

**Univ.-Prof. Dr. ALOIS BIRKLBAUER**

Abteilung für Praxis der Strafrechtswissenschaften und Medizinstrafrecht

Tel.: +43 732 2468-7447

Fax: +43 732 2468-7445

alois.birklbauer@jku.at

Linz, 16. April 2015

Stellungnahme zum geplanten Strafrechtsänderungsgesetz 2015

Das Bundesministerium für Justiz hat den Entwurf eines Bundesgesetzes vorgelegt, mit dem das Strafgesetzbuch, das Suchtmittelgesetz, die Strafprozessordnung sowie verschiedene strafrechtliche Nebengesetze geändert werden sollen. Fristgerecht vor dem 24.4.2015 wird dazu folgende Stellungnahme übermittelt.

Vorbemerkung

Das StGB 1974 ist mittlerweile 40 Jahre alt. Da ein Strafgesetzbuch den Wertekatalog einer Gesellschaft widerspiegelt, ist das Bestreben des Ministeriums, die bestehenden Strafnormen nach 40 Jahren einer kritischen Reflektion zu unterziehen, zu unterstützen. Anlässlich der Einführung des StGB 1974 hat der damalige Justizminister *Christian Broda* festgehalten: „*Ich darf es nochmals zusammenfassend sagen: Das Strafgesetz soll vernünftig sein. Wir wollen alle Erkenntnisse ausschöpfen, die uns der Stand der wissenschaftlichen Forschung unserer Zeit an die Hand gibt. Das Strafgesetz soll menschlich sein, weil Menschlichkeit unteilbar ist. Unser Strafgesetz soll wirksam sein, weil wir fest daran glauben, dass nur das wirksam ist, was vernünftig ist und was menschlich ist.*“ (BMJ [Hrsg], Dokumentation zum Strafgesetzbuch, Seite IV) Setzt man also den Reformgedanken des StGB 1974 fort, so ist auch von der geplanten Reform zu erwarten, dass sie sich zum einen an der unteilbaren Menschlichkeit orientiert, zum anderen an der Vernunft im Sinne der Berücksichtigung des Stands der wissenschaftlichen Forschung.

Wie die Erläuterungen offenlegen, basiert ein Gutteil der Reformüberlegungen, soweit sie die Strafbestimmungen des Besonderen Teils betreffen, auf Vorschlägen der Expertengruppe zum StGB 2015. Vorschläge zum Sanktionenrecht oder auch zum Suchtmittelrecht waren nicht Gegenstand der dort getätigten Überlegungen. Sie folgen anderen politischen Hintergründen.

1. Reformüberlegungen zum strafrechtlichen Sanktionenrecht

Den zentralen Reformbedarf, den es im Bereich der **freiheitsentziehenden vorbeugenden Maßnahmen (§§ 21 ff StGB)** gibt, spart der vorliegende Entwurf aus. Ein Bericht der eigenständig gegenüber der Arbeitsgruppe StGB 2015 agierenden Expertengruppe liegt bereits vor (www.justiz.gv.at/web2013/file/2c94848a4b074c31014b3ad6caea0a71.de.0/bericht%20ag%20ma%C3%9Fnahmenvollzug.pdf). Umsetzungsvorschläge sind – dem Vernehmen nach – in Ausarbei-

tung, was das Fehlen dieses Bereichs im vorgesehenen Ministerialentwurf zum StGB 2015 grundsätzlich verständlich macht. Es bleibt allerdings zu hoffen, dass sich die Politik nicht mit dem StRÄG 2015 begnügt und den – wohl kostenintensiveren – Maßnahmenbereich mit der Begründung auf die lange Bank schiebt, dass man das Strafrecht ohnehin eben erst reformiert hat.

Im Hinblick auf die **Strafen** sieht der Ministerialentwurf eine **Ausweitung des § 37 StGB** vor und in diesem Zusammenhang eine Unterstreichung des Grundsatzes der möglichststen Vermeidung kurzer Freiheitsstrafen (Art 1 Z 6). Freiheitsstrafen bis zu einem Jahr sollen künftig, soweit dies spezial- und generalpräventiv vertretbar ist, durch eine Geldstrafe ersetzt werden. Selbst wenn dieser Gedanke grundsätzlich zu begrüßen ist, wird die **praktische Auswirkung** insofern **gering** sein, als schon bislang praktisch nie Geldstrafen verhängt werden, die an die derzeit geltende Obergrenze von 360 Tagessätzen heranreichen. Es ist somit nicht zu erwarten, dass ein bedeutender Anwendungsbereich für darüber hinaus gehende Geldstrafen vorhanden ist. Die ebenfalls durch den Entwurf vorgesehene Regelung, bei Delikten, die ausschließlich eine Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr vorsehen, als alternative Primärsanktion eine Geldstrafe ausdrücklich vorzusehen, so dass nicht erst über den Umweg des § 37 StGB eine besondere präventive Begründung erforderlich ist, verdient zwar ebenfalls Zustimmung, wird aber wohl auch nur von geringer praktischer Relevanz sein.

Statt dessen wäre es bedeutsamer, die **Möglichkeit, eine Geldstrafe zur Gänze bedingt auszusprechen**, welche der Gesetzgeber – aus Einsparungsgründen bezeichnenderweise mit dem Budgetbegleitgesetz 2011 (BGBl I 2010/111) beseitigt hat, **wieder einzuführen**. Dies wäre vor dem Hintergrund, dass nun der Gesetzgeber die Möglichkeit höherer Geldstrafen ausdrücklich schaffen will, ein konsequenter Schritt, können doch gerade höhere Geldstrafen den für eine bedingte Strafnachsicht erforderlichen präventiven Effekt (vgl § 43 StGB) erreichen. Die derzeit in § 43a Abs 1 StGB normierte Pflicht, zumindest die Hälfte der Geldstrafe in Vollzug setzen zu müssen, wird auch in Zukunft die Praxis vor hohen Geldstrafen abschrecken und eher zur Verhängung von Freiheitsstrafen motivieren, erscheinen doch hohe Geldstrafen vielfach uneinbringlich oder existenzbedrohend.

