

Fachprüfung Verfassungsrecht und Allgemeine Staatslehre, 19. Juni 2020

Fallgestalter: Univ.-Prof. Dr. Karl Stöger, MJur

Lösungsskizze

Frage 1: Können diese Wählerinnen und Wähler die Wahl anfechten? (6%)

Gem Art 141 Abs 1 lit a) B-VG erkennt der VfGH über die Anfechtung von Wahlen zu den allgemeinen Vertretungskörpern, so auch zum Nationalrat.

Zur Wahlanfechtung berechtigt sind gem § 67 Abs 2 VfGG zum einen Wählergruppen (wahlwerbende Parteien), die bei der durch die Wahlordnung vorgeschriebenen Wahlbehörde Wahlvorschläge für die angefochtene Nationalratswahl rechtzeitig vorgelegt haben, und zwar durch ihren zustellungsbevollmächtigten Vertreter. Die Nationalrats-Wahlordnung (NRWO) sieht eine derartige Anmeldung von Wahlvorschlägen explizit vor – Wahlvorschläge für das erste und zweite Ermittlungsverfahren (Landeswahlvorschlag) sind gem § 42 NRWO der Landeswahlbehörde (§ 11 NRWO) vorzulegen, Wahlvorschläge für das dritte Ermittlungsverfahren (Bundeswahlvorschlag) sind bei der Bundeswahlbehörde (§ 12 NRWO) einzubringen (§ 106 NRWO).

Eine Wahlanfechtung kann zum anderen auch der Wahlwerber einbringen, der behauptet, dass ihm die Wählbarkeit im Wahlverfahren rechtswidrig aberkannt wurde (§ 67 Abs 2 letzter Satz VfGG).

Ergebnis: Die um die Stimmabgabe umgefallenen Wählerinnen und Wähler können die Nationalratswahl nicht anfechten. Das VfGG betrachtet nämlich lediglich das passive Wahlrecht und das Recht von Wählergruppen auf Einhaltung von Wahlvorschriften als subjektive durchsetzbare Rechte; damit ist das aktive Wahlrecht ausschließlich durch Wählergruppen (wahlwerbende Parteien) durchsetzbar.¹

Frage 2: Wie nennt man diese besondere Konstellation des so wichtigen Mandats auf Regionalwahlkreisebene, welche Funktion erfüllt es und wie beurteilen Sie dieses Instrument verfassungsrechtlich und demokratiepolitisch? (13%)

Mandat auf Regionalwahlkreisebene = Grundmandat

Das so wichtige Mandat auf Regionalwahlkreisebene ist das sog Grundmandat. Es ist in den §§ 100 Abs 1 und 107 Abs 2 NRWO einfachgesetzlich normiert. Danach sind im zweiten und dritten Ermittlungsverfahren nur Parteien zu berücksichtigen, die im ersten Ermittlungsverfahren in zumindest einem der Regionalwahlkreise ein Mandat (sog Grundmandat) oder im gesamten Bundesgebiet zumindest 4% der Stimmen (sog Vierprozentklausel) erreicht haben. *Die NRWO sieht insofern eine Kombination aus Grundmandat und Mindestprozentklausel vor.*

¹ Vgl auch Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht¹¹ (2015) Rz 1178.

Funktion des Grundmandats

Mit dem Grundmandat soll sichergestellt werden, dass nur Parteien von einer gewisse Größe/Bedeutung einen Sitz im Nationalrat erlangen (Splittergruppen ausgeschlossen). Auf diese Weise soll der Einzug von Kleinparteien verhindert werden, um einer allzu großen Zersplitterung der Parteienlandschaft im Parlament, die bei einer „reinen“ Verhältniswahl droht, entgegenzuwirken. Dies dient der Funktionsfähigkeit des Parlaments und erleichtert letztlich die Möglichkeit der Mehrheits- und Regierungsbildung.

