieren. Im Übrigen hat eine grobe Sichtung dieser alten Gesetzesmaterialien auch – wie erwartet – gezeigt, dass im Einzelnen keine ausführlichen Abwägungsüberlegungen angestellt worden sind.

---

1528 VI.C.4.b.

1529 Zu den Ergebnissen XV.C.

## XIV. Mögliche Regeln, Prinzipien und Leitlinien der Abwägung

### A. Allgemeines

Um den in eine Interessenkollision involvierten Interessen zum maximalen Durchbruch zu verhelfen, sie also durch Abwägung zu »optimieren«, bedarf es auch einer *optimalen Abwägung*. Um das zu erreichen, ist es neben der *Optimierung des Abwägungsprozesses* (in den ausgeführten Schritten<sup>1530</sup>) auch »notwendig, die Bewertungsmaßstäbe für die Abwägung so weit wie möglich zu optimieren.«<sup>1531</sup> Gerade, wenn die beteiligten Interessen rechtlich gleichrangig sind, bedarf es spezifischer Bewertungskategorien,<sup>1532</sup> die Regeln, Prinzipien und Leitlinien genannt werden. So könnte man bspw als Regel den Freiheitsgrundrechten grundsätzlich ein höheres Gewicht vor anderen, jedenfalls aber vor ökonomischen Grundrechten (zB Eigentums- oder Erwerbsfreiheit) beimessen. Ein Grund für den Bedarf an spezifischen Grundsätzen liegt darin, dass das Abwägungsgesetz nach *Alexy*<sup>1533</sup> sehr allgemein formuliert ist. Es kann daher nur Ausgangspunkt für weitere Regeln, Prinzipien und Leitlinien der Abwägung im Strafrecht sein.<sup>1534</sup> Ziel der Abwägungsmaximen ist die Rationalisierung und Stabilisierung von letztlich bis zu einem gewissen Grad zwingend subjektiven Abwägungsentscheidungen.<sup>1535</sup>

Einzelne Abwägungsmaximen werden direkt von der Verfassung vorgegeben. Das ergibt sich für Österreich insb aus dem Umstand, dass die EMRK samt ihrer Zusatzprotokolle in Verfassungsrang steht. Die verfassungsrechtliche Dimension von Art 10 EMRK führt dazu, dass die Rsp des EGMR im einfachgesetzlichen, österreichischen Recht stets zu beachten ist. Eine Nichtbefolgung der Vorgaben des EGMR hat die Verfassungswidrigkeit insb eines Gesetzes oder einer richterlichen

1530 X.

1531 *Stern*, Staatsrecht III/2, 819.

1532 *Stern*, Staatsrecht III/2, 828 und zum Folgenden 829 ff.

1533 Unter IX.G. dargestellt.

1534 *Hoppe* in *Erbguth/Oebbecke/Rengeling/Schulte*, Abwägung, 151 ff, 155, etwa plädiert für einen Rechtsgrundsatz der (Bau-)Planerhaltung im öffentlichen Recht: Er soll für die Rechtssetzung ein Abwägungsgrundsatz iSd Prinzipienmodells ua nach *Dworkin* und *Alexy* sein.

1535 So *Berka* in FS Schäffer, 104.

Entscheidung zur Folge. Als mögliche, vom österreichischen Gesetzgeber für die Anwendung des Kommunikationsstrafrechts vorgegebene Regeln, Prinzipien und Leitlinien kommen damit va solche Grundsätze in Betracht, die er aus der Rsp des EGMR ableitet. Österreich wurde überdies nicht nur wiederholt vom EGMR wegen Verletzung des Art 10 EMRK verurteilt, sondern seine Rsp zum Problem der Abwägung von Kommunikationsfreiheit einer- und freiem politischen Diskurs andererseits wurde zentral anhand österreichischer Ausgangsfälle entwickelt.<sup>1536</sup> Daneben könnte es aber auch solche Regeln, Prinzipien und Leitlinien der Abwägung geben, von denen sich der Gesetzgeber auf einer unterverfassungsgesetzlichen Ebene leiten lässt. *Regeln* sollen, wie bereits definiert, solche sein, die es grundsätzlich bei Vorliegen ihrer Voraussetzungen einzuhalten gilt. *Prinzipien* sind ebenso verbindliche Standards, die nur dann einzuhalten sind, wenn bei einer Kollision mehrerer Interessen nicht einem anderen Prinzip ein höheres Gewicht beigemessen wird. *Leitlinien* schließlich sind die hinter einer Rechtsordnung stehenden »policies« und umschreiben die hehren Ziele jeder gesetzlichen Regelung.<sup>1537</sup>

Die wichtigsten solcher möglichen Bewertungsmaßstäbe sollen nachfolgend genannt werden. Sie ergeben sich aus einschlägiger Judikatur (insb des EGMR) und einschlägigem Schrifttum (ua *Amelung*). Es handelt sich um Regeln, Prinzipien und Leitlinien, die der Gesetzgeber in den Gesetzesmaterialien ausdrücklich nennen könnte bzw aus verfassungsrechtlichen Gründen zT sogar nennen müsste.<sup>1538</sup> Im anschließenden Teil wird dann anhand einer Analyse der Gesetzesbestimmungen des Kommunikationsstrafrechts eruiert, welche von ihnen der Gesetzgeber seinen kommunikationsstrafrechtlichen Bestimmungen tatsächlich zugrunde legt oder ob er stattdessen anderen Regeln, Prinzipien und Leitlinien folgt.<sup>1539</sup> Vor der eigentlichen Gesetzesmaterialienanalyse soll daher kurz veranschaulicht werden, welche Erkenntnisse hieraus potentiell gewonnen werden könnten. So wird die anschließende Gegenprüfung ermöglicht, ob sich aus den gegenwärtigen Stellungnahmen des Gesetzgebers zu den kommunikationsstrafrechtlichen Normen

---

1536 So *Matscher*, StPdG 29 (2001), 9; *ders*, RZ 2001, 240, der sodann einen ausführlichen Überblick über die Rsp des EGMR in »Mediensachen« gibt.

1537 Zu alledem eingehend IX.D.

1538 XIV.

1539 X.V.

die tatsächlich – nämlich qua einschlägiger höchstgerichtlicher Rsp – geltenden Abwägungsmaximen ableiten lassen. Das wiederum ist erstens für die Frage wichtig, ob die §§ 111 ff StGB den Anforderungen des strafrechtlichen Bestimmtheitsgebots genügen,<sup>1540</sup> und zweitens für die Ausführungen dazu, wie die Ehrdelikte in Hinkunft (besser) ausgestaltet sein könnten.<sup>1541</sup>

## B. Regeln

### 1. Bestimmtheit

Die erste zentrale Regel, die der Gesetzgeber im Kommunikationsstrafrecht bei Erlass einer Strafnorm ausdrücklich ansprechen könnte, ist das Bestimmtheitsgebot als Ausprägung des *nuella poena sine lege*-Gebots (§ 1 StGB, Art 18 B-VG, Art 7 EMRK) selbst.<sup>1542</sup> Demnach muss eine Strafbestimmung ungeachtet etwaiger Abwägungsschwierigkeiten im Ergebnis dennoch so klar und konkret gefasst sein, dass jeder Rechtsunterworfenen sein Verhalten verlässlich danach ausrichten kann. Eine Regel des Kommunikationsstrafrechts muss daher lauten, dass die Bestimmtheitsanforderungen<sup>1543</sup> an eine Norm unbedingt einzuhalten sind.<sup>1544</sup> Das bedeutet auch, dass eine Norm nicht erlassen werden darf, wenn die Gesetzeskonstruktion nicht so gelingt, dass eine ausreichende Bestimmtheit sichergestellt ist. Die Norm hat auch schon in ihrer jeweils ersten Fassung und noch vor Auslegung durch Lehre und Rsp ausreichend bestimmt zu sein.<sup>1545</sup> Der Gesetzgeber könnte über diese Anforderungen zB eine im Wortlaut zwar eng, aber dafür klar und deutlich gefasste Strafbestimmung begründen.

1540 XVI.H.

1541 XVI.I.

1542 Ausführlich VI.C.

1543 Im Detail VI.C.3.

1544 In der dt Literatur wird das Bestimmtheitsgebot demgegenüber regelmäßig als Prinzip bezeichnet mit der Begründung, dass keine überstrengen Anforderungen daran gestellt werden sollen, weil eine gewisse Flexibilität von Rechtsbegriffen häufig notwendig ist. Die Begründung überzeugt aber nicht: Dass die Bestimmtheit wegen dieser Notwendigkeit reduziert werden kann, ändert nichts an ihrem Regelcharakter, weil der Inhalt der Strafnorm trotz Flexibilität unter allen Umständen *bestimmbar* bleiben muss; Nachweise aus der dt Literatur zu dieser Ansicht zB bei *Beaucamp*, *Rechtstheorie* 42 (2011), 48.

1545 Dazu VI.C.3.f.

## 2. Verhältnismäßigkeit

Als wichtigste Regel des Kommunikationsstrafrechts – und auch eine der wichtigsten des Strafrechts überhaupt – ist das Gebot der Verhältnismäßigkeit zu nennen. Wiewohl es häufig als »Verhältnismäßigkeitsprinzip« bezeichnet wird, ist das Gebot gerade *kein* Prinzip in der Prinzipientheorie nach *Dworkin* und *Alexy*. Das Gebot zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit normiert vielmehr eine *Regel*: Ist ein Eingriff unverhältnismäßig, tritt nach dem Alles-oder-nichts-Prinzip<sup>1546</sup> die Rechtsfolge seiner Unzulässigkeit ein, ohne dass die Unverhältnismäßigkeit durch andere Umstände noch aufgewogen werden könnte. Ist *vice versa* die Verhältnismäßigkeit gewahrt, steht dem Eingriff aus grundrechtlicher und strafrechtlicher Sicht unter diesem Aspekt nichts mehr im Wege. Es handelt sich daher – wiewohl oft unscharf als solches bezeichnet – um kein Prinzip der österreichischen Rechtsordnung, sondern um eine ausnahmslos einzuhaltende Norm: eine Regel.<sup>1547</sup>

Ob die Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs in die Kommunikationsfreiheit nun jeweils gewahrt ist, ist allerdings stets durch Abwägung zu ermitteln.<sup>1548</sup> Ob die Regel anwendbar ist, kann daher erst nach Durchführung eines umfassenden Abwägungsprozesses geklärt werden, in den alle involvierten Interessen inklusive des verfolgten Regelungszwecks einzustellen sind. Am Regelcharakter des Verhältnismäßigkeitsgebots ändert das aber nichts.

Zur Konkretisierung des Abwägungsvorgangs selbst trägt diese Regel dennoch nur wenig bei, zumal, wie bereits ausgeführt wurde, im Rahmen der weitreichenden gesetzgeberischen Freiheit bei der Rechtsetzung insb auch die Zwecksetzung nur geringen verfassungsrechtlichen Rahmenvorgaben unterliegt.<sup>1549</sup> Dies hat unmittelbare Auswirkungen auf das Gebot der Verhältnismäßigkeit. Denn: Je freier der Gesetzgeber ist, den Zweck seiner Normen zu bestimmen, desto schwächer wirkt auch das Gebot der Verhältnismäßigkeit.<sup>1550</sup> Umgekehrt nimmt mit zunehmender Eingriffsschwere genau diese Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers wiederum ab, wie es *Alexy* in seinem

1546 IX.D.2.

1547 AA zB *Klatt/Meister* in *Klatt*, Prinzipientheorie, 62 ff, die von einem »universellen Verfassungsprinzip« sprechen.

1548 Näher V.G.2. und auch V.B.

1549 Dazu VI.D.2.

1550 So *Grabitz*, AöR 98 (1973), 601.

epistemischen Abwägungsgesetz klar formuliert: »Je schwerer ein Eingriff in ein Grundrecht wiegt, desto größer muss die Gewissheit der den Eingriff tragenden Prämissen sein.« (sog *Gewichtsformel*)<sup>1551</sup> Für die Verhältnismäßigkeit heißt das, dass sie umso mehr gewährleistet sein muss, je schwerer der Grundrechtseingriff ist und je größer die Gefahr einer übermäßigen Belastung des Rechtsunterworfenen wird.<sup>1552</sup> Grundsätzlich gilt im Kommunikationsstrafrecht daher: »Je mehr ein Gesetz die Meinungsfreiheit einschränkt, desto eher ist es nichtig.«<sup>1553</sup> Und umgekehrt: »Je schwerwiegender eine Persönlichkeitsrechtsbeeinträchtigung ist, desto eher sind gegen sie gerichtete gesetzliche Verbote zulässig.«<sup>1554</sup> Für die Prüfungsdichte der Eingriffsrechtfertigung hat dies zur Konsequenz, dass mit zunehmender Eingriffsintensität auch die zu dessen Rechtfertigung vorgebrachten Gründe gegen den grundsätzlichen Freiheitsanspruch des Bürgers umso sorgfältiger abgewogen werden müssen.<sup>1555</sup> Zusätzlich gilt, dass eine Einschränkung eines Grundrechts in seinem Kernbereich zugunsten des Erhalts eines Interesses nur in seinem Randbereich nicht zulässig sein kann.

### 3. Wesensgehaltsgarantie

Nach der vom VfGH anerkannten Regel der Wesensgehaltsgarantie kann ein Grundrecht wie die Kommunikationsfreiheit nur soweit eingeschränkt werden, als nicht sein absolut unantastbarer Kern durch den staatlichen Eingriff gefährdet oder gar zugunsten anderer Interessen geopfert iSv vollständig beseitigt werden würde.<sup>1556</sup> Die Wesensgehaltsgarantie ist nunmehr auch in Art 52 Abs 1 GRCh verbürgt. Im Kommunikationsstrafrecht wäre zB daran zu denken, dass durch eine strengere Fassung der Äußerungsdelikte die freie Meinungsäußerung im politischen Diskurs *de facto* verunmöglicht würde. Lautete die Strafbestimmung nach § 111 StGB (Üble Nachrede) oder § 115 StGB (Beleidigung)

1551 Alexy, VVDStRL 61 (2002), 28; die »Gewichtsformel« ermöglicht es in weiterer Folge, den unterschiedlichen Prinzipien entsprechendes »Abwägungsgewicht« zuzuordnen; näher zB Pirker, Proportionality analysis, 31 ff.

1552 So Gentsz, NJW 1968, 1606.

1553 Otte in Schilcher/Koller/Funk, Regeln, Prinzipien und Elemente, 150.

1554 Otte in Schilcher/Koller/Funk, Regeln, Prinzipien und Elemente, 151.

1555 So für das deutsche Recht BVerfGE 17, 206, 313 f; 20, 150, 159.

1556 VfSlg 3.118; näher Heißl, Grundrechtskollisionen, 463 f; Hengstschläger/Leeb, Grundrechte<sup>3</sup>, 1/52.



etwa: »Wer sich über andere in negativer Weise äußert, ist zu bestrafen.«, wäre die Kommunikationsfreiheit nur noch auf lobende oder neutrale Inhalte über andere begrenzt, jedwede Kritik demgegenüber unzulässig. Der Kern des Schutzbereichs wäre massiv tangiert.

Der praktische Anwendungsbereich dieser Garantie ist bislang allerdings gering, da es – soweit ersichtlich – noch zu keiner Aufhebung eines Gesetzes wegen Verstoßes dagegen gekommen ist.<sup>1557</sup> Die Wesensgehaltsgarantie vermag daher in der Praxis nur wenig zur Bestimmung strafrechtlicher Inhalte mittels Abwägung beizutragen.

#### 4. Missbrauchsverbot?

In einer früheren Rsp hat der EGMR rassistische Äußerungen von vorneherein wegen Art 17 EMRK aus dem Schutzbereich der Kommunikationsfreiheit nach Art 10 EMRK ausgenommen,<sup>1558</sup> und zwar im Wesentlichen mit der Begründung, dass sich solche Äußerungen so grundlegend gegen die Werte der EMRK richten oder gar auf die Beseitigung der Konventionsrechte abzielen, dass sie nicht zugleich von ihrem Schutzbereich erfasst sein können. Auch die Leugnung des Holocaust unterstehe nach dieser Rsp uU nicht dem Schutzbereich der Kommunikationsfreiheit.<sup>1559</sup>

Diese Rsp ist problematisch, weil sie Gefahr läuft, »einem inhaltlich differenzierten Schutz Vorschub zu leisten und die Grenzen zwischen Schutzbereichs- und Schrankenebene zu verwischen.«<sup>1560</sup> Nicht mehr alle auf Bedeutungsvermittlung gerichteten Verhaltensweisen wären damit vom Schutzbereich erfasst, sondern nur mehr solche, die einer gewissen inhaltlichen Verträglichkeitsprüfung standhalten. Das Missbrauchsverbot so auszulegen, dass der Schutzbereich des Grundrechts auf Kommunikationsfreiheit dadurch eingeschränkt wird, würde im Ergebnis *de facto* zu einer Inhaltskontrolle von Äußerungen führen.<sup>1561</sup> Als Regel der Abwägung im Kommunikationsstrafrecht erscheint das Missbrauchsverbot daher nicht geeignet.

1557 So *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte<sup>3</sup>, 1/52; zu diesem Ergebnis kommt auch *Heißl*, Grundrechtskollisionen, 537.

1558 Dazu schon IV.C.2.a.

1559 ZB EGMR 23.9.1998, *Lehideux and Isorni vs Frankreich*, Rz 51; 29.6.2004, *Chauvy ua vs Frankreich*, Rz 69; zur neuesten Rsp allerdings IV.C.2.a.

1560 *Grabenwarter/Pabel*, EMRK<sup>7</sup>, § 23 Rz 5.

1561 Kritisch auch *Frowein* in *Frowein/Peukert* EMRK<sup>3</sup> Art 10 Rz 6, Rz 33.

## 5. Zulässigkeit von tatsachenbasierten Werturteilen

Die Rsp des EMGR unterscheidet hinsichtlich der Beurteilung von Strafbestimmungen als konventionskonform oder -widrig zwischen zwei Arten kommunikativer Handlungen. Sog Werturteile stellen reine Bewertungen bzw Meinungskundgaben zu Ereignissen/Vorkommnissen/Geschehnissen, Umständen, Personen und ihrem Verhalten, ihren Eigenschaften und Einstellungen etc dar. Es handelt sich im Wesentlichen um subjektive Einschätzungen, die folglich keinem Wahrheitsbeweis zugänglich sind. Andere Charakteristika weisen dagegen sog Tatsachenbehauptungen auf: Hier werden tatsächlich Fakten artikuliert, für die zumindest theoretisch ein Wahrheitsbeweis erbracht werden kann. Ob die Behauptung also richtig oder falsch ist, lässt sich folglich mittels eines Beweises ermitteln. Die Äußerung kann damit verifiziert oder falsifiziert werden.<sup>1562</sup>

Sowohl Tatsachenbehauptungen als auch Werturteile sind von der Kommunikationsfreiheit sehr weitreichend geschützt, schließlich muss – nicht nur, aber insb im demokratischen Diskurs – eine Kritik aneinander grundsätzlich selbst dann zulässig sein, wenn diese scharf und zugespitzt formuliert ist und das Gegenüber uU sogar persönlich an der (subjektiven) Ehre verletzt. Auch Werturteile, die mit keiner oder nur »dünner« Sachgrundlage artikuliert werden, dürfen daher im Einzelfall verletzen, schockieren oder beunruhigen, ohne dass schon alleine deshalb eine Strafandrohung zulässig wäre:

»Vorbehaltlich des Art 10 Abs 2 MRK findet die Freiheit der Meinungsäußerung nicht nur auf ›Informationen‹ oder ›Ideen‹ Anwendung, die positiv aufgenommen oder als harmlos oder als indifferent angesehen werden, sondern auch auf solche, die verletzen, schockieren oder beunruhigen. Dies verlangen Pluralismus, Toleranz und Aufgeschlossenheit, ohne die es keine ›demokratische Gesellschaft‹ gibt. Art 10 MRK schützt nicht nur

1562 XVI.B.1.f.; außerdem zB *Harris/O'Boyle/Warbrick*, European Convention on Human Rights<sup>4</sup>, 674 f; zum spezifischen Strafausschlussgrund des § 111 Abs 3 StGB für Tatsachenbehauptungen XVI.E. Werturteile können daher niemals nach § 111 StGB strafbar sein: zB OLG Innsbruck 10.7.2012, 7 Bs 341/12y = MR 2012, 228 mit Anm *Zöchbauer mwN*; *Rami WK<sup>2</sup>-StGB § 111 Rz 5*; näher XVI.B.2.c.i.

den Inhalt der geäußerten Ideen oder Informationen, sondern auch die Form, in der sie dargestellt werden.«<sup>1563</sup>

Die Grenze zulässiger Werturteile verläuft nach der EGMR-Rsp dort, wo eine entsprechende Tatsachengrundlage für die geäußerte, scharfe Kritik entweder überhaupt fehlt oder aber zwar vorhanden ist, das Werturteil in beiden Fällen allerdings exzessiv (ggf gemessen an seinem Anlass) erscheint. Eine legitime Grundrechtsausübung in Gestalt einer reinen Meinungskundgabe, welche die Ehre eines anderen verletzen könnte, braucht daher eine Tatsachengrundlage.<sup>1564</sup> Die Tatsachengrundlage muss im relevanten Bereich des Medienrechts zB bei journalistischen Beiträgen nicht unbedingt ausdrücklich im jeweiligen Beitrag erwähnt werden, wenn eine faktische Berichterstattung immerhin an anderer Stelle erfolgt oder sich die Wertung bereits auf eine aktuell laufende Diskussion berufen kann.<sup>1565</sup> Insgesamt gilt, dass »[j]ede Wertung, die den sachlichen Konnex zum berichteten oder als bekannt vorauszusetzenden Sachverhalt wahrt, also auf einer ausreichenden Tatsachengrundlage ruht und solcherart nicht bloß den Deckmantel dafür bildet, den Betroffenen persönlich anzugreifen oder zu diffamieren«, nicht tatbildlich ist.<sup>1566</sup> Steht dagegen der diffamierende Charakter im Vordergrund und nicht die sachliche Diskussion, ist ein strafrechtliches Verbot dieses Werturteils folglich zulässig.<sup>1567</sup>

Das bedeutet umgekehrt, dass Normen beleidigende (nicht bloß unhöfliche) Äußerungen erstens dann bestrafen dürfen, wenn sie ohne jede tatsächliche Grundlage abgegeben werden.<sup>1568</sup> Wann eine solche tatsächliche Grundlage für ein auch harsch kritisierendes Werturteil besteht,

1563 RIS-Justiz RS0075696.

1564 So zB die Entscheidung des EGMR 19. 5. 2005, *Turhan vs Türkei*, insb Rz 24; ausführlich zur verlangten »sufficient factual basis« *Harris/O'Boyle/Warbrick*, European Convention on Human Rights<sup>3</sup>, 675 ff.

1565 ZB EGMR 12. 7. 2001, *Feldek vs Slowakei*: Die Informationen waren bereits einer breiteren Öffentlichkeit bekannt; 2. 11. 2006, *Kobenter und Standard Verlags GmbH vs Österreich*: Tatsachenbericht in der gleichen Ausgabe und tags zuvor; dazu auch die Entscheidung des OGH 29. 4. 2008, 11 Os 124/07f (11 Os 125/07b).

1566 *Ratz* in *Karl/Berka*, Medienfreiheit, 82.

1567 Dazu *Lambauer SbgK Vorbem* §§ 111 ff Rz 70 ff; ähnlich auch *Ratz*, ÖJZ 2007, 951 mit Hinweis auf EGMR 2. 11. 2006, *Standard Verlags GmbH und Krawagna-Pfeifer vs Österreich*, Rz 57; näher XVI.B.4.c.iii.

1568 Wie in EGMR 23. 4. 1992, *Castells vs Spanien*, Rz 46: »[I]t remains open to the competent State authorities to adopt [...] measures, even of a criminal law nature, intended to react appropriately and without excess to defamatory accusations devoid of foundation or formulated in bad faith.«

war und ist regelmäßig Gegenstand der Rsp des EGMR, die hier stark einzelfallabhängig und kontextbezogen agiert.<sup>1569</sup> Das Strafrecht darf zweitens auch dann eingreifen, wenn die Tatsachengrundlage für die Kritik in der vorgebrachten Form nicht mehr ausreicht. Oder umgekehrt formuliert: Die Kritik ist mit Blick auf die Dichte der Tatsachengrundlage exzessiv.<sup>1570</sup> Beide Fälle erfasst nach der geltenden Rechtslage § 115 StGB.<sup>1571</sup>

Das Gebot, wonach Meinungsäußerungen iSv, also iSv Werturteilen, nur dann strafrechtlich geahndet werden können, wenn sie ohne oder jedenfalls ohne ausreichende Tatsachengrundlage erfolgen, ist damit eine Regel. Umgekehrt verletzt eine Strafnorm das Grundrecht auf Kommunikationsfreiheit (Art 13 StGG/Art 10 EMRK) dann, wenn es für das Werturteil eine ausreichende Tatsachengrundlage gibt, die entweder wahr ist oder der Äußernde jedenfalls mit guten Gründen für wahr gehalten hat. Das gilt auch dann, wenn das Werturteil äußerst scharf formuliert ist, aber eben mit Blick auf die Dichte der Tatsachengrundlage nicht exzessiv. Das Strafrecht darf daher in einem solchen Fall nicht zur Anwendung gelangen. Dass die Frage, ob eine solche ausreichende Tatsachengrundlage vorhanden ist, ihrerseits eine vorangehende Abwägung zwischen der Intensität des Werturteils und der Tatsachendichte verlangt, ändert nichts am Regelcharakter des Gebots.

Damit kennt das geltende Verfassungsrecht zumindest eine spezifische Regel für das Kommunikationsstrafrecht, die von der Rsp aufgestellt wurde.<sup>1572</sup> Der OGH prüft – diesen Grundsätzen folgend – daher in einem ersten Schritt, ob das Thema, auf das sich eine Äußerung bezieht, grundsätzlich von besonderem öffentlichem Interesse ist. In einem zweiten Schritt ermittelt der OGH, ob die Äußerungen insoweit einen Beitrag zur öffentlichen Debatte über dieses Thema leisten. Er verneint das dann, wenn die Äußerungen »bar jeder Sachlichkeit – primär auf eine Diffamierung der Person der verstorbenen Politikerin abzielen«

1569 ZB EGMR 24.2.1997, *De Haes und Gijssels vs Belgien*, insb Rz 46 ff: sehr starker Verdacht, der durch Dokumente beweisbar war, reichte als Tatsachengrundlage aus; 27.2.2001, *Jerusalem vs Österreich*, insb Rz 45: Zeitungsartikel und Gerichtsurteile lagen vor; näher *Frowein* in *Frowein/Peukert EMRK*<sup>3</sup> Art 10 Rz 32.

1570 Wegweisend hier EGMR 26.4.1995, *Prager und Oberschlick vs Österreich*, insb Rz 37, zu schweren, pauschalen Anschuldigungen gegen namentlich genannte Richter.

1571 Dazu zB *Rami WK*<sup>2</sup>-StGB § 111 Rz 5 ff.

1572 Vgl insoweit auch *Graf-Wintersberger*, Lebensbild und Bereicherung, 83 f, wonach zusammenfassend 1) Tatsachenbehauptungen mit überschießender Wertung, 2) Wertungsexzesse und 3) grob negative Werturteile ohne jedes Tatsachensubstrat unzulässig sind.

und die Äußerungen selbst letztlich gerade losgelöst von einer politischen Diskussion getätigt wurden.<sup>1573</sup>

## 6. Wahrung der menschlichen Intimsphäre

Der Schutz der Persönlichkeit des einzelnen Menschen und seines Privatlebens (insb Art 8 EMRK) kann mit guten Gründen als praktisch relevantester »Gegenspieler« der Kommunikationsfreiheit bezeichnet werden. In den meisten Fällen nämlich geht es bei der Abwägung der Kommunikationsfreiheit (Art 13 StGG/Art 10 EMRK) mit anderen gegenläufigen Interessen bei letzteren um den Schutz des Einzelnen und seinem Interesse an »Ruhe vor anderen«. Tatsächlich ist der Persönlichkeitsschutz des Einzelnen nach der gegenwärtigen Rsp nach Sphären abgestuft und damit nicht in allen Aspekten der menschlichen Persönlichkeit gleich stark ausgeprägt.<sup>1574</sup>

Als Regel gilt nach der Rsp<sup>1575</sup>, dass die Intimsphäre des Menschen, die den innersten Lebensbereich des Einzelnen erfasst, keiner Abwägung zugänglich ist. Es geht damit um den innersten Kernbereich des Privat- und Familienlebens, über deren Inhalt jede wie immer geartete Informationsteilnahme durch Außenstehende verletzend ist. Sie überwiegt dem Interesse anderer an der Kommunikation über diese Sphäre immer.<sup>1576</sup> Dieser Ausschnitt des höchstpersönlichen Lebensbereichs des einen markiert damit eine unbedingte Grenze für die Kommunikationsfreiheit eines anderen. Eine Indiskretion alleine reicht für eine Verletzung des Rechts auf Privatsphäre in diesem engen Bereich ggf bereits aus.<sup>1577</sup>

1573 14.10.2009, 15 Os 171/08y. Vgl insoweit auch die Rsp des BVerfG (jüngst zB BVerfG 14.6.2019, 1 BvR 2433/17 = StV 2020, 169), wonach herabsetzende Äußerungen, die sich als Formalbeleidigung oder bloße Schmähung entpuppen, einen Sonderfall bei der Auslegung und Anwendung der Ehrdelikte nach den §§ 185 ff dStGB bilden. In derartigen Fällen ist nämlich »ausnahmsweise keine Abwägung zwischen der Meinungsfreiheit und dem Persönlichkeitsrecht notwendig, weil die Meinungsfreiheit regelmäßig hinter den Ehrenschatz zurücktreten wird« (s auch BVerfGE 82, 43, 51; 90, 241, 248; 93, 266, 294).

1574 Ausführlich *Matscher*, StPdG 21 (2001) 27 ff; *ders*, RZ 2001, 245 ff; zu den weiteren Sphären XIV.C.10.

1575 ZB OGH 16.3.2011, 15 Os 98/10s = MR 2011, 179: »bei Angelegenheiten der intimsten Sphäre [bedeutet] jede Informationsteilnahme durch Außenstehende eine Verletzung der persönlichen Integrität [...]«; ebenso 16.12.2008, 11 Os 144/07x = MR 2009, 7; 19.8.2009, 15 Os 5/09p.

1576 *Matscher*, StPdG 21 (2001) 27; *ders*, RZ 2001, 245.

1577 So für die massenmediale Berichterstattung hierüber *Lendl*, ÖJZ 2011, 12.

## 7. Zweifelsregeln

### a. *In dubio pro libertate*

Als weitere Grundregel ausnahmslos jeder Abwägung iZm grundrechtlich relevanten Interessenkollisionen lässt sich die »formale Zweifelsregel« des »in dubio pro libertate« formulieren: Demnach ist die verfassungsgesetzlich gewährleistete Kommunikationsfreiheit als Regel anzusehen, jeder wie immer geartete staatliche Eingriff dagegen als die rechtfertigungsbedürftige Ausnahme.<sup>1578</sup> Kann am Ende eines Abwägungsprozesses kein klares Überwiegen eines Interesses ausgemacht werden, hat das strafrechtlich geprüfte Verhalten daher im Zweifel als grundrechtskonform zu gelten und im Strafverfahren ein Freispruch zu ergehen (§§ 259 Z 3, 447 iVm 259 Z 3, 488 Abs 1 iVm 259 Z 3, 336, 337 StPO). Auch nach der Rsp des EGMR besteht insgesamt eine klare Vermutung für die Zulässigkeit einer Meinungsäußerung.<sup>1579</sup> Diese Vermutung der Zulässigkeit einer Äußerung ist gerade im politischen Kontext eine essentielle Grundlage für echten Pluralismus der Meinungen.<sup>1580</sup>

### b. *In dubio pro Tatsachenäußerung*

Nach der Rsp des EGMR ist mit Blick auf die strafrechtlich zu prüfende Äußerung höchst relevant, ob bei einer insb ehrenrührigen Äußerung inhaltlich eine (beweisbare) objektive Tatsachenäußerung oder vielmehr ein (nicht beweisbares) subjektives Werturteil vorliegt. Nach § 9 Abs 2 MedienG sind Tatsachenäußerungen solche Inhalte, »die ihrer Art nach einer Prüfung auf ihre Richtigkeit und Vollständigkeit zugänglich sind und deren wesentliche Aussage nicht bloß in einer persönlichen Meinungsäußerung, einer Wertung oder einer Warnung vor dem zukünftigen Verhalten eines anderen besteht.« Es handelt sich daher um Äußerungen, deren Richtigkeit und Vollständigkeit in einem (gerichtlichen) Beweisverfahren überprüft werden kann.<sup>1581</sup> Werturteile dagegen

1578 So für alle Grundrechte *Berka* in FS Rill, 27; *ders*, Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz, 78 f; *Berka/Stolzlechner*, Öffentlichkeitskontakte, 66.

1579 So das Fazit von *Frowein* in *Frowein/Peukert* EMRK<sup>3</sup> Art 10 Rz 31.

1580 Einen »in dubio pro libertate«-Appell formuliert ähnlich auch *Bünnigmann*, ZUM 2014, 256 ff.

1581 Ausführlich *Rami* WK<sup>2</sup>-MedienG § 9 Rz 7 ff; oder *Windhager/Lattacher* in *Heißl*, Handbuch Menschenrechte, 14/23 ff.

sind einem Wahrheitsbeweis von vorneherein entzogen.<sup>1582</sup> Der EGMR unterscheidet im Wesentlichen gleich.<sup>1583</sup>

Nach der Rsp des EGMR ist nämlich bei Tatsachenbehauptungen in vielen Fällen vom Gesetzgeber die Möglichkeit eines strafbefreienden Wahrheits- und Gutgläubensbeweises (*proof of truth*; im MedienG zusätzlich: der Beweis der Einhaltung journalistischer Sorgfalt, *reasonable publication*<sup>1584</sup>) vorzusehen; andernfalls ist Art 10 EMRK verletzt.<sup>1585</sup> Konkret muss bei Tatsachenbehauptungen ein Wahrheitsbeweis zur Entlastung des Äußernden jedenfalls dann zulässig sein, wenn ein öffentliches Interesse berührt ist (außer zB bei Überwiegen des Geheimnisschutzes<sup>1586</sup> oder im höchstpersönlichen Lebensbereich<sup>1587</sup>).<sup>1588</sup> Der Abgrenzung von Tatsachenbehauptungen und Werturteilen kommt daher im Einzelfall ganz erhebliches Gewicht zu, weil Werturteilen im Vergleich zu wahren Tatsachenäußerungen eine Möglichkeit der Strafbefreiung fehlt.<sup>1589</sup> Unrichtige Tatsachenbehauptungen dürfen dagegen insgesamt häufiger verboten werden.<sup>1590</sup>

Zwar kommt den nationalen Instanzen bei der Beurteilung einer Äußerung als Tatsachenbehauptung oder Werturteil ein gewisser Ermessensspielraum zu.<sup>1591</sup> Österreich wurde in der Vergangenheit dennoch häufig vom EGMR mit der Begründung verurteilt, dass die Einordnung einer Äußerung als Werturteil unrichtig war und der straf-

1582 Ausführlich dazu statt vieler *Grabenwarter/Pabel*, EMRK<sup>7</sup>, § 23 Rz 28 ff; näher XVI.B.1.f.

1583 Näher mwN *Harris/O'Boyle/Warbrick*, European Convention on Human Rights<sup>4</sup>, 674f.

1584 Zu dieser Doktrin zB *Mendel*, Freedom of Expression, 59 ff.

1585 ZB EGMR 23.4.1992, *Castells vs Spanien*, Rz 48; 20.1.2009, *Csánics vs Ungarn*, Rz 43; *Harris/O'Boyle/Warbrick*, European Convention on Human Rights<sup>4</sup>, 681 f; *Matscher*, StPdG 29 (2001), 8f; *ders*, RZ 2001, 240 f; mit Bsp aus der Rsp *Mendel*, Freedom of Expression, 57 ff.

1586 Dazu XIV.C.7.

1587 Dazu XIV.C.8.

1588 Näher XIV.C.6.

1589 Dazu *Matscher*, StPdG 29 (2001), 8f; *ders*, RZ 2001, 240 f. In Österreich ist die Wahrheit der inkriminierten Äußerung iSd § 111 Abs 1 StGB (Üble Nachrede) ein Strafaufhebungsgrund nach Abs 3, ebenso wie der gute Glaube an ihre Wahrheit; näher XVI.E. § 29 MedienG sieht einen Strafaufhebungsgrund vor, wenn bei der inhaltlichen Gestaltung des Mediums die nötige journalistische Sorgfalt in Bezug auf die Wahrheit der Äußerung eingehalten wurde.

1590 So *Holoubek*, AfP 2003, 195.

1591 Vgl etwa das Urteil des EGMR 26.4.1995, *Prager und Oberschlick vs Österreich*, Rz 36: Pauschale Anschuldigungen gegen einen Richter sind einem Wahrheitsbeweis nicht zugänglich, sodass die Einordnung als Werturteil hier innerhalb des »margin of appreciation« liegt; dazu auch *Matscher*, StPdG 29 (2001), 20; *ders*, RZ 2001, 243 f.

befreiende Wahrheits- oder Gutgläubensbeweis daher zu Unrecht verwehrt wurde.<sup>1592</sup>

Da die Abgrenzung im Einzelnen aber höchst komplex, umstritten und schwierig ist,<sup>1593</sup> könnte als eine Abwägungsregel, die vom Gesetzgeber aufgestellt werden müsste, im Kommunikationsstrafrecht gelten, dass die inkriminierte Äußerung im Zweifel eine Tatsachenmitteilung ist, deren Wahrheitsbeweis vom Täter erbracht werden kann. Der OGH in Zivilrechtssachen etwa legt den Begriff der Tatsachen nach § 1330 ABGB entsprechend weit aus.<sup>1594</sup> Im Zweifel soll dem Kommunizierenden daher der Beweisversuch ermöglicht werden. Da Werturteile ohnehin nicht bewiesen werden können, führt eine diesbezügliche Fehleinschätzung im Einzelfall zu keinem Verlust der Effektivität des Strafrechts. Ist das Werturteil exzessiv, bleibt es bei der Strafbarkeit.

### c. *In dubio pro günstigste Auslegung der Äußerung?*

Wie an anderer Stelle bereits näher ausgeführt wurde, stellt die Ermittlung des Sinngehalts einer Textpassage oder bildlichen/filmischen Darstellung im Strafrecht eine Tatfrage dar.<sup>1595</sup> Dabei ist jeweils der gesamte Äußerungskontext zu berücksichtigen.<sup>1596</sup> Zur Feststellung des Inhalts einer Äußerung gehört auch die Ermittlung des relevanten Rezipientenkreises. Beides unterfällt der richterlichen Beweiswürdigung iSd § 258 Abs 2 StPO.<sup>1597</sup>

Im Medienrecht<sup>1598</sup>, Wettbewerbsrecht<sup>1599</sup> und im allgemeinen Zivilrecht<sup>1600</sup> herrschte lange Zeit der Grundsatz, dass der Äußernde die für

1592 So die Analyse von *Matscher*, StPdG 29 (2001), 8; *ders*, RZ 2001, 240.

1593 Wie unter XVI.B.1.f. aufgezeigt wird.

1594 RIS-Justiz RS0031810; *Khakzadeh-Leiler*, Grundrechte in der Judikatur, 160 mwN, spricht von einer »Zweifelsregel«, die hinterfragt werden muss (163 ff).

1595 Dazu schon oben IV.E.1.d.; RIS-Justiz RS0092588; wN bei *Lambauer* SbgK Vorbem §§ 111 ff Rz 35; *Rami* WK<sup>2</sup>-MedienG Präambel Rz 1/2. Anders ist es im Zivilrecht im Zusammenhang mit § 1330 ABGB: Der Sinngehalt einer Äußerung ist hier eine Rechtsfrage; dazu näher *Graf-Wintersberger*, Lebensbild und Bereicherung, 25 ff.

1596 Dazu näher XVI.B.1.b.

1597 OGH 8.5.2008, 15 Os 6/08h, 15 Os 7/08f; dazu auch *Graf-Wintersberger*, Lebensbild und Bereicherung, 23 ff; kritisch dazu *Rami* WK<sup>2</sup>-MedienG Präambel Rz 1/3; zur juristischen Maßfigur allgemein *Schmoller*, JBl 1990, 631 ff.

1598 ZB OGH 27.3.2007, 11 Os 18/07; näher *Berka/Heindl/Höhne/Noll*, MedienG<sup>4</sup>, Präambel, Rz 45, die auch auf die Umbrüche in dieser Rsp in der jüngeren Zeit hinweisen.

1599 Siehe nur RIS-Justiz RS0113462.

1600 § 915 ABGB: »...wird eine undeutliche Äußerung zum Nachtheile desjenigen erklärt, der sich derselben bedient hat.«; § 869 ABGB: »...Wer sich, um einen Andern



ihn ungünstigste Auslegungsvariante einer Äußerung gegen sich gelten lassen muss, wenn es mehrere Auslegungsvarianten oder Deutungen ein und derselben Äußerung gibt. Nach der aktuellen (seit 2008<sup>1601</sup>) strafrechtlichen Judikatur des OGH kann diese Rsp jedenfalls für das Strafrecht wegen des *in dubio pro reo*-Gebots (§ 14 StPO) nicht aufrechterhalten werden. Zentral ist hierbei, dass diese prozessuale Zweifelsregel »erst dann zum Tragen kommt, wenn nach eingehender Würdigung der Beweise objektiv vernünftige Zweifel«<sup>1602</sup> am Vorliegen eines für den Äußernden nachteiligen Sinngehalts der inkriminierten Äußerung gegeben sind. In diesem und nur in diesem Fall ist im Strafrecht die jeweils günstigste Auslegungsvariante als Sinngehalt anzunehmen. Eine aA vertritt demgegenüber *Schmoller*,<sup>1603</sup> wonach es sich bei der Frage, ob die ungünstigste oder die günstigste Auslegungsvariante heranzuziehen ist, bereits um die Beurteilung der Tatbestandsmäßigkeit einer Äußerung und damit um eine Rechtsfrage handelt. Das Gebot *in dubio pro reo* gelte allerdings nur für den Bereich der Tatsachenfeststellungen und die Beweiswürdigung, nicht jedoch für die Rechtsauslegung und insgesamt rechtliche Beurteilung eines Verhaltens, sodass dem Täter nach dieser Ansicht im Ergebnis die ungünstigste Verständnisvariante zur Last gelegt werden kann, »weil bei einer an eine große Personenzahl gerichteten Äußerung, wie bei der Publikation einer Tageszeitung, stets vorhersehbar ist, dass ein maßgeblicher Teil der Adressaten die Äußerung entsprechend ungünstig verstehen wird.«<sup>1604</sup> Ihm sei daher auch diese Verständnismöglichkeit zuzurechnen. ME überzeugt diese Ansicht. Eine entsprechende Regel, die vom Gesetzgeber zu dieser Frage aufgestellt wird, würde hier Klärung bringen.

---

zu bevorzugen, undeutlicher Ausdrücke bedient, oder eine Scheinhandlung unternimmt, leistet Genugthuung.«; näher *Graf-Wintersberger*, Lebensbild und Bereicherung, 35 ff.

1601 29.4.2008, 11 Os 124/07f, 11 Os 125/07b; 8.5.2008, 15 Os 6/08h, 15 Os 7/08f.

1602 ZB OGH 15.12.2008, 15 Os 156/08t.

1603 In *BMJ*, 41. Ottensteiner Fortbildungsseminar, 72 f.

1604 In *BMJ*, 41. Ottensteiner Fortbildungsseminar, 73.

## 8. Zweck: Schutz der Vermutung von Kommunikationsfähigkeit

Fasst man, wie *Amelung*, die Verletzung der menschlichen Ehre als kommunikationsgefährdende Bewusstseinsveränderung<sup>1605</sup> bei potentiellen Kommunikationspartnern auf, ergeben sich hieraus Grenzen der Kommunikationsfreiheit, die strafrechtlich aufgezeigt werden müssen. Weil der Informationsstand von Kommunikationspartnern über einen anderen durch einen Ehrangriff negativ beeinflusst werden könnte, ist dieser (quasi positive) Informationsstand entsprechend strafrechtlich zu schützen. Wie dargestellt<sup>1606</sup>, gehen potentielle Kommunikationspartner zunächst – meist unterbewusst – davon aus, dass ihr Gegenüber zu ebenbürtiger Kommunikation imstande ist, also *keine* kommunikationsabträglichen Züge aufweist. Ehre ist daher iS einer Unterstellung der ehrbegründenden Eigenschaften zu verstehen.<sup>1607</sup> Ein Ehrangriff beseitigt nun möglicherweise die Unterstellung, dass der Ehrträger ein geeigneter Kommunikationspartner ist. Vor solchen Ehrangriffen – wenn sie unberechtigt erhoben werden – ist der Ehrträger zu schützen.

»Rechtlicher Ehrschutz besteht danach in der Garantie, daß nach Maßgabe des rechtlich Möglichen die Unterstellung der ehrbegründenden Eigenschaften erhalten bleibt, und Erhaltung dieser Unterstellung heißt, daß im Fall der Ungewißheit bei dem Beschützten vom Vorliegen der ehrbegründenden Eigenschaften auszugehen ist [...] Das gilt allerdings nur, solange dieser Schutz ›verdient‹ ist.«<sup>1608</sup>

Wird die Unterstellung dagegen durch den Nachweis widerlegt, dass eine ehrmindernde Eigenschaft vorliegt, ist der rechtliche Schutz insoweit verwirkt.

Die zentrale Frage an dieser Stelle ist nun, ob sich aus dem Dargestellten Regeln, Prinzipien und Leitlinien der Abwägung im Kommunikationsstrafrecht gewinnen lassen. Die Antwort: Der Ansatz bekräftigt zunächst jene Regeln, Prinzipien und Leitlinien, die sich in der Rsp und Literatur bereits herauskristallisiert haben. So wird etwa der Geltungs-

1605 Dazu und zum Folgenden *Amelung*, Ehre als Kommunikationsvoraussetzung, 56 ff.

1606 Oben V.F.2.a.i.δ.

1607 ZB *Amelung*, Ehre als Kommunikationsvoraussetzung, 62.

1608 *Amelung*, Ehre als Kommunikationsvoraussetzung, 57.

anspruch der Regel bestärkt, dass grundsätzlich nur unwahre kommunikative Äußerungen über andere strafbar sein können. Schützenswert ist die Unterstellung, dass jemand ein ebenbürtiger Kommunikationspartner sei, nämlich stets nur in den Fällen, in welchen diese Unterstellung in Zweifel gezogen wird, ohne dass sich der Vorwurf als wahr erweisen lässt. Das gilt auch für die Äußerung eines bloß ehrenrühri- gen Verdachts. Zudem wäre eine Mindestpublizität in den Tatbeständen stets zwingend vorzusehen, weil nur dann tatsächlich die Gefahr besteht, von anderen (nämlich jenen, welche die negative Information über den Kommunikationspartner rezipieren könnten) nicht mehr als ebenbürtiger Kommunikationspartner anerkannt zu werden.

Aus dem von *Amelung* neu geschaffenen Begriff der »Ehre« im rechtlichen Sinne ergibt sich für die Abwägung aber auch etwas gänzlich Neues: Wenn Ehre bedeutet, dass eine grundsätzliche widerlegliche Vermutung besteht, dass der Ehrträger keine kommunikationsabträglichen Eigenschaften besitzt, dann kann es strafrechtlichen Ehrschutz konsequenterweise nur dann geben, wenn der Ehrangriff genau solche Eigenschaften zu Unrecht unterstellt.

Die zentrale Frage ist nun, welche Eigenschaften das sein können.<sup>1609</sup> ME können es nur und müssen es zugleich alle Eigenschaften sein, die einen Aspekt des menschlichen So-Seins darstellen, der für den Kommunikationspartner als Voraussetzung für eine erfolgreiche Kommunikation gilt. Damit ist zwar nicht allzu viel über die Art der Eigenschaft gesagt, weil letztlich jeder Aspekt des menschlichen So-Seins von einem Ehrangriff betroffen sein kann. Sehrwohl allerdings ist damit ein Hinweis auf die erforderliche Angriffsstärke gegeben: Strafrechtlich geahndet können demnach nur solche Ehrangriffe werden, die potentiell relevante Zweifel an der Kommunikationsfähigkeit des Ehrträgers schüren. Das sind nämlich stets auch solche Angriffe, die in einer demokratischen Gesellschaft unerträglich erscheinen, weil sie geeignet sind, einzelne Teilnehmer am demokratischen Diskurs auszuschließen. Zu diesem Ausschluss kommt es entweder, weil den Ehrträgern kein angstfreier Diskurs mehr möglich ist (aus Angst vor Ehrangriffen), oder aber weil durch einen Ehrangriff die Vermutung der Kommunikationsfähigkeit einzelner Teilnehmer so weit beseitigt ist, dass sie *de facto* von der Teilnahme ausgeschlossen werden. Weil oberste Leitlinie des Straf-

---

1609 Die von *Amelung* vorgeschlagenen scheinen aus den bereits genannten Gründen nicht geeignet; näher V.F.2.a.i.δ.

rechts die Sicherung des demokratischen Diskurses ist, wie noch aufgezeigt wird,<sup>1610</sup> ist die Grenze zwischen Erlaubtem und strafrechtlich Verbotenem da anzusetzen, wo aus einem Ehrangriff, der die Teilnahme am öffentlichen Diskurs nicht zu beeinträchtigen vermag, ein solcher wird, der die ehrbegründenden Eigenschaften eines Ehrträgers so weit in Zweifel zieht, dass genau diese Teilnahmemöglichkeit reduziert oder beseitigt werden kann.

## C. Prinzipien

### 1. Rechtlich geschützte Interessen

Als Prinzipien, die in eine gesetzgeberische Abwägungsentscheidung einfließen, könnten zuallererst jene vom Gesetzgeber rechtlich geschützten Interessen in den einschlägigen Materialien genannt werden, deren Schutz er mit einer strafrechtlichen Regelung bezweckt. Sie sind es, die im Sinne eines Prinzips in Relation zur Kommunikationsfreiheit mehr oder weniger verwirklicht werden sollen. Welche Interessen hier im Kommunikationsstrafrecht insb in Frage kommen, wurde bereits dargestellt.<sup>1611</sup> Dass sie einmal Prinzip, ein anderes Mal rechtlich geschütztes Interesse genannt werden, dient primär der begrifflichen Klarstellung: Als rechtlich geschütztes Interesse werden sie bezeichnet, wenn vom Gesetzgeber aus Anlass der Schaffung einer strafrechtlichen Regelung geklärt werden muss, welches von ihnen nach dem Optimierungsgebot mehr oder weniger verwirklicht werden soll, welches daher welchen Rang innerhalb der zu bildenden partiellen Vorrangrelationen einnimmt.<sup>1612</sup> Als Prinzip werden dieselben Interessen bezeichnet, wenn sie innerhalb eines Abwägungsvorgangs zwischen zwei rechtlich geschützten Interessen das Ergebnis in die eine oder andere Richtung deuten. Prinzipien unterstützen maW die Abwägung zwischen rechtlich geschützten Interessen.

---

1610 XIV.D.

1611 V.F.2.

1612 IX.I.2.

## 2. Optimierungsgebot – Prinzip praktischer Konkordanz

Auch das Optimierungsgebot als Gebot der maximalen Durchsetzung eines jeden in eine Interessenkollision involvierten Interesses und das Prinzip praktischer Konkordanz als verhältnismäßige Verwirklichung eines jeden schützenswerten Interesses zählen zu den Prinzipien, auf die Gesetzgebung und Vollziehung bei der Abwägung im Kommunikationsstrafrecht Bedacht nehmen müssen. Auf die obigen Ausführungen<sup>1613</sup> hierzu kann verwiesen werden.

## 3. Debate of Public Interest

Dem Standard des *Debate of Public Interest* folgend ist die Schwelle zulässiger Kommunikationsinhalte höher, wenn die Diskussion des Themas, dem die Inhalte zuzuordnen sind, im öffentlichen Interesse liegt und das Thema daher für den öffentlichen Diskurs bereitzustellen ist.<sup>1614</sup>

Das führt nach der Rsp des EGMR dazu, dass die Kritik am Staatsapparat insgesamt oder auch an größeren Einheiten innerhalb desselben, wie etwa der Regierung oder dem Parlament, weiter gehen darf als die Kritik an einzelnen Politikern und anderen Personen öffentlichen Lebens.<sup>1615</sup> Politische Kritik, auch besonders heftige, muss immer möglich bleiben, wenn das dahinterstehende Thema im öffentlichen Interesse liegt. Dasselbe gilt für eine wertneutrale Berichterstattung, auch wenn der Inhalt für die Betroffenen in höchstem Maße unangenehm ist: Solange die Grenze zur Intimsphäre<sup>1616</sup> eines Menschen nicht überschritten wird, ist jeweils das öffentliche Interesse an der Berichterstattung gegen das individuelle Interesse an der Nicht-Information abzuwägen. Ein Bsp wäre etwa der Fall des »Ibiza«-Videos.<sup>1617</sup>

Das bedeutet nach der Rsp des EGMR weiters, dass bei Werturteilen, die einem objektiven Beweis nicht zugänglich sind, umgekehrt auch kein Wahrheitsbeweis für den Strafausschluss verlangt werden darf, weil der politische Diskurs in Form von Bewertungen, Unmuts-

1613 V.G.1. und IX.E.

1614 Dazu *Berka* in Gedenkschrift Walter, 40 ff; ausführlich zB *Berka* in FS Schäffer, 91 ff; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK<sup>7</sup>, § 23 Rz 27; dazu näher XIV.D.2.

1615 ZB EGMR 23.4.1992, *Castells vs Spanien*; zahlreiche Bsp bei *Mendel*, Freedom of Expression, 11 ff.

1616 XIV.B.6.

1617 Dazu online: <<https://de.wikipedia.org/wiki/Ibiza-Aff%C3%A4re>> (27.7.2021).

äußerungen etc damit *de facto* verunmöglicht würde.<sup>1618</sup> Werturteile sind damit nur im Falle eines Exzesses strafbar; nicht aber, wenn sie bloß »unwahr« sind.<sup>1619</sup>

#### 4. Medien als Public Watchdog

Unbestritten ist es die zentrale Aufgabe der Medien, die Öffentlichkeit über für sie wesentliche Themen zu informieren.<sup>1620</sup> Das bedeutet auch, dass sie in einem Rechtsstaat die Funktion einnehmen, als »öffentlicher Wachhund« oder »Public Watchdog« die einzelnen Staatsgewalten zu beobachten.<sup>1621</sup> Mit dieser Funktion der Medien korrespondiert das Grundrecht des Einzelnen auf Informationsbeschaffung:<sup>1622</sup> Die Medien haben die Aufgabe, diese Informationen zur Rezeption bereitzustellen, damit der Einzelne dieses Grundrecht ausüben kann. Die Information und ihre rezeptive Verarbeitung wiederum sind in weiterer Folge für den ausgewogenen und aufgeklärten politischen Diskurs essentiell und finden ihre Grundlage damit mittelbar im Demokratieprinzip. Der EGMR anerkennt diese tragende Rolle der Medien in einer funktionierenden Demokratie und stattet die Medienberichterstattung daher mit besonderem Schutz aus.<sup>1623</sup> Auch der OGH betont dementsprechend die Funktion der Presse, politische Vorgänge kritisch zu beleuchten und verschiedene Positionen zu wesentlichen Vorgängen wiederzugeben, und streicht heraus:

»Die Freiheit der Meinungsäußerung findet nicht nur auf ›Nachrichten‹ oder ›Ideen‹ Anwendung, die günstig aufgenommen oder als nicht offensiv oder als indifferent angesehen werden, sondern auch auf solche, die verletzen, schockieren oder verstören.«<sup>1624</sup>

1618 ZB EGMR 8. 7. 1986, *Lingens vs Österreich*; 26. 4. 1995, *Prager und Oberschlick vs Österreich*; 19. 5. 2005, *Turhan vs Türkei*; ausführlich *Frowein* in *Frowein/Peukert* EMRK<sup>3</sup> Art 10 Rz 31.

1619 XIV.B.5.

1620 Dazu auch *Heißl*, Grundrechtskollisionen, 122 f.

1621 *Windhager/Lattacher* in *Heißl*, Handbuch Menschenrechte, 14/32.

1622 *Grabenwarter/Pabel*, EMRK<sup>7</sup>, § 23 Rz 42; dazu IV.C.2.a.

1623 ZB EGMR 24. 4. 1979, *Sunday Times vs Vereinigtes Königreich*; 23. 9. 1994, *Jersild vs Dänemark*; 26. 4. 1995, *Prager und Oberschlick vs Österreich*; weitere umfangreiche Nachweise zB bei *Grabenwarter/Pabel*, EMRK<sup>7</sup>, § 23 Rz 42, 50; *Mendel*, Freedom of Expression, 14 ff.

1624 RIS-Justiz RS0123667.

Für Einschränkungen politischer Äußerungen oder Diskussionen in Angelegenheiten des öffentlichen Interesses bleibt daher in diesem Bereich nur recht wenig Raum. Der Schutz dieser besonderen Funktion der Medien in einer demokratischen Gesellschaft wäre daher jedenfalls als Abwägungsprinzip zu sehen, dem im Bereich der Kommunikationsfreiheit eine besondere Bedeutung zukommt.

## 5. Public Figures-Standard

Der *Public Figures*-Standard wurde vom EGMR in seiner ständigen Rsp zu Art 10 EMRK entwickelt.<sup>1625</sup> Er besagt im Wesentlichen, dass Personen des öffentlichen Lebens (nicht nur innerhalb der politischen Arena<sup>1626</sup>), also solche, die sich aus beruflichen oder anderen Gründen freiwillig verstärkt in der Öffentlichkeit zeigen und damit dem öffentlichen Diskurs gleichsam aussetzen, einen entsprechend geringeren Schutz der Ehre genießen (etwa Politiker, Mitglieder von Königshäusern, »Stars« etc).<sup>1627</sup> Sie müssen maW schärfere Kritik aushalten als andere Personen, die sich nicht freiwillig einer öffentlichen Meinung stellen. Das bedeutet insb, dass der Persönlichkeitsschutz von Politikern im Vergleich zu Privatpersonen eingeschränkt ist; denn die Grenzen der zulässigen Kritik sind bei ihnen zur Gewährleistung des politischen Diskurses weiter gezogen, wenngleich der Schutz nicht gänzlich verloren geht.<sup>1628</sup> Zum Zeitpunkt der inkriminierten Äußerung über eine solcherart öffentliche Person muss sehrwohl ein gewisser Öffentlichkeitsbezug bestehen.<sup>1629</sup> Nur mit dieser Einschränkung des Persönlichkeitsschutzes kann die Freiheit der politischen Debatte, die so wesentlich für das Gelingen der Demokratie ist, sichergestellt werden. Hierbei

1625 ZB EGMR 8.7.1986, *Lingens vs Österreich*; 22.10.2007, *Lindon ua vs Frankreich*: Die völlig unbegründete Behauptung, Jean-Marie Le Pen gehöre zu einer »gang of killers«, durfte bestraft werden; 25.1.2007, *Vereinigung Bildender Künstler vs Österreich*; oder 26.6.1992, *Thorgeirson vs Island*; 15.3.2005, *Gümüs ua vs Türkei*; dazu auch *Harris/O'Boyle/Warbrick*, European Convention on Human Rights<sup>4</sup>, 670 ff; *Frowein in Frowein/Peukert* EMRK<sup>3</sup> Art 10 Rz 30; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK<sup>7</sup>, § 23 Rz 44 ff.

1626 Ausführlich *Graf-Wintersberger*, Lebensbild und Bereicherung, 86 f, zur Unterscheidung zwischen absoluten und relativen Personen der Zeitgeschichte 88 ff.

1627 Speziell zum Strafrecht ausführlich *Kienapfel/Schroll*, Grundriss BT I<sup>5</sup>, Vorbem §§ 111 ff Rz 19 ff; allgemein zB *Windhager/Lattacher in Heißl*, Handbuch Menschenrechte, 14/40 ff.

1628 RIS-Justiz RS0082182; zur fehlenden Tatsachengrundlage und zum Wertungsexzess als Grenzen XIV.B.5.

1629 OGH 10.6.2015, 15 OS 96/14b.

handelt es sich um ein für das Kommunikationsstrafrecht höchst relevantes Prinzip, weil es als wichtige Orientierungshilfe in Abwägungsfragen dienen kann, ohne eine zwingende Rechtsfolge vorzusehen. Es wird daher auch in der österreichischen Rsp angewendet.<sup>1630</sup> Außerhalb der politischen oder insgesamt demokratierelevanten Arena kann der Persönlichkeitsschutz einer *Public Figure* insb dann eingeschränkt sein, wenn diese Person ihr Privatleben ganz bewusst medial inszeniert (It-Girls/-Boys, BloggerInnen etc).<sup>1631</sup>

## 6. Strafflosigkeit wahrer Tatsachenäußerungen

Deutlich wird nach der Rsp des EGMR auch, dass bei Tatsachenäußerungen häufig ein Wahrheitsbeweis, der zu einer Strafbefreiung führt, vorgesehen sein muss.<sup>1632</sup> Fehlt die Möglichkeit des Wahrheitsbeweises, liegt nach der Rsp des EGMR umgekehrt regelmäßig eine Grundrechtsverletzung vor.<sup>1633</sup> Die Grundrechtsverletzung besteht darin, dass die Kommunikationsfreiheit grundsätzlich jedem ermöglicht, straffrei die Wahrheit zu sagen bzw Inhalte zu kommunizieren, von deren Richtigkeit und Vollständigkeit er immerhin mit guten Gründen ausgehen konnte. Das gilt prinzipiell auch dann, wenn es sich um Äußerungen handelt, die für einen anderen nachteilig sind. Das Interesse – ebenso, aber nicht nur im politischen Diskurs – am Hervorkommen der Wahrheit überwiegt hier häufig. Wahre Tatsachenäußerungen sind damit weitergehend von der Kommunikationsfreiheit geschützt als Lügen und folglich auch strafrechtlich nur mit besonderer Bedachtnahme zu ahnden.

Umgekehrt ist es aber genauso nicht unverhältnismäßig, bei ehrverletzenden Äußerungen tatsächlich einen solchen Wahrheitsbeweis

1630 RIS-Justiz RS0127027: »Weil Politiker erhöhter Kritik unterworfen sind, soweit sie in öffentlicher Funktion handeln, genügt im Rahmen politischer Auseinandersetzung bereits ein ›dünnes Tatsachensubstrat‹ für die Zulässigkeit einer Wertung.«; näher zB *Holoubek/Neisser in Machacek/Pahr/Stadler*, Grund- und Menschenrechte, 235.

1631 Ausführlich neuerlich *Graf/Wintersberger*, Lebensbild und Bereicherung, 102 ff.

1632 EGMR 23.4.1992, *Castells vs Spanien*, Rz 48; 20.1.2009, *Csánics vs Ungarn*, Rz 43; dazu auch *Harris/O'Boyle/Warbrick*, European Convention on Human Rights<sup>4</sup>, 670 ff; *Matscher*, StPdG 29 (2001), 8 f; *ders*, RZ 2001, 240 f.

1633 So auch das Fazit von *Harris/O'Boyle/Warbrick*, European Convention on Human Rights<sup>4</sup>, 681.



zu verlangen.<sup>1634</sup> Die Anforderungen an den Wahrheitsbeweis sind allerdings nicht immer gleich hoch zu halten: Je größer das öffentliche Interesse an der publizierten Information ist, umso geringer sind die Anforderungen an den Wahrheitsbeweis.<sup>1635</sup> Das bedeutet nach dem EGMR im äußersten Fall, dass der Wahrheitsbeweis dann überhaupt nicht mehr verlangt werden darf, wenn politische Kritik unmöglich gemacht werden würde, etwa wenn bestimmte Berichte von Journalisten bewiesen werden müssten, obwohl das die Berichterstattung *de facto* verhindern würde.<sup>1636</sup>

Dieser Wahrheitsbeweis muss aber nur grundsätzlich zu einer Strafbefreiung führen. Selbst bei erbrachtem Wahrheitsbeweis bleibt der Äußernde nämlich dann strafbar, wenn im Einzelfall ein besonderes Interesse an der Geheimhaltung einer Tatsache vorlag und diese Tatsache damit unter Geheimnisschutz stand.<sup>1637</sup> Tatsachen des Privat- und Familienlebens genießen hier einen erhöhten Schutz: Ein Wahrheits- oder Gutglaubensbeweis ist zum Schutze des Privat- und Familienlebens nach Art 8 EMRK dann kein Grund für die Straflosigkeit der Offenbarung solcher privater Tatsachen, wenn im Einzelfall kein spezifisches öffentliches Interesse an ihrer Preisgabe bestand. Das ist insb bei öffentlichkeitsbekannten Personen von Bedeutung; eine allen voran mediale, wahrheitsgemäße Berichterstattung über ihr Privatleben ist unzulässig, wenn keinerlei öffentliches Interesse an dieser Berichterstattung zu sehen ist.<sup>1638</sup>

Im Ergebnis handelt es sich folglich bei dem Grundsatz, dass wahre Behauptungen straffrei sind, um ein Prinzip, das im Einzelfall gegen etwaige andere Interessen, namentlich jenen an der Geheimhaltung auch bestimmter, wahrer Tatsachen, abzuwägen ist.<sup>1639</sup> Die österreichische Regelung zum Wahrheitsbeweis für Äußerungen, die den Tatbestand der Üblen Nachrede nach § 111 StGB verwirklichen, ist in §§ 111 Abs 3 iVm 112 StGB (bzw für Medieninhaltsdelikte: § 6 Abs 2 Z 2

1634 EGMR 7.5.2002, *McVicar vs Vereinigtes Königreich*; 15.2.2005, *Steel and Morris vs Vereinigtes Königreich*; 14.2.2008, *Rumyana Ivanova vs Bulgarien*, Rz 39; näher *Frowein* in *Frowein/Peukert* EMRK<sup>3</sup> Art 10 Rz 35.

1635 Neuerlich *Matscher*, StPdG 29 (2001), 8 f; *ders*, RZ 2001, 241.

1636 EGMR 25.6.1992, *Thorgeirson vs Island*, Rz 65.

1637 Dazu näher XIV.C.7.

1638 So *Frowein* in *Frowein/Peukert* EMRK<sup>3</sup> Art 10 Rz 28 mit Blick auf einschlägige Rsp.

1639 Dazu XIV.C.7.

lit b MedienG) verankert.<sup>1640</sup> Sie folgt damit im Wesentlichen diesem Grundsatz.

## 7. Geheimnisschutz

Auch ein besonderes Bedürfnis an der Geheimhaltung bestimmter wahrer Tatsachen kann grundsätzlich eine taugliche Grundlage für ein entsprechendes strafrechtliches Verbot der Preisgabe solcher Geheimnisse sein. Immerhin sind Einschränkungen der Kommunikationsfreiheit nach Art 10 Abs 2 EMRK ua schon dann zulässig, wenn sie in einer demokratischen Gesellschaft unentbehrlich sind, um die Verbreitung von vertraulichen Nachrichten etwa zum Schutz der nationalen Sicherheit oder auch der Rechte anderer zu verhindern.

Im Interesse der Strafrechtspflege kann nach dem EGMR eine Strafe im Sinne der Effektivität der Strafverfolgung zB gerechtfertigt sein, wenn ein Journalist aus einem Ermittlungsverfahren noch verschlossene Details veröffentlicht.<sup>1641</sup> Dagegen verletze die strafrechtliche Verfolgung eines Staatsanwalts, der eine Anklageschrift an die Presse weitergibt, nach einer anderen Entscheidung sehr wohl Art 10 EMRK; das Interesse der Öffentlichkeit an der Kenntnis des Inhalts überwog im konkreten Einzelfall jenes auf staatliche Geheimhaltung.<sup>1642</sup>

Ein solches Geheimhaltungsinteresse besteht allerdings nach der EGMR-Rsp dann nicht mehr, wenn die Tatsachen im Zeitpunkt ihrer Preisgabe ohnehin bereits allgemein bekannt waren. In solchen Konstellationen unterliegt das Interesse an der Geheimhaltung jenem auf Kommunikationsfreiheit dann, wenn ein öffentliches Interesse an der Kenntnis der Tatsachen besteht. Ein strafrechtliches Verbot, das dennoch eingreift, mündet diesfalls in eine Verletzung von Art 10 EMRK.<sup>1643</sup> Voraussetzung ist hier aber, dass die Veröffentlichung zu einer Debatte von öffentlichem Interesse beitragen kann: Eine massenhafte, unkommentierte Veröffentlichung der Steuerdaten von 1,2 Millionen Bürgern, deren Jahreseinkommen eine bestimmte Grenze überschreiten, durfte daher zB untersagt werden, obwohl die Steuerdaten ohnehin öffentlich

1640 Näher XVI.E.

1641 EGMR 6. 6. 2017, *Y. vs Schweiz*.

1642 EGMR 13. 11. 2008, *Kayasu vs Türkei*.

1643 EGMR 22. 5. 1990, *Weber vs Schweiz*, insb Rz 51.

zugänglich waren, weil durch die Art der Veröffentlichung kein Beitrag zu einem öffentlichen Diskurs geleistet wurde.<sup>1644</sup>

Beim Geheimnisschutz handelt es sich folglich um ein Prinzip, das jeweils gegen das Interesse insb der Öffentlichkeit am öffentlichen Diskurs des Inhalts abzuwägen ist. Hierauf könnte sich der Gesetzgeber bei der Schaffung von Kommunikationsstrafrecht ausdrücklich berufen.

## 8. Wahrung des höchstpersönlichen Lebensbereichs

Als weiteres, vom Gesetzgeber möglicherweise genanntes Abwägungsprinzip im Kommunikationsstrafrecht lässt sich formulieren, dass der höchstpersönliche Lebensbereich eine Grenze der Kommunikationsfreiheit bildet: Wo der private Bereich des menschlichen Seins des einen beginnt, endet grundsätzlich die Freiheit des anderen, darüber zu kommunizieren. Wie bereits ausgeführt, kann der Persönlichkeitsschutz nach Art 8 EMRK nämlich als bedeutendstes Gegeninteresse der Kommunikationsfreiheit genannt werden.<sup>1645</sup> Als Zentrum der durch das Grundrecht des Privat- und Familienlebens geschützten Privatsphäre genießt der höchstpersönliche Lebensbereich besonderen Schutz vor (insb medialer) Preisgabe.<sup>1646</sup>

Zu diesem höchstpersönlichen Lebensbereich zählen nach der Rsp jene Angelegenheiten, deren Kenntnissnahme durch Außenstehende die persönliche Integrität im besonderen Maß berührt, namentlich das Leben in der Familie, die Gesundheitssphäre und das Sexualleben, aber auch Kontakte mit engsten Vertrauten<sup>1647</sup>, insb auch die Beziehung von Ehegatten zueinander samt deren konfliktbeladener Kommunikation im häuslichen Bereich<sup>1648</sup>. Aber selbst das Verlassen des räumlich privatesten Kreises kann noch unter den Schutz des höchstpersönlichen Lebensbereichs fallen, denn auch die sog Privatöffentlichkeit<sup>1649</sup> gehört noch zu diesem Kernbereich. Hierunter versteht der OGH privates Handeln in öffentlichen Räumen, das aber doch in abgegrenzten Bereichen

1644 EGMR 27.6.2017, *Oy vs Finnland*.

1645 V.F.2.a.

1646 OGH 23.9.2008, 4 Ob 150/08z.

1647 OGH 16.12.2008, 11 Os 144/07x; 8.5.2013, 6 Ob 21/13a; vgl auch EGMR 22.1.2008, *E.B. vs Frankreich*; außerdem RIS-Justiz RSo122148.

1648 OGH 19.8.2009, 15 Os 5/09p; weitere Bsp aus der Rsp zB bei *Heißl*, Persönlichkeitseingriffe, 48.

1649 Zum Begriff statt vieler auch *Graf-Wintersberger*, Lebensbild und Bereicherung, 112.

stattfindet, die eine gewisse Vertraulichkeit vermitteln und schon bei objektiver Betrachtung nicht für die Anteilnahme einer unbegrenzten Öffentlichkeit bestimmt sind.<sup>1650</sup> Ein Bsp wäre etwa ein privater Restaurantbesuch.

Der Staat unterliegt im gesamten Bereich der menschlichen Privatsphäre nach Art 8 EMRK sogar besonderen Schutzpflichten: Er muss entsprechende Eingriffe in die Privatsphäre seiner Rechtsunterworfenen nicht nur selbst unterlassen, sondern sie auch vor Eingriffen anderer bewahren.<sup>1651</sup> Dementsprechend schützt § 111 StGB (Üble Nachrede) den Privaten vor Eingriffen in diese besondere Sphäre. Der Schutz wird über § 112 S 2 StGB insofern noch verstärkt, als nämlich über Tatsachen des Privat- oder Familienlebens der Wahrheitsbeweis und der Beweis des guten Glaubens iSd § 111 Abs 3 StGB nicht zulässig sind. Es bleibt daher bei einer Strafbarkeit wegen Übler Nachrede auch dann, wenn die verächtliche Eigenschaft oder Gesinnung tatsächlich besteht oder das unehrenhafte oder gegen die guten Sitten verstößende Verhalten tatsächlich gesetzt wurde, sofern es sich um ein Verhalten oder eine Gesinnung handelt, das/die dem höchstpersönlichen Lebensbereich des Opfers zuzuordnen ist.

Anders als bei der Intimsphäre des Einzelnen<sup>1652</sup> handelt es sich zwar bei der »sonstigen« Privatsphäre um keine absolute Grenze für die Kommunikationsfreiheit. Aber auch der höchstpersönliche Lebensbereich jenseits dieses innersten Kerns ist einer den Eingriff rechtfertigenden Interessenabwägung in aller Regel nicht zugänglich.<sup>1653</sup> Die Privatsphäre des Menschen, sein Leben im familiären und häuslichen Raum hat damit zumindest prinzipiell Vorrang vor der Meinungs- und hier insb der Pressefreiheit.<sup>1654</sup> Ausnahmsweise kommt dem höchstpersönlichen Lebensbereich des Einzelnen jedoch weniger Gewicht zu als dem öffentlichen Diskurs über Tatsachen hieraus. Das ist nach dem OGH dann der Fall, wenn ein unmittelbarer Zusammenhang des Privatlebensausschnitts mit dem öffentlichen Leben der Person besteht, vor-

1650 OGH 21.1.2009, 15 Os 175/08m.

1651 Bahnbrechend hier EGMR 24.6.2004, *Caroline von Hannover vs Deutschland*, Rz 57 mwN.

1652 Dazu XIV.B.6.

1653 RIS-Justiz RS0122148; *Aicher*, MR 2013, 107ff, geht für den Bereich zivilrechtlicher Unterlassungsansprüche von einem eingriffsfesten Kern der Privatsphäre aus, die überhaupt keiner Interessenabwägung zugänglich ist.

1654 Grundlegend insoweit EGMR 24.6.2004, *Caroline von Hannover vs Deutschland*.

ausgesetzt, die Berichterstattung erfolgt in einem Umfang und in einer Intensität, die notwendig ist, um den auf den öffentlichen Bereich bezogenen Informationsinteressen sachgerecht Rechnung zu tragen.<sup>1655</sup> Als Bsp für die hier notwendige Interessenabwägung kann die »Ibiza«-Affäre genannt werden.<sup>1656</sup> Speziell für den massenmedialen Bereich gilt:

»Je reißerischer die Textierung und Aufmachung [...] ist, je eher sie darauf abzielt, beim Rezipienten eine bestimmte Bewertung hervorzurufen, desto eher ist sie im Vergleich zur reinen Sachinformation als bloßstellend anzusehen.«<sup>1657</sup>

Die Kommunikationsfreiheit genießt außerdem meist den Vorrang, wenn mit guten Gründen von einem stillschweigenden Einverständnis in eine mediale Berichterstattung ausgegangen werden kann.<sup>1658</sup> So hält der OGH in der Entscheidung 15 Os 53/15f<sup>1659</sup> fest, dass der höchstpersönliche Lebensbereich auch dann verlassen wird, wenn die Person eine Handlung des an sich höchstpersönlichen Lebensbereichs mit so starkem Sozialbezug setzt, dass die Teilhabe fremder Personen in Kauf genommen werden muss (zB Bloggen auf Instagram). Sie hat diesfalls mit ihrem jeweiligen Verhalten über das sozial vermittelte Persönlichkeitsbild disponiert.

## 9. Erhöhter Schutz bei künstlerischen Äußerungen?

Fraglich und daher einer gesetzgeberischen Klarstellung bedürftig könnte auch sein, ob künstlerischen Äußerungen im Vergleich zu anderen Kommunikationsformen, denen der künstlerische Aspekt fehlt, ein erhöhter Schutz zukommt. Die Kunstfreiheit nach Art 17a StGG ist zur allgemeinen Kommunikationsfreiheit im Wesentlichen als *lex specialis* und der Formulierung nach zunächst schrankenlos ausgestaltet.<sup>1660</sup>

Es kann jedoch kein Zweifel darüber bestehen, dass auch künstlerische Äußerungen nicht grenzenlos sein dürfen: So kann etwa ein auf einer Bühne begangener Mord nach § 75 StGB (eingebettet in ein Theater-

1655 OGH 16.12.2008, 11 Os 144/07x; 16.3.2011, 15 Os 98/10s; dazu auch *Lendl*, ÖJZ 2011, 12 f. Oben XIV.C.3.

1657 ZB OGH 21.1.2009, 15 Os 175/08m; 16.3.2011, 15 Os 98/10s = MR 2011, 179.

1658 Siehe auch RIS-Justiz RS0125181; näher zB *Lendl*, ÖJZ 2011, 13 mit Hinweis auf OGH 19.8.2009, 15 Os 5/09p; 11.11.2009, 15 Os 42/09d.

1659 29.4.2015.

1660 IVC.2.d.i.

stück) niemals als »Kunstprojekt« erlaubt sein, wiewohl ein Theaterstück an sich eine künstlerische Ausdrucksform von Kommunikation ist.<sup>1661</sup>

ME genießen künstlerische Äußerungen auch nicht per se einen höheren Schutz. Dass eine bestimmte Meinung, Idee oder Behauptung in einer Kunstform vermittelt wird, führt lediglich dazu, dass eben beide Interessen – nämlich jene an der Äußerung und an der freien Ausübung der Kunst – kumulativ auf die eine Seite der Abwägung einzustellen sind.<sup>1662</sup> Der Umstand, dass es sich bei bestimmten kommunikativen Handlungen um künstlerische Ausdrucksformen wie etwa Kabarett oder Parodie, Karikatur oder Satire<sup>1663</sup> handelt, ist insoweit also bei der Abwägung zu beachten. Hierbei ist insb mitzuberücksichtigen, dass eine gewisse Übertreibung, Provokation oder Realitätsverfremdung charakteristisch für diese Ausdrucksformen ist.<sup>1664</sup> Damit ist allerdings noch nichts darüber ausgesagt, welches Gewicht den Interessen im Einzelfall zukommt. Diese Interessen sind dann nämlich der anderen Interessenseite im Sinne einer Abwägung gegenüberzustellen: Es kann dies etwa das Recht auf Ehre (insb Art 8 EMRK) oder uU auch das Recht auf Schutz religiöser Gefühle (insb Art 9 EMRK)<sup>1665</sup> sein.