Weiters findet sich im vorliegenden Ministerialentwurf ein **Reformvorschlag zur Konfiskation** (Art 1 Z 2). Nach § 19a Abs 1a StGB soll sich künftig die Konfiskation auch auf **Nutzungen und Ersatzwerte von konfiszierten Gegenständen** erstrecken. Damit folgt das Gesetz europarechtlichen Vorgaben, wogegen an sich keine Einwände bestehen. Bemerkenswert ist jedoch die in Art 3 Z 12 den Entwurfs vorgeschlagene **Änderung des § 445 StPO**, wo in einem neuen **Abs 2a** vorgeschlagen wird, mit Konfiskation auch dann vorgehen zu können, wenn das Verfahren wegen Krankheit oder Flucht nach § 197 StPO abgebrochen wurde, es jedoch auf Grund ausreichend geklärten Sachverhalts naheliegt, dass im Fall einer Verurteilung eine Konfiskation ausgesprochen würde. Damit geht der Charakter der Konfiskation als Nebenstrafe verloren. Die Erläuterungen führen auf Seite 36 an: *„Obwohl es sich bei der Konfiskation um eine Strafe handelt, scheint der Ausspruch trotz Abwesenheit des Angeklagten und daher Unterbleibens eines Schuldspruchs im Hinblick auf die Verfahrensgarantien ... ohne Verstoß gegen den Grundsatz der Unschuldsvermutung oder insgesamt eines fairen Verfahrens nach Art 6 EMRK zulässig zu sein“*. Diese Ausführungen vermögen allerdings nicht zu überzeugen und bleiben eine Begründung schuldig, führen sie doch keineswegs an, inwieweit es – mit der EMRK vereinbar – eine „Strafe“ ohne Schuld geben kann. Wenn der Gesetzgeber eine Konfiskation ohne Schuldspruch will, dann sollte er sich konsequenterweise dazu durchringen, vom Konzept der Nebenstrafe abzugehen, wie er dies etwa auch für den Bereich des Verfalls (§§ 20 – 20c StGB) getan hat. Mit der vorgeschlagenen Fassung entsteht bloß der Eindruck, dass das Strafrecht wiederum primär der Budgetkonsolidierung dienen soll.

Der Entwurf schlägt im Bereich des Sanktionenrechts weiters **Änderungen bei den Strafzumessungsgründen** vor. In **§ 33 Abs 1 Z 5 StGB** soll der Erschwerungsgrund rassistischer, fremdenfeindlicher oder anderer besonders verwerflicher Beweggründe insofern konkretisiert werden, als beispielhaft die Tatbegehung wegen der Zugehörigkeit zu einer der in § 283 Abs 1 Z 1 StGB genannten Gruppen angeführt wird (Art 1 Z 3). Damit bilden auch Verhaltensweisen gegen Kirchen

und Religionsgesellschaften, gegen Gruppen, die sich durch Alter, sexuelle Neigung oder Geschlecht definieren, künftig einen Erschwerungsgrund. Erweitert soll darüber hinaus der durch BGBl I 2011/130 eingefügte **§ 33 Abs 2 StGB** werden (Art 1 Z 4), indem es künftig nicht nur einen Erschwerungsgrund bilden soll, wenn ein volljähriger Täter unter Anwendung von Gewalt oder gefährlicher Drohung die Tat gegen eine unmündige (unter 14-jährige) Person begangen hat, sondern auch bei Tatbegehung in deren Gegenwart. Diese Erweiterung erscheint vor allem vor dem Hintergrund wenig sachlich gerechtfertigt, als dieses **Straferschwerungserfordernis nicht vom Vorsatz erfasst** sein muss und insofern auch die zufällige (und vom Täter gar nicht wahrgenommene) Tatbeobachtung durch einen 13-jährigen Zeugen straferschwerend wirkt, obwohl sich an der negativen Bewertung der Tathandlung dadurch an sich nichts ändert, sondern die Straferschwerung letztlich vom Zufall abhängt. Die Materialien stellen zudem auf Seite 8 klar, dass das in § 33 Abs 2 StGB genannte Vorsatzerfordernis sich nicht auf die vorsätzliche Wahrnehmung der Tatbeobachtung bezieht, sondern nur ausdrückt, dass dieser Erschwerungsgrund auf Vorsatztaten begrenzt ist.

Schließlich will der Entwurf einen neuen **§ 33 Abs 3 StGB** einführen (Art 1 Z 5), nach dem es einen Straferschwerungsgrund bildet, wenn strafbare Handlungen gegen Leib und Leben, die Freiheit, die Privatsphäre oder die sexuelle Selbstbestimmungsfreiheit **gegen „Angehörige im weitesten Sinne“** gesetzt werden. Warum unabhängig davon die Gewaltanwendung bzw der Einsatz oder die Drohung mit einer Waffe zusätzlich unabhängig vom Angehörigenbereich als Erschwerungsgrund hervorgehoben werden, ist nicht nachvollziehbar. Im Gegenteil scheinen unbillige Ergebnisse indiziert. Im Übrigen ist zu fragen, warum überhaupt die Erschwerungsgründe des § 33 StGB geändert werden, ist ihre Aufzählung doch schon bisher nur beispielhaft, so dass ein besonders hohes Ausmaß an Gewalt schon nach geltender Rechtslage erschwerend berücksichtigt werden kann und auch wird (etwa OGH 15 Os 112/13d = RIS-Justiz RS0090945).