Verfassungsrechtliche Beurteilung des Grundmandats

Das Grundmandat stellt eine Einschränkung des in Art 26 Abs 1 B-VG bundesverfassungsrechtlich normierten Verhältnswahlrechts (Proportionalwahlrechts) durch den einfachen Gesetzgeber dar. Im Gegensatz zum Mehrheitswahlrecht erfolgt beim Verhältniswahlrecht die Aufteilung der Mandate auf die wahlwerbenden Gruppen im Verhältnis der für sie abgegebenen Stimmen. Damit wird allen Wählergruppen eine Vertretung im Parlament nach ihrer politischen Stärke eingeräumt. *Für Ausführungen zum Mehrheitswahlrecht gibt es Zusatzpunkte!*

Die konkrete Ausgestaltung des Verhältniswahlsystems ist verfassungsrechtlich nicht geregelt, sondern bleibt der einfachen Gesetzgebung überlassen. Das B-VG fordert vom einfachen Gesetzgeber kein reines Verhältniswahlsystem, Art 26 Abs 1 B-VG spricht vielmehr von den „Grundsätzen der Verhältniswahl“.² Auch sieht es selbst Abschwächungen des reinen Verhältniswahlprinzips in Art 26 Abs 2 B-VG vor. Nach der genannten Bestimmung ist für Nationalratswahlen das Wahlgebiet in Wahlkreise zu teilen, und zwar in Regionalwahlkreise und in Landeswahlkreise. Die Mandatsverteilung erfolgt schließlich in drei Ermittlungsverfahren, nämlich in den Regionalwahlkreisen, im Landeswahlkreis und im gesamten Bundesgebiet („Proportionalausgleich“).

Dem einfachen Gesetzgeber kommt bei der Ausgestaltung des Verhältnswahlrechts letztlich ein großer Gestaltungsspielraum zu. Dieser wird lediglich dann überschritten, wenn sich ein Wahlsystem in seinen Auswirkungen einem Mehrheitswahlsystem annähert. Die Erfordernisse für ein Grundmandat dürfen insofern nicht allzu hoch sein. Unter diesen Aspekten ist das in der NRWO normierte Grundmandat, insb in Kombination mit der 4%-Klausel, verfassungsrechtlich zulässig.³ Eine Verletzung des Verhältniswahlsystems wäre jedoch dann gegeben, wenn zB für die Erreichung eines Grundmandats mehr als 50% der Stimmen erforderlich wären.⁴

Demokratiepolitische Beurteilung des Grundmandats

Das Verhältniswahlrecht ist eng mit dem demokratischen Grundprinzip verbunden, da auf diese Weise der Wille der meisten Wahlberechtigten berücksichtigt werden kann.⁵ Das Grundmandat schränkt das Verhältniswahlrecht und damit letztlich auch das demokratische Prinzip ein.

² Vgl. Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹² (2019) Rz 374; Berka, Verfassungsrecht⁷ (2018) Rz 523.

³ Zur Verfassungskonformität dieser Regelungen vgl. VfSlg 18.036/2006.

⁴ VfSlg 14.035/1995.

⁵ Vgl. Perthold-Stoitzner, Verfassungsrecht² (2018) 68.

Der erwähnte „Demokratieverlust“ wird jedoch mit dem oben erwähnten Ziel der Verhinderung der Zersplitterung der Parteienlandschaft in Kauf genommen.

Frage 3: Bitte beantworten sie diese Frage und geben sie dann eine Einschätzung ab, ob die entsprechenden Bemühungen erfolgreich sein werden! (18%)

Der Liste „Und Immer Noch“ steht die Möglichkeit einer Wahlanfechtung beim VfGH gem Art 141 Abs 1 lit a) B-VG iVm §§ 67 ff VfGG offen. Da es hier nicht um die ziffernmäßige Ermittlung des Wahlergebnisses iSd § 110 NRWO geht, ist der Wahlanfechtung beim VfGH kein Verwaltungsverfahren (bescheidmäßige Entscheidung über Einsprüche gegen ziffernmäßige Ermittlungen) vorgelagert. Die Nationalratswahl kann daher unmittelbar beim VfGH angefochten werden.⁶

I. Zulässigkeit der Wahlanfechtung

Antragsteller

Zur Wahlanfechtung berechtigt sind gem § 67 Abs 2 VfGG ua Wählergruppen (wahlwerbende Parteien), die bei der durch die Wahlordnung vorgeschriebenen Wahlbehörde Wahlvorschläge für die angefochtene Nationalratswahl rechtzeitig vorgelegt haben. Die Liste „Und Immer Noch“ ist laut Sachverhalt österreichweit angetreten und hat somit rechtzeitig entsprechende Wahlvorschläge nach der NRWO eingebracht.

Zu beachten ist, dass die Wahlanfechtung vom zustellungsbevollmächtigten Vertreter der Liste „Und Immer Noch“ beim VfGH eingebracht werden muss.

