

Bundesministerium für Justiz
Museumstraße 7
1070 Wien

per E-Mail: team.s@bmj.gv.at

ZI. 13/1 15/46

BMJ-S318.034/0007-IV/2015

BG, mit dem das Strafgesetzbuch, das Suchtmittelgesetz, die Strafprozessordnung 1975, das Aktiengesetz, das Gesetz vom 6. März 1906 über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, das Gesetz über das Statut der Europäischen Gesellschaft, das Genossenschaftsgesetz, das ORF-Gesetz, das Privatstiftungsgesetz, das Versicherungsaufsichtsgesetz 2016, und das Spaltungsgesetz geändert werden (Strafrechtsänderungsgesetz 2015)

Referent: Dr. Gerald Ruhri, Rechtsanwalt in Graz
VP Dr. Josef Weixelbaum, Rechtsanwalt in Linz

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag (ÖRAK) dankt für die Übersendung des Entwurfes und erstattet dazu folgende

S t e l l u n g n a h m e :

I. Artikel 1 Änderung des Strafgesetzbuches

1. Z 1 § 6 Abs 3 (Einführung einer groben Fahrlässigkeit)
2. Z 16 § 80 Abs 2 (Qualifikation der fahrlässigen Tötung)
3. Z 17 § 81 (Grob fahrlässige Tötung)

Die **Einführung der groben Fahrlässigkeit** als im Strafrecht neu definierte Form schuldhaften Handelns wird **abgelehnt**. Die Erläuterungen bzw erläuternden Bemerkungen (EB) fordern zwar ausdrücklich, dass bei der Auslegung des Begriffes aufgrund der im Entwurf vorgenommenen Erhöhung der Strafdrohung „*restriktiv vorgegangen werden soll*“¹, verweisen zugleich jedoch darauf, dass zur Interpretation sowohl die zivil- als auch die strafrechtliche Judikatur herangezogen werden kann.

¹ Erläuterungen, S. 6, 2. Absatz.

Die Praxis der Rechtsprechung zeigt, dass in den letzten Jahren eine Tendenz dazu bestand, den Begriff der groben Fahrlässigkeit in der zivilrechtlichen Judikatur auszudehnen. Es ist daher zu erwarten, dass bei Einführung der groben Fahrlässigkeit im Strafrecht die hinkünftig zur Verurteilung gelangenden Fälle deutlich über jenes Ausmaß hinausgehen werden, welches auf der Grundlage des geltenden Rechtes unter die „*besonders gefährlichen Verhältnisse*“ gemäß § 81 Abs 1 Z 1 subsumiert wird.

Für eine solche **Verschärfung im Bereich der Fahrlässigkeitsdelikte** besteht jedoch weder eine rechtspolitische Notwendigkeit, noch können die Erläuterungen einen solchen Bedarf darlegen. Die mit dieser Regelung angestrebte Harmonisierung mit dem Zivilrecht („*Erleichterung der Führung von Folgeprozessen vor den Zivilgerichten*“) rechtfertigt die beabsichtigte Ausweitung ebenfalls nicht. Da Zivilgerichte lediglich an verurteilende Erkenntnisse der Strafgerichte gebunden sind, ist nicht ersichtlich, worin die in den Materialien genannte „Erleichterung“ tatsächlich bestehen soll. Gerade dieses Argument legt die vom ÖRAK befürchtete **Angleichung des strafrechtlichen Fahrlässigkeitsbegriffes an die grobe Fahrlässigkeit im Zivilrecht** und daraus resultierend die genannte Ausweitung der Strafbarkeit nahe.

Fahrlässiges Verhalten ist dann besonders vorwerfbar, wenn es unter „*besonders gefährlichen Verhältnissen*“ stattfindet. Diesen Fällen wird durch die bestehenden Regelungen vollständig Rechnung getragen. Die in den Erläuterungen kritisierte Komplexität der „*besonders gefährlichen Verhältnisse*“ wird in der Praxis einerseits nicht wahrgenommen, andererseits bedarf es im Einzelfall keiner besonderen Beweisaufnahmen, um die Abgrenzung zwischen „gewöhnlicher“ und qualifizierter Fahrlässigkeit vorzunehmen. Es besteht keine Veranlassung dazu, von dieser bewährten Regelung abzugehen und die Strafbarkeit im Fahrlässigkeitsbereich massiv auszudehnen, wie dies durch die im Ministerialentwurf (ME) vorgeschlagene Regelung der Fall sein würde.

Am Entwurf ist auch zu kritisieren, dass § 81 Abs 2 StGB neben der Neureglung in § 81 Abs 1 ME entbehrlich ist. Es kann kein Zweifel daran bestehen, dass ein durch Alkohol oder Suchtmittel beeinträchtigter Täter grob fahrlässig iSd §§ 6 Abs 3 iVm 81 Abs 1 ME handelt, womit sich ein höchstproblematisches Spannungsfeld zu den „*besonders gefährlichen Verhältnissen*“ ergibt. Aufgrund der durch die Neureglung des § 81 Abs 1 ME und die Übernahme von § 81 Abs 1 Z 2 des geltenden Rechtes in § 81 Abs 2 ME entstehenden Doppelgleisigkeit lässt dies eine Interpretation befürchten, dass die „gewöhnliche“ grobe Fahrlässigkeit Sachverhalte, die in ihrer Vorwerfbarkeit deutlich unter „*besonders gefährlichen Verhältnissen*“ nach geltendem Recht liegt, umfasst. Aus der Zusammenschau der Absätze 1 und 2 in § 81 StGB kann demnach der (unrichtige) Schluss gezogen werden, dass die in dieser Stellungnahme kritisierte, **weite Anwendung des Begriffes der groben Fahrlässigkeit** der Intention des Gesetzgebers entspricht.

Zu § 81 Abs 3 ME ist anzumerken, dass ein höherer Erfolgsunwert bei einem Fahrlässigkeitsdelikt nicht von einem höheren Grad der Vorwerfbarkeit, sondern häufig von Zufällen abhängig ist. Dies gilt etwa für die Frage, ob von den Folgen eines Verkehrsunfalles „nur“ eine Person oder mehrere Menschen betroffen sind. Daraus kann jedoch keine Notwendigkeit einer strengeren Bestrafung abgeleitet werden.

4. Z 4 § 33 Abs 2
5. Z 5 § 33 Abs 3 (Einführung weiterer Erschwerungsgründe)

Durch die gerade im Bereich der Körperverletzungsdelikte vorgeschlagene Anhebung der Strafdrohungen bedarf es keiner weiteren, nur auf Aggressionsdelikte anzuwendenden Erschwerungsgründe. Bereits die bisher geltenden, jedenfalls aber die nach dem Entwurf teilweise drakonisch erhöhten Strafraumen bieten ausreichend Gelegenheit dazu, auf Strafzumessungstatsachen Bedacht zu nehmen. Eine durch die Definition weiterer Erschwerungsgründe angestrebte Erhöhung der im Einzelfall konkret ausgemessenen Strafe im Rahmen eines ohnedies deutlich angehobenen Strafraumens ist entbehrlich. Es besteht auch keine rechtspolitische Notwendigkeit für diese legislative Maßnahme.

Diese Ausführungen gelten auch für die unter Z 5 des Entwurfes dargestellten Erschwerungsgründe.

Die EB verweisen selbst darauf, dass die im Übereinkommen des Europarates zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt formulierten Ziele bereits den **Qualifikationen einzelner Tatbestände** entsprechen und darüber hinaus uneingeschränkt entsprechend der Regelungen des 4. Abschnittes über die Strafbemessung als **Erschwerungsgründe** berücksichtigt werden können. Die im ME vorgeschlagene Regelung führt etwa dazu, dass die vor allem mit der Zielrichtung der Bekämpfung häuslicher Gewalt formulierte Norm des § 107b StGB nunmehr neuerlich eine Verschärfung in Form einer noch höheren, konkret verhängten Strafe erfährt. Maßnahmen dieser Art sind weder vom genannten Übereinkommen gefordert, noch können diese sinnvoll begründet werden.

