

1769/AB

vom 26.11.2018 zu 1785/J (XXVI.GP)

BMVRDJ-Pr7000/0181-III 1/2018

 Bundesministerium
Verfassung, Reformen,
Deregulierung und Justiz

Museumstraße 7
1070 Wien

Tel.: +43 1 52152-0
E-Mail: team.pr@bmvr dj.gv.at

Herr
Präsident des Nationalrates

Zur Zahl 1785/J-NR/2018

Die Abgeordneten zum Nationalrat Andreas Kollross, Genossinnen und Genossen haben an mich eine schriftliche Anfrage betreffend „eines Falls homophober Rechtsprechung in Österreich“ gerichtet.

Ich beantworte diese Anfrage aufgrund der mir vorliegenden Informationen wie folgt:

Zu 1:

Gemäß dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung hat das Gericht auf Grund der Beweise nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob Tatsachen als erwiesen festzustellen sind (§ 14 StPO). Lediglich notorische Tatsachen, d.h. allbekannte Tatsachen, an denen vernünftigerweise niemand zweifeln kann, sind nicht beweisbedürftig (vgl. RIS-Justiz RS0098570).

Wenn für Ermittlungen oder für Beweisaufnahmen besonderes Fachwissen erforderlich ist, über welches die Strafverfolgungsbehörden durch ihre Organe, besondere Einrichtungen oder bei ihnen dauernd angestellte Personen nicht verfügen, sind Sachverständige zu bestellen (§ 126 Abs. 1 StPO). Sachverständige haben den Befund und das Gutachten nach bestem Wissen und Gewissen und nach den Regeln ihrer Wissenschaft oder Kunst oder ihres Gewerbes abzugeben (§ 127 Abs. 2 StPO).

Zu 2:

Bei der Beantwortung von Rechtsfragen greifen Staatsanwaltschaften und Gerichte auf allenfalls bereits bestehende nationale, insbesondere höchstgerichtliche Judikatur sowie einschlägige Rechtsprechung von EGMR und EuGH und/oder im Schrifttum geäußerte Meinungen zurück. Die deutsche Rechtsprechung wird gegebenenfalls bei grundsätzlich gleich gelagerter Rechtslage zum Vergleich herangezogen, insbesondere, wenn in Österreich noch keine einschlägige Rechtsprechung vorliegt.

Zu 3 bis 6:

Die Frage, ob ein Zungenkuss eine geschlechtliche Handlung darstellt, ist eine Rechtsfrage, mit der sich die Staatsanwaltschaften und Gerichte insbesondere bei der Frage der Einleitung oder Einstellung eines Ermittlungsverfahrens und/oder bei der Frage, ob Anklage erhoben wird oder ob eine Verurteilung rechtlich möglich ist, auseinanderzusetzen haben. Dabei haben sie auf allenfalls bereits bestehende (insb. höchstgerichtliche) Judikatur und/oder im Schrifttum geäußerte Meinungen zurückzugreifen. Diese Vorgangsweise ergibt bei der hier anstehenden Frage, dass nach übereinstimmender Rechtsprechung und Lehre Zungenküsse keine geschlechtlichen Handlungen sind (13 Os 84/92; 11 Os 150/02; vgl. auch 12 Os 11/15g; *Philipp in Höpfel/Ratz*, WK² StGB § 207 Rz 8, vgl. auch § 218 Rz 19/7; *Hinterhofer in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgK StGB § 202 Rz 34; *Schwaighofer in Höpfel/Ratz*, WK² StGB § 105 Rz 71).

Zu 7, 9 bis 15:

Soweit diese Fragen (sei es direkt, sei es indirekt) auf eine Stellungnahme meinerseits zu den gerichtlichen Beschlüssen, mit welchen die Wiederaufnahme wiederholt abgelehnt wurde, abzielen, muss ich festhalten, dass die kritisierten Beschlüsse des Landesgerichts Wiener Neustadt und des Oberlandesgerichts Wien Entscheidungen der unabhängigen Rechtsprechung darstellen und es mir als Organ der Verwaltung nicht zusteht, diese Entscheidungen zu kommentieren. Im Übrigen hat die Generalprokuratur bereits mehrfach über Anregung sowohl des Verurteilten als auch verfahrensfremder Personen in Ansehung der wiederholten Ablehnung der Wiederaufnahme ein Vorgehen gemäß § 23 Abs. 1 StPO geprüft, jedoch hierfür keinen Anlass gefunden.

Zu 8:

Formell an die Rechtsansicht des OGH gebunden sind in Strafsachen (nur) die Unterinstanzen in der jeweiligen Rechtssache (§ 293 Abs. 2 StPO). Im Allgemeinen haben sich die Unterinstanzen freilich an der Rechtsprechung der Oberinstanzen, insb. an der ständigen Rechtsprechung des OGH zu orientieren, nicht zuletzt weil ein Abweichen von einer klaren Gesetzeslage oder ständigen Rechtsprechung, das unvertretbar ist und keine sorgfältige Überlegung erkennen lässt, einen Amtshaftungsanspruch zur Folge haben kann (vgl. RIS-Justiz RS0049912).

Zu 16:

Die Bestimmung des § 23 Abs. 1 StPO dient dazu, Entscheidungen und Vorgänge der Strafgerichte, die auf einer Verletzung des formellen oder materiellen Rechts beruhen, an den Obersten Gerichtshof heranzutragen, nicht aber das Höchstgericht mit der Überprüfung von Beweiswürdigungsfragen oder Ermessensentscheidungen zu befassen. Dass die Generalprokuratur Anregungen für ein Vorgehen nach § 23 Abs. 1 StPO, die außerhalb dieses gesetzlichen Anfechtungsrahmens liegen, nicht aufgreift, ist somit rechtskonform.

Zu 17:

Ich bitte um Verständnis, dass ich diese Frage nicht beantworten kann, weil eine Aufgliederung von Verfahren nach dem in der Anfrage genannten Kriterium der Anregung durch „Bürgerinnen und Bürger“ mittels Abfrage in der Verfahrensautomation Justiz nicht möglich ist und eine manuelle Erhebung dieser Zahlen mit einem unverhältnismäßigen administrativen Aufwand verbunden wäre.

Zu 18:

Es besteht kein individueller Rechtsanspruch auf die Erhebung einer Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes oder auf Kenntnis der dagegensprechenden und in den Akten der Generalprokuratur vermerkten Erwägungen. Hinzu kommt, dass argumentativ auf Verfahrensinhalte bezugnehmende Verständigungsschreiben des Generalprokurators aus Gründen der Wahrung der Beschuldigten- und Opferrechte sowie des Datenschutzes nur an Verfahrensbeteiligte oder deren Rechtsvertreter ergehen können, nicht aber an interessierte Dritte.

Wien, 26. November 2018

Dr. Josef Moser