Anfechtungsgegenstand

Die Nationalratswahl ist gem Art 141 Abs 1 lit a) B-VG bzw § 67 Abs 1 VfGG als „Wahl zu einem allgemeinen Vertretungskörper“ (das sind durch Gesetz eingerichtete Kollegialorgane, die die Interessen aller innerhalb eines bestimmten Territoriums lebenden Menschen vertreten sollen, wie etwa auch der Nationalrat)⁷ ein tauglicher Anfechtungsgegenstand.

Antragslegitimation

Zur Antragslegitimation muss der Antragsteller die Rechtswidrigkeit des Wahlverfahrens behaupten (Art 141 Abs 1 zweiter Satz B-VG, § 67 Abs 1 VfGG). Behauptet werden kann jede Rechtswidrigkeit des Wahlverfahrens, sowohl gesetzwidrige Handlungen und Entscheidungen der Wahlbehörden als auch Verfassungswidrigkeiten der die Wahl regelnden Wahlordnung (NRWO).

Hier wird die Liste „Und Immer Noch“ einen Gesetzesverstoß der Wahlbehörden vorbringen. Konkret wird sie behaupten, dass die im Wahlkreis 6a Graz und Umgebung ausgestellten

⁶ Vgl dazu insb *Berka*, Verfassungsrecht Rz 1138.

⁷ Siehe etwa *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 1040.

Wahlkarten rechtswidriger Weise nicht ihren Empfängern zugestellt werden konnten und diese daher nicht wählen konnten. Davon betroffen waren letztlich 800 Grazerinnen und Grazer.

Der VfGH nimmt seine Prüfungsbefugnis grundsätzlich nur in den Grenzen der behaupteten Rechtswidrigkeit wahr, dh er prüft eine Wahl nur im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Rechtswidrigkeiten.⁸

Anfechtungsfrist

Der zustellungsbevollmächtigte Vertreter der Liste „Und Immer Noch“ hat die Wahlanfechtung beim VfGH gem § 68 Abs 1 VfGG binnen 4 Wochen nach Beendigung des Wahlverfahrens einzubringen. Das Wahlverfahren ist idR mit der Kundmachung (Verlautbarung) des Wahlergebnisses beendet.⁹

Da es hier nicht um die ziffernmäßige Ermittlung des Wahlergebnisses iSd § 110 NRWO geht, kam es zu keiner bescheidmäßigen Entscheidung der Bundeswahlbehörde über die Rechtmäßigkeit der Wahl (siehe auch oben vor I.).

Form und Inhalt

Form und Inhalt der Wahlanfechtung richten sich nach den §§ 15 und 67 VfGG. So ist die Wahlanfechtung gem § 15 Abs 1 VfGG schriftlich einzubringen. Sie kann auch ohne Rechtsanwalt eingebracht werden, da bei Wahlanfechtungen keine Anwaltpflicht besteht (vgl § 17 Abs 2 VfGG).

Inhaltlich hat die Wahlanfechtung die Berufung auf Art 141 B-VG, die Darstellung des Sachverhalts, den Antrag auf Nichtigerklärung des Wahlverfahrens oder eines bestimmten Teiles desselben (hier: Antrag auf Nichtigerklärung der Wahl für den Regionalwahlkreis 6a Graz und Umgebung) und eine Begründung der behaupteten Rechtswidrigkeit des Wahlverfahrens zu enthalten (§§ 15 Abs 2 und 67 Abs 1 VfGG).

Zwischenergebnis

Unter Einhaltung der Frist-, Form- und Inhaltserfordernisse ist die Wahlanfechtung des zustellungsbevollmächtigten Vertreters der Liste „Und Immer Noch“ zulässig.

II. Begründetheit der Wahlanfechtung

Eine Wahlanfechtung ist gem Art 141 Abs 1 Satz 3 B-VG bzw § 70 Abs 1 VfGG begründet, wenn die behauptete Rechtswidrigkeit des Wahlverfahrens erwiesen wurde und auf das Wahlergebnis von Einfluss war. Nur wenn beide Voraussetzungen erfüllt sind, hat der VfGH der Wahlanfechtung stattzugeben und die Wahl bzw Teile davon aufzuheben.

⁸ Vgl dazu Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht Rz 1177; Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht Rz 1042.

⁹ Vgl etwa Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht Rz 1042.

Rechtswidrigkeit des Wahlverfahrens

Das Verfahren der im Sachverhalt geschilderten Nationalratswahl war eindeutig rechtswidrig, da durch die Nichtzustellung der Wahlkarten im Wahlkreis 6a Graz und Umgebung gegen § 39 NRWO (Ausstellung der Wahlkarte) verstoßen wurde. So wurden die Wahlkarten den Wahlberechtigten auf Grund eines Druckfehlers nicht gem § 39 Abs 4 leg cit ausgefolgt. Damit durften 800 Grazerinnen und Grazer nicht wählen, sie waren vom verfassungsgesetzlich gewährleisteten aktiven Wahlrecht (Art 26 B-VG) ausgeschlossen.