Nach der Rsp des dt BVerfG ist zB bei einem Roman als literarischem Werk von einer Vermutung der Fiktionalität des Texts auszugehen. Die Kunstfreiheit schließe demnach auch das grundsätzliche Recht ein, reale Vorbilder als Romanvorlagen zu verwenden, unterliege hierbei aber Grenzen, die im Persönlichkeitsrecht dieser realen Person zu verorten sind.<sup>1666</sup> Ein Prinzip, wonach künstlerischen Äußerungen *per se* ein erhöhter Schutz zukommt, kann aus der Rechtsordnung zudem schon wegen der prinzipiellen Gleichrangigkeit aller Grund-

1661 Dazu schon ausführlich *Schmoller* in *Pauger*, Art goes law, 197 ff.

1662 Dazu X.D.3.a.; eine differenzierte Einzelfallabwägung befürwortend *Kienapfel/Schroll*, Grundriss BT I<sup>5</sup>, Vorbem §§ 111 ff Rz 30 ff; OLG Wien 29.1.1992, 27 Bs 25/92 = MR 1992, 17; 24.7.2013, 17 Bs 70/13p = MR 2013, 211.

1663 Dazu statt vieler zB *Öner*, JBl 2011, 742 ff; außerdem *Kienapfel/Schroll*, Grundriss BT I<sup>5</sup>, Vorbem §§ 111 ff Rz 32.

1664 Vgl auch *Lendl*, ÖJZ 2011, 11 mit Hinweis auf OGH 8.5.2008, 15 Os 6/08h; 11.9.2008, 15 Os 10/08x; 24.6.2009, 15 Os 172/08w; ausführlich zu den Prüfungsparametern der Zulässigkeit von Satire *Graf-Wintersberger*, Lebensbild und Bereicherung, 184 f zusammenfassend.

1665 Zum Spannungsfeld zwischen Religions- und Kommunikations- bzw Kunstfreiheit am Bsp des sog »Karikaturenstreits« zB *Akyürek/Kneihs*, JRP 2006, 79 ff; *Holoubek*, JRP 2006, 84 ff; *Luf/Schinkele*, JRP 2006, 88 ff.

1666 BVerfGE 119, 1; dazu ausführlich zB *Bünnigmann*, Die »Esra«-Entscheidung, 1 ff.

rechte<sup>1667</sup> nicht abgeleitet werden. Auch im Bereich des Art 10 EMRK, der auch die Kunstfreiheit umfasst,<sup>1668</sup> gelten für die Kunstfreiheit keine anderen Eingriffsschranken als für die Kommunikationsfreiheit im Allgemeinen.<sup>1669</sup> Der Strafgesetzgeber könnte aber eine andere Wertung vornehmen, wie noch zu prüfen ist.<sup>1670</sup>

## 10. Wahrung der Sozial- und Öffentlichkeitssphäre?

Der Schutz des Persönlichkeitsrechts ist aktuell keineswegs in all seinen Aspekten gleichermaßen stark ausgeprägt. Vielmehr ist er nach der einschlägigen Rsp dem Einzelnen vom Staat in abgestufter Form zu gewähren. Während die Intimsphäre den umfassend geschützten (*Regel*)<sup>1671</sup> und der höchstpersönliche Lebensbereich den immerhin noch weitestgehend geschützten Bereich (*Prinzip*)<sup>1672</sup> darstellen, lassen sich mit Blick auf die Praxis für die Sozialsphäre und noch weniger die Öffentlichkeitssphäre keine Prinzipien (und noch weniger Regeln) aus Rsp und hL für die Abwägung ableiten. Erstere umfasst gesellschaftliche Kontakte und insgesamt das Außenleben einer Person; im Rahmen der Öffentlichkeitssphäre stellt sich die Person überhaupt bewusst einem unbekanntem Publikum.<sup>1673</sup> Zwar gibt es auch hier Grenzen. Sie sind allerdings stark von der individuellen Abwägungssituation und damit dem jeweiligen Einzelfall abhängig. Der Gesetzgeber könnte jedoch auch für diese Sphären spezielle Abwägungsprinzipien vorgeben.

## D. Leitlinien

Die vorgestellten Regeln und Prinzipien dienen nicht dem bloßen Selbstzweck, sondern höheren gesamtstaatlichen Zielen – einem gleichsam »größeren Ganzen«. Die Kommunikationsfreiheit und mit ihr verbundene Abwägungsfragen verbindet immer das grundsätzliche Ziel einer »angstfreien« und unbeschwerten Kommunikation der Rechtsunter-

1667 Dazu ausführlich V.D.

1668 IV.C.2.a.

1669 Grabenwarter/Pabel, EMRK<sup>7</sup>, § 23 Rz 56.

1670 XV.

1671 XIV.B.6.

1672 XIV.C.8.

1673 So Matscher, StPdG 29 (2001), 28; ders, RZ 2001, 246.

worfenen. Dieses Ziel wiederum dient dem Erhalt eines möglichst regen, gleichberechtigten und offenen Diskurses, der nach herrschendem Verständnis unabdingbare Voraussetzung für das Funktionieren einer Demokratie ist. Die genannten Abwägungsmaximen des Kommunikationsstrafrechts sollen damit letztlich das verfassungsgesetzlich verankerte Baugesetz der Demokratie (»Demokratisches Prinzip«) stärken.<sup>1674</sup> Auf all das könnte sich der Gesetzgeber ebenfalls ausdrücklich berufen. Dies soll nachfolgend noch genauer ausgeführt werden.

### 1. »Angstfreie« Kommunikation

Zentrales Ziel der Kommunikationsfreiheit (Art 13 StGG/Art 10 EMRK) und damit eine wesentliche Leitlinie für das Strafrecht ist zunächst, den Rechtsunterworfenen grundsätzlich einen gleichberechtigten, regen und damit insgesamt angstfreien Diskurs zu ermöglichen. Denn:

»Wenn Menschen befürchten müssen, dass ihnen aus ihrer Meinungsäußerung Nachteile erwachsen können, selbst wenn es sich nur um die Notwendigkeit der Rechtfertigung handelt, dann werden die Äußerungen häufig unterlassen.«<sup>1675</sup>

Es entsteht die Gefahr einer Einschüchterungswirkung (sog »chilling effect«).<sup>1676</sup> Kommunikation als unabdingbare Voraussetzung für jedes menschliche Zusammenleben soll grundsätzlich unbedarft stattfinden dürfen, weil das menschliche Zusammenleben sonst rasch unter einen gewissen Druck gestellt würde: Weil Kommunikation unvermeidlich ist (»Man kann nicht nicht kommunizieren.«<sup>1677</sup>) und gleichsam zum menschlichen Urverhalten zählt, läuft sie vielfach quasi-automatisch ab und ist solcherart selbstverständlich. Die Angst vor Sanktionen oder Strafe, wenn man nicht wie vom Staat vorgegeben kommuniziert, soll möglichst gering gehalten werden. Das sollte dadurch geschehen, dass die Kommunikationsfreiheit insgesamt wenig eingeschränkt wird. Im Strafrecht gilt das wegen des *ultima ratio*-Grundsatzes umso mehr. Im Strafrecht darf es nur dort geben, wo durch eine entgleiste

1674 Zu den Baugesetzen der österreichischen Verfassung statt vieler *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht<sup>12</sup>, Rz 62 ff.

1675 *Frowein in Karl/Berka*, Medienfreiheit, 19.

1676 Dazu statt vieler *Frowein in Karl/Berka*, Medienfreiheit, 19 ff.

1677 IV.B.



Kommunikation genau dieses menschliche Zusammenleben sozial unerträglich gefährdet wäre. Aus allen anderen Bereichen hat sich das Recht insgesamt, besonders aber das Strafrecht, herauszunehmen, weil andernfalls ein öffentlicher Diskurs und die Verwirklichung des demokratischen Prinzips nicht erreicht werden können.

## 2. Öffentlicher Diskurs

Die angstfreie Diskussion dient ihrerseits dem Ziel, den öffentlichen Diskurs insgesamt lebendig zu halten. Im öffentlichen Raum soll über alle die Öffentlichkeit interessierenden Themen eine lebendige Gesprächs- und Debattenkultur möglich werden, die der Verständigung, Information, Bildung, dem Austausch und der Integration aller Teilnehmenden dient. Die herausragende Wichtigkeit des öffentlichen Diskurses betont der OGH in seinen Entscheidungen wiederholt.<sup>1678</sup> Die rechtsphilosophischen Begründungstheorien für den Schutz der Kommunikationsfreiheit insgesamt sind nämlich einerseits durch das Bild des »marketplace of ideas« und andererseits von der Vorstellung einer »self-governance of the people« geprägt.<sup>1679</sup> Die Metapher des *marketplace of ideas* von *John Stuart Mill* geht davon aus, dass sich wie im freien Markt, wo der Wettbewerb aller Waren das beste Angebot hervorbringt, auf einem imaginären Marktplatz der Ideen ebenso die richtige, wahre Meinung im öffentlichen Diskurs herausbilden wird, wenn alle »Ideen« formuliert und ausgedrückt werden dürfen.<sup>1680</sup> Im Bereich der politischen Debatte und insgesamt bei Themen von öffentlichem Interesse ist diese Sicherstellung des gelungenen öffentlichen Diskurses daher zentrales Anliegen der Kommunikationsfreiheit. Das bedeutet umgekehrt:

1678 So etwa OGH 14.10.1980, 9 Os 49/80, 9 Os 50/80 = EvBl 1981/94 = SSt 51/47.

1679 Dazu auch *Schumacher*, Medienberichterstattung, 7 ff.

1680 *Mill*, *On Liberty*, Chapter II. Auf dieser Grundlage formulierte *Scanlon* (in *Dworkin*, *The philosophy of law*, 160 f) das »Millian Principle«: »There are certain harms which, although they would not occur but for certain acts of expression, nonetheless cannot be taken as part of a justification for legal restrictions on these acts. These harms are: (a) harms to certain individuals which consist in their coming to have false beliefs as a result of those acts of expression; (b) harmful consequences of acts performed as a result of those acts of expression, where the connection between the acts of expression and the subsequent harmful acts consist merely in the fact that the act of expression led the agents to believe (or increased their tendency to believe) these acts to be worth performing.«

»There is little scope under Article 10 § 2 of the Convention for restrictions on freedom of expression in the area of political speech or debate – where freedom of expression is of the utmost importance [...] – or in matters of public interest [...].«<sup>1681</sup>

### 3. Demokratie

All die genannten Regeln, Prinzipien und auch die vorgenannten Leitlinien sind ihrerseits letztlich Ausfluss eines der Grundprinzipien der österreichischen Verfassung, nämlich des Demokratieprinzips nach Art 1 B-VG, wonach alles Recht vom Volk ausgeht und der Staat jede seiner Entscheidungen und Handlungen vor dem Volk verantworten muss. Die Anforderungen an die Kommunikationsfreiheit und ebenso des Strafrechts sind daher auch solche des Pluralismus, der Toleranz sowie der Offenheit und Vielfalt der Gedanken, ohne die es eine demokratische Gesellschaft nicht geben kann.<sup>1682</sup>

## XV. Regeln, Prinzipien und Leitlinien des Gesetzgebers

### A. Allgemeines

Im Folgenden werden die Ergebnisse der Inhaltsanalyse<sup>1683</sup> der einschlägigen Gesetzesmaterialien<sup>1684</sup> in aller Kürze dargestellt. Ziel der Untersuchung ist, etwaige vom Gesetzgeber tatsächlich zugrunde gelegte oder jedenfalls angeordnete Regeln, Prinzipien und Leitlinien der Abwägung im Kommunikationsstrafrecht aus den Gesetzesmaterialien als zentrale Quelle<sup>1685</sup> solcher Abwägungsgesichtspunkte herauszuarbeiten. Im Idealfall fallen die Resultate einer solchen Analyse in einer Deutlichkeit aus, die es ermöglicht, die von *Koch H./Rüßmann* statuierten Probleme des Gesetzesbindungspostulats zu relativieren:

---

1681 Statt vieler zB EGMR 22.10.2007, *Lindon et al vs Frankreich*, Rz 46 mwN.

1682 Vgl EGMR 24.6.2004, *Caroline von Hannover vs Deutschland*, Rz 58.

1683 Zur Methode auch I.D.

1684 Zu den analysierten Materialien XIII.E.

1685 Dazu VI.C.4.b. und X.I.

Demnach komme es häufig zu überhaupt keiner parlamentarischen Festlegung der Ziele des Gesetzgebers. Ist der gesetzgeberische Wille dem Gesetz oder den Gesetzesmaterialien zwar ausnahmsweise zu entnehmen, finde man häufig lediglich höchst allgemeine Erklärungen, die eine diffizile Interpretationsfrage nicht zu lösen vermögen. Und schließlich diene eine Vorschrift oftmals »der Verwirklichung mehrerer, nicht gleichzeitig maximierbarer Zustände. Die in diesem Falle anzustrebende Optimierung werde regelmäßig nicht mehr in Bindung an einen quasi übergeordneten Zweck erfolgen können.«<sup>1686</sup> Die ersten beiden Argumente gegen das Gesetzesbindungspostulat würden sich dadurch entkräften lassen, dass der Gesetzgeber seinen Willen in den Materialien und im Gesetzeswortlaut ausdrücklich betont und deutlich artikuliert. Dient das Strafgesetz mehreren Zwecken, die zueinander im Verhältnis einer wechselseitigen Optimierung stehen, könnte der Gesetzgeber immerhin möglichst klare Vorgaben treffen, wie dieses optimierte Ergebnis erzielt werden kann.

Der sehr weite Untersuchungsgegenstand erfasst alle Delikte, die intentional auf die Vermittlung kommunikativer Bedeutungsinhalte gerichtete Verhaltensweisen verbieten. Darunter fallen zwar auch Strafnormen, die auf den ersten Blick nicht dem »Kommunikationsstrafrecht« anzugehören scheinen (zB §§ 304 ff, 107a, 207a StGB). Aber nur durch diese Gesamtschau kann eine abschließende Aussage zu den gesetzgeberischen Wertungen im Kommunikationsstrafrecht getroffen werden.<sup>1687</sup> Der Inhaltsanalyse wurde hierzu ein eigenes, an die Arbeiten zur Motivanalyse von *McClelland*<sup>1688</sup> angelehntes, aber selbständig auf die Gesetzesmaterialien adaptiertes Kategoriensystem<sup>1689</sup> zugrundegelegt:

- ▷ **Bedarf:** Woraus ergibt sich der Regelungsbedarf?
- ▷ **Ziel:** Welches Ziel wird verfolgt?
- ▷ **Abwägungsgesichtspunkte ieS:** Welche Abwägungsgesichtspunkte sind in die gesetzgeberischen Erwägungen eingeflossen?
- ▷ **Definitionen:** Konkretisiert der Gesetzgeber einzelne Begriffe des Gesetzestexts in den Materialien?

1686 Koch H./Rüßmann, Juristische Begründungslehre, 211.

1687 Zum Untersuchungsgegenstand XIII.

1688 Human Motivation, 221 ff; kurz zusammengefasst bei Merten K., Inhaltsanalyse<sup>2</sup>, 202.

1689 Die von *McClelland* verwendeten Kategorien werden ebenfalls bei Merten K., Inhaltsanalyse<sup>2</sup>, 204, in aller Kürze und ins Deutsche übersetzt dargestellt.

- ▷ **Folgenabschätzung:** Welche Gesetzesfolgen erwartet der Gesetzgeber?
- ▷ **(Mögliche) Erfolgshindernisse:** Nennt er unbekannte Variablen?

Die Kategorien decken das gesamte Spektrum an Möglichkeiten, wie der Gesetzgeber für seine Abwägungsentscheidungen argumentieren und die maßgeblichen Abwägungsaspekte darlegen könnte, ab. Wesentliche Regeln, Prinzipien und Leitlinien der Abwägung können sich demnach zunächst aus dem vom Gesetzgeber artikulierten Regelungsbedarf ergeben, mit dem er die Notwendigkeit zum gesetzgeberischen Tätigwerden begründet. Dies kann ein gesellschaftspolitisches Bedürfnis ebenso wie die Reaktion auf internationale Vorgaben, eine geänderte Rsp oder ein Erkenntnis des VfGH sein, mit dem eine Strafbestimmung als verfassungswidrig aufgehoben wird. Abwägungsaspekte können sich daneben auch im vom Gesetzgeber verfolgten Regelungsziel finden, etwa, wenn er das geschützte Rechtsgut benennt oder begründet, warum der gegenwärtige Strafrechtsschutz zu gering ausgestaltet ist und dergleichen mehr. Sieht sich der Gesetzgeber mit einer bereits auf abstrakt-generellen Ebene zu lösenden Abwägungsfrage konfrontiert, streicht er in den Materialien idealerweise die konkreten Abwägungsgesichtspunkte explizit hervor, die in die gesetzgeberischen Erwägungen eingeflossen sind. Die Bestimmtheit eines Strafgesetzes kann durch die Verwendung insb normativer Gesetzesbegriffe herabgesetzt werden, um der Rsp durch die Auslegung dieses Begriffs eine einzelfallgerechte Abwägung zu ermöglichen.<sup>1690</sup> Werden die im Gesetzestext vorkommenden Begriffe in den Materialien allerdings definiert oder anhand von Bsp unterlegt, können sich hieraus wichtige Grundlagen für die spätere Abwägung auf Ebene der Rsp ergeben. Die vom Gesetzgeber erwarteten Folgen der neuen oder neu gefassten Strafnorm können ebenfalls Aufschluss über die dahinterstehenden Abwägungsüberlegungen geben; seit 2012 ist eine solche Gesetzesfolgenabschätzung<sup>1691</sup> in den Materialien jedenfalls vorgesehen. Mit Blick auf das verfolgte Ziel können sich für den Gesetzgeber außerdem mögliche Erfolgshindernisse ergeben, die er – wenngleich wohl aus politischen Gründen sehr selten – in den Materialien dokumentiert, insb, weil verschiedene Variablen wegen unsicherer Prognosen zunächst unbekannt sind.

<sup>1690</sup> Dazu ausführlich VI.C.4.b.

<sup>1691</sup> Näher X.F.3.

## B. Motive und Überlegungen des Gesetzgebers

### 1. Regelungsbedarf und -ziele

Vielfach nennt der Gesetzgeber jüngere *gesellschaftliche Entwicklungen* als wesentlichen Anlass einer kommunikationsstrafrechtlichen Regelung. Einerseits führen evidentermaßen neue Kriminalitätsphänomene zu strafrechtlichem Anpassungsbedarf.<sup>1692</sup> Aber auch andere – zT als positiv angesehene – gesellschaftliche Entwicklungen veranlassen den Gesetzgeber zu strafrechtlichen Maßnahmen.<sup>1693</sup> Häufig leitet der Gesetzgeber Regelungsbedarf im Kommunikationsstrafrecht aus veränderten gesellschaftlichen Wertvorstellungen ab.<sup>1694</sup> Geänderte soziale Gegebenheiten bilden mitunter umgekehrt auch die ausdrücklich formulierte Grenze des Strafrechts. So wird mit dem Fehlen eines praktischen Bedürfnisses bisweilen begründet, warum eine Strafbarkeit nicht erweitert oder ein Straftatbestand überhaupt beseitigt werden soll. Für bestehende Strafrechtsnormen gelingt das relativ leicht mit dem Verweis auf die aktuelle Kriminalstatistik.<sup>1695</sup> Als häufigen Anlass für eine neue gesetzliche Regelung im Bereich des Kommunikationsstrafrechts führt der Gesetzgeber *technische Entwicklungen* bzw neue Kriminalitätsphänomene an, die sich aus technischen Innovationen heraus ergeben.<sup>1696</sup> Technische Veränderungen im Bereich des Staats-

1692 Bsp: Eine Zunahme etwa fremdenfeindlicher und rassistischer Aktivitäten, wie etwa das Hetzen oder Beschimpfen aus solchen Motiven heraus, wurde vom Gesetzgeber »auch im Lichte der jüngsten Gewaltserie« als Nährboden für Gewalt erachtet und dementsprechend eine Strafrahmenerhöhung beim Tatbestand der Verhetzung (§ 283 StGB) vorgenommen; BGBl 762/1996, 33 d. B. XX. GP, 63.

1693 Bsp: So wurde etwa die Notwendigkeit einer strafrechtlichen Regelung zur Ahndung von Herabwürdigungen fremder – ausländischer staatlicher – Symbole (§ 317 StGB) mit den zunehmend intensivierten zwischenstaatlichen Beziehungen begründet, die wiederum zur Entwicklung zahlreicher zwischenstaatlicher Organisationen geführt haben, denen Österreich angehört; BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 467.

1694 Bsp: Die Ausgestaltung des § 107c StGB (Fortgesetzte Belästigung im Wege einer Telekommunikation oder eines Computersystems) begründete der Gesetzgeber ua mit einer verstärkt opferbezogenen Orientierung, die den veränderten gesellschaftlichen Werthaltungen entspreche; BGBl I 112/2015, 689 d. B. XXV. GP, Vorblatt und WFA, 3 zum gesamten StRÄG 2015 (insb §§ 107c, 163a und 163b StGB).

1695 ZB BGBl I 112/2015, 689 d. B. XXV. GP, Erläuterungen, 39, zu § 220a StGB: zwischen 2000–2013 nur eine einzige Verurteilung; BGBl I 112/2015, 689 d. B. XXV. GP, Erläuterungen, 40, zu § 276 StGB: seit zwanzig Jahren keine Verurteilung; BGBl I 112/2015, 689 d. B. XXV. GP, Erläuterungen, 40, zu § 281 StGB: lediglich zwei Verurteilungen in zwanzig Jahren.

1696 Schon in der Stammfassung zum StGB weist er zB im Zusammenhang mit den §§ 118 ff StGB (Verletzungen der Privatsphäre und bestimmter Berufsgeheimnisse)

wesens können ebenso gesetzliche Anpassungen notwendig machen.<sup>1697</sup> Neue Technologien brachten va auch in jüngerer Zeit völlig neue Kriminalitätsphänomene wie etwa Cybermobbing (§ 107c StGB)<sup>1698</sup> oder Grooming (§ 208a StGB)<sup>1699</sup> hervor. Umgekehrt erachtete der Gesetzgeber aber immer wieder auch Entschärfungen des Strafrechts bei Verhaltensweisen für notwendig, die im Zusammenhang mit insb neuen sozialen Medien verstärkt auftraten.<sup>1700</sup>

Dass der Gesetzgeber die geltenden Strafbestimmungen bis zu einem gewissen Grad tatsächlich – wie in der vorliegenden Arbeit als wichtiger Abwägungsschritt eingefordert<sup>1701</sup> – evaluiert, zeigt sich daran, dass zahlreiche Änderungen bestehender Strafgesetze damit begründet werden, dass die *Praxiserfahrungen* va Rechtsunsicherheiten durch Bestimmtheitsmängel<sup>1702</sup> oder andere tatbestandliche Unzulänglichkeiten dieser Normen aufzeigen. Angesprochen werden im letzteren Fall meist Strafbarkeitslücken.<sup>1703</sup> In seltenen Fällen wird

---

darauf hin, »daß die Verletzlichkeit des Eigenlebens, in dessen Bezirken sich die Persönlichkeit ungestört entwickeln und entfalten können sollte, und die Häufigkeit der vorkommenden Angriffe auf das Privatleben gegenüber früheren Zeiten wesentlich angestiegen sind«; BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 251, Vorbemerkungen zu den §§ 118 ff StGB.

1697 Bsp: Nachdem Vermögensverzeichnisse ab Anfang der 2000er-Jahre auch im VJ-Register und in der EDV erfasst wurden, war dementsprechend eine Anpassung des § 292a StGB (Falsches Vermögensverzeichnis) notwendig: BGBl I 68/2005, 928 d. B. XXII. GP, 14. Umgekehrt entfiel der Bedarf an einer Qualifikation des Betrugstatbestands in § 147 Abs 1 Z 1 und 2 StGB wegen des Versetzens von Grenzzeichen mit der Einführung eines elektronischen Grenzkatasters: BGBl I 112/2015, 689 d. B. XXV. GP, Erläuterungen, 23.

1698 BGBl I 112/2015, 728 d. B. XXV. GP, JAB, 2.

1699 BGBl I 130/2011, 1505 d. B. XXIV. GP, 5 f; BGBl I 116/2013, 2319 d. B. XXIV. GP, Erläuterungen, 17.

1700 Als Bsp ist der Fall des sog »Sextings« nach § 207a Abs 6 StGB zu nennen; BGBl I 117/2017, 1621 d. B. XXV. GP, Vorblatt und WFA, 1, und Erläuterungen, 1.

1701 X.G.

1702 Besondere Schwierigkeiten bereiteten mit Blick auf die Bestimmtheit der Tatbestände va die strafbaren Verletzungen der Amtspflicht, Korruption und verwandten strafbaren Handlungen nach den §§ 304 ff StGB. Die aus früheren Fassungen entstandene Rechtsunsicherheit führte nach den Materialien gar zu einer Vermeidung von notwendigen beruflichen Kontakten zu anderen; BGBl I 98/2009, 671/A XXIV. GP, IA, 14 f; BGBl I 98/2009, 671/A XXIV. GP, JAB, 2, zu §§ 304 ff StGB; BGBl I 98/2009, 671/A XXIV. GP, IA, 16, zu § 304 StGB.

1703 In jüngerer Zeit zB entpuppte sich die qualifizierte Öffentlichkeit als Mindestpublizitätserfordernis des § 282a StGB »als ein den realen Gegebenheiten nicht ausreichend entsprechendes, zu strenges Kriterium für das Einsetzen der Strafbarkeit«. Daher genügt nunmehr die Begehung auf eine Weise, dass die kommunikative Äußerung vielen Menschen (rund 30 Personen) zugänglich wird; BGBl I 103/2011, 674 d. B. XXIV. GP, 6.

mit der Erfahrung aus der Praxis auch eine erweiterte Strafflosigkeit begründet.<sup>1704</sup>

Auch der Blick auf *prozessuale Probleme in der Praxis* kann zu Änderungen des geltenden, materiellen Strafrechts führen.<sup>1705</sup> Seit dem Beitritt zur EU und insgesamt mit zunehmenden *internationalen Verpflichtungen*, etwa resultierend aus der Mitgliedschaft im Europarat oder den Vereinten Nationen wie der Cybercrime-Konvention<sup>1706</sup>, nennt der Gesetzgeber immer häufiger internationale und insb europarechtliche Verpflichtungen als Anlass für eine gesetzliche Regelung.<sup>1707</sup> Auch aus *verfassungsgesetzlichen Bestimmungen* leitet der Strafgesetzgeber zT entsprechende Verpflichtungen zum Tätigwerden ab.<sup>1708</sup>

- 1704 Bsp: Bei der weitreichenden Möglichkeit der Täterinnen Reue nach § 291 StGB, um eine Strafbarkeit nach den §§ 288f StGB (Falsche Beweisaussage) zu beseitigen, wurde zB argumentiert, dass das Institut der Täterinnen Reue die Wahrheitsfindung noch zusätzlich fördern könne; BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 442.
- 1705 Im Kommunikationsstrafrecht betrifft dies va die häufige Ausgestaltung der kommunikationsstrafrechtlichen Delikte als Privatanklage- und nicht als Officialdelikte (§ 2 StPO). So wurde etwa § 120 StGB (Mißbrauch von Tonaufnahme- oder Abhörgeräten) von einem Privatanklage- zu einem Ermächtigungsdelikt (§ 120 Abs 3 StGB) umgewandelt, weil die Ausgestaltung als Privatanklagedelikt dazu führte, dass private »Ermittler« in eine sensible grundrechtliche Sphäre anderer Personen eindringen konnten; BGBl I 105/1997, 812 d. B. XX. GP, JAB, 16, zu § 120 Abs 3 StGB.
- 1706 BGBl I 134/2002, 1166 d. B. XXI. GP, 23, 26f, 30 zu §§ 118a, 119, 119a, 126a, 126b, 126c, 147, 148a, 225a StGB, wobei § 119a als Auffangtatbestand zwischen § 119 und 126a StGB zum Abdecken eines »Übergangs« mit Blick auf die Cybercrime-Konvention geschaffen wurde.
- 1707 ZB BGBl I 15/2004, 294 d. B. XXII. GP, 14, zu § 106 StGB; BGBl I 112/2015, 689 d. B. XXV. GP, Erläuterungen, 18, zu § 106 und § 106a StGB: Umsetzung eines Europaratsabkommens; BGBl I 112/2015, 689 d. B. XXV. GP, Vorblatt und WFA, 2, zum gesamten StrÄG 2015 (insb §§ 107c, 163a und 163b): Umsetzung von EU-Recht; BGBl I 15/2004, 294 d. B. XXII. GP, 1, 4, 19f, zu § 207a StGB; BGBl I 130/2011, 1505 d. B. XXIV. GP, 1, 5, zu § 208a StGB: nach Ansicht der Staatengemeinschaft des Europarats auch Vorbereitungshandlungen für spätere Sexualdelikte bereits strafwürdig; BGBl I 116/2013, 2319 d. B. XXIV. GP, Vorblatt und WFA, 2, zu § 104a, § 201, § 202, § 208a StGB: Umsetzung von EU-Recht und anderen internationalen Vorgaben; BGBl I 15/2004, 294 d. B. XXII. GP, 25, zu § 215a StGB; BGBl I 103/2011, 674 d. B. XXIV. GP, 1, zu § 278e und § 278f, § 282a und § 283 StGB; BGBl I 112/2015, 689 d. B. XXV. GP, Erläuterungen, 41f, zu § 283 StGB: Abs 4 gründet auf internationalen Vorgaben, Fehlen von der EU-Kommission bereits aufgezeigt; BGBl I 154/2015, 929 d. B. XXV. GP, JAB, 3f, zu § 283 StGB: Ergänzung um § 321k StGB zur vollständigen Umsetzung internationaler Vorgaben; BGBl I 109/2007, 285 d. B. XXIII. GP, 1, zu §§ 304ff StGB; BGBl I 153/1998, 1230 d. B. XX. GP, RV, 6, zu § 304, § 306, § 310 StGB.
- 1708 So begründete er die Strafbestimmungen nach den §§ 188ff StGB (Strafbare Handlungen gegen den religiösen Frieden und die Ruhe der Toten) damit, dass sie sich in ihrem Inhalt und Umfang auch aus dem geltenden Verfassungsrecht und hier aus der grundrechtlich gewährleisteten Glaubens- und Gewissensfreiheit als

ZT nennt der Gesetzgeber ausdrücklich das *Rechtsgut*, das mit einer strafrechtlichen Norm geschützt werden soll, und damit die dahinterstehende Regelungsabsicht genauer. Das kann bei der Auslegung der Norm von erheblicher Bedeutung sein.<sup>1709</sup> Mitunter erörtert der Gesetzgeber in den Materialien immerhin noch andere Regelungsziele, die er mit der Neuschaffung eines Straftatbestands verfolgt. Auch die Kenntnis solcher Regelungsziele ist für die Auslegung der Norm von Bedeutung – sie gibt Aufschluss über die von ihm als schützenswert erachteten Interessen, die ggf in eine Abwägung einzufließen haben. So betont der Gesetzgeber etwa für den 24. Abschnitt zum StGB (Störungen der Beziehungen zum Ausland), dass gerade neutralen Staaten wie Österreich an guten Beziehungen zu anderen Staaten gelegen ist.<sup>1710</sup> Bei der Abwägung muss daher dieser hohe Stellenwert der Neutralität eine besondere Berücksichtigung (anders als uU in anderen Staaten) finden.

ZT begründet der Gesetzgeber die konkrete Ausgestaltung eines Straftatbestands aber auch mit *Praktikabilitätsabwägungen*, die gerade keinen Aufschluss über den intendierten Interessenschutz geben. So lässt der Gesetzgeber den Eindruck der Realität pornographischer Darstellungen minderjähriger Personen nach § 207a StGB deshalb genügen, um Beweisschwierigkeiten zu vermeiden (und nicht etwa, weil der Opferschutz dadurch uU noch zusätzlich erhöht werden könnte).<sup>1711</sup> Bei der Vorteilszuwendung nach § 307a StGB wurde die Möglichkeit einer Tätigen Reue für das Delikt ua wegen der damit verbundenen schwierigen Fragen der konkreten Gesetzeskonstruktion abgelehnt.<sup>1712</sup> Im Zusammenhang mit § 118a StGB (Widerrechtlicher Zugriff auf ein Computersystem) wurde ausdrücklich der durch EU-Recht gewährte Umsetzungsspielraum vom Gesetzgeber genutzt, um Änderungen im nationalen Recht zu vermeiden.<sup>1713</sup>

---

Schutzpflichten ableiten lassen; BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 326 f, Vorbemerkungen zu den §§ 188 ff StGB.

1709 Zu den §§ 188 ff StGB (Strafbare Handlungen gegen den religiösen Frieden und die Ruhe der Toten) führt der Gesetzgeber zB ausdrücklich aus, dass mit diesen Straftatbeständen sowohl die Religion, die gesellschaftliche Ehre der Religionsgesellschaften und ihrer Angehörigen als auch das religiöse Empfinden des Einzelnen geschützt werden sollen. Er betont zugleich aber auch, dass der religiöse Frieden in der Gemeinschaft insgesamt im Vordergrund steht; BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 327, Vorbemerkungen zu den §§ 188 ff StGB.

1710 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 466, Vorbemerkungen zu den §§ 316 ff StGB.

1711 BGBl 622/1994, 1848 d. B. XVIII. GP, JAB, 2.

1712 BGBl 605/1987, 359 d. B. XVII. GP, 25.

1713 BGBl I 109/2007, 285 d. B. XXIII. GP, 7.



## 2. Abwägungsgesichtspunkte i.e.S.

Die Gesetzesmaterialienrecherche brachte zahlreiche Abwägungsgesichtspunkte im engeren Sinne hervor, die für die Abwägung rechtlich geschützter Interessen von grundlegender Bedeutung sein können. Vielfach bleibt es allerdings bei einem bloß pauschalen Verweis auf Straf(un)würdigkeit eines Verhaltens oder bei der bloßen Darlegung des Abwägungsergebnisses, ohne dass der dahinterstehende Abwägungsprozess offengelegt und die eingeflossenen Interessen dargestellt werden. In manchen Fällen schließlich – und damit unter Aspekten der Bestimmtheit einer Norm nicht unproblematisch – nimmt der Gesetzgeber überhaupt eine mehr oder minder ausdrückliche Delegation der Abwägung an die Rsp vor und überlässt ihr damit weitgehend die Rechtsgestaltung im Einzelfall. Im Detail:

### a. *Ausdrücklich (un-)berücksichtigte Interessen und Aspekte*

Die Gesetzesmaterialien geben mitunter sehr genau Aufschluss darüber, welche Interessen in eine vom Gesetzgeber aus Anlass einer strafrechtlichen Regelung vorgenommene Abwägung eingeflossen sind oder welche umgekehrt ausdrücklich keine Rolle spielen.

So äußert sich der historische Gesetzgeber etwa zu einem Entschuldigungsgrund<sup>1714</sup> ausführlich: Der Aussagenotstand nach § 290 StGB führt dann zu einer Strafflosigkeit wegen Falscher Beweisaussage (nach §§ 288, 289 StGB), wenn dem Täter aufgrund einer Konfliktsituation eine wahrheitsgemäße Aussage ausnahmsweise nicht zugemutet werden kann. Gemeint sind insb drei Fälle: Zunächst jene, in denen eine Aussagebefreiung nach den einzelnen Verfahrensordnungen vorgesehen ist, der Zeuge aber nichts von der Befreiung wegen fehlender oder unvollständiger Belehrung wusste. Außerdem sollen Konstellationen erfasst sein, in denen der Befreiungsgrund an sich schon wegen Unzumutbarkeit nicht offengelegt werden kann. Und schließlich soll Aussagenotstand vorliegen, wenn die Aussagebefreiung vom Gericht oder der Behörde zu Unrecht versagt wurde.<sup>1715</sup> In diesen Fällen

1714 Zu § 290 StGB als Sonderfall des entschuldigenden Notstands zB *Plöchl/Seidl* WK<sup>2</sup>-StGB § 290 Rz 1; zur Begründung für die Einbeziehung der Entschuldigungsgründe in die Gesetzesmaterialienanalyse VI.C.3.d.

1715 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 438 f.

ist vom Gericht eine Interessenabwägung vorzunehmen.<sup>1716</sup> In diese ist einerseits der sich aus wahrheitsgemäßer Aussage oder Offenbarung des Befreiungsgrunds ergebende Nachteil für den Aussagenden, andererseits der dem anderen aus der falschen Aussage drohende Nachteil einzustellen. Etwaige abstrakte Werte sollten bei dieser Abwägung ausdrücklich unberücksichtigt bleiben; dementsprechend geht es nach der geltenden Formulierung auch um »einem anderen« drohende Nachteile. Die Interessenabwägung müsse zudem objektiviert werden, weil der Aussagende andernfalls einen schwer widerlegbaren Irrtum über die Unzumutbarkeit seiner Aussage geltend machen könne.<sup>1717</sup> Sie solle daher als objektive Bedingung der Strafbarkeit ausgestaltet werden<sup>1718</sup> (vgl § 290 Abs 3 StGB: »wenn es ihm insbesondere im Hinblick auf den aus der falschen Aussage einem anderen drohenden Nachteil dennoch zuzumuten ist, wahrheitsgemäß auszusagen«).<sup>1719</sup> Zur Konkretisierung nennt der Gesetzgeber sodann ein Bsp: Bei einer drohenden Verurteilung wegen Mordes oder eines anderen schweren Verbrechens wird es der Zeuge »in der Regel auf sich nehmen müssen, bei sonstiger Strafsanktion wahrheitsgemäß auszusagen, selbst wenn er sich dadurch einer anderen minder schweren strafbaren Handlung bezichtigt.«<sup>1720</sup> Das gelte umso mehr, wenn dem Angeklagten der Schuldspruch wegen einer schweren Straftat und demgegenüber dem Aussagenden nur ein bedeutender Vermögensnachteil droht. Auf einen Strafbefreiungsgrund für den Fall, dass die Aussage schon beendet ist, verzichtete der Gesetzgeber dagegen. Er wog hier ausdrücklich zwischen der präventiven Wirkung der Aussagedelikte sowie der Wahrheitspflicht und einer »goldenen Brücke«<sup>1721</sup> zur Wahrheit, der Häufigkeit dieser Delikte und ihrer schwierigen Beweisbarkeit ab.<sup>1722</sup>

1716 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 440.

1717 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 441.

1718 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 441.

1719 Aus denselben Gründen sind auch die § 290 Abs 1 Z 1 und 3 StGB als objektive Bedingungen der Strafbarkeit ausgestaltet.

1720 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 441.

1721 Den Begriff verwendet der Gesetzgeber auch im Zusammenhang mit der Reichweite des § 277 Abs 4 StGB (Rücktritt beim Verbrecherischen Komplott): BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 419.

1722 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 442. Eine Strafflosigkeit nach § 290 StGB wegen Aussagenotstands könne nur in Betracht kommen, wenn das Gericht oder die Behörde den Zeugen zu Unrecht zur Aussage verhalten hat, weil es nicht »an[ginge], dem Zeugen Aussagenotstand auch dann zuzubilligen, wenn nach den Verfahrensge-

Ausdrücklich nicht erfasst vom Katalog der Drohungsrichtungen nach § 275 StGB (Landzwang) ist die Ehre, weil »die von der Bestimmung über den Landzwang erfaßten Kollektive keine der Ehre der Einzelpersonen vergleichbare gemeinschaftliche Ehre haben«<sup>1723</sup>. Bei einer allfälligen Interessenabwägung darf mE demnach die Ehre dieser Bevölkerung(stei)le keine Rolle spielen, weil der Gesetzgeber diesem Kollektiv eine Ehrfähigkeit ausdrücklich nicht zuerkennt. Das gilt bspw dann, wenn die Drohung im Zuge eines Kunstprojekts gegen die Bevölkerung oder einen großen Personenkreis erhoben wurde.

Eine prominente Rolle bei den zu berücksichtigenden Interessen spielen immer wieder Beweiserwägungsüberlegungen<sup>1724</sup>: So wurde bei § 118 Abs 1 StGB (Öffnen eines nicht zur eigenen Kenntnisnahme bestimmten verschlossenen Briefs oder anderen solchen Schriftstücks) ua deswegen von einer gesteigerten Vorsatzform in Gestalt der Absicht auf Kenntnisnahme (§ 5 Abs 2 StGB) abgesehen, weil ein strikter Nachweis dieser Absicht nur sehr schwer zu erbringen wäre.<sup>1725</sup> Ebenfalls wegen Nachweisschwierigkeiten wurde die Strafbarkeit nach § 263 StGB (Täuschung bei einer Wahl oder Volksabstimmung) bis ins Versuchsstadium vorverlagert.<sup>1726</sup> Auf eine Strafbarkeit der Beleidigung ausländischer Staatsorgane nach dem 24. Abschnitt zum StGB (Störung der Beziehungen zum Ausland) wurde schließlich verzichtet: Diesfalls müsste man nämlich aus systematischen Gründen im Vergleich zum Tatbestand der Beleidigung inländischer Staatsorgane auch hier den Beweis des guten Glaubens zulassen. Dies wiederum würde erhebliche Beweisschwierigkeiten mit sich bringen, weil die Beweise häufig im Ausland lokalisiert und daher Beweisaufnahmen im Ausland notwendig wären. Letzteres wiederum könnte außenpolitisch belastend sein und Österreich »zum Schauplatz ihm nachteiliger Auseinandersetzungen politischer und ideologischer Art machen«<sup>1727</sup>.

Schließlich spielte gerade in der StF des StGB aus 1975 auch der Aspekt der »Überforderung« von Täter und auch Gericht bei der Ausgestaltung des Kommunikationsstrafrechts eine Rolle. Zu hohe Anforderungen an

---

setzen eine Befreiung von der Aussagepflicht keinesfalls hätte gewährt werden können« (BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 440).

1723 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 417.

1724 Dazu auch schon XV.B.1.

1725 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 253.

1726 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 407.

1727 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 466 f, Vorbemerkungen zu den §§ 316 ff StGB.

Rechtsunterworfenen und Richter sollten damit vermieden werden: Eine Strafbarkeit wegen bloß fahrlässig begangener Kreditschädigung nach § 152 StGB etwa lehnte der Gesetzgeber ab, weil es nämlich »weitgehend der menschlichen Natur und den Formen des sozialen Zusammenlebens [entspricht], daß man Nachrichten gutgläubig weitergibt, ohne sie auf ihren Wahrheitsgehalt zu prüfen und die Folgen zu bedenken [...] Es ginge zu weit, schon in solchen Fällen der Fahrlässigkeit die Mittel des Strafrechts einzusetzen.«<sup>1728</sup> Dolmetscher sollen bspw keine tauglichen Tatsubjekte der Falschen Beweisaussage nach § 288 StGB sein, weil der Personenkreis wegen der immer wieder zu beobachtenden Schwierigkeiten einer einwandfreien Übersetzung, speziell zB bei Fachbegriffen, überfordert wäre. In weiterer Folge bestünde letztlich die Gefahr, dass die Mitwirkung aus Angst vor strafgerichtlicher Untersuchung versagt wird.<sup>1729</sup> Die Notwendigkeit einer Interessenabwägung im Sinne einer allgemeinen Notstandsregelung wollte der Gesetzgeber weiters bei der Strafbarkeitsausnahme des »Aussagenotstands« nach § 290 StGB vermeiden. Denn in diese Abwägung wären auch abstrakte Werte einzubeziehen, wie zB das Ansehen der Rechtspflege, die Autorität des Gerichts oder die Verlässlichkeit des Beweisverfahrens: »Sie abschätzen zu müssen, würde nicht nur den Zeugen, sondern auch das Gericht überfordern.«<sup>1730</sup> Ausdrücklich soll schließlich nur das vorsätzliche, verbotene Veröffentlichen einer Mitteilung über den Inhalt einer Verhandlung vor einem Gericht oder einer Verwaltungsbehörde, in der die Öffentlichkeit ausgeschlossen war, nach § 301 Abs 1 StGB strafbar sein (anders als noch im StG), »weil die Strafbarkeit fahrlässigen Verhaltens den Täter überfordern würde.«<sup>1731</sup>

In jüngster Zeit zeigte der Gesetzgeber etwa im Zusammenhang mit der Neufassung des § 207a StGB (Pornographische Darstellungen Minderjähriger) die unterschiedlichen involvierten Interessen auf, als in zwei Novellen versucht wurde, einen jugendadäquaten Umgang mit Phänomenen wie dem sog »Sexting«<sup>1732</sup> zu finden. So sollte mit dem StRÄG 2015<sup>1733</sup> insb den »unterschiedlichen kulturellen und rechtlichen

1728 BGBI 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 298.

1729 BGBI 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 435 f.

1730 BGBI 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 439.

1731 BGBI 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 452 f.

1732 Als private Kommunikation über sexuelle Themen per Mobile Messaging; zur Definition <<https://de.wikipedia.org/wiki/Sexting>> (27. 7. 2021).

1733 BGBI I 112/2015, 689 d. B. XXV. GP, Erläuterungen, 38.

Traditionen und neuen Formen der Herstellung und Pflege von Beziehungen unter Kindern und Jugendlichen, einschließlich via Informations- und Kommunikationstechnologien, [im Hinblick auf sexuelle Handlungen, welche auf gegenseitigem Einverständnis beruhen; *Anm d Verf*] Rechnung getragen« werden.<sup>1734</sup> Nach § 207a Abs 5 und 6 StGB ist im Unterschied zur früheren Rechtslage nunmehr insb der Besitz pornographischer Darstellungen minderjähriger Personen *von sich selbst* straflos. Unter ausführlicher Zitierung einer Studie der Initiative Saferinternet.at aus dem Jahr 2015<sup>1735</sup> und Hinweis auf die Erscheinungsformen des Sextings in der Praxis argumentiert der Gesetzgeber, dass es sich hierbei in der heutigen Zeit um ein weit verbreitetes Phänomen handle, das unter Minderjährigen insb der Herstellung und Pflege von Beziehungen dient, und es deshalb – ganz im Gegensatz zu den Maßnahmen der Jahre davor – einer Zurücknahme des Schutzes im strafrechtlichen Bereich bedürfe.<sup>1736</sup>

#### *b. Ausdrücklich dargelegte Begründungsvorgänge*

An vielen Stellen legt der Gesetzgeber seine Überlegungen aus Anlass der Schaffung oder Neufassung einer Strafnorm sehr detailliert offen und sichert so die Transparenz seiner Begründung. Eine besonders eingehende Diskussion der Argumente findet sich zum StGB aus 1975 im Hinblick auf die Einbeziehung der Angehörigen bestimmter Rechtsberufe, insb der Rechtsanwälte, in den möglichen Täterkreis nach § 121 StGB (Verletzung von Berufsgeheimnissen).<sup>1737</sup> Als Duktus hält der Gesetzgeber fest, dass der Rechtsanwalt oft in einem einzigen Fall eine ganze Reihe von Tatsachen erfährt, die einerseits möglicherweise ein Geheimnis sein könnten, dessen Offenbarung vielleicht einmal geeignet ist, den Interessen des Klienten zu widerstreiten. Die Offenbarung derselben Tatsachen könnte aber andererseits vielfach im Interesse des

1734 Hierzu wurde für die Umschreibung der Zielsetzung einschlägiges EU-Recht wörtlich zitiert: Erwägungsgrund 20 der Richtlinie 2011/92/EU zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI, ABl L 335 vom 17.12.2001, 1.

1735 Online unter <<https://www.saferinternet.at/news-detail/aktuelle-studie-versand-von-eigenen-nacktaufnahmen-unter-jugendlichen-nimmt-zu/>> (27.7.2021).

1736 BGBl I 117/2017, 1621 d. B. XXV. GP, Erläuterungen, 2 f, zu § 207a StGB.

1737 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 257 ff.

Klienten liegen, zumindest jedoch kein kriminelles Unrecht darstellen. Diese Unsicherheit führe zur dauernden Gefahr, dass der Rechtsanwalt sich nach § 121 StGB schuldig macht. »Diese Gefahr würde zweifellos die Folge haben, daß die Rechtsanwaltschaft bestrebt wäre, den Kreise des ›Anvertrauten‹ möglichst eng zu ziehen.«<sup>1738</sup> Dies wiederum sei nicht im Interesse der Klienten, weil das Vertrauensverhältnis dadurch erschüttert würde. Verwiesen wird an dieser Stelle auch auf das Disziplinarrecht für die Angehörigen der Rechtsberufe, das in solchen Fälle greife.<sup>1739</sup>

Die §§ 122 ff StGB (Verletzung und Auskundschaftung von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen) pönalisieren nur die gesetzlichen, nicht dagegen die vertraglichen Geheimhaltungspflichten. Das begründet der Gesetzgeber damit, dass das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 (UWG) ohnedies bereits die gefährlichsten Verletzungen vertraglicher Geheimhaltungspflichten zu Zwecken des Wettbewerbs unter Strafe stellt und es ergänzenden Strafrechtsschutz über den Tatbestand der Kreditschädigung nach § 152 StGB gibt. »Was darüber hinaus [...] übrig bleibt, hat weder einen solchen Unrechtsgehalt noch eine solche Gefährlichkeit, daß der Einsatz strafrechtlicher Mittel notwendig oder zweckmäßig wäre.«<sup>1740</sup> In derartigen Fällen reiche der zivilrechtliche Schutz aus.

Aufwendige Überlegungen stellte der Gesetzgeber im Hinblick auf die Tatmittel der Erpressung nach §§ 144 f StGB an. Zwar gebe es keine Zweifel, dass Gewalt als Mittel erfasst sein soll, Schwierigkeiten bereite aber, welche Drohungsintensität gefordert wird:<sup>1741</sup> Der Gesetzgeber sah zunächst die grundsätzliche Unsicherheit vager Tatbestandsmerkmale und auch die Unmöglichkeit, eine allumfassend befriedigende Lösung zu finden. Zugleich wollte er aber vermeiden, dass seines Erachtens nicht strafwürdige Fälle von der Rsp unter einen Begriff der »Drohung« subsumiert werden, der jede ernst gemeinte Drohung erfasst. Als Bsp nannte er den Vermieter und den Mieter, die jeweils mit Kündigung des Mietvertrags drohen, um eine unzulässige Erhöhung bzw eine unbillige Herabsetzung des Mietzinses zu erzielen. Insgesamt entschied er sich aus diesen Gründen gegen eine weite und für eine enge Gestaltung des

1738 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 258.

1739 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 258.

1740 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 261.

1741 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 290.

Tatbestands, letzteres dafür aber auf sicherer Grundlage, und fixierte als taugliches Tatmittel nach §§ 144 f StGB ausschließlich die gefährliche Drohung nach § 74 Abs 1 Z 5 StGB.<sup>1742</sup>

Die im Zusammenhang mit dem Kommunikationsstrafrecht ausführlichste Begründung findet sich in den Materialien zur StF von § 252 StGB (Verrat von Staatsgeheimnissen) und dem damit in engem Zusammenhang stehenden Begriff des Staatsgeheimnisses nach der Legaldefinition in § 255 StGB. Hier galt es ausdrücklich, einen Interessenausgleich herzustellen und einen rechtspolitisch zweckmäßigen, gesetzgeberischen Mittelweg vorzuschlagen.<sup>1743</sup> Zunächst wurde überlegt, für den Begriff des Staatsgeheimnisses – entgegen der heute geltenden Fassung – nicht auf die Gefahr eines schweren Nachteils für die Landesverteidigung der Republik Österreich oder für die Beziehungen der Republik Österreich zu einer fremden Macht oder einer über- oder zwischenstaatlichen Einrichtung bei verletzter Geheimhaltung abzustellen (§ 255 letzter HS StGB). Der Gesetzgeber wog hier die Bedenken bezüglich der hinreichenden Bestimmtheit des Gefährdungsbegriffs gegen den andernfalls unerwünscht weiten Tatbestand ab. Diese Weite erachtete er »insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Informations- und Pressefreiheit«<sup>1744</sup> als problematisch:

»Wer ein Staatsgeheimnis in bester Absicht, lediglich um dadurch einen vermeintlichen Nachteil für den Staat abzuwenden, publiziert, ist nicht ›Verräter‹ im Sinne [des Entwurfs] dieser Strafbestimmung. Ein solches Verhalten würde die Schwere der hier angedrohten Strafe nicht rechtfertigen. Das Tatbild [...] geht daher weit über das hinaus, was in einem demokratischen Gemeinwesen im Interesse des Schutzes der äußeren Sicherheit notwendig ist.«<sup>1745</sup>

Vielmehr würde die Geheimhaltung von schwersten Rechtsbrüchen im staatlichen Bereich dem rechtsstaatlichen Interesse an der Aufdeckung solcher Vorfälle widerstreiten. In einem demokratischen Rechtsstaat müsse es möglich sein, die Verantwortlichen für solche Vorfälle öffentlich zur Rechenschaft zu ziehen, auch wenn das eine Gefahr für den

1742 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 290.

1743 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 393.

1744 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 391, zu § 252 StGB.

1745 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 391, zu § 252 StGB.

Staat bringen könnte.<sup>1746</sup> Das Staatsgeheimnis sei in diesen Fällen zwar weiterhin ein Staatsgeheimnis, die Strafbarkeit wegen seines Veröffentlichens soll in diesen Fällen dann allerdings ausgeschlossen sein, wenn keine Absicht bestand, dem Staat einen Nachteil zuzufügen (§ 252 Abs 2 S 2 StGB). Durch diese Einschränkung soll verhindert werden, dass unter die Strafflosigkeit auch Vorgänge fallen, auf welche die rechtspolitische Zielsetzung, die öffentliche Diskussion und Kritik an krassen Missständen im staatlichen Bereich zu ermöglichen, gerade nicht zutrifft.<sup>1747</sup> Der Bereich der Strafflosigkeit soll außerdem auf die Veröffentlichung schwerster Rechtsbrüche iS sog »verfassungsgefährdender Tatsachen« nach § 252 Abs 3 StGB begrenzt sein, denn »Staatsgeheimnisse auch wegen minderwichtiger Rechtsverletzung aus dem strafrechtlichen Schutz des Staatsgeheimnisses auszunehmen, wäre damit nicht zu vereinbaren, daß ein Staatsgeheimnis überhaupt nur bei einem besonderen Geheimhaltungsbedürfnis [...] vorliegen kann.«<sup>1748</sup> Dass die irrtümliche Annahme verfassungsgefährdender Tatsachen den Täter nicht von Strafe befreit (§ 255 Abs 2 letzter Satz StGB), war als weitere Grenze deswegen notwendig, weil die Bestimmung nach Ansicht des Gesetzgebers andernfalls ihrer Wirksamkeit beraubt wäre.<sup>1749</sup> Die Einwände gegen die unzureichende Bestimmtheit dagegen verwarf der Gesetzgeber.<sup>1750</sup>

Vor einer schwierigen Abgrenzung zwischen strafloser Vereinbarung von Straftaten zwischen mehreren Tätern und einem strafbaren Verbrecherischen Komplott nach § 277 StGB stand der Gesetzgeber, weil hier die Nähe zum Gesinnungsstrafrecht sehr groß ist: Das bloße Verabreden zu einer Straftat ist an sich noch nicht einmal Versuch (§ 15 StGB), sondern lediglich eine Art »Gedankenspiel«. Der Gesetzgeber entschied sich dementsprechend dazu, die Verabredung der Ausführung einer Straftat nur bei besonders schweren Taten für sich genommen mit Strafe zu bedrohen. Es soll überdies nur um solche schweren Taten gehen, bei denen die Erfahrung lehrt, dass »gemeinschaftliche

1746 BGBI 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 392, zu § 252 StGB.

1747 BGBI 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 392, zu § 252 StGB.

1748 BGBI 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 393, zu § 252 StGB.

1749 BGBI 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 393, zu § 252 StGB. Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass die Materialien (BGBI 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 394, zu § 253 StGB) eine Straffreiheit für Geheimnisträger bei Preisgabe von Staatsgeheimnissen nach § 253 StGB ausdrücklich ablehnten, weil hier eine Honorierung des Täters wegen des besonderen Täterkreises nicht in Betracht komme. In der letztlich verabschiedeten StF findet sich eine genau solche Strafflosigkeitsbestimmung dann aber.

1750 BGBI 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 392, zu § 252 StGB.



Begehung sehr häufig dem Gelingen der Tat in besonderem Maß förderlich oder der Entdeckung des Täters abträglich ist.«<sup>1751</sup>

Eine äußerst ausführliche Begründung für das Vorgehen des Strafgesetzgebers findet sich zu den §§ 288 ff StGB (Falsche Beweisaussage [vor einer Verwaltungsbehörde]) und Herbeiführung einer unrichtigen Beweisaussage):<sup>1752</sup> So wurde eine Qualifikation des Straftatbestands der Falschen Beweisaussage nach § 288 StGB für den Fall erwogen, dass die Tat einen sehr gewichtigen Nachteil zur Folge hat. Die Materialien halten hierzu allerdings fest, dass diese Formulierung zu vage sei und insb zu einer Vermengung dieses Rechtspflegedelikts mit Delikten zum Schutze anderer Rechtsgüter führe, dies aber bei weit höherer Strafdrohung. Diese Disproportionalität sei sachlich nicht begründet, weswegen die Qualifikation nicht in das geltende Recht installiert wurde.<sup>1753</sup> Umgekehrt wurde diskutiert, eine Strafflosigkeit vorzusehen, wenn die Falschaussage offensichtlich bedeutungslos war; die hiermit verbundenen praktischen Probleme werden im Anschluss an einen großen Rechtsvergleich ausführlich dargelegt: Insb hält der Gesetzgeber unter Zitierung einschlägiger OGH-Rsp fest, dass der Beweis, wonach sich der Zeuge der Erheblichkeit seiner Aussage bewusst war, in der Praxis kaum zu erbringen sei. Zudem sei im Zeitpunkt der Aussage häufig noch nicht klar, welche Aussagen für die spätere Urteilsfällung und Verwertung der Aussage – als Kernaufgabe des Richters – von Bedeutung sein werden.<sup>1754</sup> Eine Strafmilderung wegen offensichtlicher Bedeutungslosigkeit der Aussage diskutieren die Materialien in weiterer Folge ebenfalls eingehend: Insb wurde auf die generalpräventiv ungünstige Wirkung des mildernden Strafsatzes verwiesen und auf den Umstand, dass sich eine Verantwortung des Zeugen, er wäre von der Bedeutungslosigkeit seiner Aussage ausgegangen, in der Praxis nur schwer widerlegen ließe. Eine Ausgestaltung der Bedeutungslosigkeit der Aussage nicht als Tatbestandsmerkmal, sondern als objektive Bedingung der Strafbarkeit hätte zur Folge, dass schwierige Erhebungen über das vorangegangene Verfahren notwendig wären, um die Bedeutsamkeit oder eben Bedeutungslosigkeit der Aussage festzustellen.<sup>1755</sup> Im Ergebnis spielen somit auch

1751 BGBI 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 418.

1752 Siehe zum Aussagenotstand nach § 290 StGB schon oben XV.B.2.a.

1753 BGBI 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 436.

1754 BGBI 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 436.

1755 BGBI 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 437.

hier beweistaktische Gründe eine erhebliche Rolle.<sup>1756</sup> Gegen eine identische Strafdrohung bei § 288 StGB (Falsche Beweisaussage) und § 289 StGB (Falsche Beweisaussage vor einer Verwaltungsbehörde) sprach für den Gesetzgeber, dass Vernehmungen vor Verwaltungsbehörden anders als jene der Gerichte nicht mit denselben Garantien für Richtigkeit und Vollständigkeit geführt werden, auch wenn »Verwaltungsbehörden mitunter über viel wichtigere Angelegenheiten zu entscheiden hätten als Gerichte«<sup>1757</sup>. Im Bereich der Herbeiführung einer unrichtigen Beweisaussage nach § 292 StGB erwog der Gesetzgeber schließlich, dass das bloß vorsätzliche Bewirken einer falschen Beweisaussage als Tathandlung zu weit ginge. Bedingter Vorsatz (§ 5 Abs 1 StGB) als ausreichende subjektive Komponente würde demnach nämlich zB auch den Rechtsvertreter treffen, der einen Zeugen beantragt, obwohl er uU nur ernstlich für möglich hält und sich damit abfindet, dass dieser Zeuge unrichtig aussagen werde. Ähnlich gelagert wäre der Fall einer Partei, die einen Zeugen führt, von dem sie schon weiß, dass er über den Umstand, zu welchem er aussagen soll, irrt. Es wurde daher eine Einschränkung auf das Verleiten zu einer Falschaussage vorgenommen. Auf einen Strafaufhebungsgrund der Tätigen Reue (wie in § 291 StGB für die §§ 288 f StGB) wurde dagegen verzichtet, va weil so die präventive Wirkung der Strafdrohung unterhöhlt würde.<sup>1758</sup>

Schon in der über vierzig Jahre alten StF zum StGB finden sich damit im Ergebnis an unterschiedlichen Stellen des Kommunikationsstrafrechts abwägende Begründungsvorgänge im Detail niedergelegt.<sup>1759</sup>

1756 Ebenso wie auch schon unter XV.B.1. und XV.B.2.a.

1757 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 437 f, zu § 289 StGB.

1758 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 443.

1759 Weitere Bsp: BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 253: Öffnung von Briefen nach § 118 StGB (Verletzung des Briefgeheimnisses und Unterdrückung von Briefen) für sich genommen unter Strafe zu stellen und zwar ohne Rücksicht auf eine Absicht auf Kenntnisnahme, »denn schon das bloße Öffnen [...] stellt einen fragwürdigen Eingriff in die Privatsphäre dar, weil der Adressat, dessen Brief [...] geöffnet wurde, immer befürchten muß, daß der Inhalt einem Dritten zur Kenntnis gelangt oder gelangen wird.«; BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 255: Anbringen und Empfangsbereitmachen von Abhörvorrichtungen zur Verletzung des Telekommunikationsgeheimnisses nach § 119 StGB wäre ohne ausdrückliche Nennung als Tathandlung nicht einmal Versuch, obwohl sie nach Ansicht des Gesetzgebers »technisch an die Ausführungen der Tat heranreichen, diese jederzeit möglich machen und damit objektiv besonders gefährlich sind«, daher Strafdrohung hier nötig und gerechtfertigt; BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 328 f: § 188 StGB (Herabwürdigung religiöser Lehren) schützt alle im Inland bestehenden Kirchen und Religionsgesellschaften – mit ausführlicher Begründung; BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 368:

Auch die Materialien der jüngeren Zeit nützt der Gesetzgeber für ausführliche Gesetzesbegründungen. Der neuen Strafbestimmung der Fortgesetzten Belästigung im Wege einer Telekommunikation oder eines Computersystems nach § 107c StGB (»Cyberstalking«) bedurfte es nach Ansicht des Gesetzgebers etwa, weil der bestehende strafrechtliche Schutz nach § 107a StGB (Beharrliche Verfolgung) nur für Mobbing in der analogen Welt ausreiche. Aufgrund der breiten Öffentlichkeitswirkung bei Handlungen im Internet, den geringen Rückzugsmöglichkeiten für das Opfer und den uU für unbestimmte Zeit dauernden Wirkungen der fortgesetzten Belästigung insb im Internet sei eine neue Strafnorm daher gerechtfertigt.<sup>1760</sup> Der Begriff »Cybermobbing« wird vom Gesetzgeber bewusst nicht verwendet, weil das Phänomen des Mobbings ein umfassenderes und vielgesichtigeres ist, als mit den Mitteln des Strafrechts beschrieben werden könnte. Zur Vermeidung eines irreführenden oder einschränkenden Rückschlusses aus der strafrechtlichen Terminologie auf das allgemeine Begriffsverständnis wurde daher ein deskriptiver Titel gewählt.<sup>1761</sup>

Eine ausführliche Grundrechtsprüfung und Abwägung des Datenschutzes sowie anderen Interessen finden sich in den Materialien zu BGBl I 111/2012<sup>1762</sup> im Zusammenhang mit Gesundheitsdaten und der Einführung von ELGA<sup>1763</sup>. Für die in diesem Zuge geänderte Strafbestimmung der Verletzung von Berufsgeheimnissen nach § 121 StGB hält der Gesetzgeber zu Abs 1a fest, dass nur ein widerrechtliches Verlangen der Offenbarung von Geheimnissen des Gesundheitszustandes einer

---

Urkundenfälschung nach § 223 Abs 1 StGB gegenüber dem Gebrauch nach Abs 2 der sehr oft bei weitem strafwürdigere Teil des Delikts, weil durch die Fälschung erst ein Gebrauch ermöglicht wird und das Falsifikat als Werkzeug zur Begehung weiterer Straftaten verwendet werden kann; BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 467, zu § 317 StGB: zunehmende Intensivierung der zwischenstaatlichen Beziehungen führte zur Entwicklung zahlreicher zwischenstaatlicher Organisationen, sodass diese auch in den Tatbestand integriert werden; allerdings nur, wenn Österreich ihnen angehört, alles andere würde zu weit gehen, »zumal solche Einrichtungen oft einen solchen regionalen Charakter haben, daß gar keine Beziehung zu Österreich besteht und es unbillig hart wäre, wenn der Täter wegen Herabwürdigung von Symbolen einer Einrichtung gerichtlich bestraft würde, deren Bedeutung er nicht kennt«.

1760 BGBl I 112/2015, 689 d. B. XXV. GP, Erläuterungen, 19 f, zu § 107c StGB.

1761 BGBl I 112/2015, 689 d. B. XXV. GP, Erläuterungen, 19 f, zu § 107c StGB.

1762 1936 d. B. XXIV. GP, 4 f.

1763 Elektronische Gesundheitsakte; näher dazu online <<http://www.elga.gv.at/>> (27.7.2021); zu den Rechtsgrundlagen der ELGA <<http://www.elga.gv.at/elga-die-elektronische-gesundheitsakte/rechtliche-grundlagen/>> (27.7.2021).

Person strafbar sein soll. Dieses Verlangen könne aber auch ein solches unterhalb der Schwelle einer Drohung iSd § 105 StGB (Nötigung) sein. Letztere Schwelle wäre nämlich zu hoch, da in der Praxis oft subtiler Druck ausgeübt werde. § 121 Abs 5 StGB enthält allerdings für den Fall, dass die Offenbarung oder Verwertung von Gesundheitsdaten nach Inhalt und Form durch ein öffentliches oder ein berechtigtes privates Interesse gerechtfertigt ist, auch einen Grund für die Straflosigkeit nach Abs 1a. Ein solches öffentliches Interesse ist bspw dann anzunehmen, wenn Daten gemäß § 14 des Gesundheitstelematikgesetzes 2012<sup>1764</sup> verwendet werden (sofern sie nicht die Qualität insb der Nötigung erreichen).<sup>1765</sup> Diese Bestimmung regelt allgemeine Grundsätze der Verarbeitung von ELGA-Daten und die erlaubten Zwecke dieser Verwendung.

Besonders relevant für das Kommunikationsstrafrecht sind weiters auch die Erläuterungen des Strafgesetzgebers zur jüngsten Novelle des § 283 StGB (Verhetzung) im Jahr 2015. Nach Abs 4 macht sich nunmehr (subsidiär zu den Abs 1–3) strafbar, wer Ideen oder Theorien, die Hass oder Gewalt gegen bestimmte Opfer(-gruppen) wegen deren Zugehörigkeit zu dieser Gruppe befürworten, fördern oder dazu aufstacheln, öffentlich zugänglich macht oder in gutheißennder bzw rechtfertigender Weise verbreitet. Die Materialien sprechen ausdrücklich von einer in diesem Zusammenhang vorgenommenen Abwägung mit dem Recht auf freie Meinungsäußerung: So wird dieses Recht gemeinsam mit dem *ultima ratio*-Grundsatz<sup>1766</sup> im Strafrecht als Begründung dafür angeführt, warum eine Verbreitung »bloß« diskriminierenden Materials nicht strafbar sein soll und überdies ein Absichtserfordernis (§ 5 Abs 2 StGB) installiert wurde: Es muss dem Täter um die Verbreitung diskriminierender Gewalt- und/oder Hasspropaganda »in gutheißennder oder rechtfertigender Weise« gehen. Eine Verbreitung hetzerischer Inhalte mit kritischer Intention sei demgegenüber nicht tatbestandlich.<sup>1767</sup>

Detailliert begründet wurde auch die derzeit geltende Fassung des § 304 StGB (Bestechlichkeit):<sup>1768</sup> Um eine »uferlose, kriminalpolitisch nicht zweckmäßige Weite der Korruptionsdelikte« zu vermeiden, genügt es für die Strafbarkeit nicht, wenn nur nicht auszuschließen ist,

1764 BGBl I 111/2012 idGF.

1765 BGBl I 111/2012, 1936 d. B. XXIV. GP, 38.

1766 II.E.

1767 BGBl I 112/2015, 689 d. B. XXV. GP, Erläuterungen, 42.

1768 BGBl I 98/2009, 671/A XXIV. GP, IA, 15.

dass sich die Amtsführung eines Amtsträgers in Zukunft auf den Vorteilsgeber beziehen könnte. Die Folge einer solchen Gesetzesfassung wäre nämlich gerade keine effiziente Korruptionsbekämpfung, weil sie sozial adäquate menschliche Interaktionen in die Nähe strafbarer Handlungen rücken und bewirken würde, dass der Unterschied zwischen unbedenklichem und strafwürdigem Verhalten verschwimmt.<sup>1769</sup>

### c. *Pauschaler Verweis auf Straf(un)würdigkeit*

Ein wichtiger Aspekt für Abwägungsfragen kann sich weiters daraus ergeben, dass der Gesetzgeber pauschal die Strafwürdigkeit oder -unwürdigkeit einer bestimmten Verhaltensweise hervorhebt. Das gilt selbst dann, wenn er für diese Wertung keine Begründung anführt – die Erwägungen, die ihn zu dieser Wertung gebracht haben, bleiben diesfalls zwar im Dunkeln. Klarstellungen zur Straf(un)würdigkeit können aber dennoch für die Abwägungsfrage, wo genau die Grenze zwischen Kommunikationsfreiheit und gerichtlich strafbarem Verhalten liegen soll, in einem konkreten Fall wertvoll sein, wie die nachfolgenden Bsp zeigen.

So war dem Gesetzgeber wichtig, die Täuschung nach § 108 StGB nur bei Vorliegen von Rechtsschädigungsabsicht unter Strafe zu stellen, da die Strafbarkeit nicht uferlos werden soll.<sup>1770</sup> Der Gesetzgeber erkannte

1769 Es fällt weiters auf, dass sich auch im Bereich der prozessualen Frage, ob ein Delikt als *Offizial-*, *Ermächtigungs-* oder *Privatanklagedelikt* ausgestaltet sein soll, wiederholt durchaus ausführlich dargelegte Abwägungsüberlegungen in den Materialien finden. So hat der Gesetzgeber etwa zur Frage der Umgestaltung des § 106 StGB (*Schwere Nötigung*) vom *Ermächtigungs-* zum *Offizialdelikt* eingehend Folgendes erwogen: Zunächst könnte diese Umgestaltung einerseits als Einschränkung der Autonomie des Opfers gesehen werden und seine besondere Drucksituation nur unzureichend beseitigen, zumal ein zentrales Problem in der jeweiligen Beweisbarkeit gesehen werde. Andererseits wird betont, dass derartige Straftaten meist nur über Anzeige des Opfers bekannt würden und die StPO zudem ein Zeugnisschlagungsrecht vorsehe. Die Drucksituation werde so schließlich über die Möglichkeit der Prozessbegleitung nach der StPO entschärft. Zudem beuge die Abschaffung des Ermächtigungserfordernisses Wahrnehmungsverzerrungen vor, wonach das Opfer gleichsam schuld am Verfahren sei: BGBl I 56/2006, 1325 d. B. XXII. GP, 5. Ähnlich wurde die Ausgestaltung des Tatbestands der Täuschung bei einer Wahl oder Volksabstimmung nach § 263 StGB als *Ermächtigungsdelikt* vom Gesetzgeber abgelehnt, namentlich wegen der Gefährlichkeit der Tat für die Demokratie, der schlechten Nachweisbarkeit der Person des Beeinflussten und des Wahlheimnisses, das einer Feststellung eines Taterfolgs der Täuschung entgegenstehe: BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 407.

1770 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 239.

mE folglich die potentielle Weite des Tatbestands und wollte durch das Absichtserfordernis (§ 5 Abs 2 StGB) die Ausdehnung auf strafunwürdige Fälle gezielt vermeiden. Für die Auslegung des Tatbestands ist daher insgesamt zu beachten, dass er im Zweifel eher restriktiv zu interpretieren ist.

Eine Strafbarkeit nach den §§ 188 ff StGB (Strafbare Handlungen gegen den religiösen Frieden und die Ruhe der Toten) würde nach Ansicht des Gesetzgebers zu weit gehen, wenn hierunter die Verletzung der sehr verschiedenartigen religiösen Gefühle jedes Einzelnen für sich allein fiele, zumal mit der Verletzung der religiösen Gefühle Einzelner der religiöse Friede insgesamt noch nicht gefährdet werde.<sup>1771</sup> Diese gesetzgeberische Überlegung muss mE bspw bei der Auslegung des »berechtigten Ärgernisses« nach § 188 StGB eine Rolle spielen: Das berechnete Ärgernis, das durch eine Herabwürdigung religiöser Lehren entstehen könnte (»Eignung«), muss seinerseits geeignet sein, den religiösen Frieden in der Gesellschaft insgesamt zu gefährden, auch wenn das vom Gesetz so nicht ausdrücklich verlangt wird. Allenfalls könnte jedoch argumentiert werden, dass diese einschränkende Interpretation des Tatbestands schon wegen der Überschrift des 8. Abschnitts des StGB – Strafbare Handlungen gegen den religiösen Frieden – geboten ist.

Die Eignung, berechtigtes Ärgernis zu erregen, ist auch Tatbestandsmerkmal des § 219 StGB (Ankündigung zur Herbeiführung unzüchtigen Verkehrs): Zur Abgrenzung des kriminellen Unrechts von sonst unmoralischen Verhaltensweisen hielt der Gesetzgeber hier in den Materialien fest, dass zB ein Zeitungsinserat, das die Zielrichtung nicht in Ärgernis erregender Deutlichkeit erkennen lässt und das auch sonst nicht inhaltlich geeignet ist, berechtigtes Ärgernis zu erregen, nicht dem Straftatbestand unterfallen soll.<sup>1772</sup> Für die Auslegung des Tatbestands der Ankündigung zur Herbeiführung unzüchtigen Verkehrs ist daher zu beachten, dass für eine Ärgerniseignung nicht jede moralisch fragwürdige Äußerung ausreicht, sondern die Schwelle höher liegen muss. Insb muss die dahinterstehende Absicht sehr deutlich in der Äußerung zum Ausdruck kommen.

In manchen Fällen allerdings wäre zumindest eine kurze, klarstellende Begründung der Straf(un)würdigkeit wünschenswert gewesen,

<sup>1771</sup> BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 327, Vorbemerkungen zu den §§ 188 ff StGB.

<sup>1772</sup> BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 367.

weil diese in einzelnen Konstellationen keinesfalls offenkundig ist. Nachstehende Bsp verdeutlichen das:

So hielt der Gesetzgeber die Erweiterung des Tatbestands der Verharmlosung nach § 283 StGB um die Billigung, Leugnung, gröbliche Verharmlosung oder Rechtfertigung von Verbrechen im Sinne des § 321k StGB (Verbrechen der Aggression) für »zweckmäßig«, da diese Verhaltensweise »nicht weniger verwerflich ist«<sup>1773</sup>. Woraus sich diese Wertung konkret ergibt, lässt der Gesetzgeber offen.

Nach § 255 StGB können Staatsgeheimnisse nur solche sein, deren Geheimhaltung notwendig ist, um die Gefahr eines schweren Nachteils für die Landesverteidigung der Republik Österreich, für die Beziehungen der Republik Österreich zu einer fremden Macht oder einer über- oder zwischenstaatlichen Einrichtung hintanzuhalten. Hierbei soll es sich nach den Materialien um eine konkrete Gefahr handeln, weil eine bloß abstrakte Gefahr rechtspolitisch inkonsequent wäre.<sup>1774</sup> Woraus sich diese Inkonsequenz ergibt, erwähnt der Gesetzgeber nicht.

Bei einer Landesverräterischen Fälschung und Vernichtung von Beweisen ist es nach den Gesetzesmaterialien unerheblich, ob sich die Fälschung oder Vernichtung des Beweismittels iSd § 258 Abs 1 Z 1 StGB auf ein wirklich bestehendes oder bloß erfundenes Rechtsverhältnis bezieht.<sup>1775</sup> Die Strafwürdigkeit sei in beiden Fällen gleich hoch. Warum das so sein soll, bleibt offen, zumal mE im Gegenteil keineswegs klar ist, dass der Unwertgehalt jeweils derselbe ist: Immerhin enthält zB ein gefälschtes Beweismittel über ein noch dazu erdichtetes Rechtsverhältnisses in zweifacher Hinsicht eine Lüge. Umgekehrt ist bspw nicht recht zu ersehen, warum die Vernichtung eines Beweismittels, das ohnehin nur ein erdichtetes Rechtsverhältnis belegt, den gleichen Unwertgehalt aufweisen soll wie die Vernichtung eines Beweismittels über ein tatsächlich bestehendes Rechtsverhältnis. Der erste Fall dient doch eigentlich immerhin der Wiederherstellung der Wahrheit.

Ebenso wenig offenkundig ist, warum der Fall, dass ein Wahl- oder Stimmberechtigter bei einer Wahl oder Volksabstimmung durch ein Entgelt dazu veranlasst wird, überhaupt erst wählen zu gehen, per se nicht strafwürdig sein soll, wie die Materialien zu § 265 StGB (Bestechung bei

1773 BGBl I 154/2015, 929 d. B. XXV. GP, JAB, 4, zu § 283 StGB.

1774 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 391, zu § 252 StGB.

1775 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 398.

einer Wahl oder Volksabstimmung) ausführen.<sup>1776</sup> Es könnte doch auch eine solche Praxis nicht im Sinne des Gesetzgebers sein, wonach eine Art Wettkampf zwischen den Stimmwerbern entstünde, wer am meisten zahlt, um den Berechtigten an die Urne oder Liste zu locken.

Eine Falsche Beweisaussage gemäß § 288 StGB soll nach dem Gesetzgeber dann nicht vorliegen, wenn bloß die Generalien/Angaben zur Person (wie etwa Name oder Geburtsdatum) unrichtig angegeben werden. Als Bsp nennt er hier, dass sich eine Frau aus Eitelkeit in ihren Angaben jünger macht, als sie tatsächlich ist. Derartige Fälle zu bestrafen wäre eine »unnötige Härte und es ist auch für die Wahrheitsfindung nicht erforderlich«<sup>1777</sup>. Diese Ansicht ist mE ebenfalls keineswegs über jeden Zweifel erhaben; eine Begründung wäre hier wünschenswert gewesen.

