

**Universität Innsbruck**

Rechtswissenschaftliche Fakultät

Institut für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie

ao. Univ.-Prof. Dr. Margarethe Flora



An das  
 Bundesministerium f Justiz  
 Museumstraße 7  
 1070 WIEN

Per e-mail: [team.s@bmj.gv.at](mailto:team.s@bmj.gv.at)

Innsbruck, am 23.4.2015

Betreff: BMJ-S318.034/0007-IV/2015

Punktuelle Stellungnahme zum Entwurf des Strafrechtsänderungsgesetz 2015:

Die Erhöhung der Wertgrenzen und die Zurückdrängung der lebenslangen Freiheitstrafe (Art 1 Z 111) ist zu begrüßen. Im Übrigen erscheint die lebenslange Freiheitstrafe für fahrlässig herbeigeführte Todesfolgen bei allen Delikten – auch Sexualdelikten – problematisch (siehe Diskussion in der Arbeitsgruppe 2015). Bei fahrlässigen Folgen ist der Unwert der Tat grundsätzlich nicht mit Mord vergleichbar.

Im Weiteren erlaube ich mir aufgrund der Fülle der Neuerungen nur zu mir besonders kritisch erscheinenden Punkten Stellung zu nehmen:

Zu Art 1 Z 6 ff:

Das Ansinnen kurze Freiheitsstrafen zu vermeiden ist zu unterstützen. Fraglich ist jedoch, ob der Entwurf diesem Phänomen entgegenwirken kann. Fällt bei allen Delikten die mit zwei- bis dreijähriger FS bedroht sind, die alternative Geldstrafe weg, dann könnte dies zu einer Zunahme von (kurzen) Freiheitstrafen führen. Die EBRV gehen davon aus, dass die Anwendung von § 37 StGB dieses Problem ausgleichen kann. Doch wird das die Praxis tun? Nach der Rsp besteht keine Begründungspflicht, warum § 37 StGB nicht angewendet wurde. Ebenso wird die Erhöhung der Tagessätze auf 720 zu einer Zunahme der Ersatzfreiheitstrafen führen, da die Zahl der Verurteilten, die trotz Aufschub die Geldstrafe nicht zahlen können, steigen wird.

Um eine Harmonisierung der Tagesätze zu erreichen, hätte man sich auch an den 360 TS als Alternative zur einjährigen FS orientieren und die sechsmonatige FS alternativ mit 180 TS usw versehen können. Dann wäre auch für die zweijährige FS eine alternative GS möglich gewesen. Zu einer Strafschärfung bei einzelnen Delikten, wie in dem jetzt vorgesehenen Modell, wäre es in diesem Fall nicht gekommen.

Zu Art 1 Z 1 (§ 83 ff StGB):

Laut Entwurf sollen die Änderungen im Bereich der vorsätzlichen Körperverletzungsdelikte ua Probleme in der Praxis beseitigen. Davon kann keine Rede sein.

Die Feststellung des entsprechenden Vorsatzes gehört zu den schwierigsten Aufgaben der Gerichte. Diese Problematik wurde nun deutlich verschärft. Der Täter versetzt dem Opfer einen Faustschlag ins Gesicht, das Opfer hat Nasenbluten. Das Gericht hat nach dem Entwurf festzustellen, ob der Täter das Opfer verletzen (§ 83 Abs 1: Strafrahmen ein Jahr FS oder GS bis zu 720 TS) oder misshandeln (§ 83 Abs 2: Strafrahmen sechs Monate FS oder GS bis zu 360 TS) wollte. Solche Feststellungen sind im Rahmen von Schlägereien kaum möglich. Und diese Feststellungen haben dann auch Konsequenzen für etwaige Folgen der Tat. Hatte der Täter nur Misshandlungsvorsatz, ist der Strafrahmen für die fahrlässig herbeigeführte schwere Körperverletzung oder Dauerfolge geringer als bei Verletzungsvorsatz.

Auch muss geprüft werden, ob der Täter mit dem Faustschlag das Opfer vielleicht schwer verletzen wollte (§ 84 Abs 1 im Versuch: Strafrahmen sechs Monate bis fünf Jahre FS). Das war bisher nicht notwendig.