Einfluss der Rechtswidrigkeit des Wahlverfahrens auf das Wahlergebnis

Die Rechtswidrigkeit des Wahlverfahrens war dann von Einfluss auf das Wahlergebnis, wenn sich bei einer korrekten Durchführung eine andere Mandatsverteilung ergeben hätte (Ergebnisrelevanz).¹⁰ Nach der Jud des VfGH – zuletzt anlässlich der Aufhebung der Bundespräsidentenwahl 2016¹¹ – genügt es im Hinblick auf die Ergebnisrelevanz, wenn die Rechtswidrigkeit auf das Wahlergebnis von Einfluss sein konnte, sodass bereits die bloße Möglichkeit eines Einflusses zur Aufhebung der Wahl führen muss.

Die Liste „Und Immer Noch“ verpasste das Grundmandat im Regionalwahlkreis 6a Graz und Umgebung um lediglich 150 Stimmen. Da insgesamt 800 Grazerinnen und Grazer auf Grund der fehlerhaften Wahlkarten nicht wählen konnten, kann nicht ausgeschlossen werden, dass hier ein Einfluss auf das Wahlergebnis vorlag. Dass die korrekte Durchführung der Wahl eine andere Mandatsverteilung ergeben hätte, liegt jedenfalls im Bereich des Möglichen.

Zwischenergebnis

Die Wahlanfechtung des zustellungsbevollmächtigten Vertreters der Liste „Und Immer Noch“ ist begründet, da die Rechtswidrigkeit des Wahlverfahrens auf das Wahlergebnis von Einfluss war.

III. Ergebnis

Die Bemühungen der Liste „Und Immer Noch“ werden letztlich erfolgreich sein. Der auf Art 141 Abs 1 lit a) B-VG gestützten Wahlanfechtung durch den zustellungsbevollmächtigten Vertreter ist stattzugeben, da diese zulässig und begründet ist.

Frage 4: Angenommen, die Partei hätte Erfolg und es würde zu einer Wahlwiederholung kommen. In welchem Bereich Österreichs wird die Wahlwiederholung stattfinden und für welche der Ermittlungsverfahren der Nationalratswahlordnung hätte dies Auswirkungen? (6%)

Gibt der VfGH der Wahlanfechtung statt, hat er in seinem Erkenntnis entweder das ganze Wahlverfahren oder von ihm genau bezeichnete Teile des Wahlverfahrens aufzuheben (§ 70 Abs 1 VfGG). Die Aufhebung der Wahl hat so weit zu erfolgen, als die Rechtswidrigkeit

¹⁰ Vgl etwa *Berka*, Verfassungsrecht Rz 1140.

¹¹ VfSlg 20.071/2016.

allenfalls von Einfluss auf das Wahlergebnis sein konnte. Es sind daher nur jene Teile der Wahl aufzuheben, auf die sich die festgestellte Rechtswidrigkeit ausgewirkt hat.¹²

Im konkreten Fall lässt sich die Rechtswidrigkeit des Wahlverfahrens in ihren Auswirkungen auf Teile der Wahl begrenzen, nämlich auf die Wahl im Wahlkreis 6a Graz und Umgebung. Der VfGH hat daher die Wahl für diesen Wahlkreis aufzuheben. Die Wahlwiederholung wird daher lediglich im Wahlkreis 6a Graz und Umgebung stattfinden.

Die Wahlwiederholung hätte aber nicht nur Auswirkungen auf das erste Ermittlungsverfahren auf Regionalwahlkreisebene (hier: Regionalwahlkreis 6a), sondern auch auf das zweite und dritte Ermittlungsverfahren auf Landeswahlkreisebene bzw für das gesamte Bundesgebiet. In diesen Ermittlungsverfahren sind nämlich alle Parteien zu berücksichtigen, die im ersten Ermittlungsverfahren in zumindest einem der Regionalwahlkreise ein Grundmandat erreicht haben (siehe Frage 2). Nach der Wahlwiederholung im Wahlkreis 6a Graz und Umgebung müssten daher zunächst die Mandate in diesem Regionalwahlkreis neu ermittelt werden. Sodann müsste auch die Zuweisung der Mandate im zweiten und dritten Ermittlungsverfahren neu durchgeführt werden.