Die bisherigen Bsp einer mangelnden Begründung bezogen sich allesamt auf die StF zum StGB aus 1975. Aber auch in jüngerer Zeit wären an einzelnen Stellen Begründungen angezeigt gewesen: So fehlt für die aktuelle Fassung der §§ 304 ff StGB (Bestechlichkeit, Vorteilsannahme [zur Beeinflussung], Bestechung, Vorteilszuwendung [zur Beeinflussung] und Verbotene Intervention) letztlich eine Begründung für die Abgrenzung redlichen von unredlichen Verhaltens: Immerhin sieht das Gesetz an verschiedenen Stellen die Strafflosigkeit bestimmter Verhaltensweisen vor, weil es ihnen nach gesetzgeberischer Wertung wohl an sozialer Inadäquanz mangelt. Warum das so ist, lässt der Gesetzgeber allerdings offen.<sup>1778</sup> Zum Straftatbestand der Anbahnung von Sexualkontakten zu Unmündigen nach § 208a StGB hält der Gesetzgeber fest, dass er hierdurch diese gefährliche Vorphase der Kontaktaufnahme mit dem zukünftigen Opfer selbständig vertypt, was im Hinblick auf die Schwere der beabsichtigten Taten nach den §§ 201 bis 207a StGB berechtigt erscheine.<sup>1779</sup> Dem ist grundsätzlich uneingeschränkt zuzustimmen. Zu einer gefährlichen Kontaktaufnahme könnte es aber auch

1776 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 408.

1777 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 435.

1778 BGBl I 98/2009, 671/A XXIV. GP, IA, 17, zu § 304 StGB: gewisse Tathandlungen, wie zB das Fordern, Annehmen oder Sich Versprechen Lassen von Vorteilen für die pflichtwidrige Vornahme oder Unterlassung eines Amtsgeschäfts, sind jedenfalls weder redlich noch sozial adäquat; BGBl I 61/2012, 1950/A XXIV. GP, IA, 11, zu §§ 306 und 307b StGB: Strafflosigkeit bei geringfügigen Vorteilen für bloßes Annehmen oder Sich-versprechen-Lassen, da es sich um Vorfeldkriminalität handelt.

1779 BGBl I 130/2011, 1505 d. B. XXIV. GP, 5 f.



dann kommen, wenn etwa ein Treffen mit dem Opfer angebahnt wird, um so eine Entführung nach § 101 StGB, eine erpresserische Entführung nach § 102 StGB oder eine unter den Tatbestand des Menschenhandels nach § 104a StGB fallende Verhaltensweise zu ermöglichen. Die Kontaktaufnahme mit den dort genannten Absichten stellt der österreichische Gesetzgeber aber nicht unter Strafe, ohne dass er die dahinstehende Wertungsentscheidung darlegt.

#### d. Betonung des *ultima ratio*-Grundsatzes

Als Begründung für einen engen Anwendungsbereich einer Strafbestimmung insb durch einen entsprechend eng gefassten Tatbestand nennt der Gesetzgeber vereinzelt ausdrücklich den *ultima ratio*-Grundsatz des Strafrechts<sup>1780</sup>: So war bis zur StF des StGB im Jahre 1975 auch als Verletzung (heute § 283 StGB) strafbar, wer etwa die Ehe oder Familie im Allgemeinen als gesellschaftliche Institution herabwürdigte. In den Materialien zum StGB 1975 hielt der Gesetzgeber hierzu fest, dass es aber »nicht Aufgabe des Strafrechts [sei], Verstöße gegen die Sittenordnung ganz im allgemeinen und um ihrer selbst willen zu bekämpfen, sondern dort einzuschreiten, wo Verfehlungen gegen die Sittlichkeit und Sittenordnung soziale Schäden nach sich ziehen. Bei der Herabwürdigung der Ehe, der Familie und des Eigentums handelt es sich nicht um eine soziale Schädlichkeit in diesem Sinn«<sup>1781</sup>. Eine Strafbarkeit wurde daher auf jene Fälle nach § 282 StGB beschränkt, in denen zugleich die Aufforderung zu einer mit Strafe bedrohten Handlung oder die Gutheißung gelegen ist, weil nur das die Eignung aufweise, den öffentlichen Frieden zu gefährden.<sup>1782</sup>

Mit dem StRÄG 2015 wurden die Strafbestimmungen der §§ 163a und 163b StGB (Unvertretbare Darstellung wesentlicher Informationen über bestimmte Verbände und Unvertretbare Berichte von Prüfern bestimmter Verbände) neu im StGB installiert. Der Gesetzgeber erachtete hier »eine spürbare Begrenzung der Strafbarkeit im Sinne der *ultima ratio*-Funktion des Strafrechts vor dem Hintergrund, dass es in Bilanzfragen ohnehin keine absolute Wahrheit geben kann«<sup>1783</sup>, für geboten.

1780 II.E.

1781 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 425, zu § 282 StGB.

1782 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 425, zu § 282 StGB.

1783 BGBl I 112/2015, 689 d. B. XXV. GP, Erläuterungen, 26.

Er versuchte dies durch verschiedene strafbarkeitseinschränkende Tatbestandsmerkmale (wie zB die Unvertretbarkeit der Informationsdarstellung) zu erreichen, die er in den Materialien zudem eingehend beschrieb.<sup>1784</sup>

*e. Bloße Darlegung des Abwägungsergebnisses*

An verschiedenen Stellen beschränkt sich der Gesetzgeber darauf, zwar das endgültige Ergebnis einer offensichtlich stattgefundenen Interessenabwägung anzuführen. Wie er zu diesen Ergebnissen jeweils gelangt, ist aus den Materialien allerdings nicht zu erfahren.

So wurde das Tatbild des § 118 StGB (Verletzung des Briefgeheimnisses und Unterdrückung von Briefen) dahingehend eingeschränkt, dass die Unterdrückung oder Unterschlagung dieser Briefe nur bis zur Kenntnisnahme durch den tatsächlichen Empfänger strafbar sein solle (Abs 3); alles andere »würde zu weit gehen«. Welche Abwägungsüberlegungen den historischen Gesetzgeber zu diesem Ergebnis brachten, führt er nicht aus.<sup>1785</sup>

Ein Wissenslichkeitserfordernis im Zusammenhang mit der Herbeiführung einer unrichtigen Beweisaussage nach § 292 StGB wurde vom Gesetzgeber abgelehnt, weil die Strafbestimmung diesfalls »hinter den kriminalpolitischen Erfordernissen zurück[bleiben]«, ein Schuldspruch sich nur selten erzielen lassen und die Strafbarkeit entscheidend entwertet würde. Warum das so ist und insb, worin diese kriminalpolitischen Erfordernisse bestehen, wird nicht dargelegt.<sup>1786</sup>

Bei der Fälschung eines Beweismittels nach § 293 StGB würde das subjektive Erfordernis der Absicht (§ 5 Abs 2 StGB) auf die spätere Verwendung in einem Verfahren dazu führen, dass die Bestimmung ins Leere ginge, weil sie kaum je beweisbar wäre<sup>1787</sup>; die Ausgestaltung dieser Verwendung im Verfahren als objektive Bedingung der Strafbarkeit gehe umgekehrt – wieder ohne nähere Begründung – zu weit<sup>1788, 1789</sup>.

1784 BGBl I 112/2015, 689 d. B. XXV. GP, Erläuterungen, 27 ff.

1785 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 254.

1786 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 443.

1787 Zum Argument der schlechten Beweisbarkeit als Abwägungskriterium des Gesetzgebers auch schon XV.B.1., XV.B.2.a. und XV.B.2.b.

1788 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 444 f.

1789 Auch im Abschnitt über die Strafbaren Handlungen gegen die Zuverlässigkeit von Urkunden und Beweiszichen fehlen an verschiedenen Stellen Begründungen: So

Eine Strafbarkeit wegen der Anbahnung von Sexualkontakten zu Unmündigen nach § 208a StGB bei bloß bedingtem Vorsatz auf die spätere Begehung einer Tat nach den §§ 201 bis 207a Abs 1 Z 1 StGB schien dem Gesetzgeber »unangemessen«<sup>1790</sup>, weil die Strafbarkeit durch den vorliegenden Tatbestand weit in das Vorbereitungsstadium vorverlagert werde (daher nach geltendem Recht Absichtserfordernis, § 5 Abs 2 StGB).<sup>1791</sup> Eine nähere Begründung für die Unangemessenheit bleibt aus.

Sehr interessant wären auch detaillierte Angaben zu einem Abwägungsvorgang im Strafprozessreformbegleitgesetz I aus 2007 zu § 301 StGB (Verbotene Veröffentlichung) gewesen. Der Gesetzgeber verwarf hier eine im Ministerialentwurf vorgeschlagene Ergänzung dieser Strafbestimmung. Demnach sollte sich strafbar machen, wer entgegen § 54 StPO (Verbot der Veröffentlichung) in einem Druckwerk, im Rundfunk oder sonst auf eine Weise Informationen veröffentlicht, die in einem strafrechtlichen Verfahren in nicht öffentlicher Verhandlung, im Zuge einer nicht öffentlichen Beweisaufnahme oder durch Akteneinsicht erlangt wurden.<sup>1792</sup> Die Strafbestimmung wurde nicht in den Gesetzesentwurf übernommen, »weil sich das Spannungsverhältnis zwischen Artikel 8 und 10 EMRK in einer Strafbestimmung nicht auf befriedigende Weise lösen lässt.«<sup>1793</sup>

---

müsse der Gebrauch der falschen oder verfälschten Urkunde auch zum Tatbestand gehören und genüge ein bedingter (§ 5 Abs 1 StGB) erweiterter Vorsatz für die Strafbarkeit, verdiene das Vertrauen auf die Echtheit der besonders geschützten Urkunden nach § 224 StGB besonderen Schutz, sei für den Tatbestand der Fälschung öffentlicher Beglaubigungszeichen dasselbe Öffentlichkeitserfordernis wie bei den Urkunden erforderlich und schütze § 229 StGB nur Absichtsurkunden. Die dahinterliegenden Abwägungsentscheidungen erörtert der Gesetzgeber jeweils nicht: BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 368; BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 369; BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 373.

1790 BGBl I 130/2011, 1505 d. B. XXIV. GP, 7.

1791 Weitere Bsp aus dem Bereich der Delikte gegen die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung: BGBl 242/1989, 128/A XVII. GP, 6f, IA, zu § 201 StGB: Vergewaltigung durch Nötigungsmittel der Bedrohung, nicht jede Bedrohung reicht, sondern nur jene, die nach der Art von vorneherein geeignet sind, das Opfer praktisch willenlos zu machen; BGBl I 15/2004, 379 d. B. XXII. GP, JAB, 3, zu § 207a StGB: unterschiedliche Strafdrohungen für mündige und unmündige Opfer angebracht; BGBl I 15/2004, 379 d. B. XXII. GP, JAB, 20, zu § 207a StGB: bloßer Bezug auf EU-rechtlich und nach der Cybercrime-Konvention mögliche Ausnahmen von der Kriminalisierung zur Vermeidung einer überzogenen Kriminalisierungspflicht.

1792 BGBl I 93/2007, 87/ME XXIII. GP, Erläuterungen, 19, zu § 301 StGB.

1793 BGBl I 93/2007, 231 d. B. XXIII. GP, 26.

Immer wieder beschränkt sich der Gesetzgeber auf mehr oder weniger bloße Verweise auf das vorangegangene Begutachtungsverfahren oder ein Expertengremium (etwa die Strafrechtskommission in Vorbereitung des StGB 1975<sup>1794</sup>). Eine Begründung fehlt hier aber jeweils.<sup>1795</sup>

*f. Mehr oder minder ausdrückliche Delegation der Abwägung*

Wie an anderer Stelle bereits dargestellt wurde, hat der Gesetzgeber unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit, den Vorgang der Abwägung kollidierender Interessen im Strafrecht an die Rsp zu delegieren.<sup>1796</sup> Das Bestimmtheitsgebot muss hierbei aber ebenso zwingend gewahrt werden. Aus diesem Grund ist es mE problematisch, wenn der Gesetzgeber zB zu § 121 StGB (Verletzung von Berufsgeheimnissen) ohne Weiteres ausführt, dass die Tat – zusätzlich zu § 121 Abs 5 StGB (keine Strafe bei Rechtfertigung durch ein öffentliches oder berechtigtes privates Interesse) – gerechtfertigt sein kann, wenn eine Rechts-

1794 Bsp: BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 261 f, Vorbemerkungen zu den §§ 122 ff StGB; BGBl I 134/2002, 1166 d. B. XXI. GP, 26 f, zu §§ 118a, 119, 119a, 126a, 126b, 126c, 147, 148a, 225a StGB: Niedergeschrieben wird ausschließlich das Ergebnis der Abwägung »im Lichte« des Begutachtungsverfahrens. BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 367, zu § 219 StGB: Es komme nur auf den Inhalt, nicht auf die Umstände des Verhaltens des Täters bei Erlass der Ankündigung an: Es sei nicht im Sinne der Strafrechtskommission, zB auch den Ehemann, dessen Frau vor kurzem gestorben ist, und der solch eine Anzeige schaltet, wegen der so offen zur Schau getragenen Gleichgültigkeit gegenüber dem Tod seiner Gattin zu bestrafen; BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 434 f, zu § 288 StGB: »Es würde den Rahmen dieser Erläuterungen sprengen, alle Für und Wider dieser Grundsatzentscheidung wiederzugeben und zu würdigen.«, im Weiteren zwei Begründungsstränge dargelegt (Verweis auf den Schaffer der ZPO, *Franz Klein*, Zitat aus einer Permanenzkommission des Herrenhauses).

1795 So wurde in den Tatbestand der Fortgesetzten Belästigung im Wege einer Telekommunikation oder eines Computersystems nach § 107c StGB »im Lichte des Begutachtungsverfahrens eine gewisse Konkretisierung des Tatbestands dahin vorgeschlagen [...], dass die inkriminierten Ehrverletzungen oder Eingriffe in die Intimsphäre zumindest für eine größere Zahl von Menschen (etwa 10) wahrnehmbar sein müssen. Die im Begutachtungsverfahren zum Teil generell verlangte breite Öffentlichkeit (ab etwa 150 Personen) erscheint demgegenüber als zu weit gehende Einschränkung.«; BGBl I 112/2015, 689 d. B. XXV. GP, Erläuterungen, 19 f. Umgekehrt ist zu § 208a StGB (Anbahnung von Sexualkontakten von Unmündigen) im Begutachtungsverfahren hervorgekommen, dass das Vorschlagen eines Treffens als Tathandlung nicht weit genug gehe (daher idGF auch: Vereinbaren), und der Tatbestand auch auf andere Formen der Kontaktaufnahme als nur über Telekommunikation oder im Wege eines Computersystems auszudehnen sei, weil alles andere nicht sachgerecht sei: BGBl I 130/2011, 1505 d. B. XXIV. GP, 6.

1796 VI.C.4.b. und VI.E.6.

pfligt ausgeübt wird oder andere Interessen überwiegen. Er bezeichnet diese als allgemeine Unrechtsausschließungsgründe, bringt aber insb für den Fall solcher »anderen Interessen« weder eine nähere Definition noch Bsp.<sup>1797</sup> Insoweit wird die Abwägung im Einzelfall völlig auf die Ebene der Rsp verlagert.

Zum Besitz pornographischer Darstellungen Minderjähriger nach § 207a Abs 3 StGB erläutert der Gesetzgeber bspw in den Materialien zu BGBl 622/1994, dass der Besitz im Rahmen rechtmäßiger Berufsausübung (zB wissenschaftliche Forschung, ernsthafte journalistische Recherche oder verantwortungsbewusste mediale Berichterstattung) oder zu einem sonst anerkannten Zweck nicht verboten sein solle. Insoweit »liegt ein Rechtfertigungsgrund vor, der keiner ausdrücklichen Regelung bedarf. Ähnliches gilt für eine verfassungskonforme Abwägung und Abgrenzung zur Wahrung der Freiheit der Kunst«<sup>1798</sup>. Nähere Kriterien – insb für genau diese Abwägung – fehlen völlig.

Obwohl der Gesetzgeber eingesteht, dass die Strafbarkeit mit § 208a StGB (Anbahnung von Sexualkontakten zu Unmündigen) ohnedies weit in das Vorbereitungsstadium vorverlagert werde, lässt er es ausreichen, wenn der Täter irgendeine konkrete Vorbereitungshandlung zur Durchführung des persönlichen Treffens mit dieser Person setzt (§ 208a Abs 1 StGB). Er verweist darauf, dass den verschiedenen Konstellationen trotz der geäußerten Bedenken im Begutachtungsverfahren in der Praxis ausreichend Rechnung zu tragen sei.<sup>1799</sup>

Zu einer Verlagerung der Abwägungsverantwortung auf die Rsp-Ebene kommt es auch, wenn der Gesetzgeber zu § 301 Abs 1 StGB (Verbotene Veröffentlichung) ausführt, dass es der Entwurf bewusst offen lasse, ob dieses Verbot einen Ausschluss der Öffentlichkeit durch den Richter im Einzelfall voraussetzt oder vielmehr ganz allgemein anzuwenden ist.<sup>1800</sup> Auch die Tatbestandsvariante nach § 301 Abs 2 2. Fall StGB, wonach pauschal strafbar ist, wer die ihm in einem geheimen Verfahren auf Grund einer gesetzlichen Bestimmung vom Gericht oder von der Verwaltungsbehörde auferlegte Pflicht zur Geheimhaltung verletzt, ist durch die dynamische Verweisung weit formuliert. Hier entschied sich der Gesetzgeber erneut für eine geringere Bestimmtheit der

---

1797 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 260 f.

1798 BGBl 622/1994, 1848 d. B. XVIII. GP, JAB, 3.

1799 BGBl I 130/2011, 1505 d. B. XXIV. GP, 7.

1800 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 452.

Norm zugunsten einer höheren Flexibilität ihrer Anwendung, »um dem Gesetzgeber für die Zukunft freie Hand zu gewähren, welche Geheimhaltungspflichten er wegen Ausschlusses der Öffentlichkeit in gerichtlichen oder verwaltungsbehördlichen Verfahren normieren will«<sup>1801</sup>.

### 3. Begriffsbestimmungen

Die Verwendung von Begrifflichkeiten in einer Strafnorm, die in ihrer Bedeutung möglichst eindeutig sind, erhöht evidentermaßen die Bestimmtheit dieser Norm.<sup>1802</sup> Eine klare Bedeutung eines Begriffs gibt damit aber auch zugleich den möglichen Abwägungsspielraum vor – ist die zulässige Auslegung im Strafrecht doch immer durch den äußerst möglichen Wortsinn des Gesetzes begrenzt.<sup>1803</sup> Insofern dienen exakte Begriffsbestimmungen sowohl der Bestimmtheit der Norm als auch der Abwägungsklarheit im Strafrecht.

Diese Begriffsbestimmungen finden sich zunächst in *Legaldefinitionen*<sup>1804</sup>, wie etwa der für das Kommunikationsstrafrecht wichtige Begriff der »öffentlichen Begehung« nach § 69 StGB<sup>1805</sup>. Der Gesetzgeber gibt daneben auch in unzähligen Fällen in den Materialien ausdrücklich eine *Positivdefinition* eines im Gesetzeswortlaut einer Strafnorm verwendeten Begriffs vor. Dies erhöht gerade bei vagen Begrifflichkeiten mitunter die Bestimmtheit eines Strafgesetzes erheblich.<sup>1806</sup> Neben Positivdefinitionen wirkt sich auch eine sog *Negativdefinition* auf die Bestimmtheit aus: Der Gesetzgeber bringt in diesen Fällen in den Materialien klar zum

1801 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 453.

1802 VI.C.4.a.

1803 VI.E.1.

1804 VI.C.4.a.

1805 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 427, zu § 283 StGB.

1806 Besonders ausführlich fallen zB die Begriffsbestimmungen durch positive Definitionen zum 2015 neu geschaffenen § 107c StGB (Fortgesetzte Belästigung im Wege einer Telekommunikation oder eines Computersystems) aus. Hier findet sich neben vielen anderen auch eine Definition des Taterfolgs »Verletzung an der Ehre« nach § 107c Abs 1 Z 1 StGB: Hierunter ist demnach »jede Verminderung des Ansehens und der Achtung einer Person in den Augen der für sie maßgeblichen Umwelt [zu verstehen]. Schutzobjekt des StGB ist nicht das subjektive ›Ehrgefühl‹ des oder der Betroffenen im Sinne einer größeren oder geringeren Selbstachtung, sondern die Ehre eines Menschen in ihrer objektiven Bedeutung (EvBl 1976/147, SSt 53/44, RIS-Justiz RS0092487)«, BGBl I 112/2015, 689 d. B. XXV. GP, Erläuterungen, 19 f. Der Gesetzgeber übernimmt damit – wie der Klammerverweis zeigt – den objektiven Ehrbegriff nach der Judikatur; dazu V.F.2.a.i.

Ausdruck, welche Verhaltensweisen, Tatsubjekte oder -objekte etc von einem Straftatbestand gerade *nicht* erfasst sein sollen.<sup>1807</sup> In vielen Fällen verwendet der Gesetzgeber anstatt oder ergänzend zu einer Definition eines im Straftatbestand verwendeten Begriffs auch Bsp zur näheren Bedeutungsumschreibung des Terminus.<sup>1808</sup>

In manchen Fällen wird schließlich für die Bedeutung eines Begriffs auf andere Bestimmungen des StGB, auf frühere Gesetzesfassungen und auch auf Normen außerhalb des StGB, die jeweils bereits denselben Ausdruck verwenden, verwiesen.<sup>1809</sup> Das ist einerseits im Sinne der Einheit der Rechtsordnung (*systematische Interpretation*) zu begrüßen.<sup>1810</sup> Solche Verweise führen andererseits aber auch zu einer erschwerten Bestimmbarkeit der Bedeutung eines Begriffs: Wenn etwa die StF zum StGB aus 1975 für die Bedeutung eines verwendeten Terminus auf das StG in früheren Fassungen verweist, ist das Ermitteln des Begriffsinhalts aus heutiger Sicht bereits erheblich kompliziert.<sup>1811</sup>

1807 Zum Tatbestand des Betrugs nach § 146 StGB hält der Gesetzgeber fest, dass »bloße Werturteile, Hoffnungen, Emotionen und Gefühle« keine »Tatsachen« sind, über die getäuscht werden kann, weil sie sich auf Meinungen und Empfindungen subjektiver Art gründen, die keiner objektiven Kontrolle zugänglich sind. Keine Tatsachen sind außerdem »allgemeine Anpreisungen, wie sie im Geschäftsverkehr üblich sind und von niemandem aufs Wort geglaubt werden«; BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 293.

1808 Eine Verletzung von Berufsgeheimnissen nach § 121 Abs 1–3 StGB ist nach Abs 5 im Falle überwiegender öffentlicher oder privater Interessen ausnahmsweise nicht zu bestrafen. Diese sehr vage Formulierung konkretisiert der Gesetzgeber anhand von Bsp näher. So brauche es nicht unbedingt eine Rechtspflicht zur Offenbarung, sondern es genügen allgemeine Interessen unterhalb dieser Schwelle, wie etwa Interessen der öffentlichen Gesundheitspflege bei Bekämpfung von Volksseuchen oder an gesundheitsstatistischen Angaben. Ein berechtigtes privates Interesse liegt nach den Materialien bspw dann vor, wenn sich ein Arzt ohne die Preisgabe des Geheimnisses in einem Straf- oder Disziplinarverfahren nicht sachgemäß verteidigen könnte, »wenn diese zur Begründung einer Klage auf Honorarzah lung erforderlich ist oder wenn Amts-, Vertrauens- oder Werksärzte bei Einstellungsuntersuchungen oder bei der Prüfung weiterer Diensttauglichkeit und Arbeitsfähigkeit von Arbeitnehmern, Soldaten oder Häftlingen deren Privatgeheimnisse dem Dienstgeber oder Dienstvorgesetzten mitteilen müssen.«, BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 260.

1809 Strafgesetzliche Änderungen sind häufiger auch notwendig, weil sich außerstrafrechtliche Normen – und die darin verwendeten Begrifflichkeiten – geändert haben.

1810 Bsp: Der Verweis in den Materialien zu § 282 StGB (Aufforderung zu mit Strafe bedrohten Handlungen und Gutheißung mit Strafe bedrohter Handlungen) auf § 117 Abs 2 StGB (Berechtigung zur Anklage) für die Wendung »dass es einer breiten Öffentlichkeit zugänglich wird«, stellt sicher, dass die Begriffe identisch ausgelegt werden, BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 425.

1811 So verzichtete der Gesetzgeber auf die nähere Erörterung wesentlicher Teile der Tatbilder der § 120 StGB (Mißbrauch von Tonaufnahme- oder Abhörgeräten),

#### 4. Regelungsfolgenabschätzung

Seit 2013 ist der Gesetzgeber verpflichtet, in den Gesetzesmaterialien eine sog Gesetzesfolgenabschätzung vorzunehmen (»Vorblatt und WFA«).<sup>1812</sup> Doch auch schon vor diesem Zeitpunkt setzte sich der Gesetzgeber im Zuge einer Prognose zum Teil ausdrücklich mit den möglichen Auswirkungen einer strafgesetzlichen Neuregelung auseinander. In vielen Fällen beschränkt sich diese gesetzgeberische Einschätzung allerdings auf die Aspekte eines etwaigen personellen<sup>1813</sup> oder finanziellen<sup>1814</sup> Mehraufwands. Bisweilen hält der Gesetzgeber ausdrücklich einen erwarteten positiven Effekt auf die Rechtstreue der Rechtsunterworfenen fest.<sup>1815</sup> Nur selten setzt sich der Gesetzgeber im Sinne des *ultima ratio*-Grundsatzes<sup>1816</sup> explizit mit etwaigen Regelungsalternativen auseinander. In jüngerer Zeit sah er zB im Zusammenhang mit dem StrÄG 2015 ausdrücklich keine Alternativen zur Anwendung des Strafrechts (»Nullszenario und allfällige Alternativen«): »Wenn das Strafrecht hinter der gesellschaftlichen Entwicklung zurückbleibt, könnte dessen präventive Wirksamkeit Schaden erleiden.«<sup>1817</sup>

---

BGBI 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 256), §§ 122 ff StGB (Verletzung oder Auskundschaffung von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen, BGBI 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 263 f, Vorbemerkungen zu den §§ 122 ff; BGBI 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 264, zu §§ 123 f StGB), oder § 248 StGB (Herabwürdigung des Staates und seiner Symbole, BGBI 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 388).

1812 X.F.3.

1813 BGBI I 116/2013, 2319 d. B. XXIV. GP, Vorblatt und WFA, 2, zu § 104a, § 201, § 202, § 208a StGB; BGBI I 15/2004, 294 d. B. XXII. GP, 1, 6, zu § 207a StGB; BGBI I 40/2009, 678 d. B. XXIII. GP, RV, 8, zu § 207a StGB und zum 10. Abschnitt des StGB allgemein; BGBI I 130/2011, 1505 d. B. XXIV. GP, 2, zu § 208a StGB; BGBI I 103/2011, 674 d. B. XXIV. GP, 1, zu § 278e und § 278 f, § 282a und § 283 StGB.

1814 ZB BGBI I 112/2015, 689 d. B. XXV. GP, Vorblatt und WFA, 1, zum gesamten StrÄG 2015 (insb §§ 107c, 163a und 163b StGB): Reduktion des Verfolgungsaufwands durch den Wegfall zahlreicher Strafbestimmungen und wegen der zT herabgesetzten Straffrahmen.

1815 ZB BGBI I 116/2013, 2319 d. B. XXIV. GP, Vorblatt und WFA, 3 und 4, zu § 104a, § 201, § 202, § 208a StGB; BGBI I 112/2015, 689 d. B. XXV. GP, Vorblatt und WFA, 4, zum gesamten StrÄG 2015 (insb §§ 107c, 163a und 163b StGB).

1816 Dazu auch oben XV.B.2.b. und XV.B.2.d.

1817 ZB BGBI I 112/2015, 689 d. B. XXV. GP, Vorblatt und WFA, 1, zum gesamten StrÄG 2015 (insb §§ 107c, 163a und 163b StGB).



## 5. (Mögliche) Erfolgshindernisse

Keine der analysierten Gesetzesmaterialien geht – wohl aus politischen Gründen – auf mögliche Hindernisse zur Erreichung des von der neuen strafrechtlichen Norm verfolgten Ziels ein. Einzig der Umstand, dass vereinzelt – nämlich beim Tatbestand der Beharrlichen Verfolgung nach § 107a StGB – ausdrücklich angemerkt wurde, dass »die Anwendung der neuen Bestimmungen gegen Stalking einer Evaluierung unterzogen werden [soll] und [...] eine Berichterstattung über die praktischen Erfahrungen mit diesen Regelungen [...] nach Ablauf von zwei Jahren [...] für wünschenswert«<sup>1818</sup> erachtet wird, lässt allenfalls vermuten, dass hier möglicherweise die praktische Handhabung zunächst unsicher erschien. Von Gesetzes wegen muss sich der Gesetzgeber – anders als bei der Gesetzesfolgenabschätzung im Vorhinein<sup>1819</sup> – auch nicht mit möglichen Erfolgshindernissen auseinandersetzen; insb besteht keine gesetzlich verankerte Evaluierungspflicht.

## C. Ergebnis

An dieser Stelle der Untersuchung angelangt, gilt es nun, die erwarteten<sup>1820</sup> und die tatsächlich in den Materialien vorgefundenen Interessen und Abwägungsgesichtspunkte<sup>1821</sup> zu vergleichen. Während es noch gewisse Übereinstimmungen bei den geschützten Interessen gibt,<sup>1822</sup> zeigt sich bei den Regeln, Prinzipien und Leitlinien dagegen rasch: Der Gesetzgeber lässt sich im Bereich des Kommunikationsstrafrechts zu großen Teilen von völlig anderen Überlegungen und Motiven leiten als jene, die zunächst vermutet wurden; zusammengefasst wird nachstehend, ob aus den Überlegungen und Motiven des Gesetzgebers überhaupt eigenständige Regeln, Prinzipien und Leitlinien für Abwägungsfragen im Kommunikationsstrafrecht abgeleitet werden können.<sup>1823</sup>

1818 BGBl I 56/2006, 1383 d. B. XXII. GP, JAB, 3.

1819 X.F.3.

1820 XIV.

1821 XV.B.1.–XV.B.5.

1822 XIV.C.1. und XV.B.2.a.

1823 XV.C.

## 1. Regeln

Eine Zusammenschau der Ergebnisse der Gesetzesmaterialienanalyse zeigt, dass der Gesetzgeber keine Regeln für eine Abwägungsentscheidung im Strafrecht vorgibt. Allenfalls unterstreichen einzelne Anmerkungen, wonach eine Strafbarkeit wegen eines bestimmten Verhaltens zu weit gehen würde und daher Einschränkungen bedürfe, dass der Gesetzgeber den *ultima ratio*-Grundsatz und auch das Verhältnismäßigkeitsgebot schon bei der Erstfassung eines Strafgesetzes berücksichtigt. In diesem Sinne mahnt der Gesetzgeber auch zT die Notwendigkeit ein, das Strafrecht auf jene Verhaltensweisen zu beschränken, die tatsächlich sozial inadäquat iSv unerträglich sind. Demgegenüber fällt auf, dass das Bestimmtheitsgebot den Gesetzgeber zwar in seiner Tätigkeit beeinflusst, aber weniger im Sinne einer Regel, die es schon bei Erlass einer Strafnorm ungeachtet etwaiger Abwägungsschwierigkeiten zu beachten gilt. Vielmehr nimmt er auf bestehende Rechtsunsicherheiten meist erst nachträglich – also nachdem die Regelung in einer unbestimmten Fassung bereits in Kraft getreten ist – Bedacht.

## 2. Prinzipien

Als Prinzipien, die in eine allfällige Abwägungsentscheidung im Kommunikationsstrafrecht einfließen, sind zunächst alle ausdrücklich genannten, geschützten Interessen (Rechtsgüter) und Regelungszwecke zu nennen: Freie menschliche Willensbildung<sup>1824</sup>, ungehinderte Beförderung von Briefen und Schriftstücken<sup>1825</sup>, Kredit, Erwerb und berufliches Fortkommen<sup>1826</sup>, Inhalte anerkannter Religionen, Ansehen einer Religionsgemeinschaft, religiöses Empfinden, religiöser Friede<sup>1827</sup>, Ehe als Institution<sup>1828</sup>, äußere Sicherheit<sup>1829</sup>, Reinheit der demokratischen Willensbildung<sup>1830</sup>, Vertrauen der Allgemeinheit auf den öffentlichen

1824 BGBI 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 229, zu § 108 StGB; zur geringen Bestimmtheit des § 108 StGB VI.C.5.

1825 BGBI 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 254, zu § 118 StGB.

1826 BGBI 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 298, zu § 152 StGB.

1827 BGBI 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 327, Vorbemerkungen zu den §§ 188 ff StGB.

1828 BGBI 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 333, zu § 193 StGB.

1829 BGBI 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 390, Vorbemerkungen zu den §§ 252 ff StGB; BGBI 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 391, zu § 252 StGB.

1830 BGBI 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 402, Vorbemerkungen zu den §§ 261 ff; BGBI 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 404, zu § 262 StGB.

Frieden<sup>1831</sup>, Ehre, Freiheit, Vermögen, Rechtspflege<sup>1832</sup>, Wahrheitsfindung<sup>1833</sup>, Funktionieren des öffentlichen Dienstes<sup>1834</sup>, Vermeidung von (Sekundär-)Viktimisierung<sup>1835</sup>, Schutz vor terroristischen Anschlägen und Verhinderung der Radikalisierung<sup>1836</sup> sowie sexuelle Integrität und Selbstbestimmung<sup>1837</sup>. Eine gesetzgeberische Abwägung in diesen Fällen ergab, dass die Kommunikationsfreiheit hier jeweils gegenläufigen Interessen unterliegt. Als Konsequenz wurden kommunikative Verhaltensweisen zum Zwecke der Optimierung der anderen Interessen verboten. Das Interesse an der Kommunikationsfreiheit wird jeweils in dem Umfang zurückgedrängt, als die einzelnen Strafnormen zu Lasten der Kommunikationsfreiheit reichen.

Allerdings findet in vielen Fällen keine Abwägung rein dieser Interessen statt, welche bestimmte Werte, Güter und Positionen der Rechtsunterworfenen oder auch des Staats darstellen. Tatsächlich wird die konkrete Ausgestaltung einer Strafbestimmung vielfach auch von völlig anderen, letztlich inhaltsfernen Überlegungen bestimmt. Als »inhaltsfern« sind diese deshalb zu bezeichnen, weil sie gerade nichts mit der Abwägung rechtlich geschützter Interessen zu tun haben. Gemeint sind insb die genannten Beweisschwierigkeiten, die erheblichen Einfluss auf den Inhalt einer Strafbestimmung ausüben. Dieser Einfluss schlägt sich oft in einer im Ergebnis strengeren Strafbestimmung nieder, als wenn man solche inhaltsfernen Überlegungen nicht angestellt hätte. Auch andere Praktikabilitätsabwägungen spielen eine Rolle, so etwa die »Zumutbarkeit« und der Prüfungsaufwand für die Gerichte oder auch vereinzelt nicht zu klärende Fragen der konkreten Gesetzes-

1831 BGBI 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 416, zu § 275 StGB.

1832 BGBI 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 446, 448, zu §§ 297 f StGB.

1833 BGBI 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 441, zu § 290 StGB.

1834 BGBI 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 464, zu § 315 StGB.

1835 BGBI I 40/2009, 271/A XXIV. GP, IA, 17; BGBI I 40/2009, 678 d. B. XXIII. GP, RV, 4f, je zu § 207a und zum 10. Abschnitt des StGB allgemein.

1836 BGBI I 103/2011, 674 d. B. XXIV. GP, 3, zu §§ 278e ff StGB.

1837 BGBI 622/1994, 1848 d. B. XVIII. GP, JAB, 2, zu § 207a StGB: Darstellerschutz; BGBI I 15/2004, 294 d. B. XXII. GP, 6, zu § 207a StGB: Schutz von Minderjährigen; BGBI I 130/2011, 1505 d. B. XXIV. GP, 1, 3, zu § 208a StGB: Schutz von Kindern; BGBI I 116/2013, 2319 d. B. XXIV. GP, Vorblatt und WFA, 1f, zu § 104a, § 201, § 202, § 208a StGB: Verbesserung des strafrechtlichen Schutzes der sexuellen Integrität und Selbstbestimmung sowie des Schutzes vor Menschenhandel, Verbesserung des Schutzes von unmündigen Opfern, die in ihrer sexuellen Integrität verletzt worden sein könnten, Schutz von Menschen mit Behinderung.

konstruktion. Auch das Interesse des Gesetzgebers, keine Änderung des Strafrechts vornehmen zu müssen, wurde an einer Stelle genannt.

Insofern ist als weiteres Ergebnis festzuhalten, dass die Abwägungsentscheidung, welche die rechtlich geschützten Interessen berücksichtigt, lediglich eine Art »Vorfilter« für die Ausgestaltung der Strafbestimmung ist. Ein insoweit dem Optimierungsgebot entsprechendes bloßes »Zwischenergebnis« kann sodann noch durch diese Praktikabilitätsabwägungen modifiziert werden. Im Ergebnis handelt es sich bei ihnen daher ebenfalls um Prinzipien, die in die Frage nach der Ausgestaltung des Kommunikationsstrafrechts mit hineinspielen: Wäre eine Strafbestimmung in einer bestimmten Ausgestaltung aus faktischen Gründen ihrer Wirksamkeit in der Prävention bzw sogar Anwendbarkeit beraubt, treten etwaige Interessensoptimierungsüberlegungen rein inhaltlicher Natur in den Hintergrund.

### 3. Leitlinien

Die Gesetzesmaterialienanalyse hat letztlich keine Leitlinien hervorgebracht. Im Kommunikationsstrafrecht spricht der Gesetzgeber soweit ersichtlich nie oberste, hehre Ziele an, die er in einer Art Gesamtschau auf die Rechtsordnung oder zumindest aller kommunikationsstrafrechtlichen Normen verfolgt.

## XVI. Abwägung und Bestimmtheit – Am Beispiel der Delikte gegen die Ehre

### A. Allgemeines

Im Folgenden werden die bislang in dieser Arbeit gefundenen Ergebnisse auf die Delikte gegen die Ehre nach dem 4. Abschnitt des StGB angewendet: Geprüft wird zunächst, ob diese Delikte nach der geltenden Rechtslage den Anforderungen an das Bestimmtheitsgebot genügen: Sind die im Zusammenhang mit den §§ 111 ff StGB auftretenden mannigfaltigen Abwägungsentscheidungen zwischen der Kommunikationsfreiheit nach Art 13 StGG/Art 10 EMRK und etwaigen Gegeninteressen für den Einzelfall ausreichend determiniert? Der Prüfung werden zunächst die Ausführungen zum Bestimmtheitsgebot zugrunde gelegt. Zu ermitteln ist, ob die Grunddelikte (§ 111 StGB – Üble Nachrede, § 113 StGB –

Vorwurf einer schon abgetanen gerichtlich strafbaren Handlung, § 115 StGB – Beleidigung) so bestimmt sind, dass für den Großteil aller denkmöglichen Sachverhalte eine eindeutige Einordnung als strafbar oder erlaubt möglich ist.<sup>1838</sup> Die hinreichende Bestimmtheit einer Strafnorm kann sich einerseits bereits aus einem weitgehend eindeutigen Wortlaut, andererseits auch aus einem vagieren Wortlaut zusammen mit den einschlägigen Gesetzesmaterialien ergeben.<sup>1839</sup> Die gegenständliche Arbeit fasst den Begriff der »einschlägigen« Gesetzesmaterialien großzügig: So kommen grundsätzlich alle gesetzgeberischen Erwägungen zum Kommunikationsstrafrecht insgesamt als Quelle für entsprechende Regeln, Prinzipien und Leitlinien in Betracht.<sup>1840</sup>

Der Fokus der folgenden Darstellung liegt jeweils auf den strittigen Tatbestandsfragen bzw den praktischen Schwierigkeiten bei der Auslegung und Anwendung der »Ehrdelikte« insgesamt und hier insb auf den Tathandlungen, weil es sich dabei um normative Tatbestandsmerkmale<sup>1841</sup> handelt, die besonders vage und damit auslegungsbedürftig sind. Auf diese Weise können alle denkbaren Abwägungskonstellationen im Einzelfall berücksichtigt werden: Soweit daher nach Ansicht eines Strafgerichts eine kommunikative Handlung (uU gerade noch) von der Kommunikationsfreiheit nach Art 13 StGG/Art 10 EMRK gedeckt ist, liegt eben bspw kein Vorwurf einer verächtlichen Eigenschaft oder Gesinnung nach § 111 Abs 1 StGB oder kein Beschimpfen iSd § 115 Abs 1 StGB vor. Die Abwägung durch die Rsp schlägt in diesen Fällen zugunsten der Kommunikationsfreiheit aus. Der Tatbestand ist entsprechend einschränkend auszulegen.<sup>1842</sup> Eine solche legistische Vorgehensweise (Herabsetzung der Bestimmtheit einer Strafnorm zum Zwecke eines höheren Abwägungsspielraums für die Rsp) ist verfassungsrechtlich jedoch nur zulässig, wenn der Gesetzgeber als Ausgleich für die reduzierte Bestimmtheit der Strafnorm die Regeln, Prinzipien und Leitlinien der Abwägung vorgibt, von denen sich die Rsp bei der

1838 Zu den Anforderungen des Bestimmtheitsgebots VI.C.3.

1839 VI.C.4.

1840 Dazu schon VI.C.4.b. und XIII.E. Aus diesem Grunde wurde die obige Analyse der Gesetzesmaterialien recht ausführlich dargestellt. Es hat sich allerdings gezeigt, dass aus ihr nur wenig Allgemeines zu gewinnen war, XV.C. Die Ergebnisse sollen nichtsdestoweniger der Prüfung der Bestimmtheit der §§ 111 ff StGB zugrunde gelegt werden.

1841 VI.C.4.b.

1842 VII.B.1.

Rechtsanwendung leiten lassen muss.<sup>1843</sup> Bei der Ermittlung des gesetzgeberischen Willens aus Anlass der Auslegung<sup>1844</sup> der Ehrdelikte hat die Rsp diese Gesichtspunkte der Abwägung sodann zu berücksichtigen. Nur durch diese legislative Regelungstechnik werden Reichweite und Grenzen der Strafbestimmungen zum Schutze der Ehre ausreichend klar. Ob die §§ 111 ff StGB diese Mindestanforderungen erfüllen, soll daher zunächst geprüft werden.<sup>1845</sup> Für den Fall, dass die ausreichende Bestimmtheit der Delikte nach gegenwärtiger Rechtslage nicht gegeben ist, wird in weiterer Folge ein Vorschlag für eine Neuformulierung des Gesetzes samt dazugehöriger Gesetzesmaterialien auf der Grundlage einer umfassenden Interessenabwägung anhand des vorgestellten Abwägungsmodells erarbeitet.

## **B. Straftatbestände im Detail**

Nach dem 4. Abschnitt des StGB macht sich wegen eines Ehrdelikts im Wesentlichen strafbar, wer einem anderen bestimmte ehrenrührige Eigenschaften, Gesinnungen oder Verhaltensweisen (§ 111 StGB) oder schon abgetane gerichtlich strafbare Handlungen (§ 113 StGB) vorwirft oder ihn beschimpft, verspottet bzw am Körper misshandelt oder letzteres zumindest androht (§ 115 StGB). Einige der strittigen Fragen bzw praktischen Anwendungsprobleme beziehen sich gleichermaßen auf alle drei Grunddelikte; sie werden daher vorangestellt erörtert. Ihre Darlegung ist deswegen relevant für die Prüfung der Bestimmtheit, weil sich auch in der dogmatischen Ausgestaltung des Delikts erstens wichtige Abwägungsentscheidungen des Gesetzgebers zeigen könnten und zweitens Unklarheiten dieser Ausgestaltung auch Unklarheiten der Reichweite der Strafbarkeit bedeuten.

---

1843 VI.C.4.b.

1844 VI.E.2.

1845 XVI.B.–XVI.H.

## 1. Allgemein strittige Fragen und grundsätzliche Anwendungsprobleme

### a. Deliktstyp?

#### (i.) Tätigkeits- oder Erfolgsdelikt?

Strafrechtsdogmatisch handelt es sich bei allen Ehrdelikten – Üble Nachrede (§ 111 StGB), Vorwurf einer schon abgetanen gerichtlich strafbaren Handlung (§ 113 StGB), Beleidigung (§ 115 StGB) und Öffentliche Beleidigung eines verfassungsmäßigen Vertretungskörpers, des Bundesheeres oder einer Behörde (§ 116 StGB) – um abstrakte Gefährdungsdelikte.<sup>1846</sup> Die abstrakte Gefahr der Äußerung liegt in ihrer speziellen Modalität: Da die Tatbestände jeweils eine gewisse Mindestpublizität (Wahrnehmbarkeit für Dritte in verschiedenen Ausprägungen<sup>1847</sup>) voraussetzen, sind die jeweiligen kommunikativen Verhaltensweisen nur strafbar, wenn sie durch diese Wahrnehmbarkeit für das Rechtsgut »Ehre des Opfers« jeweils abstrakt gefährlich sind. Sie stellen demnach keine Erfolgsdelikte dar, weil die von den Tatbeständen geforderte Mindestpublizität die abstrakte Gefährlichkeit der Äußerung, nicht aber eine Wirkung in der Außenwelt zum Ausdruck bringen soll. Für diese Ansicht sprechen auch die Gesetzesmaterialien zum StGB 1975:

»Eine üble Nachrede kann auch in einem verschlossenen, an den Beleidigten adressierten Schriftstück begangen werden, wenn nach den dem Täter bekannten Verhältnissen der Inhalt anderen Personen als dem Beleidigten, z. B. seinem Kanzlei- oder Geschäftspersonal, zugänglich werden kann. Um auch diesen strafwürdigen Fall sowie den der Verübung der Tat durch offene, an den Beleidigten adressierte Postkarten, die vom Briefträger oder anderen Personen gelesen werden können, zu erfassen, soll es nicht darauf ankommen, daß die üble Nachrede in Gegenwart eines Dritten erfolgt, sondern daß sie nach den Umständen des Falls für ihn wahrnehmbar war.«

Mit diesem Bsp des verschlossenen Briefs stellt der Gesetzgeber mE eindeutig klar, dass eine Üble Nachrede vollendet ist, wenn der Brief in einen bloß abstrakt gefährlichen Kommunikationszusammenhang gebracht wurde. Das bedeutet, dass das Delikt bereits dann vollendet

1846 Ausführlich Schallmoser, JSt 2018, 376 ff mwN insb auch auf aA.

1847 Näher unten XVI.B.2.a., XVI.B.3.a. und XVI.B.4.a.

ist, wenn das kommunikative Verhalten in einem Rahmen stattfindet, der für das Rechtsgut Ehre des Opfers abstrakt gefährlich ist. Sobald der Brief folglich aufgegeben wurde und so aus dem Verfügungsbereich des Verfassers gelangt, hat dieser keinen Einfluss mehr darauf, wem sein Inhalt zur Kenntnis gelangt. Mit dem Aufgeben ist das Delikt damit vollendet, weil ab diesem Zeitpunkt ein potentieller Dritter den Inhalt wahrnehmen kann;<sup>1848</sup> er muss hierzu aber nicht der Empfänger sein. Die Strafbarkeit wird durch diese Auslegung erweitert: Geht man demgegenüber nämlich von einem Erfolgsdelikt aus, läge in diesem Bsp lediglich ein Versuch (§ 15 StGB) vor.

Die Ansicht, wonach es sich insoweit um Tätigkeitsdelikte handelt, ist jedenfalls für die Üble Nachrede nach § 111 StGB keineswegs unstrittig: Vielmehr erblicken zahlreiche Stimmen in Literatur und Rsp im Erfordernis der Wahrnehmbarkeit der kommunikativen Handlung für eine dritte Person (Abs 1) bzw in der Zugänglichkeit für eine breite Öffentlichkeit (Abs 2) bereits einen Taterfolg.<sup>1849</sup> Dasselbe muss dann auch für die Wahrnehmbarkeit für einen Dritten iSd § 113 StGB sowie ebenso für das Mindestpublizitätserfordernis nach § 115 StGB (»öffentlich oder vor mehreren Leuten«) und damit im Ergebnis auch für § 116 StGB gelten.

Die jeweiligen Konsequenzen der Einordnung sind erheblich, weil sie insb darüber entscheidet, wie weit die österreichische Strafgewalt nach den §§ 62 ff StGB und damit die Verfolgungszuständigkeit reicht: So macht es einen erheblichen Unterschied, ob österreichische Gerichte jede nach nationalem Recht verbotene kommunikative Handlung, die etwa über das Internet in Österreich abrufbar und damit wahrnehmbar ist, strafrechtlich verfolgen können, egal wo auf der Welt sie gepostet wurde (§§ 62 iVm 67 Abs 2 StGB: Inlandstat aufgrund in Österreich eingetretenen Taterfolgs), oder ob sich die österreichische Strafgewalt auf Fälle beschränkt, in denen die inkriminierte kommunikative Handlung in Österreich gesetzt wurde (Inlandstat aufgrund österreichischen Handlungsorts). Zudem können nach dem eindeutigen Wortlaut des § 2 StGB nur Erfolgsdelikte durch Unterlassen begangen werden;

1848 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 245.

1849 OGH 15.12.2011, 13 Ns 75/11z = RIS-Justiz RSo127316; *Rami WK<sup>2</sup>-StGB § 111 Rz 2/1 mwN*; grundlegend für alle Formen der Mindestpublizität nunmehr *Zerbes, ÖJZ 2017*, insb 859 ff, mit Hinweis auf die differenzierte Tatbestandslösung von *Salimi WK<sup>2</sup>-StGB § 67 Rz 49 ff*.



die Einordnung als Erfolgsdelikt führt damit dazu, dass die Strafbarkeit erweitert wird, nämlich auf Begehungsweisen durch Unterlassen. Schließlich hängt der Lauf der Verjährung nach den §§ 57 ff StGB von der Deliktseinordnung ab.<sup>1850</sup>

(ii.) Zustands- oder Dauerdelikt?

Darüber hinaus ist bislang nicht geklärt, ob die Ehrdelikte nach den §§ 111 ff StGB je nach Sachverhalt Zustands- oder aber auch Dauerdelikte darstellen können. Die zentrale Frage ist damit, ob eine länger andauernde Mindestpublizität ebenfalls vom Tatbestand erfasst oder ob nur die erstmalige Vollendung des Delikts unrechtsbegründend ist. So unterscheiden sich die verschiedenen Begehungsformen der Ehrdelikte in ihrer Mindestpublizität nämlich erheblich voneinander: Während eine face-to-face begangene Üble Nachrede (§ 111 StGB) oder Beleidigung (§ 115 StGB) in dem Moment, in dem die inkriminierte Äußerung beendet ist, auch ihre Publizität verliert, ist etwa eine über das Internet (zB in einem sozialen Medium) vermittelte inkriminierte Äußerung über einen längeren Zeitraum verfügbar und damit für die Ehre des Opfers länger abstrakt gefährlich. Fraglich ist, ob letzterer Umstand vom Tatbestand der Delikte als unrechtserhöhend umfasst ist.

Auch eine längere abstrakte Gefährlichkeit der kommunikativen Handlung wird vom tatbestandlichen Unrecht richtigerweise jeweils miterfasst: Äußert daher zB ein Täter eine Beleidigung vor mehr als drei weiteren Personen dem Opfer gegenüber mündlich von Angesicht zu Angesicht, ist (bei entsprechendem Vorsatz und Vorliegen der weiteren Strafbarkeitsvoraussetzungen) § 115 StGB als Zustandsdelikt erfüllt. Es ist mit dem Abschluss der inkriminierten Äußerung voll- und auch beendet iSv materiell vollbracht. Postet dagegen derselbe Täter die Äußerung sichtbar im Internet (etwa in einem sozialen Medium), ist das Delikt zwar mit dem Hochladen des Postings vollendet, aber erst mit dem Ende des tatbestandsmäßigen Verhaltens beendet. § 115 StGB liegt hier als Dauerdelikt vor.<sup>1851</sup> Das gilt sinngemäß für die Tatbestände nach den §§ 111, 113 und 116 StGB.

1850 Näher *Schallmoser*, JSt 2018, 378 ff.

1851 Näher *Schallmoser*, JSt 2018, 371 ff mwN.

### b. Sinngehalt der Äußerung?

Ob eine kommunikative Äußerung unter einen wie immer gearteten Straftatbestand fällt, hängt zentral von ihrem Inhalt ab (»archimedischer Punkt«<sup>1852</sup>). Wie bereits ausgeführt, wird die Ermittlung des Sinngehalts eines gesprochenen Worts, einer bestimmten Gestik, einer Textpassage oder auch einer bildlichen/filmischen Darstellung im Strafrecht als eine Tatfrage eingeordnet.<sup>1853</sup> Die Ermittlung des tatsächlichen Sinngehalts einer kommunikativen Verhaltensweise ist damit Grundvoraussetzung für ihre richtige rechtliche Beurteilung. Die solcherart getroffenen Feststellungen enthalten typischerweise Passagen wie »Der Leser versteht die Passage so...« oder »Der Leser versteht die Passage nicht dahin, dass...«.<sup>1854</sup> Sie sind im kollegialgerichtlichen Verfahren im Rechtsmittelwege nur sehr eingeschränkt bekämpfbar.<sup>1855</sup>

Zur Ermittlung des tatsächlichen Bedeutungsgehalts einer Äußerung ist stets der gesamte, sog *situative Kontext* der Äußerung zu berücksichtigen.<sup>1856</sup> An diesem Punkt unterscheidet sich das Kommunikationsstrafrecht grundlegend von anderen Bereichen des Strafrechts: Bei einer Körperverletzung nach §§ 83 ff StGB oder einem Diebstahl nach §§ 127 ff StGB spielt der jeweilige situative Kontext für die Erfüllung des Tatbestands<sup>1857</sup> gerade keine oder allenfalls eine höchst untergeordnete Rolle.

Was ist nun unter dem situativen Kontext im Einzelnen zu verstehen? Gemeint ist nicht weniger, als dass zur Ermittlung des Sinngehalts einer Äußerung in jedem Einzelfall grundlegende Erfahrungswerte einzubeziehen sind, welche die konkrete Situation, das Vorverständnis, das Milieu und die Umgangsformen, den Sprachgebrauch, den Bildungsgrad der Beteiligten sowie etwaige weitere relevante Begleitumstände (zB den Tonfall oder die verwendete Mimik bzw Gestik) umfassen.<sup>1858</sup>

*Kienapfel/Schroll* fassen es wie folgt zusammen:

1852 *Rami* WK<sup>3</sup>-StGB Vor §§ 111–117 Rz 12.

1853 Dazu schon oben IV.E.1.d. und IV.E.1.i.

1854 ZB OLG Wien 11. 6. 2015, 18 Bs 113/15x; OGH 7. 9. 2016, 15 Os 21/16a, 15 Os 62/16f; 12. 4. 2018, 15 Os 26/18i; weitere Bsp aus der OLG-Rsp bei *Graf-Wintersberger*, Lebensbild und Bereicherung, 21 ff.

1855 Zur Mängelrüge nach § 281 Abs 1 Z 5 StPO schon IV.E.1.d.

1856 Kurz schon IV.E.1.d.

1857 Etwas anderes gilt für die Strafbemessung.

1858 RIS-Justiz RS0092588 [T 27]; *Lambauer* SbgK Vorbem §§ 111 ff Rz 35; ähnlich die grundrechtliche Judikatur des OGH im Zivilrecht: statt vieler *Khakzadeh-Leiler*, Grundrechte in der Judikatur, 159.

»Zu den Umständen, die bei der Deutung [...] eines [...] Verhaltens ins Kalkül zu ziehen sind, zählen ua Anlass, sprachlicher Ausdruck, Tonfall und Gestik, Alter, Milieu und Bildungsgrad von Täter und Verletztem, aber auch so schwer Reproduzierbares wie die Stimmung der Beteiligten und das ›Tatklima‹. Eine besondere Rolle spielen die jeweiligen persönlichen Beziehungen der ›Kontrahenten‹ und der sonst Anwesenden zueinander sowie der schichten- und ortsübliche Verkehrston. [*Herv entf*]«<sup>1859</sup>

Die österreichische Rsp<sup>1860</sup> nimmt als Ausgangspunkt zur Ermittlung des Sinngehalts einer Äußerung zunächst eine wörtliche und grammatikalische (zB Berücksichtigung der Stellung eines Worts im Satzbau, der verwendeten Zeitform etc) Interpretation der inkriminierten Äußerung aus der Sicht des angesprochenen Rezipientenkreises vor.<sup>1861</sup> Zentral ist damit der Wortlaut. Eine hiervon abweichende Bedeutung ist vom Gericht ggf »denkrichtig und erfahrungskonform« zu begründen.<sup>1862</sup> Ein Sinn, der nach dem Wortlaut der Äußerung zunächst verborgen bleibt, darf nur dann festgestellt werden, wenn sich aus den Umständen des konkreten Einzelfalls bestimmte Anhaltspunkte dafür ergeben.<sup>1863</sup> Ein bloßer Hinweis auf die rein sprachliche Bedeutung einer Äußerung ohne Bezugnahme auf den Sinngehalt genügt allerdings nie; der weitere Kontext muss jeweils zwingend einbezogen werden: »Wird die Feststellung [...] ohne weitere Überlegungen allein mit der semantischen Bedeutung des Ausdrucks fundiert, leidet diese an einem Begründungsmangel [nach § 281 Abs 1 Z 5 StPO, *Anm d Verf*], der Urteilsnichtigkeit zur Folge hat.«<sup>1864</sup>

Der Kontext einer inkriminierten Äußerung ist zunächst lokal zu verstehen in dem Sinne, dass etwa bei einem Zeitungsartikel die gesamte Zeitungsseite, ihre Platzierung in der gesamten Zeitschrift (zB im Politikteil, im Feuilleton etc) und ihr Aufbau (Stellung von Werbung, Bildern, auf derselben Seite befindliche andere journalistische Beiträge

1859 *Kienapfel/Schroll*, Grundriss BT I<sup>5</sup>, Vorbem §§ 111 ff Rz 6, mit Hinweis auf OLG Innsbruck 8.11.1983, 3 Bs 369/83 = MR 1986/3, 13.

1860 Auch der EMGR berücksichtigt die individuellen Umstände umfassend; dazu statt vieler *Harris/O'Boyle/Warbrick*, European Convention on Human Rights<sup>4</sup>, 668 ff; *Steiner* in *Karl/Berka*, Medienfreiheit, 53 ff, insb 58 ff.

1861 Näher mN aus der Rsp *Rami* WK<sup>2</sup>-MedienG Präambel Rz 1/5.

1862 RIS-Justiz RS0092588 [T 20].

1863 RIS-Justiz RS0092588 [T 30].

1864 RIS-Justiz RS0092588 [T 27].

etc) zu berücksichtigen sind.<sup>1865</sup> Der Text ist in seiner Gesamtheit zu beurteilen; einzelne Sätze oder gar nur Wörter stellen idR keine eigenen Äußerungen dar.<sup>1866</sup> Eine Gegen Ausnahme greift allerdings dann, wenn der Urheber des Texts gerade diese hervorheben will, damit der Leser nicht weiter liest.<sup>1867</sup>

Der Kontext erfasst aber va den jeweiligen Anlass der Äußerung, also die politische, gesamtgesellschaftliche, persönliche etc Einbettung des inkriminierten Inhalts.<sup>1868</sup> Eingang in die Ermittlung des Sinngehalts hat demnach auch das aktuelle Vor- und Begleitwissen zu finden;<sup>1869</sup> dazu gehört insb dasjenige Ereignis, das Auslöser für die inkriminierte Äußerung war.<sup>1870</sup> Hier spielen gerade bei medialen Äußerungen die bereits ausgeführten Abwägungsaspekte wie etwa die *Debate of Public Interest*<sup>1871</sup> eine erhebliche Rolle.

Besonderer Bedeutung kommt folglich jeweils der Sicht jenes Rezipienten zu, an den sich die Äußerung (zB eine Publikation) nach ihrer Aufmachung und Schreibweise sowie den behandelten Themen richtet. Die Ermittlung des relevanten Rezipientenkreises zählt ebenfalls zu den Tatsachenfeststellungen und unterliegt damit der richterlichen Beweiswürdigung iSd § 258 Abs 2 StPO.<sup>1872</sup> An dieser Stelle ist nun zu differenzieren: Wird die inkriminierte Äußerung in einem Massenmedium getätigt, geht es um die Tatfrage der Maßfigur eines Medienkonsumenten, nicht aber um einen konkreten Empfänger.<sup>1873</sup> Zur Ermittlung des

1865 Vgl hierzu nur das Urteil des OGH 11.9.2008, 15 Os 10/08x, 15 Os 23/08h, 15 Os 24/08f zur karikaturistischen Zeichnung eines Politikers als »Arsch mit Ohren«, die im Politikteil einer Tageszeitung abgedruckt wurde.

1866 OLG Wien 22.1.1993, 21 Bs 404/93 = MR 1993, 13.

1867 ZB OGH 23.8.2007, 12 Os 36/07x; näher *Lambauer* SbgK Vorbem §§ 111 ff Rz 40; wN aus der Rsp bei *Hager/Zöchbauer*, Persönlichkeitsschutz<sup>4</sup>, 131 E 35; *Ozlberger*, Ehrenschaft und Medienstrafrecht<sup>2</sup>, 62 f, will der Überschrift eines Texts dagegen besondere Bedeutung beimessen.

1868 Zu alledem zB auch *Lambauer* SbgK Vorbem §§ 111 ff Rz 35 ff mit zahlreichen Bsp; *Graf-Wintersberger*, Lebensbild und Bereicherung, 22 f.

1869 ZB OGH 31.5.2001, 15 Os 44/01; 8.5.2008, 15 Os 6/08h, 15 Os 7/08f; 11.9.2008, 15 Os 10/08x, 15 Os 23/08h, 15 Os 24/08f; wN zB bei *Rami* WK<sup>2</sup>-MedienG Präambel Rz 1/4.

1870 OGH 8.5.2008, 15 Os 6/08h, 15 Os 7/08f.

1871 XIV.C.3.

1872 OGH 8.5.2008, 15 Os 6/08h, 15 Os 7/08f; dazu auch *Graf-Wintersberger*, Lebensbild und Bereicherung, 23 ff; kritisch *Rami* WK<sup>2</sup>-MedienG Präambel Rz 1/3, da es sich bei der Maßfigur um eine rechtliche Konstruktion und gerade nichts »Tatsächliches« handle.

1873 Kritisch *Rami* WK<sup>2</sup>-MedienG Präambel Rz 1/3; zur juristischen Maßfigur allgemein *Schmoller*, JBl 1990, 631 ff.

relevanten Rezipientenkreises etwa einer Zeitschrift, einer Rundfunk-sendung oder auch einer Social Media-Seite sind »das Bildungsniveau, das politische Interesse sowie die Fähigkeit und Bereitschaft des Adres-saten, sich mit kontroversieller politischer Berichterstattung und Kom-mentaren auseinander zu setzen, zu berücksichtigen.«<sup>1874</sup>

»Beurteilungsmaßstab für den Bedeutungsinhalt einer inkrimi-nierten Textstelle ist die Auffassung jenes Lesers, an den sich ein Artikel nach seiner Aufmachung, Schreibweise und seinem Thema wendet. Anspruchslose Texte machen daher den »unbe-darften« Leser zur Figur eines Maßstabes.«<sup>1875</sup>

Welche Texte konkret welchen »Anspruch« verfolgen, beurteilt alleine das Gericht. Etwas anderes gilt dagegen im sonstigen, »privaten« Kom-munikationsstrafrecht: Jene Äußerungen, die nicht an ein diffuses Massenpublikum gerichtet sind, sondern sich nur an eine oder einige wenige Personen richten, haben einen anderen Rezipientenkreis als Maßstab: Bei einem Betrug nach § 146 StGB (»Täuschung über Tatsa-chen«) unter Verwendung eines falschen Beweismittels (§ 147 Abs 1 Z 1 StGB) ist zB festzustellen, welchen Sinngehalt das Beweismittel dem konkreten Tatopfer vermitteln sollte, und weshalb es in Relation zu die-sem Sinngehalt täuschungsgeeignet war.<sup>1876</sup>

Im Ergebnis läuft die Pflicht zur Berücksichtigung des gesamten situativen Kontexts darauf hinaus, dass sich die Ermittlung des Sinn-gehalts einer Äußerung nicht nur als höchst komplexes Verfahren darstellt, sondern die Beurteilung letztlich *de facto* vorab nicht vor-hersehbar ist. Das soll abschließend ein Bsp-Fall zum Tatbestand der »Anstandsverletzung« nach Art 1 § 1 Wiener Landes-Sicherheitsge-setz<sup>1877</sup> untermauern: Dort wurde das Hochhalten eines Transparents durch einen Fußballfan während eines Fußballspiels mit der Aufschrift »All Cops are Bastards« nicht als Beschimpfung angesehen. Vielmehr sollte »die ablehnende Haltung mancher Fußballfans gegenüber der Polizei als Teil der staatlichen Ordnungsmacht zum Ausdruck gebracht

1874 OGH 8.5.2008, 15 Os 6/08h, 15 Os 7/08f.

1875 Hager/Zöchbauer, Persönlichkeitsschutz<sup>4</sup>, 128 E 17f mwN, konkrete Bsp auch E 19, 20, 23.

1876 RIS-Justiz RS0121294. Diese Tatumstände sind im Übrigen ihrerseits wiederum auch im Urteilsspruch klarzustellen; ein Verstoß hiergegen steht unter Nichtig-keitssanktion nach § 281 Abs 1 Z 3 StPO wegen Verletzung des § 260 Abs 1 Z 1 StPO.

1877 Wiener LGBl 51/1993 – WLSG.

werden«. <sup>1878</sup> Das genüge als Tatsachengrundlage. Die Sinngehaltsermittlung bleibt damit nicht nur in hohem Maße situativ, sondern auch der höchst subjektiven Einschätzung des Richters im jeweiligen Einzelfall überlassen. <sup>1879</sup>

### c. *Mögliche Tatopfer?*

Schwierigkeiten bereitet auch die Frage, wer jeweils Tatopfer der Ehrdelikte nach den §§ 111 ff StGB sein kann. Einigkeit besteht nur insoweit, als grundsätzlich nur individualisierbare Einzelpersonen »beleidigungsfähig« etc sind. Opfer kann damit nur ein anderer Mensch sein, der aufgrund der in der Äußerung enthaltenen Merkmale explizit genannt oder aber zumindest implizit erkennbar wird. Hierbei sind alle Äußerungsteile zu berücksichtigen, die zur Identifizierung führen können. <sup>1880</sup> Nicht unter den Begriff des »anderen« fallen demgegenüber Kollektive, also größere Personenmehrheiten, die sich über ein gemeinsames Merkmal definieren, zB Vereine, Parteien, Unternehmen usw. <sup>1881</sup> Eine Ausnahme gilt zB nach § 116 StGB, wonach die öffentlich begangene Üble Nachrede oder Beleidigung gegen bestimmte Kollektive, namentlich den Nationalrat, den Bundesrat, die Bundesversammlung oder einen Landtag, gegen das Bundesheer, eine selbständige Abteilung des Bundesheeres oder gegen eine Behörde, doch strafbar ist. <sup>1882</sup>

Wo nun aber genau die Abgrenzung zwischen ausreichend individualisiertem Personenkreis und Kollektiv verläuft, ist im Einzelnen unklar. <sup>1883</sup> Denn: Mit der Definition des »anderen« iSd §§ 111, 113, 115 StGB ist keineswegs vorgegeben, dass Opfer eines Ehrdelikts jeweils nur eine einzelne Person sein kann. Auch sog Opfer unter Kollektivbezeichnungen können mitunter so individualisierbar sein, dass ihre

1878 VfGH E 5004/2018. In dieser Form geäußerte Kritik sei nach dem VfGH »mit Blick auf die in einer demokratischen Gesellschaft besondere Bedeutung und Funktion der Meinungsäußerungsfreiheit bei Beachtung aller Umstände des Falles hinzu nehmen«.

1879 Dazu auch noch XVI.H.5.c.

1880 Ausführlich mN aus der Rsp *Rami* WK<sup>2</sup>-StGB Vor §§ 111–117 Rz 10.

1881 *Tipold* in *Leukauf/Steininger H.* StGB<sup>4</sup> Vorbemerkungen zu den §§ 111–117 Rz 7 mN aus der Rsp.

1882 Siehe auch XVI.B.2.a. und XVI.B.2.b. Eine weitere Ausnahme verankert § 42 MedienG.

1883 Hierzu und zum Folgenden zB *Lambauer* SbgK Vorbem §§ 111 ff Rz 23 ff; *Rami* WK<sup>2</sup>-StGB Vor §§ 111–117 Rz 9 ff.

»Beleidigungsfähigkeit« gegeben ist (sog *Ehrenbeleidigung unter einer Kollektivbezeichnung*<sup>1884</sup>). »Voraussetzung ist, dass die in Betracht kommende Person als Angegriffene gekennzeichnet ist oder dass jeder des Kollektivs den Ehrangriff auf sich beziehen kann.«<sup>1885</sup> Insb trifft das auf die Mitglieder besonders kleiner Kollektive zu; keine klare Linie lässt sich allerdings zur Frage ausmachen, wann ein Kollektiv »klein« und wann bereits »(zu) groß« für eine Opfereigenschaft ist. Bloße Durchschnittsurteile ohne konkreten Bezug zu Einzelpersonen genügen nämlich nicht.<sup>1886</sup> Es kommt hier wiederum – abermals höchst kasuistisch – auf den jeweiligen Sinngehalt der Äußerung an.<sup>1887</sup> Ehrenrührige Angriffe gegen eine bestimmte Berufsgruppe eines kleinen Orts können demnach den Tatbestand erfüllen, Angriffe gegen Vertreter einer Berufsgruppe, die allesamt in einem sehr großen Ort arbeiten, dagegen nicht.<sup>1888</sup> Unter bestimmten Voraussetzungen können damit die einzelnen Mitglieder zB eines Vereins, einer politischen Partei oder eines Unternehmens sehr wohl »Opfer« eines Ehrdelikts sein.<sup>1889</sup> Besteht etwa ein lokaler Verein zum Schutze der Ortsbildpflege nur aus rund 10 Mitgliedern, trifft eine Diffamierung, die sich gegen den Verein als solches richtet, jedes einzelne Mitglied.

Uneins ist das Schrifttum, soweit ersichtlich, ferner zur Frage, ob jeder Mensch Opfer einer strafbaren Handlung gemäß §§ 111 ff StGB sein kann. Strittig ist das zB im Falle kleiner Kinder oder geisteskranker Personen.<sup>1890</sup>

1884 *Kienapfel/Schroll*, Grundriss BT I<sup>5</sup>, Vorbem §§ 111 ff Rz 62 ff mit schwierigen Abgrenzungsfragen.

1885 *Lambauer* SbgK Vorbem §§ 111 ff Rz 26.

1886 OLG Wien 16.12.1985, 27 Bs 577/85; zit n *Hager/Zöchbauer*, Persönlichkeitsschutz<sup>4</sup>, 127 E 6.

1887 Bsp bei *Rami* WK<sup>2</sup>-StGB Vor §§ 111–117 Rz 11 ff; vgl auch *Kienapfel/Schroll*, Grundriss BT I<sup>5</sup>, Vorbem §§ 111 ff Rz 65.

1888 *Tipold* in *Leukauf/Steininger H.* StGB<sup>4</sup> Vorbemerkungen zu den §§ 111–117 Rz 9.

1889 Zahlreiche weitere Fall-Bsp aus der Rsp bei *Hager/Zöchbauer*, Persönlichkeitsschutz<sup>4</sup>, 127 f.

1890 *Rami* WK<sup>2</sup>-StGB Vor §§ 111–117 Rz 8, bejaht dies umfassend; *Lambauer* SbgK Vorbem §§ 111 ff Rz 18 ff, differenziert hier aufwendig; *Tipold* in *Leukauf/Steininger H.* StGB<sup>4</sup> Vorbemerkungen zu den §§ 111–117 Rz 4, sieht mögliche Beschränkungen nur da, wo sie sich aus der besonderen Angriffsrichtung des jeweiligen Delikts ergeben (mwN).

#### d. Mindestpublizität?

§ 111 Abs 1 StGB (Üble Nachrede) verlangt als Mindestpublizität, dass die inkriminierte Äußerung »in einer für einen Dritten wahrnehmbaren Weise«, begangen wird, Abs 2, dass sie einer breiten Öffentlichkeit zugänglich wird. § 113 StGB (Vorwurf einer schon abgetanen gerichtlich strafbaren Handlung) setzt für eine Tatbestandsvollendung voraus, dass der Vorwurf »in einer für einen Dritten wahrnehmbaren Weise« erfolgt. § 115 StGB (Beleidigung) ist nur erfüllt, wenn die Beleidigung »öffentlich oder vor mehreren Leuten« ergeht. Der Begriff der Öffentlichkeit ist in § 69 StGB legaldefiniert<sup>1891</sup>, die Wendung »vor mehreren Leuten« in § 115 Abs 2 StGB, wonach eine Handlung dann vor mehreren Leuten stattfindet, wenn sie in Gegenwart von mehr als zwei vom Täter und vom Angegriffenen verschiedenen Personen begangen wird und diese sie wahrnehmen können. § 116 StGB (Öffentliche Beleidigung eines verfassungsmäßigen Vertretungskörpers, des Bundesheeres oder einer Behörde) setzt kraft Überschrift und Tatbestandswortlaut eine öffentliche Begehung (§ 69 StGB) voraus.

Trotz des auf den ersten Blick recht eindeutigen Wortlauts ist auch die Auslegung dieser Tatbestandsmerkmale zT strittig. So sollen nach einer Entscheidung des verstärkten Senats des OGH in SSt 50/9<sup>1892</sup> entgegen dem eindeutigen Wortlaut jene Äußerungen nach § 111 StGB nicht tatbildlich sein und damit keine Üble Nachrede darstellen, die zwar von unbeteiligten Dritten wahrgenommen werden können, bei denen allerdings die Gefahr einer Rufbeeinträchtigung von vornherein ausgeschlossen ist (»nicht in rufgefährdender und daher nicht »in einer für einen Dritten wahrnehmbaren Weise« erhoben, weil insoweit eine Gefahr, daß ihr Ansehen durch diese Behauptungen wechselweise leiden könnte oder daß sie die Beschuldigungen über den jeweils anderen selbst weiterverbreiten könnten, von vornherein auszuschließen war«). Zu solchen Äußerungen gehören etwa die im engsten Familien- oder Freundeskreis getätigten (sog *beleidigungsfreie Privatsphäre*).<sup>1893</sup> Dieser

1891 § 69 StGB stellt auf die unmittelbare Wahrnehmbarkeit für einen größeren Personenkreis ab.

1892 OGH 18.1.1979, 13 Os 75/78 = EvBl 1979/79.

1893 *Kienapfel/Schroll*, Grundriss BT I<sup>5</sup>, Vorbem §§ 111 ff Rz 45 ff; *Lambauer SbgK* Vorbem §§ 111 ff Rz 33; *Tipold* in *Leukauf/Steininger H. StGB*<sup>4</sup> § 111 Rz 18f. Argumentieren lässt sich auch, dass innerhalb der beleidigungsfreien Privatsphäre das Kommunikationsinteresse stets anderen Interessen überwiegt.



Standpunkt muss wohl aufgrund des identischen Publizitätserfordernisses auch für den (wahren) Vorwurf schon abgetaner gerichtlich strafbarer Handlungen nach § 113 StGB gelten. Dieser Rechtsansicht ist zwar im Ergebnis beizupflichten, entspricht sie doch dem abstrakten Gefährdungscharakter<sup>1894</sup> des Delikts, allerdings ist eine solche Auslegung vom Wortlaut nicht mehr gedeckt; er wurde vorliegend teleologisch reduziert. Zudem eröffnet er neuerlich Unschärfen im Tatbestand, weil unklar ist, wann genau jene Sphäre verlassen wird, innerhalb der auch vor Außenstehenden ein nach dem Wortlaut tatbestandsmäßiges Verhalten gesetzt werden darf.

Für die im Kommunikationsstrafrecht im Bereich der Beleidigung nach § 115 StGB relevanten Tathandlungen »Beschimpfen«, »Verspotten« und »Mit einer körperlichen Misshandlung Bedrohen«<sup>1895</sup> herrscht noch unter einem anderen Aspekt Uneinigkeit in Bezug auf die erforderliche Mindestpublizität der inkriminierten Äußerung. Während der Begriff »öffentlich« in § 69 StGB legaldefiniert ist, ist die Definition der Wendung »vor mehreren Leuten« nach § 115 Abs 2 StGB unscharf: So verlangt zB *Lambauer*, dass Täter, Opfer und mindestens drei weitere Personen gleichzeitig anwesend sind<sup>1896</sup>; *Rami* hält weder die Anwesenheit von Täter noch Opfer für erforderlich<sup>1897</sup>; *Kienapfel/Schroll* und *Ozlberger* fordern die Anwesenheit zumindest des Opfers, wenn insgesamt nicht mehr als fünf Personen anwesend sind.<sup>1898</sup> Nach *Tipold* wiederum braucht es in derartigen Konstellationen die Anwesenheit des Täters.<sup>1899</sup> Die praktischen Unterschiede sind hier erheblich, weil davon nämlich abhängt, ob das Delikt vollendet bzw allenfalls (bei entsprechendem Vorsatz) ein Versuch (§ 15 StGB) zu prüfen ist.

Der jeweils geforderte Personenkreis der Außenstehenden muss die Äußerung nicht nur an sich wahrnehmen können, sondern es muss für ihn auch erkennbar sein, gegen wen sie sich richtet, weil Üble Nachreden, Vorwürfe schon abgetaner gerichtlich strafbarer Handlungen und

1894 XVI.B.1.a.i.

1895 Die Tathandlung »Misshandeln« dagegen ist als gegen den Körper des Opfers gerichtete und nicht primär kommunikativ orientierte Verhaltensweise vom Schutzbereich der Kommunikationsfreiheit mE nicht erfasst; näher IV.C.2.c. und sinngemäß auch IV.C.2.d.iii.

1896 *Lambauer* SbgK § 115 Rz 10.

1897 *Rami* WK<sup>2</sup>-StGB § 115 Rz 7.

1898 *Kienapfel/Schroll*, Grundriss BT I<sup>5</sup>, § 115 Rz 17; *Ozlberger*, Ehrenschatz und Medienstrafrecht<sup>3</sup>, 53 f.

1899 *Tipold* in *Leukauf/Steininger H. StGB*<sup>4</sup> § 115 Rz 10.

Beleidigungen nur dann strafbar sind, wenn sie nicht gegen Kollektive oder nicht individualisierbare Einzelpersonen gerichtet sind. Wann das der Fall ist, ist im Einzelfall höchst schwierig zu beurteilen.