6. Z 10 § 70 (Berufsmäßige Begehung)

Die Intention des ÖRAK besteht nach wie vor darin, die im geltenden Recht geregelte **Gewerbsmäßigkeit ersatzlos zu beseitigen**. Wenn ein Täter Delikte auf eine Weise begeht, die nach geltendem Recht der Gewerbsmäßigkeit oder nach dem vorgeschlagenen Entwurf der Berufsmäßigkeit entspricht, so führt dies in aller Regel dazu, dass sich aufgrund einer Überschreitung der Wertgrenze ohnedies ein höherer Strafsatz ergibt. Ist dies nicht der Fall, weil Wertgrenzen nicht überschritten werden, so kann berechtigt in Frage gestellt werden, ob es in diesem Fall einer Anhebung des Strafsatzes bedarf. Zudem kann dem unbestrittenermaßen bestehenden höheren Unrechtsgehalt solcher Taten durch Anwendung der geltenden Erschwerungsgründe, insbesondere durch § 33 Abs 1 Z 1, im Rahmen der Strafzumessung hinreichend Rechnung getragen werden.

Der im Entwurf enthaltenen Neuformulierung wird jedoch insofern zugestimmt, als zumindest jene Fälle ausgeklammert sind, in welchen nach derzeit geltendem Recht und insbesondere der Anklage- und Spruchpraxis beschuldigte Personen bereits **bei erstmaliger Tatbegehung** wegen gewerbsmäßiger (in Hinkünftig berufsmäßiger) Begehung verurteilt werden. Dies ist ein positiver Aspekt der im Entwurf enthaltenen Regelung. Erfahrungen aus dem SMG zeigen auch, dass klar definierte Voraussetzungen keine Nachteile für die Strafverfolgung nach sich ziehen.

Das in der Diskussion gegen die vorgeschlagene Regelung vorgebrachte Argument, dass etwa bei nicht qualifizierten Diebstählen unter dieser Voraussetzung erfolgsversprechende Ermittlungsmaßnahmen nicht möglich sein werden, mag inhaltlich zutreffen. Dabei handelt es sich jedoch um eine **prozessrechtliche** Fragestellung, die im **Prozessrecht** zu lösen ist. Die Beibehaltung der bestehenden Rechtslage allein mit dem Ziel, auch in Hinkünftig umfangreiche Ermittlungskompetenzen zu gewährleisten, ist abzulehnen.

Hinzuzufügen ist, dass nach geltendem Recht ein nicht zu erklärendes und zu rechtfertigendes Missverhältnis zwischen der Strafschärfung bei Rückfall (§ 39 StGB) und der Erhöhung der Strafdrohung bei gewerbsmäßiger Begehung besteht. Während etwa im § 130 StGB die gewerbsmäßige Begehung zu einer **zehnfach höheren Obergrenze** des Strafrahmens führt (6 Monate gemäß § 127 Abs 1 vs. fünf Jahren gemäß § 130 1. Fall StGB), müssen nach § 39 StGB zahlreiche Voraussetzungen erfüllt sein, um die Anhebung der Obergrenze um „lediglich“ die Hälfte zu rechtfertigen. Der Vergleich dieser Bestimmungen zeigt die völlig ungerechtfertigte Überbewertung der Gewerbsmäßigkeit im bestehenden Recht und die dringende Notwendigkeit der Gesetzesänderung, wenngleich nicht im Sinne des nunmehr vorliegenden Ministerialentwurfs, die lediglich in Teilbereichen eine aus der Sicht des ÖRAK akzeptable Klärung anbietet.

Die vorgeschlagene Regelung birgt die Gefahr einer „Fehlinterpretation“: Im Textvorschlag kommt nicht hinreichend deutlich zum Ausdruck, dass die beiden in den letzten zwölf Monaten vor der Tat begangenen Taten nicht Teil des zur Begründung der Berufsmäßigkeit führenden „Tatenkomplexes“ sein dürfen. Zu befürchten (besser: erwarten) ist, dass die Rechtsprechung § 70 ME so interpretieren wird, dass bereits **ab der Begehung von drei einzelnen Tathandlungen** Berufsmäßigkeit angenommen werden kann, wenn dies innerhalb von zwölf Monaten erfolgt.

Die Kritik kann dahingehend zusammengefasst werden, dass gegenwärtig bereits bei der ersten Tathandlung Berufsmäßigkeit (Gewerbsmäßigkeit) vorliegen kann, in Hinkunft jedoch „erst“ ab der dritten Deliktsverwirklichung. Diese Ansicht kann auch den Ausführungen des Ministerialentwurfs entnommen werden und ist darin begründet, dass § 70 ME lediglich von „zumindest zwei solchen Taten“ spricht, nicht jedoch von „selbständigen Tathandlungen“ und dass hinsichtlich der Vortaten keine Verurteilung vorliegen muss.

Dies wird in der Praxis zu folgender Konsequenz führen: Wenn ein Beschuldigter im Jänner und im März Diebstähle begeht und im Dezember eine weitere Tathandlung setzt, so wird diese Tathandlung im Dezember als berufsmäßig begangene Straftat beurteilt werden. Dies entspricht nicht dem Ergebnis der Diskussion in der

Arbeitsgruppe StGB 2015. Mit der Neuregelung der berufsmäßigen Begehung sollte eine **Objektivierung der Anwendungsvoraussetzungen** für diese Qualifikation geschaffen werden, nicht jedoch bloß eine Regelung, die sicherstellt, dass Beschuldigte hinkünftig erst (oder: schon) ab der dritten Tathandlung der verschärften Strafbestimmung unterliegen.

Zur Klarstellung, dass die beiden die Annahme der Berufsmäßigkeit begründenden Vortaten daher **selbständige Tathandlungen** sein müssen, ist es erforderlich, dass der Täter hinsichtlich dieser Delikte auch bereits verurteilt wurde. In diesem Zusammenhang wird auf die in § 28a Abs 2 Z 1 SMG enthaltene Regelung verwiesen. Die Verwirklichung der Qualifikation ist an dieser Stelle daran geknüpft, dass jemand eine Straftat „*gewerbsmäßig begeht und schon einmal wegen einer Straftat nach Abs 1 StGB verurteilt worden ist*“.

Die im ME enthaltene Regelung, wonach es bereits ausreichend sei, dass die beiden Vortaten „*festgestellt werden können*“, wird daher abgelehnt. Sie führt im Ergebnis zu einer Aufweichung der für die künftige Annahme von Berufsmäßigkeit als erforderlich angesehenen **objektiven Kriterien**.

7. Z 6 § 37 Abs 1 und 2 (Verhängung von Geldstrafen anstelle von Freiheitsstrafen)

Die Ausdehnung dieser Möglichkeit, durch die Verhängung einer Geldstrafe von der Verhängung einer zu verbüßenden Freiheitsstrafe abzusehen, ist positiv zu beurteilen. Darüber hinaus ist wünschenswert, in § 37 Abs 1 und Abs 2 die **zwingend vorgeschriebene Berücksichtigung generalpräventiver Aspekte** ersatzlos zu entfernen und eine Entscheidung über die Verhängung einer Geldstrafe anstatt einer zu verbüßenden Freiheitsstrafe ausschließlich von spezialpräventiven Erwägungen abhängig zu machen.