Frage 5: Beantworten sie bitte diese Frage! (8%)

Das Verhalten des Abgeordneten ist zwar nicht von dessen beruflicher Immunität (Abstimmungen und Äußerungen im Parlament gem Art 57 Abs 1 B-VG) umfasst, zur Anwendung gelangen jedoch die in Art 57 Abs 2-5 B-VG festgelegten Regelungen über die außerberufliche Immunität, die den Abgeordneten vor strafrechtlichen Verfolgungsmaßnahmen und Verurteilungen im Zusammenhang mit einem Verhalten außerhalb seiner parlamentarischen Tätigkeit schützt. Dies Schutz ist freilich nicht absolut, er verbürgt idR lediglich einen Zustimmungsvorbehalt des allgemeinen Vertretungskörpers.

Für Verhaftungen kommt Art 57 Abs 2 B-VG zur Anwendung. Danach ist eine Festnahme auch ohne Zustimmung des Nationalrats zulässig, jedoch nur im Fall der Ergreifung auf frischer Tat bei Verübung eines Verbrechens (siehe auch Art 57 Abs 5 B-VG). Der Abgeordnete wurde laut Sachverhalt auf frischer Tat ertappt, entscheidend ist daher, ob er ein Verbrechen verübt hat. Er hat mit seinen Griffen auf das Hinterteil einer Wählerin den Tatbestand des § 218 Abs 1a StGB verwirklicht. Er hat eine andere Person durch eine intensive Berührung einer der Geschlechtssphäre zuzuordnenden Körperstelle in ihrer Würde verletzt. Er ist für seine sexuelle Belästigung gem § 218 Abs 1 StGB mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen. Die sexuelle Belästigung nach § 218 Abs 1a StGB ist gem 17 StGB ein Vergehen, weil unterhalb der Grenze eines Verbrechens (vorsätzliche Handlungen, die mit lebenslanger oder mit mehr als dreijähriger Freiheitsstrafe bedroht sind).

Die Festnahme des Abgeordneten war daher unzulässig, sie hätte der Zustimmung des Nationalrats bedurft. Ebenso wäre dann natürlich auch die geplante Festhaltung über Nacht unzulässig.

¹² Vgl Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Bundesverfassungsrecht Rz 1177; Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht Rz 1045.

Frage 6: Ist die Verfolgung des Abgeordneten durch die Staatsanwaltschaft im vorliegenden Fall zulässig oder nicht? Bitte berücksichtigen Sie in diesem Zusammenhang jedenfalls auch die Rolle des Nationalrats! (10%)

Für sonstige behördliche Verfolgungshandlungen im Bereich der außerberuflichen Immunität (Verfolgungshandlungen, ausgenommen Verhaftungen und Hausdurchsuchungen) gelangt Art 57 Abs 3 B-VG zur Anwendung. Entscheidendes Kriterium ist hier zunächst, ob die strafbare Handlung in einem Zusammenhang mit der politischen Tätigkeit des betreffenden Abgeordneten steht oder ob dies offensichtlich nicht der Fall ist. Ohne Zustimmung des Nationalrats darf nur dann behördlich verfolgt werden, wenn die strafbare Handlung „offensichtlich in keinem Zusammenhang mit der politischen Tätigkeit des Abgeordneten steht“. Gibt es einen solchen Zusammenhang darf nur mit Zustimmung des Nationalrats verfolgt werden. Die Frage, ob ein solcher Zusammenhang „offensichtlich“ nicht gegeben ist, hat zunächst die zur Verfolgung berufene Behörde (konkret: die Staatsanwaltschaft) selbst zu beurteilen.

Die Staatsanwaltschaft hat laut Sachverhalt den Fall weiter verfolgt, und zwar ohne Befassung des Nationalrats. Sie ist in ihrer Beurteilung daher davon ausgegangen, dass die strafbare Handlung des Abgeordneten offensichtlich in keinem Zusammenhang mit seiner politischen Tätigkeit steht. Dem ist zuzustimmen. Sittlichkeitsdelikte, wie etwa sexuelle Belästigungen, stehen zweifellos nicht im Zusammenhang mit der politischen Tätigkeit eines Abgeordneten (anderes gilt etwa beim Delikt der üblen Nachrede), auch dann nicht, wenn diese – so wie im vorliegenden Fall – auf einer parteiinternen Wahlparty erfolgt. Es handelt sich hier definitiv um eine dem privaten Umfeld des Abgeordneten zuzuordnende strafbare Handlung.¹³ Die Staatsanwaltschaft hat das Fehlen des politischen Zusammenhangs daher richtig beurteilt.