*e. Strafbarkeit der Wiedergabe fremder Äußerungen?*

Schwierigkeiten bereitet auch die Frage, in welchen Fällen tatsächlich ein Mensch in eigener Person einen anderen beleidigt, ihm übel nachredet etc. In verschiedenen Konstellationen wird mitunter nämlich entweder nur eine fremde, inkriminierte Äußerung zitiert, sinngemäß wiedergegeben oder aber auch ergänzt, kommentiert und dergleichen mehr. Für eine Äußerung, deren Urheber er nicht ist, kann ein Mensch ggf aber nicht bestraft werden. Als Grundregel gilt hier: Jemand, der bloß die Äußerung eines Dritten wiedergibt, ohne sich mit dem fremden Inhalt zu identifizieren,<sup>1900</sup> erfüllt nach hM den Tatbestand der Üblen Nachrede nach § 111 StGB oder der Beleidigung nach § 115 StGB nicht.<sup>1901</sup> Macht er sich die fremde Äußerung dagegen »zu eigen«, liegt eine eigene Äußerung vor, die tatbestandsmäßig ist.<sup>1902</sup> Im praktisch relevanten Bereich der Kriminalberichterstattung komme es darauf an, dass kein eigener Vorwurf der Tatbegehung herauszulesen oder herauszuhören ist.<sup>1903</sup> Das muss auch für den Tatbestand nach § 113 StGB gelten: Wenn bloß neutral über einen fremden Vorwurf einer schon abgetanen gerichtlich strafbaren Handlung berichtet wird, ohne dass ein eigener Tadel damit verbunden ist, ist dies zulässig.

Unklar ist allerdings, wann eine solche Identifikation mit einem fremden Inhalt vorliegt bzw in welchen Fällen die Wiedergabe einer fremden Äußerung ausreichend »objektiviert« ist. Illustriert sei dies nur an einem praktisch relevanten Bsp der Social Media-Nutzung: Ist das bloße Teilen eines fremden, ehrenrührigen Inhalts mit der Folge der Sichtbarkeit für die »Follower« des Teilenden bereits eine Identifikation? Was ändert sich, wenn zusätzlich ein »Daumen hoch«-Zeichen

1900 Vgl ausdrücklich die EBRV 481 d. B. XXVII. GP, 13, zu BGBl I 148/2020 betreffend § 107c StGB, wonach »eine (sich nicht mit den Ehrverletzungen identifizierende) Berichterstattung über Ehrverletzungen durch Dritte nicht tatbildlich ist«.

1901 *Kienapfel/Schroll*, Grundriss BT I<sup>5</sup>, § 115 Rz 4; *Lambauer* SbgK Vor §§ 111 ff Rz 97, zum Folgenden Rz 97 ff; *Rami* WK<sup>2</sup>-StGB § 115 Rz 12; *Zöchbauer*; Grundfragen, 14.

1902 Ausführlich *Kienapfel/Schroll*, Grundriss BT I<sup>5</sup>, § 111 Rz 45; *Rami* WK<sup>2</sup>-StGB § 111 Rz 13; *Tipold* in *Leukauf/Steininger H.* StGB<sup>4</sup> § 111 Rz 21.

1903 *Lambauer* SbgK § 111 Rz 41.

gedrückt wird (sog »Liken«)?<sup>1904</sup> Oder umgekehrt, wenn auf den Button »Zorniges Gesicht« gedrückt wird?

Strittig ist schließlich auch, auf welcher Stufe des Straftataufbaus<sup>1905</sup> zu berücksichtigen ist, dass im konkreten Fall lediglich ein fremdes Zitat in neutraler Weise (»Zitatenjudikatur«) wiedergeben wird; in Frage kommen die Tatbestands- und die Rechtfertigungslösung.<sup>1906</sup> Die bereits an anderer Stelle ausgeführten Überlegungen (Vorzug der Tatbestandslösung) gelten hier sinngemäß.<sup>1907</sup>

#### f. Klare Unterscheidung von Tatsachenbehauptung und Werturteil?

Als mögliche Regel für Abwägungsfragen im Kommunikationsstrafrecht, die der Gesetzgeber vorgeben könnte, wurde das Gebot »in dubio pro Tatsachenbehauptung« (is einer Äußerung, deren Richtigkeit und Vollständigkeit in einem Beweisverfahren überprüft werden kann) genannt.<sup>1908</sup> Hintergrund ist, dass nach der Rsp des EGMR<sup>1909</sup> in vielen Fällen Voraussetzung für die Strafbarkeit von Tatsachenbehauptungen ist, dass immerhin die Möglichkeit eines strafbefreienden Wahrheits- und Gutgläubensbeweises im Gesetz installiert ist, wie insb *Matscher* herausgearbeitet hat.<sup>1910</sup> Für reine Werturteile, die einem solchen Wahrheitsbeweis gerade nicht zugänglich sind, sieht der EGMR dagegen vor, dass sie nur im Falle eines Wertungsexzesses strafbar sein können.<sup>1911</sup>

Im Bereich der Ehrdelikte nach den §§ 111 ff StGB wird diese Unterscheidung in der strafrechtlichen Praxis höchst relevant: Einerseits begründet die unrichtige Verweigerung eines Wahrheitsbeweises durch

1904 Nach einer zivilrechtlichen Entscheidung des OGH (19. 12. 2019, 4 Ob 226/19t) kann »[e]inem »Like« zu einem Posting in einem sozialen Netzwerk [...] nicht die Bedeutung einer Willenserklärung beigemessen werden.« Zur dt Rechtslage nunmehr *Eckel*, NSTZ 2021, 1 ff; *Tassis*, Statusmeldungen in sozialen Netzwerken, 1 ff.

1905 Grundlegend zu dieser Frage VII.

1906 Je mwN *Kienappfel/Schroll*, Grundriss BT I<sup>3</sup>, Vorbem §§ 111 ff Rz 38 ff; *Rami* WK<sup>2</sup>-StGB § 111 Rz 13; *Tipold* in *Leukauf/Steininger H.* StGB<sup>4</sup> § 111 Rz 21; ausführlich auch schon *Hager/Zöchbauer*, Persönlichkeitsschutz<sup>4</sup>, 16; *Ozlberger*, Ehrenschtz und Medienstrafrecht<sup>2</sup>, 65 ff.

1907 VII.F.

1908 XIV.B.7.b.

1909 Erstmals EGMR 8.7.1986, *Lingens vs Österreich*; näher *Steiner* in *Karl/Berka*, Medienfreiheit, 50.

1910 StPdG 29 (2001), 8 f; *ders*, RZ 2001, 240 f.

1911 XIV.B.5.

das Gericht mit der Begründung, es liege ein Werturteil vor, eine Verletzung von Art 10 EMRK und damit einen Grundrechtsverstoß. Eine Verletzung liegt zudem dann vor, wenn ein Wertungsexzess bejaht wird, obwohl in Wahrheit ein Tatsachensubstrat Grundlage für die harsche Wertung war, das diese Bewertung (gerade noch) rechtfertigt. Ein Werturteil ist nämlich grundsätzlich auch dann zulässig, wenn es immerhin auf einer ausreichenden Faktengrundlage beruht, wobei gilt, dass die Tatsachengrundlage umso dichter sein muss, je diffamierender die inkriminierte Äußerung ist.<sup>1912</sup> Der klaren Unterscheidung von Tatsachenbehauptung und Werturteil kommt damit schon in dieser Hinsicht eine erhebliche Bedeutung zu.<sup>1913</sup>

Zu beachten ist außerdem, dass mit guten Gründen argumentiert werden kann, dass ein Angriff auf die Ehre eines anderen durch eine Tatsachenbehauptung grundsätzlich als gefährlicher als ein bloßes Werturteil anzusehen ist. Tatsachenbehauptungen erheben nämlich *prima facie* für sich den Anspruch, vom Adressaten als »wahr« oder »zutreffend« anerkannt zu werden, weil der Adressat sein Gegenüber zunächst einmal nicht für einen Lügner halten wird. Demgegenüber werden Werturteile im Allgemeinen – richtigerweise – als bloß subjektive Einschätzungen oder Warnungen aufgefasst, die allenfalls einen Appell an andere enthalten. Hierin ist ein geringeres Gefährdungspotential zu erblicken.<sup>1914</sup>

Gerade die Abgrenzung zwischen Tatsachenbehauptung und Werturteil bereitet aber in Theorie und Praxis immer wieder erhebliche Schwierigkeiten.<sup>1915</sup> Denn:

»Ob durch eine Äußerung Tatsachen verbreitet werden oder eine wertende Meinungsäußerung vorliegt, richtet sich nach dem Gesamtzusammenhang und dem dadurch vermittelten Gesamteindruck für den unbefangenen Durchschnittsadressaten. Wesentlich ist, ob sich ihr Bedeutungsinhalt auf einen Tatsachenkern zurückführen lässt, der einem

1912 Steiner in *Karl/Berka*, Medienfreiheit, 52.

1913 Die Abgrenzung ist auch im Bereich des § 1330 ABGB (Schadenersatz bei Verletzungen an der Ehre) wichtig; näher dazu zB *Khakzadeh-Leiler*, Grundrechte in der Judikatur, 155 ff mN aus der Rsp.

1914 Zu alledem *Hilgendorf*, Tatsachenaussagen und Werturteile, 171 f.

1915 So auch *Lambauer SbgK* § 111 Rz 63; *Rami WK<sup>2</sup>-MedienG* Präambel Rz 11; *Steiner in Karl/Berka*, Medienfreiheit, 51; oder *Khakzadeh-Leiler*, Grundrechte in der Judikatur, 157 ff mit Bsp aus der zivilrechtlichen Rsp; vgl auch *Hilgendorf*, Tatsachenaussagen und Werturteile, 1 ff, der dieser komplexen Abgrenzung seine Habilitationsschrift gewidmet hat.

Beweis zugänglich ist, sodass sie nicht nur subjektiv angenommen oder abgelehnt, sondern als richtig oder falsch beurteilt werden kann.«<sup>1916</sup>

Wohl auch aus dem Grund dieser Einzelfallabhängigkeit erkennt der EMGR den Mitgliedstaaten bei der Beurteilung eines kommunikativen Verhaltens als Tatsachenbehauptung oder Werturteil einen gewissen Ermessensspielraum zu.<sup>1917</sup> Wenn man allerdings von obiger Definition ausgeht, wonach bei Tatsachenbehauptungen jeweils ein »Richtig« oder »Falsch« bewiesen werden kann, dürfte es solche Spielräume gar nicht geben.

Diese abermals hohe Einzelfallabhängigkeit soll an einigen Bsp illustriert werden. Am auffälligsten ist wohl die Einordnung der Bezeichnung einer anderen Person als »Nazi«: Die Bezeichnung wird im einschlägigen Schrifttum sowohl als Bsp für Tatsachenbehauptungen im Rahmen von § 111 StGB als auch für Wertungsexzesse im Rahmen von § 115 StGB genannt.<sup>1918</sup> Die Abgrenzung bleibt mE gänzlich unklar.

Weiters können nach der Rsp auch Äußerungen über die Rechtsfolgen einer bestimmten Gesetzeslage je nach den konkreten Umständen einmal Tatsachenbehauptungen, ein anderes Mal reine Werturteile sein. So sei nach Ansicht des OGH etwa die Behauptung, in Österreich sei der Totschlag mit Freiheitsstrafe von fünf bis zu zehn Jahren zu bestrafen, als Tatsachenbehauptung zu beurteilen. Dagegen falle die Äußerung zu den Rechtsfolgen eines komplexen Sachverhalts, die in Form eines Rechtsgutachtens erfolgt, das widersprüchliches Schrifttum und Rsp darstellt und schließlich zu einer eigenen Lösung gelangt, nicht unter den Begriff einer Tatsache (im Anlassfall iSd § 1330 Abs 2 ABGB). Allgemein gelte, dass je weniger die Rechtsfolgenbehauptung nicht einfach aus dem Gesetz abzulesen sei, sondern auf einem Vorgang der persönlichen Erkenntnisgewinnung beruhe, je eingehender die Grundlagen dieses Erkenntnisprozesses dargestellt würden, und je deutlicher zum Ausdruck komme, dass eine subjektive Überzeugung im geistigen Meinungsstreit vertreten werde, umso eher werde ein reines Werturteil vorliegen.<sup>1919</sup>

1916 OGH 12.10.2006, 6 Ob 159/06k = MR 2006, 362, zu § 1330 ABGB; ähnlich OLG Wien 28.11.2018, 17 Bs 282/18x = MR 2019, 10.

1917 So zB jüngst EGMR 25.10.2018, *E.S. vs Österreich*.

1918 *Bertel/Schwaighofer/Venier*, BT I<sup>5</sup>, § 111 Rz 2 und § 115 Rz 2; *Birklbauer/Lehmkuhl/Tippold*, BT I<sup>5</sup>, § 111 Rz 4 und § 115 Rz 6; *Kienapfel/Schroll*, Grundriss BT I<sup>5</sup>, § 111 Rz 11 und § 115 Rz 5; *Lambauer* SbgK § 115 Rz 14; nach Kontext differenzierend *Rami WK<sup>2</sup>-StGB* § 115 Rz 18/1.

1919 RIS-Justiz RS0112211 zu § 1330 ABGB.

Im Fall *Pfeifer vs Österreich*<sup>1920</sup> hatte der EGMR schließlich über folgenden Fall zu entscheiden: Ein Journalist warf einer anderen Person in einem Zeitungsartikel die Verharmlosung nationalsozialistischer Verbrechen vor, woraufhin es zu einer Anklage gegen die Person wegen Verbrechen nach dem VerbotsG kam. Die Person beging in weiterer Folge Selbstmord. Das wiederum veranlasste einen zweiten Journalisten, seinem Berufskollegen vorzuwerfen, er habe die Person »in den Selbstmord getrieben«. Die so hergestellte Verbindung zwischen Berichterstattung und Selbstmord wurde von den österreichischen Gerichten als Werturteil qualifiziert, sodass der Wahrheitsbeweis als unzulässig erachtet wurde. Der EGMR entschied – allerdings nicht einhellig (5:2) – anders: Die Kausalität beider Ereignisse sei eine Tatsache.

Wenn man der Ansicht folgt, wonach eine Äußerung erstens nur entweder eine Tatsachenbehauptung oder ein Werturteil sein kann und zweitens Tatsachenbehauptungen ausschließlich von § 111 StGB erfasst werden<sup>1921</sup>, demnach nur Werturteile unter § 115 StGB fallen, braucht es neuerlich eine klare Unterscheidung zwischen diesen beiden Arten von Äußerungen. Eine solche klare Unterscheidung ist aber gerade nicht möglich. So kann, wie bereits ausführlich dargelegt, eine Äußerung (zB »Nazi«) je nach Kontext als Tatsachenbehauptung oder Werturteil qualifiziert werden. Nur im ersten Fall aber besteht die Möglichkeit eines Wahrheitsbeweises nach § 111 Abs 3 StGB und damit eine potentielle Straffreiheit.<sup>1922</sup> Eine Beleidigung iS einer Beschimpfung liegt nur vor, wenn das Opfer ohne jeden konkreten Vorwurf schlicht pauschal heruntergemacht wird.<sup>1923</sup> Welche Fälle nun genau unter eine solche bloße Diffamierung fallen, ist einmal mehr hochgradig vom jeweiligen Einzelfall abhängig und einem objektiven Maßstab damit *de facto* nicht zugänglich.

1920 EGMR 15.11.2007.

1921 Zu diesem zweiten Aspekt XVI.B.2.c.i.

1922 Zu diesem Bsp *Rami* WK<sup>2</sup>-StGB § 115 Rz 18/1.

1923 ZB *Bertel/Schwaighofer/Venier*, BT I<sup>5</sup>, § 111 Rz 2; *Kienapfel/Schroll*, Grundriss BT I<sup>5</sup>, Vorbem §§ 111 ff Rz 16; *Tipold* in *Leukauf/Steininger H.* StGB<sup>4</sup> § 111 Rz 6, § 115 Rz 13; OLG Linz 8.8.2016, 8 Bs 138/16z = MR 2016, 272 mit Anm *Zöchbauer*; ferner OLG Wien 19.9.1988, 27 Bs 363/88 = MR 1988, 157.

## 2. Üble Nachrede (§ 111 StGB)

### a. Wortlaut

Wegen Übler Nachrede nach § 111 StGB macht sich nach Abs 1 strafbar, wer einen anderen einer verächtlichen Eigenschaft oder Gesinnung zeihet bzw eines unehrenhaften oder gegen die guten Sitten verstößenden Verhaltens beschuldigt. Letztere Beschuldigung muss geeignet sein, das Opfer in der öffentlichen Meinung verächtlich zu machen oder herabzusetzen. Die Zeihung oder Beschuldigung ist jeweils nur strafbar, wenn sie in einer für einen Dritten wahrnehmbaren Weise erfolgt (Mindestpublizität, abstrakte Gefährlichkeit der Handlung<sup>1924</sup>). Die Tat ist nach Abs 2 qualifiziert, wenn sie in einem Druckwerk, im Rundfunk oder sonst auf eine Weise begangen wird, wodurch die Üble Nachrede einer breiten Öffentlichkeit zugänglich wird. Nach § 116 StGB ist der Tatbestand überdies erfüllt, wenn die Üble Nachrede nicht gegen einen einzelnen Menschen (»einen anderen«), sondern öffentlich gegen bestimmte, taxativ aufgezählte Kollektive gerichtet ist. Als mögliche Adressaten der Üblen Nachrede nennt § 116 StGB den Nationalrat, den Bundesrat, die Bundesversammlung oder einen Landtag, das Bundesheer, selbständige Abteilungen des Bundesheeres und allgemein Behörden. Öffentlich ist die Tat begangen, wenn sie nach § 69 StGB von einem größeren Personenkreis wahrgenommen werden kann.<sup>1925</sup>

### b. Gesetzesmaterialien

Ziel der Regelung des § 111 StGB ist nach den einschlägigen Gesetzesmaterialien ausdrücklich der Schutz der Ehre nur im sog sittlichen Sinn, nicht dagegen der Schutz des Berufs- oder geschäftlichen Ansehens iS einer sozialen Ehre. Letztere solle nur durch das Gesetz über den unlauteren Wettbewerb und den Tatbestand der Kreditschädigung nach § 152 StGB geschützt werden.<sup>1926</sup> Alles andere würde nämlich »zu einer uferlosen Ausweitung des strafgerichtlichen Ehrenschatzes führen«, denn »es wäre jede Erörterung der Berufstüchtigkeit oder geschäftlichen Leistungsfähigkeit anderer unterbunden, und es müssten die Bezieher von

1924 XVI.B.1.a.i.

1925 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 250, verweist bereits ausdrücklich auf diese Legaldefinition (damals § 72 StGB).

1926 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 245; näher zu den Ehrbegriffen V.F.2.a.i. und V.F.2.a.ii.

Waren oder Leistungen diese zwar bezahlen, dürften sie aber straflos überhaupt nicht mehr oder erst dann kritisieren, nachdem sie ein Sachverständigengutachten darüber eingeholt haben, ob die von ihnen empfundenen Mängel tatsächlich bestehen<sup>1927</sup>.

Die Umschreibung der beiden Tathandlungen »Zeihung einer verächtlichen Eigenschaft oder Gesinnung« und »Beschuldigung eines unehrenhaften oder gegen die guten Sitten verstoßenden Verhaltens« ist seit der StF des StGB 1975 unverändert. Was sie im Einzelnen bedeuten, lässt der Gesetzgeber in den historischen Gesetzesmaterialien offen: So verzichtete er auf die nähere Erörterung wesentlicher Teile der Tatbilder der Üblen Nachrede, weil diese weitgehend aus dem bis dahin geltenden StG übernommen wurden, und verwies schlicht auf die dortigen Erläuterungen. Diese sind aus heutiger Sicht nur schwer auszuheben und eignen sich aus den dargelegten Gründen<sup>1928</sup> nicht (mehr) als Gesetzesmaterialien, die eine Quelle für etwaige Abwägungsüberlegungen oder die Bestimmtheit sonst erhöhende Erörterungen sein können. Zur Tatvariante der »Beschuldigung eines gegen die guten Sitten verstoßenden Verhaltens« führte der Gesetzgeber lediglich aus, dass er eine Überspannung des Sittenwidrigkeitsbegriffs nicht befürchte, weil diese durch die zusätzlich verlangte Eignung des Einflusses auf die öffentliche Meinung gerade verhindert werde.<sup>1929</sup>

Gegenüber dem Tatbild des StG wurde die Strafbarkeit der Üblen Nachrede zunächst in ihrer ersten Begehungsweise erweitert: So genügt seit dem StGB 1975 eine Wahrnehmbarkeit für nur einen einzigen Dritten, während im StG noch eine höhere Mindestpublizität verlangt war. Begründend führt der Gesetzgeber hier lediglich an, dass eine Schmähung auch schon in diesen Fällen höchst abträglich sein und zu schwerem Schaden führen könne.<sup>1930</sup> Im Bereich der Deliktsqualifikation wurde die Begehung in Druckschriften mit jener im Rundfunk gleichgesetzt, weil auch diese Verbreitung an einen unbestimmten Personenkreis die Gefährlichkeit und den Schaden erhöhen könne.<sup>1931</sup> Beibehalten wurde dagegen die Strafbarkeit der Üblen Nachrede gegen ein Kollektiv im Umfang des § 116 StGB – trotz gegenläufiger Tendenzen

1927 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 245.

1928 Näher oben XIII.F.

1929 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 245.

1930 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 245.

1931 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 246.



im StGB, wonach Privilegien für öffentliche Einrichtungen und Rechtsträger gerade abgebaut werden sollten. Nach Ansicht des Gesetzgebers wäre es aber unbefriedigend, Üble Nachreden gegen höchste Staatsorgane nur deshalb straflos zu lassen, weil nicht erkennbar ist, welche physischen Einzelpersonen konkret adressiert sind.<sup>1932</sup>

### c. *Verbleibende Unklarheiten*

Im Folgenden wird aufgezeigt, ob und inwieweit durch den sehr vage gehaltenen Tatbestand der Üblen Nachrede und die Erläuterungen dazu durch die Gesetzesmaterialien wesentliche Unklarheiten bestehen bleiben. Wesentlich sind hierbei solche, die sich auf die Bestimmtheit der Norm und die Vorhersehbarkeit von Abwägungsentscheidungen negativ auswirken.

#### (i.) *Tatsachenbehauptungen und Werturteile erfasst?*

Eine erste Unklarheit besteht bei § 111 StGB im Hinblick auf seinen Anwendungsbereich: Einigkeit herrscht zwar insoweit, dass jedenfalls alle Tatsachenbehauptungen erfasst sein sollen.<sup>1933</sup> Werden sie im Sinne der Einheit der Rechtsordnung wie in § 9 Abs 2 MedienG als »Angaben, die ihrer Art nach einer Prüfung auf ihre Richtigkeit und Vollständigkeit zugänglich sind und deren wesentliche Aussage nicht bloß in einer persönlichen Meinungsäußerung, einer Wertung oder einer Warnung vor dem zukünftigen Verhalten eines anderen besteht« definiert, lässt es ein Umkehrschluss aus § 111 Abs 3 StGB zunächst zu, Werturteile aus dem Anwendungsbereich auszuschließen. Denn § 111 Abs 3 StGB sieht für Inhalte nach § 111 Abs 1 und 2 StGB einen Wahrheits- oder Gutgläubensbeweis vor; dieser ist aber nur bei beweisbaren Inhalten denkbar. Werturteile können nach dieser Ansicht nur nach § 115 StGB strafbar sein.<sup>1934</sup> Die OGH-Rsp folgt dem weitgehend<sup>1935</sup>; nur vereinzelt wird

1932 BGBI 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 249, zu § 116 StGB.

1933 Statt vieler *Rami* WK<sup>2</sup>-StGB § 111 Rz 5; implizit *Lambauer* SbgK § 111 Rz 15 ff, 24 ff, je mWN.

1934 Überzeugend *Rami* WK<sup>2</sup>-StGB § 111 Rz 5, 5/4 ff; *Zöchbauer*; MR 2015, 283 ff; außerdem zB OLG Innsbruck 10. 7. 2012, 7 Bs 341/12y = MR 2012, 228 mit Anm *Zöchbauer*; OLG Linz 8. 8. 2016, 8 Bs 138/16z = MR 2016, 272.

1935 ZB OGH 8. 5. 2008, 15 Os 6/08h, 15 Os 7/08f = MR 2008, 180; 14. 10. 2009, 15 Os 171/08y = JBl 2010, 533; 15. 2. 2017, 15 Os 130/16f, 15 Os 131/16b = EvBl 2017/83, 561 mit Anm

attestiert, dass auch »Wertungsvorgänge« falsch iSd § 111 Abs 1 StGB sein können.<sup>1936</sup> Ebenso gehen *Bertel/Schwaighofer/Venier* davon aus, dass Werturteile von § 111 StGB erfasst sein können, nämlich dann, wenn sie auf einem dem Empfänger der Nachricht bekannten Tatsachensubstrat beruhen.<sup>1937</sup> Die Unterscheidung ist aus den schon genannten Gründen allerdings sehr wesentlich.<sup>1938</sup>

## (ii.) Strafbarkeitskern der Tathandlungen?

§ 111 StGB nennt als mögliche Tathandlungen das Zeihen einer verächtlichen Eigenschaft oder Gesinnung (1. Fall) und das Beschuldigen eines unehrenhaften oder gegen die guten Sitten verstoßenden Verhaltens (2. Fall). Letzterer Verhaltensvorwurf muss zudem geeignet sein, das Opfer in der öffentlichen Meinung verächtlich zu machen oder herabzusetzen.

Wann eine Eigenschaft oder Gesinnung »verächtlich« ist, hängt in höchstem Maße von außerrechtlichen Sollensanordnungen ab, die wiederum stark nach dem jeweiligen Einzelfall variieren. Dementsprechend ist es meist unmöglich, bereits auf abstrakter Ebene eine einzelne Eigenschaft als »verächtlich« oder »nicht verächtlich« einzuordnen, ohne auf die konkreten Sachverhaltsumstände (beginnend beim Adressatenkreis über den Äußerungskontext bis hin zum »Milieu« der Beteiligten) Bedacht zu nehmen. Die Strafbarkeitskerne erhellen sich infolgedessen nicht schon dann, wenn man anhand einschlägiger Literatur gängige Umschreibungen der möglichen Tathandlungen heranzieht: So werden unter die erste Tatvariante alle Eigenschaften oder Gesinnungen gefasst, die eine allgemeine Ablehnung oder Verachtung bewirken.<sup>1939</sup> Was nun »allgemeine Ablehnung« oder »Verachtung« ist, ist einmal mehr eine normative Frage. Dasselbe gilt für die Umschreibung des Tatbilds als Vor-

---

*Rami*; wN bei *Rami* WK<sup>2</sup>-StGB § 111 Rz 5/1 und 5/3: Werturteile seien nur dann nicht tatbestandsmäßig, wenn sie »auf (unbestrittene oder erwiesene, wenigstens aber gutgläubig angenommene[,]) gleichzeitig berichtete oder zumindest allgemein bekannte Tatsachen gestützt werden, solcherart durch ein hinreichendes Tatsachensubstrat gedeckt und in Relation zu diesem nicht exzessiv, nämlich unverhältnismäßig überzogen sind und sich nicht in bloß formalen Ehrenbeleidigungen erschöpfen«; folgend *Kienapfel/Schroll*, Grundriss BT I<sup>5</sup>, Vorbem §§ 111 ff Rz 20.

1936 OGH 18. 3. 1987, 9 Os 18/87 = EvBl 1987/126 = SSt 58/14.

1937 *Bertel/Schwaighofer/Venier*, BT I<sup>5</sup>, § 111 Rz 3; für Idealkonkurrenz auch *Ozlberger*, Ehrenschtz und Medienstrafrecht<sup>3</sup>, 32 f.

1938 Insb XIV.C.6.

1939 *Zöchbauer*, Grundfragen, 5.

wurf eines »nichtswürdigen Charakters«<sup>1940</sup>. Als Folge wirken auch die genannten bzw entschiedenen Bsp in Literatur und Rsp nicht präzisierend: *Kienapfel/Schroll* sehen zB uU die Formulierung »Ich verachte dich« als tatbestandsmäßig an.<sup>1941</sup> Die Rsp subsumiert unter § 111 StGB etwa den Vorhalt einer nationalsozialistischen Gesinnung (Nazi, Faschist),<sup>1942</sup> *Rami* jenen der Bestechlichkeit<sup>1943</sup>. Auch die Bezeichnung als »rassistischer Geifer« erfülle den Tatbestand.<sup>1944</sup> Als weitere Bsp für eine Schmähung werden etwa die Bezeichnungen als Verleumder, Gauner, Mafioso, Rassist oder Süchtler oder auch als moralisch untragbar, verkommen oder perfid genannt.<sup>1945</sup> Verneint wird die Tatbestandsmäßigkeit umgekehrt idR etwa für die Vorwürfe, Querulant, Schlitzohr, starrsinnig, unsympathisch, senil, boshaft oder neidisch zu sein.<sup>1946</sup> Ebenfalls nicht tatbestandsmäßig sei etwa auch die Bezeichnung als »rechtsradikaler Pornojäger«.<sup>1947</sup> Warum hier die Schwelle zur Verächtlichkeit im Einzelnen erreicht oder gerade nicht erreicht werden soll, bleibt mE völlig offen und erscheint auch in einer Zusammenschau häufig geradezu zufällig.

Unehrenhaft ist ein Verhalten hingegen dann, wenn es die herrschende soziale Wertschätzung des Betroffenen empfindlich beeinträchtigt.<sup>1948</sup> Unter der Tatvariante des Beschuldigten eines gegen die guten Sitten verstößenden Verhaltens versteht die hM den »Vorwurf eines Verhaltens, das der herrschenden Vorstellung vom moralisch Richtigen in einem Maße zuwiderläuft, dass die soziale Wertschätzung des Betroffenen darunter zu leiden hat«<sup>1949</sup>. Abgestellt wird auf die durchschnittliche Auffassung eines sozial integrierten, wertbewussten Menschen.<sup>1950</sup> Gegen die guten Sitten verstößt grundsätzlich jedes Verhalten,

1940 *Kienapfel/Schroll*, Grundriss BT I<sup>5</sup>, § 111 Rz 10.

1941 *Kienapfel/Schroll*, Grundriss BT I<sup>5</sup>, § 111 Rz 11.

1942 ZB OGH 18.10.2001, 12 Os 60/01 = MR 2001, 359; zu diesem Bsp auch *Lambauer* SbgK § 111 Rz 19.

1943 ZB *Rami* WK<sup>2</sup>-StGB § 111 Rz 10.

1944 OLG Wien 24.2.1992, 21 Bs 60/92 = MR 1992, 111.

1945 Zusammenfassend *Lambauer* SbgK § 111 Rz 19 mwN; weitere Bsp bei *Tipold* in *Leukauf/Steininger H.* StGB<sup>4</sup> § 111 Rz 5.

1946 *Lambauer* SbgK § 111 Rz 19; ähnlich *Rami* WK<sup>2</sup>-StGB § 111 Rz 11; weitere Bsp bei *Hager/Zöchbauer*, Persönlichkeitsschutz<sup>4</sup>, 132 f.

1947 OLG Wien 20.7.1993, 21 Bs 159/93; zit n *Hager/Zöchbauer*, Persönlichkeitsschutz<sup>4</sup>, 132 E 40.

1948 *Kienapfel/Schroll*, Grundriss BT I<sup>5</sup>, § 111 Rz 20 ff; *Lambauer* SbgK § 111 Rz 25.

1949 RIS-Justiz RS0093181; *Rami* WK<sup>2</sup>-StGB § 111 Rz 11 mwN.

1950 *Kienapfel/Schroll*, Grundriss BT I<sup>5</sup>, § 111 Rz 20; ebenso zB OGH 27.1.2010, 15 Os 42/09d; 11.6.2013, 14 Os 74/13h, 14 Os 75/13f = SSt 2013/26; *Lambauer* SbgK § 111 Rz 25.

das »dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden widerspricht«<sup>1951</sup>. Die Tatbestandseinschränkung für diese Variante auf jene Verhaltensweisen, die geeignet sind, den Betroffenen in der öffentlichen Meinung verächtlich zu machen oder herabzusetzen, dient hier allenfalls der Klarstellung, dass nicht jedes sittenwidrige Verhalten einem »unehrenhaften« Verhalten gleichzuhalten ist, sondern nur jenes, das potentiell eine Gefahr für das Ansehen des Opfers darstellt. Eine weitere Tatbestandspräzisierung ergibt sich hieraus aber nicht. Auch aus diesen Tatbildumschreibungen wird damit für kaum eine denkmögliche kommunikative Äußerung von vornherein klar, ob sie tatbestandsmäßig ist oder nicht. Denn die Definitionen stellen letztlich nur eine ganze Reihe neuer normativer Merkmale auf: Begriffe wie »moralisch richtig«, »soziale Wertschätzung« oder »billig und gerecht« sind in gleichem Maße von Einzelfall zu Einzelfall auslegungsbedürftig. Folglich herrscht Uneinigkeit darüber, welche Verhaltensweisen nun konkret hierunter fallen können:<sup>1952</sup> So führt der OGH zB aus, dass die gerichtliche Strafbarkeit selbst bei Vorsatztaten nur ein Richtmaß für die Bewertung eines Verhaltens als unehrenhaft sei, weil potentiell jede Gesetzwidrigkeit als unehrenhaft gelten könne.<sup>1953</sup> In einer anderen Entscheidung kommt er dagegen zum Ergebnis, dass grundsätzlich alle vorsätzlich begangenen Straftaten im Kernbereich des Strafrechts ehrenrührig sind; bei strafbaren Handlungen aus dem Bereich des Nebenstrafrechts komme es auf den Einzelfall an.<sup>1954</sup> *Birklbauer/Lehmkuhl/Tipold* wiederum subsumieren in jedem Fall die Begehung einer gerichtlich strafbaren Vorsatztat darunter.<sup>1955</sup> Eine besondere Einzelfallprüfung wird jeweils bei bloßen Verwaltungsübertretungen verlangt.<sup>1956</sup> Nach stRsp stellt der Vorwurf des Ehebruchs stets den Vorwurf eines unehrenhaften oder gegen die guten Sitten verstößenden Verhaltens dar.<sup>1957</sup> *Lambauer* führt hier aber mE zu Recht aus, dass das nicht in dieser Pauschalität gelten kann: So komme es vielmehr auch auf das bisherige Zusammenleben der Ehepartner an. Wenn diese ohne Scheidung einverständlich getrennt mit

1951 *Tipold* in *Leukauf/Steininger H.* StGB<sup>4</sup> § 111 Rz 9.

1952 Ausführlich hierzu *Rami* WK<sup>2</sup>-StGB § 111 Rz 11.

1953 11.6.2013, 14 Os 74/13h, 14 Os 75/13f = SSt 2013/26; wN bei *Rami* WK<sup>2</sup>-StGB § 111 Rz 11.

1954 OGH 26.6.2001, 1 Ob 148/01y = RIS-Justiz RS0093181 [T3].

1955 BT I<sup>5</sup>, § 111 Rz 8.

1956 ZB OGH 25.2.2013, 17 Os 22/12g = EvBl 2013/84, 565; 11.6.2013, 14 Os 74/13h, 14 Os 75/13f = SSt 2013/26.

1957 RIS-Justiz RS0125318.

neuen Partnern öffentlich zusammenleben, gehe der Vorwurf ins Leere.<sup>1958</sup> Etwas Ähnliches muss wohl gelten, wenn die Partner eine erklärtermaßen »offene Beziehung« führen. Die Frage, ob die Behauptung, eine andere Person sei homosexuell, heutzutage noch als Vorwurf einer ehrenrührigen, weil außergewöhnlichen sexuellen Neigung gelten kann, wird uneinheitlich beantwortet.<sup>1959</sup> *Lambauer* etwa bejaht das mit der einen Ausnahme, dass die Person sich selbst dazu bekennt.<sup>1960</sup> Besonders uneinheitlich und geradezu verwirrend ist das Meinungsbild zur Frage des Vorwurfs des Lügens: Der pauschale Vorwurf des Lügens fällt für manche Stimmen jedenfalls unter den Tatbestand.<sup>1961</sup> Für die Oberste Berufungs- und Disziplinarkommission (OBDK) gilt dagegen, dass der bloße Vorwurf der »Lüge« lediglich den Vorwurf der Unwahrheit beinhalte; sobald allerdings dem Vorwurf der »Lüge« ein »begründendes Beiwort« vorgesetzt werde (zB »glatte Lüge«), löse sich der Vorwurf von der sachbezogenen Kritik und führe zu einer Ehrenbeleidigung.<sup>1962</sup> Manche Stimmen bejahen die Strafbarkeit des Vorwurfs der Lüge, wonach jemand eine Krankheit vortäusche und sich so einem Strafverfahren entziehe, andere verneinen die strafrechtliche Relevanz solcher Vorwürfe.<sup>1963</sup> Bejaht wird der Vorhalt einer »bewussten Irreführung«<sup>1964</sup> oder der Vorwurf des Spinnens von Intrigen.<sup>1965</sup> Verneint wurde aber die Tatbestandsmäßigkeit des Vorwurfs, jemand verbreite falsche Behauptungen<sup>1966</sup> oder sei listig<sup>1967</sup>.

1958 *Lambauer* SbgK § 111 Rz 25.

1959 Für die Ehrenrührigkeit zB *Rami* WK<sup>2</sup>-StGB § 111 Rz 11; OGH 22. 1. 2007, 15 Os 138/06t; dagegen: OGH 23. 1. 2014, 12 Os 90/13x = JBl 2014, 336 mit zustimmender Anm *Schmoller* (342); vgl auch OGH 25. 6. 2019, 11 Os 49/19v, wonach sich die diesbezügliche gesellschaftliche Werthaltung zwischen 2001–2003 und 2010/2011 geändert habe.

1960 SbgK § 111 Rz 28.

1961 OLG Wien 21. 7. 2014, 17 Bs 229/14x = MR 2015, 287.

1962 3. 4. 2006, 3 Bkd 2/05 = AnwBl 2007, 41.

1963 Verneint von OLG Wien 14. 1. 2008, 18 Bs 268/07d = MR 2008, 7; bejaht von *Rami*, MR 2008, 179 ff.

1964 OLG Wien 3. 12. 2001, 18 Bs 172/01 = MR 2002, 18.

1965 OLG Graz 10 Bs 448/06t; 11 Bs 462/06h; zit n *Rami* WK<sup>2</sup>-StGB § 111 Rz 11.

1966 OLG Wien 18 Bs 356/14f; zit n *Rami* WK<sup>2</sup>-StGB § 111 Rz 11.

1967 OLG Wien 18 Bs 9/99; zit n *Rami* WK<sup>2</sup>-StGB § 111 Rz 11.

## (iii.) Sachbezogene Kritik?

Aus grundrechtlichen Erwägungen heraus ist es schließlich notwendig, sachbezogene Kritik aus dem Anwendungsbereich der Üblen Nachrede nach § 111 StGB herauszunehmen. Wann eine solche vorliegt, ist in höchstem Maße vom jeweiligen Einzelfall abhängig.<sup>1968</sup> Ob die Kritik (noch) ausreichend sachbezogen ist, ist schließlich einmal mehr nach ihrem jeweiligen Sinngehalt zu beurteilen, in dessen Ermittlung der gesamte situative Kontext<sup>1969</sup> einzubeziehen ist. Maßstäbe finden sich hierfür abseits jener, die bereits an anderer Stelle mit Blick insb auf die Judikatur des EGMR genannt wurden (*Public Figures*-Standard, *Debate of Public Interest* usw), kaum.<sup>1970</sup> So kann es sein, dass die Bezeichnung einer Person als »abgehalfterter Oberzuhälter« mit Blick auf die Tatsachengrundlage noch ausreichend sachbezogen ist.<sup>1971</sup>

### 3. Vorwurf einer schon abgetanen gerichtlich strafbaren Handlung (§ 113 StGB)

#### a. Wortlaut

Nach § 113 StGB macht sich strafbar, wer einem anderen vorwirft, dass er eine strafbare Handlung begangen hat, für welche die Strafe bereits vollzogen, zumindest bedingt nachgesehen oder nachgelassen wurde oder für die der Ausspruch der Strafe vorläufig aufgeschoben ist (letzte beide Varianten iSd JGG). Wie bei § 111 StGB muss dieser Vorwurf in einer für einen Dritten wahrnehmbaren Weise erfolgen (Mindestpublizität, abstrakte Gefährlichkeit der Handlung<sup>1972</sup>). Verboten ist es demnach, einem anderen wahrheitsgemäß<sup>1973</sup> eine gerichtlich strafbare Handlung dann noch vorzuwerfen, wenn sie bereits »abgetan« ist.

1968 Zahlreiche Bsp etwa bei *Hager/Zöchbauer*, Persönlichkeitsschutz<sup>4</sup>, 15.

1969 XVI.B.1.b.

1970 Insb XIV.C.

1971 OLG Wien 29.9.1994, 21 Bs 237/94; zit n *Hager/Zöchbauer*, Persönlichkeitsschutz<sup>4</sup>, 146 E 127.

1972 XVI.B.1.a.i.

1973 In Abgrenzung zu § 111 StGB.

### b. Gesetzesmaterialien

Rechtspolitischer Hintergrund des § 113 StGB ist nach den Gesetzesmaterialien der Resozialisierungsgedanke: Der Rechtsbrecher, der die Strafe insb verbüßt hat, soll sie nicht immer wieder vorgeworfen bekommen; ein solcher Vorhalt könnte »einer den Erfordernissen des Gemeinschaftslebens angepaßten Lebenseinstellung [...] sehr abträglich sein«<sup>1974</sup>. Die Gesetzesmaterialien verstehen unter der Tathandlung des Vorwerfens den »mit einem Tadel verbundenen Hinweis auf eine Handlung oder Eigenschaft«<sup>1975</sup>, nicht dagegen eine bloße Mitteilung, mit der etwa die Vertrauenswürdigkeit einer Person für eine bestimmte Berufsstellung angezweifelt wird. Die Einschränkung der Strafbarkeit auf gerichtlich strafbare (nicht dagegen bloß verwaltungsstrafrechtlich relevante) Handlungen geschah nach den Materialien deshalb, weil nur diese typischerweise einen ehrenrührigen Charakter haben, während das bei Verwaltungsstraftaten gerade nicht die Regel sei.<sup>1976</sup> Weiters bedürfe es für die Tatbildverwirklichung weder eines speziellen Kränkungsvorsatzes (*animus iniuriandi*) noch muss der Vorwurf in Anwesenheit des Opfers erhoben werden.<sup>1977</sup>

Mit ausführlicher Begründung erwog der historische Gesetzgeber zu § 113 StGB, der noch in seiner StF in Geltung ist, zunächst auch die Einbeziehung des Vorwurfs von Taten, derentwegen ein Freispruch ergangen ist. Während diese Tatvariante im StG noch pönalisiert war, fällt der Vorwurf solcher Taten nach geltender Rechtslage aus mehreren, vom Gesetzgeber genannten Gründen nicht mehr unter § 113 StGB: Zunächst greife der zentrale Resozialisierungsgedanke bei Verfahrenseinstellungen und Freisprüchen nicht.<sup>1978</sup> Würde man auch Vorwürfe mit Strafe bedrohter Handlungen sanktionieren, derentwegen eine Verfahrenseinstellung oder ein Freispruch ergangen ist, wäre zudem in einem wegen eines solchen Vorwurfs erhobenen Privatanklageverfahren weder ein Wahrheitsbeweis noch ein Beweis des guten Glaubens

1974 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 247.

1975 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 247.

1976 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 247.

1977 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 247. Die praktische Bedeutung des Delikts liegt daher insb im Bereich der medialen Berichterstattung und damit im Anwendungsbereich des MedienG, auf dessen Bestimmungen aber nicht weiter eingegangen werden soll.

1978 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 247.

zulässig (wegen § 112 S 2 StGB). Bezöge sich der Vorwurf auf eine strafbare Handlung, derentwegen überhaupt kein Strafverfahren eingeleitet wurde, läge eine Üble Nachrede iSd § 111 StGB vor und es könnten der Wahrheitsbeweis und der Beweis des guten Glaubens geführt werden. Derartige Unstimmigkeiten wollte der Gesetzgeber ausdrücklich vermeiden.<sup>1979</sup> Die geltende Fassung des § 113 StGB verzichtet nun insgesamt auf einen Wahrheitsbeweis mit der Begründung, dass das der Tat zugrunde liegende Strafverfahren bereits rechtskräftig beendet und damit keinem Gegenbeweis mehr zugänglich sei.<sup>1980</sup>

### c. (Ergänzende) Rsp und Literatur

Auch die hM versteht unter »Vorwerfen« als Tathandlung einen gewissen Tadel, der geäußert wird; sachliche Mitteilungen über begangene strafbare Handlungen sollen damit nicht darunter fallen.<sup>1981</sup> *Rami* allerdings will auch solche sachlichen Erwähnungen von § 113 StGB erfasst wissen.<sup>1982</sup> Weil aber jedenfalls nur wahre Vorwürfe tatbildlich sind, ist § 113 StGB als *lex specialis* zu § 111 StGB zu sehen.<sup>1983</sup> Für die Tatbestandsmäßigkeit genügt bereits die bloße Äußerung, das Opfer habe eine nicht näher bestimmte Straftat begangen; das exakte Delikt muss dem Äußernden nicht bekannt sein und er muss es auch nicht zwingend erwähnen.<sup>1984</sup>

Aus grundrechtlicher Sicht ist § 113 StGB einer Interessenabwägung im Lichte des Art 10 Abs 2 EMRK zu unterziehen.<sup>1985</sup> Eine Bestrafung wegen eines solchen Vorwurfs ist daher nur zulässig, wenn eine Interessenabwägung ergibt, dass das Interesse an der Nicht-Äußerung jenes an der Äußerung überwiegt. Die Rsp wägt hier im Einzelnen zwischen

1979 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 247.

1980 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 247.

1981 OGH 22.7.2015, 15 Os 16/15i = JBl 2016, 62 mit Anm *Rami*; *Bertel/Schwaighofer/Venier*, BT I<sup>5</sup>, § 113 Rz 2, 4; *Lambauer* SbgK § 113 Rz 11; *Tipold* in *Leukauf/Steininger* H. StGB<sup>4</sup> § 113 Rz 7.

1982 *Rami* WK<sup>2</sup>-StGB § 113 Rz 4 mit ausführlicher Begründung.

1983 ZB *Bertel/Schwaighofer/Venier*, BT I<sup>5</sup>, § 113 Rz 5; *Birkbauer/Lehmkuhl/Tipold*, BT I<sup>5</sup>, § 113 Rz 6; *Lambauer* SbgK § 113 Rz 8; *Rami* WK<sup>2</sup>-StGB § 113 Rz 5; *Tipold* in *Leukauf/Steininger* H. StGB<sup>4</sup> § 111 Rz 33; OGH 22.7.2015, 15 Os 16/15i = JBl 2016, 62 mit Anm *Rami*.

1984 *Lambauer* SbgK § 113 Rz 7; *Rami* WK<sup>2</sup>-StGB § 113 Rz 6/2; *Tipold* in *Leukauf/Steininger* H. StGB<sup>4</sup> § 113 Rz 6 mit Hinweis auf OGH 9.4.1991, 14 Os 26/91.

1985 RIS-Justiz RS0114460 mit Hinweis auf EGMR 28.8.1992, *Schwabe vs Österreich*; wN bei *Rami* WK<sup>2</sup>-StGB § 113 Rz 1.



freier Meinungsäußerung und der durch den Vorwurf bewirkten Ehrenminderung ab, indem insb das Informationsinteresse der Öffentlichkeit dem Schutz der Ehre des Opfers gegenübergestellt wird.<sup>1986</sup> Überwiegt die Kommunikationsfreiheit, hat dies nach Ansicht *Lambauers* iS einer verfassungskonformen Interpretation des § 113 StGB zu einer entsprechenden Tatbestandsreduktion zu führen.<sup>1987</sup> Als Bsp nennt er jenen Fall, in welchem dem Vizepräsidenten eines Landesschulrates insb die Verurteilung wegen Verletzung des Amtsgeheimnisses vorgeworfen wurde. Durch den Vorhalt dieser Vorstrafe stand seine Vorbildfunktion in einer politischen Diskussion um die Besetzung von Lehrerstellen in Frage. Die Gerichte verneinten die Tatbildmäßigkeit im gegenständlichen Fall.<sup>1988</sup>

Vollzogen ist eine Strafe wegen einer gerichtlich strafbaren Handlung dann, wenn sie zur Gänze verbüßt wurde, und zwar unabhängig von einer etwaigen Rechtskraft des Urteils.<sup>1989</sup> Nicht vollzogen sind daher nicht zur Gänze verbüßte Strafen, weiters nach hL – neben den in den Materialien schon genannten Fällen des Freispruchs und der Verfahrenseinstellung – jene Strafen, die noch gar nicht verhängt worden sind, weil die strafbare Handlung bislang nicht abgeurteilt wurde. Diversionelle Erledigungen führen ebenfalls nicht dazu, dass die Handlung »schon abgetan« wurde.<sup>1990</sup> Diese Fälle unterfallen somit § 111 Abs 1 StGB.

#### 4. Beleidigung (§ 115 StGB)

##### a. Wortlaut

Nach dem dritten Grundtatbestand der Delikte gegen die Ehre schließlich macht sich wegen Beleidigung nach § 115 Abs 1 StGB strafbar, wer eine andere Person beschimpft, verspottet, am Körper misshandelt oder mit einer körperlichen Misshandlung bedroht. Mindestpublizitäts-

1986 *Lambauer* SbgK § 113 Rz 6 mit Hinweis auf OLG Wien 22.9.2003, 18 Bs 284/03 = MR 2003, 295; OGH 23.11.2000, 6 Ob 109/00y = SZ 73/181.

1987 SbgK § 113 Rz 9f mit Hinweis auf OLG Wien 22.9.2003, 18 Bs 284/03 = MR 2003, 295; OGH 23.11.2000, 6 Ob 109/00y = SZ 73/181.

1988 OLG Wien 22.9.2003, 18 Bs 284/03 = MR 2003, 295.

1989 *Rami* WK<sup>2</sup>-StGB § 113 Rz 7.

1990 *Rami* WK<sup>2</sup>-StGB § 113 Rz 7; zu alledem *Bertel/Schwaighofer/Venier*, BT I<sup>5</sup>, § 113 Rz 1, 5; *Lambauer* SbgK § 113 Rz 5f; *Tipold* in *Leukauf/Steininger H. StGB*<sup>4</sup> § 113 Rz 6.

erfordernis ist, dass die Tat öffentlich (§ 69 StGB<sup>1991</sup>) oder vor mehreren Leuten begangen wird. Nach der Legaldefinition in § 111 Abs 2 StGB ist eine tatbestandsmäßige Handlung dann vor mehreren Leuten begangen, wenn sie in Gegenwart von mehr als zwei vom Täter und vom Angegriffenen verschiedenen Personen gesetzt wird und diese sie wahrnehmen können. Die Beleidigung ist außerdem ausdrücklich subsidiär (§ 115 Abs 1 letzter HS StGB): Sie greift nur, wenn der Täter wegen der kommunikativen Handlung oder der Misshandlung nicht schon nach einer anderen Bestimmung mit strengerer Strafe bedroht ist. Die Strafbarkeit wegen Beleidigung ist nach § 116 StGB auch dann zu bejahen, wenn sich die kommunikative Handlung gegen bestimmte Kollektive (Nationalrat, Bundesrat, Bundesversammlung, Landtag, Bundesheer, selbständige Abteilungen des Bundesheeres, Behörde allgemein) richtet und öffentlich iSd § 69 StGB begangen (eine Begehung bloß vor mehreren Leuten genügt damit nicht) wurde.

Im Folgenden werden ausschließlich die beiden erstgenannten Tatbilder »Beschimpfen« und »Verspotten« einer näheren Betrachtung unterzogen, weil sich nur bei ihnen die Frage der ausreichenden Bestimmtheit stellt. Das Misshandeln am Körper zählt mangels intentionaler Bedeutungsvermittlung<sup>1992</sup> nicht zum Kommunikationsstrafrecht. Das »Drohen« mit einer Misshandlung ist gemäß § 74 Abs 1 Z 5 StGB auszulegen und bereitet solcherart keine besonderen Schwierigkeiten.

### b. *Gesetzesmaterialien*

Wie schon bei der Üblen Nachrede nach § 111 StGB<sup>1993</sup> verzichtete der Gesetzgeber auch beim Tatbestand der Beleidigung auf die nähere Erörterung wesentlicher Teile der Tatbilder, sondern verwies stattdessen auf die Erläuterungen zum StG, aus welchem er die Tatbestände im Wesentlichen unverändert übernommen hat.<sup>1994</sup> Die Gesetzesmaterialien zu diesen früheren Gesetzen sind aus heutiger Sicht schwer zugänglich und stellen daher keine geeignete Grundlage (mehr) für die Ableitung

1991 Eine Handlung ist nach der Legaldefinition in § 69 StGB dann öffentlich begangen, wenn sie unmittelbar von einem größeren Personenkreis wahrgenommen werden kann.

1992 IV.C.2.c. und sinngemäß auch IV.C.2.d.iii.

1993 XVI.B.2.

1994 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 248f: Kombination aus zwei Bestimmungen des alten StG.

von Abwägungsüberlegungen und Bestimmtheitserhöhenden Erwägungen dar.<sup>1995</sup>

Aus Anlass der Schaffung des StGB 1975 wurde zunächst eine Erweiterung der Strafbarkeit wegen Beleidigung dahingehend angedacht, dass schon bei einer Wahrnehmbarkeit für einen Dritten die Mindestpublizität erreicht sein soll. Der Gesetzgeber erwog hier allerdings:

»Eine Beschimpfung, Verspottung, Mißhandlung oder Drohung mit Mißhandlung schon dann gerichtlich zu bestrafen, wenn sie in einer für dritte Personen wahrnehmbaren Weise erfolgten, widerspräche der [...] bewährten und sachlich gerechtfertigten Teilung zwischen gerichtlich verfolgbaren Angriffen gegen die Ehre und minder schweren, bloß in die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden fallenden Ehrenkränkungen. Eine solche Ausweitung der Strafdrohung würde von den für solche Beleidigungen hauptsächlich anfälligen Bevölkerungskreisen einen besonders hohen Grad von Beherrschung verlangen [...]«<sup>1996</sup>

Im Ergebnis solle es daher einerseits bei der zweigeteilten Ahndung der Beleidigung nach dem StGB und nach Verwaltungsstrafrecht<sup>1997</sup>, andererseits beim Erfordernis der Wahrnehmbarkeit für mehr als zwei von Täter und Opfer verschiedene Personen bleiben.<sup>1998</sup>

Eine Erweiterung der Strafbarkeit sieht § 115 StGB gegenüber der Vorgängerregelung des StG allerdings insoweit vor, als anstatt der früheren Tathandlung des Belegens mit Schimpfworten nunmehr das Beschimpfen unter Strafe gestellt wird. Ziel war, neben Wörtern auch Bilder und Gebärden vom Straftatbestand erfassen zu können.<sup>1999</sup>

1995 Zur Begründung XIII.F.

1996 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 248 f.

1997 Vormals § 1339 ABGB, § 56 Abs 1 VStG 1950; beide nicht mehr in Kraft. Die zivilrechtlichen Anspruchsgrundlagen finden sich heute in § 1330 Abs 1 ABGB (Ehrenbeleidigung) und § 1330 Abs 2 ABGB (Kreditschädigung), die verwaltungsrechtlichen Grundlagen sind in verschiedenen Landesgesetzen als Ehrenkränkungstatbestände normiert (zB in Wien: Gesetz zum Schutze der persönlichen Ehre und zur Regelung der Ehrenkränkung, LGBl 35/1987 idGF; in Salzburg: Ehrenkränkung nach § 1 des Salzburger Landessicherheitsgesetzes, LGBl 57/2009); im Detail zB bei *Tipold in Leukauf/Steininger H.* StGB<sup>4</sup> Vorbemerkungen zu den §§ 111–117 Rz 12.

1998 Siehe auch BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 243, Vorbemerkungen zu den §§ 111 ff StGB.

1999 Siehe auch BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 249.

c. (Ergänzende) Rsp und Literatur

Im Folgenden wird ein Überblick über den Stand der Rsp und Literatur zur Auslegung der Tatbilder »Beschimpfen« und »Verspotten« nach § 115 StGB gegeben. Ziel ist abermals nicht Vollständigkeit, sondern darzulegen, ob und inwieweit durch den sehr vagen gehaltenen Tatbestand der Beleidigung samt Gesetzesmaterialien wesentliche Unklarheiten auch nach Auslegung des Tatbestands bestehen bleiben. Maßgeblich sind jeweils nur solche Meinungsstreite, die sich auf die Bestimmtheit der Norm nachteilig auswirken. Aus diesem Grund wird auch nur auf die beiden von § 115 Abs 1 StGB erstgenannten Tathandlungen »Beschimpfen« und »Verspotten« näher eingegangen, nicht dagegen auf die gleichwertigen Alternativen »Misshandeln« und »Drohen mit einer Misshandlung«.

(i.) Abgrenzung der Tathandlungen

»Beschimpfen« und »Verspotten«?

Ein erstes Auslegungsproblem betrifft zunächst die Unmöglichkeit, die ersten beiden von § 115 Abs 1 StGB genannten Tathandlungen trennscharf voneinander abzugrenzen.<sup>2000</sup> Die Unterschiede zwischen einem »Beschimpfen« und einem »Verspotten« sind in vielen Fällen, wie die Rsp zeigt, so marginal, dass eine klare Subsumtion unter eine der beiden Tathandlungen mitunter nicht möglich ist. So wird etwa die Bezeichnung einer Zeitung als »Revolverblatt«<sup>2001</sup> im Zusammenhang mit dem »Beschimpfen«, die Bezeichnung eines anderen als »Milchbubi«<sup>2002</sup> dagegen zur Frage der Tatbestandsmäßigkeit als »Verspotten« diskutiert. Warum nicht beides »Schimpfworte« sind, bleibt offen. Da es sich allerdings bei § 115 Abs 1 StGB um ein alternatives Mischdelikt handelt, schadet eine irrtümlich unrichtige Subsumtion unter eine der

2000 Das Abgrenzungsproblem stellt sich dagegen nicht im Hinblick auf das »Misshandeln« eines anderen oder die »Drohung mit einer Misshandlung«. Allenfalls ist denkbar, dass bestimmte Gestiken sowohl als »Beschimpfen« oder »Verspotten«, aber auch als »Misshandeln« interpretiert werden könnten: Ein grobes »Verwuscheln« der Haare, um dem Opfer die Frisur zu ruinieren, könnte zB sowohl ein Misshandeln sein als auch im jeweiligen Kontext als herabwertend iSv beleidigend verstanden werden.

2001 OLG Wien 15.12.1986, 27 Bs 516/86 = MR 1987, 10.

2002 OLG Wien 18 Bs 377/09m; zit n *Rami* WK<sup>2</sup>-StGB § 115 Rz 9/1.

vier Tathandlungen ohnedies nicht; es liegt insb kein Subsumtionsfehler iSd § 281 Abs 1 Z 10 bzw § 345 Abs 1 Z 12 StPO vor.<sup>2003</sup> Mangels praktischer Konsequenzen der fehlenden Trennschärfe wird auf diese Abgrenzungsfragen daher nicht näher eingegangen.

## (ii.) Tathandlungen mit eindeutigem Strafbarkeitskern?

Beschimpfen wird mit Blick auf Literatur und Judikatur zunächst primär mit einem Belegen mit Schimpfworten gleichgesetzt: Unter tatbildmäßige Schimpfworte fallen demnach etwa die Bezeichnungen als »Esel«, »Sau«, »Depp«, »Trottel«, »Wahnsinniger« oder »Idiot«.<sup>2004</sup> Daneben können aber – wie vom Gesetzgeber vorgesehen – auch Gestiken ein »Beschimpfen« darstellen: Solche strafbaren Gebärden können etwa das Zeigen des »Stinkefingers«, ein demonstratives Ausspucken vor einer anderen Person oder das Anspucken des Opfers sein.<sup>2005</sup> Abzugrenzen sind derartige Äußerungen nach einhelliger Ansicht von bloßen, auch krassen Grobheiten und Unhöflichkeiten, die die Schwelle zum Beschimpfen (gerade noch) nicht erreichen und damit den Tatbestand nicht erfüllen. Wo genau die Grenze verläuft, hängt wiederum von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls ab. Allgemeine Grundsätze finden sich hierzu nicht. Und genau diese Abgrenzung gelingt damit aber häufig gerade nicht: So wird das »Zeigen des Vogels« etwa einerseits als typisches Beispiel für eine Beleidigung, andererseits als ein solches für eine bloße Unhöflichkeit genannt.<sup>2006</sup> Das obige Beispiel einer Bezeichnung als »Wahnsinniger« unterfalle dem Tatbestand, mit Blick auf die Begleitumstände wurde die (wohl vergleichbar »krasse«) Äußerung »an Verfolgungswahn zu leiden« in einem Urteil aber wieder nicht als tatbildlich angesehen.<sup>2007</sup> Die Bezeichnung einer Person als »Lump« sei gar je nach Konstellation als tatbestandsmäßig, bloß unhöflich oder tatsächlich als Kompliment einzustufen.<sup>2008</sup>

2003 ZB *Lambauer* SbgK § 115 Rz 1; *Tipold* in *Leukauf/Steininger H.* StGB<sup>4</sup> § 115 Rz 1; RIS-Justiz RS0116655.

2004 Je mwN und Bsp *Lambauer* SbgK § 115 Rz 14; *Rami* WK<sup>2</sup>-StGB § 115 Rz 8.

2005 *Rami* WK<sup>2</sup>-StGB § 115 Rz 8.

2006 *Lambauer* SbgK § 115 Rz 15; *Rami* WK<sup>2</sup>-StGB § 115 Rz 8; *Tipold* in *Leukauf/Steininger H.* StGB<sup>4</sup> § 115 Rz 3.

2007 OLG Wien 1. 12. 2005, 18 Bs 280/05S = MR 2005, 421.

2008 *Lambauer* SbgK § 115 Rz 17 mit Hinweis auf OLG Wien 3. 12. 2001, 18 Bs 276/01 = MR 2002, 16; siehe auch OGH 8. 5. 2001, 11 Os 53/01 = MR 2001, 225.

Ein Täter verspottet einen anderen iSd § 115 StGB, wenn er das Opfer lächerlich macht oder verhöhnt und es dadurch in der Achtung seiner Mitmenschen herabsetzt.<sup>2009</sup> Das kann einerseits durch ein Nachäffen etwaiger körperlicher Gebrechen wie zB Sprachfehler oder Humpeln geschehen.<sup>2010</sup> Tatbestandsmäßig kann aber nach dem Schrifttum<sup>2011</sup> andererseits das Belegen mit verbalem Spott sein, etwa durch den Vorhalt, jemand habe »geistig abgebaut« oder sei ein »Fall für den Psychiater«. ME verschwimmen die Unterschiede zum »Beschimpfen« hier gänzlich.<sup>2012</sup> Nicht tatbildlich dagegen ist nach der Rsp die Bezeichnung eines Menschen als »Old Schmierhand«<sup>2013</sup> oder als »Milchbubi«<sup>2014</sup>; hierbei handle es sich um bloß harmlosen, auf humoristische Wirkung abzielenden Spott<sup>2015</sup> und damit um kein »Verspotten«. Demnach scheint an dieser Stelle erneut eine tatbestandliche Grenze zu ziehen zu sein: Spotten ist nicht dasselbe wie Verspotten. Die Äußerung muss daher immer als Ausdruck der Missachtung erscheinen, das Opfer wird hierdurch in seiner Umgebung lächerlich gemacht und als minderwertig hingestellt. Eine Verspottung liegt folglich nur bei beabsichtigter Diffamierung vor. Die Grenze zu zulässiger Kunst – in Form von Parodien, Karikaturen, Satire etc – ist hier im Einzelfall fließend.<sup>2016</sup> Bloße Geschmacklosigkeiten genügen nicht.<sup>2017</sup> Fraglich ist, ob diese Ansätze zur Konkretisierung ausreichen.

### (iii.) Sachbezogene Kritik und Exzess?

Die Liste der Abgrenzungsschwierigkeiten lässt sich fortsetzen, wenn man berücksichtigt, dass aus grundrechtlichen Erwägungen über Art 10 EMRK heraus sachbezogene Kritik uU dazu führt, dass eine Äußerung trotz augenscheinlicher Tatbildlichkeit rechtmäßig sein kann, wie auch ein Blick auf die bekanntesten Fälle in der Rsp zeigt: Die Bezeichnung

2009 *Lambauer SbgK* § 115 Rz 24; *Rami WK<sup>2</sup>-StGB* § 115 Rz 9; *Tipold in Leukauf/Steininger H. StGB<sup>4</sup>* § 115 Rz 4.

2010 *Lambauer SbgK* § 115 Rz 25.

2011 *Lambauer SbgK* § 115 Rz 25.

2012 Zur rechtlichen Unerheblichkeit dieses Umstands XVI.B.4.c.i.

2013 OLG Wien 7.11.1991, 21 Bs 344/91 = MR 1991, 234.

2014 OLG Wien 18 Bs 377/09m; zit n *Rami WK<sup>2</sup>-StGB* § 115 Rz 9/1.

2015 *Kienapfel/Schroll*, Grundriss BT I<sup>5</sup>, § 115 Rz 8 ff; *Tipold in Leukauf/Steininger H. StGB<sup>4</sup>* § 115 Rz 4.

2016 Zum Sonderproblem künstlerischer Äußerungen XIV.C.9.

2017 *Bertel/Schwaighofer/Venier*, BT I<sup>5</sup>, § 115 Rz 5.

einer Zeitung als »Revolverblatt« ist demnach nicht tatbestandsmäßig;<sup>2018</sup> die Aussage, eine Zeitung betreibe »systematische Volksverdummung« sehr wohl;<sup>2019</sup> verneint wurde der Tatbestand umgekehrt wiederum für den Ausdruck »journalistischer Bettnässer«: Mit Blick auf das mitgelieferte Tatsachensubstrat wurde diese Bezeichnung als zulässige, wenngleich »plakative, unhöfliche und grob formulierte Wertung« angesehen.<sup>2020</sup>

Noch unklarer wird die geltende Rechtslage, wenn Opfer der Beleidigung eine Person des öffentlichen Interesses, insb ein Politiker<sup>2021</sup>, ist: Die Bezeichnung eines Politikers als »seelenhygienisch heruntergekommenen Politemporkömmling«<sup>2022</sup> kann je nach Konstellation strafbar oder erlaubt sein, ebenso der Vorwurf, der Politiker gehöre der »roten Mietenmafia« an<sup>2023</sup>. Die Bezeichnung bzw Darstellung eines Politikers als »Arsch« wurde in einer Entscheidung als zulässig<sup>2024</sup> angesehen, in einer anderen als unzulässig<sup>2025</sup>.

Im Ergebnis bedeutet das nach hM und va nach der Rsp des EGMR, dass ein reines Werturteil nur nach § 115 StGB strafbar sein kann, wenn ein Wertungsexzess vorliegt, wie schon näher ausgeführt wurde.<sup>2026</sup> Wann diese Schwelle von (gerade noch) zulässiger Kritik überschritten wurde, weil nur mehr eine ganz geringe Sachgrundlage vorhanden ist, ist im Einzelfall oft überaus schwierig festzustellen und führt zu einer hohen Subjektivität der Beurteilung.<sup>2027</sup>

- 
- 2018 OLG 1.7.2002, 18 Bs 341/01 = Wien MR 2002, 207, wonach eine Tatbildlichkeit durch den Bezug auf ein konkretes Tatsachensubstrat verneint wurde.
- 2019 OLG Wien 19.9.1988, 27 Bs 363/88 = MR 1988, 157.
- 2020 OLG Wien 12.4.2012, 18 Bs 60/12y = MR 2012, 225.
- 2021 Zum *Public Figures*-Standard schon oben XIV.C.5.
- 2022 EGMR 14.12.2006, *Verlagsgruppe News GmbH vs Österreich* = NL 2006, 311; siehe jedoch OLG Wien 7.5.2001, 18 Bs 353/00 = MR 2001, 153; OLG Wien 19.12.2001, 24 Bs 356/00 = MR 2002, 79.
- 2023 OGH 12.12.2007, 6 Ob 255/07d, wonach nicht ansatzweise ein entsprechendes Tatsachensubstrat zugrunde läge, der Tatbestand damit erfüllt und Strafbarkeit gegeben sei.
- 2024 OGH 11.9.2008, 15 Os 10/08x, 15 Os 23/08h, 15 Os 24/08f.
- 2025 OGH 5.4.2017, 15 Os 128/16m, 15 Os 129/16h.
- 2026 XIV.B.5.
- 2027 Zu diesem Problem auch *Lambauer* SbgK Vorbem §§ 111 ff Rz 70 ff; verschiedene Abstufungen vornehmend zB *Kienapfel/Schroll*, Grundriss BT I<sup>5</sup>, Vorbem §§ 111 ff Rz 14 ff.

## C. Rechtfertigungsgrund: Recht(-spflicht) (§ 114 Abs 1 StGB)

### 1. Wortlaut

Wird eine Üble Nachrede nach § 111 StGB begangen oder der Vorwurf einer schon abgetanen gerichtlich strafbaren Handlung (§ 113 StGB) erhoben, weil hierzu entweder ein entsprechendes Recht besteht oder aber eine Rechtspflicht erfüllt werden muss, ist die Tat nach § 114 Abs 1 StGB gerechtfertigt.

### 2. Gesetzesmaterialien

Nach den einschlägigen Gesetzesmaterialien soll in Fällen des § 114 Abs 1 StGB das Unrecht der Tat auch dann aufgehoben sein, wenn die Beschuldigung nach §§ 111 oder 113 StGB letztlich nicht der Wahrheit entspricht. § 114 Abs 1 StGB wurde überhaupt nur aus diesem Grunde erlassen, um etwaigen Zweifeln in solchen Fällen zuvorzukommen.<sup>2028</sup>

Zur weiteren Klarstellung nennt der historische Gesetzgeber für beide Varianten – Rechtsausübung und Rechtspflichterfüllung – jeweils Bsp: So komme etwa einem Rechtsanwalt oder Verteidiger in Strafsachen wie auch einem Anzeiger einer strafbaren Handlung das Recht zu, eine Üble Nachrede zu begehen oder einem anderen eine schon abgetane gerichtlich strafbare Handlung vorzuwerfen.<sup>2029</sup> Eine Prozesspartei oder auch ein Zeuge erfüllen bspw eine Rechtspflicht zur wahrheitsgemäßen Aussage, die ebenfalls den Tatbestand etwa des § 111 oder § 113 StGB verwirklichen könnte und dennoch straffrei bliebe.<sup>2030</sup>

### 3. (Ergänzende) Rsp und Literatur

Als Bsp für Rechtspflichten, die unter § 114 Abs 1 StGB fallen können, nennt die Literatur die Aussagepflicht von Zeugen und die Anzeigepflicht etwa eines Behördenleiters nach § 78 StPO.<sup>2031</sup> Aber auch der Richter, Staats- oder Rechtsanwalt, der im Urteil, in der Anklage bzw in der

2028 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 248.

2029 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 248.

2030 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 248.

2031 ZB *Bertel/Schwaighofer/Venier*, BT I<sup>5</sup>, § 114 Rz 2; *Kienapfel/Schroll*, Grundriss BT I<sup>5</sup>, § 114 Rz 5 ff; *Lambauer SbgK* § 114 Rz 7 ff.



Rechtsmittelschrift den Charakter des Angeklagten skizziert, kommt einer Rechtspflicht nach.<sup>2032</sup> Das ehrenrührige Verhalten ist diesfalls jeweils erlaubt.

Als Bsp für die Ausübung eines Rechts wiederum nennt das einschlägige Schrifttum – letztlich wie auch die Materialien – insb das Recht auf (Straf-)Anzeige und das Recht des Beschuldigten auf Verteidigung.<sup>2033</sup> ZT ist darüber hinaus in Literatur und Rsp anerkannt, dass sich in § 114 Abs 1 StGB zudem ein allgemeiner Rechtfertigungsgrund der Wahrnehmung berechtigter Interessen verbirgt.<sup>2034</sup> In diesem Bereich sollen nun auch die Grundrechte wie die Kommunikationsfreiheit nach Art 13 StGG/Art 10 EMRK oder die Freiheit der Wissenschaft und Lehre (Art 17 StGG) und der Kunst (Art 17a StGG) eine Rolle spielen.<sup>2035</sup> Das wurde bereits an anderer Stelle kritisch hinterfragt.<sup>2036</sup>

Allerdings scheidet nach der Literatur und Rsp eine Rechtfertigung trotz Vorliegens der Voraussetzungen nach § 114 Abs 1 StGB dann aus, wenn die Anschuldigung objektiv nicht notwendig ist und/oder subjektiv wider besseren Wissens erfolgt.<sup>2037</sup> Aus dem Wortlaut ergibt sich das jeweils nicht mehr; es handelt sich hier um richterliche Rechtsfortbildung.<sup>2038</sup> Die Rechtfertigung greift nach der Rsp des OGH demnach nur unter zwei Voraussetzungen:<sup>2039</sup> Der durch das Verhalten des Täters bewirkte Eingriff in das Grundrecht des Opfers muss sich innerhalb der Schranken bewegen, »die ein mit rechtlichen Werten verbundener Mensch von selbst zu wahren pflegt«. Zudem muss eine »vernünftige« Mittel-Zweck-Relation dahingehend bestehen, dass das vom Täter erstrebte und von der Rechtsordnung gebilligte Ziel nicht außer Verhältnis zum Eingriff steht – maW ist die Verhältnismäßigkeit zu wahren.<sup>2040</sup>

2032 *Tipold* in *Leukauf/Steiningger H.* StGB<sup>4</sup> § 114 Rz 3.

2033 ZB *Bertel/Schwaighofer/Venier*, BT I<sup>5</sup>, § 114 Rz 3; *Kienapfel/Schroll*, Grundriss BT I<sup>5</sup>, § 114 Rz 5 ff; *Lambauer SbgK* § 114 Rz 10 ff.

2034 ZB *Bertel/Schwaighofer/Venier*, BT I<sup>5</sup>, § 114 Rz 5; *Kienapfel/Schroll*, Grundriss BT I<sup>5</sup>, § 114 Rz 23 ff; *Lambauer SbgK* § 114 Rz 15 ff.

2035 OGH 14. 10. 1980, 9 Os 49/80, 9 Os 50/80 = EvBl 1981/94 = SSt 51/47; OGH 18. 3. 1987, 9 Os 18/87 = EvBl 1987/126 = SSt 58/14; OLG Wien 29. 1. 1992, 27 Bs 25/92 = MR 1992, 17; OLG Wien 24. 7. 2013, 17 Bs 70/13p = MR 2013, 211; *Tipold* in *Leukauf/Steiningger H.* StGB<sup>4</sup> § 114 Rz 6 mwN.

2036 VII.C.

2037 Ausführlich *Kienapfel/Schroll*, Grundriss BT I<sup>5</sup>, § 114 Rz 11 ff mwN.

2038 Zur (Un-)Zulässigkeit derselben oben III.C.3.d.

2039 RIS-Justiz RS0089736.

2040 So OGH 14. 10. 1980, 9 Os 49/80, 9 Os 50/80 = EvBl 1981/94 = SSt 51/47.

Über das Verhältnismäßige hinausgehende Beeinträchtigungen sind dagegen nicht gerechtfertigt. Im besonderen Falle eines Irrtums über die Eignung zur Wahrung des verfolgten Interesses kann das Verhalten allerdings nach Ansicht des OGH entschuldbar sein.<sup>2041</sup> Der OGH setzt außerdem voraus, dass die Ehrverletzung nicht durch eine Behauptung »wider besseren Wissens« begangen wurde: Das bedeute, dass sie entweder überflüssig war oder *dolo principali* aufgestellt wurde.<sup>2042</sup> Nach der Rsp heißt das für den Beschuldigten (Angeklagten) im Strafverfahren, dass er nur soweit aus § 114 Abs 1 StGB gerechtfertigt ist, »als er im Zuge seiner Verantwortung den gegen ihn erhobenen Vorwurf bloß bestreitet, ihn also als unwahr, erlogen oder erdichtet bezeichnet (§ 202 StPO), nicht aber wenn er darüber hinaus konkrete Anschuldigungen gegen einen Zeugen (oder eine andere Prozesspartei) erhebt [...]. Der Beschuldigte darf die ihm zur Last gelegten ehrverletzenden Behauptungen in der Hauptverhandlung zwar aufrecht erhalten und wiederholen, nicht aber zusätzliche und neue ehrabschneidende Gegenvorwürfe erheben [...]«<sup>2043</sup>. Dem ist – etwa *Rami* und *Zöchbauer* folgend – entgegenzuhalten, dass § 114 Abs 1 StGB aufgrund seines bloßen Verweises auf andere Vorschriften, die entweder Rechte oder Rechtspflichten normieren, keine eigenständige rechtliche Bedeutung hat.<sup>2044</sup> Daher kann nur die jeweilige Norm, auf die verwiesen wird, darüber Aufschluss geben, inwieweit eine wahrheitswidrige Äußerung von einer Rechtspflicht umfasst oder einem etwaigen Recht erfasst ist.<sup>2045</sup>

Um Straffreiheit zu erlangen, ist der Täter jedenfalls nicht darauf angewiesen, dass er einen Wahrheitsbeweis oder Beweis des guten Glaubens erbringen kann. Wer gerechtfertigt ist, braucht den Wahrheitsbeweis folglich nicht zu erbringen, weil die Wahrheit der Äußerung keine Voraussetzung für eine Rechtfertigung ist.<sup>2046</sup>

2041 OGH 14.10.1980, 9 Os 49/80, 9 Os 50/80 = EvBl 1981/94 = SST 51/47 mit Hinweis auf einschlägige dt Literatur; zu den Entschuldigungsgründen näher XVI.D.

2042 RIS-Justiz RS0089487.

2043 OGH 6.9.2007, 15 Os 85/07z; diese Grundsätze gelten auch für die beklagte Partei im Zivilprozess: OGH 14.3.2018, 15 Os 28/18h.

2044 *Rami* WK<sup>3</sup>-StGB § 114 Rz 1; OLG Wien 20.4.2017, 18 Bs 98/17v = MR 2017, 115 mit Anm *Zöchbauer* (118ff); außerdem *Proske*, ÖJZ 1977, 5; *Zöchbauer*, Medienstrafrecht, 45 mwN; aA *Kienapfel*, StPdG 3 (1975), 53.

2045 Dazu abermals näher mit Bsp *Rami* WK<sup>2</sup>-StGB § 114 Rz 4 ff.

2046 *Bertel/Schwaighofer/Venier*, BT I<sup>5</sup>, § 114 Rz 1 mwN; *Rami* WK<sup>2</sup>-StGB § 114 Rz 2; RIS-Justiz RS0093233.

## D. Entschuldigungsgründe (§ 114 Abs 2 StGB, § 115 Abs 3 StGB)

### 1. Nötigung durch Umstände (§ 114 Abs 2 StGB)

#### a. Wortlaut

§ 114 Abs 2 StGB kennt für die mit Strafe bedrohten Handlungen nach § 111 StGB und § 113 StGB noch einen weiteren Grund für die Strafflosigkeit (neben der Rechtfertigung nach § 114 Abs 1 StGB). Demnach soll der Täter einer Üblen Nachrede oder des Vorwurfs einer schon abgetanen gerichtlich strafbaren Handlung nicht zu bestrafen sein, wenn er durch besondere Umstände dazu genötigt war, eine inkriminierte Behauptung in der Form und Weise vorzubringen, wie es geschehen ist. Eine Gegen Ausnahme besteht wiederum dann, wenn die Behauptung unrichtig ist und der Täter sich dessen bei Anwendung der nötigen Sorgfalt iSd Sorgfaltsmaßstabs nach § 6 StGB (Fahrlässigkeit) hätte bewusst sein können.

