



STAATSANWALTSCHAFT Innsbruck	
Eingelangt	17. APR. 2015
Beilagen:	
1 Jv / OStA / HSt / Pers	1000-26/15

**50 Jv 474-26/15v**

(Bitte in allen Eingaben anführen)

Innsbruck, am 15.04.2015

Maximilianstraße 4  
6020 Innsbruck

Tel.: +43 (0)512-5930-0  
Fax: +43 (0)512-567335

Sachbearbeiterin:  
EStA Mag. Renate Nötzold

Personenbezogene Ausdrücke in  
diesem Schreiben umfassen  
Frauen und Männer gleichermaßen

An die  
Oberstaatsanwaltschaft  
Innsbruck

Betrifft: Stellungnahme zum Entwurf betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Strafgesetzbuch, die Strafprozessordnung 1975, das Aktiengesetz, das Gesetz vom 6. März 1906 über die 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),

Bezug: Erlass der Oberstaatsanwaltschaft Innsbruck vom 13.03.2015, 1 Jv 674-26/15y.

Zum oben angeführten Begutachtungsentwurf wird seitens der Staatsanwaltschaft Innsbruck erlassgemäß wie folgt Stellung genommen:

### Allgemeines

Die Intention Delikte gegen Leib und Leben, gegen die sexuelle Integrität und Gewaltdelikte gegen Unmündige im Verhältnis zu Vermögensdelikten „aufzuwerten“ wird vollinhaltlich unterstützt und die Anhebung der straf(satz)bestimmenden Wertgrenzen daher auch grundsätzlich begrüßt.

Die angedachte Anhebung der ersten Wertgrenze von EUR 3.000,- auf EUR 5.000,- ist der Geldwertentwicklung angepasst und angemessen. Eine Anhebung der (mit Novelle BGBI. I 2004/136 von damals EUR 40.000,- auf EUR 50.000,- erhöhten) **zweiten Wertgrenze** um das zehnfache von EUR 50.000,- auf EUR 500.000,- erscheint jedoch überproportional und ein falsches Zeichen. Dies umso mehr als auch bei einer moderateren Anhebung der zweiten Wertgrenze die Relation zu den Delikten gegen die körperliche Unversehrtheit zweifelsfrei gewahrt bliebe. Die Bestimmung des § 136 Abs. 3 zweiter Fall StGB würde durch die beabsichtigte Erhöhung der zweiten Wertgrenze zudem weitgehend unbedeutend.

Die vorgesehene Neuregelung der Gewerbsmäßigkeit (nunmehr **berufsmäßige Begehung**) führt - ebenso wie die überproportionale Erhöhung der zweiten Wertgrenze - zu einer zu starken Entkriminalisierung und ist in der vorgesehenen Ausgestaltung nicht ausreichend, um Berufsverbrecher entsprechend verfolgen zu können. Insbesondere Kriminaltouristen, die häufig mit nicht sofort bekannten Aliasdaten und/oder in verschiedenen Staaten straffällig werden, können für den Fall, dass ihnen - mangels einer einheitlich abrufbaren *europäischen* Strafregisterauskunft bzw. wegen Unkenntnis darüber, in welchen Ländern sie sich sonst noch aufgehalten haben - die Begehung von zumindest zwei Taten innerhalb der letzten 12 Monate in der Regel wohl nicht nachgewiesen und daher nicht wegen berufsmäßiger Begehung verfolgt werden.

Die bisherige Regelung der Gewerbsmäßigkeit wäre ausreichend, um die auch in der Bevölkerung absolut verpönte berufsmäßige Begehung strafbarer Handlungen entsprechend bestrafen zu können. Insoweit auch objektive Kriterien für eine berufsmäßige Begehung in die Bestimmung des § 70 StGB Eingang finden sollen, wäre es zweckmäßiger anstatt der derzeit angedachten, zur Verfolgung von Berufsverbrechern eher ungeeigneten Beschränkungen (zwei Taten innerhalb der letzten 12 Monate) auf andere Kriterien, wie z.B. die Verwendung besonderer Tatmittel, wie etwa präparierte Taschen, Störsender oder ähnliches, die Begehung im Rückfall, die Begehung kurz nach einer einschlägigen Verurteilung etc., abzustellen.

Die geplante **Anpassung der Zahl der Tagessätze** ist zwar auf den ersten Blick ungewöhnlich und gewöhnungsbedürftig, dennoch aber als durchaus praxistauglich zu bewerten.

Die Einführung des Erschwerungsgrundes der Begehung einer Vorsatztat gegen Angehörige (§ 72), einschließlich frühere EhegattInnen, eingetragene frühere PartnerInnen oder LebensgefährtlInnen, als mit dem Opfer zusammenlebende Person oder eine ihre Autoritätsstellung missbrauchende Person (**§ 33 Abs. 3 Z. 1 StGB**) erscheint angesichts der nicht selten im Zuge der Beendigung einer Ehe, Partnerschaft oder Lebensgemeinschaft zusätzlich bestehenden Scheidungs-, Trennung-, Obsorge- und/oder Unterhaltsverfahren äußerst problematisch.

Der in **§ 198 Abs. 2 Z. 1 StPO** angedachte Ausschluss einer diversionellen Erledigung bei Vorliegen des oben angeführten Erschwerungsgrundes nach § 33 Abs. 3 Z. 1 StGB würde zudem zu einer - nach Ansicht der Staatsanwaltschaft Innsbruck - nicht gewollten Beschneidung des gerade im familiären Bereich sehr erfolgreichen und absolut zu begrüßenden Tatausgleiches, aber auch anderer diversioneller Erledigungen führen. Darüber hinaus ist zu befürchten, dass sich gerade die besonders schutzbedürftigen Opfer aus dem familiären Umfeld spätestens anlässlich der damit im Falle einer Anklage unvermeidlichen Verhandlung vor der/dem Strafrichter gezwungen sehen, von ihrem Entschlagungsrecht Gebrauch zu machen, um die/den TäterIn vor einer Strafe zu bewahren.