Die Erfahrung zeigt, dass dem Argument der Generalprävention in der Praxis besondere Bedeutung beigemessen wird. Es entsteht der Eindruck, dass dies vor allem dann der Fall ist, wenn Entscheidungen zugunsten eines Beschuldigten vermieden werden sollen. Wenn daher die Intention besteht, dieser Regelung einen breiten Anwendungsbereich einzuräumen, so kann dies nach Ansicht des ÖRAK nur dadurch gewährleistet werden, dass Aspekte der Generalprävention unberücksichtigt bleiben müssen. Der Arbeitskreis Strafrecht im ÖRAK beschäftigt sich schon seit Längerem mit Überlegungen, ob die derzeit eingeschränkt zur Verfügung stehenden Strafarten überhaupt noch zeitgemäß sind und sowohl dem Resozialisierungszweck als auch der Abschreckung ganz generell entsprechen können.

8. Z 18 § 83 Abs 1
Z 19 § 83 Abs 2
Z 20 § 83 Abs 3 bis 5
Z 21 bis Z 26 § 84 (Neuregelung der Körperverletzungsdelikte)

Der ME sieht im Bereich der Körperverletzungsdelikte eine aus der Sicht des ÖRAK mit Nachdruck abgelehnte und inhaltlich durch nichts gerechtfertigte **massive Erhöhung der Strafdrohungen** vor. Dieser Umstand wurde bereits nach dem

Vorliegen des Berichtes der Arbeitsgruppe „StGB 2015“ kritisiert. Diese Kritik wird auch im Begutachtungsverfahren ausdrücklich und mit Nachdruck aufrechterhalten.

8.1. Strafschärfung bei fahrlässiger Tötung (§ 80 StGB)

Die im ME enthaltene Regelung des § 80 Abs 2, wonach sich die Strafdrohung auf Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren erhöht, sofern die Tat den Tod mehrerer Personen zur Folge hat, wird abgelehnt.

Entgegen dieser Regelung ist der **subjektive Verhaltensvorwurf** in den Mittelpunkt der strafrechtlichen Überlegungen zu stellen. Ein bloß fahrlässiges und nicht durch besondere erschwerende Umstände qualifiziertes Verhalten rechtfertigt die Strafdrohung in der im ME vorgeschlagenen Höhe nicht. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass es im Einzelfall vom Zufall abhängen kann, ob eine Person oder ob etwa im Rahmen eines Verkehrsunfallgeschehens eine weitere Person zu Tode kommt. Der **Handlungsunwert** des fahrlässig handelnden Lenkers bleibt davon unberührt, sodass es unter diesem Aspekt keine sachliche Rechtfertigung für eine **Verdoppelung der Strafdrohung** gibt.

Zudem ist die Abstufung zwischen der Strafdrohung von Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr im Falle des § 80 (Abs 1) StGB zu einer fahrlässigen Tötung unter besonders gefährlichen Verhältnissen bzw. bei grober Fahrlässigkeit geboten. Eine Differenzierung zwischen einer Strafdrohung von zwei Jahren beim Tod von zwei Personen und einer Strafdrohung von drei Jahren bei grober Fahrlässigkeit, für welche keine Beschränkung der Anzahl der Opfer besteht, ist sachlich nicht gerechtfertigt.

8.2. Strafraumen der Körperverletzungsdelikte (§§ 83 bis 86 StGB)

Die Differenzierung zwischen der nicht qualifizierten Körperverletzung nach § 83 StGB und der schweren Körperverletzung nach § 84 StGB ist dringend geboten. Auch die innerhalb des § 83 StGB vorgenommene Abstufung, wonach eine fahrlässig herbeigeführte, schwere Körperverletzung zu einer geringeren Strafdrohung führt, wenn ein Täter lediglich mit Misshandlungsvorsatz (§ 83 Abs 2) gehandelt hat, ist sachgerecht.

Die mit der vorliegenden Stellungnahme geübte Kritik richtet sich jedoch gegen die **außergewöhnliche Erhöhung der Strafdrohungen**:

a) § 84 StGB

Selbst eine Tathandlung, die von einem Täter mit auf Zufügung einer schweren Körperverletzung gerichtetem, bedingten Vorsatz ausgeübt wird, rechtfertigt die Strafdrohung von Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren keinesfalls.

Hinter diesen Überlegungen steht eine nach Ansicht des ÖRAK **unzutreffende Einschätzung der Praxis der Feststellung des subjektiven Tatbestandes** durch die Strafgerichte. Aufgrund der Erfahrung in der Realität der Strafverteidigung ist zu erwarten, dass Anklagebehörden und Gerichte

dazu übergehen werden, bei der Feststellung des subjektiven Tatbestandes *dolus eventualis* bezogen auf eine schwere Verletzung in großem Umfang anzunehmen. So werden Gerichte dazu tendieren, etwa bei einem Faustschlag, der zu einem Knochenbruch im Gesichtsbereich führt, die bedingt vorsätzliche Herbeiführung der schweren Verletzung schon aufgrund des objektiven Ereignisablaufes und der Folgen der Tat zu unterstellen. Im Ergebnis wird sich die Neuregelung so auswirken, dass die Qualifikation des § 83 Abs 2 gegenüber dem Verbrechen der schweren Körperverletzung nach § 84 Abs 1 massiv in den Hintergrund treten wird.

b) § 85 Abs 1 StGB

Die absichtliche schwere Körperverletzung ist nach geltendem Recht in § 87 StGB mit einer Strafdrohung im Ausmaß von einem bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe versehen. Die Praxis der Rechtsanwendung und die Statistik zeigen, dass mit diesem Strafrahmen das Auslangen gefunden werden kann. Die Gerichte sind durchwegs in der Lage, sachgerechte und dem Unwertgehalt und den Folgen der Tat entsprechende Sanktionen festzulegen, dies innerhalb eines nach oben mit fünf Jahren begrenzten Strafrahmens. Eine **Verdoppelung der Obergrenze** auf die vorgesehene Weise ist inhaltlich durch nichts begründet und entspricht nicht den Erfordernissen der Rechtsprechung. Auch Aspekte der Prävention verlangen keinesfalls nach einer in Hinkunft drakonische Strafen rechtfertigenden Strafbestimmung. Diese Kritik gilt auch für § 85 Abs 2.

c) § 86 StGB

Nach geltendem Recht ist eine absichtliche schwere Körperverletzung, die zum Tod des Verletzten führt, mit Freiheitsstrafe von fünf bis zu zehn Jahren bedroht (§ 87 Abs 2 2. Fall StGB). Durch die nunmehr in § 86 Abs 3 vorgesehene Regelung (Freiheitsstrafe von zehn bis zu 20 Jahren) wird die **bisherige Obergrenze zur Strafuntergrenze des künftigen Strafrahmens!** Eine solche Vorgehensweise ist unangemessen. Die Tatsache, dass trotz der Absichtlichkeit bezogen auf die Zufügung einer schweren Körperverletzung die dramatische Folge, nämlich der Tod des Verletzten, **fahrlässig** herbeigeführt wird, bedarf einer Berücksichtigung bei der Festlegung der Sanktion. Angesichts dieser Umstände ist es inhaltlich überschießend und völlig ungerechtfertigt, den **Strafrahmen in die Nähe des Mordes** zu rücken und für den Tatbestand eine Untergrenze festzusetzen, die der **Höchststrafe für das Verbrechen des Totschlags** (dabei handelt es sich immerhin um ein vorsätzliches Tötungsdelikt) entspricht.

Der ÖRAK spricht sich mit Nachdruck gegen diese außergewöhnlich strengen und weder mit Präventionsinteressen noch mit Erfordernissen der Praxis begründbaren Änderungen der Strafrahmen aus.

Positiv an der Neureglung ist hingegen die nunmehr bestehende, klare Differenzierung zwischen einer „bloßen“ Misshandlung und einer vorsätzlichen Körperverletzung. Während nach geltendem Recht § 84 Abs 1 eine Qualifikation von § 83 Abs 1 und von § 83 Abs 2 ist, sieht der Ministerialentwurf nunmehr eine klare

Trennung beider Tatbestände vor. Es wird daher künftig nicht mehr möglich sein, dass ein lediglich mit Misshandlungsvorsatz agierender Beschuldigter, der fahrlässig eine schwere Verletzungsfolge herbeiführt, für vorsätzliche Körperverletzung verurteilt wird, obwohl er im Ergebnis lediglich mit Misshandlungs- und nicht mit Verletzungsvorsatz gehandelt hat. Der daraus resultierende positive Effekt wird jedoch durch die Anhebung der Strafraumen „überkompensiert“.