#### b. Rechtliche Einordnung

Die Nötigung zu einer Üblen Nachrede nach § 111 StGB oder zum Vorwurf einer schon abgetanen gerichtlich strafbaren Handlung nach § 113 StGB durch bestimmte Umstände soll unter den Voraussetzungen des § 114 Abs 2 StGB nicht strafbar sein. Der Gesetzgeber lässt hier nach den Materialien ausdrücklich offen, wie die gesetzlich gewählte Formulierung »ist nicht zu bestrafen« strafrechtsdogmatisch zu verorten ist. Konkret soll die Frage vom Strafgesetzgeber unbeantwortet bleiben, ob die Tat gerechtfertigt oder bloß entschuldigt ist, weil die möglichen Konstellationen einer solchen Nötigung derart verschieden seien, dass die Frage, »nur im Einzelfall und nicht generell beantwortet werden kann«<sup>2047</sup>.

ME kann es sich allerdings schon aus systematischen Gründen nur jeweils um Entschuldigungsgründe handeln: Wenn sich jemand im Rahmen der Ausübung eines Rechts »genötigt« fühlt, einen solchen Vorwurf zu artikulieren, liegt ohnehin eine Rechtfertigung nach § 114 Abs 1 StGB vor bzw bedarf es einer ausdrücklichen Regelung in § 114 Abs 2 StGB gar

2047 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 248, zu § 114 StGB.

nicht. Wer eine Üble Nachrede zur Abwendung eines unmittelbar drohenden oder gegenwärtigen menschlichen Angriffs oder zur Rettung eines überwiegenden Rechtsguts begeht, ist ohnedies nach anderen Bestimmungen (Notwehr nach § 3 StGB, rechtfertigender Notstand) gerechtfertigt. Die Nötigung ist einer Willensbeugung in Richtung eines bestimmten Verhaltens führt zudem dazu, dass dem Täter im Einzelfall ein anderes Verhalten nicht zumutbar war, weil die Rechtsordnung im konkreten Fall kein anderes Verhalten erwarten konnte. Die Zumutbarkeit ist aber ein Schulselement<sup>2048</sup> und damit auch auf der Schulsebene zu berücksichtigen.

### c. *Gesetzesmaterialien*

Nach den Materialien wird als Bsp für eine Nötigung zu einem inkriminierten Verhalten nach §§ 111 oder 113 StGB insb die Erfüllung sittlicher Pflichten genannt.<sup>2049</sup> Soweit der Entschuldigungsgrund die Strafbarkeit wegen des Vorwurfs einer schon abgetanen gerichtlich strafbaren Handlung nach § 113 StGB beseitigen soll, »muß es sich um einen besonderen, [...] um einen gewichtigen Umstand handeln, der den Täter nicht bloß veranlaßt hat, den Vorwurf zu erheben, sondern ihn dazu in einem Maß zwang, daß ihm daraus kein sittlicher Vorwurf gemacht werden kann; in dieser Richtung wird ein objektiver Maßstab anzulegen sein.«<sup>2050</sup> Ziel der Gegenausnahme bei Nichterkennen der Unrichtigkeit des Vorwurfs war es, zum Ausdruck zu bringen, dass der Täter in diesen Fällen haftet, wenn ihm eine Schuld vorzuwerfen ist, »die, würde es sich bei der Unrichtigkeit um ein Tatbestandsmerkmal handeln, als (Vorsatz oder) Fahrlässigkeit zu bezeichnen wäre«<sup>2051</sup>.

### d. *(Ergänzende) Rsp und Literatur*

Eine Nötigung zu einem Vorwurf nach §§ 111 oder 113 StGB ist zu bejahen, wenn zwar kein unwiderstehlicher Zwang, aber doch ein so starkes Tatmotiv für die inkriminierte Äußerung vorlag, dass auch ein wertverbundener Mensch die Ehrverletzung in der geschehenen Form begangen

2048 Statt vieler *Fuchs/Zerbes*, AT I<sup>10</sup>, Kap 21 Rz 5.

2049 BGI 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 248, zu § 114 StGB.

2050 BGI 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 248, zu § 113 StGB.

2051 BGI 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 248, zu § 114 StGB.

hätte.<sup>2052</sup> Der Täter muss bei der Formulierung so schonend wie möglich vorgehen; die Beschuldigung darf nicht überschießend sein.<sup>2053</sup>

Bezüglich der Richtigkeit oder Unrichtigkeit des Vorwurfs nach § 111 StGB<sup>2054</sup> trifft ihn allerdings eine gewisse Erkundigungspflicht.<sup>2055</sup> Unklar ist, ob für diesen Entschuldigungsgrund die besondere Beweislastverteilung nach § 111 Abs 3 StGB gilt und ob die Beweisthemenvorbehalte (für Tatsachen des Privat- und Familienlebens) nach § 112 StGB anwendbar sind.<sup>2056</sup> Mangels Relevanz dieser Diskussion für den vorliegenden Zusammenhang wird die Frage nicht weiter vertieft.

## 2. Entrüstung (§ 115 Abs 3 StGB) als Anlass für Beleidigung

### a. Wortlaut

§ 115 Abs 3 StGB normiert einen eigenen Entschuldigungsgrund, der in bestimmten Fällen die Strafbarkeit einer Beleidigung nach § 115 Abs 1 StGB entfallen lässt – nämlich dann, wenn Auslöser für die Beleidigung eine besondere Entrüstung des Äußernden ist. Voraussetzung ist zunächst, dass der Beleidigung (in allen vier Tatvarianten) ein Verhalten des Opfers vorangegangen ist, das zu einer solchen Entrüstung beim Beleidigenden führt. Diese Entrüstung über das Verhalten des anderen muss der Anlass gewesen sein, dass sich der Entrüstete zu einer Beleidigung hat hinreißen lassen. Überdies muss diese Entrüstung – nicht die Beleidigung an sich – »allgemein begreiflich« sein, insb im Hinblick auf die seit ihrem Anlass verstrichene Zeit. Und schließlich muss die Beleidigung nach den konkreten Umständen in einer entschuldbaren Weise erfolgt sein. Nach der StF zum StGB 1975 kam die sog Entrüstungsbeleidigung nur als Entschuldigung eines Beschimpfens, Misshandelns oder eines Drohens mit einer Misshandlung, nicht aber als Entschuldigung eines Verspottens in Betracht. Der Entschuldigungsgrund wurde

2052 *Lambauer SbgK* § 114 Rz 22 mwN.

2053 ZB OGH 5.12.1978, 9 Os 77/78 = SSt 49/61; *Kienapfel/Schroll*, Grundriss BT I<sup>5</sup>, § 114 Rz 38; *Lambauer SbgK* § 114 Rz 22 mwN; *Rami WK<sup>2</sup>-StGB* § 114 Rz 8/2; *Tipold in Leukauf/Steininger H. StGB<sup>4</sup>* § 114 Rz 9.

2054 Da § 113 StGB ohnehin nur wahre Vorwürfe erfasst, hat dieser Zusatz für den Vorwurf schon abgetaner gerichtlich strafbarer Handlungen keine Bedeutung; so *Rami WK<sup>2</sup>-StGB* § 114 Rz 9.

2055 *Lambauer SbgK* § 114 Rz 22.

2056 Ausführlich zB *Rami WK<sup>2</sup>-StGB* § 114 Rz 8/3.

erst mit der Strafgesetznovelle 2017<sup>2057</sup> auf die Tathandlung »Verspottung« ausgedehnt.

### b. *Gesetzesmaterialien*

Grundsätzlich hielt der historische Gesetzgeber nach den einschlägigen Gesetzesmaterialien an der »Entrüstungsbeleidigung« aus dem StG fest. Er verzichtete hierbei allerdings auf das noch im StG bestehende Erfordernis, dass der Entrüstungsbeleidigung zeitlich unmittelbar ein Verhalten des Beleidigten vorausgegangen sein muss. Die Praxis habe nämlich gezeigt, dass diese Grenze zu eng gesetzt war: Zu berücksichtigen sei zwar, wie lange das Verhalten, das die Entrüstung auslöste, zurückliegt, weil das begreifliche Reaktionsbedürfnis mit fortschreitender Zeit abnimmt.<sup>2058</sup> Die Entschuldbarkeit des Verhaltens hänge aber eben nicht nur vom Zeitpunkt ab, zu dem der entrüstungsauslösende Umstand eintrat, sondern auch davon, wann der Täter von diesem Umstand Kenntnis erlangt und erstmals nach jenem Verhalten mit dem späteren Beleidigten zusammentrifft. Insgesamt komme es »sehr auf die Umstände des Einzelfalls an«<sup>2059</sup>.

In den historischen Materialien findet sich außerdem eine, wenngleich ihrerseits wiederum auslegungsbedürftige, Negativdefinition<sup>2060</sup> des Begriffs »Hinreißen lassen«: Gemeint ist hier, dass der Täter »nicht mit ruhiger Überlegung handelt«<sup>2061</sup>.

Zur Erweiterung des Anwendungsbereichs dieses Entschuldigungsgrunds auch auf die Fälle der Verspottung führt der Gesetzgeber folgende Begründung an: Demnach wurden historisch zwei Bestimmungen des StG im StGB idF 1975 in einem Beleidigungstatbestand zusammengefasst. Die Materialien zur StF enthielten allerdings ebenfalls keine Ausführungen zur Frage, weshalb eine Strafflosigkeit für die Verspottung generell nicht in Betracht kommen solle. Die Lehre vertrete demgemäß unterschiedliche Ansichten: So werde die Anwendung des Entschuldigungsgrunds in Fällen der Verspottung unter Hinweis auf den Gesetzeswortlaut teilweise verneint, teilweise aber auch eine

2057 BGBl I 117/2017.

2058 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 249.

2059 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 249.

2060 Zum Begriff XV.B.3.

2061 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 249.

analoge Anwendung befürwortet, weil dies dem in der Praxis fließenden Übergang zwischen Beschimpfung und Verspottung entspreche. Dieser letztgenannten Argumentation schloss sich der Strafgesetzgeber 2017 schließlich an.<sup>2062</sup>

c. *(Ergänzende) Rsp und Literatur*

Damit sich der Äußernde erfolgreich auf den Entschuldigungsgrund nach § 115 Abs 3 StGB berufen kann, müssen nach hM<sup>2063</sup> folgende Voraussetzungen vorliegen: Der inkriminierten Äußerung muss ein Entrüstung auslösendes Verhalten des Opfers vorangehen; gegen wen sich dieses Verhalten richtet, ist unerheblich. Es muss sich auch um keine Straftat handeln. Opfer der Entrüstungsbeleidigung kann aber nur der sein, der das entrüstungsauslösende Verhalten gesetzt hat. Die Entschuldigung kommt dem Täter wohl auch dann zugute, wenn er ein solches entrüstungsauslösendes Verhalten bloß irrtümlich annimmt. Der Täter verfällt in weiterer Folge in eine Entrüstung und lässt sich von dieser wiederum zur Beleidigung hinreißen. Wohlüberlegtes Handeln schließt eine Entschuldigung demgemäß aus. Die Entrüstung muss im objektiv-normativen Sinn verhältnismäßig wie sittlich verständlich sein. Als Maßstab gilt der durchschnittlich rechtstreue Bürger: Wäre unter den gegebenen Umständen auch bei ihm eine solche Empörung entstanden, ist die Tat entschuldigt. Die aus ihrem Anlass begangene Beleidigung muss schließlich angemessen zum Anlass getätigt werden. In welchen Konstellationen all diese Voraussetzungen jeweils kumulativ gegeben sind, hängt einmal mehr vom individuellen Einzelfall ab.

2062 BGBl I 117/2017, 1621 d. B. XXV. GP, 3, zu § 115 Abs 3 StGB.

2063 Hierzu und zum Folgenden *Kienapfel/Schroll*, Grundriss BT I<sup>5</sup>, § 115 Rz 29 ff; *Lambauer SbgK* § 115 Rz 40 ff; *Rami WK<sup>2</sup>-StGB* § 115 Rz 16 mwN; *Tipold in Leukauf/Steininger H. StGB<sup>4</sup>* § 115 Rz 17 ff.

## E. Strafaufhebungsgrund: Wahrheitsbeweis (§§ 111 Abs 3 iVm 112 StGB) bei Übler Nachrede

### 1. Wortlaut

Nach § 111 Abs 3 StGB ist eine Üble Nachrede dann nicht strafbar, wenn die ehrenrührige Behauptung als wahr erwiesen wird. Wahre Üble Nachreden sind demnach in allen (auch nach Abs 2 qualifizierten) Fällen straflos, wenn sich diese Wahrheit erweist. Im Falle einer mit bloß einfacher Mindestpublizität nach Abs 1 begangenen Üblen Nachrede genügt für die Straflosigkeit zudem der Beweis des guten Glaubens: Lassen sich Umstände erweisen, aus denen sich für den Täter hinreichende Gründe ergeben haben, die inkriminierte Behauptung für wahr zu halten, entfällt die Strafbarkeit. § 111 Abs 3 StGB enthält folglich schon im Wortlaut eine wesentliche Einschränkung der Reichweite der Straflosigkeit: Nicht jede wahre Üble Nachrede bzw jede Üble Nachrede, deren Inhalt mit guten Gründen für wahr gehalten wurde, ist straflos, sondern vielmehr nur jene, deren Wahrheit oder gute Gründe, sie für wahr zu halten, erwiesen werden.<sup>2064</sup>

§ 112 S 1 StGB konkretisiert diese Einschränkung insofern, als er näher – prozessuale – Regelungen für dieses Erfordernis des entsprechenden Nachweises trifft: So sind sowohl der Wahrheits- als auch der Gutglaubensbeweis nur aufzunehmen, wenn sich der Täter hierauf beruft.<sup>2065</sup> § 112 S 2 StGB schränkt die Möglichkeit dieser Beweisführung allerdings nochmals weiter ein: Über Tatsachen des Privat- oder Familienlebens und über strafbare Handlungen, die nur auf Verlangen eines Dritten verfolgt werden (Privatanklagedelikte nach § 71 StPO), sind derartige Beweise nicht zuzulassen.

### 2. Rechtliche Einordnung?

Der EGMR sieht vor, dass der Wahrheitsbeweis bei behaupteten, ehrenrührigen Tatsachen in aller Regel zuzulassen ist, widrigenfalls eine Verletzung der Kommunikationsfreiheit nach Art 10 EMRK vorliegt, wie bereits erörtert wurde.<sup>2066</sup> Fraglich ist zunächst die rechtliche Einordnung

<sup>2064</sup> Bei dieser Erweislichkeit handelt es sich aber bereits um eine prozessuale, nicht mehr um eine materiellrechtliche Einschränkung.

<sup>2065</sup> Näher XVI.F.2.

<sup>2066</sup> XIV.C.6.



der Strafbarkeitsausnahme nach §§ 111 Abs 3 iVm 112 StGB, also wenn dem Täter der Wahrheitsbeweis oder in bestimmten Fällen der Gutgläubensbeweis tatsächlich gelingt. Die wohl überwiegende Meinung nimmt hier einen Strafausschließungsgrund an,<sup>2067</sup> *Kienapfel/Schroll* ordnen die Nichterweislichkeit der Wahrheit als objektive Bedingung der Strafbarkeit ein.<sup>2068</sup> *Zöchbauer*<sup>2069</sup> und *Berka*<sup>2070</sup> dagegen plädieren für die Annahme eines Rechtfertigungsgrunds. *Schmoller* sieht einen Strafaufhebungsgrund, weil der Nachweis der Wahrheit ein Umstand sei, der nachträglich eintrete und die Strafe damit rückwirkend wieder beseitige.<sup>2071</sup>

Vorauszuschicken ist, dass ein kommunikatives Verhalten, das grundrechtlich geschützt ist, nicht zugleich nach einer strafrechtlichen Norm unterhalb des Rangs von Verfassungsrecht rechtswidrig sein kann.<sup>2072</sup> Zu prüfen ist daher, ob die Rsp des EGMR dahin zu verstehen ist, dass die Äußerung einer Tatsache, deren Wahrheit bewiesen werden konnte, stets ein grundrechtskonformes Verhalten darstellt, maW, ob ein gelungener Wahrheitsbeweis stets zu einer Gesamtbeurteilung der inkriminierten Äußerung als grundrechtskonform führt. In diesem Fall könnte der Wahrheitsbeweis nämlich nicht bloß die Strafe ausschließen oder aufheben.

Tatsächlich prüft der EGMR regelmäßig nur das Vorhandensein einer Möglichkeit, die Wahrheit der Äußerung zu beweisen, und verbietet bei gelungenem Wahrheitsbeweis die Verhängung einer Strafe.<sup>2073</sup> Zugleich beanstandet er die in vielen Rechtsordnungen verankerten besonderen Beweislastregeln – wie sie eben auch §§ 111 Abs 3 iVm 112 StGB vorsieht – nicht.<sup>2074</sup> Grundrechtswidrig ist damit nur eine Strafbestimmung, die einen solchen Wahrheitsbeweis nicht zulässt. Das bedeutet

2067 ZB *Lambauer* SbgK § 112 Rz 2; *Rami* WK<sup>2</sup>-StGB § 111 Rz 22, 27 mwN, 31 mwN; RIS-Justiz RS0072095.

2068 Grundriss BT I<sup>5</sup>, § 112 Rz 5 mwN.

2069 Medienstrafrecht, 24.

2070 Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz, 232 ff; außerdem *ders* in *Schmoller*, Otto Triffterer und die Salzburger Juristenfakultät, 47 ff.

2071 WK-StPO § 14 Rz 70.

2072 III.C.2.a.i.

2073 EGMR 23.4.1992, *Castells vs Spanien*, Rz 48; 20.1.2009, *Csánics vs Ungarn*, Rz 43; dazu auch *Harris/O'Boyle/Warbrick*, European Convention on Human Rights<sup>4</sup>, 681 f; *Matscher*, StPdG 29 (2001), 8 f; *ders*, RZ 2001, 240 f.

2074 EGMR 7.5.2002, *McVicar vs Vereinigtes Königreich*; 15.2.2005, *Steel and Morris vs Vereinigtes Königreich*; 14.2.2008, *Rumyana Ivanova vs Bulgarien*, insb Rz 39; näher *Frowein* in *Frowein/Peukert* EMRK<sup>3</sup> Art 10 Rz 35.

nicht, dass jede wahre Äußerung automatisch grundrechtskonform ist. Daher ist das Strafrecht auch nicht aus dem Stufenbau der Rechtsordnung heraus verpflichtet, die *Wahrheit* oder den *gelungenen Wahrheitsbeweis* einer Tatsachenbehauptung als Rechtfertigungsgrund zu verankern; im ersten Fall wäre die Verknüpfung mit der Beweislastumkehr nach § 112 StGB zudem ein Verstoß gegen das *in dubio pro reo*-Gebot. Der *gelungene Wahrheitsbeweis* dagegen kann wiederum kein Rechtfertigungsgrund sein: Es handelt sich um einen (prozessualen) Umstand, der die Strafbarkeit erst nach dem Handlungszeitpunkt aufhebt und damit nicht um einen solchen, der bereits zum Tatzeitpunkt vorliegt, wie etwa die Notwehrsituation, -handlung etc beim Rechtfertigungsgrund der Notwehr nach § 3 StGB. Der Ansicht *Schollers*, wonach es sich nach österreichischer Strafrechtsdogmatik um einen Strafaufhebungsgrund handelt, ist daher beizupflichten.

### 3. Gesetzesmaterialien

Gegenüber dem StG fasste der historische Gesetzgeber aus Anlass der Schaffung des StGB 1975 die Regelung des Wahrheitsbeweises und des guten Glaubens in §§ 111 Abs 3 iVm 112 StGB neu, weil ihm die bisherige Ausgestaltung nach dem StG zu komplex erschien.<sup>2075</sup> In der vorbereiteten Strafrechtskommission wurde zunächst in erster Lesung diskutiert, einen Freispruch nur bei gelungenem Wahrheitsbeweis, nicht aber bei bloßem Beweis des guten Glaubens vorzusehen; für letzteren sollte es lediglich ein Absehen von Strafe geben, um einer Missdeutung vorzubeugen, wonach der vom Täter erhobene Vorwurf doch berechtigt sein könnte. Der Gesetzgeber blieb insoweit jedoch bei der Rechtslage nach dem StG und damit bei einem Freispruch auch beim Gutglaubensbeweis in Fällen des § 111 Abs 1 StGB, weil es bis dahin noch zu keinen solchen Missdeutungen gekommen und der Gutglaubensbeweis für die gefährlichsten Begehungsformen der Üblen Nachrede – jene nach Abs 2 – ohnedies ausgeschlossen sei.<sup>2076</sup> Den Ausschluss des Wahrheitsbeweises über Tatsachen des Privat- oder Familienlebens und bei Privatanklagedelikten hielt der Gesetzgeber »zum Schutz der Privatsphäre und des Dispositionsrechts der zur Privatanklage berechtigten Person« für nötig.<sup>2077</sup>

2075 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 246, zu § 111 StGB.

2076 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 246, zu § 112 StGB.

2077 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 246, zu § 112 StGB.

Der Gutgläubensbeweis ist nach den Materialien dann als erfolgreich erbracht anzusehen, »wenn Umstände erwiesen werden, aus denen sich für den Täter hinreichende Gründe ergeben haben, die Behauptung für wahr zu halten«. Wie schon nach dem StG ist hierfür erforderlich, dass der Äußernde im Zeitpunkt der Tat subjektiv an die Richtigkeit seiner Behauptung glaubte und für diese Annahme auch objektiv hinreichende Gründe vorhanden waren.<sup>2078</sup>

#### 4. (Ergänzende) Rsp und Literatur

Sobald eine Berufung auf den Wahrheits- oder Gutgläubensbeweis erfolgt, hat das Gericht sein Vorliegen von Amts wegen zu prüfen, wobei wie immer der Grundsatz der freien Beweiswürdigung gilt.<sup>2079</sup> Ohne eine entsprechende Prozessklärung unterliegt das Gericht insoweit einem Beweisthemenverbot.<sup>2080</sup> Das Beweismaß richtet sich nach der StPO (insb § 258 Abs 2 StPO); Zweifel gehen daher zu Lasten des Täters: Ein Freispruch wegen gelungenen Wahrheitsbeweises etwa darf nur erfolgen, wenn das Gericht überzeugt ist, dass der Inhalt der Äußerung der Wahrheit entspricht.<sup>2081</sup>

Als besonders komplex erweist sich in diesem Zusammenhang die Frage nach dem Thema des Wahrheits- bzw Gutgläubensbeweises: Einigkeit herrscht in der Theorie insoweit, dass das Thema des Wahrheits- bzw Gutgläubensbeweises kongruent zum Sinngehalt der Äußerung zu sein hat.<sup>2082</sup> Die Rsp spricht von der Übereinstimmung des jeweiligen »sachlichen Kerns«<sup>2083</sup>: »Der Wahrheitsbeweis ist schon dann als erbracht anzusehen, wenn er den Inhalt der Mitteilung im Wesentlichen bestätigt.«<sup>2084</sup> Eine Äußerung ist grundsätzlich dann noch als »wahr« anzusehen, »wenn sie nur in unwesentlichen Details nicht der Wahrheit entspricht«<sup>2085</sup>. Was das im Einzelnen bedeutet, ist einmal mehr in höchstem Maße vom jeweiligen Sachverhalt und hier insb von der

2078 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 246, zu § 111 StGB.

2079 Rami WK<sup>2</sup>-StGB § 111 Rz 22/1.

2080 Rami WK<sup>2</sup>-StGB § 112 Rz 1 ff.

2081 Rami WK<sup>2</sup>-StGB § 111 Rz 23 mN aus der Rsp insb des OLG Wien.

2082 Kienapfel/Schroll, Grundriss BT I<sup>5</sup>, § 112 Rz 13; Lambauer SbgK § 112 Rz 12; Rami WK<sup>2</sup>-StGB § 111 Rz 29; Ratz, ÖJZ 2007, 950.

2083 RIS-Justiz RS0115694.

2084 RIS-Justiz RS0079693; ausführlich zum Aussagekern als Gegenstand des Wahrheitsbeweises auch Graf-Wintersberger, Lebensbild und Bereicherung, 73 ff.

2085 OGH 25. 2. 1999, 6 Ob 208/98a; wN bei Rami WK<sup>2</sup>-StGB § 111 Rz 28/1.

konkret gesetzten kommunikativen Handlung abhängig, wie der Blick auf einschlägige Literatur und Rsp zeigt.

Die größten Schwierigkeiten bestehen im Zusammenhang mit Tatverdachtsäußerungen oder dem unbedingten Vorwurf einer strafbaren Handlung. Hier ist zunächst zu differenzieren: Der Wahrheitsbeweis für die Äußerung, jemand habe eine Straftat begangen, ist dann als erbracht anzusehen, wenn die Tatbegehung als solche unter Beweis gestellt wurde. Demnach reiche es nach der Rsp nicht, wenn sich lediglich erweist, dass jemand eine fahrlässige Krida nach § 159 StGB und – entgegen der Behauptung – keine Betrügerische Krida nach § 156 StGB begangen habe<sup>2086</sup> oder dass jemand einen anderen zwar geschädigt habe, dies aber – entgegen der Behauptung – ohne Vorsatz erfolgt sei<sup>2087</sup>. Daraus lässt sich schließen, dass sich der Wahrheitsbeweis insb auch auf die innere Tatseite zu erstrecken hat. Die innere Tatseite gehört folglich zum sachlichen Kern.

Nicht zum Wesentlichen gehören demgegenüber Beteiligungsformen oder der Umstand, ob die Tat vollendet oder lediglich versucht wurde.<sup>2088</sup> Auch unrichtige »Subsumtionen« durch den Äußernden schaden zT nicht: Ob die Tat entgegen der Behauptung nun Diebstahl (§ 127 StGB) oder Veruntreuung (§ 133 StGB) ist, hat keine Relevanz.<sup>2089</sup> Nicht erbracht sei der Wahrheitsbeweis dagegen beim Vorwurf des Mordes nach § 75 StGB, wenn letztlich eine Verurteilung nach § 87 Abs 1 StGB erging.<sup>2090</sup> Fraglich ist, ob das auch gelten würde, wenn eine Verurteilung nach § 87 Abs 2 StGB im Raum steht. Irrelevant sei es auch, wenn überhaupt keine Verurteilung erfolgte, solange der Täter die Tat aber tatsächlich begangen hat.<sup>2091</sup> Ob der Betrugsschaden 9 oder 10 Millionen Euro beträgt, sei ebenfalls unerheblich.<sup>2092</sup> Unklar ist, ob das auch für das Verhältnis von 4 oder 5 zu 9 Millionen gelten würde. Der Vorwurf, jemand sei »total besoffen«, sei in seinem Kern richtig, wenn die Person tatsächlich »nur« 1,5 Promille Alkohol im Blut hatte.<sup>2093</sup> Fraglich ist, ob das auch

2086 OLG Wien 24 Bs 340/98, zit n *Rami* WK<sup>2</sup>-StGB § 111 Rz 29.

2087 OLG Wien 17.8.2017, 23 Bs 265/16p, zit n *Rami* WK<sup>2</sup>-StGB § 111 Rz 29.

2088 *Lambauer* SbgK § 112 Rz 9.

2089 *Rami* WK<sup>2</sup>-StGB § 111 Rz 28/1.

2090 OLG Wien 3.3.1997, 18 Bs 398/96 = MR 1997, 72 mit Anm *Trieb*; Bsp bei *Lambauer* SbgK § 112 Rz 9, der diese Entscheidung befürwortet.

2091 ZB OLG Wien 21.8.2012, 18 Bs 235/12h = MR 2012, 326.

2092 *Lambauer* SbgK § 112 Rz 9; ähnlich OLG Wien 14.3.1994, 21 Bs 22/94 = MR 1994, 61.

2093 *Lambauer* SbgK § 112 Rz 9.

bei 1 Promille so gesehen würde. Der Vorwurf, jemand habe sich durch eine Straftat bereichert, sei nur dann wesentlich, wenn die Bereicherung zum Tatbild des vorgeworfenen Delikts gehört; andernfalls müsse nur bewiesen werden, dass überhaupt eine Straftat vorliegt.<sup>2094</sup>

Gescheitert sei ein Wahrheitsbeweis dann, wenn anstatt der Behauptung, die Strafverfolgungsbehörden würden gegen eine Person ermitteln, gegen diese in Wahrheit bereits nicht mehr ermittelt wurde, weil das Ermittlungsverfahren zum Zeitpunkt der Äußerung schon eingestellt war<sup>2095</sup>. Nicht erbracht ist der Wahrheitsbeweis auch, wenn anstatt des behaupteten aufrechten Haftbefehls oder anstatt einer behaupteten verhängten Untersuchungshaft tatsächlich jeweils lediglich ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren gegen eine verdächtige Person anhängig ist.<sup>2096</sup>

Wurde jedoch lediglich geäußert, jemand sei der Begehung einer Straftat verdächtig, so sind für das Gelingen des Wahrheitsbeweises bloß Umstände nachzuweisen, die diese Schlussfolgerung zulassen.<sup>2097</sup> Das Bestehen eines Tatverdachts ist dabei in jenem Umfang und in jener Tiefe nachzuweisen, in dem bzw in der dieser zum Ausdruck gebracht wurde.<sup>2098</sup>

Abgrenzungsschwierigkeiten bereitet außerdem das Beweisthemenvorbot nach § 112 S 2 StGB, wonach für Tatsachen des Privat- oder Familienlebens der Beweis nicht erbracht werden kann. Denn fraglich kann im Einzelnen sein, welche Tatsachen hierunter fallen. Der Maßstab ist dabei auch je nach Adressat der Üblen Nachrede unterschiedlich; das gilt gerade dann, wenn uU öffentliche Interessen an der Veröffentlichung derartiger persönlicher Tatsachen bestehen. Praktische Relevanz entfaltet diese Problematik daher insb im Bereich des Medienrechts (MedienG).<sup>2099</sup>

Eine Strafbarkeit ist neben den in § 111 Abs 3 StGB genannten Konstellationen im Übrigen auch in den praktisch höchst relevanten Fällen des § 29 MedienG zu verneinen: Bereits die Einhaltung der journalistischen Sorgfalt in Bezug auf die Wahrheit der inkriminierten Äußerung

2094 OLG Wien 18 Bs 354/15h, zit n *Rami* WK<sup>2</sup>-StGB § 111 Rz 28/1.

2095 Vgl OGH 13. 11. 2013, 15 Os 151/12p, 15 Os 32/13i, und die dort zitierte Ausgangsentscheidung OLG Wien 26. 9. 2012, 17 Bs 269/12a; Bsp bei *Rami* WK<sup>2</sup>-StGB § 111 Rz 29/2.

2096 MN aus der Rsp des OLG Wien abermals *Rami* WK<sup>2</sup>-StGB § 111 Rz 29/2.

2097 ZB OGH 29. 6. 2011, 15 Os 106/10t, 15 Os 49/11m, 15 Os 50/11h.

2098 OLG Wien 30. 8. 2017, 17 Bs 95/17w = MR 2017, 211.

2099 Ausführlich dazu bereits insb XIV.C.3. und XIV.C.8.

beseitigt etwaige Ansprüche nach dem MedienG; das Beweismaß ist damit gegenüber der generellen Norm des StGB für Medien herabgesetzt.<sup>2100</sup>

## F. Prozessuale Besonderheiten (§§ 112, 117 StGB)

Kurz soll nachstehend auch auf die prozessualen Besonderheiten der Ehrdelikte nach den §§ 111 ff StGB eingegangen werden. Daraus ergeben sich nämlich Rückschlüsse auf die Frage, welche Wertigkeit der Gesetzgeber dem rechtlich geschützten Interesse auf Ehre beimisst.<sup>2101</sup>

### 1. Abweichung vom reinen Offizialprinzip

Abweichend vom Prinzip der vom Opferwillen gänzlich unabhängigen Amtswegigkeit der Strafverfolgung nach § 2 StPO stellen die Delikte gegen die Ehre nach dem 4. Abschnitt des StGB allesamt keine reinen Offizialdelikte dar. Es handelt sich in den ganz überwiegenden Fällen vielmehr um Privatanklagedelikte (§ 71 StPO), seltener um Ermächtigungsdelikte (§ 92 StPO): So sieht § 117 Abs 1 S 1 StGB vor, dass die Ehrdelikte grundsätzlich nur auf Verlangen des in seiner Ehre Verletzten zu verfolgen sind. Eine amtswegige Verfolgung einer Beleidigung nach § 115 StGB auf der Grundlage einer Ermächtigung ist ausnahmsweise vorgesehen, wenn sie sich gegen die Rasse, Hautfarbe, Sprache, Religion oder Weltanschauung, Staatsangehörigkeit, Abstammung oder nationale bzw ethnische Herkunft, das Geschlecht, eine körperliche oder geistige Behinderung, das Alter oder die sexuelle Ausrichtung des Opfers richtet und geeignet ist, dieses in der öffentlichen Meinung verächtlich zu machen oder herabzusetzen (§ 117 Abs 3 StGB<sup>2102</sup>).

Ferner sind die Ehrdelikte dann als Ermächtigungsdelikte nach § 117 Abs 1 S 2 StGB ausgestaltet, wenn sich das inkriminierte Verhalten gegen bestimmte Staatsorgane, namentlich den Bundespräsidenten, Nationalrat, Bundesrat, Bundesversammlung oder einen Landtag,

<sup>2100</sup> Näher zB *Rami* WK<sup>2</sup>-MedienG § 29 Rz 1 ff; außerdem *Lambauer* SbgK § 112 Rz 29 ff.

<sup>2101</sup> Näher XVI.G.1.

<sup>2102</sup> Nach § 117 Abs 4 StGB kann sich das Opfer jederzeit der Anklage anschließen (Privatbeteiligung nach § 67 StPO). Verfolgt die Staatsanwaltschaft die strafbare Handlung nicht oder tritt sie von der Verfolgung zurück, so ist das Opfer selbst zur Anklage berechtigt (Subsidiaranklage nach § 72 StPO).

ferner gegen das Bundesheer oder eine selbständige Abteilung hiervon oder eine Behörde richtet. Die Ermächtigung ist jeweils von der beleidigten Person, vom Vertretungskörper oder der Behörde bzw im Zusammenhang mit dem Bundesheer vom Bundesminister für Landesverteidigung einzuholen (§ 117 Abs 1 S 3 StGB). Nach § 117 Abs 2 StGB stellen in bestimmten Fällen alle Delikte gegen die Ehre wider einen Beamten Ermächtigungsdelikte dar; für die weitere Verfolgung muss eine entsprechende Zustimmung des Verletzten und seiner vorgesetzten Stelle vorliegen. Das inkriminierte Verhalten gegen den Beamten muss diesfalls während seiner Amtsausübung oder in Beziehung auf seine Berufshandlungen in einem Druckwerk, im Rundfunk oder sonst auf eine Weise gesetzt worden sein, dass es einer breiten Öffentlichkeit zugänglich wird. Dasselbe gilt für Seelsorger einer im Inland bestehenden Kirche oder Religionsgesellschaft, die Opfer eines Ehrdelikts werden.<sup>2103</sup>

Dieser insgesamt komplexen Regelung zur Anklageberechtigung nach § 117 StGB gingen in der StF zum StGB 1975 umfangreiche Überlegungen voraus. In diesem Zusammenhang betonte der Gesetzgeber als Nachteil der Privatanklagedelikte, dass dem Täter diesfalls die üblichen strafrechtlichen Verteidigungsmittel zur Verfügung stünden, welche sich allerdings häufig gegen den Privatankläger richteten, der dadurch uU selbst zum »Angeklagten« werde, sodass viele Opfer die Privatanklage daher scheuten. Er regte daher an, in Zukunft eher auf den Ausbau der Bestimmungen über den zivilrechtlichen Ehrschutz zu setzen.<sup>2104</sup> In späteren Materialien zur Ausgestaltung des § 117 Abs 3 StGB hielt der Gesetzgeber dementsprechend fest, dass einem einzelnen Verletzten jedenfalls nicht zugemutet werden könne, das Risiko einer privaten Strafverfolgung alleine zu tragen, wenn die inkriminierte Äußerung nicht ihn persönlich betreffe, sondern vielmehr seine Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe. Das gelte stets dann, wenn die Beleidigung in einer so grob diskriminierenden Weise erfolge, dass der Kern der Menschenwürde berührt werde.<sup>2105</sup>

2103 Auch hier gilt § 117 Abs 4 StGB, wonach sich Beamte oder Seelsorger jederzeit der Anklage anschließen können und selbst zur Anklage berechtigt sind, wenn die Staatsanwaltschaft die Tat nicht verfolgt oder von der Verfolgung zurücktritt.

2104 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 244, Vorbemerkungen zu den §§ 111 ff StGB.

2105 BGBl 605/1987, 359 d. B. XVII. GP, 15. Diese prozessuale Besonderheit der Ausgestaltung als Privatanklagedelikt wurde auch bei der Fassung von § 297 StGB (Verleumdung) berücksichtigt: Eine Verleumdung kann nur begehen, wer einen anderen einer *von Amts wegen* zu verfolgenden mit Strafe bedrohten Handlung bezichtigt.

## 2. Einschränkung der Amtswegigkeit

Prozessual weist die geltende Rechtslage zu den Ehrdelikten noch die weitere Besonderheit auf, dass der Wahrheits- bzw Gutglaubensbeweis nach § 111 Abs 3 StGB kraft ausdrücklicher Regelung in § 112 S 1 StGB nur aufzunehmen ist, wenn sich der Täter auf die Richtigkeit der Behauptung oder auf seinen guten Glauben beruft. § 112 S 1 StGB enthält damit ein Beweisthemenverbot, denn er schränkt die gerichtliche Pflicht bzw sogar Befugnis zur amtswegigen Wahrheitserforschung erheblich ein (§§ 2 Abs 2, 3, 232 Abs 2, 254 StPO).<sup>2106</sup> Er ist damit als ausdrückliche Ausnahme zu § 2 StPO (Grundsatz der Amtswegigkeit) ausgestaltet, weil es jeweils einer Prozessklärung des Angeklagten mit dem entsprechenden Beweisangebot bedarf, damit das Gericht die relevanten Tatsachen von Amts wegen erforschen kann.<sup>2107</sup>

## G. Fehlende Regeln, Prinzipien und Leitlinien für Interessenabwägungen

### 1. Bei den §§ 111–117 StGB

Der Blick auf die einschlägigen Gesetzesmaterialien zu den §§ 111–117 StGB lässt im Ergebnis nur äußerst wenige Rückschlüsse auf die Lösung der mannigfaltigen Auslegungsfragen im Bereich der Ehrdelikte zu: Insb finden sich kaum je umsetzbare, klar definierte Regeln sowie Prinzipien oder nennt der Gesetzgeber Leitlinien der Abwägung im hier definierten Sinne.

Zwar gibt der Gesetzgeber an einer Stelle eine Regel vor; diese ist jedoch letztlich nicht mit dem tatsächlich in Kraft getretenen Wortlaut der betreffenden Strafbestimmung vereinbar: Nach dem Willen des Gesetzgebers soll § 111 StGB (Üble Nachrede) nur die Ehre im sittlichen, nicht aber im sozialen Sinne schützen; insb nicht erfasst sein soll das

---

Der falsche Verdacht muss sich damit auf ein Officialdelikt beziehen: Die Einbeziehung der Privatanklagedelikte wäre nach Ansicht des Gesetzgebers nämlich ein Eingriff in das jeweilige Privatanklagerecht über den Umweg der amtswegig zu verfolgenden Verleumdung gewesen (BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 446).

<sup>2106</sup> ZB *Rami* WK<sup>2</sup>-StGB § 112 Rz 1.

<sup>2107</sup> ZB *Rami* WK<sup>2</sup>-StGB § 112 Rz 5 mN aus der Rsp.



berufliche oder geschäftliche Ansehen.<sup>2108</sup> Die im Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit eines Menschen artikulierte Bezeichnung zB als »Gauner«, »Abzocker«, »Betrüger« oder »Scharlatan« wäre damit nach der Intention des Gesetzgebers von § 111 StGB ebenso wenig erfasst wie der Vorwurf der Bestechlichkeit; auch der Vorwurf, ein beruflicher Versager zu sein, fielen demnach nicht darunter.<sup>2109</sup> Nach dem Wortlaut ist aber ohne Weiteres argumentierbar, dass es sich jeweils um Vorhalte verächtlicher Eigenschaften oder unehrenhafter Verhaltensweisen iSd § 111 StGB handelt. Dem Gesetzgeber ist es damit letztlich nicht gelungen, den von ihm intendierten, besonderen Ehrbegriff im Wortlaut des § 111 StGB zu installieren.

Der genannte Resozialisierungsaspekt als zentraler Gedanke des § 113 StGB (Vorwurf einer schon abgetanen gerichtlich strafbaren Handlung)<sup>2110</sup> bringt weiters auch eine uU wichtige Regel für die Auslegung dieses Straftatbestands hervor: Wenn nämlich der Begriff des »Vorwurfs« zu interpretieren ist, kann als Leitlinie gelten, dass ein Vorwurf nur ein solcher Tadel sein kann, der auf eine Art und Weise artikuliert wird, dass genau diese Resozialisierung des Opfers gefährdet wird. Das ergibt sich zwar nicht unmittelbar aus dem Wortlaut des Tatbestands, aber eben aus dem insoweit recht eindeutigen gesetzgeberischen Willen. Ein Vorhalt, der umgekehrt diese Eignung, die Wiedereingliederung des Verurteilten in die Gesellschaft zu gefährden, nicht aufweist, ist kein »Vorwurf« iSd Gesetzes. Offenbar hat die gesetzgeberische Abwägung zwischen der Meinungsfreiheit und dem Resozialisierungsgedanken zu diesem Ergebnis geführt.

Allenfalls vereinzelt stellt der Gesetzgeber auch gewisse Abwägungsgrundsätze auf, die sich als Prinzipien der Abwägung für die Delikte gegen die Ehre einordnen lassen: So lässt sich die gesetzgeberische Wertung zu § 113 StGB, wonach nur der Vorwurf schon abgetaner, *gerichtlich* strafbarer Handlungen strafbar sein soll, als wichtige gesetzgeberische Abwägungsentscheidung auch für die Üble Nachrede nach § 111 StGB

2108 V.F.2.a.ii.

2109 So im Ergebnis auch OLG Wien 28.11.2018, 17 Bs 282/18x = MR 2019, 10, allerdings mit anderer Begründung: Der Vorwurf erreiche »nicht die Qualität eines tatbestandsmäßigen Verhaltens«; dagegen wurde in einer anderen Entscheidung der Vorwurf, jemand habe Anleger »geprellt«, sehr wohl als tatbestandsmäßig angesehen, weil ein erheblicher Teil der Durchschnittsleser das als Betrügen verstehen würde (OLG Wien 4.8.1992, 27 Bs 240/92; zit n Hager/Zöchbauer, Persönlichkeitsschutz<sup>4</sup>, 130 E 26).

2110 XVI.B.3.b.

interpretieren. So muss mE die Tatsache, dass der Gesetzgeber offensichtlich nur gerichtlich, nicht aber bloß verwaltungsbehördlich strafbare Handlungen als »unehrenhafte« Verhaltensweisen ansieht, eine erhebliche Rolle bei der Auslegung von § 111 StGB spielen. Denn wenn nur der – wenngleich wahre – Vorwurf gerichtlich strafbarer Handlungen nach § 113 StGB einen so starken Eingriff in die Ehre bedeutet, dass der Gesetzgeber das Strafrecht zum Einsatz bringt, dann kann konsequenterweise auch nur ein solch schwerer Eingriff eine Strafbarkeit wegen »Übler Nachrede« nach § 111 StGB rechtfertigen. Es wäre aus systematischen Gesichtspunkten nicht miteinander vereinbar, wenn § 113 StGB erst bei Vorwürfen gerichtlich strafbarer Handlungen einsetzte, umgekehrt eine Üble Nachrede nach § 111 StGB aber schon dann gegeben sein könnte, wenn jemandem etwa bloß ein geringes verwaltungsstrafrechtliches Vergehen (zB Nichthalten vor einer Stopptafel) vorgeworfen wird. Die Rsp etwa sieht das zT anders.<sup>2111</sup>

Weitere gesetzgeberische Wertungen ergeben sich mE aus der besonderen prozessualen Ausgestaltung der Delikte gegen die Ehre.<sup>2112</sup> Dass sie in den überwiegenden Fällen als Privatanklagedelikte (§ 71 StPO) ausgestaltet sind und für den Wahrheitsbeweis nach § 111 Abs 3 StGB gemäß § 112 StGB eine Beweislastverteilung zulasten des Täters gilt, zeigt mE Folgendes: Der Gesetzgeber sieht insgesamt ein nur äußerst geringes öffentliches/staatliches Interesse an ihrer Verfolgung durch das Strafrecht – er setzt hier seine Ressourcen deutlich sparsamer als bei anderen Delikten des Kernstrafrechts ein und verzichtet überwiegend (Ausnahmen in § 117 StGB) auf eine amtswegige Wahrheitsermittlung. Das wird durch die geringen Strafdrohungen der drei Grunddelikte noch untermauert. Für die Auslegung der §§ 111 ff StGB bedeutet das mE, dass sie sehr restriktiv zu handhaben sind. Nur die größten und evidentesten Verstöße gegen kommunikative Grundsätze des gesellschaftlichen Zusammenlebens sollten vor dem Strafrichter verhandelt werden.<sup>2113</sup> Mit der konkreten Wahl des verabschiedeten Wortlauts der jeweiligen Strafbestimmungen ist es dem Gesetzgeber allerdings nicht gelungen, diese Restriktivität auch deutlich zu verankern.

2111 OGH 11.6.2013, 14 Os 74/13h, 14 Os 75/13f = AnwBl 2014, 209.

2112 XVI.F. und ferner XVI.I.2.

2113 An dieser Einschätzung vermag auch der mit BGBl I 148/2020 neu geschaffene § 71 StPO nichts zu ändern, der dem Privatankläger einer Tat nach den §§ 111, 113 und 115 StGB nunmehr zur Ausforschung eines Beschuldigten wirksamere Mittel an die Hand gibt.

## 2. Im sonstigen Kommunikationsstrafrecht

Neben den Gesetzesmaterialien zu den §§ 111–117 StGB sind zur Konkretisierung der Tatbestände der Üblen Nachrede (§ 111 StGB), des Vorwurfs einer schon abgetanen gerichtlich strafbaren Handlung (§ 113 StGB) und der Beleidigung (§ 115 StGB) auch noch die Ergebnisse der Gesetzesmaterialienanalyse des übrigen Kommunikationsstrafrechts<sup>2114</sup> heranzuziehen. Immerhin könnten sich aus allen kommunikationsstrafrechtlichen Bestimmungen samt dazugehöriger Gesetzesmaterialien insgesamt noch ausreichende Regeln, Prinzipien und Leitlinien für grundrechtliche Abwägungsentscheidungen bei der Auslegung der §§ 111 ff StGB ergeben.<sup>2115</sup>

Aus den gesetzgeberischen Erwägungen zum Kommunikationsstrafrecht ließen sich als Regeln die Einhaltung des *ultima ratio*-Grundsatzes und der Verhältnismäßigkeit ableiten.<sup>2116</sup> Zwar handelt es sich hierbei um anerkannte, geradezu elementare rechtsstaatliche Grundsätze; zur höheren Bestimmtheit der Tatbestände der Ehrdelikte nach den §§ 111–117 StGB trägt ihre explizite Betonung durch den einfachen Gesetzgeber allerdings nichts bei.<sup>2117</sup>

Die in anderen kommunikationsstrafrechtlichen Bestimmungen genannten, geschützten Interessen und Regelungszwecke<sup>2118</sup> (zB freie menschliche Willensbildung, Kredit, religiöses Empfinden, Wahrheitsfindung, Vermeidung von [Sekundär-]Viktimisierung oder Verhinderung der Radikalisierung) könnten im Einzelfall als Prinzipien in eine Abwägung bei der Auslegung der Ehrdelikte einfließen. Zwei Bsp: Bei der Frage nach der Zulässigkeit einer neutralen Berichterstattung über einen unwahren, ehrenrührigen Vorwurf könnte berücksichtigt werden, ob diese Berichterstattung tatsächlich notwendig war, weil das Opfer der ursprünglichen Üblen Nachrede (§ 111 StGB) durch die Berichterstattung in verschiedenen Medien je nach Umständen immer wieder aufs Neue zum »Opfer« wird. Ob eine Äußerung eine Üble Nachrede begründet, könnte ua danach beurteilt werden, ob ihre Wahrnehmbarkeit durch Dritte die Gefahr einer Radikalisierung anderer Personen

2114 XV.C.

2115 Zur Begründung VI.C.4.b. und XIII.E.

2116 XV.B.2.c. und XV.B.2.d.

2117 Anderes gilt für die Schlüsse, die aus beiden Regeln für die Existenz der Ehrdelikte nach den §§ 111 ff StGB insgesamt gezogen werden müssen: XVI.H.

2118 XV.C.2.

in sich birgt, die sich womöglich wegen der Zugehörigkeit des Opfers zu einer bestimmten Gruppe gegen dieses richtet. Insofern ergibt sich eine gewisse Konkretisierung, welche Interessen der Kommunikationsfreiheit neben der Ehre bei den §§ 111 ff StGB im Zuge der Abwägung eine Rolle spielen.

Die übrigen Abwägungsmaximen, die der Gesetzgeber im sonstigen Kommunikationsstrafrecht nennt, namentlich Beweisschwierigkeiten, Praktikabilitätsabwägungen, Zumutbarkeit, Prüfungsaufwand durch die Gerichte etc, tragen zur Erhöhung der Bestimmtheit der Ehrdelikte dagegen nichts bei: Der Tatbestand der Beleidigung nach § 115 StGB kann zB niemals nur deshalb erfüllt sein, weil die Äußerung im Einzelnen beweisbar ist (etwas anderes gilt freilich für den prozessualen Schuldspruch, der gerade einen entsprechenden Schuldnachweis voraussetzt).

Auf Leitlinien, die der Gesetzgeber zu Abwägungsfragen im sonstigen Kommunikationsstrafrecht aufstellt, kann zur Bestimmung der Tatbestände nach den §§ 111 ff StGB überhaupt nicht zurückgegriffen werden. Solche wurden in der vorangegangenen Analyse nicht gefunden.<sup>2119</sup>

## H. Zur (Un-)Bestimmtheit der §§ 111 ff StGB

### 1. Eingriff in die Kommunikationsfreiheit

Die §§ 111–117 StGB greifen durchgängig in das Recht auf Kommunikation nach den Art 13 StGG/Art 10 EMRK ein; unter den Schutzbereich des Grundrechts fällt auch ein Vorhalten von verächtlichen Eigenschaften oder Gesinnungen, unehrenhaften oder gegen die guten Sitten verstößenden Verhaltensweisen (§ 111 StGB), ein Vorwerfen schon abgetaner gerichtlich strafbarer Handlungen (§ 113 StGB) sowie das Beschimpfen und Verspotten eines anderen bzw das Bedrohen mit einer körperlichen Misshandlung (§ 115 StGB). Ein derartiger Eingriff in dieses Grundrecht durch das Strafrecht bedarf daher einer entsprechend substantiierten Rechtfertigung.<sup>2120</sup>

<sup>2119</sup> XV.C.3.

<sup>2120</sup> Zu alledem IV.C.2.a. und IV.C.2.e.

## 2. **Rechtfertigung für diesen Eingriff: Abwägungspflicht des Gesetzgebers**

Die Pflicht zur Rechtfertigung des Eingriffs in die Kommunikationsfreiheit ist in Art 10 Abs 2 EMRK als eine Pflicht zur Abwägung der jeweils involvierten Interessen installiert,<sup>2121</sup> zu deren Wahrnehmung der Gesetzgeber verpflichtet ist.<sup>2122</sup> Dabei hat er das Bestimmtheitsgebot (§ 1 StGB/Art 18 B-VG/Art 7 EMRK) zu beachten.<sup>2123</sup> Es muss vom Geltungsbeginn der Ehrdelikte an gewährleistet sein, dass der einzelne Rechtsunterworfenen sein Verhalten verlässlich entlang der Grenzen des strafrechtlich Zulässigen ausrichten kann. Die Ehrdelikte nach den §§ 111 ff StGB können entweder bereits im Wortlaut so gefasst sein, dass sie erstens ausreichend bestimmt sind und zweitens dennoch die Berücksichtigung sämtlicher rechtlich geschützter Interessen ermöglichen. Oder sie weisen zwar eine vagare Formulierung auf, als Ausgleich gibt der Gesetzgeber aber in den einschlägigen Gesetzesmaterialien zumindest die maßgeblichen Regeln, Prinzipien und Leitlinien der Abwägung für die Rsp vor, um die nach dem Wortlaut fehlende Bestimmtheit zu kompensieren.<sup>2124</sup>

Der Gesetzgeber müsste daher eine gesetzgeberische Regelung treffen, aus der sich zusammengenommen mit den Gesetzesmaterialien ergibt, welche rechtlich geschützten Interessen in eine Abwägung iSd Art 10 Abs 2 EMRK involviert sein können, wie diese innerhalb der Rechtsordnung abstrakt zu bewerten/gewichten sind, und in welchem abstrakten Rangverhältnis sie zueinander stehen. Im Anschluss daran wäre darzulegen, welche strafrechtlichen Regelungsalternativen es gibt, um im Sinne des Optimierungsgebots allen involvierten Interessen verhältnismäßig zu ihrem abstrakten Rang Geltung zu verschaffen. Die letztlich gewählte Regelungsalternative wäre dementsprechend zu begründen. All das bedarf einer ausführlichen Dokumentation, um die Nachvollziehbarkeit des gesetzgeberischen Abwägungsentscheidungs Vorgangs sicherzustellen.<sup>2125</sup>

---

2121 V.B.

2122 VI.

2123 VI.C.

2124 VI.C.4.

2125 Zu alledem X.

### 3. Legistische Umsetzung durch überwiegend vage Begrifflichkeiten

Bei der Regelung der Delikte gegen die Ehre nach den §§ 111 ff StGB hat sich der Gesetzgeber dazu entschieden, ganz überwiegend unbestimmte oder normative Gesetzesbegriffe zu verwenden. Das beginnt schon damit, dass das geschützte Rechtsgut »Ehre«, wie ihn die Abschnittsüberschrift im Gesetz verwendet, nur schwer greifbar ist,<sup>2126</sup> gilt aber vor allem für die Formulierung der Tatbestände (in *kursiv*):

- ▷ einer *verächtlichen* Eigenschaft oder Gesinnung *zeihen*
- ▷ eines *unehrenhaften* Verhaltens beschuldigen
- ▷ eines *gegen die guten Sitten verstößenden* Verhaltens beschuldigen, das *geeignet ist, in der öffentlichen Meinung verächtlich zu machen oder herabzusetzen* (allesamt § 111 StGB – Üble Nachrede)
- ▷ eine strafbare Handlung *vorwerfen* (§ 113 StGB – Vorwurf einer schon abgetanen gerichtlich strafbaren Handlung)
- ▷ *beschimpfen*
- ▷ *verspotten* (beide § 115 StGB – Beleidigung).

Hier zeigt sich, dass diese vagen Begrifflichkeiten bei der Üblen Nachrede und der Beleidigung sogar kumuliert auftreten. § 111 StGB kompensiert diese Vagheit auch nicht durch andere, klarer definierte Merkmale, die immerhin als Vergleichsmaßstab für eine Auslegung herangezogen werden könnten. § 115 StGB nennt zwar als weitere Tathandlungen neben dem »Beschimpfen« und »Verspotten« noch das »Misshandeln am Körper« und das »Drohen mit einer solchen Misshandlung«. Die völlige Andersartigkeit dieser Verhaltensweisen im Vergleich zu den erstgenannten Varianten führt aber dazu, dass sie ebenfalls nicht als Auslegungshilfe dienen können.

Die Formulierung des Tatbestands führt weiters dazu, dass allgemeindogmatische Fragen offen und insb Unsicherheiten der Deliktskonstruktion bestehen bleiben. So ist unklar, ob die »für einen Dritten wahrnehmbare Weise« nach § 111 Abs 1 StGB eine Handlungsmodalität oder vielmehr einen Taterfolg umschreibt, ob jeweils reine Zustandsdelikte vorliegen oder vom Unrecht auch eine Wahrnehmbarkeit über einen längeren Zeitraum erfasst ist, wie jeweils der Sinngehalt der kom-

<sup>2126</sup> Dazu schon oben V.F.2.a.i.γ.

munikativen Verhaltensweise zu ermitteln ist, welche Personen mögliche Tatopfer sein können, wann die jeweilige Mindestpublizität der § 111, § 113 und § 115 StGB erreicht ist, ob und inwieweit die Wiedergabe fremder Äußerungen strafbar ist und anhand welcher Kriterien sich Tatsachenbehauptung und Werturteil unterscheiden lassen.<sup>2127</sup>

Mit dem Wortlaut allen voran der Üblen Nachrede nach § 111 StGB und der Beleidigung nach § 115 StGB ist damit im Ergebnis noch kaum etwas klargestellt: Welche Eigenschaft oder Gesinnung eines Menschen »verächtlich« ist und welches menschliche Verhalten so »sittenwidrig« ist, dass sein Bekanntwerden geeignet wäre, den Verhaltensträger in der öffentlichen Meinung »verächtlich zu machen« oder »herabzusetzen«, ist von unzähligen außerrechtlichen Umständen und hier insb einer umfassenden Berücksichtigung des gesamten Kontexts der inkriminierten kommunikativen Verhaltensweise abhängig.<sup>2128</sup>

Mit unbestimmten Merkmalen arbeiten daneben auch die Rechtfertigungs- und Entschuldigungs- bzw Strafaufhebungsgründe:

- ▷ *Rechtspflicht* erfüllen
- ▷ *Recht* ausüben (jeweils § 114 Abs 1 StGB – Strafflosigkeit wegen Ausübung eines Rechtes)
- ▷ Nötigung durch *besondere Umstände* (§ 114 Abs 2 StGB)
- ▷ *wahre* Behauptung
- ▷ *hinreichende Gründe*, die Behauptung für wahr zu halten (jeweils § 111 Abs 3 StGB) bzw *guter Glauben* (§ 112 StGB)
- ▷ *Tatsachen des Privat- oder Familienlebens* (§ 112 StGB)
- ▷ *allgemein begreifliche Entrüstung*
- ▷ durch das Verhalten eines anderen dazu *hinreißen lassen*
- ▷ den *Umständen nach entschuldbare Weise* (jeweils § 115 Abs 3 StGB).

Welche Rechtspflichten und Rechte unter die Rechtfertigung nach § 114 Abs 1 StGB fallen, was zB die »Wahrheit« und der »gute Glauben« sind, welche Tatsachen zu jenen des Privat- oder Familienlebens zählen, was eine »allgemein begreifliche Entrüstung« ist, erschließt sich nur durch ausgiebige Interpretation und meistens auch nur durch einen Rückgriff

<sup>2127</sup> Im Detail XVI.B.1.

<sup>2128</sup> Bei entsprechendem Kontext kann aber auch eine solche Zeihung oder Beschuldigung aus letztlich demokratischen Erwägungen heraus doch wieder zulässig sein, wie die Rsp-Analyse gezeigt hat (XVI.B.2.c.). Das aber ergibt sich wiederum aus dem Wortlaut überhaupt nicht mehr.

auf außerrechtliche Normen und Sollensanordnungen. Die Unbestimmtheit wird hierdurch erhöht, weil dem Rechtsunterworfenen eine trennscharfe Abgrenzung des Erlaubten vom Strafbaren erschwert wird.<sup>2129</sup>

#### 4. Fehlende Abwägungsmaximen

Zugleich gibt der Gesetzgeber aber weder im Gesetzeswortlaut noch in den einschlägigen Materialien zu den §§ 111 ff StGB oder zum sonstigen Kommunikationsstrafrecht ausreichende Maßstäbe vor, in welchen Fällen eines dieser unbestimmten oder normativen Merkmale jeweils als erfüllt anzusehen ist und in welchen nicht.<sup>2130</sup> Zwar nennt er für das Kommunikationsstrafrecht insgesamt meistens das dahinterstehende Regelungsinteresse (zB den Schutz der »sittlichen« Ehre, Privatheit, Freiheit der Willensbildung etc) und ggf das verfolgte Ziel der Regelung.<sup>2131</sup> Welche weiteren Interessen eine Rolle spielen können und mit welcher Wertigkeit diese jeweils in die »Waagschale« der Abwägung im Verhältnis zur Kommunikationsfreiheit einzustellen sind, bleibt völlig offen.

Jegliche Versuche der letzten Jahre, die Ehrdelikte zu konkretisieren, stammen ausschließlich aus der einschlägigen Rsp und dem Schrifttum: Erst aus diesen Quellen ergibt sich, welche Aspekte bei der Ermittlung des Sinngehalts der Äußerung eine Rolle zu spielen haben<sup>2132</sup> oder welche Prinzipien in die Abwägung einzustellen sind<sup>2133</sup>. Sämtliche Schritte der Abwägung nehmen die rechtsprechenden Organe allerdings – gemäß ihrer Aufgabe – lediglich für den jeweiligen Einzelfall vor. Die Verallgemeinerungsfähigkeit ihrer Ergebnisse ist damit für jeden weiteren konkreten Anwendungsfall aufwendig zu prüfen.

2129 VI.C.3.d.

2130 XVI.B.2.–XVI.B.4. und XV.

2131 XV.C.2. und XV.B.1.

2132 XVI.B.1.b.

2133 XIV.C.



## 5. Ergebnis: Mangelnde Bestimmtheit des § 111 und von Teilen des § 115 StGB

### a. Fehlender Strafbarkeitskern

Das Bestimmtheitsgebot ist gewahrt, wenn nach Hinzuziehung juristischen Rats für einen Großteil aller denkbaren Sachverhaltskonstellationen klar ist, ob ein Verhalten der Strafbestimmung unterfällt oder nicht. Nur in den Randbereichen jenseits dieses überwiegenden Kerns sind Unschärfen und damit verbundene Meinungs- und Rechtsprechungsdivergenzen sowie unklare Auslegungsergebnisse unproblematisch.<sup>2134</sup> Die obige Analyse der §§ 111 ff StGB<sup>2135</sup> hat nun aber gezeigt, dass gerade bei den Straftatbeständen der Üblen Nachrede (§ 111 StGB) und für die Tatvarianten »Beschimpfen« und »Verspotten« der Beleidigung (§ 115 StGB) genau das Umgekehrte zutrifft: Für den Großteil aller denkbaren Verhaltensweisen ist eine eindeutige Subsumtion oder eben Nicht-Subsumtion unter die jeweilige Strafnorm nicht möglich. Die §§ 111 und 115 StGB machen keinen eindeutigen Kernbereich an Verhaltensweisen erkennbar, für den eine Strafbarkeit die Rechtsfolge oder der umgekehrt eindeutig zulässig ist.

Das liegt allen voran daran, dass der gesamte Kontext der kommunikativen Verhaltensweise in jedem Einzelfall bis ins letzte Detail zu berücksichtigen ist – dies vor dem Hintergrund eines unklaren Rechtsguts, das geschützt werden soll. Der so stark individualisierte Gesamtzusammenhang wird nun aber von jedem Rechtsanwender unterschiedlich bewertet: Jede Richterin und jeder Richter wird eine etwas andere Vorstellung davon haben, was verächtlich oder sittenwidrig ist, was im Interesse eines demokratischen, öffentlichen Diskurses noch notwendig ist und was nicht, etc. Diese individuelle Bewertung ist zudem einem steten Wandel unterworfen: Im Zeitverlauf können ehemals ehrenrührige Vorwürfe demgemäß ihre Ehrenrührigkeit ebenso verlieren, weil sich die gesellschaftlichen Wertvorstellungen diesbezüglich geändert haben. Aber auch der umgekehrte Fall ist denkbar: In Zeiten der Diskussion um Umwelt und Klimawandel könnte etwa die Bezeichnung als »militanter Klimasünder« durchaus »verächtlich« sein, vor fünfzig Jahren wäre die Tatbestandsmäßigkeit wohl verneint worden. Weder

<sup>2134</sup> VI.C.3.

<sup>2135</sup> Insb XVI.B.

Schrifttum noch Rsp helfen hier konkretisierend weiter. Recht wird zur »Geschmacksache«:

»Mehr als bei allen anderen Delikten hängt die Beantwortung der Frage, ob der Tatbestand einer Ehrenbeleidigung erfüllt ist, von einer Gesamtabwägung der oft sehr komplexen Umstände des Einzelfalles ab [...] Die richtige Handhabung der Strafvorschriften zum Schutz der Ehre erfordert nicht nur juristisches Fingerspitzengefühl und Vertrautheit mit den jeweiligen Umgangsformen, sondern auch ein gerüttelt Maß an Lebenserfahrung und viel psychologisches Einfühlungsvermögen in die konkrete Situation [*Herv entf*].«<sup>2136</sup>

Das darf aber mE nicht der einzige Maßstab sein. Denn diesfalls würde die komplette Wertentscheidung, welche Verhaltensweisen strafbar sein sollen, gänzlich auf das »Fingerspitzengefühl« der Rsp verlagert. Genau das ist aber bei den Tatbeständen der Üblen Nachrede nach § 111 StGB und der Beleidigung nach § 115 StGB geschehen, wie nun noch näher auszuführen ist.

#### *b. Scheitern der Auslegungsmethoden*

Zunächst weisen die Ehrdelikte – so wie zB auch der Täuschungstatbestand nach § 108 StGB<sup>2137</sup> – schon kein fassbares rechtliches Interesse auf, das eigentlich geschützt werden soll: Was die »Ehre im sittlichen Sinne« (auch, aber nicht nur im Unterschied zum beruflichen Ansehen) ist, empfindet jeder Rechtsunterworfenen individuell anders. Es gibt nämlich weder einen einheitlichen Ehr- und noch weniger Sittlichkeitsbegriff.<sup>2138</sup> Noch dazu spiegelt sich der vom Gesetzgeber intendierte Schutz dieser Ehre im sittlichen Sinn im Wortlaut nicht wider. Die unbestimmten und normativ formulierten strafbaren Verhaltensweisen wurden zudem nicht entsprechend in den Gesetzesmaterialien verdeutlicht: Sie ergeben sich nicht aus den Materialien zum 4. Abschnitt des StGB.<sup>2139</sup> Gleichzeitig lassen sie sich aber auch nicht aus den Gesetzes-

2136 *Kienapfel/Schroll*, Grundriss BT I<sup>5</sup>, Vorbem §§ 111 ff Rz 6.

2137 VI.C.5.

2138 Zum hier vorgeschlagenen Ehrbegriff nach *Amelung* V.F.2.a.i.δ.

2139 XVI.B.2.b., XVI.B.3.b. und XVI.B.4.b.

materialien zum gesamten Kommunikationsstrafrecht im hier definierten Sinne konkretisieren.<sup>2140</sup>

Die Folge ist, dass die anerkannten Auslegungsmethoden allesamt scheitern: Eine Auslegung des Straftatbestands entlang des Wortlauts, des systematischen Zusammenhangs, des gesetzgeberischen Willens und auch des Telos<sup>2141</sup> ist *de facto* unmöglich, weil schon der geforderte ausreichend bestimmte Kernbereich einer Üblen Nachrede oder einer Beleidigung schlicht fehlt. Damit werden »Einzugsbereich und Grenzen des Tatbestands [...] völlig unüberschaubar«<sup>2142</sup>. Einige beispielhaft ausgewählte Fälle aus der Rsp sollen dies illustrieren.

### c. *Beispiele aus der Rsp*

Ein gewichtiges Indiz für die Unbestimmtheit einer strafrechtlichen Norm ist zunächst, dass verschiedene Instanzen zu einer völlig unterschiedlichen rechtlichen Beurteilung von vergleichbaren Sachverhalten kommen. Das deutet nämlich regelmäßig auf eine in die Verfassungssphäre reichende Unzulänglichkeit der Normsetzung hin.<sup>2143</sup> Gerade in Strafverfahren betreffend die §§ 111 und 115 StGB kommt es häufig vor, dass zwar der Tatbestand im Einzelnen nach dem Wortlaut völlig zweifelsfrei erfüllt ist, die involvierten Gerichte in den verschiedenen Instanzen aber ein und dieselbe inkriminierte Verhaltensweise einmal aus grundrechtlichen Erwägungen erlauben, einmal strafrechtlich ahnden.

Als Bsp sei der bereits kurz zitierte Fall der Darstellung eines Politikers als »Arsch« genannt: Im Ausgangsfall<sup>2144</sup> wurde in der Politik-Beilage einer periodischen Druckschrift eine Bildgeschichte veröffentlicht, in welcher ein Politiker bildlich als »Arsch mit Ohren« dargestellt wurde. Aus dem Dialog zwischen den abgebildeten Figuren ergab sich für den typischen Medienkonsumenten dieser Zeitschrift die Identität des Politikers, dargestellt als »Arsch mit Ohren«. Den Einwand der Zeitung, die Schreibweise des Namens des Politikers sei dahingehend verändert

2140 XV.B. und XV.C.

2141 VI.C.3.d. und VI.E.5.

2142 So die Formulierung von Weiß, AnwBl 1989, 248, bei der Bestimmtheitsprüfung zu § 108 StGB (VI.C.5.).

2143 Papier/Möller, AöR 1997, 192 ff; BVerfGE 92, 1, 18.

2144 OGH 11.9.2008, 15 Os 10/08x, 15 Os 23/08h, 15 Os 24/08f.

worden, dass er insgesamt »ausländisch« klang, sodass für den Rezipientenkreis ein sachlicher Bezug zu seiner Ausländerpolitik hergestellt wurde und die konkrete Gestaltung als harsche Kritik hieran zu verstehen sei, verwarf das Erstgericht. Auch der Abdruck dieser Karikatur auf der Seite »ÖÖ-Politik«, auf der im Übrigen regional- und innenpolitische Themen behandelt werden, könne keine ausreichende Verbindung zu konkreten politischen Forderungen herstellen. Es handle sich sohin um eine grobe persönliche Diffamierung des Politikers. Das Rechtsmittelgericht folgte dieser Einschätzung noch: Die inkriminierte Karikatur weise einen persönlichkeitsverletzenden Aussagekern auf, der weder im Licht des Art 10 EMRK noch im Rahmen der Kunstfreiheit nach Art 17a StGG zulässig sei, weil sie mangels jeglicher Präzisierung der Zielrichtung allfällig mittransportierter Kritik an der Person des Politikers nicht geeignet sei, einen Beitrag zu einer Frage von öffentlichem Interesse zu leisten. Der OGH urteilte jedoch anders: Er hegte vielmehr erhebliche Bedenken gegen die Richtigkeit dieser maßgebenden Sachverhaltsannahmen (§ 362 Abs 1 Z 2 StPO)<sup>2145</sup>. Bei Berücksichtigung von konkreter Situation und Vorverständnis sei die Verneinung eines Zusammenhangs mit der Tätigkeit des Politikers bedenklich, »spricht doch bei einer auf einen Spitzenfunktionär einer politischen Partei bezogenen Karikatur schon der Umstand, dass sie im Politikteil einer Tageszeitung abgedruckt ist, für die unmittelbare Verbindung zu den von eben diesem bzw seiner Partei vertretenen politischen Positionen, auch wenn die Zeichnung bzw der Text nicht ausdrücklich darauf Bezug nehmen«. Die Entscheidung bedeutet letztlich im Umkehrschluss, dass unter Berücksichtigung der Grundrechte der Kommunikations- und der Kunstfreiheit evidente Beleidigungen schon bei zumindest minimalem Tatsachensubstrat zulässig sein können: Es genügt uU die Platzierung im »richtigen« Teil der Zeitung.

Nun ist gerade im Kommunikationsstrafrecht aufgrund der Pflicht, den gesamten Äußerungskontext umfassend zu berücksichtigen, das Vorliegen zweier »identischer« Sachverhalte nahezu unmöglich, abgesehen von der dargestellten Konstellation, dass mehrere Instanzen über denselben Fall zu entscheiden haben. Als Paradebeispiel sei hier der bereits erwähnte Vorwurf des »Lügens« genannt. Ist er für die einen Vertreter aus Rsp und Literatur pauschal als Vorwurf eines unehrenhaften

---

<sup>2145</sup> Zu diesem Maßstab oben IV.E.1.i.

Verhaltens anzusehen, erreicht ein solcher Vorwurf für andere nie die Schwelle der Strafbarkeit. »Intrigenspinnen« kann tatbestandsmäßig sein; »listig« sein dagegen unterfalle dem Tatbestand nicht – obwohl letztlich alles dasselbe meint.<sup>2146</sup> Hintergrund ist häufig, dass man von jeweils unterschiedlichen Äußerungskontexten ausgeht.

Aber selbst bei zumindest annähernd vergleichbaren Sachverhalten legt letztlich jedes Individuum einen unterschiedlichen, nämlich individuell-subjektiven Ehrbegriff zugrunde. Diese Subjektivität wiederum führt dazu, dass es für den einzelnen Rechtsunterworfenen schlicht nicht vorhersehbar ist, ob die eine oder andere Äußerung tatbestandsmäßig ist oder nicht: In welchen Fällen darf man nun sagen, dass jemand lügt? Wenn »Lügen« an sich nicht generell gerichtlich strafbar ist, aber auch nicht per se verwaltungsstrafrechtlich geahndet wird: Warum ist die Gleichsetzung mit dem Vorwurf, Straftaten begangen zu haben, dann überhaupt möglich? Wenn man nämlich davon ausgeht, dass prinzipiell nur der Vorwurf, jemand habe eine gerichtlich strafbare Handlung begangen, so schwerwiegend ist, dass die Ehre des Opfers in Gefahr ist, dann kann man nicht zugleich dem Vorwurf strafrechtlich gar nicht relevanter Lügen mitunter die gleiche Ehrenrührigkeit zusprechen.

Dasselbe Maß an Subjektivität gilt auch für die jeweilige Abwägungsentscheidung und die Gewichtung der involvierten Interessen: In einem anderen Ausgangsfall<sup>2147</sup> wurde derselbe Politiker wie im Karikatur-Fall oben von einer Privatperson öffentlich auf einer privaten Facebook-Seite mit geringer Publizität als »Arsch« bezeichnet. Die Bezeichnung folgte als Reaktion auf ein gepostetes Foto einer dritten Person, das sie auf einer zuvor stattgefundenen politischen Demonstration zeigt, bei dem auch der Politiker als Redner zu Gast war. Er griff dort nach den Feststellungen die Flüchtlingspolitik heftig an und lehnte die Einrichtung von Unterkünften für Flüchtlinge ab. Zu dem Foto postete der spätere Verurteilte: »nicht dein Ernst ... wir kämpfen gegen diesen Arsch und du lässt dich mit dem fotografieren ...«. Dennoch verneinten die Instanzen einhellig einen Zusammenhang der Äußerung mit der Tätigkeit des Politikers. Die Äußerung leiste demnach keinen Beitrag zu einer *Public Debate*. Insb handle es sich bei der inkriminierten Äußerung um keine satirische, sondern bloß um eine »plumpe derbe

2146 Zu den Nachweisen aus Rsp und Schrifttum XVI.B.2.c.ii.

2147 OGH 5.4.2017, 15 Os 128/16m, 15 Os 129/16h.

Beschimpfung ohne jedweden Bezug auf bestimmte politische Inhalte«, die »eine Beschimpfung ohne jeden satirischen oder künstlerischen Anspruch« darstelle.

Der Vergleich beider Entscheidungen zeigt einmal mehr: Im Bereich der Ehrdelikte nach den §§ 111 ff StGB ist nichts bestimmt. Es ist für den Rechtsunterworfenen nicht einzusehen, warum die Positionierung einer Darstellung eines Politikers als »Arsch« im Politikteil einer Zeitung ausreichend sein soll, um einen wertvollen Beitrag oder überhaupt irgendeinen Beitrag zu einer *Public Debate* zu leisten, die Positionierung der Bezeichnung eines Politikers als »Arsch« auf einer Facebook-Seite als unmittelbare und auch erkennbare Reaktion auf eine bestimmte politische Veranstaltung dagegen nicht. Der Grund für die differenzierte Behandlung kann auch nicht in der unterschiedlichen Reichweite liegen: Immerhin müsste aufgrund der höheren abstrakten Gefährlichkeit für die Ehre des Politikers ja ein strengerer Maßstab für eine Tageszeitung als für einen privaten Facebook-Account gelten, weil erstere eine viel höhere Publizität aufweist. Zudem trifft der Gesetzgeber hinsichtlich der Frage, wie mit unterschiedlichen Reichweiten umzugehen ist, in § 111 Abs 2 StGB ohnehin eine Wertung. Den zentralen Unterschied kann aber auch nicht die künstlerische(re) Gestaltung der Zeichnung gegenüber der schriftlichen Äußerung machen, wie folgende »Gegenfragen« zeigen sollen: Darf jemand, der nicht gut zeichnen kann, daher seine Meinung nur »milder« artikulieren? Was ist, wenn dem Richter seine Zeichnung einfach nur nicht gefällt? Ist das dann keine Kunst? Was ist überhaupt Kunst? Wäre der Sachverhalt anders gelagert, wenn der Facebook-Poster statt der inkriminierten Zeilen ein kurzes Gedicht verfasst hätte? Oder eine Zeichnung mit Strichmännchen? Oder ein Ölbild? Keine dieser Fragen lässt sich mit einiger Gewissheit zufriedenstellend beantworten. Es kann schließlich auch nicht danach unterschieden werden, ob der Karikaturist evtl eine tiefgehendere Botschaft vermitteln will als der private Poster; immerhin geht es beiden in dem Moment darum, im Rahmen ihrer (Reichweiten-)Möglichkeiten einen kommunikativen Inhalt zu verbreiten.

Die dargestellten Konstellationen sind keine Einzelfälle: Unter dem Titel des »ausreichenden Tatsachensubstrats« werden regelmäßig Werturteile straffrei, die nach dem Wortlaut völlig zweifelsfrei den Tatbestand der Beleidigung nach § 115 StGB erfüllen: So sah das OLG Wien die Bezeichnung von Regierungsmitgliedern als »Dreckskerle« uU als zulässig an, wenn dies »als heftige, provokante und schockierende

Reaktion auf ein dargestelltes Tatsachensubstrat in einer politischen Diskussion, der eine konkrete genügende Provokation zugrunde liegt, anzusehen ist«<sup>2148</sup>. Warum und inwieweit die gewählte Formulierung irgendwie gewinnbringend für den demokratischen Diskurs sein soll und warum bzw inwieweit der gelungene politische Diskurs umgekehrt ohne diese Formulierung an »Freiheit« oder gar Qualität verlieren würde, ist hier völlig unklar. ME ließe sich hier vielmehr ohne Weiteres ein strafbarer »Wertungsexzess« begründen.