### **Zu Artikel 1** Änderung des Strafgesetzbuches

1. **Zu Z. 1, 14, 15, 16, 17, 25, 26, 37, 40, 97, 122, 131, 134, 137, 139, 141, 156, 163 (§§ 6 Abs. 3, 80, 81, 88, 89, 104a Abs. 4, 106 Abs. 3, 159 Abs. 1 bis 3, 177e, 181c Abs. 3, 181e Abs. 1, 181g, 181i, 183a Abs. 2, 207a Abs. 2, 15a Abs. 2 StGB):**

Die Aufnahme der Definition der groben Fahrlässigkeit in § 6 StGB wird begrüßt.

2. **Zu Z. 2 (§ 19a Abs. 1a StGB):**

Die angedachte Änderung wird vorbehaltlos begrüßt.

3. **Zu Z. 4 und 5 (§ 33 Abs. 2 und 3 StGB):**

Siehe die obigen Ausführungen im Punkt „Allgemeines“.

4. **Zu Z. 6, 15, 18, 27 bis 30, 32, 33, 35, 38, 42 bis 46, 48 bis 52, 54, 71, 72, 85, 86, 88, 96, 99, 112, 114 bis 116, 119 bis 121, 123, 124, 126 bis 130, 132, 133, 135 bis 140, 145 bis 149, 157 bis 162, 164, 169 bis 174, 177, 178, 180, 181, 183, 184, 186 bis 189, 196 bis 204 und 208 (§§ 37 Abs. 1 und 2, 80 Abs. 1, 83 Abs. 1, 91 Abs. 1 bis 2a, 94 Abs. 1, 95 Abs. 1, 96 Abs. 1 und 3, 105 Abs. 1, 107 Abs. 1, 107a Abs. 1, 108 Abs. 1, 109 Abs. 1, 111 Abs. 2, 120 Abs. 1, 120a Abs. 1, 121 Abs. 2, 122 Abs. 2, 123 Abs. 1, 126 Abs. 1, 134 Abs. 3, 135 Abs. 3, 153a, 153b Abs. 3, 153c Abs. 1, 159 Abs. 1, 160 Abs. 1, 170 Abs. 1, 172 Abs. 1, 174 Abs. 1, 177 Abs. 1, 177c, 177c Abs. 2, 177d, 178, 179, 181, 181b Abs. 1 und 3, 181c Abs. 2, 181d, 181e Abs. 2, 181f Abs. 1, 181g, 181h Abs. 1, 181i, 182 Abs. 1, 193 Abs. 1, 193a Abs. 1, 195 Abs. 1, 198 Abs. 1, 200, 207a Abs. 3, 207b Abs. 1, 208 Abs. 1, 208a Abs. 1a, 211 Abs. 1 und 3, 215a Abs. 2a, 223 Abs. 1, 224a, 225a, 227 Abs. 1, 228 Abs. 1, 229 Abs. 1, 235, 236 Abs. 1, 241b, 241c, 241e Abs. 3, 241f, 246 Abs. 3, 248 Abs. 1, 262 Abs. 1, 265 Abs. 1, 284, 287 Abs. 1, 289, 292 Abs. 2, 293 Abs. 1, 295, 297 Abs. 1, 300 Abs. 1, 301 Abs. 3, 315 StGB),**

**Z. 49 (§ 120a StGB),**

**Z. 18 bis 24, 27, 31, 76, 111, 113, 117, 125, 128, 132, 143, 144, 150 bis 152, 154, 155, 190, 193, 207 und 209 (§§ 83, 84, 85, 86, 87, 91 Abs. 1, 94 Abs. 2, 143 Abs. 2, 169 Abs. 3, 170 Abs. 2, 177b Abs. 2 Z. 1, 180 Abs. 1 Z. 1, 181b Abs. 1 Z. 1, 181d Abs. 1 Z. 1, 185 Abs. 2, 186 Abs. 3, 201 Abs., 2, 202 Abs. 2, 205 Abs. 3, 206 Abs. 3 und 4, 207 Abs. 3, 274 Abs. 1, 278c Abs. 1 Z 2, 312 Abs. 3, 321 Abs. 1 StGB):**

Die Neuregelung des § 83 Abs. 2 StGB wird befürwortet. Im Übrigen ist die angedachte Änderung der **§§ 83 bis 86 StGB** durch die zahlreichen Qualifikationen im Gegensatz zu den derzeitigen Regelungen sehr kompliziert und wird in der Praxis zu Abgrenzungsproblemen führen.

Insbesondere bei der Abgrenzung zwischen § 83 Abs. 3 erster Fall StGB und dem nunmehr auch im Versuch möglichen § 84 Abs. 1 StGB (Anwaltszwang!!) ist zu befürchten, dass in der Praxis bei der Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen des § 83 Abs. 3 erster Fall StGB - insbesondere von den Bezirksgerichten im Rahmen der Beweiswürdigung - im Zweifel eher von einem zumindest bedingten Verletzungsvorsatz und damit vom Vorliegen

des § 84 Abs. 1 StGB ausgegangen werden wird, das Bezirksgericht damit unzuständig ist und neben der dann landesgerichtlichen Zuständigkeit auch Anwaltszwang gegeben ist.

Da § 84 StGB nunmehr auch im Versuch, also bei Vorliegen lediglich einer an sich leichten Verletzung (z.B. einem unverschobenen Nasenbeinbruch) möglich ist, ist neben den bereits angeführten negativen Aspekten für die Beschuldigten/Angeklagten (Anwaltszwang, landesgerichtliche Zuständigkeit) auch bei den Staatsanwaltschaften und Landesgerichten auf Dauer eine durch den Wegfall der Vermögensdelikte nicht auszugleichende Mehrbelastung zu erwarten.