Die Empfehlung der Arbeitsgruppe, eine Vorsatzvariante für § 84 Abs 1 zu schaffen, die dem Versuch zugänglich ist, überrascht nicht. So haben sich führende Mitglieder der Arbeitsgruppe bereits vorher in ihren Lehrbüchern für eine solche ausgesprochen und an der bisherigen Rsp Kritik geübt. Es gibt aber auch Experten unter den Befürwortern der bisherigen Rsp, die nicht zu Wort gekommen sind (ausführlich dazu Messner SbgK § 84 Rz 103ff mwN).

#### Zu Art 1 Z 10 (§ 70 StGB):

Schon die Diskussion der Richterwoche in Ottenstein 2015 zur „berufsmäßigen Begehung“ hat gezeigt, dass diese neue Definition die Praxis vor einige Probleme stellen wird. Eine praktikable und die Qualifizierung wirklich einschränkenden Definition der bisherigen Gewerbsmäßigkeit wird sich nicht finden lassen. Sie sollte daher gänzlich abgeschafft werden.

#### Zu Art 49 (§ 120a StGB):

Der Schutzzweck von § 120a StGB ist unklar und hat mit dem angeführten Beispiel wenig gemein:

Ein Täter, der ein kompromittierendes Foto einer anderen Person ins Netz stellt, ist nach den EBRV nicht strafbar, wenn das Foto schon vor einer „zeitnahen“ Löschung weitergeleitet wurde oder er die Verfügungsmacht über das Foto gar nicht mehr hat. Das würde bedeuten, dass der (Erst-)Täter straflos wird, sobald sich die Gefahr, der § 120a StGB entgegenwirken soll, verwirklicht hat. Gerade dann würde es aber Sinn machen, den (Erst-)Täter zu bestrafen, weil der weitere Zugriff und die darauf folgende beleidigenden Kommentierungen durch weitere Täter, das im Beispiel angeführte „Cybermobbing“ auslösen kann.

§ 120a StGB ist daher offensichtlich als Qualifikation der Beleidigung gedacht, wenn diese offen im Netz begangen wird. Wie oft muss eine solche Beleidigung gepostet werden? Was sind „weniger massive Handlungen“ als das Veröffentlichen von Nacktfotos?

„Belästigungen“ durch E-Mails, SMS oder Telefon verlangen nach den EBRV jedenfalls wiederholte Tathandlungen – aber wird das Opfer belästigt, ist wohl § 107a StGB zu prüfen. Und „belästigt“ der Täter auf diese Weise andere Personen, dann kann es sich wieder nur um die Frage drehen, ob der Inhalt der Kommunikation Beleidigungen gegenüber einer dritten Person enthält. In diesem Fall, kann der Tatbestand nur angenommen werden, wenn der Täter diese E-Mails, SMS oder Telefonate an so viele Personen schickt, dass es einem öffentlichen Posting im Netz gleichwertig ist. Auf eine „Wiederholung“ kann es dann nicht mehr ankommen.

### Zu Art 1 Z 153 (§ 205a StGB):

Der Tatbestand soll unfreiwilligen Beischlaf bzw unfreiwilligen dem beischlafgleichzusetzende Handlungen sanktionieren, bei denen der Täter keine besonderen Tatmittel einsetzen muss, um zum Ziel zu kommen, weil das Opfer schon aus aufgrund einer Zwangslage oder Einschüchterung keinen Widerstand leisten wird.

Den Medien war zu entnehmen, dass damit Fälle sanktioniert werden sollen, bei denen das Opfer nicht in der Lage ist, sich zu wehren und daher keine (Sach)beweise für eine Verge-waltigung vorliegen.

Gedacht wurde dabei an schon länger andauernde Gewaltbeziehungen bzw Situationen, bei denen sich das Opfer zB aufgrund mehrerer Täter oder besonderer Aggressivität des Täters (zB wegen Alkoholisierung) keinen Widerstand zutraut bzw bei Widerstand um ihr Leben oder körperliche Unversehrtheit fürchtet. Die sind Fälle der „Einschüchterung“, die aufgrund entsprechender Tatumstände bzw der Vorgeschichte beurteilt werden können.