Die in den Erläuterungen angesprochene „Harmonisierung der Strafdrohungen“, die sich aus den Änderungen im Bereich der vorsätzlichen Körperverletzungsdelikte ergeben soll, kann auch bei genauer Prüfung nicht erkannt werden. Auch ist nicht ersichtlich, welche „Probleme in der Praxis“ dadurch beseitigt werden sollen².

Es ist zudem bedauerlich, dass der durch die umfassende Novellierung des StGB angestrebte Zweck, ein in der öffentlichen Wahrnehmung nicht vertretbares Missverhältnis zwischen Aggressions- bzw. Körperverletzungsdelikten einerseits und reinen Vermögensdelikten andererseits zu korrigieren, abgesehen von der Anhebung der Wertgrenzen bei Vermögensdelikten primär dadurch erreicht werden soll, dass Körperverletzungsdelikte hinkünftig deutlich strenger zu bestrafen sind. Es sollten andere und kreativere Maßnahmen vorgeschlagen werden, um dieses angestrebte Ziel zu erreichen.

9. Z 56ff (Erhöhung der Wertgrenzen)

Der ÖRAK begrüßt die im ME enthaltene Anhebung der Wertgrenzen bei Vermögensdelikten auf € 5.000,00 bzw. € 500.000,00. Dies entspricht auch der in der Diskussion in der Arbeitsgruppe StGB 2015 vom ÖRAK vertretenen Ansicht.

10. Z 64 bis 67 (Neuregelung des Einbruchsdiebstahls)

Die Differenzierung des Tatbestandes im § 129 ME wird ausdrücklich positiv beurteilt. In Zusammenschau mit der (änderungsbedürftigen) Neuregelung der berufsmäßigen Begehung dieses Tatbestandes enthält der ME eine sachgerechte Regelung des Tatbestandes; dies gilt auch für die je nach Besonderheit des konkreten Deliktes differenzierte Strafdrohung. Kritisch anzumerken ist jedoch die aus den Erläuterungen zu entnehmende Überlegung, Einbrüche in Büros oder Kanzleien deshalb nicht unter Abs 2 Z 1 zu subsumieren, da diese Bestimmung nicht den „Geheimnisschutz“ sondern lediglich den „Schutz der Privatsphäre“ umfasse³. Der ÖRAK vertritt die Ansicht, dass wenn in Büros naheliegender Weise Daten verwaltet werden, die einer besonderen Verschwiegenheitspflicht (Arztgeheimnis, Amtsgeheimnis, anwaltliche Verschwiegenheitspflicht) unterliegen, Einbrüche in die betreffenden Räumlichkeiten mit Einbrüchen in den Privatbereich gleichzusetzen sind.

11. Z 101 §§ 163a ff StGB (Neuregelung der Bilanzdelikte)

Mit der Zusammenfassung der Bilanzdelikte, deren Strafbarkeit derzeit in zahlreichen gesellschaftsrechtlichen Materiengesetzen verstreut ist, wird eine in der

² EB, S. 13, 4. Absatz.

³ EB, S. 18, 4. Absatz.

rechtspolitischen Diskussion oft erhobene Forderung erfüllt. Dies gilt auch für die Vereinheitlichung der Tatbestände und der Strafdrohung.

Der Hinweis auf die „anerkannten Standards“ in § 163a Abs 1 bietet jedoch einen im Strafrecht zu vermeidenden, weiten Interpretationsspielraum.

In der Praxis führt auch die Frage der „Erheblichkeit“ zu Abgrenzungsproblemen zwischen strafbarem und (noch) nicht strafbarem Handeln. Es ist wünschenswert, wenn zumindest in den EB eine klare Aussage zu dieser Frage getroffen wird. Vorgeschlagen wird eine Definition der Erheblichkeit etwa in Relation zur Bilanzsumme des betroffenen Unternehmens, dies allenfalls durch gleichzeitige Festlegung eines Mindestbetrages, ab welchem Erheblichkeit jedenfalls anzunehmen ist. § 163a Abs 4 enthält eine nach Ansicht des ÖRAK unzureichende Definition der „Erheblichkeit“; letztlich wird ein unklarer Gesetzesbegriff durch weitere, viele Interpretationen zulassende Ausführungen auf eine Weise definiert, die keine klare Beurteilung, welche jedoch für die Praxis der Rechtsanwendung und die Sicherstellung von Rechtssicherheit erforderlich wäre, zulässt.

12. Z 101 § 163d (Tätige Reue)

Nach § 163d Abs 2 soll tätige Reue im Fall des § 163c Abs 1 Z 3 ME nur dann eintreten, wenn die unrichtigen Informationen korrigiert werden, *„bevor die Haupt- oder Generalversammlung oder Versammlung des obersten Organs beendet ist“*; generell regelt § 163d für alle Bereiche ein sehr enges Zeitkorsett. Dies wird in den Erläuterungen damit begründet, dass jene Zeitpunkte maßgeblich sind, bis zu denen die Adressaten noch **keine Verfügungen** im Vertrauen auf die Richtigkeit und Vollständigkeit vorgenommen haben bzw. vornehmen konnten.

Diese **zeitliche Einschränkung der Möglichkeit zur tätigen Reue ist wesentlich zu restriktiv** und wird abgelehnt. In der Praxis wird das Fehlen der Möglichkeit zur tätigen Reue bei Bilanzdelikten als gravierendes Manko empfunden, da es den Betroffenen die Möglichkeit nimmt, die Rechtswohltat der Strafaufhebung in Anspruch zu nehmen. Diese Situation wird sich aufgrund des unangemessen engen zeitlichen Handlungsrahmens auch durch § 163d ME nicht ändern.

Den Ausführungen in den EB ist zu entgegnen, dass die durch eine Handlung nach § 163a geschädigten Personen im Falle der (späteren) Richtigstellung oder Vervollständigung noch immer die Möglichkeit haben, **zivilrechtlich** Ersatz zu begehren. Durch die Richtigstellung einer zuvor falschen Angabe wird ihnen die Geltendmachung des zivilrechtlichen Schadenersatzanspruches sogar erheblich erleichtert, fällt für sie unter dieser Voraussetzung doch die Notwendigkeit, die Unrichtigkeit einer Bilanz nachzuweisen, weg.

Angesichts der Ultima-ratio-Funktion des Strafrechtes ist es daher angemessen, im Falle einer Richtigstellung oder Vervollständigung den Strafaufhebungsgrund auch über den in § 163d nunmehr genannten Zeitpunkt hinaus aufrecht zu erhalten und die Geschädigten in diesem Fall auf ihre zivilrechtlichen Ersatzansprüche und die aus der Bekanntmachung der unrichtigen Bilanz resultierenden, verbesserten Durchsetzungsmöglichkeiten zu verweisen.

Nicht einsichtig ist auch, warum ausschließlich den in § 163a ME erwähnten Personen, nicht jedoch auch einem Abschlussprüfer und dem sonst in § 163b ME genannten Personenkreis unter gegebenen Voraussetzungen tätige Reue zu Gute kommen soll. Wenn etwa ein Abschlussprüfer einen von ihm vorsätzlich unrichtig erteilten Bestätigungsvermerk (§ 163b Abs 2 Z 1) widerruft und diesen Widerruf auch entsprechend publiziert, so muss auch ein solches Verhalten als reuefähig angesehen werden. Aus der Praxis der Strafverteidigung ist bekannt, dass vor allem aufgrund der schwerwiegenden berufsrechtlichen Konsequenzen die Strafaufhebung durch tätige Reue im Einzelfall über das Interesse der Vermeidung einer zivilrechtlichen Haftung gestellt wird.