Zum Waffenbegriff des vorgeschlagenen **§ 33 Abs 3 Z 4 StGB** wird in den Materialien überdies festgehalten, dass er mit jenem des nach hM und stRspr für § 143 StGB entwickelten, nach funktionalen Kriterien erweiterten Waffenbegriff identisch sein soll, weshalb neben Waffen im technischen Sinn nach § 1 WaffenG auch solche Gegenstände davon erfasst sein sollen, die einer Waffe nach ihrer Anwendbarkeit und Wirkung gleichkommen (siehe dazu mN die Erläuterungen auf Seite 9). Insofern kann künftig auch die Drohung mit einem Taschenmesser oder einer gebrauchten Injektionsnadel einen Erschwerungsgrund bilden.

Ist für die Erweiterung der Straferschwerungsgründe in gewisser Weise noch Verständnis aufzubringen, fehlt es daran jedenfalls für den in **§ 198 Abs 2 Z 1 StPO** des vorliegenden Ministerialentwurfs vorgeschlagenen **Diversionsausschluss**, wenn ein **Erschwerungsgrund nach § 33 Abs 2 oder 3 StGB** vorliegt (Art 3 Z 9). Die Drohung im Streit, den anderen ernsthaft zu verletzen, wobei zur Untermauerung der Drohung beispielsweise ein Baseballschläger verwendet wird, müsste in Hinkunft jedenfalls zu einer Anklage führen. Ein diversionelles Vorgehen wäre auf Grund von § 33 Abs 3 Z 4 StGB wegen der Verwendung des Schlägers als „Waffe“ nicht mehr zulässig, selbst wenn sich die Personen beispielsweise kennen und eine Konfliktregelung am runden Tisch einen nachhaltigen präventiven Erfolg in jeder Hinsicht sichern würde. Für derartige Novellierungsvorschläge fehlt jegliches Verständnis.

Mutige **Schritte im Bereich des Sanktionenrechts lässt das StRÄG 2015 insgesamt vermissen**. Wenn die Strafrechtsreform in dem Sinne vernunftgeleitet sein soll, dass die Ergebnisse wissenschaftlicher Forschung berücksichtigt werden, wäre es längst an **der Zeit, die Generalprävention bei der Strafzumessung deutlich zurückzudrängen**, wie dies beispielsweise im Bereich der bedingten Entlassung aus der Freiheitsstrafe (§ 46 StGB) zuletzt durch die Reform 2008 (BGBl I 2007/109) geschehen ist. Aus zahlreichen empirischen Studien quer über die Kontinente ist bekannt, dass eine generalpräventive Wirkung von Strafhöhen nicht nachweisbar ist. Insofern ist es nicht einzusehen, dass im österreichischen Strafgesetzbuch die Generalprävention im gleichen Maße ein Beurteilungskriterium bei der Strafzumessung bildet wie die Spezialprävention. Sie ist ein Einfallstor für Rachedgedanken und hat daher in einem modernen vernunftgeleiteten Strafrecht nichts mehr verloren. Sie ist eine wesentliche Ursache für das so gravierende Strafengefälle in

Österreich, das seit den 1970er Jahren in empirischen Studien immer wieder nachgewiesen wird. Im Sinne der Weiterentwicklung des StGB 1974 wäre es daher an der Zeit, auch hier mutige Reformschritte zu setzen. Wenn sich der Gesetzgeber schon nicht durchringen kann, die Generalprävention bei der Strafzumessung gänzlich zu streichen, so sollte **zumindest eine besondere Begründungspflicht für generalpräventive Erfordernisse gesetzlich verankert** werden.

Ein mutiger Schritt wäre auch die **Reduktion der angedrohten lebenslangen Freiheitsstrafe**. Generell ist festzuhalten, dass diese Sanktion als letztes Mittel umstritten ist. Zahlreiche europäische Länder haben sich bereits dazu entschlossen, die lebenslange Freiheitsstrafe abzuschaffen. Auch von der Rspr des EGMR wird sie nur dann als zulässig angesehen, wenn sie dem Rechtsbrecher eine Perspektive eröffnet, im Rahmen einer vorzeitigen Entlassung allenfalls die Freiheit wieder zu erlangen. Für Österreich ist vor diesem Hintergrund zu fordern, die lebenslange Freiheitsstrafe entsprechend dem Ultima-ratio-Grundsatz allenfalls für Fälle von Schwerstkriminalität vorzusehen. Bei Delikten, die eine lebenslange **Freiheitsstrafe** auch **für eine fahrlässige Todesfolge androhen**, wie dies zB beim schweren Raub (§ 143 letzter Fall StGB) oder bei der Vergewaltigung (§ 201 Abs 2 letzter Fall StGB) der Fall ist, fehlt dieses Erfordernis, weil die lebenslange Freiheitsstrafe ohnehin zur Anwendung gelangt, wenn es der Täter ernstlich für möglich hält und sich damit abfindet, dass als Folge seines Verhaltens das Opfer sterben kann. Hier kommt nämlich zusätzlich der Mordtatbestand (§ 75 StGB) zur Anwendung („Raubmord“ bzw „Sexualmord“), der die lebenslange Freiheitsstrafe vorsieht. Sie ist daher **bei solchen Delikten zu streichen**.