Nach Ansicht der Staatsanwaltschaft Innsbruck wäre die bisherige Regelung der §§ 83 ff StGB mit einer entsprechenden Anpassung der Strafrahmen vollkommen ausreichend und besser überschaubar.

In Abs. 2 des **§ 91 StGB** wurde das Wort „Monaten“ vergessen.

Analog zu der neu eingeführten Bestimmung des **§ 120a StGB** (Cybermobbing) wäre auch bei der bereits bestehenden Bestimmung des **§ 107a StGB** (beharrliche Verfolgung) eine dem beabsichtigten § 120a Abs. 2 StGB analoge Qualifikation einzuführen, zumal nicht erklärbar ist, weshalb eine Todes oder Selbstmordfolge bei Cybermobbing schweren wiegen sollte, als bei einer beharrlichen Verfolgung auf andere Art und Weise.

Angesichts der Intensität mancher beharrlicher Verfolgungen nach § 107a StGB und auch der möglichen (nicht tödlichen) Folgen einer fortgesetzten Belästigung im Wege einer Telekommunikation oder eines Computersystems (Cybermobbing) wäre sowohl bei § 107a StGB, als auch bei einem neu eingeführten § 120a StGB insgesamt oder zumindest bei Vorliegen weiterer Kriterien (z.B. hohen Intensität, besondere Grausamkeit etc) eine Strafdrohung von zumindest 2 Jahren Freiheitsstrafe zu einer auch für die Opfer zweckentsprechenden Verfolgung erforderlich. Dies analog zu der gerade wegen der effizienteren Verfolgbarkeit bei § 222 StGB (Tierquälerei!) erhöhten Strafdrohung und die durch das StRÄG 2015 beabsichtigte Aufwertung der Delikte gegen die körperliche Integrität etc.

5. **Zu Z. 10, 33, 34, 68, 75, 77, 81, 82, 90, 91, 93, 103, 107, 109, 110, 118, 142, 156, 165, 179, 182, 205 und 206 (§§ 70, 96 Abs. 1 und 2, 130, 138 Z. 4, 145 Abs. 2 Z. 1, 148, 148a Abs. 2, 153e Abs. 1, 154 Abs. 3, 155 Abs. 1 und 2, 164 Abs. 4, 165 Abs. 1, 168 Abs. 2, 168a Abs. 1 Z. 3, 177b Abs. 3, 184, 207a Abs. 2, 217 Abs. 1, 241a Abs. 2, 241e Abs. 2, 305 Abs. 4 Z 3 und 306 Abs. 3 StGB):**

Auf die Ausführungen im Punkt „Allgemeines“ wird verwiesen.

6. **Zu Z. 13 (§ 79 StGB):**

Seitens der Staatsanwaltschaft Innsbruck wird keine Notwendigkeit der Herabsetzung der Untergrenze des Strafrahmens gesehen.

7. **Zu Z. 56 bis 58, 60, 63, 65, 66, 69 bis 74, 79, 80, 82, 84, 86, 87, 95, 100, 102, 103, 108, 175 und 176 (126 Abs. 1 Z. 7 und Abs. 2, 126a Abs. 2 und 3 Z. 1, 126b Abs. 3 Z. 1, 128 Abs. 1 Z. 5 und Abs. 2, 132 Abs. 2, 133 Abs. 2, 134 Abs. 3, 135 Abs. 2, 136 Abs. 3, 138 Z. 1, 147 Abs. 2 und 3, 148a Abs. 2, 153 Abs. 2, 153b Abs. 3 und Abs. 4, 156 Abs. 2, 162 Abs. 2, 164 Abs. 3 und 4, 165 Abs. 4, 233 Abs. 2 und 234 Abs. 2):**

Auf die Ausführungen im Punkt „Allgemeines“ wird verwiesen.

Im ersten Satz des Abs. 3 in § 134 StGB ist die dort irrtümlich noch angeführte Geldstrafe zu entfernen.

8. **Zu Z. 68 (§ 130 StGB):**

Auf die Ausführungen zur berufsmäßigen Begehung im Punkt „Allgemeines“ wird verwiesen.

9. **Zu Z. 76 (§ 143 StGB):**

Angesichts des Umstandes, dass es sich bei einem schweren Raub um ein der schwersten Kriminalität zuordenbares Delikt handelt, ist die Herabsetzung der Untergrenze der Strafdrohung auf 1 Jahr auch im Sinne der oft erheblich traumatisierten Opfer absolut abzulehnen. Allenfalls könnte die Untergrenze auf 3 Jahre Freiheitsstrafe herabgesetzt werden.

10. **Zu Z. 81 (§ 148 StGB):**

Auf die im Punkt „Allgemeines“ erfolgten Ausführungen zur berufsmäßigen Begehung wird verwiesen.

11. **Zu Z. 89 (§ 153d StGB):**

Zur effektiven Verfolgung sogenannter „Sozialbetrüger“ ist die geplante Novellierung der Bestimmung des § 153d StGB betreffend des betrügerischen Vorenthaltens von Sozialversicherungsbeiträgen zweckmäßig. Probleme bei der strafrechtlichen Verfolgung von

Sozialbetrügern gab es in der Vergangenheit oft deswegen, weil als unmittelbarer Täter nicht ein tatsächlicher Dienstgeber, sondern ein faktischer Scheingeschäftsführer einer Strohfirma die Anmeldungen der Dienstnehmer beim Versicherungsträger und der BUAK vornahm. Nunmehr wird zweckmäßigerweise jene Person strafrechtlich verfolgt, die – auch ohne Dienstgeber zu sein- die Anmeldung einer Person zur Sozialversicherung (Abs. 1) bzw. zur BUAK (Abs. 2) mit dem Wissen vornimmt, dass die laut Anmeldung auflaufenden Sozialversicherungsbeiträge bzw. Zuschläge nach dem BUAG nicht vollständig geleistet werden. Während bislang bedingt vorsätzliches Handeln für die Verwirklichung des Tatbildes ausgereicht hat, ist nunmehr Wissentlichkeit erforderlich, welcher Umstand fallweise Beweisprobleme mit sich bringen wird.