Die behördliche Verfolgung des Abgeordneten ist damit aber noch nicht zulässig. Laut Sachverhalt hat dieser nämlich verlangt, dass der Nationalrat feststellen solle, dass seine Verfolgung durch die Staatsanwaltschaft unzulässig sei. Der Abgeordnete bestreitet damit die Beurteilung der Staatsanwaltschaft und verlangt eine Entscheidung des Nationalrats über das Vorliegen eines Zusammenhangs, wozu er gem Art 57 Abs 3 Satz 2 B-VG auch berechtigt ist. *Neben dem einzelnen Abgeordneten könnten dies gem § 80 GOG-NR auch ein Drittel der Mitglieder des Immunitätsausschusses verlangen.*

Damit ist die Staatsanwaltschaft – ungeachtet ihrer eigenen Beurteilung – verpflichtet, jegliche Verfolgungshandlung zu unterlassen bzw eine solche abzubrechen. Sie hat daher umgehend die Entscheidung des Nationalrats einzuholen. Verneint der Nationalrat einen Zusammenhang, ist die Verfolgung fortzuführen; bejaht er einen Zusammenhang, so hat er gleichzeitig über seine Zustimmung zur Verfolgung zu entscheiden (§ 10 Abs 3 letzter Satz GOG-NR).¹⁴

¹³ Vgl auch *Berka*, Verfassungsrecht Rz 541.

¹⁴ Vgl dazu auch *Mayer/Muzak*, B-VG⁵ (2015) Art 57 B-VG, III.3.

Frage 7: Ist das möglich? Wie müsste angesichts der Meinung des Abgeordneten die entsprechende Argumentation gegen das Gesetz lauten, insbesondere auf welche Verfassungsbestimmungen bzw Grundrechte gestützt sein? Was wird Ihres Erachtens das Ergebnis sein? (31%)

Der Abgeordnete könnte bei verfassungsrechtlichen Bedenken gegen § 218 Abs 1a StGB direkt beim VfGH einen Parteiantrag auf Normenkontrolle (Gesetzesbeschwerde) gem Art 140 Abs 1 lit d) B-VG bzw §§ 62 ff VfGG stellen.

Der VfGH könnte gem Art 140 Abs 1b B-VG die Behandlung des Parteiantrags bis zur Verhandlung durch Beschluss ablehnen, wenn er keine hinreichende Aussicht auf Erfolg hat. Dies wäre im konkreten Fall nicht gänzlich ausgeschlossen.

I. Zulässigkeit des Parteiantrags

Antragsteller

Antragsteller eines Parteiantrags auf Gesetzesprüfung kann jede partei- und prozessfähige natürliche oder juristische Person sein. Der Abgeordnete ist als natürliche Person daher berechtigt, einen Parteiantrag auf Gesetzesprüfung gem Art 140 Abs 1 lit d) B-VG beim VfGH zu stellen.

Prüfungsgegenstand

Prüfungsgegenstand einer Gesetzesbeschwerde sind Bundes- oder Landesgesetze im formellen Sinn. § 218 Abs 1a StGB ist jedenfalls ein tauglicher Prüfungsgegenstand, da das StGB ein Bundesgesetz im formellen Sinn ist.

Antragslegitimation

Antragslegitimiert ist eine Person dann, wenn sie im Verfahren eines ordentlichen Gerichts erster Instanz (straf- oder zivilgerichtliches Anlassverfahren) Parteistellung hat, wenn sie gegen die Entscheidung des ordentlichen Gerichts erster Instanz rechtzeitig ein zulässiges Rechtsmittel ergreift, und wenn sie behauptet, durch die Entscheidung des ordentlichen Gerichts erster Instanz wegen Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes in ihren Rechten verletzt worden zu sein.

Die Antragslegitimation des Abgeordneten ist auf Basis der zuvor genannten Voraussetzungen als gegeben anzunehmen. Er hatte im strafgerichtlichen Verfahren als Beschuldigter jedenfalls Parteistellung. Er will laut Sachverhalt auch das Strafurteil bekämpfen und muss dies innerhalb offener Rechtsmittelfrist auch tatsächlich tun. Er muss schließlich die Verfassungswidrigkeit des § 218 Abs 1a StGB behaupten und hat dies – wie im Sachverhalt dargelegt – auch bereits getan (Unbestimmtheit der Norm, Recht auf sexuelle Selbstentfaltung).