Ein gewichtiges Indiz für eine unbestimmte Norm ist es mE aber auch, wenn unterschiedliche Gerichte und Rechtsvertreter offenkundig voneinander abweichende Sachverhaltskonstellationen identisch behandeln: In einer jüngst erlassenen Entscheidung bejahte etwa das OLG Wien den Tatbestand der Üblen Nachrede nach § 111 StGB in einem Fall, in dem ein periodisches Druckwerk einem Politiker vorgeworfen hatte, er habe ein nationalsozialistisches Posting auf seinem Facebook-Account geteilt.<sup>2149</sup> Der durchschnittliche Rezipient könne – so das OLG – dem inkriminierten Posting eine gemeinhin als »rechts« bezeichnete Gesinnung des ursprünglichen Verfassers entnehmen, nicht aber eine nationalsozialistische Gesinnung, weswegen der Wahrheitsbeweis nach § 111 Abs 3 StGB nicht gelungen und der Tatbestand damit erfüllt sei. Völlig unklar ist hier mE, warum das unkommentierte, also »wertfreie« und damit neutrale Teilen fremder Inhalte bereits ein unehrenhaftes Verhalten iSd § 111 StGB sein soll, das vorgeworfen werden kann, va dann, wenn der durchschnittliche Rezipient, wie im vorliegenden Fall, offensichtlich erkennen konnte, dass das geteilte Posting eben nicht vom Teilenden, sondern von einem Dritten stammt.<sup>2150</sup> Aus dem Teilen fremder Inhalte kann gerade noch nicht auf eine eigene verächtliche Eigenschaft oder Gesinnung geschlossen werden; immerhin könnte das fremde Zitat auch zur kritischen Diskussion gestellt worden sein. Der Fall ist damit keineswegs mit einem Vorhalt, jemand sei ein »Nazi«, vergleichbar. Die rechtliche Beurteilung widerspricht mE zudem der erwähnten Zitatenjudikatur.<sup>2151</sup>

2148 OLG Wien 13. 3. 2019, 17 Bs 358/18y = MR 2019, 59.

2149 OLG Wien 6. 10. 2016, 18 Bs 102/16f = MR 2016, 267.

2150 Vgl auch OGH 19. 12. 2019, 4 Ob 226/19t, wonach nicht einmal einem Like zu einem Posting in einem sozialen Netzwerk die Bedeutung einer Willenserklärung beigegeben werden könne.

2151 XVI.B.1.e.

#### d. Fazit

Das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot dient der Rechtsklarheit für die Rechtsunterworfenen. Die Ausführungen zu den Ehrdelikten zeigen aber: Für den Rechtsunterworfenen wird auch nach eingehender Befassung mit den Tatbeständen gerade nicht klar, welche Verhaltensweisen als »Beschimpfen« oder »Verspotten« im Bereich der Üblen Nachrede (§ 111 StGB) und der Beleidigung (§ 115 StGB) grundrechtlich erlaubt oder bei Kriminalstrafsanktion verboten sind. Dieses Fazit kann mit guten Gründen schon »nur« mit Blick auf die formulierten *Tathandlungen* gezogen werden,<sup>2152</sup> noch ehe überhaupt auf die besonderen Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe, die für diese Delikte gelten,<sup>2153</sup> oder auch die allgemeingültigen Streitfragen, wie zB jene nach dem Deliktstyp oder den genauen Anforderungen an die »Mindestpublizität«<sup>2154</sup>, eingegangen wird.

Etwas anderes gilt nur für den dritten Grundtatbestand der Ehrdelikte, nämlich den Vorwurf schon abgetaner gerichtlich strafbarer Handlungen (§ 113 StGB): Sowohl der Begriff des »Vorwurfs« als auch der Terminus der »abgetanen gerichtlich strafbaren Handlung« sind soweit konkretisierbar, dass für den Großteil aller denkbaren Äußerungen, mit denen eine frühere Straftat eines anderen thematisiert wird, klar ist, ob sie strafbar sind oder nicht. Zwar ist die Tathandlung »Vorwerfen« zunächst für sich genommen vage, der Gesetzgeber hat diesen Begriff in den Gesetzesmaterialien aber deutlich als »mit einem Tadel verbundenen Hinweis auf eine Handlung oder Eigenschaft«<sup>2155</sup> definiert. Der vereinzelt, abweichenden Ansicht im Schrifttum, wonach auch die neutrale Berichterstattung für die Resozialisierung schädlich und damit tatbestandsmäßig sein soll,<sup>2156</sup> ist damit nicht zu folgen, weil der Gesetzgeber den Begriff des »Vorwurfs« klar anders vorgegeben hat. Die historische Auslegung geht insoweit vor.<sup>2157</sup>

Die Strafbestimmungen der §§ 111 (Üble Nachrede) und 115 StGB (Beleidigung) genügen den Anforderungen des strafrechtlichen Bestimmtheitsgebots nach § 1 StGB, Art 18 B-VG und Art 7 EMRK jedoch

2152 XVI.B.2.c.ii. und XVI.B.4.c.ii.

2153 XVI.C. und XVI.D.

2154 XVI.B.1.

2155 BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, 247; XVI.B.3.b.

2156 Nachweise unter XVI.B.3.c.

2157 VI.E.5.



nicht: Für den durchschnittlichen Rechtsunterworfenen ist für einen Großteil aller denkbaren Sachverhaltskonstellationen nicht klar, ob eine bestimmte kommunikative Verhaltensweise unter Berücksichtigung des jeweiligen Kontexts einem Straftatbestand nach § 111 oder § 115 StGB unterfällt oder nicht. Tatbestandliche Unschärfen und Meinungs- bzw Rechtsprechungsdivergenzen sowie unklare Auslegungsergebnisse beziehen sich nicht nur auf Rand-, sondern va auf die zentralen Kernbereiche des Tatbestands.

Zwar gibt es zahllose »kommunikative Verhaltensweisen«, die eindeutig nicht strafbar sind. Umgekehrt ist aber nur in den wenigsten und wohl praktisch seltensten Fällen eindeutig, ob ein kommunikatives Verhalten strafbar ist: Ein wenig lebensnahes Bsp für eine klare Beleidigung nach § 115 StGB wäre, dass zwei einander gänzlich fremde Personen in einer belebten Fußgängerzone zusammentreffen und einer der beiden den anderen völlig anlasslos und deutlich hörbar als »Schwein« oder »Trottel« bezeichnet. Schon – auf den ersten Blick recht untergeordnet erscheinende – »kleine« oder »geringfügige« Abwandlungen dieser »klaren« Konstellation führen jedoch zu Problemen: Geht der Bezeichnung als »Schwein« oder »Trottel« ein wenig rücksichtsvolles Verhalten des Opfers voraus, etwa indem es den Täter grob anremgelt, könnte ein Fall der Entrüstungsbeleidigung nach § 115 Abs 3 StGB vorliegen, der entschuldigt ist. Vielleicht genügt hierfür aber sogar bereits, dass das Opfer dem Täter beharrlich den Weg verstellt oder auch nur versehentlich auf den Fuß steigt. § 115 Abs 3 StGB ist hier als Entschuldigungsgrund vage formuliert und ermöglicht somit seinerseits keine klare Abgrenzung des erlaubten vom verbotenen Verhalten.<sup>2158</sup> Fraglich ist ferner, ob sich an der strafrechtlichen Beurteilung etwas ändert, wenn der Täter das Opfer »bloß« als »dumm« oder »deppert« bezeichnet. Die Bezeichnung als »Trottel« könnte auch dann nicht tatbildlich sein, wenn sich Täter und Opfer kennen und solche Bezeichnungen in deren »Milieu« bei »üblichem« Umgang nicht ungewöhnlich oder gar regelmäßig scherzhaft gemeint sind. Die Fallvariationen können nahezu beliebig fortgesetzt werden, ohne dass sich klare Regeln, Prinzipien oder Leitlinien für die jeweils vorzunehmende Interessenabwägung herauskristallisieren ließen.

---

<sup>2158</sup> Zur Begründung für die Einbeziehung sämtlicher Strafbarkeitsvoraussetzungen (Rechtswidrigkeit, Schuld, keine Strafaufhebungs- und -ausschließungsgründe) in die Bestimmtheitsprüfung VI.C.3.d.

Mangels gesetzlicher Bestimmtheit sind die Ehrdelikte in den §§ 111 und 115 StGB im Ergebnis damit als verfassungswidrig einzustufen. Der Strafgesetzgeber ist hier seiner Verpflichtung, ausreichend determinierte Strafbestimmungen zu schaffen, nicht nachgekommen.

## I. Vorschlag einer gesetzgeberischen Abwägung und Neufassung der §§ 111 ff StGB

### 1. Allgemeines

An dieser Stelle angelangt stellt sich die Frage, wie das österreichische Strafrecht zum Schutz der Ehre in Hinkunft ausgestaltet sein könnte, wenn deren Kerntatbestände der »Üblen Nachrede« und »Beleidigung« in ihrer jetzigen Fassung (unter Berücksichtigung der dazugehörigen Gesetzesmaterialien) vor der Verfassung keinen Bestand haben.<sup>2159</sup> Die entsprechenden Weichenstellungen für eine Neuregelung wurden bereits entwickelt: Aus dem Dargestellten, wie eine gesetzgeberische Interessenabwägung idealiter vorgenommen werden soll,<sup>2160</sup> den ausführlich erörterten berücksichtigungswürdigen Interessen speziell im Kommunikationsstrafrecht<sup>2161</sup> und den in Rsp und Literatur entwickelten Abwägungsmaximen<sup>2162</sup> lassen sich wichtige Rückschlüsse für eine Neufassung der Delikte gegen die Ehre und der dazugehörigen Materialien gewinnen. Als legistische Möglichkeit bestehen *prima facie* zwei gleichwertige Optionen:<sup>2163</sup> Die Tatbestände der Ehrdelikte können entweder jeweils neu, nämlich präziser, gefasst werden; allenfalls dennoch verbleibende Abwägungsspielräume für die Rsp müssen in den dazugehörigen Gesetzesmaterialien durch Vorgabe der anzuwendenden Regeln, Prinzipien und Leitlinien entsprechend vorgezeichnet werden. Die zweite Möglichkeit besteht darin, dass der Wortlaut der Straftatbestände zwar unverändert bleibt, in den Gesetzesmaterialien jedoch – als Ausgleich für die große Zahl an normativen Tatbestandsmerkmalen – umso detaillierter jene Maximen durch Anführung des

2159 Ausführlich XVI.H.5.

2160 X.

2161 V.F.

2162 XIV.

2163 Im Detail VI.C.4.

konkreten Abwägungsprozesses dargelegt werden, von denen sich die Rsp leiten zu lassen hat. Aufgrund der enormen Einzelfallabhängigkeit und Vielfältigkeit menschlicher Kommunikationsformen ist allerdings zweifelhaft, ob eine ausreichend bestimmte Fassung der Ehrdelikte mit einer Tatbestandsweite, wie sie bis dato vorhanden ist, überhaupt möglich wäre, wenn der geltende Wortlaut lediglich um inhaltlich verdichtete Materialien »angereichert« würde. Wie die Erörterungen insb zu den einzelnen Tathandlungen gezeigt haben, ist aufgrund der Fülle an normativen Tatbestandsmerkmalen eine gesetzgeberische Konstruktion, die diese Vagheit des Wortlauts über ausführlichere Materialien ausgleichen soll, zudem äußerst komplex. Sie ist aber auch nicht unbedingt erstrebenswert, weil ohnehin eine stärkere Rückbesinnung auf den *ultima ratio*-Grundsatz sowie einen engeren Ehrbegriff und damit eine engere Fassung der Tatbestände der Ehrdelikte vorzuziehen ist, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen.

## 2. Stärkere Rückbesinnung auf den *ultima ratio*-Grundsatz und moderner Ehrbegriff

Der *ultima ratio*-Grundsatz gilt für das gesamte Strafrecht und wurde vom Gesetzgeber wiederholt als Regel im Kommunikationsstrafrecht betont.<sup>2164</sup> Das Strafrecht hat sich folglich dort zurückzunehmen, wo der intendierte Schutz eines rechtlich geschützten Interesses schon durch »weniger« oder überhaupt ohne (Kriminal-)Strafrecht erreichbar ist. Der Gesetzgeber gestand nun bereits zur StF des StGB zum Schutz der Ehre durch das Strafrecht Folgendes ein:

»Die Erfahrung hat gezeigt, daß das Strafrecht zur Verteidigung der Ehre – wie auch manch anderer schutzwürdiger Rechtsgüter – nur ein Mittel, aber nicht das einzige und nicht einmal das wirksamste ist.«<sup>2165</sup>

Zwar erkannte der Strafgesetzgeber damit zunächst, dass das Strafrecht bei Weitem nicht die einzige Regelungsalternative zum Schutz der Ehre ist und dass es überdies noch nicht einmal diejenige Alternative ist, die dem Ziel der praktischen Konkordanz am besten entspricht. Er zog hieraus jedoch nicht die richtigen Konsequenzen für die Berücksichti-

<sup>2164</sup> XV.B.2.d.

<sup>2165</sup> BGBl 60/1974, 30 d. B. XIII. GP, Vorbemerkungen zu den §§ 111 ff, 244.

gung des *ultima ratio*-Grundsatzes: Tatsächlich hätte der Gesetzgeber nämlich an diesem Punkt zum Fazit kommen müssen, dass die Strafbestimmungen der §§ 111 ff StGB jedenfalls in dieser (im Wesentlichen bis heute geltenden) Fassung zu weit geraten sind oder uU sogar unter *ultima ratio*-Aspekten überhaupt keine Berechtigung haben. Zu prüfen wäre daher gewesen, ob ein reduzierter strafrechtlicher Tatbestand das wirksamste Mittel sein kann oder ob überhaupt eine strafrechtliche Ausgestaltung des Ehrschutzes erforderlich ist.

Zu berücksichtigen ist außerdem der Umstand, dass der Gesetzgeber nur ein sehr geringes öffentliches Interesse an der strafrechtlichen Ahndung der Ehrdelikte sieht.<sup>2166</sup> Das zeigt sich einerseits an ihrer prozessualen Ausgestaltung überwiegend als Privatanklagedelikte (§ 71 StPO) und andererseits an ihren bloß geringen Strafdrohungen.

Wenn nun aber eine ausreichend bestimmte Formulierung der Ehrdelikte in einer der geltenden Fassung möglichst vergleichbaren Form ohnedies weder notwendig ist von besonders wirksam noch im gesteigerten öffentlichen Interesse gelegen wäre, ist eine stärkere Rückbesinnung (als bisher) auf den strafrechtlichen *ultima ratio*-Grundsatz erforderlich.

An dieser Stelle bietet sich auch an, den Umstand zu überdenken, dass sich bis heute in der österreichischen Rsp und Literatur kein einheitlicher Ehrbegriff entwickelt hat.<sup>2167</sup> Wie aufgezeigt wurde, besteht ein relativ junger, überzeugender Ansatz für einen modernen Ehrbegriff darin, Ehre als »äußeren« und damit strafrechtlich zu schützenden Ehre als Garantie zu begreifen, dass die Unterstellung der ehrbegründenden Eigenschaften durch potentielle Kommunikationspartner für jeden Menschen erhalten bleibt, soweit dieser Mensch sie nicht durch eigenes Verhalten beseitigt.<sup>2168</sup> Ehre als geschütztes Rechtsgut der Ehrdelikte nach den §§ 111 ff StGB kann damit als »Unterstellung der ehrbegründenden Eigenschaften« und folglich Kommunikationsvoraussetzung verstanden werden. Strafrechtlich geschützt werden könnte damit, dass das Gegenüber vor Beginn einer Kommunikation mit dem Ehrträger zumindest latent davon ausgeht, dass er keine kommunikationsbehindernden Defizite hat.<sup>2169</sup>

2166 XVI.G.1. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass dem Privatankläger einer Tat nach den §§ 111, 113 und 115 StGB mit BGBl I 148/2020 nunmehr etwas mehr juristische Möglichkeiten zur Tätersausforschung zugestanden werden.

2167 Näher V.F.2.a.i.α. und β.

2168 Ausführlich V.F.2.a.i.δ.

2169 *Amelung*, Kommunikationsvoraussetzung, 45.

### 3. Neufassung des Gesetzestexts – Reduktion auf »Unerträgliche Herabsetzung«

Die vorliegende Untersuchung kommt zum Ergebnis, dass eine Neufassung – und keine gänzliche Abschaffung – der §§ 111 ff StGB angezeigt ist; die nachfolgenden, fingierten Entwürfe für Gesetzesmaterialien begründen dies eingehend.<sup>2170</sup> Der bisherige Wortlaut in seiner undefinierten Weite ist demnach durch einen engeren und dafür präziseren Tatbestand zu ersetzen, der einerseits eine stärkere Verankerung im *ultima ratio*-Grundsatz sowie einen engeren Ehrbegriff aufweist und andererseits die grundrechtlichen Anforderungen an einen verfassungskonformen Ehrschutz nach Möglichkeit bereits in der Gesetzesformulierung berücksichtigt.<sup>2171</sup> Der folgende Vorschlag einer gesetzlichen Neufassung des Vierten Abschnitts im StGB (Strafbare Handlungen gegen die Ehre) erfüllt diese Voraussetzungen.

#### *Vorschlag einer StGB-Novelle*

§ 111 StGB lautet wie folgt:

##### § 111 – Unerträgliche Herabsetzung

- (1) Wer einem anderen nachteilige Eigenschaften, Gesinnungen, Verhaltensweisen oder außergewöhnliche Unzulänglichkeiten vorwirft, welche die Fähigkeit zur Kommunikation mit anderen betreffen, ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu 720 Tagessätzen zu bestrafen, wenn die Äußerung für mindestens zehn von Täter und Opfer verschiedene Personen wahrnehmbar und in einer demokratischen Gesellschaft geradezu unerträglich ist.
- (2) Geradezu unerträglich in einer demokratischen Gesellschaft sind solche Äußerungen, die primär eine Herabsetzung des anderen darstellen oder sich nicht auf einen hinreichend gewichtigen Anlass für die Äußerung in ihrer konkreten Form und Publizität berufen können.
- (3) Der Täter ist nicht zu bestrafen, wenn er Tatsachenbehauptungen aufstellt und erwiesen wird, dass diese wahr sind. Der Wahrheitsbeweis ist erbracht, wenn sich der Vorwurf in seinem wesentlichen Aussagegehalt als zutreffend herausstellt. Der Wahrheitsbeweis über Tatsachen,

<sup>2170</sup> XVI.I.4.

<sup>2171</sup> Für das dt Recht und hier konkret den Tatbestand nach § 185 dStGB schlägt nunmehr auch *Großmann*, GA 2020, 546 ff, eine gänzliche Revision vor. Er reduziert das Grunddelikt der Beleidigung im Wesentlichen auf öffentliche Beleidigungen und solche, die gegen eine im politischen Leben stehende Person gerichtet sind, und begründet dies ebenfalls mit *ultima ratio*-Aspekten.

an deren allgemeiner Kenntnis kein öffentliches Interesse besteht, ist nicht zuzulassen.

§ 112 StGB lautet wie folgt:

#### § 112 – Wahrheitsbeweis

Der Wahrheitsbeweis ist nur aufzunehmen, wenn sich der Täter auf die Richtigkeit der Behauptung beruft.

§ 113 StGB bleibt unverändert.

§ 114 StGB lautet wie folgt:

#### § 114 – Ausübung eines sonstigen Rechtes oder Nötigung durch besondere Umstände

(1) Die Tat nach § 111 oder § 113 ist nicht rechtswidrig, wenn der Täter sie in Erfüllung einer Rechtspflicht oder in Ausübung eines anderen Rechtes als jenem auf freie Kommunikation begeht.

(2) Die Tat nach § 111 oder § 113 ist entschuldigt, wenn der Täter durch besondere Umstände genötigt ist, den Vorwurf in der Form und auf die Weise vorzubringen, wie es geschieht, es sei denn, dass die Behauptung unrichtig ist und der Täter sich dessen bei Aufwendung der nötigen Sorgfalt (§ 6) hätte bewusst sein können.

§ 115 StGB erhält die Überschrift »Misshandlung oder Drohung mit einer Misshandlung« und in Abs 1 entfällt die Wendung »beschimpft, verspottet,« sowie in Abs 3 die Wortfolge »zu beschimpfen, zu verspotten,«.

§ 116 StGB erhält die Überschrift »Öffentliche Herabsetzung eines verfassungsmäßigen Vertretungskörpers, des Bundesheeres oder einer Behörde« und es entfällt die Wendung »oder dem § 115«.

In § 117 Abs 1 Satz 1 und in Abs 2 S 1 StGB wird nach »Ehre« die Wendung », mit Ausnahme des § 111,« eingefügt und in Abs 3 entfällt die Wendung »oder in einer Beschimpfung oder Verspottung«.

## 4. Neufassung der Gesetzesmaterialien – Darlegung des Abwägungsprozesses

Der vorgeschlagene Gesetzestext bedarf ausführlicher gesetzgeberischer Erläuterungen: Entsprechend inhaltlich dichte Gesetzesmaterialien sind schon deshalb jedenfalls erforderlich, weil auch diese neue Fassung des § 111 StGB nicht auf normative Merkmale verzichten kann. Das hat seinen Grund darin, dass der geltenden Rsp insb des EGMR, des

OGH und des VfGH, die sich ähnlicher Formulierungen bedient, nach Möglichkeit schon im Gesetzeswortlaut Rechnung getragen werden soll. Ergänzend sind weiters die wesentlichen Abwägungsmaximen (Regeln, Prinzipien und Leitlinien), die sich aus einschlägiger Rsp und überdies aus eigenen Wertungen des Gesetzgebers ergeben können, darzulegen; der gesetzgeberische Abwägungsprozess ist insgesamt nachvollziehbar aufzuzeigen. Erörterungsbedürftig sind zudem auch der Entfall der Tatvarianten »Beschimpfen« und »Verspotten« in § 115 StGB und die Aufwertung des Delikts der »Unerträglichen Herabsetzung« zum Offizialdelikt (§ 2 StPO). Der folgende Vorschlag einer Neufassung der einschlägigen Gesetzesmaterialien zu den Strafbaren Handlungen gegen die Ehre würde diese Voraussetzungen erfüllen.

## *Vorschlag für Gesetzesmaterialien*

### *Erläuterungen*

#### *1. Involvierte Interessen*

Der Gesetzgeber erkennt das Grundrecht auf **Kommunikation** (Art 13 StGG/Art 10 EMRK) als hochrangiges rechtlich geschütztes Interesse an. Mit Blick auf den demokratischen Diskurs ist das menschliche Bedürfnis, sich grundsätzlich frei und ungehindert zu äußern, in hohem Maße schützenswert. Auch die Freiheit der **Kunst** (Art 17a StGG) ist als besondere menschliche Ausdrucksform ein hohes Gut. Die Grenze der freien Kommunikation und des künstlerischen Wirkens ist dort erreicht, wo das Interesse am Schutz der **Ehre** oder der Privatsphäre (Art 8 EMRK) des Einzelnen überwiegt, weil andernfalls das **friedliche Miteinander** in der Gesellschaft gefährdet wäre. Es gilt daher, die Interessen an freier Kommunikation und Kunst jenen auf Ehre und Privatsphäre gegenüberzustellen.

#### *2. Bewertung/Gewichtung der involvierten Interessen*

Im Kontext des Strafrechts muss der **Kommunikationsfreiheit** ein außerordentlich hohes Gewicht zukommen. Kommunikation, die gleichberechtigt ist und auf keinerlei Zwang und Druck basiert, ist Grundvoraussetzung für das Zustandekommen eines wirksamen demokratischen Willens. Die Kommunikation von einer Person zur anderen ist eine der selbstverständlichsten und unweigerlichsten Verhaltensweisen des Menschen; bis zu einem gewissen Grad geschieht sie auch unwillkürlich. Das Strafrecht darf nicht schon dort zum Einsatz kommen, wo der durchschnittliche Rechtsunterworfenen sich im täglichen Leben regelrecht kasteien müsste, um nicht straffällig zu werden, weil genau dann dieser demokratische Diskurs verunmöglicht würde.

Auch menschliche, verbale »Ausrutscher«, die aus einem besonderen Anlass oder einer besonderen Kommunikationssituation heraus passieren, sind solcherart noch zu tolerieren. Die Kommunikationsfreiheit darf daher gemessen an ihrem Schutzbereich nur an den äußersten Rändern eingeschränkt werden – genau das erreicht die gegenständliche Neufassung des § 111 StGB: Sie setzt da an, wo ein kommunikatives Verhalten geradezu unerträglich und solcherart auch zur Förderung der demokratischen Willensbildung völlig ungeeignet ist. Die Regelung berührt daher nur den Randbereich der Kommunikationsfreiheit, weil sie lediglich die gesellschaftlich unverträglichsten Äußerungen erfasst. Es handelt sich folglich im Vergleich zur bisherigen Fassung um einen deutlich weniger intensiven Grundrechtseingriff.

Weiters ist einer kunstschaffenden Person ein hohes Maß an Gestaltungsfreiheit zuzugestehen – bedient sich ein Mensch zur Äußerung von Tatsachen oder Meinungen einer künstlerischen Form, sind kunsttypische Charakteristika der jeweiligen Äußerungsform zu berücksichtigen (zB zählen zu den formgebenden Merkmalen einer Satire gerade die Verzerrung, Übertreibung und Überzeichnung). Nicht zuletzt, weil die Kunst mit ihren Lehren und Botschaften Generationen überdauern kann, ist der **Kunstfreiheit** bei der Beurteilung der individuellen Strafbarkeit und der damit einhergehenden Interessenabwägung ein hoher Wert beizumessen.

Die **Ehre** ist ebenfalls ein gewichtiges Gut in einem Rechtsstaat. Sie ist nämlich wesentliche Voraussetzung dafür, dass Mitmenschen bereit sind, miteinander zu kommunizieren. Ehre ist solcherart die grundsätzliche Vermutung, dass jemand die wesentlichen Fähigkeiten mitbringt, um mit anderen in Kommunikation zu treten. Wird diese Ehre von anderen angegriffen, indem der Informationsstand über den Ehrträger verändert wird, sodass sich dies auf die Annahme der Kommunikationsfähigkeit nachteilig auswirken könnte, ist Kommunikation in Gefahr.

Zur individuellen Persönlichkeitsentfaltung des Einzelnen gehört weiters iSd **Privatheit** seine Freiheit, sich frei von Ängsten zu entwickeln, frei zu entscheiden, welche Informationen über ihn privat bleiben oder preisgegeben werden dürfen, und so schließlich maßgeblich zu beeinflussen, wie sein Ansehen seinen Mitmenschen gegenüber ist.

Die Ehre und die Privatheit des Einzelnen sind daher unter Umständen auch strafrechtlich unter Schutz zu stellen: Ein solcher ist erstens dann erforderlich, wenn sein Fehlen dazu führen würde, dass der Einzelne in permanenter Angst vor Lügen über seine Person leben müsste, die gerade dieses Ansehen nachhaltig beschädigen oder gar ruinieren könnten. Strafrechtlicher Schutz ist zweitens dann vonnöten, wenn ungerechtfertigt der Informationsstand über eine Person durch einen Ehrangriff so weit nachteilig verändert zu werden droht, dass die Vermutung ihrer Kommunikationsfähigkeit widerlegt und sie deshalb



vom öffentlichen Diskurs ausgeschlossen werden könnte. Eine strafrechtliche Schutznorm ist drittens angemessen, wenn dem Einzelnen die Entscheidungsfreiheit über seine Geheimnisse oder zumindest privaten Angelegenheiten genommen würde, weil andere Personen sie ungehindert preisgeben könnten.

### 3. *Gegenüberstellung der Interessen – Partielle Vorrangrelationen*

Bei den Straftatbeständen zum Schutz der Ehre stehen einander folglich die Kommunikationsfreiheit und ggf die Kunstfreiheit auf der einen Seite dem Interesse auf Ehre und ggf Privatheit des anderen kollidierend gegenüber. Es handelt sich jeweils um **Individualinteressen**, wobei es auf beiden Seiten zu **Grundrechtsparallelitäten** kommen kann: So kann das Kommunikationsinteresse durch das Interesse an freier Kunstausübung verstärkt werden; ebenso kann zum Interesse am Erhalt des guten Ansehens das Interesse an Privatheit bestimmter Informationen verstärkend hinzutreten.

In dieser konkreten Kollisionssituation sind – auch mit Blick auf die einschlägige Rechtsprechung des EGMR – aus Anlass der Schaffung des Straftatbestands der Unerträglichen Herabsetzung nach § 111 StGB unterschiedliche Regeln, Prinzipien und Leitlinien der Abwägung zu berücksichtigen.

#### *Regeln:*

Bei der Neufassung des § 111 StGB wurde zunächst das verfassungsrechtliche **Bestimmtheitsgebot** (§ 1 StGB, Art 18 B-VG, Art 7 EMRK) bestmöglich berücksichtigt: So wurden das Publizitätserfordernis klar im Tatbestand definiert, unter 7) die Tathandlung »Vorwerfen« fassbar gemacht und bereits im Wortlaut des Tatbestands Formulierungen gewählt, die durch die langjährige Rechtsprechung der Höchst- und Grundrechtgerichte gut konturiert sind: ZB wurde die geltende Regel, dass Werturteile nur bei fehlender Tatsachengrundlage oder im Falle eines Exzesses unter Strafe gestellt werden dürfen, bereits in den Wortlaut des § 111 StGB *neu* integriert. Klargestellt wurde zudem, dass nachteilige oder sonst außergewöhnliche, aber private Tatsachen über eine Person, an deren allgemeiner Kenntnis kein öffentliches Interesse besteht, entsprechend nicht publik gemacht werden dürfen: Die menschliche Intimsphäre ist damit jedenfalls als Grenze der Kommunikationsfreiheit anzusehen. Beispiele ergänzen die Ausführungen und tragen zur weiteren Präzisierung des Anwendungsbereichs des neuen § 111 StGB bei. Unmissverständliche Ausführungen finden sich ebenso zur dogmatischen Konstruktion der neugefassten »Unerträglichen Herabsetzung« (näher unten 7)).

Mit Blick auf die abzuwägenden, gegenläufigen Interessen liegt auch eine **verhältnismäßige** Regelung vor: Um dem strafrechtlichen *ultima*

*ratio*-Grundsatz besser als mit der bisherigen Ausgestaltung der Ehrdelikte Rechnung zu tragen, war es insbesondere notwendig, den Straftatbestand des § 111 StGB *neu* präziser und damit vor allem enger zu fassen. So soll sichergestellt werden, dass tatsächlich nur die größten Verstöße gegen die Grundformen zwischenmenschlicher Kommunikation durch das Strafrecht geahndet werden – das geschieht insbesondere durch den Zuschnitt auf das Merkmal der »Unerträglichkeit«. Klargestellt ist damit, dass das Strafrecht – neben den anderen rechtlichen Mitteln zur Durchsetzung des Grundrechts auf Achtung der Ehre und Privatheit (zu diesen unten 4)) – nur dann zur Anwendung gelangt, wenn es tatsächlich das letzte Mittel ist, um den Rechtsfrieden in der Gesellschaft wiederherzustellen. Verhältnismäßig erscheint es in weiterer Folge dann aber auch, die bisherige Ausgestaltung als Privatanklagedelikt (§ 71 StPO) aufzugeben und die »Unerträgliche Herabsetzung« anderer als Officialdelikt (§ 2 StPO) zu verfolgen.

Um sicherzustellen, dass der **Wesensgehalt** der so wichtigen Kommunikationsfreiheit bestmöglich gewahrt wird, weil nur so eine verhältnismäßige Einschränkung durch das Strafrecht rechtfertigbar ist, gelten zudem für die Auslegung des Tatbestands (insbesondere des Merkmals der »Unerträglichkeit« in einer demokratischen Gesellschaft) im Einzelfall folgende **Zweifelsregeln**:

Liegt eine kommunikative Verhaltensweise vor, ist ihr Inhalt zu ermitteln. Bei Zweifeln darüber, ob es sich um einen Vorwurf von nachteiligen Eigenschaften, Gesinnungen, Verhaltensweisen oder außergewöhnlichen Unzulänglichkeiten handelt, oder darüber, ob der Vorwurf in einer demokratischen Gesellschaft noch erträglich ist oder nicht, ist der Tatbestand stets zu verneinen. Als Ausfluss der Grundrechte ist **in dubio pro libertate** insgesamt davon auszugehen, dass die Kommunikationsfreiheit im Zweifel nicht durch das Strafrecht eingeschränkt werden darf. Allerdings muss der Äußernde bei der Ermittlung des Sinngehalts einer Äußerung im Falle ihrer sprachlichen Mehrdeutigkeit die für ihn ungünstigste Verständnisvariante gegen sich gelten lassen (entgegen zB OGH 15.12.2008, 15 Os 156/o8t **kein in dubio pro günstigste Auslegung der Äußerung**).

Nach der Rechtsprechung des OGH und des EGMR ist für die rechtliche Beurteilung von kommunikativen Verhaltensweisen die Unterscheidung in Werturteile und Tatsachenbehauptungen zentral. Bestand Uneinigkeit darüber, ob § 111 StGB (Üble Nachrede) in der bisherigen Fassung auch Werturteile oder ausschließlich Tatsachenbehauptungen erfasste, stellt die gegenwärtige Regelung nun zunächst klar, dass beide Äußerungsarten Tathandlung einer »Unerträglichen Herabsetzung« eines anderen sein können (näher unter 7)). Die Unterscheidung ist dennoch nicht obsolet geworden: Nach der Rechtsprechung des EGMR dürfen falsche Tatsachenbehauptungen zwar in weiterem Umfang verboten werden; im Gegenzug ist allerdings in den meisten Fällen der

Wahrheitsbeweis zuzulassen, bei dessen Gelingen keine Strafe verhängt werden darf. Für Werturteile gilt demgegenüber, dass sie nur im Falle eines Wertungsexzesses verboten werden dürfen. Eine Fehlbeurteilung als exzessive Wertung, wenn in Wahrheit eine Tatsachenäußerung vorliegt, führt daher regelmäßig zu einem Grundrechtsverstoß, weil dem Äußernden die Möglichkeit eines Wahrheitsbeweises verwehrt wurde – es ist dem Werturteil ja gerade wesensmäßig, dass es nicht als »wahr« oder »falsch« bewiesen werden kann. Um derartige Verletzungen zu vermeiden, ist folglich – insbesondere bei sprachlichen oder sonst formbedingten Mehrdeutigkeiten (zB mehrdeutige Gestik) – im Zweifel davon auszugehen, dass der Sinngehalt der inkriminierten Äußerung einer Tatsachenbehauptung entspricht (**in dubio pro Tatsachenäußerung**); der Wahrheitsbeweis ist bei gegebenem öffentlichem Interesse (siehe Abs 3 der vorgeschlagenen Neuregelung) daher zunächst zuzulassen. Gelingt er nicht, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob ein Werturteil vorliegt, das in einer demokratischen Gesellschaft geradezu unerträglich, also exzessiv, ist.

Der neue Tatbestand dient im Ergebnis dem **Schutz des Informationsstands** über eine Person, der in einer **Vermutung der Kommunikationsfähigkeit** des Ehrträgers besteht. Strafbewehrt ist daher nur ein Verhalten, das diesen Informationsstand ungerechtfertigt nachteilig beeinflussen könnte, wenn das in einer demokratischen Gesellschaft ein unerträgliches Ausmaß erreicht.

#### *Prinzipien:*

Die involvierten rechtlich geschützten Interessen wurden bereits unter 1) genannt; bei der Abwägung, ob eine kommunikative Äußerung iSd § 111 StGB *neu* jeweils »unerträglich« ist, ist zunächst im Einzelfall zu berücksichtigen, ob zum Kommunikationsinteresse evtl noch das Interesse an der individuellen künstlerischen Freiheit bzw zum Interesse an der Ehre noch das Interesse auf Privatheit persönlicher Informationen hinzutritt. Im ersten Fall müssen nämlich umso gewichtigere Gründe für eine Einschränkung dieser Freiheiten vorliegen, während im zweiten Fall besondere Gründe für einen Vorrang der Kommunikationsfreiheit sprechen müssen.

Für die Beurteilung, ob die Grenze zwischen legitimer Grundrechtsausübung und dem Strafrecht im Einzelnen überschritten oder noch ausreichend beachtet wurde, ist eine Abwägung der involvierten geschützten Interessen vorzunehmen. Diese Abwägung muss im individuellen Fall entlang folgender Prinzipien erfolgen:

Um einen ausgewogenen demokratischen Diskurs zu ermöglichen, ist die Äußerung von Tatsachen auch dann zu erlauben, wenn sie für eine andere Person ehrenrührig, aber dennoch wahr ist, soweit ein entsprechendes **öffentliches Interesse** an ihrer allgemeinen Kenntnis besteht. Der Wahrheitsbeweis ist daher zuzulassen, wenn grundsätzlich ein öf-

fentliches Interesse am Inhalt der Äußerung bestünde, vorausgesetzt, er stelle sich als wahr heraus. Falsche, ehrenrührige Tatsachen und Tatsachen, an deren allgemeiner Kenntnis kein öffentliches Interesse besteht, sowie exzessive Wertungen tragen dagegen zu einer demokratischen Debatte schon *per se* nichts bei. Sie können in einem weiteren Umfang zum Schutze der Ehre des Einzelnen untersagt werden.

Das Ausmaß der Eignung eines kommunizierten Inhalts, einen Beitrag zur öffentlichen Debatte (**Debate of Public Interest**) zu leisten, ist daher ein äußerst wichtiges Abwägungsprinzip, das sich ebenso im gewählten Wortlaut des Tatbestands der Neufassung widerspiegelt. Denn das öffentliche Interesse ist stets auch eine wichtige Abwägungsmaxime, wenn es um die Beurteilung eines kommunikativen Verhaltens als »unerträglich in einer demokratischen Gesellschaft« geht. Je größer das öffentliche Interesse an einem ehrgefährdenden Inhalt über eine Person ist, umso privater kann die Information und umso größer der Adressatenkreis der Nachricht sein. Umgekehrt gilt, dass das öffentliche Interesse umso größer sein muss, je herabsetzender die Nachricht und je größer die Publizität ist. Das zeigt sich am Wortlaut in Abs 2 des neu gefassten § 111 StGB: Der Anlass für die Äußerung muss in einem noch vertretbaren Verhältnis zu ihrer Form und Publizität stehen. Hierbei ist die Grenze allerdings bewusst durchaus weit gezogen: Der Maßstab ist dementsprechend nicht allzu streng anzulegen; nur tatsächlich unerträgliche kommunikative Entgleisungen sind in einer demokratischen Gesellschaft zu unterbinden. Wahre Tatsachenäußerungen sollen nach Möglichkeit bei einem zumindest gewissen öffentlichen Interesse an ihrer Kenntnisnahme immer zulässig sein, sodass insoweit auch an den Wahrheitsbeweis nicht allzu hohe Anforderungen zu stellen sind. Es soll im Ergebnis keinesfalls darauf hinauslaufen, dass sich einsichtige und besonnene Rechtsunterworfenen im kommunikativen Alltag regelmäßig davor scheuen müssen, »die Wahrheit deutlich auszusprechen«.

Das Rekurren auf das Prinzip des öffentlichen Interesses spielt zunächst im professionellen, massenmedialen Bereich eine Rolle: Die Medien haben die zentrale Aufgabe, die Öffentlichkeit über für sie wesentliche Agenden zu informieren. Ihre Rolle als **Public Watchdog** aufrechtzuerhalten, ist daher insoweit auch die Aufgabe des Strafrechts, als es nicht zu einer Beschneidung der Aufdeckerrolle der Medien kommen darf. Bei der Beurteilung, ob eine medial vermittelte Nachricht bereits »unerträglich« ist, muss daher im Einzelfall auch berücksichtigt werden, dass Medien in Wahrnehmung dieser Funktion mitunter in einem gesellschaftlich höchst brisanten Raum agieren. Zu beachten ist ferner, dass gerade im massenmedialen Bereich häufig anerkannte künstlerische Ausdrucksformen verwendet werden, um eine Botschaft entsprechend wirksam und treffend zu artikulieren. Für solche künstlerischen Ausdrucksformen sind gewisse Verzerrungen, Überzeichnungen und insgesamt Extreme mitunter geradezu charakteristisch und formend.

Mit dem Zeitalter der digitalen Medien (insbesondere Social Media) erlangt das Prinzip der Debate of Public Interest zunehmend auch für Privatpersonen, die sich an eine zumindest breitere Öffentlichkeit richten, Bedeutung. Journalismus durch die hierfür nicht speziell ausgebildete Zivilgesellschaft (sog *Grassroot Journalism*) soll im Ergebnis nicht unterbunden werden, weil Privaten mitunter schlicht die Mittel und Quellen fehlen, um eine dem Massenjournalismus gleichwertige Recherche an Informationen vorzunehmen. Sie haben meist auch nicht die entsprechende einschlägige Ausbildung eines Professionisten. Ein öffentliches Interesse an einem ehrenrührigen Vorwurf, der noch von der betroffenen Person zu tolerieren ist, ist stets anzunehmen, wenn ein Bezug zu demokratiepolitisch relevanten Themen vorliegt, wobei hier kein allzu strenger Maßstab anzulegen ist. So genügt es beispielsweise schon, wenn auf ein rein lokalpolitisch oder überhaupt nur für eine sehr kleine Personengruppe (zB Nachbarschaft) brisantes Thema reagiert oder aufmerksam gemacht wird.

Ob das öffentliche Interesse gemessen an Form und Publizität der kommunikativen Äußerung noch ausreichend ist, hängt auch von der Stellung der an ihrer Ehre verletzten Person im gesellschaftlichen Leben ab. Personen, die sich dem öffentlichen Leben von Berufs wegen oder sonst deutlich erkennbar freiwillig aussetzen, geben ihren Anspruch auf ehrenvolle Achtung ihrer Persönlichkeit zunächst aber keineswegs preis. Daher ist die Grenze der zulässigen Kommunikation stets erreicht, wenn überhaupt kein öffentliches Interesse an einer herabsetzenden Äußerung erkennbar ist. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn ehrenrührige Tatsachen aus dem intimsten Lebensbereich dieser Person offenbart werden. Dieser innerste Kern der menschlichen Persönlichkeit ist insoweit einer Abwägung nicht zugänglich, weil ihre Entfaltung und Entwicklung ansonsten de facto verunmöglicht würde. Der höchstpersönliche Lebensbereich ist daher für alle Menschen gleichermaßen als Grenze der Kommunikationsfreiheit anzusehen. Im Weiteren ist allerdings zu differenzieren: Erfasst die inkriminierte Äußerung Inhalte aus der **Sozial- oder Öffentlichkeitsphäre** einer Person, sind die Grenzen der Zulässigkeit **unterschiedlich** weit gezogen, je nachdem, inwieweit es sich um eine Privatperson oder aber eine sog **Public Figure** handelt. Personen, die freiwillig im öffentlichen Leben stehen, müssen eine Bekanntgabe von (wahren) Informationen aus diesen Sphären durch andere in größerem Umfang dulden als Private. Der Grund ist darin zu sehen, dass bei sog Public Figures das öffentliche Interesse am Bekanntwerden solcher Inhalte häufiger gegeben sein wird als bei Privatpersonen. Es handelt sich hierbei allerdings lediglich um ein Prinzip; denn: Im Einzelfall kann auch das Interesse am **Geheimnisschutz** an einer Information (insbesondere aus der Sozialsphäre) bestehen. Bei Privatpersonen gilt die umgekehrte Vermutung: Es ist primär davon auszugehen, dass kein ausreichendes öffentliches Interesse an der Preisgabe

von ehrenrührigen Tatsachen besteht; im Einzelfall kann freilich anderes gelten, zB wenn die Privatperson aus Anlass eines großen Festes eine Eröffnungsrede in ihrer Funktion als Vereinsobmann/-frau hält oder dergleichen mehr.

*Leitlinien:*

Die Garantie einer angstfreien, ungezwungenen zwischenmenschlichen Kommunikation bedeutet zweierlei: Dem Einzelnen soll es grundsätzlich unbenommen sein, sich ungehindert und auch impulsiv zu artikulieren; die Gestaltung des Inhalts und der Form einer kommunikativen Äußerung ist ihm überlassen. Zugleich sollen Mitmenschen sich nicht vor ehrenrührigen Äußerungen anderer dergestalt fürchten müssen, dass sie selbst nicht mehr in der Lage sind, auf gleichem Freiheitslevel zu kommunizieren. Dem **Optimierungsgebot (Prinzip praktischer Konkordanz)** entsprechend ist es daher auf gesetzgeberischer Ebene essentiell, hier eine Balance zu finden. Sie wird erreicht, indem nur im äußersten Schutzbereich der Kommunikationsfreiheit Eingriffe durch das Strafrecht vorgesehen sind. Zugleich aber wird durch genau diese Begrenzungen der Kernbereich der Ehre und Privatheit und damit des individuellen Persönlichkeitsschutzes jedes Einzelnen gewahrt. Nur so ist sichergestellt, dass sich im **öffentlichen Diskurs** die echten und unverfälschten **demokratischen Mehrheiten** bilden und zeigen können.

Insgesamt ergeben sich damit für die Neufassung des § 111 StGB (»Un-erträgliche Herabsetzung«) folgende **partielle Vorrangrelationen**: Dem Interesse an uneingeschränkter zwischenmenschlicher Kommunikation auch im Rahmen einer größeren Publizität ist grundsätzlich der Vorrang vor dem Interesse auf Schutz der persönlichen Ehre im Strafrecht einzuräumen. Einschränkungen der Kommunikationsfreiheit zum Schutze der Ehre können nur ausnahmsweise vorgenommen werden, wobei der strafrechtliche Ehrschutz nicht schon bei jeder Beeinträchtigung des Achtungsanspruchs einer Person einsetzt, sondern erst dort, wo andernfalls auf jedweden Schutz des Achtungsanspruchs des Menschen verzichtet werden müsste, also nur in Fällen unerträglicher Herabsetzungen einer Person.

4. *Sammlung von Regelungsalternativen*

Dem Gesetzgeber stehen noch *ohne* Berücksichtigung dieser partiellen Vorrangrelationen grundsätzlich mehrere Alternativen zur Verfügung, wie der Ehrschutz im österreichischen Recht ausgestaltet sein kann:

*Alternative 1:*

Die erste gesetzgeberische Alternative besteht darin, den Ehrschutz der bisherigen §§ 111 ff StGB in unveränderter Form beizubehalten. Die insbesondere nach § 111 (Üble Nachrede) und § 115 (Beleidigung) StGB

sehr weit gefassten Tatbestände ermöglichen es diesfalls weiterhin, die rege Rechtsprechung der nationalen und internationalen Gerichte zu berücksichtigen; im Idealfall lässt sich durch die Tatbestandsweite eine hohe Einzelfallgerechtigkeit erreichen.

*Alternative 2:*

Als zweite gesetzgeberische Alternative ist ein gänzlicher Entfall der Ehrdelikte in Betracht zu ziehen. Da das Strafrecht nach der geltenden Rechtslage weder das einzige noch das effektivste Mittel zur Ahndung von Verstößen gegen das Recht eines Einzelnen auf Ehre ist, ist *de lege ferenda* zu überlegen, ob auf die derzeit höchst vage formulierten und aufgrund ihrer Ausgestaltung als Privatanklagedelikt (§ 71 StPO) praktisch nur schwer durchsetzbaren Ehrdelikte nicht vollständig verzichtet werden kann.

Zu fragen ist, ob nicht ohnehin bereits mit einem überwiegend außerstrafrechtlichen Ehrschutz das Auslangen gefunden werden könnte. Ein ausreichender, allgemeiner Ehrschutz könnte sich auch exklusiv aus dem Verwaltungsstrafrecht der Länder (vgl die Ehrenkränkungstatbestände in einzelnen Landesgesetzgebungen) bzw zivilrechtlich ergeben. Zivilrechtlicher Ehrschutz ist nach geltender Rechtslage insbesondere über § 1330 ABGB, das DSG, das UrhG oder auch das MedienG (das dann allerdings in § 6 andere Anknüpfungspunkte als bisher bräuchte) sichergestellt. Punktuell wird der Schutz durch tatsächlich unverzichtbare strafrechtliche Regelungen ergänzt, wie etwa den Verhetzungstatbestand nach § 283 StGB.

*Alternative 3:*

Die dritte Alternative des Gesetzgebers besteht in einer Neufassung der zentralen Tatbestände zum Schutz der Ehre im StGB. Die Herausforderung ist hier darin zu sehen, den Tatbeständen deutlichere Konturen zu geben. Das hat insbesondere durch eine engere Fassung der Tathandlungen zu geschehen, die sich stärker an den grundrechtlichen Anforderungen orientiert, sowie durch eine detaillierte Darlegung der maßgeblichen Abwägungsgesichtspunkte in den Gesetzesmaterialien.

*Tatbestand:*

Die gesetzgeberischen Möglichkeiten, die Tatbestände der Ehrdelikte neu auszugestalten, erscheinen auf den ersten Blick vielfältig. Die legis- tisch naheliegenden unter ihnen werden nachstehend erörtert.

So könnte etwa eine Ehrverletzung als Taterfolg installiert werden, der entsprechend nachzuweisen ist. Auf diese Weise wird eine Verurteilung auf jene Fälle begrenzt, in denen tatsächlich eine nachteilige Wirkung einer kommunikativen Äußerung für den Betroffenen eingetreten ist. Als Mittellösung zwischen der Ehrverletzung als Taterfolg und der derzeit noch geltenden Ausgestaltung der Ehrdelikte als abstrakte Gefährdungsdelikte ist auch denkbar, den Tatbestand so zu fassen, dass die

Ehrverletzung immerhin vom erweiterten Vorsatz des Äußernden erfasst sein muss.

Alternativ dazu könnte die Ausgestaltung der Ehrdelikte als abstrakte Gefährungsdelikte beibehalten werden; eine Neuformulierung könnte dies deutlicher als der bisherige Wortlaut zum Ausdruck bringen. Zusätzlich besteht die Möglichkeit einer konkreteren Fassung der Tathandlungen – insbesondere könnte durch eine entsprechende Formulierung klargestellt werden, dass der Tatbestand nur bejaht werden kann, wenn eine Interessenabwägung ergibt, dass die Kommunikationsfreiheit im Einzelfall einzuschränken ist. Aus dem derzeitigen Wortlaut der §§ 111 und 115 StGB ergibt sich dies nämlich nicht.

Die Neufassung könnte außerdem eine engere Tatbestandsformulierung zum Ziel haben: Eine stärkere Rückbesinnung auf den *ultima ratio*- Grundsatz sowie auf einen konturierteren Ehrbegriff würde zu einer Straffung der derzeitigen sprachlichen Weite möglicher Tathandlungen führen, die im Interesse der Bestimmtheit zu begrüßen wäre. Zu prüfen ist hier weiters, ob eine höhere Publizität als Schwelle zur Strafbarkeit für einen adäquaten Ehr- und Privatsphärenschutz ausreichend wäre.

Eine Neufassung der Ehrdelikte könnte sich schließlich viel stärker als bislang an den einschlägigen Entscheidungen der nationalen und internationalen Grundrechtsgerichte (insbesondere des OGH, des VfGH und des EGMR) orientieren; vor allem könnte schon im Tatbestand die klare Differenzierung in Tatsachen- und Werturteile sowie ihre unterschiedliche rechtliche Beurteilung zum Ausdruck gebracht werden.

#### *Straflosigkeitgründe:*

Nach der derzeit noch geltenden Rechtslage ist der Täter einer Üblen Nachrede nach § 111 StGB nicht zu bestrafen, wenn die von ihm aufgestellte Behauptung als wahr erwiesen wird; wird die Tat lediglich mit geringer Publizität im Umfang des § 111 Abs 1 StGB begangen, genügt für die Straffreistellung der Gutgläubensbeweis. Die dogmatische Konstruktion dieser Straflosigkeitgründe ist derzeit nicht klar; ob es sich dabei um Rechtfertigungs-, Entschuldigungs-, Strafausschließungs- oder -aufhebungsgründe handelt, ist nach gegenwärtiger Konzeption strittig. Im Falle einer Neufassung des Delikts ist hier eine gesetzgeberische Klarstellung angezeigt. Eine Neufassung der Tatbestände der Ehrdelikte nach §§ 111 und 115 StGB, die an eine höhere Publizität als bisher anknüpft und damit eine Einschränkung des Tatbestands auf wirklich strafwürdige Fälle enthält, führt außerdem zur Prüfung, ob dafür im Gegenzug nicht der Gutgläubensbeweis entfallen kann. Immerhin könnte es dem Äußernden in den Fällen, in denen er für ein größeres Publikum wahrnehmbar derart scharfe Vorwürfe über andere artikuliert, durchaus zumutbar sein, diese deutlich als bloßen Verdacht zu kennzeichnen. Gegebenenfalls ist dann auch nur ein entsprechender Beweis dieses Verdachts zu erbringen.



*Strafdrohung:*

Im Bereich der Strafdrohungen ist eine gleichbleibende Strafdrohung wie in der geltenden Fassung, eine Erhöhung der Strafdrohung als gesetzgeberische Reaktion auf die insbesondere durch soziale Medien gestiegene praktische Relevanz der Ehrdelikte oder aber auch eine Herabsetzung der Strafraumen (allenfalls auf maximal 90 Tagessätze Geldstrafe oder einen Monat Freiheitsstrafe) anzudenken. Welche Alternative auszuwählen ist, hängt maßgeblich von der (künftigen) Ausgestaltung des Tatbestands ab.

*Prozessuale Ausgestaltung:*

Nicht ausschließlich, aber insbesondere für den Fall, dass es zu einer Änderung der Tatbestände der Ehrdelikte kommt, ist zugleich eine andere prozessuale Ausgestaltung in Betracht zu ziehen. Gerade, wenn der Tatbestand verengt und die Strafbarkeit auf die nach dem *ultima ratio*-Prinzip größten Verstöße reduziert wird, ist seine Aufwertung vom derzeitigen Privatanklage- (§ 71 StPO) zum reinen Official- (§ 2 StPO) oder immerhin Ermächtigungsdelikt (§ 92 StPO) zu erwägen. Zu prüfen ist in jedem Fall, ob eine Verfolgung im Wege einer Privatanklage nicht dazu führt, dass das Delikt insgesamt an praktischer Relevanz einbüßt, obwohl durchaus ein Rechtsschutzbedürfnis für die Opfer von Ehrdelikten bestünde.

*5. Auswahl einer Regelungsalternative*

Dem Prinzip praktischer Konkordanz folgend ist aus gesetzgeberischer Sicht nun ein bestmöglicher Ausgleich zwischen den kollidierenden Interessen (insbesondere Kommunikationsfreiheit und Ehre) zu suchen. Es ist jene Regelungsalternative zu wählen, welche die partiellen Vorrangrelationen am besten umzusetzen vermag, weil sie keine der involvierten Interessen mehr als notwendig zurückdrängt.

*Zu Regelungsalternative 1: Unbestimmtheit der bisherigen Ausgestaltung*

Die gegenwärtige Ausgestaltung insbesondere der Grundtatbestände der Üblen Nachrede nach § 111 StGB idGF und der Beleidigung nach § 115 StGB idGF weisen mit Blick auf das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot (§ 1 StGB, Art 18 B-VG, Art 7 EMRK) gravierende Mängel auf: Durch die in der geltenden Fassung recht weitreichende Aneinanderreihung von vagen Begrifflichkeiten (zB »verächtlich«, »unehrenhaft«, »gegen die guten Sitten«) im Sinne unbestimmter und normativer Gesetzesbegriffe als Verhaltensweisen in beiden Delikten und eine fehlende Umsetzung der verfassungsrechtlichen Vorgaben, insbesondere aus der EMRK, findet sich im Wortlaut des Tatbestands kein klar umrissener Strafbarkeitskern, zumal auch die Auslegung des Rechtsguts »Ehre« erhebliche Schwierigkeiten bereitet. Selbst eindeutig dem Wortlaut unterfallende Äußerungen werden scheinbar »plötzlich« wieder vom jeweiligen Tatbestand ausgenommen. Eine klare Subsumtion

eines Verhaltens ist selten möglich, zumal jeweils der gesamte Äußerungskontext zu berücksichtigen ist. Diese Unbestimmtheit setzt sich bei den Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen nach § 114 bzw § 115 Abs 3 StGB idGf fort. Die vor allem durch die einschlägige Rechtsprechung durchaus gefestigten Auslegungsmaßstäbe finden sich im Wortlaut nicht wieder. Das zeigt sich nicht zuletzt an der völlig unübersichtlichen nationalen Rechtsprechung, in der zT sogar in der Formulierung identische Äußerungen rechtlich unterschiedlich beurteilt werden, ohne dass die Gründe selbst für einen kundigen Rezipienten der Entscheidungen nachvollziehbar wären. Für die Rechtsunterworfenen ist damit eine Vorhersehbarkeit der Konsequenzen ihres kommunikativen Handelns nicht sichergestellt.

Die Ehrdelikte gewinnen in letzter Zeit erheblich an Bedeutung, weil es durch die sozialen Medien nun auch Privatpersonen mit minimalem Aufwand möglich ist, ein theoretisch unbegrenzt großes, abstraktes Publikum zu erreichen. Im Sinne des demokratischen Diskurses ist diese neu gewonnene Gleichstellung von Privatpersonen und berufsmäßigen Journalisten grundsätzlich zu begrüßen. Sie darf aber nicht dadurch wieder zunichtegemacht werden, dass die geltende Gesetzesfassung zu derart weitreichender Rechtsunsicherheit führt. Die Beibehaltung der Straftatbestände der §§ 111 und 115 StGB in ihrer derzeitigen Form ist daher abzulehnen.

#### *Zu Regelungsalternative 2:*

##### *Unverzichtbarkeit eines strafrechtlichen Ehrschutzes*

Zur Regelungsalternative, die einen gänzlichen Verzicht des strafrechtlichen Ehrschutzes nach §§ 111 ff StGB erwägt, zeigt sich rasch: Die Ehrdelikte insgesamt aus dem StGB zu entfernen, erschiene gerade angesichts des Umstands, dass sie in Zeiten von Social Media an praktischer Relevanz gewinnen, als das falsche gesetzgeberische Signal. Bestimmte Formen einer Üblen Nachrede oder Beleidigung sind zudem zweifellos als strafwürdig anzusehen: Wenn jemand einen anderen vor mehreren Zuhörern etwa anlasslos wüst beschimpft oder wiederholt blanke diffamierende Posts auf dessen Social Media-Seite hinterlässt, lässt sich mit guten Gründen für den Einsatz von Strafrecht argumentieren. Das Ausgeführte muss umso mehr gelten, wenn der Täter über das Opfer ehrenrührige Lügen verbreitet, die dem Opfer zunehmend zu einem Schaden in seinem Ansehen reichen können. Der freie Diskurs als eines der obersten Ziele in einer Demokratie wird gefährdet, wenn das Strafrecht nicht immerhin dort eingreift, wo ein gleichberechtigter, ungehinderter Diskurs durch krasses Fehlverhalten Einzelner verunmöglicht wird oder dauerhaft zu verrohen droht. Diskurs innerhalb einer Demokratie macht nämlich nur dann Sinn, wenn er eine zumindest minimale Tatsachennähe und Sachlichkeit aufweist. Andernfalls konterkariert er seinen Zweck. Ein gänzlicher Verzicht auf die Ehrdelikte ist somit nicht angezeigt.

*Zu Regelungsalternative 3: Berücksichtigung der Rechtsprechung und praktischen Handhabbarkeit*

Es zeigt sich daher, dass eine Neufassung des Abschnitts im StGB zum Schutze der Ehre notwendig ist. Von den angeführten Regelungsalternativen ist zunächst die Ausgestaltung der Ehrdelikte als Erfolgsdelikte (zB Ehrverletzung oder Wahrnehmung durch Dritte als Erfolg) oder Delikte mit erweitertem Vorsatz auszuschließen: Die praktische Handhabbarkeit dieser Delikte würde sich dadurch keineswegs verbessern; der entsprechende Nachweis wäre nämlich de facto nie zu erbringen. Wenn es aber das Ziel sein soll, die Kommunikationsfreiheit dort zu begrenzen, wo der Achtungsanspruch des anderen vernichtet zu werden droht, dann kann die Anforderung an die Beweisbarkeit des Delikts nicht zugleich ins Unmögliche hochgeschraubt werden. Hinzu kommt, dass der Begriff einer »Ehrverletzung« wieder in höchstem Maße unbestimmt wäre, sodass die angeführten Mängel in der Tatbestandsbestimmtheit dadurch gerade nicht beseitigt würden.

Anderes muss mit dem neu gefassten Tatbestand gelingen: Erstens ist das Charakteristikum als abstraktes Gefährdungsdelikt im Tatbestand klarzustellen. Zweitens muss eine Formulierung gefunden werden, die eine ausdrückliche Abwägungsanordnung mit möglichst präzisen Abwägungskriterien an die Rechtsprechung enthält. Drittens ist es notwendig, die Tathandlungen enger zu fassen, damit gewährleistet ist, dass das Strafrecht wirklich nur dort greift, wo es notwendig ist, um einen fairen Diskurs zu gewährleisten, weil andernfalls die permanent in ihrem Ehranspruch Bedrohten nicht mehr an ihm teilhaben könnten. Aus diesem Grund ist viertens eine Wortwahl anzustreben, die sich an der Rechtsprechung der Grundrechtsgerichte orientiert; denn auf diese Weise werden der *ultima ratio*-Grundsatz des Strafrechts sowie der zugrunde gelegte Ehrbegriff schon im Wortlaut deutlich (zB Strafbarkeit von Werturteilen nur bei Exzess). Nur so lässt sich fünftens sicherstellen, dass die gegenläufigen Interessen nach den Grundsätzen der praktischen Konkordanz und Verhältnismäßigkeit begrenzt werden.

Der geschaffene Tatbestand der »Unerträglichen Herabsetzung« nach § 111 StGB *neu* erfüllt diese Anforderungen. Der Eingriff in den Schutzbereich der Kommunikations- und allenfalls Kunstfreiheit ist im Vergleich zur Vorgängerfassung aufgrund der stärkeren Rückbesinnung auf den *ultima ratio*-Grundsatz, die deutlich engere Tatbestandsformulierung und die Abwägungskriterien, die sich insbesondere auch in den nachstehenden Gesetzesausführungen zum Tatbestand finden (unter 7)), deutlich geringer. Die Rechtsklarheit wird erhöht. Dafür erscheint es vertretbar, den Strafraum für alle Formen der unerträglichen Herabsetzung auf Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bis zu 720 Tagessätzen festzulegen und das Delikt als *Offizialdelikt* (§ 2 StPO) auszugestalten. Die bisherige Qualifikation nach § 111 Abs 2 StGB kann damit entfallen. Es ist der richterlichen Strafbemessung (§§ 32 ff StGB)

vorbehalten, innerhalb dieses Rahmens eine tat- und schuldangemessene Strafe für den jeweiligen Einzelfall zu finden; insbesondere ist die Strafe danach zu bemessen, wie schwer die Folgen für das Ansehen des Opfers sind, wie groß die kommunikative Entgleisung in Form und Publizität oder wie gravierend der Exzess ausgefallen ist. Der neue Tatbestand ist damit geeignet, den gegenwärtigen Anforderungen an den strafrechtlichen Ehrschutz nachzukommen. Es lässt sich prognostizieren, dass die praktische Bedeutung des § 111 StGB *neu* aufgrund der besseren Durchsetzbarkeit als Officialdelikt für den Betroffenen einerseits steigen wird. Andererseits wird es nicht zu wesentlich höheren Verurteilungszahlen kommen, weil der Tatbestand nunmehr enger gefasst ist.

#### 6. Anwendung und Evaluierung

§ 111 StGB *neu* wird zunächst befristet für die Dauer von fünf Jahren ab Geltungsbeginn erlassen. Nach einer Evaluierung der Anwendung dieses Delikts in der Praxis wird separat über seine Fortgeltung entschieden. Die alte Rechtslage tritt im Fall eines Außerkrafttretens der Bestimmung vor Beschlussfassung über seine Fortgeltung nicht mehr in Kraft.

#### 7. Ausführungen zum Tatbestand des § 111 StGB *neu*

##### *Tathandlung:*

##### Vorwerfen

Die Tathandlung des § 111 StGB *neu* besteht in einem Vorwurf von nachteiligen Eigenschaften, Gesinnungen, Verhaltensweisen oder außergewöhnlichen Unzulänglichkeiten. Unter einem Vorwurf ist jeder »mit einem Tadel verbundene Hinweis« auf einen bestimmten nachteiligen Aspekt des menschlichen Seins einer anderen Person zu verstehen. Der Begriff ist damit identisch mit demjenigen in § 113 StGB auszulegen. Durch die Wortwahl wird nun Verschiedenes klargestellt:

Erstens sind wertfreie, bloß sachliche Mitteilungen über ehrenrührige Aspekte des menschlichen So-Seins nicht tatbestandsmäßig; eine neutrale Information ist damit gerade kein Vorwurf. Eine sachliche Wiedergabe fremder Äußerungen ohne eigene Negativwertung ist konsequenterweise umso mehr zulässig.

Zweitens sind vom Tatbestand auch Vorwürfe, die bloß gegenüber Dritten geäußert werden, erfasst. Das gilt selbst dann, wenn das Opfer gar nicht anwesend ist. Ein Vorwurf kann immerhin schon nach dem allgemeinen Sprachgebrauch ohne Weiteres auch gegen Abwesende erhoben werden.

Drittens wird durch die gewählte Formulierung des »Vorwerfens« klargestellt, dass das Delikt in zwei Erscheinungsformen auftreten kann: Wird der inkriminierte Vorwurf einmalig (insbesondere mündlich –

»face to face«) erhoben und verliert er seine Mindestpublizität unmittelbar nach dem Ende der Äußerung wieder, ist § 111 StGB *neu* als Zustandsdelikt erfüllt. Bleibt die Publizität des Vorwurfs dagegen, wie insbesondere bei Social Media oder auch Tageszeitungen, länger bestehen, ist die Gefährdung des individuellen Ehranspruchs des Opfers in der Regel umso höher. Aus diesem Grund soll der Tatbestand auch diese besondere Dauer als Unrecht erfassen. Der Vorwurf kann daher sprichwörtlich »länger im Raum stehen«; § 111 StGB *neu* ist in diesen Fällen als Dauerdelikt verwirklicht.

### *Alle Aspekte der Kommunikationsfähigkeit*

Durch die Aufzählung, wonach sich der strafwürdige Vorwurf inhaltlich gegen »nachteilige Eigenschaften, Gesinnungen, Verhaltensweisen oder außergewöhnliche Unzulänglichkeiten« wendet, sollen grundsätzlich zwar alle potentiell herabwürdigenden kommunikativen Verhaltensweisen, die sich gegen das So-Sein eines anderen richten, tatbestandsmäßig sein. Voraussetzung ist aber, dass der erhobene Vorwurf dazu führen könnte, dass potentielle Kommunikationspartner des Ehrträgers an seiner Fähigkeit zweifeln, den normativen Erwartungen gerecht zu werden, um als ebenbürtiger Kommunikationspartner wahrgenommen zu werden.

Tatbestandsmäßig sind damit zunächst sowohl Tatsachenbehauptungen als auch Werturteile, soweit sie ehrenrührig sind, wobei zu beachten ist, dass Tatsachenbehauptungen grundsätzlich eine höhere Gefährlichkeit aufweisen als Werturteile: Während letztere nämlich nur subjektive Stellungnahmen sind, die allenfalls einen Appell an andere enthalten, erheben erstere den Anspruch auf ihre Wahrheit und Richtigkeit. Im Sinne der Einheit der Rechtsordnung deckt sich der Begriff der Tatsachenbehauptungen mit jenem nach § 9 Abs 2 MedienG als »Angaben, die ihrer Art nach einer Prüfung auf ihre Richtigkeit und Vollständigkeit zugänglich sind und deren wesentliche Aussage nicht bloß in einer persönlichen Meinungsäußerung, einer Wertung oder einer Warnung vor dem zukünftigen Verhalten eines anderen besteht«. Alle anderen kommunikativen Äußerungen sind demgegenüber Werturteile. Für die Tatbestandsmäßigkeit ist es weiters unerheblich, welchen Aspekt des Menschseins als solchen diese Tatsachenbehauptungen oder Werturteile adressieren. Es macht keinen Unterschied, ob sie auf den Charakter, das Verhalten, das Vorleben, Eignungen, Misserfolge, die persönlichen Einstellungen, Gesinnungen, Orientierungen, Haltungen oder den Glauben, auf optische, mimische, gestische Eigenschaften oder den Gesundheitszustand zielen. Auch Schimpfworte wie »Schwein« oder »Trottel«, die vormals unter ein »Beschimpfen« nach § 115 Abs 1 StGB subsumiert wurden, sind ohne Weiteres tatbildlich. Immerhin kommt darin die Herabsetzung eines Menschen als Ganzem zum Ausdruck: Derartige Unmutsäußerungen erfassen bei fehlender

Tatsachengrundlage undifferenziert das So-Sein eines anderen in zumindest mehreren dieser Aspekte, sodass das Opfer durch die Verwendung derartiger Ausdrücke als insgesamt mit außergewöhnlichen Unzulänglichkeiten versehen hingestellt wird, die an seiner Fähigkeit zur ebenbürtigen Kommunikation mit anderen Zweifel aufkommen lassen können. Bezieht sich der Vorwurf des Täters auf einen Aspekt dieser Kommunikationsfähigkeit, handelt er tatbestandsmäßig.

#### *Ermittlung des Sinngehalts der kommunikativen Verhaltensweise*

Auch nach der Neufassung des § 111 StGB kommt der korrekten Ermittlung des Sinngehalts der inkriminierten kommunikativen Verhaltensweise große Bedeutung zu. Diese wird weiterhin den zentralen Dreh- und Angelpunkt sowie zugleich komplexesten Aspekt der richterlichen Tätigkeit im Bereich der Ehrdelikte bilden. Wie schon nach der bisherigen Rechtslage ist der Sinngehalt unter Zugrundelegung des Adressatenkreises festzustellen. In einem ersten Schritt ist daher die jeweilige Personengruppe, für welche die Äußerung wahrnehmbar sein konnte, zu ermitteln. Ihre Bestimmung hat möglichst exakt zu erfolgen. Im Zweifel ist jeweils von einem durchschnittlich verständigen und aufmerksamen Leser bzw. Zuhörer auszugehen. Solche Zweifel bestehen etwa dann, wenn nicht mehr festgestellt werden kann, über welche Kanäle sich die inkriminierte Äußerung jeweils verbreitet hat, oder die potentiellen Empfänger der Äußerung als so heterogene, diffuse Gruppe anzusehen sind, dass sie kaum Gemeinsamkeiten aufweisen. Das kann insbesondere bei Äußerungen über Social Media-Kanäle der Fall sein, wenn der Adressatenkreis nicht exakt ermittelbar ist – so zum Beispiel, wenn über ein offenes Facebook-Profil eine Nachricht verbreitet wird, die in weiterer Folge potentiell von jedem Nutzer rezipiert werden könnte. Umgekehrt sind Zweifel über den Adressatenkreis stets auszuschließen, wenn die Äußerung über ein Massenkommunikationsmittel verbreitet wurde, dessen Zielgruppe bereits konkret (wissenschaftlich) erforscht wurde und diese Forschungsergebnisse allgemein anwendbar sind. Gemeint sind vor allem periodische Druckwerke iSd MedienG oder auch Rundfunkmedien, deren Reichweite und durchschnittliche Zielgruppe gemeinhin definiert ist.

Bei der Ermittlung des Verständnisses einer Äußerung, wie es der bereits festgestellte Adressatenkreis zugrunde legt, ist stets der gesamte situative Kontext der Äußerung zu berücksichtigen. Auszugehen ist grundsätzlich jeweils von einer grammatikalischen bzw. wörtlichen Auslegung der inkriminierten kommunikativen Verhaltensweise, vorausgesetzt, die Äußerung erfolgte verbal (anders etwa bei Bildern oder Gestiken). Vom Wortlaut abweichende Sinngehalte bedürfen einer Begründung. Dieses vorläufige Auslegungsergebnis ist unter Einbeziehung des Kontexts entweder zu verifizieren oder auch abzuändern. Zu berücksichtigen ist daher die konkrete Äußerungssituation: Beginnend beim Anlass

der Äußerung (insbesondere dem politischen, gesamtgesellschaftlich relevanten Anlass), den typischen, milieuhängigen Umgangsformen, dem etwaigen Vorwissen der Adressaten (inkl ihres Bildungsgrads), bis hin zur konkreten Form der Äußerung (Tonfall, Wortwahl, Mimik, Gestik, Bildwahl, Platzierung im Medium etc) und der Beziehung zwischen Äußerndem und dem Opfer (zB verfeindete Nachbarn vs einander persönlich überhaupt nicht bekannte Personen) bzw dem Adressatenkreis (zB Äußerung in kleinem, vertrauten Kreis im Gasthaus vs Publikation in einem Rundfunkmedium). Im Zweifel muss der Äußernde die für ihn ungünstigste Verständnisvariante gegen sich gelten lassen (näher oben 3)).

#### *Tatopfer:*

Opfer einer »Unerträglichen Herabsetzung« nach § 111 StGB *neu* kann jeder Mensch sein, unabhängig davon, ob er sich seines Achtungsanspruchs bewusst ist oder nicht (zB kleine Kinder). Adressaten einer Unerträglichen Herabsetzung sind daher in aller Regel Einzelpersonen. Kollektive sind grundsätzlich nicht vom Begriff des »anderen« erfasst (zu § 116 StGB: unten 8)). Nur ausnahmsweise können Adressaten einer Unerträglichen Herabsetzung auch kleinere Kollektive sein. Das gilt nur dann und solange, als jedes einzelne Mitglied dieses Kollektivs individualisierbar ist und damit durch die inkriminierte Äußerung in seinem Achtungsanspruch abstrakt gefährdet wird. Pauschale Herabmachungen von größeren Personengruppen ohne Individualisierbarkeit jeder Einzelperson fallen dagegen exklusiv unter § 283 StGB.

#### *Objektive Bedingungen der Strafbarkeit:*

Der neu geschaffene Tatbestand der »Unerträglichen Herabsetzung« nach § 111 StGB *neu* enthält zwei objektive Bedingungen der Strafbarkeit (Mindestpublizität und Unerträglichkeit der Äußerung in einer demokratischen Gesellschaft) – ihr Eintritt ist Voraussetzung für die Deliktvollendung, ohne dass es dabei jedoch auf den entsprechenden Vorsatz des Täters ankäme. Die Deliktstruktur wurde gewählt, um die praktische Anwendbarkeit des Tatbestands nicht dadurch zu schmälern, dass der Einwand des Täters, er habe über Reichweite oder Heftigkeit seiner Äußerung geirrt (*Tatbildirrtum*), häufig kaum widerlegbar wäre. Regelungsziel des § 111 StGB *neu* ist nun aber, den Achtungsanspruch des Einzelnen vor Angriffen zu schützen, soweit sie für die Ehre eine abstrakte Gefährdung in unerträglichem Maße erreichen. Auf den diesbezüglichen Vorsatz des Täters kommt es für das Unrecht nicht an; es ist jedermann in allen Lebenslagen zumutbar, Wortwahl, Gestik, Lautstärke, Zeitpunkt, Medium etc seiner Botschaft mit so viel Bedacht zu wählen, dass die Schwelle zur gänzlichen »Unerträglichkeit in einer demokratischen Gesellschaft« nicht überschritten wird. Daher ist es für die Tatbestandsvollendung ausreichend, wenn der Täter eine entsprechend vorwurfsvolle Äußerung, die sich gegen nachteilige

Eigenschaften, Gesinnungen, Verhaltensweisen oder außergewöhnliche Unzulänglichkeiten des Opfers richtet, *vorsätzlich* artikuliert.

#### Mindestpublizität

Der Tatbestand der »Unerträglichen Herabsetzung« nach § 111 StGB *neu* ist zunächst nur erfüllt, wenn mindestens zehn von Täter und Opfer verschiedene Personen die Äußerung wahrnehmen könnten. Durch diese Beschränkung wird eine stärkere Orientierung am *ultima ratio*-Grundsatz sichergestellt, weil durch die Zurücknahme des Strafrechts eine Begrenzung auf die wirklich strafwürdigen Fälle der Herabsetzung anderer erfolgt: Gemeint sind jene Verhaltensweisen, in denen aufgrund der Publizität der inkriminierten Äußerung eine abstrakte Gefahr für den Achtungsanspruch des Einzelnen besteht. Äußerungen im kleinsten Kreis bergen diese Gefahr für sich genommen nicht in sich – die Gefahr, der Vorwurf könnte sich aus diesem Kreis heraus weiterverbreiten, darf dem Täter strafrechtlich nicht mehr zugerechnet werden. Ein Streit im kleinen Familienkreis ist damit ebenso per se aus dem Tatbestand ausgenommen wie eine hitzige Stammtisch-Diskussion unter sieben Mitgliedern, wenn außer dem Gastwirt keine weiteren Personen im Raum sind, oder auch eine Debatte im Kreise Fremder, wie etwa ein Universitätsseminar mit acht Teilnehmern. Tatbestandsmäßig ist aber das Facebook-Posting, das für eine hunderte Facebook-Freunde umfassende Community sichtbar wird. Mit der gewählten Formulierung »wahrnehmbar« wird entgegen zT anderslautender Ansichten in Rechtsprechung und Schrifttum klargestellt, dass es sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt handelt; auf die tatsächliche Wahrnehmung durch zehn weitere Personen kommt es ebenso wenig an wie auf eine »Wahrnehmbarkeit« als Taterfolg. Aus der Formulierung wird weiters klar, dass es für die Tatbestandsverwirklichung weder auf die gleichzeitige Anwesenheit von Täter und Opfer noch auf die gleichzeitige Anwesenheit von Täter oder Opfer und den zehn weiteren Personen ankommt; eine sukzessive Wahrnehmbarkeit genügt (dazu auch schon oben).

#### Unerträglichkeit in einer demokratischen Gesellschaft

Dem *ultima ratio*-Grundsatz des Strafrechts folgend sollen vom Tatbestand des § 111 StGB *neu* außerdem nur jene Formen der Herabsetzung anderer erfasst sein, die in einer demokratischen Gesellschaft nicht mehr hinnehmbar sind: Gemeint sind primär demokratiegefährdende Äußerungen, die einen gleichberechtigten, ausgewogenen Diskurs zu verunmöglichen drohen. Die zweite objektive Strafbarkeitsbedingung bringt das zum Ausdruck, indem die Strafbarkeit erst einsetzt, wenn die kommunikative Verhaltensweise in einer demokratischen Gesellschaft als geradezu unerträglich anzusehen ist. Abs 2 enthält eine Definition, wonach solche Äußerungen in einer demokratischen Gesellschaft geradezu unerträglich sind, die primär eine Herabsetzung des anderen



darstellen oder sich nicht auf einen hinreichend gewichtigen Anlass für die Äußerung in ihrer konkreten Form und Publizität berufen können.

Unerträglich sind damit zunächst gänzlich **unsachliche, blanke Diffamierungen** anderer Personen. Hierunter fallen insbesondere **anlasslose**, wüste Beschimpfungen und massive Ausfälligkeiten. Das gilt auch dann, wenn sie pro forma unter dem Deckmantel eines Anlasses als Auslöser artikuliert werden. Entgleist demnach die Form eines Werturteils zur Gänze, darf das im Interesse eines friedlichen Miteinanders zur Gewährleistung eines freien Diskurses in einer demokratischen Gesellschaft nicht hingenommen werden. Das gilt grundsätzlich unabhängig vom Ausmaß der Publizität der Äußerung, sofern freilich die Mindestpublizität als Schwelle zur Strafbarkeit erreicht wurde.