#### **12. Zu Z. 9 und 101 (§§ 163a bis 163d und 64 Abs. 1 Z. 11 StGB):**

Grundsätzlich sind die Ziele der Reform, insbesondere die Schaffung eines einheitlichen Tatbestandes in einem Gesetz, eines einheitlichen Täterkreises - wobei der Begriff des Entscheidungsträgers auf § 2 VbVG abstellt -, und der begrifflichen Abstimmung mit jenen des Gesellschafts- und Rechnungslegungsrechts zu begrüßen.

Auch die Entscheidung, den Kreis der in Betracht kommenden Prüfer und die in Betracht kommenden spezifischen strafbewehrten Pflichten von Prüfern in einer eigenen Bestimmung (§ 163b StGB) zu regeln, ist nicht zu beanstanden.

Die Entscheidung, die §§ 163a und 163b auf die im § 163c StGB explizit angeführten Verbände anzuwenden, führt zu einer Ausdehnung auf bisher nicht erfasste Verbände wie beispielsweise den Sparkassen usw. und ist - weil konsequent -, jedoch nicht zu beanstanden.

Auch die Regelung über Tätige Reue im § 163d StGB konsequent und praxistauglich gelöst. In der Praxis anfängliche Schwierigkeiten wird die Frage der erheblichen Unrichtigkeit mit sich bringen. Da die Erheblichkeitsschwelle nicht mehr nach mathematischen Formeln (etwa bestimmte Prozentsätze wichtiger Bilanzgrößen) bestimmt werden soll, sondern jeweils durch einzelfallbezogene Bewertung der Erheblichkeit vorzunehmen ist, werden die Kriterien für die Erreichung der Erheblichkeitsschwelle somit von der Rechtssprechung einzelfallbezogen auszuarbeiten sein. Dies wird zumindest in den ersten Jahren zu einer gewissen Unsicherheit und allenfalls auch zu divergierenden Entscheidungen führen.

**13. Zu Z. 153 (§ 205a StGB):**

Die Einführung des § 205a StGB wird in der Praxis zu erheblichen Beweisproblemen führen, zumal die dort angeführten Handlungen in der Regel nicht vor Zeugen gesetzt werden und die Frage des Einverständnisses durchaus sehr verschieden gesehen werden kann.

Es ist auch nicht auszuschließen, dass der Vorwurf der Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung insbesondere in Scheidungs-, Obsorge- und Unterhaltsverfahren oder als nachträgliche Rechtfertigung für eine der betroffenen Person im Nachhinein unverständliche Handlung erhoben wird. Dadurch käme es unter Umständen nicht nur zu einer unnötigen Kriminalisierung der Beschuldigten, sondern durch den Umstand, dass solche Verfahren vermutlich meist nicht mit einer Verurteilung enden, insbesondere auch in der Öffentlichkeit, auch zu einer Stigmatisierung aller Opfer von Sittlichkeitsdelikten.

**14. Zu Z. 166 (§ 218 Abs. 1 Z. 1):**

Die Ausweitung des § 218 StGB auf der sexuellen Sphäre im weiteren Sinn zugehörige körperliche Handlungen ist zu unbestimmt, entspricht nicht dem Bestimmtheitsgebot des Gesetzes und wird in der Praxis ebenfalls zu erheblichen Beweisproblemen führen.

**15. Zu Z. 167 (§ 220a StGB):**

Die Streichung des § 220a StGB lediglich auf Grund der seltenen Anwendung dieser Bestimmung ist angesichts der gesellschaftlichen Missbilligung nicht gerechtfertigt.

**16. Zu Z. 168 (§ 222 StGB):**

Siehe die Ausführungen zu den §§ 107a und 120a StGB in Punkt 4 zu Artikel 1.

Darüber hinaus sollte in § 222 StGB dem Umstand, dass nicht jede Tierquälerei gleich streng zu bewerten ist, insofern Rechnung getragen werden, als die beabsichtigte neue Strafdrohung von zwei Jahren Freiheitsstrafe für entsprechend qualifizierte (große Gewalt) Taten gelten und für geringere Handlungen die bisherige Strafdrohung und bezirksgerichtliche Zuständigkeit bestehen bleiben soll.

**17. Zu Z. 185 (§ 241h StGB):**

§ 241h StGB sollte, wie auch die bereits bestehenden §§ 241a bis e StGB in § 166 StGB aufgenommen werden.

#### 18. Zu Z. 195 (§ 283 StGB):

§ 283 StGB ist durch die Streichung der Textpassage "breite Öffentlichkeit" und Aufnahme des Begriffes "viele Menschen" zu weit gefasst, da dadurch sämtliche tatbestandsmäßige Äußerungen im Bus, Schulklassen oder diversen Lokalitäten, auch bei geschlossenen Gesellschaften umfasst sind. Damit wäre mit einer erheblichen Steigerung derartiger Anzeigen zu rechnen.

Da § 283 Abs. 4 StGB nicht ausschließlich auf die Verbreitung über Medien (diesbezüglich wird die Zuständigkeit nach § 1 MedienG geregelt) beschränkt ist und § 283 StGB nicht von den § 30 Abs. 1 StPO genannten Ausnahmefällen umfasst ist, würde in den Fällen sonstiger Verbreitung BG-Zuständigkeit vorliegen.

Die Zuständigkeit des Einzelrichters des Landesgerichtes sollte daher durch die Aufnahme einer dies vorsehenden Z 11 in § 30 Abs. 1 StPO und eine korrespondierende Änderung des § 31 Abs. 4 Z. 2 StPO gewährleistet werden.