2. Reformüberlegungen zum Besonderen Teil

a) Novellierung der Gewerbsmäßigkeit („berufsmäßige Begehung“ nach § 70 StGB)

Die neue Legaldefinition der „berufsmäßigen Begehung“ (Art 1 Z 10) ist ein Versuch, die sehr unbestimmte „Gewerbsmäßigkeit“ enger zu fassen. Sie hat wesentliche Auswirkungen vor allem auf die Vermögensdelikte. Die Novellierung, die zum einen auf das subjektive Erfordernis der Absicht (§ 5 Abs 2 StGB) abstellt, sich durch ihre wiederkehrende Begehung ein nicht bloß geringfügiges fortlaufendes Einkommen zu verschaffen, und andererseits normiert, dass in den letzten zwölf Monaten vor der Tat zumindest zwei solche Taten begangen worden sein müssen, verdient vor dem Hintergrund, dass dadurch der **Gewerbsmäßigkeit engere und objektivere Grenzen gesetzt** werden sollen, **Zustimmung**. Freilich scheinen im Einzelfall durchaus Beweisschwierigkeiten möglich. Insofern wäre es **besser**, auf **zwei Verurteilungen** wegen einer solchen Tat abzustellen, wobei diese durchaus in einem Verfahren erfolgt sein können. Fälle, in denen eine berufsmäßige Begehung angenommen wird, wenn innerhalb eines Tages an drei verschiedenen Orten zu unterschiedlichen Zeiten beispielsweise ein Diebstahl begangen wurde, wären damit nicht mehr als „berufsmäßige Begehung“ aufzufassen. Durch das Abstellen auf die Vor-Verurteilung würde sich überdies eine Legitimation für die Qualifikation auch daraus ergeben, dass die **negative Entwicklung des Täters nach seiner Verurteilung** ein ausreichendes pädagogisches Argument bildet, eine höhere Bestrafung zu begründen. Insofern würde die Qualifikation der berufsmäßigen Begehung deutlich über den Erschwerungsgrund in § 33 Abs 1 Z 1 StGB hinausreichen und ein eigenständiges Qualifikationsmerkmal rechtfertigen.

b) Novellierung der gefährlichen Drohung (§ 74 Abs 1 Z 5 StGB)

Die Legaldefinition der gefährlichen Drohung soll nach dem Ministerialentwurf (Art 1 Z 11) ergänzt werden um die Drohung mit einer **Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bekanntgabe von Tatsachen oder Veröffentlichung von Bildaufnahmen**. Damit soll der Judikatur begegnet werden, die beispielsweise die Drohung mit der Bekanntgabe der sexuellen Orientierung nicht mehr als Drohung mit einer Ehrverletzung eingestuft hat, wodurch sachlich ungerechtfertigte Strafbarkeitslücken entstehen konnten. Die vorgeschlagene Novellierung verdient vor diesem Hintergrund insgesamt Zustimmung.

c) Kritische Infrastruktur (§ 74 Abs 1 Z 11 StGB)

Zu befürworten ist auch die Definition der kritischen Infrastruktur (Art 1 Z 12) und daran anknüpfend bestimmte Qualifikationen, etwa bei den Vermögensdelikten (vgl zB § 126 Abs 1 Z 5 StGB). Es entspricht letztlich der geänderten Bedeutung bestimmter Versorgungsinstitutionen für die Allgemeinheit, deren Störungen besonders zu kriminalisieren.

d) Vorsätzliche Tötungsdelikte (§§ 75-79 StGB)

Als einzige Änderung sieht der Gesetzesentwurf im Bereich der vorsätzlichen Tötungsdelikte die Reduktion der Mindeststrafe bei der **Tötung eines Kindes bei der Geburt (§ 79 StGB)** vor (Art 1 Z 13). Dem ist nichts entgegenzusetzen, fügt sich doch diese Änderung in die Strafdrohungen anderer vorsätzlicher Tötungsdelikte ein.

Bedauerlich ist jedoch, dass trotz der intensiven Diskussion um die **Strafbarkeit von „Sterbehilfe“** in den vergangenen Monaten hiezu **keine Reformüberlegungen** getroffen werden. Gerade was den assistierten Suizid (vgl § 78 StGB) betrifft, wäre es – nicht zuletzt mit Blick auf das benachbarte Ausland – wünschenswert, für bestimmte Konfliktsituationen eine Straffreiheit, wie sie beispielsweise in den unlängst begangenen Empfehlungen der Bioethikkommission beim Bundeskanzleramt vorgeschlagen wurde (www.bka.gv.at/DocView.axd?CobId=58509), vorzusehen. Wenigstens im Bereich diversioneller Verfahrenserledigung sollte sich der Gesetzgeber dazu durchringen, den **Ausschluss eines diversionellen Vorgehens bei Todesfolge**, wie er derzeit in § 198 Abs 2 Z 3 StPO vorgesehen ist, **zu beseitigen**. Die ohnehin für ein Vorgehen nach §§ 198 ff StPO erforderliche fehlende Schuldschwere und die fehlende präventive Erforderlichkeit sind Kriterien genug, um sachgerechte Ergebnisse im Einzelfall zu erreichen.

e) Fahrlässige Tötungs- und Verletzungsdelikte (§§ 80, 81, 88, 89 StGB)