Unerträglich in einer demokratischen Gesellschaft können zudem Werturteile sein, die mit einer konkreten **Tatsachengrundlage** verknüpft sind. Dasselbe gilt für reine Tatsachenbehauptungen. Voraussetzung für die Unerträglichkeit ist in beiden Fällen, dass die Äußerung im Hinblick auf ihre Form und den Publizitätsumfang zur Faktengrundlage/zum Anlass nicht mehr in Relation steht. Die formale Aufmachung und Publizität ist diesfalls zum Äußerungs(hinter)grund außer Verhältnis geraten (Exzess). Für die Beurteilung ist daher einerseits die konkret gewählte Form, andererseits die Reichweite der inkriminierten Äußerung einzubeziehen.

In allen Fällen ist jeweils ein sehr strenger Maßstab an die Unerträglichkeit in einer demokratischen Gesellschaft anzulegen. Nur in den Fällen, in denen ein angstfreier und unverfälschter Diskurs verunmöglicht wäre, würde man derartige Entgleisungen zulassen, soll das Strafrecht dem *ultima ratio*-Grundsatz folgend tatsächlich zum Einsatz gelangen. Diese Schwelle wird etwa dann erreicht, wenn einer Person massenmedial eine gerichtliche Straftat unterstellt wird oder systematische Erniedrigungen im klassenzimmergroßen Kreis erfolgen. Die Schwelle wird umgekehrt nicht schon dann erreicht, wenn jemand seinem Gegenüber vor mehreren anderen den »Vogel« zeigt, ihn im Zuge einer hitzigen Diskussion als »Trottel« beschimpft oder den »Stinkefinger« hebt. Zu prüfen ist gerade im Bereich der sozialen und sonstigen (Massen-)Medien stets, ob die gewählte Form just wegen ihrer konkreten Erscheinung immerhin noch einen gewissen Beitrag zum öffentlichen Diskurs leisten konnte, indem sie besondere Aufmerksamkeit erregte, Denkanstöße gab oder aufzurütteln vermochte, oder ob dieselbe »Botschaft« mit gleicher Wirkung ohne Weiteres in einer weniger ehrenrührigen Form hätte übermittelt werden können. Das gilt auch dann, wenn die Kunstfreiheit (etwa bei Karikaturen) in die Interessenabwägung involviert ist.

#### *Aufhebung der Strafbarkeit:*

In bestimmten Fällen soll wie nach der bisherigen Rechtslage auch der Wahrheitsbeweis zulässig sein und strafbefreiend wirken. Das gebietet

zum einen die EMRK in ihrer Auslegung insbesondere durch den EGMR, zum anderen aber auch die zentrale Leitlinie der Ehrdelikte, wonach es primär um die Ermöglichung einer demokratischen Willensbildung durch Diskurs geht. Damit der solcherart tatsächliche iSv wahre demokratische Wille gebildet werden kann, ist grundsätzlich Voraussetzung, dass in diesem Diskurs auch die Wirklichkeit abgebildet wird. Der Kommunikation von wahren Tatsachenbehauptungen, auch wenn sie schockieren, überzeichnet formuliert sind oder nach der Absicht des Geheimnisträgers ein Geheimnis bleiben sollten, ist damit strafrechtlich ein größerer Freiraum zu geben als unwahren Behauptungen.

Dementsprechend ist die Tat nach § 111 Abs 3 StGB *neu* nicht zu bestrafen, wenn sich der behauptete Vorwurf als wahr erweist. Das ist dann der Fall, wenn er sich in seinem wesentlichen Aussagegehalt als zutreffend herausstellt. Damit orientiert sich die nunmehr ausdrückliche Formulierung des Gesetzes an der schon bisher geltenden Rechtsprechung, die ebenfalls darauf abstellt, ob sich eine Äußerung zum Zeitpunkt des Vorwurfs in ihrem wesentlichen Kern mit der Wirklichkeit deckt (**Übereinstimmung des sachlichen Kerns, Kongruenz**). Unwesentliche Abweichungen ändern an der grundsätzlichen »Wahrheit« nichts. Beim Vorwurf einer mit Strafe bedrohten Handlung gehört die innere Tatseite – wenn es bspw um die Abgrenzung von (bedingtem) Vorsatz zu Fahrlässigkeit geht oder das gänzliche Fehlen einer subjektiven Komponente geprüft wird – jedenfalls zum sachlichen Kern, nicht unbedingt dagegen die Elemente des objektiven Tatbestands (»Subsumtionsfehler« auf objektiver Seite sind zB irrelevant).

Für die Herausbildung des demokratischen Willens sind schon per se nur Tatsachen relevant, an deren Verbreitung zumindest in bestimmten Aspekten ein öffentliches Interesse besteht. Tatsachen, für die ein solches öffentliches Interesse durchwegs zu verneinen ist, so wie insbesondere Informationen des höchstpersönlichen Lebensbereichs, sollen daher einem Wahrheitsbeweis von vornherein entzogen sein. Insoweit ist der Wahrheitsbeweis daher nicht zuzulassen; der Privatsphäre- oder sonstige Geheimnisschutz geht in diesen Fällen vor (dazu auch unten 8)).

Ein entscheidender Unterschied zur bislang geltenden Rechtslage ist darin zu sehen, dass nach § 111 Abs 3 StGB *neu* kein Gutgläubensbeweis mehr vorgesehen ist. Schon nach dem bisherigen Tatbestand der Üblen Nachrede war der Gutgläubensbeweis nur für die Fälle sehr geringer Publizität der Äußerung vorgesehen. Mit der Anhebung der Mindestpublizitätsanforderungen nach der neuen Rechtslage entfällt damit auch die sachliche Rechtfertigung für einen Gutgläubensbeweis. Vielmehr ist jedem Teilnehmer am öffentlichen Diskurs zuzumuten, einen Vorwurf entsprechend als Vermutung oder vielmehr bloßen Verdacht zu formulieren bzw bis zur Gewissheit nur in sehr kleinem Kreis zu artikulieren, wenn und solange er ihn nicht als gesichert annimmt.

Gegenüber der Vorgängerfassung ist schließlich die dogmatische Konstruktion des § 111 Abs 3 StGB *neu* klarzustellen: Strafrechtsdogmatisch liegt ein Strafaufhebungsgrund vor, was auch durch die Formulierung »ist nicht zu bestrafen« zum Ausdruck gebracht wird; der gelungene Wahrheitsbeweis ist nämlich ein Umstand, der eine bereits eingetretene Strafbarkeit rückwirkend wieder beseitigt/aufhebt.

#### *8. Ausführungen zu den Änderungen in den §§ 112 ff StGB*

##### *Inbesondere Streichung von § 112 Satz 2 StGB*

Die Einschränkung in § 112 Satz 2 StGB in der bisherigen Fassung, wonach der Wahrheits- oder Gutgläubensbeweis über Tatsachen des Privat- oder Familienlebens und über strafbare Handlungen, die nur auf Verlangen eines Dritten verfolgt werden (Privatanklagedelikte), nicht zuzulassen ist, entspricht nicht den völker- und verfassungsrechtlichen Verpflichtungen aus der EMRK: Insbesondere knüpft der EGMR für die Beurteilung der Zulässigkeit einer Offenbarung von Tatsachen des Privat- und Familienlebens an das öffentliche Interesse an. So kann etwa bei entsprechendem öffentlichem Interesse an ihrer Kenntnis die Preisgabe solcher Tatsachen erlaubt sein, wenn es sich um einen Politiker handelt und ein Bezug zu seiner beruflichen Tätigkeit besteht (vgl auch § 29 MedienG, der in bisheriger Form aufrecht bleibt). Anders als in der Neufassung des § 111 StGB kommt diese Abwägungsfrage im Wortlaut der bis dato geltenden Bestimmung nicht zum Ausdruck; sie leidet daher an einem erheblichen Bestimmtheitsmangel und soll nun durch § 111 Abs 3 Satz 3 StGB *neu* ersetzt werden.

Ferner war auch der Titel neu zu fassen, weil der Gutgläubensbeweis entfallen ist.

##### *Beibehaltung des § 113 StGB*

Die Bestimmung nach § 113 StGB, die den Vorwurf einer schon abgetanen gerichtlich strafbaren Handlung unter Strafe stellt, bleibt unverändert. Ihr besonderer Zweck ist es, den durch eine Strafe bereits erzielten Resozialisierungserfolg für den rechtskräftig verurteilten Straftäter nicht durch einen ewigen Vorhalt vergangenen Fehlverhaltens zu konterkarieren. Die Elemente des objektiven Tatbestands (»Vorwerfen«, Begriff der schon abgetanen gerichtlich strafbaren Handlung) weisen auch keine Auslegungsschwierigkeiten auf.

##### *Neufassung des § 114 StGB*

§ 114 Abs 1 StGB enthält in der bislang geltenden Fassung einen pauschalen Rechtfertigungsgrund für die Wahrnehmung von Rechtspflichten (zB Zeugenpflicht, Anzeigepflicht von Ärzten) oder die Ausübung von Rechten. Die Kommunikationsfreiheit ist zweifellos auch ein solches Recht; ihre Berücksichtigung erfolgte allerdings vielfach über Reduktionen des Wortlauts der Tathandlungen des § 111 StGB. Es ent-

spricht darüber hinaus dem Stufenbau der Rechtsordnung, dass ein Grundrecht in aller Regel schon die Tatbestandsmäßigkeit ausschließt und nicht erst als Rechtfertigungsgrund greift. Die Neufassung des § 111 StGB ermöglicht dies nun umfassend, sodass in § 114 Abs 1 StGB die Einschränkung auf andere Rechte als jenem auf freie Kommunikation angezeigt war. Gemeint sind wie bisher insbesondere die Verteidigungsrechte vor Gericht oder auch Informationsrechte, wie sie etwa dem Betriebsrat gegenüber der Belegschaft zukommen. § 114 Abs 1 StGB erfasst die Fälle der Geltendmachung der Kommunikationsfreiheit (Art 13 StGG/Art 10 EMRK) damit nun nicht mehr; sie unterfallen exklusiv § 111 StGB.

§ 114 Abs 2 StGB schließt die Strafbarkeit in Fällen aus, in denen der Täter durch besondere Umstände genötigt war, den Vorwurf nach §§ 111 oder 113 StGB in der geschehenen Form und Weise zu erheben, es sei denn, dass die Behauptung unrichtig ist und der Täter sich dessen bei Aufwendung der nötigen Sorgfalt (§ 6) hätte bewusst sein können. Nach der bisherigen Fassung wurde allerdings offengelassen, ob es sich hierbei um einen (weiteren) Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund handelt. Da § 114 Abs 2 StGB letztlich ein Zumutbarkeitsproblem behandelt, ist in diesen Fällen generell von einem Entschuldigungsgrund auszugehen; am Unrecht der Tat ändert sich nämlich nichts.

*Inbesondere Entfall der Tathandlungen »Beschimpfen« und »Verspotten« in § 115 StGB*

§ 115 StGB erfasst in Hinkunft nur noch die Fälle der ehrenrührigen Misshandlung(sdrohungen). Die Tathandlungen des »Beschimpfens« und »Verspottens« wurden in den Tatbestand der »Unertäglichen Herabsetzung« nach § 111 StGB überführt. Die Abgrenzung zwischen den Tathandlungen des § 111 StGB *neu* und einem »Misshandeln« nach § 115 StGB *neu* hat danach zu erfolgen, dass § 111 StGB nur kommunikative Handlungen erfasst. Kommunikative Handlungen sind solche, die intentional auf eine Bedeutungsvermittlung gerichtet sind. So ist etwa das Bekleben des Rückens eines anderen mit Zetteln, die einen ehrenrührigen Inhalt aufweisen, nach § 111 StGB zu beurteilen, weil die kommunikative Komponente überwiegt. Bei einem Schubsen oder Ohrfeigen dagegen steht das Gewaltmoment und nicht die kommunikative Bedeutungsvermittlung im Vordergrund; derartige Fälle fallen dennoch weiterhin unter § 115 StGB und sollen insgesamt im Abschnitt der Delikte gegen die Ehre verbleiben, weil sie sich primär gegen die Ehre des Opfers richten. Die Überschrift wurde entsprechend dem eingeschränkten Tatbild neu gefasst.

*Weitgehende Beibehaltung des § 116 StGB*

§ 116 StGB bleibt weitgehend unverändert. Kollektivbeleidigungen sind nämlich per se weiterhin nicht von § 111 StGB erfasst (oben 7)). Zum Schutz des Vertrauens der Gesellschaft in die öffentlichen Institutionen

braucht es daher ergänzend in engem Umfang einen Tatbestand, der das Ansehen bestimmter staatlicher Institutionen vor kommunikativen Angriffen schützt.

Durch die Neufassung von § 115 StGB, der nur mehr die Fälle der Misshandlung eines anderen sowie des Drohens mit einer Misshandlung erfasst, hat der Verweis auf § 115 StGB in § 116 StGB allerdings zu entfallen, weil eine Misshandlung(sdrohung) für Kollektive als Opfer nicht denkbar ist. Die Überschrift war entsprechend an jene des § 111 StGB *neu* anzupassen.

*Aufwertung des § 111 StGB neu zum Officialdelikt (§ 2 StPO)*

In § 117 Abs 1 Satz 1 StGB ist in der bisherigen Fassung eine Ausnahme vom Officialprinzip nach § 2 StPO für die §§ 111 und 115 StGB verankert. Beide Tatbestände sind als Privatanklagedelikte (§ 71 StPO) ausgestaltet; ein Ermittlungsverfahren findet daher ebenso wenig statt wie es zu einer Anklage durch eine Staatsanwaltschaft kommt. Mit der Neufassung des § 111 StGB ist nun eine starke Einschränkung des Tatbestands gegenüber dem bisherigen verbunden, die den Einsatz des Strafrechts auf die massivsten Verstöße gegen kommunikative Grundregeln und damit auf echte demokratiegefährdende kommunikative Handlungen begrenzt. An deren staatlicher Verfolgung besteht zweifellos ein großes Interesse. Es erscheint daher angezeigt, das Delikt der »Unerträglichen Herabsetzung« zum Schutze dieser Grundregeln zum Officialdelikt aufzuwerten. Aus diesem Grund wird in § 117 Abs 1 Satz 1 StGB *neu* nach »Ehre« die Wendung », mit Ausnahme des § 111,« eingefügt.

## 5. Zusammenfassung

Aus dem Ergebnis dieser Arbeit, wonach die §§ 111 und 115 StGB idGF an einem erheblichen – nämlich verfassungsrechtlich relevanten – Mangel an Bestimmtheit (§ 1 StGB/Art 18 B-VG/Art 7 EMRK) leiden, resultierte die Notwendigkeit, einen neuen, verfassungskonformen Gesetzesvorschlag zu unterbreiten. Dieser setzt sich einerseits aus einer Neufassung des Delikts der »Unerträglichen Herabsetzung«, andererseits aus seiner umfassenden Erörterung in neuformulierten Gesetzesmaterialien zusammen. Der Gesetzesvorschlag enthält nun anstatt der Tatbestände der Üblen Nachrede nach § 111 StGB und der Beleidigung nach § 115 StGB ein einheitliches Tatbild: Nur Fälle der »Unerträglichen Herabsetzung« iSd § 111 StGB *neu* sollen gerichtlich bestraft werden. Das ist das Ergebnis eines strukturierten Abwägungsprozesses (Ermittlung und Sammlung der involvierten Interessen, Bewertung/Gewichtung der Interessen, Gegenüberstellung der Interessen und ihres Gewichts, Sammlung von Regelungsalternativen, Auswahl einer Regelungsalter-

native)<sup>2172</sup>. Dieser erfolgte entlang wesentlicher Regeln, Prinzipien und Leitlinien der Abwägung im Kommunikationsstrafrecht, wie sie sich aus der geltenden (insb grundrechtlichen) Rechtsprechung ergeben.<sup>2173</sup> Berücksichtigt wurden neben der Vorhersehbarkeit einer Strafbarkeit im Einzelnen darüber hinaus der *ultima ratio*-Grundsatz sowie eine praktische Handhabbarkeit des Delikts. Die wesentlichen Eckpfeiler des Gesetzesvorschlags samt Erläuternder Bemerkungen hierzu sind

- die Zusammenfügung der Tathandlungen des § 111 StGB idGF mit den Tathandlungen »Beschimpfen« und »Verspotten« des § 115 StGB idGF zu einer einzigen Tathandlung (»Vorwerfen«)
- klarerer Ehrbegriff (Vermutung der Kommunikationsfähigkeit des Ehrträgers)
- die Anhebung der Mindestpublizität sowie die Klarstellung ihres dogmatischen Charakters
- das Abstellen für die Strafbarkeit einer kommunikativen Verhaltensweise auf ihre »Unerträglichkeit in einer demokratischen Gesellschaft«
- die Klarstellung im Tatbestand, dass es für diese Unerträglichkeit darauf ankommt, ob die Äußerung primär eine Herabsetzung des anderen darstellt oder sich nicht auf einen hinreichend gewichtigen Anlass für die Äußerung in ihrer konkreten Form und Publizität berufen kann
- die Präzisierung des Wahrheitsbeweises
- der Entfall des Gutgläubensbeweises
- die Präzisierung des Anwendungsbereichs des § 114 StGB und
- die Aufwertung des Delikts der »Unerträglichen Herabsetzung« nach § 111 StGB des Gesetzesvorschlags zum Officialdelikt (§ 2 StPO).

## XVII. Zusammenfassung des 3. Teils

Das geltende Kommunikationsstrafrecht enthält neben Medieninhaltsdelikten auch Strafbestimmungen, die bestimmte Eingriffe in Persönlichkeitsrechte verbieten, und solche, welche die Preisgabe von

<sup>2172</sup> Zur theoretischen Vorstellung dieses Modells X.

<sup>2173</sup> Zu diesen XIV.

(sonstigen, meist staatlichen) Geheimnissen pönalisieren. Anlass für ihre Schaffung war entweder die Notwendigkeit des Verbots besonders verwerflicher Inhalte (zB bestimmter Lügen), das Ziel des Schutzes von bestimmten Aspekten der Persönlichkeitsentfaltung oder des Schutzes bestimmter Informationen vor Kenntnisnahme durch Unbefugte. Mit dem Inkrafttreten der Delikte wurde die Kommunikationsfreiheit jeweils im Umfang des formulierten strafbaren Kommunikationsverhaltens beschränkt.

Die dahinterstehenden gesetzgeberischen Abwägungsmaximen, die zu diesen Strafbestimmungen geführt haben, könnten insb die nachfolgenden sein. Als mögliche Regeln der Abwägung, von denen sich der Gesetzgeber bei der Schaffung von Kommunikationsstrafrecht leiten lässt, kommen die Bestimmtheit und Verhältnismäßigkeit der Norm oder die Wesensgehaltsgarantie in Betracht. Als weitere, für das Kommunikationsstrafrecht besonders typische Regel ließe sich das Gebot heranziehen, dass Werturteile nur bei gänzlich fehlender Tatsachengrundlage oder Exzess strafbar sein dürfen. Eine Regel aus Sicht des Gesetzgebers könnte auch sein, dass die menschliche Intimsphäre des einen eine ausnahmslose Grenze für die Kommunikationsfreiheit des anderen markiert. Zudem könnte der Gesetzgeber verschiedene Zweifelsregeln aufstellen, so insb, dass eine Äußerung im Zweifel als Tatsachenäußerung zu interpretieren ist, bei deren Wahrheits(-erweis) keine Bestrafung erfolgen darf. Ein mögliches Prinzip, das vom Gesetzgeber potentiell in eine Interessenabwägung im Kommunikationsstrafrecht eingestellt werden könnte, stellt insb das Prinzip praktischer Konkordanz als Regelungsziel is eines Optimierungsgebots dar. Weiteres kommunikationsstrafrechtstypisches Prinzip könnte der Grundsatz sein, dass die Kommunikationsfreiheit weiter reicht, wenn der kommunizierte Inhalt einen Beitrag zu einer öffentlichen Debatte leisten kann oder wenn (Massen-)Medien in Wahrnehmung ihrer Public Watchdog-Funktion Informationen verbreiten. Auch von einer grundsätzlichen Strafflosigkeit wahrer Äußerungen könnte der Gesetzgeber prinzipiell ausgehen, wenn nicht im Einzelfall das Interesse am Schutz eines Geheimnisses überwiegt. Ausschnitte aus dem Privatleben jenseits der Intimsphäre schließlich könnten vom Gesetzgeber zumindest in bestimmten Fällen noch vor ungehinderter Preisgabe strafrechtlich geschützt werden. Als das gesamte Kommunikationsstrafrecht verbindende Leitlinien ließen sich das Ziel der angstfreien Kommunikation mit dem nächsthöheren Ziel der Ermöglichung eines gleichberechtigten öffentlichen

Diskurses zum Zweck der Aufrechterhaltung einer lebendigen Demokratie als höchstem Ziel formulieren.

In den einschlägigen Gesetzesmaterialien zu den Delikten des Kommunikationsstrafrechts finden sich allerdings weitestgehend andere Abwägungsmaximen. Zwar artikuliert der Gesetzgeber häufig den Regelungsbedarf bzw das verfolgte -ziel, legt auch durchaus für ihn relevante Abwägungsgesichtspunkte dar oder präzisiert Tatbestände anhand von Definitionen. Klare Regeln, Prinzipien oder Leitlinien, von denen er sich bei der hinter der jeweiligen Strafbestimmung stehenden Interessenabwägung leiten hat lassen, oder die er der Rsp samt Abwägungsspielräumen für den Einzelfall vorgibt, sind dagegen kaum herauszufiltern. Allenfalls klingt vereinzelt das Verhältnismäßigkeitsgebot an und nennt der Gesetzgeber die jeweils rechtlich geschützten Interessen, die er anerkennt. Die weiteren gesetzgeberischen Überlegungen im Kommunikationsstrafrecht konzentrieren sich auf abwägungsferne Aspekte wie Beweiserhebungsprobleme oder Praktikabilitätsabwägungen.

Die nahezu zur Gänze fehlende Vorgabe von Regeln, Prinzipien oder Leitlinien der Abwägung hat eine direkte Auswirkung auf die Bestimmtheit der §§ 111 ff StGB (Delikte gegen die Ehre): Da zwei der drei Grunddelikte des Abschnitts – Üble Nachrede (§ 111 StGB) und Beleidigung (§ 115 StGB) – ganz überwiegend äußerst vage Begrifflichkeiten zur Umschreibung va des Tatbilds verwenden und die dazugehörigen Gesetzesmaterialien diese nicht näher konkretisieren, sind beide Delikte wegen mangelnder Bestimmtheit nach Art 18 B-VG und Art 7 EMRK als verfassungswidrig einzustufen. Sie weisen nämlich keinen eindeutigen Strafbarkeitskern auf: Auch nach Auslegung anhand der anerkannten Interpretationsmethoden bleibt für nahezu alle denkbaren Sachverhaltskonstellationen, die *prima facie* unter den Tatbestand fallen könnten, vielfach unklar, ob sie nun unter das Tatbild zu subsumieren sind oder nicht. Das zeigt sich ua an der uneinheitlichen Rsp-Praxis: Die Auslegungsunsicherheiten ergeben sich allen voran aus der von der Rsp entwickelten Pflicht, neben dem Sinngehalt der inkriminierten kommunikativen Verhaltensweise auch den gesamten Äußerungskontext zu berücksichtigen. Diese Praxis in Kombination mit der gehäuften Verwendung von unbestimmten Gesetzesbegriffen und normativen Tatbestandsmerkmalen führt im Ergebnis zu einem Scheitern der Auslegungsmethoden; insb erfüllt die subjektiv-historische Interpretation anhand des gesetzgeberischen Willens ihre Funktion nicht,



indem sie die zu berücksichtigenden Abwägungsaspekte ausreichend deutlich hervorbringt.

Eine Neufassung insb der §§ 111 und 115 StGB samt dazugehöriger Gesetzesmaterialien und unter besonderer Berücksichtigung des *ultima ratio*-Prinzips ist damit dringend geboten. Die konkrete Fassung der Delikte *de lege ferenda* muss das Ergebnis eines gesetzgeberischen Abwägungsprozesses, der die ersten fünf Phasen durchläuft (Ermittlung und Sammlung der involvierten Interessen, Bewertung/Gewichtung der Interessen, Gegenüberstellung der Interessen und ihres Gewichts, Sammlung von Regelungsalternativen, Auswahl einer Regelungsalternative), sein. Die Ergebnisse der einzelnen Phasen sind jeweils in den Gesetzesmaterialien zu dokumentieren. Die sechste Phase – Anwendung der Regelungsalternative und Evaluierung – kann erst zu einem späteren Zeitpunkt stattfinden.

Eine mögliche Neugestaltung des Gesetzestexts könnte so aussehen, dass die Tatbestände der §§ 111 und 115 StGB (soweit sie kommunikative Verhaltensweisen betreffen) zu einem einheitlichen Tatbestand zusammengefügt werden, der sich »Unerträgliche Herabsetzung« nennt. Die Tathandlung wird konkretisiert und konzentriert auf das in den Gesetzesmaterialien definierte »Vorwerfen« von nachteiligen Eigenschaften, Gesinnungen, Verhaltensweisen oder außergewöhnlichen Unzulänglichkeiten; klargestellt wird in den Materialien zusätzlich, dass der Vorwurf damit alle Aspekte des menschlichen So-Seins erfasst, soweit sie die Fähigkeit zur ebenbürtigen Kommunikation mit anderen betreffen. Eine Strafbarkeit tritt jedoch nur bei Vorliegen der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit ein, dass der Vorwurf erstens für mindestens zehn von Täter und Opfer verschiedene Personen wahrnehmbar und zweitens in einer demokratischen Gesellschaft geradezu unerträglich ist. Eine geradezu Unerträglichkeit in einer demokratischen Gesellschaft liegt nur (!) dann vor, wenn die Äußerung entweder primär eine Herabsetzung des anderen darstellt oder sich nicht auf einen hinreichend gewichtigen Anlass für die Äußerung in ihrer konkreten Form und Publizität berufen kann (*Strafbarkeit von Werturteilen bei fehlender Tatsachengrundlage oder Exzess*). Der Wahrheitsbeweis ist zulässig, wenn an der Kenntnis der Äußerung grundsätzlich ein öffentliches Interesse besteht (*Debate of Public Interest, Grenze der verschiedenen Persönlichkeitssphären nach Art 8 EMRK, Public Figures-Standard*). Nach den Gesetzesmaterialien ist im Zweifel von einer Tatsachenaуßerung auszugehen, um dem Beschuldigten einen Wahrheitsbeweis zu ermöglichen (obwohl regelmäßig in

einer Tatsachenaussäuerung der schwerere Angriff auf die Ehre zu erblicken sein wird als in einem Werturteil). Allerdings muss der Täter die ungünstigste Auslegungsvariante des Aussäuerungssinns gegen sich gelten lassen. Als Strafe wird Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bis zu 720 Tagessätzen angedroht. Das Delikt ist als Officialdelikt (§ 2 StPO) ausgestaltet. Die partiellen Vorrangrelationen werden in diesem fiktiven Vorschlag vom Gesetzgeber lt. Materialien wie folgt gebildet: Das Interesse an zwischenmenschlicher Kommunikation genießt im Strafrecht grundsätzlich den Vorrang vor dem Interesse auf Schutz der persönlichen Ehre. Einschränkungen der Kommunikationsfreiheit werden zwar vorgenommen; allerdings setzt der strafrechtliche Ehrschutz nicht schon bei jeder Beeinträchtigung des Achtungsanspruchs einer Person ein, sondern erst dort, wo andernfalls auf jedweden Schutz dieses Anspruchs verzichtet werden müsste. Gegen alle übrigen Ehrbeeinträchtigungen ist außerhalb des Kriminalstrafrechts vorzugehen.

□

Teil 4

## **Ergebnisse in Thesen**

1. Das Strafrecht wird durch seinen Zweck, Rechtsgüter zu schützen, legitimiert.
2. Bei der Wahl der Rechtsgüter kommt dem Strafgesetzgeber ein weiter Ermessensspielraum zu, der direkt durch das Verhältnismäßigkeitsgebot und indirekt durch die verfassungsrechtliche Vorgabe von konkret zu schützenden Rechtsgütern begrenzt wird.
3. Soweit die Verfassung Rechtsgüter vorgibt (zB Leben), ist das Strafrecht streng an sie gebunden.
4. Die höchstrangigen Rechtsgüter sind jene, die verfassungsrechtlich gewährleistet sind – insb die Grundrechte begrenzen damit das Strafrecht.
5. Der Strafgesetzgeber ist ua aufgrund der grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte primär verantwortlich, die Einhaltung der Grundrechte zu gewährleisten (sekundär die Rsp).
6. Die Rsp hat die Straf(-verfahrens-)gesetze grundrechtskonform anzuwenden; bei Zweifeln über die Verfassungskonformität ist ein Gesetzesprüfungsverfahren beim VfGH zu beantragen (Art 89 Abs 2 B-VG).
7. Zweifel iSd Art 89 Abs 2 B-VG bestehen dann, wenn nach Auslegung innerhalb des äußerst möglichen Wortlauts (*nicht*: Rechtsfortbildung) unklar bleibt, ob eine verfassungskonforme Auslegung des anzuwendenden Gesetzes möglich ist.
8. Eine teleologische Reduktion oder Gesetzesanalogie durch die Rsp zu Gunsten des Täters ist dagegen unzulässig, wenn die angenommene planwidrige Lücke in die Verfassungssphäre hineinreicht; zu Lasten des Täters ist sie gänzlich untersagt (*nulla poena sine lege*, (§ 1 StGB/Art 18 B-VG/Art 7 EMRK).
9. Für das Verhältnis der Kommunikationsfreiheit nach Art 13 StGG/ Art 10 EMRK zum Strafrecht hat die Grundrechtsgebundenheit zur Konsequenz, dass sich jedes strafrechtliche Verbot bereits abstrakt an den Eingriffsschranken insb nach Art 10 Abs 2 EMRK messen lassen muss.
10. Der Schutzbereich der Kommunikationsfreiheit erfasst jede Strafbestimmung als Eingriff, welche eine intentional auf sprachliche Bedeutungsvermittlung gerichtete menschliche Verhaltensweise unter Strafe stellt.
11. Nicht unter den Schutzbereich der Kommunikationsfreiheit fallen alle Verhaltensweisen, die auf eine andere soziale Interaktion gerichtet sind (zB Gewalt); ebenso solche, die iSd *lex specialis*-Regeln

- durch ein spezielleres Grundrecht geschützt sind (zB Kunstfreiheit nach Art 17a StGG).
12. All diese Eingriffe durch das Strafrecht müssen sich an die absoluten Eingriffsverbote (wie etwa das Zensurverbot) halten, einem der legitimen Zwecke nach Art 10 Abs 2 EMRK dienen und verhältnismäßig sein; andernfalls ist ein »Kommunikationsstrafrecht« nicht zulässig.
  13. Im Ermittlungsverfahren kann die Verfassungswidrigkeit eines Eingriffs in die Kommunikationsfreiheit insb über einen Antrag auf Einstellung des Ermittlungsverfahrens nach § 108 Abs 1 Z 1 iVm Abs 2 StPO (*arg*: »keine Bedrohung mit gerichtlicher Strafe«) sowie einen Einspruch wegen Rechtsverletzung nach § 106 Abs 1 StPO bzw eine Beschwerde gegen gerichtliche Beschlüsse nach § 87 StPO (*arg*: fehlender Tatverdacht wegen legitimer Grundrechtsausübung) geltend gemacht werden.
  14. Im Rechtsmittelverfahren sind die Mängelrüge nach § 281 Abs 1 Z 5 StPO (*arg*: Feststellung des Sinngehalts der Äußerung allein anhand ihrer semantischen Bedeutung) und die Tatsachenrüge nach § 281 Abs 1 Z 5a StPO (*arg*: Erreichen der Erheblichkeitsschwelle bereits bei Fehlbeurteilung des Sinngehalts oder unrichtiger Verweigerung des Wahrheitsbeweises) wirksame Rechtsmittel; auch mit Rechtsrüge nach § 281 Abs 1 Z 9 StPO kann zT erfolgreich vorgegangen werden (*arg*: unrichtige Beurteilung, das kommunikative Verhalten unterfalle einem Straftatbestand, obwohl es sich in Wahrheit um legitime Grundrechtsausübung handelt).
  15. Mittels Rechtsbehelfen kann ein Verstoß gegen die Kommunikationsfreiheit insb über die Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes gemäß §§ 23, 292 StPO (*arg*: insb gänzlich fehlende oder unbegründete Feststellungen zum Sinngehalt), die außerordentliche Wiederaufnahme nach § 362 Abs 1 StPO (*arg*: Fehlbeurteilung des Sinngehalts oder unrichtige Verweigerung des Wahrheitsbeweises) und über § 363a StPO (in direkter Anwendung oder analog) geltend gemacht werden.
  16. Weitere Konsequenz der Grundrechtsgebundenheit des Strafrechts ist die Notwendigkeit einer Abwägung aus Anlass eines Grundrechtseingriffs.
  17. Anlass der Abwägung im Strafrecht ist stets eine Interessenkollision: (Mindestens) Ein rechtlich schützenswertes Interesse an der Ausübung eines Verhaltens trifft auf (mindestens) ein rechtlich

- schützenswertes Gegen-Interesse, das Verhalten nicht zu setzen, wobei die gleichzeitige volle Durchsetzung aller Interessen nicht möglich ist.
18. Im Kommunikationsstrafrecht stehen einander jedenfalls die Kommunikationsfreiheit und verschiedene private (zB Ehre) oder öffentliche (zB Bestandskraft des Staats) Interessen gegenüber.
  19. Zwischen ihnen ist ein Interessenausgleich durch Abwägung herzustellen: (Nicht justiziables) Ziel ist es, jedes Interesse nur soweit zurückzudrängen, als es zur Auflösung der Interessenkollision notwendig ist; umgekehrt ist jedes Interesse so weit zu optimieren, als es die Alternativen zur Auflösung der Kollision zulassen (*praktische Konkordanz*).
  20. Verfassungsrechtlicher und justiziables Maßstab jeder Abwägung ist die Verhältnismäßigkeit: Es muss nicht die einzig richtige Interessenproportion gefunden werden, sondern das gefundene Verhältnis darf bloß nicht unproportional sein.
  21. Diesem Maßstab hat allen voran der Gesetzgeber bei der Schaffung von Strafbestimmungen gerecht zu werden.
  22. Die Begründung der primären gesetzgeberischen Verantwortlichkeit für Abwägungen liegt in der demokratischen Legitimation, im Legalitätsprinzip, in der Gewaltenteilung und va im Bestimmtheitsgebot nach § 1 StGB, Art 18 B-VG und Art 7 EMRK.
  23. Das Bestimmtheitsgebot ist gewahrt, wenn für den durchschnittlichen Rechtsunterworfenen nach Hinzuziehung juristischen Rats für einen Großteil aller denkbaren Sachverhaltskonstellationen klar ist, ob ein Verhalten der in Frage stehenden Strafbestimmung unterfällt oder nicht.
  24. In den Randbereichen jenseits dieses überwiegenden Kerns sind Unschärfen und damit verbundene Meinungs- und Rechtsprechungsdivergenzen sowie unklare Auslegungsergebnisse unproblematisch.
  25. Vorausgesetzt sind eine Bestimmbarkeit des Gesetzestexts, ein eindeutiger Strafbarkeitskern nach methodengerechter Normauslegung und eine ausreichende Bestimmtheit des Strafgesetzes ab Geltungsbeginn (keine »Heilung« durch spätere Rsp).
  26. Der Gesetzgeber hat legistisch zwei gleichwertige Möglichkeiten, dem Bestimmtheitsgebot bei grundrechtsrelevanten Abwägungsentscheidungen Rechnung zu tragen.
  27. Die erste Möglichkeit besteht darin, im Gesetzgebungsprozess auf abstrakt-genereller Ebene die wesentlichen Abwägungsentschei-

- dungen zu treffen, Abwägungsmaximen, von denen sich der Gesetzgeber hat leiten lassen (sog Regeln, Prinzipien und Leitlinien), zu dokumentieren, und die Entscheidung klar und unmissverständlich durch die Verwendung von Legaldefinitionen und deskriptiven Tatbestandsmerkmalen im Wortlaut der Strafbestimmung zum Ausdruck zu bringen.
28. Die zweite Umsetzungsmöglichkeit belässt einen Abwägungsspielraum für die Rsp auf individuell-konkreter Ebene, indem der Wortlaut der Strafbestimmung (auch) unbestimmte Gesetzesbegriffe oder normative Tatbestandsmerkmale enthält und die einschlägigen Gesetzesmaterialien zugleich die wesentlichen Abwägungskriterien (Regeln, Prinzipien und Leitlinien), von denen sich die Rsp leiten zu lassen hat, aufzeigen.
  29. Dem Gesetzgeber kommen damit Gestaltungsspielräume im Hinblick auf den Determinierungsgrad von Abwägungsentscheidungen durch das Gesetz, die Bewertung von Interessen als schützenswert und eines Grundrechtseingriffs als verhältnismäßig zu.
  30. Für die Rsp bestehen Entscheidungsspielräume insoweit, als trotz der Bindung an den Gesetzeswortlaut und den gesetzgeberischen Willen aufgrund der unvermeidlichen Vagheit von Sprache stets eine gewisse Abwägungskompetenz im Einzelfall verbleibt; diese Kompetenz kann je nach gesetzgeberischer Gestaltung größer oder kleiner sein.
  31. Die Rechtsanwendung unterliegt im Ergebnis folgender Rangordnung der Auslegungsmethoden im Strafrecht: 1. Wortlautinterpretation, 2. Subjektiv-historische Auslegung, 3. Objektiv-teleologische Auslegung.
  32. Im Einzelfall sind die Grundrechte daher primär auf Tatbestandsebene durch Auslegung eines objektiven Tatbestandsmerkmals zu berücksichtigen (Ausnahme: eigener Rechtfertigungsgrund für Rechtswahrnehmung, zB § 114 StGB); ist das wegen der Wortlautgrenze nicht möglich, ist ein Gesetzesprüfungsantrag nach Art 89 Abs 2 B-VG zu stellen.
  33. Nicht in Frage kommt die Berücksichtigung der Grundrechte auf Ebene der Schuld oder der Strafaufhebungs- und -ausschlussgründe (*arg*: keine Beseitigung des strafrechtlichen Unrechts), auf Tatbestandsebene unter Verneinung der sozialen Inadäquanz des Verhaltens oder auf der Ebene der Rechtfertigung (*arg*: beträchtliche Reduktion der Normbestimmtheit).

34. Die relevanten Abwägungsmaximen zur Entscheidung über eine Interessenkollision, zu deren Offenlegung der Gesetzgeber angehalten ist, treten als Regeln, Prinzipien oder Leitlinien iSd Theorien von *Dworkin* und *Alexy* auf.
35. Regeln normieren Voraussetzungen, bei deren Vorliegen zwingend eine angeordnete Rechtsfolge eintritt; fehlt eine der Voraussetzungen, ist die Regel zu Gänze unanwendbar und trägt zur Lösung der Interessenkollision nichts bei.
36. Prinzipien statuieren Argumente, welche die Entscheidung über eine Interessenkollision in die eine oder andere Richtung lenken, ohne sie vorzugeben; sie verstärken somit vorhandene Interessen und können gegeneinander abgewogen werden. Grundrechte sind Prinzipien.
37. Leitlinien stellen Standards dar, deren Erreichen bezogen auf die gesamte Rechtsordnung und damit für einzelne Abwägungsentscheidungen oberstes Ziel ist.
38. Um den Anforderungen insb an das Bestimmtheitsgebot gerecht zu werden, ist eine Abwägungsentscheidung im Strafrecht vom Gesetzgeber in einem strukturierten, mehrphasigen Prozess zu treffen, der sechs Schritte umfasst. Auszugehen ist jeweils von einem Regelungsbedarf, -zweck oder -ziel, der bzw das durch eine Strafbestimmung gedeckt bzw erreicht werden soll.
39. Im ersten Schritt sind alle rechtlich geschützten Interessen zu ermitteln und zu sammeln, die in die anstehende Abwägungsentscheidung zur Erreichung des Regelungszwecks- oder -ziels involviert sind (Vollständigkeitsgebot); im Kommunikationsstrafrecht können dies insb die unter 18. Genannten sein.
40. Diese Interessen sind im zweiten Schritt abstrakt zu bewerten bzw zu gewichten: Zu prüfen ist, welcher Ausschnitt des Interesses durch eine (Nicht-)Regelung beeinträchtigt wäre und welche Wichtigkeit diesem Ausschnitt abstrakt zukommt (Bedrohung im Kern- oder Randbereich).
41. Ist das abstrakte Gewicht aller Interessen bekannt, sind sie einander im dritten Schritt gegenüberzustellen; alle Interessen, die für eine Einschränkung eines Grundrechts durch das Strafrecht streiten, in die eine »Waagschale« der Abwägung und alle Interessen, die für eine ungehinderte Grundrechtsausübung sprechen, in die andere.
42. Auf dieser Grundlage sind »partielle Vorrangrelationen« zu bilden: Ziel ist die Erstellung einer Rangordnung, in der allen involvierten



Interessen ein fester Platz gemäß ihrem Gewicht im Verhältnis zu einander zugewiesen wird.

43. Zur Sicherstellung der Rationalität dieser Vorrangbildung sind sämtliche relevanten Regeln, Prinzipien und Leitlinien zu berücksichtigen, um zu einer verhältnismäßigen und damit grundrechtskonformen Auflösung der Interessenkollision zu gelangen.
44. Als weitere Faktoren der Abwägung sind Grundrechtsparallelitäten, Gemeinschaftsinteressen und etwaige Vorteile für zu begrenzende Interessen zu berücksichtigen.
45. Im vierten Schritt sind die gesetzgeberischen Regelungsalternativen zu sammeln; anzudenken sind auch außerstrafrechtliche Regelungen, die den Regelungsbedarf ebenso decken könnten.
46. Mit Blick auf die partiellen Vorrangrelationen ist im fünften Schritt jene Regelungsalternative auszuwählen, welche verhältnismäßig ist und dem Prinzip praktischer Konkordanz am nächsten kommt: Keines der Interessen soll gemessen an seinem Rang stärker zurückgedrängt bzw. durchgesetzt werden können, als es seinem Gewicht im Verhältnis zu den anderen entspricht.
47. Bei der Wahl der Regelungsalternative sind die Intensität, mit der die einzelnen Interessen beeinträchtigt werden, die Tauglichkeit der Regelungsalternative zur Zweckerreichung sowie die Dringlichkeit einer gesetzgeberischen Regelung zu berücksichtigen.
48. Die Auswahl erfolgt im Ergebnis prognosenbasiert; mit den möglichen Gesetzesfolgen hat sich der Gesetzgeber im Rahmen der Abwägung auseinanderzusetzen.
49. Ob die Gesetzesfolgen eintreten, ist nach Anwendung der Regelungsalternative zu evaluieren (sechster Schritt); sind die angestellten Prognosen zu falsifizieren, beginnt die Auswahl einer Regelungsalternative von Neuem.
50. Zur Überprüfung der Prognose ist zu fingieren, dass der Gesetzgeber alle kollisionsinvolvierten Interessen vertritt; könnte er unter dieser Voraussetzung der gewählten Regelungsalternative nach einer gewissen Anwendungsphase immer noch unverändert zustimmen, ist die Prognose richtig.
51. Abwägungsfehler liegen vor, wenn der Gesetzgeber fälschlicherweise eine Abwägungskompetenz annimmt, keine echte Interessenkollision vorliegt (unrichtige Bestimmung des grundrechtlichen Schutzbereichs oder Ausweichalternativen für einzelne Interessen), trotz Anlasses keine Abwägung vorgenommen wurde, nicht alle

- berücksichtigungswürdigen Interessen einbezogen wurden, ihr abstraktes Gewicht falsch bemessen oder eine unverhältnismäßige Regelungsalternative ausgewählt wurde.
52. Alle vorgenommenen Abwägungsschritte sind zu dokumentieren, um die Transparenz und Nachvollziehbarkeit der gesetzgeberischen Entscheidung iSd Bestimmtheitsgebots zu gewährleisten – als Medium eignen sich die Gesetzesmaterialien.
  53. Aus Anlass einer Sachentscheidung im Strafrecht kann es auch zur Notwendigkeit einer Abwägung durch die Rsp kommen, die in acht Schritten zu treffen ist.
  54. Im ersten Schritt sind alle entscheidungsinvolvierten Interessen zu ermitteln und zu sammeln.
  55. Im zweiten Schritt ist aufgrund der Bindung an den gesetzgeberischen Willen die abstrakte gesetzgeberische Zielsetzung und ihre Maßgeblichkeit für die anstehende Entscheidung zu definieren; die vom Gesetzgeber für die Abwägung vorgegebenen Regeln, Prinzipien und Leitlinien sind, soweit sie entscheidungsrelevant sind, zu ermitteln.
  56. Im dritten Schritt ist der konkrete, vom Gesetzgeber belassene Abwägungsspielraum zu eruieren.
  57. Auf diesen Grundlagen sind die entscheidungsrelevanten Interessen zunächst zu bewerten sowie zu gewichten (vierter Schritt) und einander gegenüberzustellen; Ziel ist die Klärung, welches Interesse in der konkreten Kollisionssituation als höherrangig/-wertig zu bewerten ist (fünfter Schritt).
  58. Im sechsten Schritt sind Entscheidungsalternativen (zB Freispruch, Schuldspruch mit Strafausspruch, Schuldspruch unter Vorbehalt der Strafe) zu sammeln.
  59. Aus den Entscheidungsalternativen ist innerhalb des Abwägungsspielraums eine verhältnismäßige und dem Prinzip praktischer Konkordanz möglichst nahekommende auszuwählen (siebter Schritt) und anzuwenden iSv auszusprechen (achter Schritt).
  60. Eine Objektivierung, Vorhersehbarkeit, Transparenz und Nachvollziehbarkeit von Abwägungsentscheidungen geschieht erstens durch die beschriebene Methodik und zweitens durch klare Regeln, Prinzipien und Leitlinien.
  61. Für das Kommunikationsstrafrecht kommen folgende Regeln in Betracht: Bestimmtheit der Kommunikationsdelikte, Verhältnismäßigkeit des strafrechtlichen Eingriffs in die Kommunikationsfreiheit, Unantastbarkeit des Wesensgehalts der Kommunikationsfreiheit,

- Unzulässigkeit von Werturteilen nur bei fehlender Tatsachengrundlage oder Exzess und Intimsphäre als Grenze der Kommunikationsfreiheit. Im Zweifel kann ferner von einer Zulässigkeit der Äußerung (»in dubio pro libertate«) und einer Qualität der Äußerung als Tatsachenmitteilung bei gleichzeitiger Zulässigkeit des Wahrheitsbeweises (»in dubio pro Tatsachenäußerung«) auszugehen sein.
62. Von folgenden Prinzipien könnte sich der Gesetzgeber im Kommunikationsstrafrecht leiten lassen: Optimierungsgebot als Prinzip praktischer Konkordanz, *Debate of Public Interest*-Standard, Medien als *Public Watchdog*, *Public Figures*-Standard, prinzipielle Straflosigkeit wahrer Tatsachenäußerungen, Geheimnisschutz und höchstpersönlicher Lebensbereich als grundsätzliche Grenze der Kommunikationsfreiheit.
  63. Als Leitlinien könnte der Gesetzgeber das Ziel einer »angstfreien« Kommunikation im Interesse eines lebendigen, gleichberechtigten öffentlichen Diskurses für eine pluralistische, offene und vielfältige Demokratie verfolgen.
  64. Anhand der Gesetzesmaterialien zum Kommunikationsstrafrecht des StGB lässt sich prüfen, welchen Regeln, Prinzipien und Leitlinien der Gesetzgeber bei Schaffung einer Strafbestimmung gefolgt ist bzw welche er der Rsp für den Einzelfall vorgibt.
  65. Ein Vergleich der erwarteten (Thesen 61.–63.) mit den vorgefundenen Abwägungsgesichtspunkten (64.) zeigt, dass der Gesetzgeber keine klaren Regeln für eine Abwägungsentscheidung formuliert: Einzelne Anmerkungen geben allenfalls Hinweise auf den Verhältnismäßigkeits- bzw *ultima ratio*-Grundsatz; das Bestimmtheitsgebot wird nicht im Zeitpunkt der Schaffung einer Strafbestimmung, sondern meist nachträglich als Grund für eine Gesetzesänderung genannt.
  66. Vielfach nennt der Gesetzgeber das Rechtsgut und den Regelungszweck, der als Gegen-Interesse zur Kommunikationsfreiheit in die Abwägung einzustellen ist (zB freie menschliche Willensbildung, Vertrauen auf den öffentlichen Frieden, Freiheit, Vermögen, Rechtspflege) – diese Überlegungen stellen Prinzipien der Abwägung dar. Die weiteren genannten Überlegungen haben mit »Prinzipien« nichts zu tun: Beweisschwierigkeiten und Praktikabilitätsabwägungen (zB Prüfungsaufwand, Probleme der Gesetzeskonstruktion) werden als Gesetzesbegründung genannt.
  67. Der Gesetzgeber gibt gegenwärtig keine Leitlinien für eine Abwägung im Kommunikationsstrafrecht vor.

68. Zugleich verwendet der Gesetzgeber in zentralen Kommunikationsstrafbestimmungen, den Delikten gegen die Ehre gemäß §§ 111 ff StGB, überwiegend unbestimmte Gesetzesbegriffe und normative Tatbestandsmerkmale zur Beschreibung des strafbegründenden Unrechts (zB »verächtliche Eigenschaft oder Gesinnung«, Verspotten).
69. Die Kombination aus fehlenden Abwägungsmaximen und vager Tatbestandsumschreibung führt bei den §§ 111 und 115 StGB zu zahlreichen Auslegungsunsicherheiten.
70. Unklar sind weiters der Deliktstyp (Tätigkeits- oder Erfolgsdelikt, Zustands- oder Dauerdelikt), der Kreis möglicher Tatopfer, die genauen Anforderungen an die Mindestpublizität und der Umfang der Strafbarkeit bei Wiedergabe fremder Äußerungen.
71. Praktisch höchst komplex und häufig nicht nachvollziehbar ist die Ermittlung des Sinngehalts einer kommunikativen Verhaltensweise unter umfassender Einbeziehung des Äußerungskontexts sowie die für die Zulässigkeit des Wahrheitsbeweises notwendige Einordnung einer Äußerung als Tatsachenbehauptung oder Werturteil.
72. Der Wortlaut zusammen mit den Gesetzesmaterialien zu § 111 StGB (Üble Nachrede) lässt offen, ob neben Tatsachenbehauptungen auch Werturteile tatbestandsmäßig sein können und trifft keine Aussagen zur Strafbarkeit einer sachbezogenen Kritik; va aber lässt sich kein eindeutiger Kreis von Tathandlungen herausfiltern, die zweifelsfrei (nicht) unter den Tatbestand fallen.
73. Für die Tathandlungen »Beschimpfen« und »Verspotten« beim Tatbestand der Beleidigung nach § 115 StGB ergibt sich ebenfalls kein eindeutiger Strafbarkeitskern; beide Interpretationsquellen treffen zudem keine Aussage zur Reichweite der Strafbarkeit bei sachbezogener Kritik und zum Umgang mit sog Wertungsexzessen.
74. Im Ergebnis sind die § 111 und die kommunikationsrelevanten Teile des § 115 StGB wegen mangelnder Bestimmtheit (§ 1 StGB/Art 18 B-VG/Art 7 EMRK) verfassungswidrig: Für den Großteil aller denkbaren Verhaltensweisen, soweit sie zum Kommunikationsstrafrecht gehören, lässt sich keine eindeutige (Nicht-)Subsumtion bei Zugrundelegung der Auslegungsmethoden (insb Wortlaut- und subjektiv-historische Interpretation) unter die Strafnorm vornehmen.
75. Das Fehlen eines eindeutigen Strafbarkeitskerns sowie das Scheitern der Auslegungsmethoden zeigen sich deutlich an der uneinheitlichen und häufig aufgrund von hoher Subjektivität nicht nach-

vollziehbaren Rsp: ZT werden identische Äußerungen rechtlich unterschiedlich, zT offenkundig abweichende Sachverhalte rechtlich identisch beurteilt.

76. Eine Neufassung der Tatbestände der Üblen Nachrede (§ 111 StGB) und Beleidigung (§ 115 StGB) ist damit angezeigt; eine Möglichkeit besteht in der Formulierung eines einheitlichen Tatbestands (§ 111 StGB *neu*).
77. Aus Gründen des *ultima ratio*-Prinzips ist eine engere und klarere Fassung des Tatbestands vonnöten, welche die Strafbarkeit einer ehrenrührigen Äußerung auf Fälle einer »Unerträglichen Herabsetzung« reduziert; hierzu gehört auch die Etablierung eines moderaten, engeren Ehrbegriffs.
78. Strafbar nach § 111 StGB *neu* wäre demnach der Vorwurf nachteiliger Eigenschaften, Gesinnungen, Verhaltensweisen oder außergewöhnlicher Unzulänglichkeiten, welche die Fähigkeit zur ebenbürtigen Kommunikation mit anderen betreffen (*Ehrbegriff*), wenn zusätzlich die objektiven Bedingungen der Strafbarkeit erfüllt sind, dass die Äußerung für mindestens zehn von Täter und Opfer verschiedene Personen wahrnehmbar und in einer demokratischen Gesellschaft geradezu unerträglich ist (Abs 1).
79. Eine solche Unerträglichkeit ist nach einer eigenen Legaldefinition nur dann anzunehmen, wenn die inkriminierte Äußerung primär eine Herabsetzung des anderen darstellt oder sich nicht auf einen hinreichend gewichtigen Anlass für die Äußerung in ihrer konkreten Form und Publizität berufen kann (Abs 2).
80. Für Tatsachenbehauptungen wäre ein Wahrheitsbeweis über Berufung des Täters kraft ausdrücklicher Regelung im Wortlaut zuzulassen, sofern an der Kenntnis der Tatsache grundsätzlich ein öffentliches Interesse besteht (Abs 3 und § 112 StGB *neu*).
81. Die grundrechtlichen Abwägungsfragen im Zusammenhang mit der Kommunikationsfreiheit nach Art 13 StGG/Art 10 EMRK könnten somit bereits im Tatbestand des § 111 StGB *neu* berücksichtigt werden; lediglich der gelungene Wahrheitsbeweis stellte einen Strafaufhebungsgrund dar.
82. § 114 StGB *neu* wäre ferner auf die Ausübung sonstiger Rechte (mit Ausnahme jenem auf freie Kommunikation) zu reduzieren; § 115 StGB *neu* erfasste nur mehr die Misshandlung oder Drohung damit; das Delikt der »Unerträglichen Herabsetzung« ließe sich in § 117 StGB *neu* zum Officialdelikt (§ 2 StPO) aufwerten.

83. In den Gesetzesmaterialien könnte der Gesetzgeber die Kommunikation, Kunst, Ehre und das friedliche Miteinander als involvierte Interessen benennen (erster Schritt der Abwägung).
84. Deren abstrakte Gewichtung/Bewertung (zweiter Schritt) könnte lauten, dass der Kommunikationsfreiheit ein außerordentlich hohes Gewicht in einer Demokratie zukommen müsse, damit sich ein »wahrer« demokratischer Wille herausbilden kann; eine Einschränkung durch das Strafrecht dürfte nur in äußersten Randbereichen geschehen und komme daher in Betracht, wenn die Gegen-Interessen sonst in ihrem Wesensgehalt tangiert würden.
85. Unter Berücksichtigung und Darlegung insb der unter 61.–63. genannten Regeln, Prinzipien und Leitlinien könnte der Gesetzgeber folgende partielle Vorrangrelationen (dritter Schritt) bilden: Das Interesse an uneingeschränkter Kommunikation genießt grundsätzlich Vorrang vor dem Interesse auf Schutz der persönlichen Ehre; Einschränkungen der Kommunikationsfreiheit können vorgenommen werden, wenn andernfalls auf den Schutz des menschlichen Achtungsanspruchs isD *prima facie*-Annahme, dass das Gegenüber die für eine ebenbürtige Kommunikation erforderlichen Fähigkeiten aufweist, gänzlich verzichtet werden müsste.
86. Als Regelungsalternativen (vierter Schritt) wären insb eine Beibehaltung der §§ 111 ff StGB in bisheriger Form, ein gänzlicher Entfall der Ehrdelikte unter Verweis auf den zivil- und verwaltungsrechtlichen Ehrschutz oder eine Neufassung der §§ 111 ff StGB anzudenken; bei einer Neufassung käme insb in Betracht, einen Ehrverletzungserfolg vorzusehen, die gebotene Interessenabwägung in den Tatbestand zu integrieren, die Tathandlungen einzuschränken, eine höhere Publizitätsschwelle zu verankern oder die einschlägige Rsp deutlicher im Tatbestand zu installieren.
87. Bei der Auswahl der Regelungsalternativen (fünfter Schritt) wäre zu berücksichtigen, dass die bisherige Fassung der §§ 111 ff StGB zu unbestimmt ist; eine Reduktion auf außerstrafrechtlichen Ehrschutz in Zeiten von Social Media könnte das falsche Signal darstellen und strafrechtlicher Ehrschutz notwendig bleiben.
88. Bei einer Neufassung ist zu beachten, dass die Bestimmtheitsmängel beseitigt werden: So könnte in den Gesetzesmaterialien zum § 111 StGB *neu* klargelegt werden, dass es sich um ein abstraktes Gefährdungs- und Dauerdelikt handelt, eine Definition des »Vorwerfens« ergänzt, Zweifelsregeln für die Ermittlung des Sinngehalts

einer kommunikativen Verhaltensweise aufgestellt und der Opferkreis definiert werden; eine Verhältnismäßigkeit des Eingriffs durch § 111 StGB *neu* könnte mit einer erhöhten Mindestpublizität und einer Reduktion der Strafbarkeit auf unerträgliche Entgleisungen begründet werden; Hinweise auf die Rsp insb des EGMR könnten die Ausführungen ergänzen; die Aufwertung zum Officialdelikt (§ 2 StPO) könnte durch eine weitere Optimierung des Ehrschutzes begründet werden.

89. Schließlich wäre die Geltung der Neufassung des § 111 StGB (Unerträgliche Herabsetzung) auf einen Zeitraum von fünf Jahren zu begrenzen; gegen Ende dieser Frist wäre die praktische Handhabung zu evaluieren und separat über die Weitergeltung der Strafbestimmung zu entscheiden (sechster Schritt).

□





## Literaturverzeichnis

- ▶ *Aicher*, Schutz der Privatsphäre und Interessenabwägung – Sonderheft Hon.-Prof. Dr. Gottfried Korn zum 65. Geburtstag, MR 2013, 107.
- ▶ *Akyürek/Kneihls*, Die Karikatur im Spannungsfeld zwischen Religions- und Meinungsfreiheit – eine provokante Skizze, JRP 2006, 79.
- ▶ *Alexy*, Zur Struktur der Grundrechte auf Schutz, in *Sieckmann* (Hrsg), Die Prinzipientheorie der Grundrechte – Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys, Nomos 2007, 105.
- ▶ *Alexy*, Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, in *Alexy/Koch/Kuhlen/Rüßmann* (Hrsg), Elemente einer juristischen Begründungslehre, Nomos 2003, 217.
- ▶ *Alexy*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit – Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht. Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Würzburg vom 3. bis 6. Oktober 2001, VVDStRL 61 (2002), de Gruyter 2002, 7.
- ▶ *Alexy*, Zur Struktur der Rechtsprinzipien, in *Schilcher/Koller/Funk* (Hrsg), Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts, Verlag Österreich 2000, 31.
- ▶ *Alexy*, Theorie der Grundrechte, Suhrkamp 1. Aufl 1994 (unveränderter Nachdruck der Ausgabe bei Nomos 1. Aufl 1985).
- ▶ *Amelung*, Die Ehre als Kommunikationsvoraussetzung. Studien zum Wirklichkeitsbezug des Ehrbegriffs und seiner Bedeutung im Strafrecht, Nomos 2002.
- ▶ *Anderwald*, Zum Stand der Gesetzesfolgenabschätzung in Österreich, in *Karpen/Hof* (Hrsg), Wirkungsforschung zum Recht. Möglichkeiten einer Institutionalisierung der Wirkungskontrolle von Gesetzen, Band 4, Nomos 2003, 85.
- ▶ *Arndt*, Zur Güterabwägung bei Grundrechten, NJW 1966, 869.
- ▶ *Atienza/Ruiz Manero*, A Theory of Legal Sentences, Kluwer Academic Publishers 1998.
- ▶ *Auer*, Verfassung und Strafrecht im Kontext rechtsphilosophischer Ethik, Verlag Österreich 2000.
- ▶ *Bachner-Foregger* in *Höpfel/Ratz* (Hrsg), WK<sup>2</sup>-StGB § 188 (Vorausf., Stand 1.11.2009, rdb.at).
- ▶ *Bartlspenger*, Das Abwägungsgebot in der Verwaltung als objektives und individualrechtliches Erfordernis konkreter Verhältnismäßigkeit,

- in *Erbguth/Oebbecke/Rengeling/Schulte* (Hrsg), Abwägung im Recht. Symposium und Verabschiedung von Werner Hoppe am 30. Juni 1995 in Münster aus Anlaß seiner Emeritierung, Carl Heymanns Verlag 1996, 79.
- ▶ *Basak*, Die Aufgabe des Bestimmtheitsgrundsatzes durch das Bundesverfassungsgericht und ihre Folgen für die anderen Aspekte des strafrechtlichen Gesetzlichkeitsprinzips (§ 1 StGB, Art. 103 Abs. 2 GG), in *Brunhöber/Reinbacher/Vornbaum/Höffler/Kaspar* (Hrsg), Strafrecht und Verfassung, Nomos 2012, 71.
  - ▶ *Beaucamp*, Verständlichkeit und Bestimmtheit – zwei Welten?, *Rechtstheorie* 42 (2011), 21.
  - ▶ *Beisel*, Die Kunstfreiheitsgarantie des Grundgesetzes und ihre strafrechtlichen Grenzen, von Decker 1997.
  - ▶ *Bergauer*, Das materielle Computerstrafrecht, Jan Sramek Verlag 2016.
  - ▶ *Berka*, Verfassungsrecht – Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium, Verlag Österreich 7. Aufl 2018.
  - ▶ *Berka*, Die grundrechtliche Interessenabwägung im Stufenbau der Rechtsordnung – Dargestellt am Beispiel der Judikatur zum Persönlichkeitsschutz, in *Jablonek/Kolonovits/Kucsko-Stadlmayer/Laurer/Mayer/Thienel* (Hrsg), Gedenkschrift Robert Walter, Manz 2013, 35.
  - ▶ *Berka*, Das Grundrecht auf Datenschutz im Spannungsfeld zwischen Freiheit und Sicherheit, in *Österreichischer Juristentag (ÖJT)* (Hrsg), Verhandlungen des Achtzehnten Österreichischen Juristentages Linz 2012, Band I/1, Manz 2012.
  - ▶ *Berka*, RichterInnen als GrundrechtswahrerInnen: Grundrechte und Rechtsprechung der ersten Instanz, *RZ* 2008, 114.
  - ▶ *Berka*, »Public Figures« und »Public Interest« – Die ehrenschutzrechtliche Abwägungsentscheidung im Lichte der jüngeren Judikatur zu Art 10 EMRK, in *Akyürek/Baumgartner/Jahnel/Lienbacher/Stolzlechner* (Hrsg), Staat und Recht in europäischer Perspektive, Festschrift Heinz Schäffer, Manz 2006, 91.
  - ▶ *Berka*, Strafrechtsdogmatik und Grundrechtsschranken. Das Beispiel der Kunstfreiheit, in *Schmoller* (Hrsg), Otto Triffterer und die Salzburger Juristenfakultät. Fakultätssymposium zum 75. Geburtstag von Otto Triffterer, NWV 2006, 43.
  - ▶ *Berka*, Lehrbuch Grundrechte: ein Arbeitsbuch für das juristische Studium mit Hinweisen zur grundrechtlichen Fallbearbeitung, Springer 2000.
  - ▶ *Berka*, »Content-Regulation« im Lichte der Konvergenz, *JRP* 2000, 193.
  - ▶ *Berka*, Probleme der grundrechtlichen Interessenabwägung – dargestellt am Beispiel der Untersagung von Versammlungen, in *Griller/Korinek/Potacs* (Hrsg), Grundfragen und aktuelle Probleme des öffentlichen Rechts – Festschrift für Heinz Peter Rill zum 60. Geburtstag, Orac 1995, 3.

- ▶ *Berka*, Kommunikationsfreiheit, in *Machacek/Pahr/Stadler* (Hrsg), Grund- und Menschenrechte in Österreich, 40 Jahre EMRK, Band II, N. P. Engel Verlag 1992, 393.
- ▶ *Berka*, Das »eingriffsnahe Gesetz« und die grundrechtliche Interessenabwägung, in *Mayer H.* (Hrsg), Staatsrecht in Theorie und Praxis: Festschrift Robert Walter zum 60. Geburtstag, Manz 1991, 37.
- ▶ *Berka*, Das Recht der Massenmedien, Böhlau 1989.
- ▶ *Berka*, Die Gesetzesvorbehalte der Europäischen Menschenrechtskonvention, ZöR 37 (1986), 71.
- ▶ *Berka*, Die Freiheit der Kunst (Art 17a StGG) und ihre Grenzen im System der Grundrechte, JBl 1983, 281.
- ▶ *Berka*, Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz – Die Freiheit der Medien und ihre Verantwortung im System der Grundrechte, Springer 1982.
- ▶ *Berka*, Die Kommunikationsfreiheit in Österreich – Informationsfreiheit, Freiheit der Meinungsäußerung und Zensurverbot im Überblick, EuGRZ 1982, 413.
- ▶ *Berka/Heindl/Höhne/Noll*, Mediengesetz – Praxiskommentar, LexisNexis 4. Aufl 2019.
- ▶ *Bertel/Schwaighofer/Venier*, Österreichisches Strafrecht – Besonderer Teil 1. §§ 75 bis 168b StGB, Verlag Österreich 15. Aufl 2020.
- ▶ *Berka/Stolzlechner*, Öffentlichkeitskontakte von Anwälten, Meinungsfreiheit und Werbeverbot, Manz 1988.
- ▶ *Bethge*, Zur Problematik von Grundrechtskollisionen, Vahlen 1977.
- ▶ *Bezemek*, Allgemeine Handlungsfreiheit im System der österreichischen Bundesverfassung, ALJ 2/2016, 109, online unter <<http://alj.uni-graz.at/index.php/alj/article/view/64>> (27.7.2021).
- ▶ *Bezemek*, Freie Meinungsäußerung – Fragen des Grundrechtseingriffs, Fragen der Grundrechtsausübung, ZöR 2012, 557 (562).
- ▶ *Bezemek*, Werbebeschränkungen am Prüfstand der Meinungsfreiheit, in *Lienbacher/Wielinger* (Hrsg), Öffentliches Recht. Jahrbuch 2011, NWV 2011, 221.
- ▶ *Bierlein*, Blick auf die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes, in *International Association of Penal Law (AIDP) – Landesgruppe Österreich* (Hrsg), Medienrecht und Freiheit der Meinungsäußerung. Symposium am 16. April 2010 im Kleinen Festsaal des Bundesministeriums für Justiz in Wien, 2010, 22.
- ▶ *Birklbauer in Höpfel/Ratz* (Hrsg), WK<sup>2</sup>-StGB Vorbem §§ 75–79 StGB (Stand 1.3.2019, rdb.at).
- ▶ *Birklbauer*, Verfassungsbeschwerde in Strafsachen – ein Schritt in die richtige Richtung?, JSt 2012, 169.
- ▶ *Birklbauer*, Abwägungsentscheidungen im Strafrecht, in *Khakzadeh-Leiler/Schmid/Weber* (Hrsg), Interessenabwägung und Abwägungsentscheidungen, Verlag Österreich 2014, 107.

- ▶ *Birklbauer/Lehmkuhl/Tipold*, Strafrecht Besonderer Teil I, Facultas 5. Aufl 2020.
- ▶ *Birkner*, Medialisierung und Mediatisierung, Nomos 2017.
- ▶ *Blaesing*, Grundrechtskollisionen, Dissertation Ruhr-Universität Bochum 1974.
- ▶ *Blaikner*, Interessen und Interessenkollisionen. Ein auf Interessenabwägungen basierender Lösungsansatz moralischer Probleme, Dissertation Universität Salzburg 2011.
- ▶ *Böckenförde*, Verfassungsgerichtsbarkeit: Strukturfragen, Organisation, Legitimation, NJW 1999, 9.
- ▶ *Böhret/Konzendorf*, Guidelines on regulatory impact assessment (RAI) – Leitfaden zur Gesetzesfolgenabschätzung (GFA), Speyerer Forschungsberichte 234, 2004.
- ▶ *Böhret/Konzendorf*, Handbuch Gesetzesfolgenabschätzung (GFA) – Gesetze, Verordnungen, Verwaltungsvorschriften, Nomos 2001.
- ▶ *Bopp*, Der Gewissenstäter und das Grundrecht der Gewissensfreiheit, C.F. Müller 1974.
- ▶ *Borowski*, Grundrechte als Prinzipien, Nomos 3. Aufl 2018.
- ▶ *Borowski*, Die Abwägung im Stufenbau des Rechts, in *Maria Elósegui Itxaso* (Hrsg), Los Principios y la Interpretación Judicial de los Derechos Fundamentales. Homenaje a Robert Alexy en su 70 Aniversario, Fundación Manuel Giménez Abad 2016, online unter <[http://www.fundacionmgimenezabad.es/sites/default/files/Publicar/images/Documentos/2015/20150324\\_epp\\_borowski\\_de\\_o.pdf](http://www.fundacionmgimenezabad.es/sites/default/files/Publicar/images/Documentos/2015/20150324_epp_borowski_de_o.pdf)> (27.7.2021).
- ▶ *Borowski*, Formelle Prinzipien und Gewichtsformel, in *Klatt* (Hrsg), Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung, Mohr Siebeck 2013, 151.
- ▶ *Brandstetter*, Das Bestimmtheitsgebot im (Steuer-)Strafrecht, in *Leitner* (Hrsg), Finanzstrafrecht 2005, 161.
- ▶ *Buchwald*, Konflikte zwischen Regeln, Prinzipien und Elementen im Rechtssystem, in *Schilcher/Koller/Funk* (Hrsg), Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts, Verlag Österreich 2000, 82.
- ▶ *Bünnigmann*, Anmerkung zu LG Berlin, Urteil vom 23. April 2013 – 27 O 38/13 – »In dubio pro libertate« – wider blutleere Politik und sterilen Meinungsaustausch, ZUM 2014, 256.
- ▶ *Bünnigmann*, Die »Esra«-Entscheidung als Ausgleich zwischen Persönlichkeitsschutz und Kunstfreiheit: Rechtsprechung im Labyrinth der Literatur, Mohr Siebeck 2013.
- ▶ *Burchard*, Strafverfassungsrecht – Vorüberlegungen zu einem Schlüsselbegriff, in *Tiedemann/Sieber/Satzger/Burchard/Brodowski* (Hrsg), Die Verfassung moderner Strafrechtspflege: Erinnerung an Joachim Vogel, Nomos 2016, 27.
- ▶ *Burkart*, Kommunikationswissenschaft, Böhlau 5. Aufl 2019.

- ▶ *Bydlinski/Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, Facultas 3. Aufl 2018.
- ▶ *Bydlinski*, Die »Elemente« des beweglichen Systems: Beschaffenheit, Verwendung und Ermittlung, in *Schilcher/Koller/Funk* (Hrsg), Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts, Verlag Österreich 2000, 9.
- ▶ *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, Springer 2. Aufl 1991.
- ▶ *Camilo de Oliveira*, Zur Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik. Beitrag zu einem liberalen Grundrechtsverständnis im demokratischen Rechtsstaat, Duncker & Humblot 2013.
- ▶ *Danek*, Normprüfungsanträge durch Verfahrensparteien – Erste Erfahrungen aus der Sicht der Strafgerichtsbarkeit. Normprüfungsanträge durch Verfahrensparteien – Symposium am 17. Oktober 2016 im Justizpalast in Wien, RZ 2017, 74.
- ▶ *Devlin*, Morals and the Criminal Law, in *Dworkin* (Hrsg), The philosophy of law, Oxford University Press 1977, 66.
- ▶ *Dietel*, Ermessensschranken bei Eingriffen in das Versammlungs- und Demonstrationsrecht, DVBl. 1969, 569.
- ▶ *Dworkin*, Taking rights seriously, Duckworth 1977.
- ▶ *Dworkin*, Bürgerrechte ernstgenommen, Suhrkamp 1984 [dt Übersetzung zu *ders*, Taking rights seriously, Duckworth 1977].
- ▶ *Dworkin*, Is Law a System of Rules?, in *Dworkin* (Hrsg), The philosophy of law, Oxford University Press 1977, 38.
- ▶ *Eberhard*, Grundrechte-Charta und staatliches Verwaltungshandeln, in *Feik/Winkler* (Hrsg), Festschrift für Walter Berka, Jan Sramek Verlag 2013, 35.
- ▶ *Eckel*, »Liken als Haten«: Strafverfolgung von Hatespeech in Sozialen Netzwerken, NSTZ 2021, 1.
- ▶ *Eichholzer*, Was schützt § 207a öStGB? Das Kinderpornographieverbot und sein Rechtsgut, Diplomarbeit Universität Salzburg 2008.
- ▶ *Enderlein*, Abwägung in Recht und Moral, Verlag Karl Alber 1992.
- ▶ *Engländer*, Revitalisierung der materiellen Rechtsgutslehre durch das Verfassungsrecht?, ZStW 2015, 616.
- ▶ *Erhardt*, Kunstfreiheit und Strafrecht, von Decker 1989.
- ▶ *Eser*, Wahrnehmung berechtigter Interessen als allgemeiner Rechtfertigungsgrund. Zugleich ein Versuch über Rechtsgüterschutz und evolutives Recht, Gehlen 1969.
- ▶ *Fichtenbauer/Hauer*, Parteiantrag auf Normenkontrolle – Systematische Darstellung der neuen »Gesetzesbeschwerde« mit Gesetzwerdungsprozess und Muster, Manz 2015.
- ▶ *Fischer*, Die strafrechtliche Beurteilung von Werken der Kunst, Lang 1995.

- ▶ *Foregger*, Die Problematik der ausdehnenden Interpretation in einigen praktisch bedeutsamen Fällen des Strafgesetzes, ÖJZ 1960, 290.
- ▶ *Friedrich*, Zum Legalitätsprinzip im StGB und seinem Niederschlag in der Rechtsprechung, ÖJZ 1980, 57.
- ▶ *Frisch*, Grundrecht der Gewissensfreiheit und Gewissensdruck im Strafrecht, GA 2006, 273.
- ▶ *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, Müller 1988.
- ▶ *Frowein* in *Frowein/Peukert*, Europäische Menschenrechtskonvention – Kommentar, Verlag Engel 3. Aufl 2009, Vorbem zu Art 8–11, Art 10.
- ▶ *Frowein*, Meinungsfreiheit und Demokratie, in *Karl/Berka* (Hrsg), Medienfreiheit, Medienmacht und Persönlichkeitsschutz – Internationales Symposium am Österreichischen Institut für Menschenrechte in Salzburg am 14. und 15. Juni 2007 anlässlich des 20-jährigen Bestehens des Instituts, N.P. Engel 2008, 17.
- ▶ *Fuchs/Zerbes*, Strafrecht Allgemeiner Teil I, Verlag Österreich 10. Aufl 2018.
- ▶ *Fuchs*, Grundfragen der Notwehr, Wirtschaftsverlag Dr. Anton Orac 1986.
- ▶ *Funk*, Die Leistungsfähigkeit der Stufenbaulehre. Zur Wissenssoziologie eines reduzierten Positivismus, in *Griller/Rill* (Red), Rechtstheorie: Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung, Springer 2011, 195.
- ▶ *Gärtner*, Was die Satire darf – Eine Gesamtbetrachtung zu den rechtlichen Grenzen einer Kunstform, Duncker & Humblot 2009.
- ▶ *Gentz*, Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen, NJW 1968, 1600.
- ▶ *Geppert*, Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 19.3.2007 – 2 BvR 2273/06 (DAR 2007, 258), DAR 2007, 380.
- ▶ *Göldner*, Verfassung, Rechtsfortbildung und Lücke, in *Canaris/Diederichsen* (Hrsg), Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag, Beck 1983, 199.
- ▶ *Gollwitzer*, Abwägen und Planen. Bewußtseinslagen in verschiedenen Handlungsphasen. Hogrefe – Verlag für Psychologie 1991.
- ▶ *Gosche*, Das Spannungsverhältnis zwischen Meinungsfreiheit und Ehrenschutz in der fragmentierten Öffentlichkeit, Nomos 2008.
- ▶ *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention – ein Studienbuch, Beck 7. Aufl 2021.
- ▶ *Grabitz*, Grundsatz der Verhältnismässigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AÖR 98 (1973), 568.
- ▶ *Graf-Wintersberger*, Lebensbild und Bereicherung. Literatur im Konflikt mit Persönlichkeitsrechten, Verlag Österreich 2018.
- ▶ *Grigoleit*, Anforderungen des Privatrechts an die Rechtstheorie, in *Jestaedt/Lepsius* (Hrsg), Rechtswissenschaftstheorie, Mohr Siebeck 2008, 51.
- ▶ *Griller*, Der Rechtsbegriff bei Ronald Dworkin, in *Griller/Rill* (Red), Rechtstheorie: Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung, Springer 2011, 57.

- ▶ *Großmann*, Der Beleidigungstatbestand: Partielle Reform oder grundlegende Revision?, GA 2020, 546.
- ▶ *Grünwald*, Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Gesetzlichkeitsprinzip, in *Haft* (Hrsg), Strafgerechtigkeit: Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, Müller 1993, 433.
- ▶ *Günther*, Die Person der personalen Rechtsgutslehre, in *Neumann/Prittowitz* (Hrsg), »Personale Rechtsgutslehre« und »Opferorientierung im Strafrecht«, Lang 2007, 15.
- ▶ *Günther*, Der Sinn für Angemessenheit – Anwendungsdiskurse in Moral und Recht, Suhrkamp 1988.
- ▶ *Häberle*, Die Wesensgehaltgarantie des Art 19 Abs. 2 Grundgesetz, zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt, Müller 3. Aufl 1983.
- ▶ *Habermas*, Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Suhrkamp 5. Aufl 1997.
- ▶ *Hager/Zöchbauer*, Persönlichkeitsschutz im Straf- und Medienrecht, Verlag Medien und Recht 4. Aufl 2000.
- ▶ *Hamann/Lenz*, Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, Luchterhand 3. Aufl 1970.
- ▶ *Handler*, Der Schutz von Persönlichkeitsrechten mit besonderer Berücksichtigung des UWG und UrhG, Verlag Österreich 2008.
- ▶ *Harmoncourt*, Der Parteiantrag auf Normenkontrolle – die Gesetzesbeschwerde, ZfV 2/2015, 263.
- ▶ *Harris/O’Boyle/Warbrick*, Law of the European Convention on Human Rights, Article 10: Freedom of Expression, Oxford University Press 4. Aufl 2018, 592.
- ▶ *Hart*, The Concept of Law, Clarendon Law 1961.
- ▶ *Hart*, Positivism and the Separation of Law and Morals, in *Dworkin* (Hrsg), The philosophy of law, Oxford University Press 1977, 17.
- ▶ *Hart*, Recht und Moral: drei Aufsätze, Vandenhoeck & Ruprecht 1971.
- ▶ *Hassemer*, Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?, in *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* (Hrsg), Die Rechtsgutstheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, Nomos 2003, 57.
- ▶ *Hassemer*, Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre, in *Philipps/Scholler* (Hrsg), Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag, Decker & Müller, 1989, 85.
- ▶ *Haubeneder*, Das Bestimmtheitsgebot im Finanzstrafrecht, ZWF 2015, 234.
- ▶ *Hefendehl*, Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?, Nomos 2003.
- ▶ *Heinold*, Die Prinzipientheorie bei Ronald Dworkin und Robert Alexy, Duncker & Humblot 2011.