### **Zu Artikel 2** **Änderung des Suchtmittelgesetzes**

Die Staatsanwaltschaft Innsbruck hat hinsichtlich der angedachten Änderung des SMG folgende

#### 1. grundätzliche Bedenken:

Derzeit sieht das SMG in § 14 eine Ausnahme von der Anzeigepflicht nach § 78 StPO für die Bezirksverwaltungsbehörde vor, wenn sich die Person den notwendigen und zweckmäßigen, ihr nach den Umständen möglichen und zumutbaren und nicht offenbar aussichtslosen gesundheitsbezogenen Maßnahmen unterzieht. Dies soll laut RV für den betroffenen Personenkreis auch ein Anreiz sein, sich gesundheitsbezogenen Maßnahmen zu unterziehen.

Nach den nunmehr beabsichtigten neuen Bestimmungen der Absätze 2a und 3 des § 13 SMG soll nicht nur jede Behörde und öffentliche Dienststelle von der Anzeigepflicht nach § 78 StPO (also an die Strafverfolgungsbehörden – Kriminalpolizei bzw. Staatsanwaltschaft) entbunden werden, sondern soll diesen vielmehr geboten werden, den Verdacht nicht mehr den Strafverfolgungsbehörden, sondern nur der Bezirksverwaltungsbehörde mitzuteilen.

Der Umstand, dass eine Entbindung von der Anzeigepflicht für eine bestimmte Behörde einem allgemeinen Gebot, den Verdacht einer Straftat nicht mehr den Strafverfolgungsbehörden anzuzeigen, weichen soll, stellt eine grundlegende Neuerung dar.

Wenn der Staatsanwaltschaft oder der Kriminalpolizei dennoch (was regelmäßig der Fall sein wird) der Verdacht einer Straftat nach § 27 Abs. 1 oder Abs. 2 und § 30 SMG bekannt wird, soll sie somit künftig nicht mehr ermitteln dürfen. Dies ist widerspricht allerdings dem Grundsatz der Amtsweigigkeit nach § 2 Abs. 1 StPO.

Sollte diese Neuerung wie vorgesehen in Kraft treten, würde dem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren zwingend eine Vorprüfung durch eine Verwaltungsbehörde vorgeschaltet werden, die darüber zu entscheiden hat, ob die Staatsanwaltschaft ermitteln darf oder nicht. Damit hätte die Verwaltungsbehörde den Verdacht einer gerichtlich strafbaren Handlung zu qualifizieren ohne dass dieser Verdacht weiter aufgeklärt werden könnte. Die Beantwortung der Frage, ob ein Suchtgiftdelinquent die Tat ausschließlich zum eigenen persönlichen Gebrauch oder zum vorteilslosen persönlichen Gebrauch eines anderen begangen hat, würde aber regelmäßig Ermittlungen erfordern.

Aus diesem Umstand ergeben sich auch verfassungsrechtliche Bedenken, da Art. 90a B-VG die Staatsanwälte als jene Organe der Gerichtsbarkeit bestimmt, die in Verfahren wegen gerichtlich strafbarer Handlungen die Ermittlungsfunktion wahrnehmen und nach Art. 94 B-VG die Justiz von der Verwaltung in allen Instanzen getrennt ist.

Mit Blick auf die derzeit geltende Bestimmung des § 14 SMG ist weiters zu erwähnen, dass soweit feststellbar eine Bezirksverwaltungsbehörde bislang von sich aus noch nie eine Stellungnahme nach § 35 Abs. 3 Z. 2 SMG an die Staatsanwaltschaft Innsbruck übermittelt hätte. Da es bei von der Staatsanwaltschaft initiierten § 35 SMG-Verfahren regelmäßig auch zu „Negativberichten“ kommt, ist davon auszugehen, dass auch bei den Bezirksverwaltungsbehörden nicht alle Suchtgiftdelinquenten an den gesundheitsbezogenen Maßnahmen mitwirken. Sollte die angedachte Neuregelung in der vorgesehenen Form in Kraft treten, ist daher eine „defacto-Entkriminalisierung“ des Suchtmissbrauchs nach § 27 Abs. 1 und Abs. 2 oder § 30 SMG zu erwarten.

Der Grundgedanke, dass Sucht als Krankheit zu sehen ist und gesundheitsbezogene Maßnahmen damit Vorrang vor Strafe haben sollen, ist in jenen Fällen angebracht, in denen jemand eine Straftat nach § 27 Abs. 1 SMG zum ausschließlich eigenen persönlichen Gebrauch begangen hat. In Fällen, in denen jemand aber anderen Suchtgift überlässt und selbst kein Suchtgift konsumiert, ist nicht nachvollziehbar, weshalb es für diese Person einer gesundheitsbezogenen Maßnahmen bedarf. Die „defacto-Entkriminalisierung“ käme daher,

solange die Grenzmenge nicht überschritten ist, auch jenen TäterInnen zugute, die zum Beispiel Heroin verschenken oder zum Selbstkostenpreis weiterverkaufen.

Nach Ansicht der Staatsanwaltschaft Innsbruck würde der selbstschädigende Suchtgiftmissbrauch, welcher allenfalls gesundheitsbezogene Maßnahmen erfordert, im Falle einer Einschränkung der derzeit bestehenden Regelung des § 35 Abs. 1 SMG auf Delikte nach § 27 Abs. 1 und Abs. 2 oder § 30 SMG, die ausschließlich zum eigenen persönlichen Gebrauch begangen wurden, abschließend erfasst.

## **2. weitere konkrete Bedenken:**

### **a) Verjährung der Strafbarkeit**

Die Strafbarkeit einer Straftat nach § 27 Abs. 1 und Abs. 2 oder § 30 Abs. 1 und Abs. 2 SMG verjährt nach einem Jahr. Diese Verjährungsfrist würde allerdings solange nicht unterbrochen werden, bis nach Anzeige durch die Bezirksverwaltungsbehörde gegen die/den - nunmehr erst - Beschuldigte/n ermittelt wird. Dies auch dann, wenn den Strafverfolgungsbehörden der Verdacht bereits vorher bekannt war. Da eine dem § 35 Abs. 8 vorletzter Satz SMG (Fall der Verjährungsunterbrechung nach § 58 Abs. 3 Z. 1 StGB) entsprechende Bestimmung fehlt, ist daher zu erwarten, dass zum Zeitpunkt, wenn die Strafverfolgungsbehörden mit den Ermittlungen beginnen dürfen, die Tat entweder bereits verjährt ist oder kurz vor der Verjährung steht.