Der Neustrukturierung der fahrlässigen Tötungsdelikte, die zum einen die **grobe Fahrlässigkeit** in § 6 Abs 3 StGB neu definiert (Art 1 Z 1), zum anderen bei den fahrlässigen Verletzungs- und Tötungsdelikten **danach differenziert**, ob durch die fahrlässige Handlung **mehrere Personen getötet oder verletzt wurden** (Art 1 Z 15 bis 17 und 25 f), ist zuzustimmen. Inkonsequent ist es jedoch, bei der grob fahrlässigen Tötung nach § 81 StGB die Qualifikation an den Tod einer „größeren Zahl von Menschen“ zu knüpfen. Hier wäre es sachgerecht, wie beim vorgeschlagenen § 80 Abs 2 StGB, das Erfordernis, dass „mehrere Menschen“ getötet wurden, ausreichen zu lassen. Gleiches sollte für die parallele Verletzungsqualifikation in § 88 StGB gelten.

f) Änderung bei den vorsätzlichen Körperverletzungsdelikten (§§ 83-87 StGB)

Die Neustrukturierung der vorsätzlichen Körperverletzungsdelikte (§§ 83-87 StGB), welche auch die **schwere Körperverletzung in einer eigenen Vorsatzvariante** zulässt (Art 1 Z 18 bis 24), verdient Zustimmung. Zu begrüßen ist auch, dass die Strafdrohungen danach **differenziert** werden, ob bei den erfolgsqualifizierten Delikten das **Grunddelikt mit Misshandlungs- oder mit Verletzungsvorsatz** verwirklicht wurde.

Gerade bei der **absichtlichen schweren Körperverletzung (§ 85 StGB)** sind die **Strafdrohungen aber als viel zu hoch** anzusehen. Angesichts der beträchtlichen Strafhöhe für die vorsätzliche schwere Körperverletzung (§ 84 StGB) wäre es generell vernünftig, auf die zusätzliche Qualifikation der absichtlichen schweren Körperverletzung in § 85 StGB zu verzichten. Ein allfälliger Schweregrad des Vorsatzes bzw die dahinter stehenden verpönten Motive könnten ohnehin im Bereich der Strafzumessung ausreichend gewürdigt werden.

g) Cybermobbing (§ 120a StGB)

Dem Entwurf ist in der Schaffung der als „Cybermobbing“ bezeichneten strafbaren Handlung **„Fortgesetzte Belästigung im Wege einer Telekommunikation oder eines Computersystems“** (§ 120a StGB; Art 1 Z 49) insofern zuzustimmen, als nicht generell eine Strafbestimmung für Mobbing eingeführt werden soll, sondern lediglich die Strafbarkeit – entsprechend dem Ultima-ratio-Grundsatz – auf jene Fälle begrenzt wird, in denen solche Mobbinghandlungen im nur schwer kontrollierbaren Internet erfolgen. Die Einordnung als Delikt gegen die Privatsphäre scheint jedoch

verfehlt. Vielmehr handelt es sich bei § 120a seiner Art (Ähnlichkeit zur Beharrlichen Verfolgung gem § 107a StGB) und seiner Eingliederung ins Strafverfahren (Sonderzuständigkeit des Einzelrichters gem § 30 Abs 1 Z 3a StPO der vorgeschlagenen Fassung [vgl Art 3 Z 4]) nach um ein Freiheitsdelikt. Vorzuziehen wäre daher eine Kodifizierung als § 107c StGB.

h) Änderungen im Bereich der Vermögensdelikte (§§ 125 – 168b StGB)

Der vorliegende Entwurf verdient insofern Zustimmung, als gerade bei den Vermögensdelikten nicht pauschal versucht wurde, die derzeit bestehenden hohen Strafdrohungen aufrecht zu erhalten. Die **maßvolle Erhöhung der kleinen Wertgrenze von 3.000 Euro auf 5.000 Euro** geht zwar nur unwesentlich über die Inflationsanpassung hinaus und wird vor diesem Hintergrund nur begrenzt zu einer Veränderung der Strafpraxis führen. Die **deutliche Erhöhung der großen Wertgrenze von 50.000 Euro auf 500.000 Euro** wird jedoch dazu führen, dass zahlreiche Vermögensdelikte nicht mehr unter diese strenge Qualifikation fallen und insofern künftig auch milder sanktioniert werden. Dies erscheint gerade vor der kriminologischen Erkenntnis gerechtfertigt, als sämtliche Forschungen von keiner empirischen Nachweisbarkeit einer generalpräventiven Wirkung hoher Strafen und Strafdrohungen ausgehen. Es führt somit keineswegs zu weniger Straftaten, wenn die Strafdrohung erhöht wird bzw zu mehr Straftaten, wenn die Strafdrohung gesenkt wird. Insofern verdient gerade vor diesem Hintergrund der Verhältnismäßigkeit die vorliegende Novellierung Zustimmung. Auch die Höhe der großen Wertgrenze ist angemessen.

i) Bilanzdelikte-neu (§§ 163a ff StGB)

Die Überlegung, die sog „Bilanzdelikte“ vom Nebenstrafrecht ins Kernstrafrecht zu transferieren (§§ 163a-d StGB), ist als richtiger Schritt anzusehen (Art 1 Z 101). **Überarbeitungsbedürftig** erscheint jedoch die **Bestimmung der tätigen Reue (§ 163d StGB)**. Dieser sehr eng gefasste Strafaufhebungsgrund mag zwar unter Bilanzgesichtspunkten insofern verständlich sein, als eine tätige Reue letztlich nur so lange möglich sein soll, als keine Handlungen im Vertrauen auf die Richtigkeit der Bilanz gesetzt wurden. Insbesondere aber im Zusammenhang mit einer strafbefreienden Selbstanzeige nach § 29 Finanzstrafgesetz (FinStrG) kann dies insoweit zu Unstimmigkeiten führen, als die für eine strafbefreiende Selbstanzeige geoffenbarten Tatsachen einem Geständnis für ein Bilanzdelikte gleichkommen, und diesbezüglich dann ein Strafverfahren erfolgt und die strafbefreiende Selbstanzeige im Ergebnis keine Strafbefreiung mehr bewirkt. Um hier die einzelnen Strafrechtsbereiche besser aufeinander abzustimmen, sollte **zusätzlich eine Subsidiaritätsregelung in § 22 FinStrG** überlegt werden, wie sie bereits derzeit in § 22 Abs 2 und 3 FinStrG für Betrugshandlungen sowie Urkunden- und Beweismitteldelikte besteht. Dann würde eine strafbefreiende Selbstanzeige nach steuerstrafrechtlichen Gesichtspunkten auch dazu führen, dass die dadurch offengelegten Bilanzvergehen nicht zu einer eigenständigen Strafverfolgung unter dem Gesichtspunkt der §§ 163a ff StGB führen können.

j) Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung (§ 205a StGB)

Die in § 205a StGB vorgeschlagene Erweiterung der Verstöße gegen die sexuelle Selbstbestimmungsfreiheit (Art 1 Z 153) verdient zwar insofern Zustimmung, als das „erzwungene Einverständnis“ zur geschlechtlichen Handlung durch Ausnützung einer Zwangslage oder Einschüchterung durchaus strafwürdig erscheint und bestimmte Fälle von der derzeitigen Regelung möglicherweise nicht erfasst sind. Der erste Teil der Strafbestimmung, dass eine Strafbarkeit auch besteht, wenn die **geschlechtliche Handlung ohne Einverständnis** der Person erfolgt, ist jedoch weitgehend unbestimmt. Sie wird das Problem, dass sich Sexualopfer von der Strafjustiz zu wenig ernst genommen fühlen, weil das Strafverfahren mangels Erweisbarkeit des Sachverhalts eingestellt wird, nicht beseitigen. Im Gegenteil ist zu erwarten, dass der Herabsetzung der Strafbarkeitsschwelle auf der einen Seite erst recht die Verfahrenseinstellung mangels Beweisbarkeit auf der anderen Seite gegenüber steht und insofern den Befürwortern letztlich „Sand in die Augen gestreut“ wird.

Auch im Sinne der Istanbul-Konvention, auf die sich die Materialien berufen, sind die derzeitigen Regelungen, die eine Strafbarkeit bei Gewalt bzw gefährlicher Drohung, auf Grund derer die geschlechtliche Handlung beim Opfer erwirkt wird, vorsieht, ausreichend (so ausdrücklich die Erläute-

rungen auf Seite 26). Die vielfach behauptete Strafbarkeitslücke, dass beispielsweise das Opfer die geschlechtliche Handlung über sich ergehen lässt, weil es unter dem Eindruck einer Gewaltbeziehung steht, ist schon derzeit strafbar, wenn (konkulent) eine gefährliche Drohung im Raum steht, etwa weil der Täter ein Messer unter dem Kopfkissen liegen hat. Hier droht dem Opfer Gewalt, wenn es nicht „freiwillig“ an der geschlechtlichen Handlung mitwirkt oder diese über sich ergehen lässt, wodurch schon §§ 201 f StGB erfüllt werden. Die viel zitierte **Behauptung**, dass es **ohne Gewaltspuren derzeit keine Vergewaltigung** gibt, ist **schlichtweg falsch**.

k) Erweiterung der sexuellen Belästigung (§ 218 StGB)

Die Erweiterung der sexuellen Belästigung in § 218 StGB (Art 1 Z 166) auf eine „nach Art und Intensität einer solchen [geschlechtlichen Handlung] vergleichbaren, der sexuellen Sphäre im weitesten Sinn zugehörige körperliche Handlung“ ist derart **unbestimmt**, dass sie den Strafverfolgungsbehörden letztlich ein **willkürliches Vorgehen gegen bestimmte Personen ermöglicht, die man verfolgen will**. Sie widerspricht dem Ultima-ratio-Grundsatz in dem Sinne, dass Strafrecht stets nur das letzte Mittel sein darf, um unerwünschte Verhaltensweisen zu kriminalisieren. Die in § 218 StGB vorgeschlagene Bestimmung ist letztlich eine Einladung zu versuchen, zwischenmenschliche Konflikte unter Strapazierung des Strafrechts zu lösen. Dies widerspricht jeglichen Erfordernissen einer rationalen Kriminalpolitik. Die **Berufung auf eine generalpräventive Erforderlichkeit für eine solche Erweiterung disqualifiziert sich** im Übrigen **mangels empirischer Erweisbarkeit von Strafrechtsnormen von selbst**.

l) Schwere gemeinschaftliche Gewalt (§ 274 StGB)

Diese als **Nachfolgebestimmung für den „Landfriedensbruch“ (§ 274 StGB)** gedachte strafbare Handlung (Art 1 Z 190) versucht den Anwendungsbereich sachlich insofern einzuschränken, als nicht mehr eine Körperverletzung gegen einen Beamten alleine ausreicht, um den Tatbestand zu erfüllen, sondern diese an sich schwer sein bzw eine länger als 24 Tage dauernde Gesundheitsschädigung oder Berufsunfähigkeit nach sich ziehen muss (vgl § 83 Abs 3 StGB-neu). Auch im Hinblick auf die Sachbeschädigung ist nicht mehr ausreichend, dass es sich um eine schwere **Sachbeschädigung** handelt, sondern diese muss **an einem wesentlichen Bestandteil der kritischen Infrastruktur** begangen worden sein (§ 126 Abs 1 Z 5 StGB-neu). Die Beschädigung eines einzelnen Polizeiautos reicht dafür nicht aus. Ob die damit beabsichtigte Zurückdrängung auf tatsächlich strafwürdige Fälle durch diese geplante Novellierung gelingen wird, wird die Praxis zeigen.