Anfechtungsfrist

Der Parteiantrag muss gem Art 140 Abs 1 lit d) B-VG aus Anlass eines gegen die Entscheidung des Gerichts erhobenen Rechtsmittels gestellt werden. Nach der Jud des VfGH¹⁵ muss der Parteiantrag nicht gleichzeitig mit dem Rechtsmittel gegen die erstinstanzliche Gerichtsentscheidung gestellt werden, er kann vielmehr während des (gesamten) Zeitraums der konkreten Rechtsmittelfrist gestellt werden.

Der VfGH hat gem § 62a Abs 5 VfGG das ordentliche Gericht erster Instanz (hier: das Strafgericht) von der Stellung des Parteiantrags unverzüglich zu verständigen. Dieses hat dem VfGH mitzuteilen, ob das Rechtsmittel gegen seine Entscheidung rechtzeitig eingebracht wurde und zulässig ist. Das Rechtsmittelgericht hat gem § 62a Abs 6 VfGG mit dem anhängigen Verfahren zuzuwarten bis die Entscheidung des VfGH vorliegt.

Präjudizialität

Gem § 62 Abs 2 VfGG sind Parteianträge nur zulässig, wenn das Gesetz vom Gericht in der anhängigen Rechtssache unmittelbar anzuwenden wäre (konkrete Normenkontrolle). Die anzuwendenden gesetzlichen Bestimmungen müssen daher für die Entscheidung im Anlassverfahren relevant sein. Dies kann im vorliegenden Fall eindeutig bejaht werden, wurde der Abgeordnete doch gem § 218 Abs 1a StGB verurteilt.

Nichtvorliegen eines Ausschlussgrundes

§ 62a Abs 1 VfGG enthält – gestützt auf Art 140 Abs 1a B-VG – einen Katalog von Verfahren, in denen die Stellung eines Parteiantrags zur Sicherung des Zwecks des Verfahrens vor dem ordentlichen Gericht unzulässig ist (zB Besitzstörungsverfahren, Insolvenzverfahren, Exekutionsverfahren). Strafgerichtliche Verfahren sind davon nicht erfasst, ein Ausschlussgrund liegt im konkreten Fall daher nicht vor.

Form und Inhalt

Der Parteiantrag ist schriftlich (§ 15 Abs 1 VfGG) und durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt einzubringen (§ 17 Abs 2 VfGG).

Die Inhaltserfordernisse ergeben sich aus § 15 Abs 2, § 62 Abs 1 und 2 sowie § 62a Abs 3 und 4 VfGG (Bezugnahme auf Art 140 B-VG; Darstellung des Sachverhalts; Formulierung eines bestimmten Begehrens [hier: Aufhebung des § 218 Abs 1a StGB]; Darlegung der rechtlichen Bedenken, die gegen die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes sprechen [Verstoß gegen das strafrechtliche Klarheitsgebot des Art 7 EMRK; Verstoß gegen das Recht auf sexuelle Selbstentfaltung gem Art 8 EMRK]; Darlegung, inwiefern das Gericht das Gesetz anzuwenden hat und welche Auswirkungen die Entscheidung des VfGH auf die bei Gericht anhängige Rechtssache hätte; Bezeichnung der Entscheidung und des ordentlichen Gerichts, das sie erlassen hat; Angaben, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob der Antrag rechtzeitig eingebracht ist; diverse Beilagen [Kopie der Gerichtsentscheidung bzw des Rechtsmittels]).

¹⁵ VfGH 23. 2. 2017, G 356/2016.

Zwischenergebnis

Unter Einhaltung der Frist-, Form- und Inhaltserfordernisse ist der Parteiantrag des Abgeordneten zulässig.

II. Begründetheit des Parteiantrags

Der Parteiantrag auf Gesetzesprüfung ist begründet, wenn die behauptete Verfassungswidrigkeit des Gesetzes vorliegt. Nach Meinung des Abgeordneten könnte § 218 Abs 1a StGB zum einen gegen das strafrechtliche Klarheitsgebot des Art 7 EMRK verstoßen, zum anderen gegen das von Art 8 EMRK geschützte Recht auf sexuelle Selbstentfaltung.