### **b) Behandlung von Anzeigen durch die Staatsanwaltschaft, Erledigung von Ermittlungsverfahren**

Da sich ein Verdacht nach dem SMG regelmäßig im Zuge von Ermittlungen der Kriminalpolizei ergibt, die Polizei die/den Verdächtigen nach der vorgesehenen Regelung aber nicht als solche/n oder gar als Beschuldigte/n (mit allen Rechten) behandeln, sondern nur als Zeugen im Verfahren gegen jene Person, gegen die sich die Ermittlungen richten vernehmen darf, ist fraglich, wie dennoch an die Staatsanwaltschaft ergehende Anzeigen verfahrensrechtlich zu behandeln sind, zumal die Staatsanwaltschaft gar kein Ermittlungsverfahren einleiten darf.

Die selbe Problematik wäre auch dann gegeben, wenn gegen eine Person zunächst wegen des Verdachts einer nicht im Sinne des § 13 Abs. 2a privilegierten Straftat nach dem SMG ermittelt wurde, nach Abschluss des Ermittlungsverfahrens aber nur mehr ein Verdacht wegen einer solch privilegierten Tat begründet ist. Ein solches Ermittlungsverfahren wäre

dann unter Umständen nach § 190 Z. 1 StPO einzustellen, weil die weitere Verfolgung - mangels Anzeige durch die Gesundheitsbehörde - aus rechtlichen Gründen unzulässig ist.

Ungeklärt ist auch die Frage, ob in den Fällen, in denen zunächst gegen eine Person als Beschuldigte/r ermittelt und diese Person auch als Beschuldigte/r vernommen, das weitere Verfahren aus den oben genannten Gründen nach § 190 Z. 1 StPO wurde, das Verfahren im Falle einer später von der Bezirksverwaltungsbehörde erstatteten Anzeige fortgeführt werden kann. Um das Verfahren nach § 193 Abs. 2 Z. 2 StPO fortführen zu können, müsste der Umstand, dass die Gesundheitsbehörde Anzeige (wegen eines ja bereits bekannten Vergehens) erstattet, als „neue Tatsache“ im Sinne des § 193 Abs. 2 Z. 2 StPO qualifiziert werden.

**c) Vernehmung einer/eines Zeugin/Zeugen zu einem gegen sie/ihn bestehenden Tatverdacht**

Der in der vorgesehenen Neufassung des SMG angeführte Umstand, dass gegen Personen, die wegen einer Straftat nach § 27 Abs. 1 und Abs. 2 oder § 30 SMG (zum eigenen oder zum persönlichen Gebrauch eines anderen ohne daraus einen Vorteil zu ziehen) nicht ermittelt werden darf, hat zur Folge, dass diese Personen im Ermittlungsverfahren gegen andere (etwa gegen deren Suchtgifverkäufer) nicht als Beschuldigte, sondern als Zeugen zu vernehmen sind. Dies würde aber nichts daran ändern, dass diese Vernehmung eine (von der Staatsanwaltschaft vorerst nicht zu verfolgende) Straftat der/des Vernommenen zum Hauptthema hat und - ungeachtet der Legaldefinitionen der StPO zum Verdächtigen bzw. Beschuldigten - gegen eine Personen spätestens dann ermittelt wird, wenn sie wegen eines (auch) konkret gegen sie bestehenden Tatverdachts vernommen wird.

Werden solche Personen - wie vorgesehen - lediglich als Zeugen vernommen, verwehrt man ihnen nicht nur die für sie wesentlich günstigeren Beschuldigten- und Verteidigungsrechte, sondern ist davon auszugehen, dass diese Personen zur Vermeidung von sich selbst belastenden Angaben, regelmäßig in Konflikt mit der Wahrheitspflicht geraten oder eben von ihrem Entschlagungsrecht Gebrauch machen.

Seitens der Staatsanwaltschaft bestehen daher erhebliche Bedenken gegen das Vorhaben, Ermittlungen der Strafverfolgungsbehörden erst nach Anzeige durch die Gesundheitsbehörde zuzulassen.

**d) Sicherstellung von Suchtgift**

Auch nach der beabsichtigten Änderung des SMG sind Suchtmittel weiterhin nach § 34 SMG einzuziehen.

Da die Sicherstellung eine Ermittlungsmaßnahme nach der StPO darstellt und daher nur im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens erfolgen kann, stellt sich in jenen Fällen, in denen die/der Besitzer/in des Suchtmittels nur verdächtig ist, eine Straftat nach § 27 Abs. 1 und Abs. 2 oder § 30 SMG zum ausschließlich persönlichen, vorteilslosen Gebrauch begangen zu haben, die Frage, auf welcher Grundlage die Sicherstellung des Suchtgiftes erfolgen soll.

Auch der Verdacht, der Lagerung von Suchtgift in einer Wohnung oder der Anbau von Suchtgiftpflanzen, könnte nur dann eine Hausdurchsuchung und Sicherstellung rechtfertigen, wenn der Verdacht über jenen einer einer Straftat nach § 27 Abs. 1 und Abs. 2 oder § 30 SMG zum ausschließlich persönlichen, vorteillosen Gebrauch hinausgeht.

Da kein Ermittlungsverfahren durchgeführt wird, ist auch fraglich, ob im Falle der Einziehung von sichergestelltem Suchtgift das vereinfachte Einziehungsverfahren nach § 445a Abs. 2 StPO angewendet werden kann.