- ▶ *Heißl*, Grundrechtskollisionen am Beispiel von Persönlichkeitseingriffen sowie Überwachungen und Ermittlungen im Internet, Verlag Österreich 2017.
- ▶ *Heißl*, Persönlichkeitseingriffe im Internet. Überblick des einfachgesetzlichen Rahmens, Verlag Österreich 2017.
- ▶ *Hengstschläger/Leeb*, Grundrechte, Manz 3. Aufl 2019.
- ▶ *Herbst/Wess*, Der Parteiantrag auf Normenkontrolle im Bereich der Strafgerichtsbarkeit, ZWF 2015, 64.
- ▶ *Hermes*, Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit – Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht. Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Würzburg vom 3. bis 6. Oktober 2001, VVDStRL 61 (2002), de Gruyter 2002, 119.
- ▶ *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, C. F. Müller Neudruck der 20. Aufl 1999.
- ▶ *Hickethier*, Mediatisierung und Medialisierung der Kultur, in *Hartmann/Hepp* (Hrsg), Die Mediatisierung der Alltagswelt, Verlag für Sozialwissenschaften 2010, 85.
- ▶ *Hilgendorf*, Aktuelle Fragen des materiellen Computer- und Internetstrafrechts im Spiegel neuerer Gesamtdarstellungen, ZStW 2006, 202.
- ▶ *Hilgendorf*, Tatsachenaussagen und Werturteile im Strafrecht – entwickelt am Beispiel des Betruges und der Beleidigung, Duncker & Humblot 1998.
- ▶ *Hinterhofer* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer* (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch (7. Lfg 2002) § 222 StGB.
- ▶ *Hinterhofer/Oshidari*, System des österreichischen Strafverfahrens, Manz 2017.
- ▶ *Hofmann*, Abwägung im Recht. Chancen und Grenzen numerischer Verfahren im öffentlichen Recht, Mohr Siebeck 2007.
- ▶ *Hollaender*, Bestimmtheitsgebot und Fahrlässigkeitsdelikt – eine Vertiefung, AnwBl 2004/9, 447.
- ▶ *Hollaender*, Aspekte des Bestimmtheitsgebots im Strafrecht, ausgehend von der Determinierung der Rechtsfigur der Beitragstäterschaft beim Fahrlässigkeitsdelikt, AnwBl 2004/1, 15.
- ▶ *Holoubek*, Kommunikationsfreiheit, in *Merten D./Papier/Kucsko-Stadlmayer* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte, Band VII/1: Grundrechte in Österreich, Manz 2. Aufl 2014, § 195.
- ▶ *Holoubek*, Altes und Neues zum Grundrechtseingriff, in *Feik/Winkler* (Hrsg), Festschrift für Walter Berka, Jan Sramek Verlag 2013, 79.
- ▶ *Holoubek*, Europäische Contentregulierung – eine rechtswissenschaftliche Untersuchung der gemeinschaftsrechtlichen Grundlagen und Rahmenbedingungen, Bundeskanzleramt – Österreich, Institut



für Österreichisches und Europäisches Öffentliches Recht der  
Wirtschaftsuniversität Wien 2006.

- ▶ *Holoubek*, Meinungsfreiheit und Toleranz – von den Schwierigkeiten einer Verantwortungsteilung zwischen Staat und Gesellschaft für einen vernünftigen Umgang miteinander, JRP 2006, 84.
- ▶ *Holoubek*, Medienfreiheit in der Europäischen Menschenrechtskonvention, AfP 2003, 193.
- ▶ *Holoubek*, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten. Ein Beitrag zu einer allgemeinen Grundrechtsdogmatik, Springer 1997.
- ▶ *Holoubek*, Zur Begründung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – verwaltungs-, verfassungs- und gemeinschaftsrechtliche Aspekte, in *Griller/Korinek/Potacs* (Hrsg), Grundfragen und aktuelle Probleme des öffentlichen Rechts – Festschrift für Heinz Peter Rill zum 60. Geburtstag, Orac 1995, 97.
- ▶ *Holoubek*, Bauelemente eines grundrechtsdogmatischen Argumentationsschemas: Schutzbereich – Eingriff – Schranken, in *Grabenwarter/Hammer/Pelzl/Schulev-Steindl/Wiederin* (Hrsg), Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft, 34. Tagung der Wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Fachrichtung Öffentliches Recht, Boorberg 1994, 61.
- ▶ *Holoubek*, Rundfunkfreiheit und Rundfunkmonopol, Böhlau 1990.
- ▶ *Holoubek/Neisser*, Die Freiheit der Kunst, in *Machacek/Pahr/Stadler* (Hrsg), Grund- und Menschenrechte in Österreich, 40 Jahre EMRK, Band II, N. P. Engel Verlag 1992, 195.
- ▶ *Holoubek/Kassai/Traimer*, Grundzüge des Rechts der Massenmedien, Springer 5. Aufl 2014.
- ▶ *Höpfel* in *Höpfel/Ratz* (Hrsg), WK<sup>2</sup>-StGB § 1 (Stand 1.5.2004, rdb.at).
- ▶ *Höpfel*, Zu Sinn und Reichweite des sogenannten Analogieverbots, JBl 1979, 505, 575.
- ▶ *Hoppe*, Der Rechtsgrundsatz der Planerhaltung als Struktur- und Abwägungsprinzip, in *Erbguth/Oebbecke/Rengeling/Schulte* (Hrsg), Abwägung im Recht. Symposium und Verabschiedung von Werner Hoppe am 30. Juni 1995 in Münster aus Anlaß seiner Emeritierung, Carl Heymanns Verlag 1996, 133.
- ▶ *Hoppe*, Zur Struktur von Normen des Planungsrechts. Bemerkungen zu rechtsstaatlichen Anforderungen an die Begriffsbildung im Planungsrecht, DVBl. 1974, 641.
- ▶ *Hotz*, Zur Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit von Grundrechtseingriffen. Unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis zur Handels- und Gewerbefreiheit, Schulthess 1977.
- ▶ *Huber*, Das Gemeinwohl als Voraussetzung der Enteignung, ZSR NF 84 (1965) I, 39.
- ▶ *Hubmann*, Wertung und Abwägung im Recht, Carl Heymanns Verlag 1977.

- ▶ *Ipsen*, Funktionsspezifische Aspekte richterlicher Verfassungsgebundenheit, NJW 1977, 2289.
- ▶ *Isensee* in *Isensee/Kirchhof* (Hrsg), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IX: Allgemeine Grundrechtslehren, Müller 2011, § 191.
- ▶ *Isensee*, Wer definiert die Freiheitsrechte? Selbstverständnis der Grundrechtsträger und Grundrechtsauslegung des Staates, Müller 1980.
- ▶ *Jablonek*, Der Rechtsbegriff bei Hans Kelsen, in *Griller/Rill* (Red), Rechtstheorie: Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung, Springer 2011, 21.
- ▶ *Jablonek*, Kein Imperativ ohne Imperator – Anmerkungen zu einer These Kelsens, in *Walter* (Hrsg), Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre II, Manz 1988, 23.
- ▶ *Jakab*, Re-Defining Principles as ›Important Rules‹ – A Critique of Robert Alexy, in *Borowski* (Hrsg), The nature of legal principles. Proceedings of the Special Workshop ›The Principles Theory‹ held at the 23<sup>rd</sup> World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP), Beiheft 119, 2010, 145.
- ▶ *Jakab*, Prinzipien, Rechtstheorie 37 (2006), 49.
- ▶ *Jansen*, Die normativen Grundlagen rationalen Abwägens im Recht, in *Sieckmann* (Hrsg), Die Prinzipientheorie der Grundrechte – Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys, Nomos 2007, 39.
- ▶ *Jarass*, Die Freiheit der Massenmedien. Zur staatlichen Einwirkung auf Presse, Rundfunk, Film und andere Medien, Nomos 1978.
- ▶ *Jellinek*, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, eine staats- und verwaltungsrechtliche Untersuchung, Mohr 1913.
- ▶ *Jeschek/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, Duncker & Humblot 5. Aufl 1996.
- ▶ *Jestaedt*, Die Abwägungslehre – ihre Stärken und ihre Schwächen, in *Deppenheuer* (Hrsg), Staat im Wort. Festschrift für Josef Isensee, Müller 2007, 253.
- ▶ *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz – Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie, Mohr Siebeck 1999.
- ▶ *Kadecka*, Drei alte Fragen der Strafrechtsdogmatik in neuem Licht. Der Begriff der Ehre als Schutzobjekt der Strafdrohungen gegen Angriffe auf die Sicherheit der Ehre, ÖJZ 1952, 394.
- ▶ *Kälin*, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie – Funktionen der staatsrechtlichen Beschwerde, Stämpfli & Cie 1987.
- ▶ *Kallmeyer*, Ideales Sollen – Eine Analyse der Prinzipienkonstruktion, Nomos 2016.
- ▶ *Kelsen*, Reine Rechtslehre, Mohr Siebeck 2. Aufl 1960.

- ▶ *Kempermann*, Content-Regulierung in konvergierenden Medien (Schriftenreihe der Kölner Forschungsstelle für Medienrecht), Lang 2010.
- ▶ *Khakzadeh-Leiler*, Die Grundrechte in der Judikatur des Obersten Gerichtshofs, Springer 2011.
- ▶ *Kienapfel*, Zur strafrechtlichen Problematik des Giralgeldes – Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Analogie und Auslegung im Strafrecht, ÖJZ 1986, 338.
- ▶ *Kienapfel*, Zur Veruntreuung und Unterschlagung von »Giralgeld« – Bemerkungen zu E 10 Os 206/84, ÖJZ 1985, 487.
- ▶ *Kienapfel*, Der rechtfertigende Notstand, in *Bundesministerium für Justiz* (Hrsg), Strafrechtliche Probleme der Gegenwart. Strafrechtliches Seminar in Ottenstein 1975, StPdG 3 (1975), 39.
- ▶ *Kienapfel/Höpfel*, Grundriss des Strafrechts – Strafrecht Allgemeiner Teil, Manz 12. Aufl 2005 (Vorauf.).
- ▶ *Kienapfel/Höpfel/Kert*, Grundriss des Strafrechts – Strafrecht Allgemeiner Teil, Manz 16. Aufl 2020.
- ▶ *Kienapfel/Schroll*, Grundriss des Strafrechts. Besonderer Teil I – Delikte gegen Personenwerte, 5. Aufl 2003.
- ▶ *Klatt/Meister*, Verhältnismäßigkeit als universelles Verfassungsprinzip, in *Klatt* (Hrsg), Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung, Mohr Siebeck 2013, 62.
- ▶ *Klatt/Schmidt*, Abwägung unter Unsicherheit, in *Klatt* (Hrsg), Prinzipientheorie und Theorie der Abwägung, Mohr Siebeck 2013, 105.
- ▶ *Klatt/Schmidt*, Spielräume im öffentlichen Recht – Zur Abwägungslehre der Prinzipientheorie, Mohr Siebeck 2010.
- ▶ *Kleewein*, Planungsqualität in der Raumordnung – Die rechtliche Dimension, RFG 2017, 133.
- ▶ *Klement*, Vom Nutzen einer Theorie, die alles erklärt. Alexys Prinzipientheorie aus der Sicht der Grundrechtsdogmatik, JZ 2008, 756.
- ▶ *Kloepfer*, Abwägungsregeln bei Satzungsgebung und Gesetzgebung – Über Regelungen für den Erlaß von Rechtsnormen, DVBl. 1995, 441.
- ▶ *Kneihs*, Die Gesetzesbeschwerde zwischen Entscheidungsbeschwerde und Individualantrag – Vorhang zu und alles offen, in *Baumgartner* (Hrsg), Öffentliches Recht. Jahrbuch 2014, NWV 2014, 255.
- ▶ *Kneihs*, Wider die verfassungskonforme Interpretation, ZfV 2009/669, 354.
- ▶ *Koch, B. A.*, Wer hat Angst vor Walter Wilburg? Gegen eine unbewegliche Sicht des beweglichen Systems, in *Khakzadeh-Leiler/Schmid/Weber* (Hrsg), Interessenabwägung und Abwägungsentscheidungen, Verlag Österreich 2014, 29.
- ▶ *Koch, H. J.*, Zur Methodenlehre des Rechtspositivismus: Das Prinzipienargument – Eine methodische Widerlegung des

- Rechtspositivismus?, in *Alexy/Koch/Kuhlen/Rüßmann* (Hrsg), Elemente einer juristischen Begründungslehre, Nomos 2003, 431.
- ▶ *Koch, H. J.*, Die normtheoretische Basis der Abwägung, in *Erbguth/Oebbecke/Rengeling/Schulte* (Hrsg), Abwägung im Recht. Symposium und Verabschiedung von Werner Hoppe am 30. Juni 1995 in Münster aus Anlaß seiner Emeritierung, Carl Heymanns Verlag 1996, 9.
  - ▶ *Koch, H. J./Rüßmann*, Juristische Begründungslehre: eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft, Beck 1982.
  - ▶ *Kodek*, Abwägungsentscheidungen im Privatrecht, in *Khakzadeh-Leiler/Schmid/Weber* (Hrsg), Interessenabwägung und Abwägungsentscheidungen, Verlag Österreich 2014, 128.
  - ▶ *Kohlmann*, Der Begriff des Staatsgeheimnisses und das verfassungsrechtliche Gebot der Bestimmtheit von Strafvorschriften, Verlag Otto Schmidt 1969.
  - ▶ *Konzendorf/Wordelmann/Bölck/Veit*, Better Regulation auf der Ebene der Europäischen Union. Meilensteine auf dem Weg zu besseren Gesetzen, Entwicklungsbericht für das 44. Treffen der Generaldirektoren des Öffentlichen Dienstes der EU Mitgliedsstaaten, Juni 2005, online unter <[https://circabc.europa.eu/webdav/CircaBC/eupan/dgadminitest/Library/3/2/luxembourg\\_presidency/meeting\\_june\\_2005/DG\\_EVENT\\_JUNE-2005\\_DOCUMENT\\_2005-06-09\\_etude-meilleure-reglementation\\_de\\_Vo1.pdf](https://circabc.europa.eu/webdav/CircaBC/eupan/dgadminitest/Library/3/2/luxembourg_presidency/meeting_june_2005/DG_EVENT_JUNE-2005_DOCUMENT_2005-06-09_etude-meilleure-reglementation_de_Vo1.pdf)> (27.7.2021).
  - ▶ *Korinek*, Entwicklungstendenzen in der Grundrechtsjudikatur des Verfassungsgerichtshofes. Vortrag, gehalten vor der Niederösterreichischen Juristischen Gesellschaft in St. Pölten am 20. November 1991, Orac 1992.
  - ▶ *Koziol*, Schaden, Verursachung und Verschulden im Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts – Zugleich ein neuerlicher Versuch der Klarstellung der Idee des beweglichen Systems, JBl 2006, 768.
  - ▶ *Kraft*, Steuergerechtigkeit und Gewinnermittlung: Eine vergleichende Analyse des deutschen und US-amerikanischen Steuerrechts, Springer 1991.
  - ▶ *Krammer*, Content-Regulierung im TV. Inhaltliche Anforderungen an Fernsehprogramme österreichischer Rundfunkveranstalter. Master-Thesis des Universitätslehrganges für Informatikrecht und Rechtsinformation, Universität Wien 2005, online unter <<http://www.it-law.at/wp-content/uploads/2014/09/Content-Regulierung-im-TV.pdf>> (27.7.2021).
  - ▶ *Krauss*, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht. Ausgabe 44 von Abhandlungen aus dem Seminar für Öffentliches Recht, Universität Hamburg, L. Appel 1955.
  - ▶ *Kretschmer, G.*, Zum Stand der Gesetzesfolgenabschätzung im Deutschen Bundestag, in *Karpen/Hof* (Hrsg), Wirkungsforschung zum Recht.

- Möglichkeiten einer Institutionalisierung der Wirkungskontrolle von Gesetzen, Band 4, Nomos 2003, 15.
- ▶ *Kretschmer, P.*, Strafrechtlicher Ehrenschatz und Meinungs- und Pressefreiheit usw., Lang 1994.
  - ▶ *Krey*, Zur Problematik richterlicher Rechtsfortbildung contra legem (I), JZ 1978, 361.
  - ▶ *Krey*, Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht – eine Einführung in die Problematik des Analogieverbots, Duncker & Humblot 1977.
  - ▶ *Kube*, Der subjektive Abwehrgehalt der Grundrechte – Zur grundrechtlichen Rüge der Verletzung von Rechten Dritter, DVBl. 2005, 721.
  - ▶ *Kudlich*, Die Relevanz der Rechtsgutstheorie im modernen Verfassungsstaat, ZStW 2015, 635.
  - ▶ *Kunst*, Rechtsquellen und Rechtsanwendung im Strafrecht, in *Österreichischer Juristentag (ÖJT)* (Hrsg), Verhandlungen des Fünften Österreichischen Juristentages Wien 1973, Band II/1, Manz 1973, 11 ff.
  - ▶ *Kunst*, Interpretationsmethoden im Strafrecht, JBl 1971, 329.
  - ▶ *Ladeur*, Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik. Plädoyer für eine Erneuerung der liberalen Grundrechtstheorie, Mohr Siebeck 2004.
  - ▶ *Ladeur*, »Abwägung« – Ein neues Paradigma des Verwaltungsrechts. Von der Einheit der Rechtsordnung zum Rechtspluralismus, Campus 1984.
  - ▶ *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte – die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik; dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung, Mohr Siebeck 1996.
  - ▶ *Lambauer* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer* (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch (20. Lfg 2009) §§ 111–117 StGB.
  - ▶ *Larenz*, Methodische Aspekte der »Güterabwägung«, in *Hauß* (Hrsg), Festschrift für Ernst Klingmüller, Verlag Versicherungswirtschaft 1974, 235.
  - ▶ *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Springer 3. Aufl 1995.
  - ▶ *Leisner*, Der Abwägungsstaat – Verhältnismäßigkeit als Gerechtigkeit?, Duncker & Humblot 1997.
  - ▶ *Lendl*, Die Rechtsprechung des OGH in Verfahren nach dem MedienG, ÖJZ 2011, 9.
  - ▶ *Lendl*, Die Rechtsprechung des OGH in Verfahren nach dem Mediengesetz, in *International Association of Penal Law (AIDP) – Landesgruppe Österreich* (Hrsg), Medienrecht und Freiheit der Meinungsäußerung. Symposium am 16. April 2010 im Kleinen Festsaal des Bundesministeriums für Justiz in Wien, 2010, 39.
  - ▶ *Lepa*, Grundrechtskonflikte, DVBl. 1972, 161.

- ▶ *Lerche*, Übermass und Verfassungsrecht: zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Erforderlichkeit, Heymann 1961.
- ▶ *Lewisch* in *Höpfel/Ratz* (Hrsg), WK<sup>2</sup>-StGB Nach § 3 StGB (Stand 1.3.2020, rdb.at).
- ▶ *Lewisch*, Die StPO als Rechtsschutzsystem: Rechtsmittel – Währungsbeschwerde – Erneuerungsantrag – Parteienantrag, in *Lewisch/Nordmeyer* (Hrsg), Liber Amicorum Eckart Ratz, Manz 2018, 49.
- ▶ *Lewisch/Reindl-Krauskopf* in *Höpfel/Ratz* (Hrsg), WK<sup>2</sup>-StGB § 120 (Stand 17.10.2017, rdb.at).
- ▶ *Lewisch* in *Kneihls/Lienbacher* (Hrsg), Bundesverfassungsrecht-Kommentar (4. Lfg 2006) Art 7 EMRK.
- ▶ *Lewisch*, Schächten als strafbare Tierquälerei? Religionsfreiheit und strafrechtliche Beteiligungslehre am Beispiel 15 Os 27, 28/96, JBl 1998, 137.
- ▶ *Lewisch*, Verfassung und Strafrecht. Verfassungsrechtliche Schranken der Strafgesetzgebung, WUV 1993.
- ▶ *Lienbacher*, Abwägungsentscheidungen im öffentlichen Recht, in *Khakzadeh-Leiler/Schmid/Weber* (Hrsg), Interessenabwägung und Abwägungsentscheidungen, Verlag Österreich 2014, 85.
- ▶ *Lienbacher*, Rationalitätsanforderungen an die parlamentarische Rechtsetzung im demokratischen Rechtsstaat. Referate und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Münster vom 5. bis 8. Oktober 2011, VVDStRL 71 (2012), de Gruyter 2012, 7.
- ▶ *Loef*, Zum Spannungsfeld zwischen Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz. Unterhaltungsöffentlichkeit und privates Medienrecht, Nomos 2009.
- ▶ *Luf*, Abwägungsentscheidungen aus rechtsphilosophischer Sicht, in *Khakzadeh-Leiler/Schmid/Weber* (Hrsg), Interessenabwägung und Abwägungsentscheidungen, Verlag Österreich 2014, 1.
- ▶ *Luf/Schinkele*, Kommunikationsfreiheit und der Schutz religiöser Gefühle – Überlegungen aus Anlass des »Karikaturenstreits«, JRP 2006, 88.
- ▶ *Marschall*, Gedanken zum Gebot der gesetzlichen Determinierung im politischen Strafrecht, ÖJZ 1971, 147.
- ▶ *Marschall/Vlcek*, »In dubio mitius« als Auslegungsgrundsatz im neuen Strafrecht, ÖJZ 1974, 389, 425, 449.
- ▶ *Martin*, Grundrechtskollisionen, Helbing Lichtenhahn 2007.
- ▶ *Martini/Finkenzeller*, Die Abwägungsfehlerlehre, JuS 2012, 126.
- ▶ *Matscher*, Medienfreiheit- und Persönlichkeitsschutz iSd EMRK, RZ 2001, 238.
- ▶ *Matscher*, Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz im Sinne der EMRK, in *Bundesministerium für Justiz* (Hrsg), Strafrechtliche Probleme der Gegenwart. Strafrechtliches Seminar in Ottenstein 2001, StPdG 29 (2001), 1.

- ▶ *Maurach/Zipf*, Strafrecht Allgemeiner Teil – ein Lehrbuch, 1. Grundlehren des Strafrechts und Aufbau der Straftat, Müller 8. Aufl 1992.
- ▶ *Mayer E./Tibold* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer* (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch (24. Lfg 2011) § 188 StGB.
- ▶ *Mayer H.* (Hrsg), Persönlichkeitsschutz und Medienrecht, Manz 1999.
- ▶ *Mayer H.*, Werbung und Grundrechte. Dargestellt am Beispiel von Elektrizitätsunternehmen, ÖZW 1989, 1 ff.
- ▶ *Mayring*, Qualitative Inhaltsanalyse, Grundlagen und Techniken, Beltz 12. Aufl 2015.
- ▶ *McClelland*, Human Motivation, Cambridge University Press 1987.
- ▶ *Mendel*, Freedom of Expression: A Guide to the Interpretation and Meaning of Article 10 of the European Convention on Human Rights, online unter <<https://rm.coe.int/16806f5bb3>> (27.7.2021).
- ▶ *Merli*, Die allgemeine Handlungsfreiheit, JBl 1994, 233.
- ▶ *Merten K.*, Inhaltsanalyse. Einführung in Theorie, Methode und Praxis, Springer 2. Aufl 1995.
- ▶ *Merz*, Strafrechtlicher Ehrenschatz und Meinungsfreiheit, Lang 1998.
- ▶ *Metzler*, Strafrechtlicher Rechtsgüterschutz. Grundlehren der Straftat und Strafzumessung, Sczimarowsky und Agst 1981.
- ▶ *Meurer*, Wahrnehmung berechtigter Interessen und Meinungsfreiheit, in *Weigend/Küpper* (Hrsg), Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999, de Gruyter 1999, 651.
- ▶ *Michael*, Das Verhältnismäßigkeitsprinzip als Schlüssel(bund)konzept, in *Jestaedt/Lepsius* (Hrsg), Verhältnismäßigkeit, Mohr Siebeck 2015, 42.
- ▶ *Mill*, On Liberty, Parker 1859.
- ▶ *Montenbruck*, Abwägung und Umwertung: Zur Bemessung der Strafe für eine Tat und für mehrere Taten. Duncker & Humblot 1989.
- ▶ *Moos*, Die Strafbarkeit von Graffiti-Sprayern in Österreich und der Schweiz, JR 2001, 93.
- ▶ *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Band 1: Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, Duncker & Humblot 11. Aufl 2013.
- ▶ *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik. Verfassungsrechtliche Grundlagen und immissionsschutzrechtliche Ausformung, Duncker & Humblot 1986.
- ▶ *Muzak*, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht, 6. Aufl 2020.
- ▶ *Nawratil/Schönhagen*, Die qualitative Inhaltsanalyse: Rekonstruktion der Kommunikationswirklichkeit, in *Wagner/Schönhagen* (Hrsg), Qualitative Methoden in der Kommunikationswissenschaft, Nomos 3. Aufl 2020, 315.
- ▶ *Neumann*, »Alternativen: keine« – Zur neueren Kritik an der personalen Rechtsgutslehre, in *Neumann/Prittowitz* (Hrsg), »Personale Rechtsgutslehre« und »Opferorientierung im Strafrecht«, Lang 2007, 85.

- ▶ *Niemöller*, Strafgerichtsbarkeit und Verfassungsgerichtsbarkeit, in *Umbach/Clemens/Dollinger* (Hrsg), Bundesverfassungsgerichtsgesetz – Mitarbeiterkommentar, C.F. Müller 2. Aufl 2005, 107.
- ▶ *Novak*, Das »differenzierte Legalitätsprinzip« in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, in *Funk/Klecatsky/Loebenstein/Mantl/Ringhofer* (Hrsg), Staatsrecht und Staatswissenschaften in Zeiten des Wandels. Festschrift für Ludwig Adamovich zum 60. Geburtstag, Springer 1992, 491.
- ▶ *Nowak*, Art 10 EMRK, in *Ermacora/Nowak/Tretter* (Hrsg), Die Europäische Menschenrechtskonvention in der Rechtsprechung der österreichischen Höchstgerichte – ein Handbuch für Theorie und Praxis, Braumüller 1983.
- ▶ *Nowakowski*, Die Bedeutung von Entwürfen und Regierungsvorlagen für die Auslegung des geltenden Strafrechts, RZ 1973, 2.
- ▶ *Nowakowski*, Lehre und Rechtsprechung in Strafsachen. Zugleich ein Beitrag zur Frage: Schafft Gerichtsgebrauch Recht?, ÖJZ 1955, 11.
- ▶ *Nowakowski* in *Foregger* (Hrsg), WK-StGB (1. Aufl) Vorbem §§ 3–5.
- ▶ *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht, Facultas 12. Aufl 2019.
- ▶ *Öhlinger*, Die europäische Grundrechtsordnung nach dem Vertrag von Lissabon und ihre Auswirkungen auf den Grundrechtsschutz in Österreich, in *Feik/Winkler* (Hrsg), Festschrift für Walter Berka, Jan Sramek Verlag 2013, 141.
- ▶ *Öhlinger*, Methodik der Gesetzgebung: Legistische Richtlinien in Theorie und Praxis, Springer 1982.
- ▶ *Öhlinger*, Der Stufenbau der Rechtsordnung: rechtstheoretische und ideologische Aspekte, Manz 1975.
- ▶ *Ohrmann*, Der Schutz der Persönlichkeit in Online-Medien unter besonderer Berücksichtigung von Weblogs, Meinungsforen und Onlinearchiven, Lang 2010.
- ▶ *Öner*, Die politische Satire im österreichischen Straf- und Medienrecht. Ein Vergleich mit den Vorgaben der MRK/des EGMR, JBl 2011, 742.
- ▶ *Ossenbühl*, Abwägung im Verfassungsrecht, in *Erbguth/Oebbecke/Rengeling/Schulte* (Hrsg), Abwägung im Recht. Symposium und Verabschiedung von Werner Hoppe am 30. Juni 1995 in Münster aus Anlaß seiner Emeritierung, Carl Heymanns Verlag 1996, 25.
- ▶ *Ossenbühl*, Abwägung im Verfassungsrecht, DVBl. 1995, 904.
- ▶ *Österreichische Juristenkommission (ÖJK)* (Hrsg), Strafprozess- und Strafvollzugsreform nach dem Strafrechtsänderungsgesetz 1987, Justiz und Medien, ÖJK 1989.
- ▶ *Ott*, Die Vielfalt des Rechtspositivismus, in *Dreier/Willoweit* (Hrsg), Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie, Nomos 2016, 5.
- ▶ *Otte*, Die Anwendung von Rechtsnormen mit und ohne Spielraum, in *Schilcher/Koller/Funk* (Hrsg), Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts, Verlag Österreich 2000, 143.



- ▶ *Ozberger*, Ehrenschaft und Medienstrafrecht, Verlag Österreich 2. Aufl 1997.
- ▶ *Papier/Möller*, Das Bestimmtheitsgebot und seine Durchsetzung, AÖR 1997, 177.
- ▶ *Peglau*, Der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch das Strafrecht, Lang 1997.
- ▶ *Perron*, Die Unterscheidung zwischen Auslegung und Analogie aus deutscher Perspektive, in *Hilgendorf* (Hrsg), Das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht, Mohr Siebeck 2013, 211.
- ▶ *Philipp* in *Höpfel/Ratz* (Hrsg), WK<sup>2</sup>-StGB § 222 (Stand 1.5.2016, rdb.at).
- ▶ *Philipp* in *Fuchs/Ratz* (Hrsg), WK-StPO § 342 (Stand 1.6.2011, rdb.at).
- ▶ *Pirker*, Proportionality analysis and models of judicial review: a theoretical and comparative study, Europa Law Publ. 2013.
- ▶ *Plöchl/Seidl* in *Höpfel/Ratz* (Hrsg), WK<sup>2</sup>-StGB § 290 (Stand 1.4.2017, rdb.at).
- ▶ *Plöchl/Seidl* in *Höpfel/Ratz* (Hrsg), WK<sup>2</sup>-StGB § 293 (Stand 1.4.2017, rdb.at).
- ▶ *Poscher*, Theorie eines Phantoms – Die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach ihrem Gegenstand, Rechtswissenschaft 2010, 349.
- ▶ *Poscher*, Einsichten, Irrtümer und Selbstmissverständnis der Prinzipientheorie, in *Sieckmann* (Hrsg), Die Prinzipientheorie der Grundrechte – Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys, Nomos 2007, 59.
- ▶ *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz, Verlag Österreich 2008.
- ▶ *Potacs*, Die Struktur von Abwägungsentscheidungen, in *Khakzadeh-Leiler/Schmid/Weber* (Hrsg), Interessenabwägung und Abwägungsentscheidungen, Verlag Österreich 2014, 15.
- ▶ *Potacs*, Die Grundnormproblematik, in *Griller/Rill* (Red), Rechtstheorie: Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung, Springer 2011, 135.
- ▶ *Proseke*, Der strafrechtliche Ehrenschaft im Lichte des Entwurfes eines Mediengesetzes, ÖJZ 1977, 1.
- ▶ *Radbruch*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946, 105.
- ▶ *Rami* in *Höpfel/Ratz* (Hrsg), WK<sup>2</sup>-StGB §§ 111–117 (Stand 1.4.2021, rdb.at).
- ▶ *Rami* in *Höpfel/Ratz* (Hrsg), WK<sup>2</sup>-MedienG Präambel (Stand 1.9.2019, rdb.at).
- ▶ *Rami* in *Höpfel/Ratz* (Hrsg), WK<sup>2</sup>-MedienG §§ 1ff (Stand 1.9.2019, rdb.at).
- ▶ *Rami*, Sind Lug und Trug unehrenhaft? Zu OLG Wien 14.1.2008, 18 Bs 268/07d (MR 2008, 7), MR 2008, 179.
- ▶ *Rami*, Zwingt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte Österreich zu einer Änderung seines Medienrechts?, in *Karl/Berka* (Hrsg), Medienfreiheit, Medienmacht und Persönlichkeitsschutz – Internationales Symposium am Österreichischen Institut für Menschenrechte in Salzburg am 14. und 15. Juni 2007 anlässlich des 20-jährigen Bestehens des Instituts, N.P. Engel 2008, 93.

- ▶ *Ratz in Fuchs/Ratz* (Hrsg), WK-StPO § 281 (Stand 1.1.2020, rdb.at).
- ▶ *Ratz in Fuchs/Ratz* (Hrsg), WK-StPO § 290 (Stand 1.1.2020, rdb.at).
- ▶ *Ratz*, Der Oberste Gerichtshof (OGH) als Hüter der Grundrechte in Strafsachen, in *Kert/Lehner* (Hrsg), Vielfalt des Strafrechts im internationalen Kontext, Festschrift für Frank Höpfel zum 65. Geburtstag, NWV 2018, 229.
- ▶ *Ratz in Fuchs/Ratz* (Hrsg), WK-StPO § 362 (Stand 20.12.2018, rdb.at).
- ▶ *Ratz*, Zur Entwicklung des Grundrechtsschutzes im Straf- und Medienrecht, in *Pilgermair* (Hrsg), Wandel in der Justiz, Verlag Österreich 2013, 155.
- ▶ *Ratz*, Mit dem OGH in Strafsachen ins Gespräch kommen, RZ 2012, 158.
- ▶ *Ratz*, Überprüfung von Entscheidungen durch den OGH in Strafsachen, ÖJZ 2010, 983.
- ▶ *Ratz*, Schutz der freien Meinungsäußerung und Schutz vor ihr im Straf- und Medienrecht durch den OGH, in *Karl/Berka* (Hrsg), Medienfreiheit, Medienmacht und Persönlichkeitsschutz – Internationales Symposium am Österreichischen Institut für Menschenrechte in Salzburg am 14. und 15. Juni 2007 anlässlich des 20-jährigen Bestehens des Instituts, N.P. Engel 2008, 73.
- ▶ *Ratz*, Schutz der freien Meinungsäußerung und Schutz vor ihr im Straf- und Medienrecht durch den OGH, ÖJZ 2007, 948.
- ▶ *Ratz*, Grundrechtsschutz durch den Obersten Gerichtshof in Strafsachen, in *Pilgermair* (Hrsg), Festschrift für Herbert Steininger zum 70. Geburtstag, Verlag Österreich 2003, 109.
- ▶ *Rawls*, Eine Theorie der Gerechtigkeit, Suhrkamp 16. Aufl 2008.
- ▶ *Rebisant in Fuchs/Ratz* (Hrsg), WK-StPO §§ 363a-c (Stand 1.6.2021, rdb.at).
- ▶ *Reindl*, Ist § 91 UrhG ausreichend bestimmt?, ÖJZ 2007, 133.
- ▶ *Reindl-Krauskopf in Fuchs/Ratz* (Hrsg), WK-StPO Vorbemerkungen zu den §§ 363a-c (Vorauf, Stand 1.8.2010, rdb.at).
- ▶ *Reindl-Krauskopf in Fuchs/Ratz* (Hrsg), WK-StPO § 363a (Vorauf, Stand 1.8.2010, rdb.at).
- ▶ *Reindl-Krauskopf*, Die neue Erneuerung des Strafverfahrens – zulässige Analogie oder Rechtsschöpfung?, JBl 2008, 130.
- ▶ *Reindl-Krauskopf*, Erweiterter Grundrechtsschutz im neuen Strafverfahren?, in *Bundesministerium für Justiz* (Hrsg), 36. Ottensteiner Fortbildungsseminar aus Strafrecht und Kriminologie, NWV 2008, 55.
- ▶ *Reindl-Krauskopf/Salimi/Stricker*, Handbuch IT-Strafrecht – Cyberdelikte und Ermittlungsbefugnisse, Manz 2018.
- ▶ *Riedel*, Rechtliche Optimierungsgebote oder Rahmensetzungen für das Verwaltungshandeln? Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Potsdam vom 7. bis 10. Oktober 1998, VVDStRL 58 (1999), 180.

- ▶ *Riklin*, Zum Rechtfertigungsgrund der Wahrung (Wahrnehmung) berechtigter Interessen, in *Donatsch/Forster/Schwarzenegger* (Hrsg), Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte. Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, Schulthess 2002, 537.
- ▶ *Rill* in *Kneihs/Lienbacher* (Hrsg), Bundesverfassungsrecht – Kommentar (1. Lfg 2001) Art 18 B-VG.
- ▶ *Rill*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, ZfV 1985, 461, 577.
- ▶ *Rohregger*, Der Parteienantrag auf Normenkontrolle (»Gesetzesbeschwerde«), AnwBl 2015, 188.
- ▶ *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, Beck 5. Aufl 2020.
- ▶ *Rüfner*, Grundrechtskonflikte, in *Starck* (Hrsg), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Festgabe aus Anlass des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Band 2, Mohr 1976, 453.
- ▶ *Salimi* in *Höpfel/Ratz* (Hrsg), WK<sup>2</sup>-StGB § 67 (Stand 3.8.2020, rdb.at).
- ▶ *Saurer*, Die Hart-Dworkin-Debatte als Grundlagenkontroverse der angloamerikanischen Rechtsphilosophie – Versuch einer Rekonstruktion nach fünf Jahrzehnten, ARSP 2012, 214.
- ▶ *Scanlon*, A Theory of Freedom of Expression, in *Dworkin* (Hrsg), The philosophy of law, Oxford University Press 1977, 153.
- ▶ *Schäffer*, Rechtsquellen und Rechtsanwendung. Gutachten zu den Verhandlungen des 5. Österreichischen Juristentages, Band 1 1. Teil B, Manz 1973.
- ▶ *Schäffer*, Verfassungsinterpretation in Österreich. Eine kritische Bestandsaufnahme, Springer 1971.
- ▶ *Schallmoser*, »Zeit und Ort« bei Social Media-Delikten – Straf- und Verfolgbarkeit wann, wo, wie lange?, JSt 2018, 370.
- ▶ *Schallmoser*, Europäischer Haftbefehl und Grundrechte. Risiken der Verletzung von Grundrechten durch den Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl im Lichte der EMRK, Manz 2012.
- ▶ *Schick*, Auslegung und Rechtsfortbildung, in *Griller/Rill* (Red), Rechtstheorie: Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung, Springer 2011, 209.
- ▶ *Schick*, Bestimmtheitsgrundsatz und Analogieverbot, in *Mayer H.* (Hrsg), Staatsrecht in Theorie und Praxis: Festschrift Robert Walter zum 60. Geburtstag, Manz 1991, 625.
- ▶ *Schilken*, Abwägung im Verfahrensrecht, insb im Zivilprozeßrecht, in *Erbguth/Oebbecke/Rengeling/Schulte* (Hrsg), Abwägung im Recht. Symposium und Verabschiedung von Werner Hoppe am 30. Juni 1995 in Münster aus Anlaß seiner Emeritierung, Carl Heymanns Verlag 1996, 55.
- ▶ *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, Duncker & Humblot 1976.
- ▶ *Schlüchter*, Zum »Minimum« bei der Auslegung normativer Merkmale, NSTz 1984, 300.

- ▶ *Schmidt*, Grundrechte als selbständige Strafbefreiungsgründe, ZStW 2009, 645.
- ▶ *Schmidt*, Grundrechte als verfassungsunmittelbare Strafbefreiungsgründe. Zu Methode und Praxis der Verfassungseinwirkung auf das materielle Strafrecht, Nomos 2008.
- ▶ *Schmoller*, Freie Beweiswürdigung und in dubio pro reo – Grenzbereiche, in *Bundesministerium für Justiz* (Hrsg), 41. Ottensteiner Fortbildungsseminar aus Strafrecht und Kriminologie, NWV 2014, 45.
- ▶ *Schmoller*, Der OGH in Strafsachen: »Wahrer einheitlicher Rechtsauslegung« oder »Schulmeister der Anwälte«?, in *Giese/Holzinger/Jabloner* (Hrsg), Verwaltung im demokratischen Rechtsstaat, Festschrift für Harald Stolzlechner zum 65. Geburtstag, Verlag Österreich 2013, 607.
- ▶ *Schmoller* in *Fuchs/Ratz* (Hrsg), WK-StPO § 14 (Stand 1.11.2012, rdb.at).
- ▶ *Schmoller*, Strafrecht und die Freiheit der Kunst. Die Suche nach einer Grenze, in *Pauger* (Hrsg), Art *goes law* – Dialoge zum Wechselspiel zwischen Kunst und Recht, Böhlau Verlag 2005, 197.
- ▶ *Schmoller*, Zur Argumentation mit Maßstabfiguren – Am Beispiel des durchschnittlich rechtstreuen Schwachsinnigen, JBl 1990, 631.
- ▶ *Schneider*, Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskollisionen. Empirische Studie zu Methode und Kritik eines Konfliktlösungsmodelles, Nomos 1979.
- ▶ *Schroeder*, Abwägungsentscheidungen im Unionsrecht, in *Khakzadeh-Leiler/Schmid/Weber* (Hrsg), Interessenabwägung und Abwägungsentscheidungen, Verlag Österreich 2014, 67.
- ▶ *Schulev-Steindl*, Subjektive Rechte – Eine rechtstheoretische und dogmatische Analyse am Beispiel des Verwaltungsrechts, Verlag Österreich 2008.
- ▶ *Schumacher*, Medienberichterstattung und Schutz der Persönlichkeitsrechte, Manz 2001.
- ▶ *Schuppert/Bumke*, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung. Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit des einfachen Rechts, Nomos 2000.
- ▶ *Schuppert/Bumke* (Hrsg), Bundesverfassungsgericht und gesellschaftlicher Grundkonsens, Nomos 2000.
- ▶ *Schwabe*, Probleme der Grundrechtsdogmatik, Selbstverlag 1977.
- ▶ *Schwerdtfeger*, Optimale Methodik der Gesetzgebung als Verfassungspflicht, in *Stödter/Thieme* (Hrsg), Hamburg – Deutschland – Europa. Beiträge zum deutschen und europäischen Verfassungs-, Verwaltungs- und Wirtschaftsrecht. Festschrift für Hans Peter Ipsen zum siebzigsten Geburtstag, Mohr Siebeck 1977, 173.

- ▶ *Seedorf*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei der Gesetzgebung, in *Jestaedt/Lepsius* (Hrsg), Verhältnismäßigkeit, Mohr Siebeck 2015, 129.
- ▶ *Seiler*, Strafrecht Allgemeiner Teil I – Grundlagen und Lehre von der Straftat, Facultas 4. Aufl 2020.
- ▶ *Seling*, Schutz der Privatsphäre durch das Strafrecht, LexisNexis ARD Orac 2010.
- ▶ *Sieckmann*, Grundrechte als Prinzipien, in *Sieckmann* (Hrsg), Die Prinzipientheorie der Grundrechte – Studien zur Grundrechtstheorie Robert Alexys, Nomos 2007, 17.
- ▶ *Sieckmann*, Begriff und Struktur von Regeln, Prinzipien und Elementen im Recht, in *Schilcher/Koller/Funk* (Hrsg), Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts, Verlag Österreich 2000, 69.
- ▶ *Sieckmann*, Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems, Nomos 1990.
- ▶ *Spielmann*, Konkurrenz von Grundrechtsnormen, Nomos 2008.
- ▶ *Staffler*, Strafgesetzhlichkeit im Dialog zwischen Verfassungs- und Unionsrecht, ZStW 2018, 1147.
- ▶ *Stangl*, »Verhältnismäßige Notwehr«. Untersuchung der Rechtsprechung zu Abwägungen bei der Auslegung des § 32 StGB, Verlag Dr. Kovač 2013.
- ▶ *Stefanopoulou*, Grundzüge eines Kommunikationsstrafrechts: Materie, Prozess, in dubio pro reo, ZIS 2020, 398.
- ▶ *Steiff*, Rechtsfindung im Umweltrecht. Normtheoretische Grundlagen – verfassungsrechtliche Konditionierung – verwaltungs- und planungsdogmatische Entfaltung, Nomos 2006.
- ▶ *Steiner*, Die Straßburger Rechtsprechung zu diffamierenden Werturteilen, in *Karl/Berka* (Hrsg), Medienfreiheit, Medienmacht und Persönlichkeitsschutz – Internationales Symposium am Österreichischen Institut für Menschenrechte in Salzburg am 14. und 15. Juni 2007 anlässlich des 20-jährigen Bestehens des Instituts, N.P. Engel 2008, 47.
- ▶ *Steininger E.* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer* (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch (2. Lfg 1993) § 1 StGB.
- ▶ *Steininger E.*, Der Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, JBl 1987, 205, 287.
- ▶ *Stelzer*, Der Individualantrag zwischen abstrakter und konkreter Normkontrolle, in *Feik/Winkler* (Hrsg), Festschrift für Walter Berka, Jan Sramek Verlag 2013, 609.
- ▶ *Stelzer*, Wesensgehaltsargument – Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Springer 1991.
- ▶ *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Grundrechtstatbestand, Grundrechtsbeeinträchtigung und Grundrechtsbegrenzungen, Grundrechtsverluste und Grundpflichten, Schutz der Grundrechte, Grundrechtskonkurrenzen,

- Grundrechtssystem, Band 3: Allgemeine Lehren der Grundrechte 2, Beck 1994.
- ▶ *Stolzlechner*, Verwaltungsrechtliche Abwägungsentscheidung. Rechtsfragen der Berücksichtigung öffentlicher und privater Interessen bei individuellen Verwaltungsentscheidungen, ZfV 2000, 214.
  - ▶ *Storr*, Die österreichische Bundesverfassung – eine Hausbesichtigung, ZfV 2009, 530.
  - ▶ *Stratenwerth*, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, Stämpfli 4. Aufl 2011.
  - ▶ *Stricker* in *Leukauf/Steininger H.*, Kommentar zum Strafgesetzbuch, Linde 4. Aufl 2017, § 1.
  - ▶ *Stuefer/Soyer*, Kritik des Grundrechtsschutzes in der Strafsprechung des OGH, ÖJZ 2007, 139.
  - ▶ *Tassis*, Die Kommentierung von Statusmeldungen in sozialen Netzwerken aus strafrechtlicher Perspektive, Nomos 2020.
  - ▶ *Thienel* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht – Kommentar (1. Lfg 1999) Art 7 EMRK.
  - ▶ *Tipold* in *Leukauf/Steininger H.*, Kommentar zum Strafgesetzbuch, Linde 4. Aufl 2017, §§ 111–117.
  - ▶ *Tipold* in *Fuchs/Ratz* (Hrsg), WK-StPO § 87 (Stand 1.8.2011, rdb.at).
  - ▶ *Tipold* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer* (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch (16. Lfg 2007) § 293 StGB.
  - ▶ *Triffterer*, Österreichisches Strafrecht – Allgemeiner Teil, Springer 2. Aufl 1994.
  - ▶ *Triffterer/Schmoller*, Die Freiheit der Kunst und die Grenzen des Strafrechts (Teil I und II). Auswirkungen des Art 17a StGG auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit bei künstlerischer oder vermeintlich künstlerischer Betätigung, ÖJZ 1993, 547, 573.
  - ▶ *Van Rijn*, Chapter 14 – Freedom of Expression (Art 10), in *van Dijk/van Hoof/van Rijn/Zwaak* (Hrsg), Theory and practice of the European Convention on Human Rights, intersentia 5. Aufl 2018.
  - ▶ *Velten* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer* (Hrsg), Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch (28. Lfg 2013) Vorbem §§ 75–79 StGB.
  - ▶ *Velten*, Grundrechtsschutz im Strafprozess durch den Verfassungsgerichtshof, in *Soyer* (Hrsg), Strafverteidigung – Steinige Wege. 5. Österreichischer StrafverteidigerInnentag Wien, 23./24. März 2007, NWV 2007, 13.
  - ▶ *Velten/Mertens*, Zur Kritik des grenzenlosen Gesetzesverstehens: Grund und Umfang der Wortsinnbindung im Strafrecht, ARSP 1990, 516.
  - ▶ *Vereinigung Österreichischer StrafverteidigerInnen* (Hrsg), Strafverteidigung – Opferrechte und Medienjustiz –

- die Instrumentalisierung des Strafverfahrens für Opferinteressen und mediale Inszenierungen; 4. Dreiländerforum Strafverteidigung und 12. Österreichischer StrafverteidigerInnentag, Salzburg, 31.1./1.2.2014, NWV 2014.
- ▶ *Vesting*, Soziale Geltungsansprüche in fragmentierten Öffentlichkeiten. Zur neueren Diskussion über das Verhältnis von Ehrenschutz und Meinungsfreiheit, AöR 122 (1997), 337.
  - ▶ *Vogel, F./Christensen*, Die Sprache des Gesetzes ist nicht Eigentum der Juristen. Von der Prinzipienspekulation zur empirischen Analyse der Abwägung, in *Müller/Mastronardi* (Hrsg), »Abwägung«. Herausforderung für eine Theorie der Praxis, Duncker & Humblot 2014, 87.
  - ▶ *Von der Pfordten*, Begriff des Rechts, in *IVR (Deutsche Sektion) und Deutsche Gesellschaft für Philosophie* (Hrsg), Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie, online unter <<http://www.enzyklopaedie-rechtsphilosophie.net/inhaltsverzeichnis/19-beitrag/104-begriff-des-rechts>> (27.7.2021).
  - ▶ *Wahl*, Freiheit der Wissenschaft als Rechtsproblem, Freiburger Universitätsblätter 95, 1987, 19.
  - ▶ *Wahl*, Der Vorrang der Verfassung und die Selbständigkeit des Gesetzesrechts, NVwZ 1984, 401.
  - ▶ *Walbert/Satek/Wielinger*, Praxisleitfaden Parteiantrag auf Normenkontrolle, Manz 2015.
  - ▶ *Walter*, Die Gewohnheit als rechtserzeugender Tatbestand, ÖJZ 1963, 225.
  - ▶ *Watzlawick/Beavin/Jackson*, Menschliche Kommunikation, Huber 1969.
  - ▶ *Wegscheider*, Der Vorsatz bei normativen Tatbestandsmerkmalen. Das Problem der »Parallelwertung in der Laiensphäre«, JBl 1974, 192.
  - ▶ *Weigend*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Grenze staatlicher Gewalt, in *Weigend/Küpper* (Hrsg), Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999, de Gruyter 1999, 917.
  - ▶ *Weiß*, Kritische Betrachtung des Täuschungstatbestandes aus straf- und verfassungsrechtlicher Sicht – zugleich ein Beitrag zur Bestimmtheit von Strafnormen, AnwBl 1989, 185, 246.
  - ▶ *Wendt*, Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot, AöR 104 (1979), 414.
  - ▶ *Wiederin*, Das Verbotsgesetz und die Meinungsfreiheit, in *Lichtenwagner/Reiter-Zatloukal* (Hrsg), »... um alle nazistische Tätigkeit und Propaganda in Österreich zu verhindern«, Clio 2018, 67.
  - ▶ *Wiederin*, Schutz der Privatsphäre, in *Merten D./Papier/Kucsko-Stadlmayer* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte, Band VII/1: Grundrechte in Österreich, Manz 2. Aufl 2014, § 190.
  - ▶ *Wiederin*, Die Stufenbaulehre Adolf Julius Merkl's, in *Griller/Rill* (Red), Rechtstheorie: Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung, Springer 2011, 81.

- ▶ *Wiederin* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht – Kommentar (5. Lfg 2002) Art 8 EMRK.
- ▶ *Wiederin*, Nationalsozialistische Wiederbetätigung, Wahlrecht und Grenzen verfassungskonformer Auslegung – Bemerkungen zum ANR-Erkenntnis des VfGH, Wien, EuGRZ 1987, 137.
- ▶ *Wiederin*, Regel – Prinzip – Norm. Zu einer Kontroverse zwischen Hans Kelsen und Josef Esser, in *Paulson/Walter* (Hrsg), Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre – Ergebnisse eines Wiener Rechtstheoretischen Seminars 1985/86, Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Band 11, Manz 1986, 137.
- ▶ *Wilburg*, Elemente des Schadensrechts, Elwert 1941.
- ▶ *Wilkes*, John Rawls, Theorie der Gerechtigkeit, und Ronald Dworkin, These der Rechte – Positionen neuer amerikanischer Rechtsphilosophie zwischen Liberalismus, Utilitarismus, Positivismus und Naturrecht, Lang 1997.
- ▶ *Windhager/Lattacher*, Meinungsfreiheit – Pressefreiheit – Rundfunkfreiheit – Kunstfreiheit, in *Heißl* (Hrsg), Handbuch Menschenrechte – allgemeine Grundlagen – Grundrechte in Österreich – Entwicklungen – Rechtsschutz, Facultas.WUV 2009, 280.
- ▶ *Württemberg*, Rechtliche Optimierungsgebote oder Rahmensetzungen für das Verwaltungshandeln? Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Potsdam vom 7. bis 10. Oktober 1998, VVDStRL 58 (1999), de Gruyter 1999, 139.
- ▶ *Zeder*, Abwesenheitsurteil als Auslieferungs- und Vollstreckungshindernis: Neues vom OGH – und von der EU, JSt 2008, 92.
- ▶ *Zerbes*, Tatort: Internet. Zuständigkeit bei virtuell begangenen Äußerungsdelikten, ÖJZ 2017, 856.
- ▶ *Zimmerli*, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht, Versuch einer Standortbestimmung, ZSR 1978 (Bd. 97 II), 1.
- ▶ *Zöchbauer*, Zu den Tatbestandsgrenzen des § 111 Abs 1 StGB – Gedanken zur üblen Nachrede, MR 2015, 283.
- ▶ *Zöchbauer*, Der Schutz des »guten Rufes« und Art 8 EMRK. Eine Anmerkung aus Anlass der EGMR-Entscheidung in der Rechtssache Karakó gegen Ungarn (MR 2009, 121), MR 2009, 119.
- ▶ *Zöchbauer*, Grundfragen des Medienstrafrechts, Orac 1992.

□



## Stichwortverzeichnis

Absichtserfordernis .....	392, 394, 399	<b><u>A</u></b>
Abstrakte Gefährdung/Gefährlichkeit .....	411, 491	
Abwägung		
—, Abwägungsausfall .....	304	
—, Abwägungsaxiome .....	297	
—, Abwägungsbefugnis .....	29, 301	
—, Abwägungsdefizit .....	305	
—, Abwägungsfehlerlehre .....	304	
—, Abwägungsfehlgewichtung .....	305	
—, Abwägungsgesetz .....	261, 348	
—, Abwägungsgesichtspunkte .....	344, 374, 381	
—, Abwägungsmodell .....	272	
—, Abwägungsprozess .....	272	
—, Abwägungsspielraum .....	206, 210	
—, Abwägungsunverhältnismäßigkeit .....	305	
—, ad hoc-Abwägungen .....	319	
—, Begriff der Abwägung .....	115	
Alles-oder-nichts-Prinzip .....	150, 253, 254, 267	
Allgemeine Handlungsfreiheit .....	62, 71	
Amtswegigkeit .....	83, 93, 105, 458, 460	
Analogie .....	30, 48, 210	
Antrag auf Einstellung .....	79	
Auslegung		
—, Auslegungsmaximen .....	344, 374	
—, Auslegungsmethoden .....	40, 182, 218, 470	
—, Contra legem .....	49, 52	
—, Praeter legem .....	47, 52	
—, Rangordnung der Auslegungsmethoden .....	218	
Aussagenotstand .....	381	
Außerordentliche Wiederaufnahme .....	98	
Äußerung .....	64, 84, 98	
Ausweichprinzip .....	286	
Begründungspflicht .....	92, 97, 306, 310	<b><u>B</u></b>
Beleidigung .....	437, 449	

Bereichsbestimmungsgrundsatz .....	124
Berufsansehen .....	139, 281
Berufsgeheimnis .....	385, 391
Beschimpfen .....	198, 230, 440, 441
Beschwerde .....	33, 82
Bestimmtheit	
—, Anforderungen an die Bestimmtheit .....	169, 179, 217
—, Begriff des Bestimmtheitsgebots .....	166, 180
—, Bestimmtheit als Regel .....	346
—, Bestimmtheit der Ehrdelikte .....	408, 469, 493
Bestimmbarkeit .....	181
Bestimmungstäterschaft .....	334
Beweiserwägung .....	383
Beweisthemenverbot .....	455, 460
Beziehung zu anderen Staaten .....	148
Bildnisschutz .....	141, 273
Blankettstrafnorm .....	55, 190, 200
<b>C</b>	
Chilling effect .....	372
Common law .....	188
Cyberstalking .....	391, 400, 402
<b>D</b>	
Datenschutz .....	141, 332, 391
Debate of public interest .....	361, 488
Demokratieprinzip .....	53, 374
Demokratische Legitimation .....	55, 154, 165
Deskriptive Tatbestandsmerkmale .....	191
Diffuse Interessen .....	282
Diskurs .....	300, 348, 359, 361, 373
Dokumentation	
—, Dokumentation der Abwägung .....	306, 465
—, Dokumentationspflicht .....	307
Dringlichkeit .....	291
Drittwirkung von Grundrechten .....	36
Drohung .....	85, 89, 143, 146, 191, 386
<b>E</b>	
Ehre	
—, Ehrangriff .....	136, 138, 358, 484

—, Ehrverletzung .....	137, 491, 495
—, Normative Ehre .....	135, 136
—, Objektive Ehre .....	134, 136
—, Subjektive Ehre .....	134, 136
Eigentumsfreiheit .....	105, 172, 231, 333
Eingriff	
—, Eingriffslegitimierende Interessen .....	133
—, Eingriffsnahe Gesetze .....	171
—, Eingriffsrechtfertigung .....	61, 74, 119, 348, 465
—, Eingriffsvorbehalt .....	24
Einschätzungsspielraum, -prärogative .....	16, 155, 160, 286, 347
Einspruch wegen Rechtsverletzung .....	80
Einwilligung .....	231, 297
Entrüstung .....	449, 467
Entscheidungsspielräume .....	210
Entschuldigungsgrund .....	184, 222, 239, 447, 467, 503
Erheblichkeitsschwelle .....	86, 100
Ermächtigungsdelikt .....	458
Erneuerung des Strafverfahrens .....	94, 95
Evaluierung .....	296, 405, 496
Exzess .....	351, 423, 442, 485, 501
Fair balance .....	115
Faires Verfahren .....	38, 73, 103
Flachglas-Urteil .....	304
Folgenabschätzung .....	291, 376, 404
Freiheit der Willensbildung und -betätigung .....	143, 406
Geheimhaltung .....	142, 148, 385
Geheimnisschutz .....	366, 489
Gerechtigkeit .....	50, 299
Gerichtliche Strafsanktion .....	18, 290
Gesellschaftliche Entwicklungen .....	377
Gesellschaftliche Selbstorganisation .....	318
Gesetz	
—, Gesetzesbeschwerde .....	33, 107
—, Gesetzesbindung .....	24, 38, 52, 210, 213
—, Gesetzesfolgenabschätzung .....	291

**F****G**

—, Gesetzeslücke .....	30, 47, 49, 52
—, Gesetzesmaterialienanalyse .....	9, 330, 374, 377
—, Gesetzesprüfungsverfahren .....	33, 39, 42
—, Gesetzesvorbehalt .....	24, 74, 119, 239
Gesetzgeberischer Wille .....	46, 213, 218, 307
Gestaltungsspielräume .....	206
Gewalt .....	72
Gewaltenteilung .....	165
Gewichtsformel .....	347
Gleichrangigkeit .....	117, 283
Gleichzeitigkeit .....	108
Grundordnung .....	125, 320, 322
Grundrechte	
—, Grundrechtecharta (GRCh) .....	27, 62, 76
—, Grundrechtlicher Schutzbereich	22, 60, 62, 64, 68, 70, 73, 276, 289, 301, 349
—, Grundrechtsbeschwerde .....	101
—, Grundrechtsgebundenheit .....	20, 29
—, Grundrechtskonforme Auslegung .....	40, 229, 238
—, Grundrechtskonkurrenzen .....	129
—, Grundrechtsparallelität .....	281
—, Kern- und Randbereich des Grundrechtsschutzes	27, 277, 289, 305, 484
—, Rangordnung der Grundrechte .....	117, 319
Gutgläubensbeweis .....	452, 492, 502, 503

**H**

Handlungsfreiheit .....	62, 71
Herabsetzung .....	481
Herabwürdigung .....	146, 148, 185, 394
Historische Auslegung .....	47, 52, 213, 218
Höchstpersönlicher Lebensbereich .....	353, 367, 371, 489, 502

**I**

Individualrechtsgüter .....	14, 26
In dubio	
—, pro libertate .....	354, 486
—, pro reo .....	356, 454
—, pro Tatsachenäußerung .....	354, 487
Inhaltsanalyse .....	9, 374
Innere Sicherheit .....	146
Integre Amtsführung .....	148
Intensität .....	26, 277, 289, 347

## Interessen

—, Bewertung/Gewichtung der Interessen .....	209, 276, 309, 483
—, Ermittlung/Sammlung der Interessen .....	274, 309, 483
—, Gegenüberstellung der Interessen .....	278, 309, 485
—, Individualinteressen .....	25, 126, 131, 134, 281, 485
—, Interessenabwägung .....	113, 164, 228, 249, 329
—, Interessenausgleich .....	149, 286
—, Interessenkollision .....	121, 133, 274, 297
—, Interessenfragmentierung und -partialisierung .....	315
—, Involvierte Interessen .....	133, 274, 301, 309, 483
—, Kollektive Interessen .....	126, 131, 144, 281
—, Öffentliche Interessen .....	25, 126, 131, 144, 153, 361, 485, 502
—, Rechtlich geschützte Interessen .....	123, 133, 270, 360
Internationale Verpflichtungen .....	27, 379
Intimsphäre .....	353, 485

Journalistischer Sorgfaltsmaßstab .....	87, 100, 351, 355, 457
---	------------------------

J

Kardinalskalenniveau .....	312
----------------------------	-----

K

Kinder- und Jugendschutz .....	144
--------------------------------	-----

Kollektive Rechtsgüter .....	14
------------------------------	----

Kollisionsgesetz .....	260
------------------------	-----

## Kommunikation

—, Kommunikationsbegriff .....	57
--------------------------------	----

—, Face-to-face-Kommunikation .....	58, 70, 413, 496
-------------------------------------	------------------

—, Nonverbale Kommunikation .....	71
-----------------------------------	----

## Kommunikationsfreiheit

—, Begriff der Kommunikationsfreiheit .....	64
---	----

—, Eingriffe in die Kommunikationsfreiheit .....	60, 68
--	--------

—, Geltendmachung der Kommunikationsfreiheit .....	78
--	----

—, Rechtsquellen der Kommunikationsfreiheit .....	74, 76
---	--------

—, Schutzbereich der Kommunikationsfreiheit .....	64, 68
---	--------

Kommunikationsstrafrecht, Begriff .....	78
---	----

Konkretisierungsprimat .....	29
------------------------------	----

Konkurrenzen .....	70, 129
--------------------	---------

Konstitutionalisierung der Rechtsordnung .....	316
--	-----

Kontext der Äußerung .....	84, 356, 414, 469, 498
----------------------------	------------------------

Korruption .....	148, 331, 392
------------------	---------------

Kriminalitätsphänomene .....	377
------------------------------	-----

Kriminalstatistik .....	377
Kunsthfreiheit .....	70, 231, 369, 471, 484
Künstlerische Äußerungen .....	231, 237, 369, 474, 488
<b>L</b>	
Legaldefinitionen .....	191, 387, 402
Legalitätsprinzip .....	165
Leitlinien	
—, Begriff der Leitlinien .....	258
—, Berücksichtigung von Leitlinien .....	280
—, Fehlende Leitlinien .....	460
—, Leitlinien der Abwägung .....	371, 408, 490
Lex specialis .....	70, 77, 369, 436
Lüge .....	66, 143, 147, 203, 433, 472
<b>M</b>	
Mängelrüge .....	84
Margin of appreciation .....	86, 100, 206
Materielle Wahrheit .....	143, 147
Medium, Medien .....	57, 86, 318, 362, 416, 457, 488
Meinung .....	64, 76, 350, 354, 466
Milieu .....	414, 477, 498
Mindestpublizität .....	411, 420, 500
Missbrauchsverbot .....	67, 349
Mittel-Zweck-Relation .....	152, 161, 445
Moral .....	75, 250, 256, 297, 299, 431
Moralische Interessenkollision .....	297
<b>N</b>	
Nachricht .....	57, 65, 78
Nachvollziehbarkeit .....	162, 294, 306
Negativdefinition .....	199, 402
Nichtigkeitsbeschwerde	
—, Mängelrüge .....	84
—, Rechtsrüge .....	89
—, Sanktionsrüge .....	104
—, Subsumtionsrüge .....	104
—, Verfahrensrüge .....	102
Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes .....	92
Normanfechtung .....	33, 106, 107
Normative Tatbestandsmerkmale .....	54, 184, 193, 409, 432, 466

Normbegründungsvorgang .....	307
Nötigung durch Umstände .....	447, 482
Notstandsrechtliche Güterkollisionen .....	179
Nulla poena sine lege .....	48, 166, 210, 255

Objektive Bedingung der Strafbarkeit .....	452, 481, 499
Objektiv-teleologische Auslegung .....	47, 55, 211, 218
Öffentliche Interessen .....	25, 126, 131, 144, 156, 365, 481, 485, 487
Öffentlicher Diskurs .....	358, 361, 362, 363, 373, 490, 494, 500
Öffentlichkeitssphäre .....	371
Offizialprinzip .....	458, 482, 505
Opfer .....	418, 499
Optimierungsgebot .....	149, 162, 259, 263, 361
Ordinalskala .....	313

O

Parallelität .....	281, 485
Parteienantrag auf Normenkontrolle .....	33, 107
Patt .....	283
Persönliche Integrität .....	140, 367
Persönlichkeitsschutz .....	140, 353, 363, 367, 490
Planwidrige Gesetzeslücke .....	30, 47, 49, 52
Pönalisierungsgebote .....	35
Pönalisierungsverbote .....	33
Pornographische Darstellungen .....	145, 384
Positivdefinition .....	402
Postverbot .....	75
Präferenz- oder Konfliktlösungsregeln .....	317
Praktikabilitätsabwägungen .....	380, 407
Praktische Konkordanz .....	149, 209, 262, 286, 289, 361, 490, 493
Praxiserfahrungen .....	378
Prinzipien	
—, Begriff der Prinzipien .....	255
—, Berücksichtigung von Prinzipien .....	280
—, Fehlende Prinzipien .....	460
—, Grundrechte als Prinzipien .....	259
—, Prinzipien der Abwägung .....	360, 374, 406, 487
—, Prinzipientheorie .....	250, 263
Privatanklagedelikt .....	285, 458, 462, 486, 503, 505

P

Privatheit	Regeln
Privatheit .....	140, 484, 485
Privatöffentlichkeit .....	367
Prognose .....	291, 404
Prozessuale Probleme .....	379
Public figure .....	363, 489
Public interest .....	364, 373, 488
Public watchdog .....	362, 488
<b>R</b>	
Rahmenordnung .....	283, 320
Rangordnung	
—, Rangordnung der Auslegungsmethoden .....	218
—, Rangordnung der Grundrechte .....	117, 319
Rassistische Äußerungen .....	67, 349
Realanalyse .....	314
Recht auf persönliche Freiheit .....	101, 171, 332
Rechtfertigungslösung .....	234
Rechtlich geschütztes Interesse	
—, Begriff des rechtlich geschützten Interesses .....	123
—, Kommunikationsfreiheit als rechtlich geschütztes Interesse .....	133
—, Rechtlich geschützte Interessen als Abwägungsgegenstand .....	133
—, Rechtlich geschütztes Interesse als Prinzip .....	270, 360
Rechtsanwendung .....	210, 307, 321
Rechtfertigungsebene .....	234
Rechtsfortbildung	
—, Gesetzesimmanente Rechtsfortbildung (praeter legem) .....	47, 52
—, Gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung (contra legem) .....	49, 55
—, Rechtsfortbildung extra legem .....	51
—, Rechtsfortbildung intra ius .....	51
Rechtsgut	
—, Arten von Rechtsgütern .....	14, 17, 133
—, Begriff des Rechtsguts .....	14
—, Grenzen der Rechtsgutswahl .....	15
—, Rechtsgüterschutz .....	14, 117, 123
Rechtspositivismus .....	250
Rechtsrüge .....	89
Rechtsstaatsprinzip .....	165
Rechtsunsicherheit .....	218, 303, 317, 378, 494
Regeln	
—, Begriff der Regeln .....	254



—, Berücksichtigung von Regeln .....	280
—, Fehlende Regeln .....	460
—, Regeln der Abwägung .....	346, 374, 406, 485
Regelungsalternative	
—, Anwendung der Regelungsalternative .....	296
—, Auswahl einer Regelungsalternative .....	209, 286, 404, 493
—, Sammlung von Regelungsalternativen .....	284, 490
Religionsfreiheit .....	77, 93, 230
Religiöser Frieden .....	146, 394
Resozialisierung .....	435, 461, 503
Sachbezogene Kritik .....	434, 442
Sanktionenebene .....	33, 60, 332
Sanktionsrüge .....	104
Scheinkollisionen .....	301
Schranken .....	14, 20, 60, 74, 129
Schuldebene .....	239, 447
Schutzbereich .....	60, 64, 68, 70, 301, 349
Schutzpflichten .....	22, 35
Sexuelle Integrität .....	406
Sinngehalt .....	84, 213, 356, 414, 468, 498
Skalierbarkeit .....	312
Soziale Inadäquanz .....	233
Sozialsphäre .....	371, 489
Staatliche Geheimhaltung .....	148, 366, 387
Staatsgeheimnis .....	148, 387
Strafausschließungsebene .....	241
Strafbemessung .....	104, 332
Straf(un)würdigkeit .....	393
Strafbarkeit	
—, Strafbarkeitsausnahmen .....	183
—, Strafbarkeitskern .....	182, 430, 441, 469, 493
—, Strafbarkeitszone .....	182, 222
Strafbefreiung .....	241, 364
Stufenbau des Rechts .....	22, 28, 29, 38, 239, 315, 503
Subjektives Ehrgefühl .....	134
Subjektivität .....	317, 473
Subjektiv-historische Auslegung .....	47, 52, 213, 218

Subsumtionsrüge .....	104
Systematische Auslegung .....	40, 218

**T**

## Tatbestand

—, Deskriptive Tatbestandsmerkmale .....	191
—, Normative Tatbestandsmerkmale .....	54, 184, 193, 409, 432, 466
—, Tatbestandsebene .....	229
—, Tatbestandslösung .....	230
Tatsachenbehauptung .....	99, 350, 354, 423, 429, 481, 486, 497
Tauglichkeit .....	290, 291
Täuschung .....	143, 203, 219
Technische Entwicklungen .....	377
Teleologische Auslegung .....	47, 55, 211, 218
Transparenz .....	189, 294, 306, 385

**U**

Übereinstimmender Gegenstand .....	97
Üble Nachrede .....	411, 427, 444, 452, 460, 466, 508
Ultima ratio .....	18, 397, 479, 481, 492
Unbestimmte Gesetzesbegriffe .....	184, 193, 466, 493
Unehrenhaftes oder gegen die guten Sitten verstoßendes Verhalten	135, 196, 427, 430, 466
Unerträgliche Herabsetzung .....	481

**V**

Verächtliche Eigenschaft oder Gesinnung .....	135, 196, 427, 430, 466
Verbotsebene .....	33, 60, 330, 332
Verfahrensrüge .....	102
Verfassung	
—, Verfassungsgesetzlich gewährleistete Rechte .....	17, 20, 78
—, Verfassungsgesetzliche Vorgaben .....	14, 20, 64, 117, 165, 166
—, Verfassungskonforme Auslegung .....	40, 110, 218, 228, 242, 280
—, Verfassungsrechtliche Schranken .....	14, 20
—, Verfassungsrechtliche Verantwortung .....	29, 165, 206
—, Verfassungstheorie .....	263
Vergleichbarkeit .....	312
Verhältnismäßigkeit .....	26, 149, 209, 286, 289, 296, 347
Verhetzung .....	392
Vermögensnachteil .....	382
Verspotten .....	196, 230, 440, 441, 466, 469, 504

Vertretbarkeitskontrolle .....	154	
Verwirklichungsintensitäten .....	312	
Vollständigkeitsgebot .....	274	
Vorblatt und wirkungsorientierte Folgenabschätzung .....	293, 404	
Vorrangrelationen .....	260, 261, 278, 485, 490	
Vorwerfen .....	434, 466, 481, 496	
Vorwurf einer schon abgetanen gerichtlich strafbaren Handlung .....	434, 503	
Wahrheitsbeweis .....	99, 350, 354, 364, 423, 452, 481, 486, 501	<u>W</u>
Werturteil .....	99, 350, 354, 423, 429, 486, 497	
Wesensgehalt		
—, Wesensgehaltsgarantie .....	348, 486	
—, Wesensgehaltssperre .....	25	
Wiederaufnahme .....	98	
Wortlautauslegung .....	47, 218	
Zeihen .....	427, 430, 466	<u>Z</u>
Zensurverbot .....	75	
Zweifelsregeln .....	354, 486	

■



# Hinweise des Verlags

Dieses Dokument ist die vollständige, unveränderte Fassung von Barbara Steinger »Die Anweisung«. Es ist kein e-book im technischen Sinn, sondern ein PDF. Denn auch wenn die für die Erstellung von e-books derzeit verfügbare Software für die Gestaltung von Romanen und damit idR glatten Satz völlig ausreicht, genügt sie nicht den Ansprüchen für die elektronische Veröffentlichung langer wissenschaftlicher Texte mit zahlreichen Überschriftsebenen und umfassendem Fußnotenapparat – zumindest nicht, wenn diese Tätigkeit auch nur annähernd adäquat entlohnt werden soll.

Wir haben uns daher entschieden, unser Drucklayout auch für die elektronische Ausgabe zu verwenden. Auch wenn es auf einem Smartphone mit einem 4,3-inch Display lesbar ist, komfortabel und ohne Ermüdungserscheinungen hat es sich für uns erst ab einer Display-Größe von 9,7-inch erwiesen.

Das PDF ist zoombar und enthält einige Elemente zur Navigation – die Kapitelüberschriften im Inhaltsverzeichnis führen zum jeweiligen Kapitel und ein Klick auf das Alinea-Zeichen in der Fußzeile jeder Seite führt an den Beginn des Inhaltsverzeichnisses.

Abhängig vom Lesegerät und der verwendeten Software können leichte Unterschiede in Aussehen und dem Gebrauch der Navigationselemente auftreten.

PCs mit Adobe Acrobat X/Reader X:

Alle Navigationselemente sind schwarz. Wird der Mauszeiger über ein solches Element bewegt, wird er zu einer kleinen Hand und ein Linksklick mit der Maus aktiviert das Navigationselement.

iPad mit Adobe Acrobat X/Reader X:

Alle Navigationselemente sind blau. Ein Linksklick mit der Maus aktiviert dieses Element.

iBook Reader on an iPad:

Alle Navigationselemente sind schwarz. Ein kurzer Klick auf ein Element in der Fußzeile blättert zurück bzw vor. Ein längeres Drücken führt zum Inhaltsverzeichnis. Elemente im Inhaltsverzeichnis werden mit einem kurzen Klick aktiviert.

Andere Lesegeräte können andere Abweichungen zeigen.

Sie können dieses Dokument im Rahmen der open-source Lizenz nutzen. ([Details finden Sie hier](#)).

Technisch können Sie mit diesem PDF Folgendes tun:

- ▷ Speichern und Weiterleitung an Dritte ohne ein Passwort zu verwenden;
- ▷ Das PDF drucken, wobei Sie bei Aufforderung das Passwort »none« eingeben müssen (die Anführungszeichen sind nicht Teil des Passworts). Dies scheint ein integraler Bestandteil der Software zu sein, denn wir haben zu unserem Bedauern bislang keinen Weg gefunden, dies zu umgehen;
- ▷ Kommentare einfügen und abspeichern; sowie
- ▷ Inhalte für die Weiterverwendung kopieren (die korrekte Quellenangabe ist erforderlich).

Technisch ist es mit diesem PDF nicht möglich Änderungen am Text vorzunehmen oder Textteile im PDF zu löschen.

Gerne können Sie uns unter [kontakt@jan-sramek-verlag.at](mailto:kontakt@jan-sramek-verlag.at) Feedback auch zu unserem weiteren Schritt in die Welt des elektronischen Publizierens geben. Wir können nicht versprechen, dass wir alle Nachrichten beantworten oder jede Anregung aufgreifen, aber wir lesen jede Nachricht und beziehen sie gerne in unsere weiteren Überlegungen ein.

Um zur Titelei zurückzukehren, klicken Sie bitte [hier](#).



Strafrechtliche Normen schränken den Handlungsspielraum des Einzelnen ein, weil sie als Verbote Sanktionen für bestimmte Verhaltensweisen androhen. Das Kommunikationsstrafrecht verbietet gewisse sprachliche Inhalte und greift damit sogar in ein Grundrecht, die Kommunikationsfreiheit, ein. Derartige Eingriffe sind besonders rechtfertigungsbedürftig. Diese Rechtfertigung ist durch eine Abwägung der Kommunikationsfreiheit mit anderen schutzwürdigen Interessen (wie etwa Ehre, Privatsphäre) vorzunehmen: Um Strafrecht als Grundrechtseingriff zu legitimieren, muss die Abwägung ergeben, dass der Schutz anderer Interessen im Einzelfall gewichtiger ist als die Kommunikationsfreiheit. So zwingend Abwägung daher für die Entscheidung über die Pönalisierung eines kommunikativen Verhaltens ist, so sehr hadert sie mit Methodik, Struktur und Objektivität. Das ist brisant, weil Abwägungsfehler eine Grundrechtsverletzung bedeuten.

Hier setzt die Arbeit an: Zunächst wird die Pflicht des Strafgesetzgebers begründet, Abwägungen auf Verbotsebene selbst vorzunehmen, wenn Grundrechte eingeschränkt werden sollen, weil sonst das Bestimmtheitsgebot verletzt wäre. Zudem wird ein eigenes, strafrechtliches Abwägungsmodell entwickelt, um eine methodisch strukturierte Grundlage für künftige Abwägungsvorgänge zu schaffen. Weiters wird geklärt, ob die Ehrdelikte (§§ 111 ff StGB) als Beispiel für kommunikationsstrafrechtliche Normen gegenwärtig den erarbeiteten Anforderungen genügen: Liegt ihnen ein transparenter und nachvollziehbarer Abwägungsprozess zugrunde? Sind sie somit ausreichend bestimmt? Schließlich wird ein Alternativvorschlag vorgestellt, der dem entwickelten Abwägungsmodell folgt.