Der Begriff „Zwangslage“ ist hingegen zu weit: eine solche würde automatisch bei jedem vom Täter wirtschaftlich abhängigen Opfer vorliegen. Die internationalen Vorgaben stellen nicht auf eine solche Zwangslage ab. In solchen Fällen das Fehlen des Einverständnisses im Einzelfall festzustellen, wird in der Praxis kaum möglich sein. Beweisprobleme zählen zwar zur Natur der Sexualdelikte, es sollte aber trotzdem überlegt werden, ob der Tatbestand nicht auf jene Fälle beschränkt werden könnte, denen eine „Einschüchterung“ zugrunde liegt, sodass das fehlende Einverständnis anhand entsprechender Begleitumstände beurteilt werden kann (Art 36 Abs 2 Europaratskonvention zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt).

### Zu Art 1 Z 166 (§ 218 Abs 1 Z 1):

Laut EBRV soll im Bereich der körperlich belästigenden Übergriffe der Strafrechtschutz ausgeweitet werden. Der Tatbestand lässt alles offen. Die Befürchtungen mancher Kollegen, dass es aufgrund dieser Bestimmung nicht mehr möglich sein wird, andere Personen zu begrüßen, mit ihnen zu tanzen oder gar eine (Lebens-)Partnerin zu finden, teile ich zwar nicht, aber trotzdem scheint mir der Tatbestand überzogen.

Die EBRV nennen in diesem Zusammenhang das Streicheln am Gesäß oder an den Oberschenkeln. Wenn schon diese Handlungen einer geschlechtlichen Handlung vergleichbar sein könnten, was mE grundsätzlich abzulehnen ist, dann ist diese Bestimmung uferlos. Warum soll das intensive Streicheln des Knies, des Rückens oder des Oberarms weniger vergleichbar und keine im weiteren Sinn der sexuellen Sphäre zugehörige körperliche Handlung sein? Ebenso tatbildlich könnten Berührungen an der Schulter sein, wenn sich eine Person über das sitzende Opfer beugt, der „sanfte“ Biss ins Ohrläppchen usw. Das alles sind, wenn die Berührungen unerwünscht sind, für die zumeist weiblichen Betroffenen außerordentlich unangenehme Erlebnisse. Daran ist nicht zu zweifeln!

Aber trotzdem sollte das Strafrecht als ultima ratio hier nicht zur Anwendung kommen. Dies nicht aufgrund der fehlenden Wichtigkeit dieser mittlerweile wohl allgemein als sozial unerträglich geltenden Verhaltensweisen, sondern aufgrund der Verhältnismäßigkeit hinsichtlich der bisher vom Strafrecht sanktionierten Handlungen gegen die sexuelle Selbstbestimmung. Einen achtsamen Umgang der Geschlechter wird man mittels Strafrecht nicht erreichen können.

Im Übrigen wird der Analbereich von der Judikatur als geschlechtsbezogene Körperpartie anerkannt (*Philipp WK-StGB § 202 Rz 10*).

### Zu Art 1 Z 9 (§ 198 Abs 2 Z 1):

Bei häuslicher Gewalt soll der außergerichtliche Tatausgleich ausgeschlossen werden. Grund dafür ist, dass es Frauen in eine schwierige Lage versetzt, sich als Opfer gegen den Tatausgleich und für eine Gerichtsverhandlung zu entscheiden bzw noch einmal mit dem Täter konfrontiert zu werden. Das ist absolut nachvollziehbar und aufgrund der damit meistens verbundenen Vorgeschichten werden sich solche Fälle für den Tatausgleich auch nicht eignen. Aber statt einem generellen Ausschluss erscheint hier offensichtlich eine Sensibilisierung der den Tatausgleich vorschlagenden Staatsanwaltschaften oder Gerichten notwendig.

ao. Univ.-Prof. Dr. Margarethe Flora eh.