m) Verhetzung (§ 283 StGB)

Wurde der Anwendungsbereich der Verhetzung (§ 283 StGB) letztlich entsprechend allgemeinen (auch völkerrechtlichen) Diskriminierungsverboten in den letzten Jahren stark ausgeweitet, was vor allem auch vor dem Hintergrund des Grundrechts auf freie Meinungsäußerung nicht unproblematisch ist, besteht eine wesentliche **Lücke** darin, dass zwar menschenunwürdiges Hetzen wegen der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Rasse oder Religion strafrechtlich verpönt ist, nicht aber das **Hetzen gegen „Ausländer“ schlechthin**. Dies soll nun dadurch beseitigt werden (Art 1 Z 195), dass nicht nur das Hetzen wegen der vorhandene Staatsangehörigkeit unter diese Norm fällt, sondern auch das wegen **„fehlende Staatsangehörigkeit“**. Das in Abs 2 vorgesehene Kriterium der Absicht (§ 5 Abs 2 StGB), dadurch die Menschenwürde dieser Personen zu verletzen, ist ein taugliches Kriterium, um die Strafbestimmung nicht uferlos werden zu lassen und entsprechend dem Ultima-ratio-Grundsatz nur wirklich strafwürdige Fälle von dieser Bestimmung zu erfassen. Die vorgeschlagene Novellierung verdient daher Zustimmung.

3. Änderung des Suchtmittelgesetzes

Beachtlich sind die vorgeschlagenen Änderungen im Bereich des Suchtmittelgesetzes (Art 2). Der schon bislang für den Schulbereich vorhandene **Grundsatz „Therapie statt Strafverfahren“** soll insofern erweitert werden, als in § 13 Abs 2a SMG nun die Regelung, dass die **Strafverfolgung**

hinter gesundheitsbehördliche Maßnahmen zurücktritt, für sämtliche Suchtmitteldelikte gelten soll, die ausschließlich für den eigenen persönlichen Gebrauch oder den persönlichen Gebrauch eines anderen verwirklicht werden. Eine Differenzierung nach Substanzen erfolgt nicht. Es kommt – mit Blick auf die Gefährlichkeit – nur darauf an, dass die Grenzmenge (vgl §§ 28b, 31b SMG) nicht überschritten wird. Den Strafverfolgungsbehörden ist damit letztlich eine Grenze gesetzt, weil sie die Ermittlungen entsprechend § 13 Abs 4 SMG erst dann beginnen dürfen, wenn die Bezirksverwaltungsbehörde Anzeige erstattet hat.

Ob diese Reform in der Praxis auch funktionieren wird, muss sich erst zeigen. In gewisser Weise sind jedenfalls Vorermittlungen dahingehend zu führen, ob ausschließlich für den persönlichen Gebrauch oder den persönlichen Gebrauch eines anderen das Suchtmitteldelikt gesetzt wurde. Weiters ist bei einem Überschreiten der Grenzmenge (§§ 28b, 31b SMG), was zu einer Strafverfolgung wegen §§ 28, 28a bzw §§ 31, 31a SMG führt, der Grundsatz „Therapie vor Strafverfahren“ von vornherein nicht anwendbar. Insofern sind auch dahingehend Ermittlungen zu führen, ob das im Raum stehende Verhalten tatsächlich „nur“ unter § 27 Abs 1 und 2 bzw § 30 SMG fällt oder nicht.

Bemerkenswert ist die auf Seite 33 der Erläuterungen unter Punkt 8 angeführte Erklärung, dass eine Person, gegen die wegen § 13 Abs 2 SMG (noch) keine Ermittlung geführt wird, nicht „Verdächtiger“ oder „Beschuldigter“ im Sinne der StPO ist, da gegen diese Person nicht auf Grund eines Anfangsverdachts ermittelt wird. Sie ist vielmehr als **Zeuge im Sinne von § 154 Abs 1 StPO** anzusehen, da sie eine vom Beschuldigten verschiedene Person ist, die zur Aufklärung der Straftat wesentliche oder sonst den Gegenstand des Verfahrens betreffende Tatsachen mittelbar oder unmittelbar wahrgenommen haben könnte und darüber im Verfahren aussagen soll. Selbst der in den Materialien erwähnte Hinweis, dass diese Person zur Verweigerung der Aussage nach § 157 Abs 1 Z 1 StPO wegen Gefahr der Selbstbelastung berechtigt ist, und darüber der Zeuge vor Beginn der Vernehmung zu informieren ist (§ 159 Abs 1 StPO), ruft Bedenken hervor, zumal an die unterlassene Information keine Nichtigkeitssanktion geknüpft ist. Dies kann also dazu führen, dass die von der Polizei als Zeuge einvernommene Person sich durch die Aussage, nicht (nur) uneigennützig Suchtgift weitergegeben zu haben, letztlich selbst belastet und mit einem Strafverfahren zu rechnen hat. Um den Erfolg dieser Novelle zu garantieren, sollte besonders darauf geachtet werden, dass die Rechte des potentiell Beschuldigten dadurch nicht umgangen werden.

4. Änderungen der StPO

Die Regelung von Sonderzuständigkeiten (vgl Art 3 Z 3 bis 6), um komplexere Fälle beispielsweise nicht den Bezirksgerichten zu überlassen, verdient unter Sachlichkeitserwägungen Zustimmung.