**e) Erweiterung der Anzeigepflicht/Prüfpflicht der Gesundheitsbehörde**

Die derzeit eingeschränkte Anzeigepflicht der Gesundheitsbehörde hinsichtlich aller Straftaten nach § 27 Abs. 1 SMG („§ 27 Abs 1 oder Abs 2“) würde nach dem nunmehr vorliegenden Entwurf nur mehr für nach § 27 Abs. 2 SMG privilegierte und ausschließlich zum eigenen persönlichen Gebrauch oder zum vorteilslosen persönlichen Gebrauch eines anderen begangenen Straftaten gelten.

Damit müsste die Gesundheitsbehörde beurteilen, ob ein Suchtgiftdelinquent die Tat ausschließlich zum eigenen persönlichen Gebrauch oder zum vorteilslosen persönlichen Gebrauch eines anderen begangen hat. Zur Klärung dieser Frage sind aber regelmäßig Ermittlungen erforderlich.

**f) Zusammentreffen mit anderen strafbaren Handlungen nach dem SMG**

Nach der aktuellen Rechtslage ist unter mehreren dem SMG zu unterstellenden Handlungen eine unterschiedliche Behandlung im Sinne einer Kombination von diversionellem Vorgehen nach § 35 SMG einerseits und Schulterspruch andererseits nicht zulässig (OGH, 12 Os 43/14m).

Wer sohin ein Verbrechen nach § 28a SMG zu verantworten hat, ist gegebenenfalls auch wegen Delikten nach § 27 Abs. 1 (und Abs. 2) SMG zu bestrafen. Ein Vorgehen nach § 35 SMG in Bezug auf diese Delikte neben einer Bestrafung wegen anderer Delikte nach dem SMG wäre nicht zulässig.

Da auch im Falle der vorgesehenen Gesetzesänderung nichts anderes gelten kann, wäre insofern eine Klarstellung erforderlich, als die beschränkte Anzeigepflicht der Gesundheitsbehörde, das Gebot nur der Gesundheitsbehörde Anzeige zu erstatten und die Einschränkung der Strafverfolgungsbehörden sich nicht auf jene Fälle bezieht in denen eine Person auch wegen anderer Straftaten nach dem SMG verdächtig ist.

Dies würde allerdings einen - an sich nicht vorgesehenen - Informationsaustausch zwischen Gesundheitsbehörde und Strafverfolgungsbehörde erfordern.

#### g) Gewerbsmäßigkeit

Nachdem im StGB der Begriff der „Gewerbsmäßigkeit“ und auch dessen Legaldefinition durch die „Berufsmäßige Begehung“ ersetzt werden soll, würde die Legaldefinition für die im SMG verbleibende Qualifikation der Gewerbsmäßigkeit - wie auch bei anderen strafrechtlichen Nebengesetzen, beispielsweise dem FPG - fehlen.

### **Zu Artikel 3 Änderung der Strafprozessordnung 1975**

#### 1. Zu Z. 9 und 10 (§ 198 Abs. 2 und 3 StPO):

Auf die Ausführungen zu § 33 StGB und § 198 StPO im Punkt „Allgemeines“ wird verwiesen.

#### 2. Zu Z. 12 (§ 445 Abs. 2a):

Die angedachte Änderung scheint im Hinblick auf die Umsetzung der Richtlinie 2014/42/EU nicht vollständig, weil bloß die Konfiskation nach § 19a StGB berücksichtigt wird.

Nach der bisherigen Rechtslage entscheidet gemäß § 445 Abs. 2 StPO über einen Antrag auf Verfall der Einzelrichter des Landesgerichtes (oder im Falle eines Vorbehaltes nach § 443 Abs. 2 StPO der Vorsitzende eines Schöffen- oder Geschworenengerichtes als Einzelrichter). Das Gericht entscheidet nach den für den Einzelrichter geltenden

Bestimmungen nach Durchführung der Hauptverhandlung mit Urteil (Bertel/Venier, StPO: Kommentar, § 445 Rz 1).

Es stellt sich nunmehr die Frage, in welcher Form jene Personen am objektiven Verfahren zu beteiligen sind, die in der Richtlinie 2014/42/EU als „verdächtige oder beschuldigte Person“ bezeichnet werden. In Bezug auf innerstaatliches Recht wird es sich dabei um Verdächtige iSd § 48 Abs. 1 Z. 1 StPO oder Beschuldigte iSd § 48 Abs. 1 Z. 2 StPO handeln.

Kommt es nun etwa zu einem objektiven Verfahren, weil der Beschuldigte flüchtig ist und daher mangels Vernehmung zum Tatvorwurf nicht angeklagt werden kann (vgl Oshidari, WK-StPO § 115a Rz 8), weil der Täter strafunmündig ist oder die Entscheidung nach § 443 Abs. 2 StPO vorbehalten wurde, so ist davon auszugehen, dass auch betreffend jener Sachverhalte als Beschuldigte zu führende Personen als Haftungsbeteiligte anzusehen sind (es handelt sich in diesem Fall schließlich nicht um „Angeklagte“ in diesem Verfahren) und daher die Bestimmungen des § 444 StPO zum Tragen kommen. Andernfalls könnten derartige objektive Entscheidungen gegen einen Beschuldigten nur unter den noch strengereren Voraussetzungen des Abwesenheitsurteils nach § 427 StPO ergehen (vgl Fabrizy, StPO<sup>12</sup> § 444 Rz 1).

Jedenfalls kann nach der geltenden Rechtslage Hauptverhandlung und Urteilsverkündung in Abwesenheit des Beschuldigten nur nach ordnungsgemäßer Ladung zur Hauptverhandlung erfolgen (§ 444 Abs. 1 StPO).

Damit steht aber der Fall der Flucht des Beschuldigten – was in der Regel mit der Unmöglichkeit einer ordnungsgemäßen Ladung zur Hauptverhandlung verbunden ist – einer Entscheidung im objektiven Verfahren entgegen, das Verfahren wäre gemäß § 197 StPO abzubrechen (Oshidari, WK-StPO § 115a Rz 7 mwN). Auch die Verhandlung in Abwesenheit, weil der Beschuldigte wegen Krankheit verhandlungsunfähig ist, scheint nach der bisherigen Rechtslage unzulässig zu sein.