Der Widerruf eines vorsätzlich falsch erteilten Bestätigungsvermerkes erleichtert es zudem einem Geschädigten, der im Vertrauen auf die Richtigkeit vermögensrechtliche Dispositionen vorgenommen hat, die Berechtigung seines zivilrechtlichen Schadenersatzes gegenüber der Gesellschaft (und gegenüber dem Wirtschaftsprüfer bzw. der WP-Gesellschaft) durchzusetzen. Auch für diesen Anwendungsfall gilt daher, dass eine dringende rechtspolitische Notwendigkeit dazu besteht, tätige Reue über den nach § 163a infrage kommenden Täterkreis hinaus auch auf Wirtschaftsprüfer auszudehnen.

Der ÖRAK schlägt daher eine Regelung vor, die sich an § 167 Abs 2 StGB orientiert:

„§ 163d (1) Nach § 163a und § 163b ist nicht zu bestrafen, wer, bevor die Behörde (§ 151 Abs 3) von seinem Verschulden erfahren hat, wenngleich auf Andringen des Verletzten, so doch ohne hiezu gezwungen zu sein, die falschen Angaben richtigstellt oder die unvollständigen Angaben nachträgt.“

13. Z 153 (§ 205a neu; Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung)

Die im ME vorgesehene Bestimmung stellt unter Strafe, wenn jemand mit einer Person *„ohne deren Einverständnis oder nachdem er das Einverständnis durch Ausnützung einer Zwangslage oder Einschüchterung erlangt hat“*, den Beischlaf oder eine ihm gleichzusetzende Handlung vornimmt. In den Erläuterungen wird dieser Tatbestand als *„deutliches, aber doch maßvolles Zeichen zur Vorbeugung und Hintanhaltung sexueller Gewalt“* beschrieben, wobei zugleich darauf hingewiesen wird, dass das einzuhaltende Europaratsübereinkommen in Österreich insofern erfüllt ist, als die geltenden Bestimmungen des Sexualstrafrechtes den geforderten Mindeststandards entsprechen.

Insbesondere die Formulierung „ohne deren Einverständnis“ wird bei der Anwendung zu unüberwindbaren Hindernissen führen, zumal für einen Sexualpartner außerhalb des Anwendungsbereiches der bereits bestehenden Strafnormen kaum ersichtlich sein wird, dass eine sexuelle Handlung, die ohne jedes äußere Zeichen von Widerspruch oder Widerstand stattfindet, nicht einvernehmlich vorgenommen wird.

Die Bestimmung ist auch deshalb entbehrlich, da eine durch Einschüchterung erzwungene „Einverständniserklärung“ nach herrschender Auffassung ohnedies vom Verbrechen nach § 201 StGB umfasst ist.

14. Z 166 § 218 (Sexuelle Belästigung und öffentliche geschlechtliche Handlungen)

Nach Ansicht des ÖRAK besteht kein Strafbedürfnis betreffend die in diesem Tatbestand umschriebenen Handlungen. Einer strafrechtlichen Sanktion bedarf es in jenen Situationen, in welchen sexuelle Handlungen auf die im geltenden, ohnedies sehr weitreichenden Sexualstrafrecht umschriebene Weise stattfinden. Bloße Belästigungen sind im Bereich des Verwaltungsstrafrechtes, allenfalls auch des Zivilrechtes abzuhandeln. Zudem wird auch – gleichlautend mit der Kritik an § 205a ME – darauf verwiesen, dass die unklare und weite Definition des Tatbestandes zu gravierenden Problemen in der Rechtsanwendung und bei (zu) strenger Auslegung zu einer völligen Ausuferung der Strafbarkeit führen wird. Es geht entschieden zu weit, etwa eine auch ungewollte Berührung am Oberschenkel strafrechtlich als Sexualdelikt zu definieren und dieses Verhalten durch strafgerichtliche Verurteilung zu sanktionieren. Mit dieser Norm wird die Grenze strafbarer Handlungen unerträglich und inakzeptabel weit ausgedehnt.

II. Änderung des Tatbestandes der Untreue (§ 153 StGB)

Der Ministerialentwurf zum StRÄG 2015 enthält keine Ausführungen zu einer Neuregelung des Tatbestandes der Untreue. Es ist bedauerlich, dass das Bundesministerium für Justiz den dringenden Reformbedarf, der sich schon aus der Vielzahl von kritischen Wortmeldungen und Veranstaltungen zu diesem Thema ergibt, nicht wahrnehmen möchte. Es ist unübersehbar, dass das Gesetz und seine Anwendung auf der einen Seite sowie realpolitische und wirtschaftliche Erfordernisse auf der anderen Seite mehr und mehr auseinanderdriften und in Widerspruch zueinander geraten. Abgesehen von der fachlich vorgetragenen Kritik an der Norm belegt schon dieser Umstand die Notwendigkeit, sich zumindest kritisch mit der Untreue auseinanderzusetzen. Die Vermeidung des Diskurses und das Ignorieren des offenkundig bestehenden Problems sind unerfreulich, da sie nicht zu dessen Lösung, sondern nur zu einer weiteren Verschärfung des bereits bestehenden Konfliktes und der kontroversiellen Auseinandersetzung führen werden.

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag ist bereit, an einer konstruktiven Diskussion mitzuwirken und unterbreitet dazu nachstehenden Lösungsvorschlag:

1. Kritik am Tatbestand (§ 153 StGB)

Der **objektive Tatbestand** der Untreue besteht in einem Missbrauch der dem Täter eingeräumten Befugnis. Zur Erfüllung der **subjektiven Tatseite** sind Wissentlichkeit bezogen auf den Befugnismissbrauch und bedingter Vorsatz hinsichtlich der Vermögensschädigung des Vollmachtgebers erforderlich. § 153 Abs 1 normiert nicht, wie dieser Befugnismissbrauch zu erfolgen hat. Die Gesetzesbestimmung äußert sich auch nicht dazu, auf welche konkrete Weise eine strafrechtlich relevante Pflichtverletzung erfolgen muss.

Die Beantwortung der Frage, welche Verhaltensweisen als (noch) rechtskonform anzusehen sind, wird von § 153 StGB für zahlreiche Handlungsvarianten dem Zivilrecht überlassen. Dadurch erlangen unklare und weite Begriffe wie die „Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes“ oder die allgemeinen „Pflichten eines Vorstandes einer AG“ gemäß § 70 AktG strafrechtlichen Stellenwert, obwohl solche gesetzlichen

Regelungen den an strafrechtliche Bestimmungen gestellten Anforderungen, insbesondere dem Bestimmtheitsgebot nach § 1 StGB, nicht einmal im Ansatz entsprechen.

2. Kritik an der Rechtsanwendung

Aufgrund der sehr weiten und unbestimmten gesetzlichen Regelung hat sich in der strafrechtlichen Judikatur eine ausufernde Auffassung vom Begriff des „Befugnismissbrauchs“ durchgesetzt. Es ist einem Rechtsunterworfenen in kritischen Einzelsituationen vielfach nicht möglich, im Vorfeld risikobehafteter unternehmerischer Aktivitäten verlässlich einzuschätzen, ob eine konkrete Handlung unter den Begriff des „Befugnismissbrauchs“ fallen könnte. Sogar die Tatsache, dass sich damit verbundene wirtschaftliche Erwartungen erfüllen, ist kein Garant für die Strafflosigkeit, da etwa bei Kreditvergaben nach ständiger Judikatur des OGH der Schaden bereits in dem Zeitpunkt herbeigeführt (und das Delikt bei Erfüllung der subjektiven Tatbestandsmerkmale damit in dem Augenblick verwirklicht) ist, in welchem der Kreditbetrag ausbezahlt wird. Selbst die gänzliche Rückzahlung ist in weiterer Folge nur mehr ein Strafmilderungsgrund, wenn die Kreditbewilligung und -auszahlung an sich als befugnismissbräuchlich beurteilt werden.