Verstoß gegen das strafrechtliche Klarheitsgebot des Art 7 EMRK

Gem Art 7 EMRK (Keine Strafe ohne Gesetz) darf niemand wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach inländischem oder internationalem Recht nicht strafbar war. Die betreffende Norm garantiert ein Verbot rückwirkender strafrechtlicher Regelungen, sie bindet aber auch jede Bestrafung an eine Rechtsgrundlage (strafrechtliches Legalitätsprinzip).¹⁶

Nach der Rspr des EGMR und des VfGH¹⁷ inkludiert Art 7 EMRK auch ein an den Gesetzgeber gerichtetes Klarheitsgebot für strafrechtliche Normen.¹⁸ Straftatbestände müssen demnach so klar formuliert sein, dass der Rechtsunterworfenen die strafrechtlichen Konsequenzen seines Verhaltens vorhersehen kann. Damit wird das sich in Österreich bereits aus Art 18 B-VG ergebende Bestimmtheitsgebot für den Bereich des materiellen Strafrechts besonders konkretisiert.

Was nunmehr die Klarheit des § 218 Abs 1a StGB angeht, ist doch festzuhalten, dass sich allen drei Begriffen („intensive Berührung“, „einer der Geschlechtssphäre zuzuordnenden Körperstelle“ und „Verletzung der Würde“) eine relativ klare Bedeutung zumessen lässt. Der Abgeordnete konnte daher die strafrechtlichen Konsequenzen seines Verhaltens eindeutig vorhersehen.

§ 218 Abs 1a StGB stellt keinen Verstoß gegen das strafrechtliche Klarheitsgebot des Art 7 EMRK dar.

Verstoß gegen das Recht auf sexuelle Selbstentfaltung gem Art 8 EMRK

Gem Art 8 EMRK hat jedermann Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens. Das hier relevante Recht auf Privatleben gewährleistet einen umfassenden Schutz der unmittelbaren Persönlichkeitssphäre. Geschützt sind neben der privaten Lebensführung vor allem die körperliche, geistige und seelische Integrität des Menschen.

¹⁶ Vgl *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht Rz 1556.

¹⁷ Vgl etwa VfGH 4. 10. 2018, G 48/2018 ua.

¹⁸ Siehe etwa *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht Rz 1558; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 958; *Grabenwarter/Holoubek*, Verfassungsrecht – Allgemeines Verwaltungsrecht⁴ (2019) Rz 655.

Zum so geschützten Privatleben gehört jedenfalls auch das Sexualverhalten. Die Meinung des Abgeordneten, „dass auch das offensive Ausleben sexueller Gelüste verfassungsrechtlichen Schutz genießt“ ist insofern richtig.

Auch wenn § 218 Abs 1a StGB in den Schutzbereich des Grundrechts auf Privatleben eingreift (Grundrechtseingriff), kann dieser Eingriff verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein. Das Grundrecht auf Achtung des Privatlebens steht gem Art 8 Abs 2 EMRK unter einem materiellen Gesetzesvorbehalt. Ein verfassungsrechtlich zulässiger Eingriff des Gesetzgebers in das Recht auf Privatleben muss daher einem oder mehreren der in Art 8 Abs 2 EMRK genannten rechtfertigenden Zwecken (bestimmte öffentliche oder private Interessen) dienen und zur Erreichung dieser Zwecke in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein. Ein Eingriff ist dann notwendig, wenn er verhältnismäßig, dh geeignet, erforderlich und adäquat ist (Verhältnismäßigkeitsprüfung).

Bezogen auf den konkreten Fall kann festgehalten werden, dass der in § 218 Abs 1a StGB vorgenommene Eingriff in das Recht auf sexuelle Selbstentfaltung verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist. Die genannte Norm dient zweifellos mehreren der in Art 8 Abs 2 EMRK genannten öffentlichen bzw privaten Interessen, insb dem Schutz der Rechte und Freiheiten anderer Personen (Schutz von deren sexueller Sphäre). Die gesetzliche Bestimmung steht daneben aber auch im Zeichen der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und des Schutzes der Moral. § 281 Abs 1a StGB ist ferner auch verhältnismäßig, dh geeignet (tauglich) zur Erreichung der genannten Interessen, erforderlich iS eines gelindesten Mittels und adäquat in Bezug auf die Relation zwischen Grundrechtseingriff und den genannten Interessen.

Art 218 Abs 1a StGB stellt keinen Verstoß gegen das Recht auf sexuelle Selbstentfaltung iSd Art 8 EMRK dar.

III. Ergebnis

Der vom Abgeordneten gestellte Parteiantrag auf Gesetzesprüfung wird nicht erfolgreich sein. Der VfGH wird diesen als unbegründet abweisen.

Aufbau, Stringenz und Qualität der Argumentation: 8%