Ist § 445 Abs. 2a StPO in der vorgeschlagenen Fassung nunmehr dahingehend zu verstehen, dass in den Fällen der Verhandlungsunfähigkeit und der Flucht die Abführung der Hauptverhandlung auch ohne ordnungsgemäße Ladung eines Beschuldigten möglich ist, so scheint die Einschränkung auf die Konfiskation nach § 19a StGB nicht den Vorgaben der Richtlinie 2014/42/EU zu entsprechen und auch nicht sachgerecht zu sein.

Art 4 der Richtlinie 2014/42/EU fordert nämlich die Einziehung (also endgültige Entscheidung – Art 2 Z 4) von „Tatwerkzeugen und Erträgen“. „Erträge“ sind jeder wirtschaftliche Vorteil, der direkt oder indirekt durch eine Straftat erlangt wird (samt allfälliger Ersatzwerte) – Art. 2 Z. 1. Dies entspricht allerdings der Definition des Verfalles nach § 20 Abs. 1 und 2 StGB.

Die angedachte Änderung hätte aber (aufgrund der Beschränkung auf die Konfiskation) zur Folge, dass ein Verfallserkenntnis im objektiven Verfahren weiterhin nur unter den eingeschränkten Voraussetzungen des § 444 Abs. 1 StPO (und somit gerade nicht bei Krankheit oder Flucht) ausgesprochen werden könnte. Eine vollständige Umsetzung von Art. 4 der Richtlinie 2014/42/EU scheint daher mit dem gegenständlichen Gesetzesentwurf nicht vorzuliegen.

Es wird daher angeregt, § 445 Abs. 2a StPO um die Wortfolge „*dass im Fall einer Verurteilung eine Konfiskation (§ 19a StGB) oder ein Verfall (§ 20 Abs. 1 und 2 StGB) ausgesprochen würde*“ zu ergänzen.

Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, dass dem pauschalen Hinweis auf die Verfahrensgarantien des § 445 Abs. 1 und 2 StPO in den erläuternden Bemerkungen nicht beigetreten werden kann. Geht man davon aus, dass zur Rechtskraft der Entscheidung die Zustellung des Urteils von Nöten ist (vergleichbar § 427 StPO - Fabrizy, StPO<sup>12</sup> § 427 Rz 13), so wird die angedachte Gesetzesänderung – gerade bei einem flüchtigen Beschuldigten - der eine endgültige Entscheidung fordernden Richtlinie 2014/42/EU nicht Genüge tun. Geht man hingegen von einem Beginn der Rechtsmittelfrist mit Urteilsverkündung aus, so sind die derzeit im Gesetz vorgesehenen Rechtsbehelfe wohl als ungenügend zu bezeichnen.

Überdies wäre zu überlegen, ob in Anbetracht der Erstreckung der Konfiskation auf Nutzungen und Ersatzwerte durch § 19a Abs. 1a StGB in der nunmehr angedachten Form diese auch als ein Fall der vorzeitigen Verwertung in § 115a Abs. 1 Z. 1 StPO aufzunehmen wären.

### **Anregung zur Klarstellung des § 443 StPO**

Anlässlich der gegenständlich angedachten Änderung des Verfahrens beim Verfall wird eine Klarstellung des § 443 StPO angeregt.

Gemäß § 443 Abs. 1 StPO ist über den Verfall im Strafurteil zu entscheiden, soweit nichts anderes bestimmt wird. Gemäß § 443 Abs. 2 StPO kann der Ausspruch unter anderem des Verfalles durch Beschluss einer gesonderten Entscheidung vorbehalten bleiben, wenn die Ergebnisse des Strafverfahrens weder an sich, noch nach Durchführung von Beweisaufnahmen, die die Entscheidung in der Schuld- und Straffrage nicht erheblich verzögern, ausreichen, um über die im Abs. 1 angeführten vermögensrechtlichen Anordnungen verlässlich urteilen zu können.

Dieses Vorgehen wird in der Praxis häufig gewählt, um eine – grundsätzlich entscheidungsreife – Verfallsentscheidung zu umgehen.

Ein Teil der Lehrmeinung vertritt die Ansicht (Fuchs/Tipold, WK-StPO § 443 Rz 42), wonach dieser verfahrensleitende Beschluss nicht anfechtbar sei. Von einem anderen Teil wird jedoch die Meinung vertreten, dass auch der Vorbehalt mit Berufung anfechtbar ist (Bertel/Venier, StPO: Kommentar, § 443 Rz 2).

Angesichts der Tatsache, dass aufgrund des nunmehr geltenden Bruttoprinzips beim Verfall und der Unbeachtlichkeit eines Privatbeteiligtenzuspruches (14 Os 110/14d) in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle ein Vorbehalt nicht erforderlich sein wird, weil die Sache auch in Bezug auf das Verfallserkenntnis entscheidungsreif ist, wäre es daher wünschenswert, die Anfechtbarkeit der Vorbehaltsentscheidung mit Berufung im Gesetz festzuschreiben.

Andernfalls trüte die absurde Situation ein, dass eine negative Entscheidung über den Verfall (oder gar eine unterbliebene) gemäß § 443 Abs. 3 StPO mit dem Rechtsmittel der Berufung – das eine meritorische Prüfung und Entscheidung durch das Rechtsmittelgericht nach sich zieht – angefochten werden kann, der ungerechtfertigte Vorbehalt nach § 443 Abs. 2 StPO hingegen nicht.

Es wird daher angeregt, § 443 Abs. 3 StPO um die Wortfolge „Die Entscheidung über vermögensrechtliche Anordnungen (§ 443 Abs. 1 und 2, 445, 446) steht, außer im Fall des § 445a,...“ zu ergänzen.

Der Leiter der Staatsanwaltschaft Innsbruck:



Dr. Josef RAUCH