Auch eine „gutachterliche Absicherung“ einer Entscheidung ist in aller Regel kaum möglich. In der Praxis wird zudem häufig die Einholung eines Gutachtens bereits als „Schuldindiz“ gewertet, muss der Entscheidungsträger – nach Ansicht der Strafverfolgungsbehörden – doch bei Erteilung des Gutachtensauftrages zumindest Zweifel an der Rechtmäßigkeit seines Handelns haben. Es ist unter diesem Aspekt nur mehr ein kleiner Schritt zum weiteren Vorwurf, das Gutachten sollte nur als „Feigenblatt“ zur von vornherein erwarteten Widerlegung eines Tatvorwurfes dienen; allenfalls gerät auch der Gutachter in den Verdacht einer Beitragstäterschaft.

3. Zur Frage der unrechtmäßigen Bereicherung

Der Tatbestand der Untreue schützt das Vertrauen (und das Vermögen) des Vollmachtgebers. Im Gegensatz zum Betrug ist es zur Erfüllung des Tatbestandes konsequenter Weise daher nicht erforderlich, dass der Täter sich oder einen Dritten durch den im Zuge der Deliktsverwirklichung herbeigeführten Schaden unrechtmäßig bereichert, es genügt vielmehr bedingter Vorsatz bezogen auf die Schadenszuführung.

Angesichts der weiten Definition des *dolus eventualis* kann bei einem risikobehafteten Geschäft kaum überzeugend gegen das Vorliegen dieses bedingten Schädigungsvorsatzes argumentiert werden.

In der insbesondere auf Initiative der Rechtsunterworfenen in Gang kommenden Diskussion wird immer wieder darauf verwiesen, dass die Verwirklichung des Tatbestandes der Untreue im Regelfall auch einen „bereicherungsrechtlichen“ Aspekt im übertragenen Sinne hat. Ein Täter setzt nämlich die vorgenommenen Handlungen häufig in der Erwartung, dadurch seine eigene Position im Unternehmen abzusichern, seine Karrierechancen zu verbessern oder auf andere Weise eine ihm persönlich zu Gute kommende „Umwegsrentabilität“ zu erzielen. Handelt er aus finanziellen Interessen, so bieten ohnedies die Strafzumessungsgründe Handhabe

dafür, diesen Umstand im Einzelfall angemessen zu berücksichtigen. Es bedürfe daher keiner Normierung der Bereicherung und eines darauf gerichteten Vorsatzes als weitere Tatbestandsmerkmale.

Rechtspolitisch ist an dieser Ansicht zu kritisieren, dass sich in der Praxis der Rechtsanwendung zahlreiche Sachverhalte ereignen, die in keinem Zusammenhang mit einer mittelbaren oder unmittelbaren Bereicherung stehen. Hinzu kommt, dass ein Befugnisträger, der sich über die von ihm einzuhaltenden Bestimmungen hinwegsetzt, um sich selbst oder einem Dritten einen Vermögensvorteil zu verschaffen, eine wesentlich größere Gefahr für das Vermögen des Vollmachtgebers darstellt als jemand, der den Tatbestand ohne diese Intention verwirklicht. Im erstgenannten Fall wird es dem Täter nämlich gerade darauf ankommen, einen größtmöglichen Schaden herbeizuführen.

Auch aus diesem Grund erscheint es geboten, den bestehenden, hohen Strafrahmen in einer novellierten Bestimmung nur auf jene Fälle anzuwenden, in welchen ein Täter neben der Erfüllung der sonst erforderlichen subjektiven Voraussetzungen auch mit dem weiteren Vorsatz handelt, sich oder einen Dritten unrechtmäßig zu bereichern. Fehlt dieser Aspekt der Handlung, so vermindert sich nicht nur die Schuld des Handelnden, sondern auch das Risiko für den Vollmachtgeber. Daraus wiederum resultiert die Notwendigkeit zur Festlegung eines deutlich niedrigeren Strafrahmens für den Täter, der den Tatbestand verwirklicht, ohne zugleich eine unrechtmäßige Bereicherung anzustreben oder gar zu verwirklichen.

4. Vorschlag einer Neudefinition

Untreuehandlungen können grundsätzlich auf zwei Arten begangen werden: Entweder der Bevollmächtigte **verletzt eine Anordnung seines Vollmachtgebers** (zB Pouvoirordnung) oder er trifft **wirtschaftliche Entscheidungen**, die (im Nachhinein betrachtet) als unvertretbar und mit der vorzitierten „Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes“ unvereinbar beurteilt werden. Die Verletzung von konkreten Verhaltensanweisungen kann strafrechtlich problemlos erfasst werden. Wenn der Vollmachtgeber eine bestimmte Order, etwa eine konkrete Anweisung, nur in sehr risikoarme Wertpapiere zu investieren, erteilt, so ist es Aufgabe des Bevollmächtigten, sich uneingeschränkt an diese zu halten. Verletzt er diese Vorgaben, so hat er dies strafrechtlich zu verantworten. Dieser Aspekt des Untreuetatbestandes ist unbedenklich. Wird einem Sachbearbeiter einer Bank etwa ein Pouvoir von €100.000,00 eingeräumt, so ist eine Vergabe eines Kredites von €150.000,00 ein (wissentlicher) Befugnismissbrauch.

Problematischer ist der Fall wirtschaftlicher Entscheidungen. In den laufenden Strafverfahren erfolgt die Beurteilung der Vertretbarkeit des Handelns in der Form, dass auf dem „Seziertisch des Buchsachverständigen“ oft erst viele Jahre später penibel analysiert wird, ob eine Entscheidung tatsächlich wirtschaftlich vertretbar war. Die Unvorhersehbarkeit künftiger Entwicklungen, die besonderen Rahmenbedingungen vieler Entscheidungen, etwa in Sanierungsfällen, Besonderheiten der Entscheidungsfindung und zahlreiche Aspekte, die die Maßnahmen beeinflussen, werden dabei häufig nicht oder nur unvollständig gewürdigt und können allenfalls infolge Zeitablaufes oder geänderter Umstände auch nicht mehr nachvollzogen werden. Als Beispiel sind in diesem Zusammenhang etwa

die Sub-Prime-Krise 2007 oder die Turbulenzen am Finanzmarkt in den Jahren 2007 und 2008 und die teilweise irrationalen Reaktionen auf den Lehman-Zusammenbruch im September 2008 zu nennen.

Es bedarf in diesem Punkt daher dringend einer **Änderung des objektiven Tatbestandes**, um zu vermeiden, dass weiterhin Entscheidungsträger vor der Situation stehen, dass sie bei zukunftsweisenden Entscheidungen mit der Gefahr einer späteren strafrechtlichen Sanktionierung rechnen müssen, dies insbesondere dann, wenn solche Entscheidungen in wirtschaftlichen Krisensituationen getroffen werden. Zudem genügt oft schon die strafgerichtliche Verfolgung allein, um die Karriere eines Managers, insbesondere eines Bankvorstandes, zu gefährden oder gar zu beenden.

Die Intention besteht nicht darin, den Vollmachtnehmer von sämtlichen strafrechtlichen Pflichten zu befreien. Der Gesetzgeber ist jedoch aufgefordert, durch eine **Einschränkung des weiten Tatbestandes** sicherzustellen, dass in der Wirtschaft tätige Entscheidungsträger den ihnen zustehenden Ermessensspielraum auch tatsächlich ausnützen können und ihre verantwortungsvolle Tätigkeit nicht ständig unter dem Damoklesschwert einer drohenden Strafverfolgung ausüben müssen oder als Konsequenz der unbefriedigenden Situation letztlich auf Entscheidungen überhaupt verzichten.