Auch die **Erweiterung des Opportunitätsgrundsatzes** durch Einführung des § 192 Abs 1 Z 1a StPO (Art 3 Z 8) in dem Sinne, dass Ermittlungen zur Aufklärung des Verdachts jener Straftaten, deren Nachweis im Fall gemeinsamer Führung keinen Einfluss auf den anzuwendenden Strafsatz hätte, mit einem beträchtlichen Aufwand verbunden wären und die Erledigung in der Hauptsache verzögern würden, verdient grundsätzlich Zustimmung. Es darf hier allerdings nicht übersehen werden, dass potentielle Opfer solcher Straftaten sich nicht dem Verfahren als Privatbeteiligte anschließen können und mit der Durchsetzung ihrer Ansprüche ausschließlich auf den Zivilrechtsweg verwiesen würden.

Die **Loslösung der diversionellen Verfahrenserledigung von der schöffen- bzw geschworenengerichtlichen Zuständigkeit** ist **begrüßenswert**. Die **Reform bleibt aber auf halbem Wege stecken**, indem beispielsweise bei Sexualdelikten eine Grenze bei der Strafdrohung von drei Jahren Freiheitsstrafe gezogen wird (§ 198 Abs 3 StPO; vgl Art 3 Z 10).

Gänzlich **abzulehnen ist der Ausschluss der Diversion bei Vorliegen eines Erschwerungsgrundes nach § 33 Abs 2 oder 3 StGB** (vgl § 198 Abs 2 Z 1 StPO; vgl Art 3 Z 9). Das österreichische Instrumentarium des Tatausgleichs ist generell – nicht nur, aber eben auch im Bereich häuslicher und familiärer Gewalt – als Erfolgsmodell zu bezeichnen. Die Wiederverurteilungsraten liegen nach einem Tatausgleich niedriger als bei einer strafgerichtlichen Verurteilung (siehe etwa

Hofinger, Konfliktregelung statt Strafe: Zwei Studien zur spezialpräventiven Wirkung des Tatausgleichs. Richterzeitung 2014, 91 ff). Gerade im Bereich der Partnerschaftskonflikte – also bei Gewalt in (Ex-)Paarbeziehungen – zeichnet sich der Tatausgleich durch hervorragende Rückfallsergebnisse aus. Eine Eliminierung solcher Partnerschaftskonflikte aus dem Anwendungsbereich des Tatausgleichs muss daher aus kriminologisch-empirischer Sicht als **absolut kontraindiziert** betrachtet werden. In dieselbe Richtung weisen auch die Befunde mehrerer Befragungen der an einem Tatausgleich teilnehmenden Opfer. Die an einem solchen Tatausgleich mitwirkenden Opfer häuslicher und familiärer Gewalt zeigen sich mit dieser Maßnahme durchwegs zufrieden (siehe etwa *Pelikan*, Die Möglichkeiten und die Bedingungen einer wirksamen Stärkung (Mächtigung) der Opfer von Gewalt in Paarbeziehungen durch den Außergerichtlichen Tatausgleich (ATA). Richterzeitung 2010, 137 ff). Ihren Bedürfnissen wird in einer Konfliktregelung besser Rechnung getragen als in einem konventionellen Strafprozess. Die Geschädigten werden gestärkt, Regelungen im Zusammenhang mit der Beendigung oder (gewaltfreien) Fortführung einer Beziehung werden getroffen und eingehalten, beim Täter wird gerade aufgrund der Freiwilligkeit der Maßnahme Einsicht und Verantwortungsübernahme gefördert und damit auch die Bereitschaft zur Inanspruchnahme von Behandlungsangeboten erhöht. Angesichts einer solchen Erfolgsbilanz der Diversionsmaßnahme kommt es wenig überraschend, dass in einer oberösterreichischen Befragung der Opfer von Stalking zwei Drittel der Geschädigten ihre Bereitschaft bekunden, an einem Tatausgleich teilzunehmen (*Starzer/Hirtenlehner*, Gestalt! Eine empirische Analyse der Erfahrungen und Bedürfnisse von Stalking-Opfern in Oberösterreich. Innsbruck 2011). Unterm Strich wird man daher bilanzieren müssen: Gemessen an der derzeitigen Forschungslage **spricht nichts dafür, die Möglichkeit eines Tatausgleichs bei Gewalt in Paarbeziehungen aus dem kriminalrechtlichen Erledigungsinstrumentarium zu liquidieren**. Ganz im Gegenteil würde ein solcher Schritt die Chancen der Opfer auf eine erfolgreiche Wahrnehmung ihrer Interessen minimieren und die internationale Vorbildrolle Österreichs im Bereich des Tatausgleichs bei Paarkonflikten diskreditieren. Der Gesetzesvorschlag ist daher in diesem Punkt abzulehnen.

Darüber hinaus bleibt die Erweiterung der Diversion auch unter anderen Gesichtspunkten auf halbem Wege stecken. Es ist **nicht einzusehen**, warum eine **Todesfolge generell die diversionelle Erledigung ausschließen soll**. Gerade im Bereich **fahrlässiger Tötung im familiären Nahbereich**, bei dem Angehörige ohnehin unter der Last der persönlichen Verantwortung und des Schicksals zu leiden haben, ist es unter Ultima-Ratio-Gesichtspunkten nicht einzusehen, warum hier eine Anklage stattfinden muss. Die generellen Diversionsvoraussetzungen der fehlenden schweren Schuld und der fehlenden präventiven Erforderlichkeit für eine Anklage würden auch in solchen Fällen ausreichen, in Einzelfällen eine diversionelle Erledigung zuzulassen. Insofern sollte das Verbot der diversionellen Verfahrenserledigung nach § 198 Abs 2 Z 3 StPO gänzlich gestrichen werden.