Der nachfolgende Vorschlag einer Neuregelung ist von folgenden Überlegungen getragen:

- Zerteilung des Tatbestandes in einen wissentlichen Verstoß gegen ausdrückliche Anweisungen des Vollmachtgebers einerseits und einen wissentlichen Befugnismissbrauch andererseits, sofern letzterer als Voraussetzung der Strafbarkeit auch die Wissentlichkeit bezogen auf die Schadenszufügung umfasst
- Anhebung der Wertgrenzen im Sinne des Ministerialentwurfs
- Reduktion des Strafraumes in jenen Fällen, in welchen ein Täter ohne Bereicherungsvorsatz handelt
- Beibehaltung der bestehenden, hohen Strafdrohungen für jene Fälle, in welchen der Täter mit dem Vorsatz handelt, sich oder einen Dritten unrechtmäßig zu bereichern
- Besinnung auf die Ultima-ratio-Funktion des Strafrechtes und sachgerechte Verlagerung der künftig nicht mehr strafbaren Sachverhalte in den Bereich zivilrechtlicher Auseinandersetzungen

Diese Zielsetzung kann aus der Sicht des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages durch eine gesetzliche Regelung mit nachstehendem Inhalt erreicht werden:

§ 153 (1) Wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, wissentlich missbraucht, indem er gegen Anweisungen des Vollmachtgebers verstößt, ist, sofern er diesem dadurch einen Vermögensnachteil

zufügt, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen zu bestrafen.

(2) Ebenso ist zu bestrafen, wer die ihm eingeräumte Befugnis wissentlich zum Nachteil des Vollmachtgebers auf unvertretbare Weise gebraucht.

(3) Wer durch die Tat einen € 5.000,00 übersteigenden Schaden herbeiführt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr zu bestrafen, wer einen € 500.000,00 übersteigenden Schaden herbeiführt, mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren.

(4) Wer die Tat nach Abs 1 oder Abs 2 begeht, um dadurch sich oder einen Dritten unrechtmäßig zu bereichern, ist in den Fällen des Abs 1 und Abs 2 mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen. Wer durch die Tat einen € 5.000,00 übersteigenden Schaden herbeiführt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren, wer einen € 500.000,00 übersteigenden Schaden herbeiführt, mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen.

Die im Initiativantrag (IA) vorgeschlagene Regelung des § 153 StGB ist nicht geeignet, die an der bestehenden Norm geübte Kritik zu beseitigen, da sie im Ergebnis die unerträgliche Weite des Tatbestandes nicht beseitigt.

§ 153 Abs 2 idF des Initiativantrages würde die Subsumtion auch in Hinkunft nicht einschränken: Zunächst erfolgt nach dem Verständnis des ÖRAK jeder Missbrauch „in unvertretbarer Weise“. Andernfalls müsste man nämlich davon ausgehen, dass es auch einen „vertretbaren Missbrauch“ gibt, welcher konsequenterweise wegen § 153 Abs 2 IA nicht der Strafbarkeit unterliegt. Diese Annahme erscheint weltfremd.

Darüber hinaus dienen alle, jedenfalls die überwiegenden im Zusammenhang mit dem Tatbestand relevanten Regeln dem Vermögensschutz des Vollmachtgebers; dies gilt etwa für Pouvoirordnungen, konkrete Verhaltensanweisungen betreffend Investitionen, Festlegung des Vier-Augen-Prinzips usw.

Positiv ist die Klarstellung, dass die Zustimmung des Vollmachtgebers die Strafbarkeit beseitigt; die Regelung sollte jedoch dahingehend ergänzt werden, dass diese auch noch nachträglich erteilt werden kann („... der Vertretungshandlung zustimmt oder zugestimmt hat.“).

Darüber hinaus erscheint eine gesetzliche Klarstellung insofern sinnvoll, als § 14 StGB um folgenden Abs 3 ergänzt wird:

„(3) Auf einen Beteiligten, der die besonderen Eigenschaften oder Verhältnisse im Sinne des Abs 1 nicht erfüllt, ist Abs 1 insoweit nicht anzuwenden, als er eigene oder fremde Interessen, die von den Interessen jenes Täters, der die besonderen Eigenschaften oder Verhältnisse im Sinne des Abs 1 erfüllt, verschieden sind, verfolgt oder vertritt und er jenen Täter, welcher die besonderen

Eigenschaften oder Verhältnisse im Sinne des Abs 1 erfüllt, weder durch Gewährung oder Versprechen eines ungebührlichen Vorteils noch durch gefährliche Drohung zu seiner Tat bestimmt.“

Begründend wird dazu ausgeführt, dass im Sinne des auch vom Justizsprecher der SPÖ Dr. Hannes Jarolim⁴ zu Recht formulierten Ziels, unnötige und das Wirtschaftsleben hemmende Verunsicherungen durch den Straftatbestand der Untreue (§ 153 StGB) zu beseitigen, zusätzlich das Problem des sozial adäquaten Tatbeitrages zur Untreue und – insbesondere unter systematischen Aspekten – auch zu anderen Sonderdelikten anzusprechen ist und erscheint es aus folgenden Gründen geboten, diesbezüglich eine gesetzgeberische Klarstellung vorzunehmen:

Das Wirtschaftsleben ist naturgemäß von gegenläufigen Interessen geprägt: Der Verkäufer will seine Ware so teuer wie möglich verkaufen; der Käufer will sie so billig wie möglich kaufen. Sind die Beteiligten juristische Personen, so werden sie durch ihre Organe vertreten. Überschreitet ein Organ bei den Verhandlungen über den Kaufpreis seinen Spielraum, kann Untreue des Organs vorliegen. Es liegt eigentlich auf der Hand, dass der Vertragspartner des untreuen Organs so lange nicht als Beitrags- oder Bestimmungstäter für die Untreue des Anderen strafbar sein kann, als er das strafbare Verhalten des Anderen nicht durch sozial inadäquates Verhalten wie insbesondere Bestechung oder gefährliche Drohung herbeiführt. Dennoch ist dies gesetzlich nicht klar geregelt.

Die Lehre⁵ und die Rechtsprechung⁶ halten den beschriebenen Sachverhalt zwar wegen Vorliegens eines sozial adäquaten Tatbeitrages für straflos; dennoch erscheinen die Grenzen dieser Straflosigkeit nicht ausreichend klar, sodass – auch unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten – eine gesetzliche Klarstellung geboten erscheint.

Im Detail führt *Fabrizy*⁷ aus, dass ein Tatbeitrag dann nicht strafbar ist, wenn der Beitragende ein „*legitimes Eigeninteresse*“ verfolgt. Illegitim werde das Eigeninteresse erst dann, „*wenn der Tatbeitrag objektiv ausschließlich oder ganz überwiegend zur deliktischen Verwendung dient, also nur deshalb überhaupt einen vernünftigen Sinn hat.*“

Aus rechtsstaatlichen Gründen ist es somit trotz dieser, die Strafbarkeit begrenzenden Lehre und Judikatur geboten, eine klare gesetzliche Regelung zu schaffen. Des Weiteren erscheint es sachgerecht, klar festzulegen, dass der Einsatz bestimmter verpönter Mittel zur Strafbarkeit als Beitragstäter führt.

Das exemplarisch für die Untreue dargestellte Problem gilt in gleicher Weise für alle anderen Sonderdelikte: Erteilt beispielsweise ein Bürgermeister eine rechtlich unzulässige Baubewilligung, so begeht er – das Vorliegen der subjektiven Tatseite vorausgesetzt – regelmäßig Amtsmissbrauch gemäß § 302 StGB. Der im entsprechenden Bauansuchen liegende Tatbeitrag kann jedoch nicht strafbar sein,

⁴ In der Tageszeitung „Der Standard“ vom 03.04.2015 unter der Überschrift: „Untreue-Paragraf: Jarolim ortet „Verunsicherung“ in der Wirtschaft.

⁵ *Fabrizy* im Wiener Kommentar zum StGB², § 12 Rz92.

⁶ OGH 22.06.2006, 12 Os 21/06i.

⁷ *Fabrizy*, aaO.

solange der Bauwerber den Bürgermeister nicht durch Bestechung oder Drohung zur Erteilung dieser rechtswidrigen Baubewilligung bewegt; dies selbst dann nicht, wenn er selbst die Rechtswidrigkeit erkennt.

Gerade das letztgenannte Beispiel macht deutlich, dass Rechtsanwälte, die eine etwaige, auf der jeweiligen Gegenseite vorliegende Rechtswidrigkeit eher erkennen und damit die subjektive Tatseite erfüllen können, besonders gefährdet sind, zu Beitragstätern eines Sonderdeliktes zu werden. Gerade bei Rechtsanwälten ist diese Gefahr insoweit umso inakzeptabler, als Rechtsanwälte ja gemäß § 9 RAO verpflichtet sind, die Interessen ihres Mandanten „mit Eifer, Treue und Gewissenhaftigkeit“ zu verfolgen.

Tatsächlich kann von einem Rechtsanwalt, der den Bauwerber in der Bauverhandlung vertritt und dort erkennt, dass das Bauansuchen einen rechtlichen Fehler aufweist, ja schwerlich verlangt werden, in der Bauverhandlung seinem Mandanten in den Rücken zu fallen und auf das rechtliche Problem, das zur Abweisung des Bauansuchens führen müsste, zum Nachteil seines Mandanten hinzuweisen. Vor dieser untragbaren Konsequenz rettet den Rechtsanwalt jedoch nur die zitierte Lehre und Rechtsprechung von der Straflosigkeit des sozial adäquaten Tatbeitrages.

III. Art 2 Änderung des Suchtmittelgesetzes

Die in Art 2 enthaltenen Änderungen des Suchtmittelgesetzes werden ausdrücklich begrüßt. Es ist erfreulich, dass in Hinkunft nach dem Inhalt des Entwurfes das Strafrecht erst dann eingreifen soll, wenn andere zur Verfügung stehenden Lösungsstrategien, etwa solche des Gesundheits- oder Jugendwohlfahrtsrechtes, als nicht ausreichend angesehen werden.

IV. Art 3 Änderung der Strafprozessordnung

1. Z 9 § 198 Abs 2 Z 1 (Einschränkung der Diversion)

Die im Entwurf unter Z 9 vorgesehene Einschränkung der Möglichkeiten einer diversionellen Erledigung wird mit Nachdruck abgelehnt. Eine neue, absolut geltende Voraussetzung für die Durchführung einer diversionellen Maßnahme soll künftig darin bestehen, dass *„kein Erschwerungsgrund nach § 33 Abs 2 oder 3 StGB anzunehmen ist“*.

§ 33 Abs 3 Z 1 ME normiert, dass die Begehung einer strafbaren Handlung nach den dort genannten Abschnitten gegen einen Angehörigen und andere, im Entwurf genannten Personen, als besonderer Erschwerungsgrund zu berücksichtigen ist. Dies bedeutet im Ergebnis, dass bei Aggressionsdelikten mit auch nur leichten Folgen künftig keine Diversion mehr vorgenommen werden kann, sofern ein Angehöriger oder eine sonst in § 33 Abs 3 Z 1 ME genannte Person davon betroffen ist.

Diese Einschränkung führt im Ergebnis dazu, dass künftig die Diversion in jenen Bereichen nicht mehr möglich sein wird, für welche sie ursprünglich an sich eingeführt wurde! Wenn nämlich zwei **fremde Personen** aus welchem Grund immer in Streit geraten und es nachfolgend zu einer Bedrohung oder einer Körperverletzung kommt, so kann dieser Konflikt auch künftig im Rahmen eines außergerichtlichen Tatausgleiches abgehandelt werden. Der Vorteil für den Täter liegt auf der Hand: Er erspart sich die Durchführung eines gerichtlichen Hauptverfahrens und die als Folge der Verurteilung eintretenden Nachteile. Der Sinn des erfolgreich durchgeführten außergerichtlichen Tatausgleiches kann bei der genannten Sachverhaltskonstellation indes durchaus kritisch hinterfragt werden. Geht man nämlich davon aus, dass eine bloße Zufallsbekanntschaft vorlag und es künftig daher keine weiteren Zusammentreffen dieser „Streitteile“ mehr geben wird (wie dies vor der Straftat der Fall war), so war die „mediative Aussöhnung“ zwar im Sinne der Verarbeitung der Ereignisse sinnvoll, sie führt jedoch zu keiner nachhaltigen künftigen Verbesserung der Gesamtsituation.

Völlig anders verhält es sich im **Familienbereich**. Wenn es zu einem gewaltsamen Übergriff kommt und der Täter bereit ist, durch Maßnahmen im Zuge des außergerichtlichen Tatausgleiches an der Ursache der Eskalation zu arbeiten, so wird dies bei erfolgreichem Abschluss der Bemühungen über den Anlassfall hinaus für eine positive Entwicklung der Beziehung sorgen, allenfalls auch zur Vermeidung künftiger Konflikte oder gar weiterer tätlicher Auseinandersetzungen. Diese Form der Diversion ist aufgrund ihrer Auswirkungen und der damit bei positivem Verlauf verbundenen Nachhaltigkeit anzustreben.

Warum die Diversion daher hinkünftig gerade in diesen in der Praxis so bedeutsamen Fällen nicht mehr möglich sein soll, hätte einer eingehenden Begründung bedurft. Es ist bezeichnend, dass in den Erläuterungen zum Entwurf zu § 198 Abs 2 und 3 ME keine Ausführungen enthalten sind, in welchen der Ausschluss der Diversion bei Vorliegen des neugeschaffenen Erschwerungsgrundes begründet wird. Sollte die ME in diesem Punkt Gesetz werden, so wird die Strafjustiz hinkünftig (wieder) Symptome bekämpfen, ohne deren Ursachen zu beseitigen oder diesen auch nur auf den Grund zu gehen. Dies widerspricht grundlegenden Anforderungen an ein modernes Strafrechtssystem.

Ohne über statistische Daten zu verfügen, zeigt die Erfahrung in der Praxis der Strafverteidigung, dass diversionelle Erledigungen nach Streitigkeiten im Familienverband einen erheblichen Anteil der insgesamt auf diese Weise beendeten Verfahren darstellen. Der Rückfall in „vordiversionelle Verfahrenszeiten“ bedeutet einen schwerwiegenden Rückschritt auf der Suche nach sachgerechten und alternativen Lösungsstrategien.

2. Weiterhin keine Diversion bei Todesfall

§ 198 Abs 2 Z 3 StPO idgF legt fest, dass ein diversionelles Vorgehen dann unzulässig ist, wenn die Tat den Tod eines Menschen zur Folge hatte.

In den zu diesem Thema geführten Diskussionen der Arbeitsgruppe StGB 2015 wurde mehrfach die Ansicht vertreten, dass diese Einschränkung in vielen Fällen unzureichend ist. Liegt kein schweres Verschulden vor und kommt es aus

Fahrlässigkeit zum Tod etwa eines nahen Angehörigen, so bedarf es unzweifelhaft nicht ergänzend zu den ohnedies persönlichen und menschlichen Auswirkungen einer solchen Tat noch einer strafrechtlichen Sanktionierung. Diesem Umstand sollte dadurch Rechnung getragen werden, dass der Tod eines Menschen in Hinkunft kein Ausschlussgrund für die Durchführung einer Diversion darstellt, dies jedenfalls für den Fall, dass dem Täter keine auffallende Sorglosigkeit anzulasten ist.

Wien, am 23. April 2015

DER ÖSTERREICHISCHE RECHTSANWALTSKAMMERTAG


Dr. Rupert Wolff
Präsident

