



REPUBLIK ÖSTERREICH
STAATSANWALTSCHAFT LINZ

Jv 267/15f-26

(Bitte in allen Eingaben anführen)

Fadingerstraße 2
4020 Linz

Tel.: +43 57 60121 0
Fax: +43 57 60121 12288

Sachbearbeiter:
GL EStA Mag. Dietmar Gutmayer
GL StA Mag. Alfred Schaumüller
StA Dr. Klaus Segelhuber
StA Mag. Reinhard Steiner
StAin Dr. Kristina Steinwender

An die
Oberstaatsanwaltschaft Linz

**Betrifft: Entwurf des Strafrechtsänderungsgesetzes 2015;
Stellungnahme der Staatsanwaltschaft Linz**

Zu: Jv 747/15d - 26-2

In Entsprechung des Erlasses vom 16.3.2015 wird zu jenen Punkten des Entwurfs des Strafrechtsänderungsgesetzes 2015, denen nicht – zur Gänze – zugestimmt wird, wie folgt Stellung genommen:

Artikel 1

Zu Z. 4 (§ 33 Abs 2 StGB):

Zur Umsetzung des Artikel 46 des Europaratsübereinkommens zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt wird nach dem Vorschlag in § 33 Abs 2 StGB eingefügt, dass es auch einen Erschwerungsgrund darstellt, wenn ein volljähriger Täter vorsätzlich eine strafbare Handlung unter Anwendung von Gewalt oder gefährlicher Drohung gegen eine unmündige Person oder *in Gegenwart einer unmündigen Person* begangen hat. Damit wird ein sehr unbestimmter Begriff zu einer objektiven Bedingung der Strafbarkeit erhoben, worauf in den Erläuterungen jedoch nicht eingegangen wird. Die konkrete Definition von „in Gegenwart“ ist sehr weitreichend denkbar: fraglich ist etwa, ob auf die potentielle Wahrnehmbarkeit (vergleichbar mit § 69 StGB) durch eine unmündige Person abgestellt wird oder auf deren Anwesenheit am Tatort und damit deren tatsächliche Wahrnehmung. Insbesondere bei Tathandlungen in der Öffentlichkeit (zB Körperverletzungen bei Fußballspielen, bei denen sich naturgemäß auch unmündige Personen grundsätzlich im Wahrnehmbarkeitsbereich aufhalten), ist damit zudem ein hoher Ermittlungsaufwand

zur Klärung, ob sich das Tatgeschehen *in Gegenwart einer unmündigen Person* zuge-
tragen hat, verbunden.

Zu Z.10 (§ 70 StGB):

Vorweg ist festzuhalten, dass die grundsätzliche Reformbedürftigkeit der „Ge-
werbsmäßigkeit“ anerkannt wird.

Nach der vorgeschlagenen Bestimmung des § 70 StGB begeht eine Tat berufsmä-
ßig, wer sie in der Absicht vornimmt, sich durch ihre wiederkehrende Begehung ein nicht
bloß geringfügiges fortlaufendes Einkommen zu verschaffen und in den letzten 12 Mona-
ten vor der Tat zumindest 2 solche Taten begangen hat.

Mit der vorgeschlagenen Legaldefinition verbinden sich zwei – gravierende – Ände-
rungen gegenüber dem geltenden Recht, die gerade im Hauptanwendungsgebiet des ge-
werbsmäßigen Diebstahls (§ 130 StGB) zu unbilligen Ergebnissen führen könnten:

Zum einen soll eine Tatwiederholung in der Form vorausgesetzt werden, dass in-
nerhalb eines Jahres zumindest 3 Taten begangen werden müssen. Zutreffend verweisen
die Materialien des Entwurfs auf die bisherige Rechtsprechung, wonach für die Annahme
der Gewerbsmäßigkeit eine einzige Tat genügen kann. Damit konnten vor allem professio-
nelle Täter erfasst werden, die beispielsweise mit (gegen das Anschlagen von Diebstahls-
warnanlagen im Kassen- oder Ausgangsbereich) präparierten Behältnissen oder präpa-
rierter Kleidung auf Diebstour gingen und denen oft nur jene Tat, bei der sie betreten wur-
den, nachgewiesen werden konnte. Gerade solche klassischen „Berufs-Diebe“, die nach
der Intention des Gesetzgebers eigentlich Paradebeispiele für gewerbsmäßig beziehungs-
weise berufsmäßig agierende Vermögensstraftäter sind, würden dann nicht mehr wegen
gewerbsmäßigen Diebstahls belangt werden können.

Nach dem Entwurf wird die 1-Jahres-Frist, in der zumindest 3 Taten began-
gen werden müssen, durch Haftzeiten nicht gehemmt, während etwa gemäß § 49 Satz 2
StGB Zeiten, in denen der Verurteilte auf behördliche Anordnung angehalten worden ist, in
die Probezeit nicht eingerechnet werden. Dies könnte gerade Rückfallstäter, die trotz Ver-
urteilung zu unbedingten Freiheitsstrafen alsbald wieder Diebstähle begehen, insofern be-
günstigen, als diese dann – wegen Überschreitens der 1-Jahres-Frist – aus dem Anwen-
dungsbereich der nunmehr vorgeschlagenen Berufsmäßigkeit herausfallen.

Zum anderen erfolgt durch die Bezugnahme auf ein nicht bloß geringfügiges fort-
laufendes Einkommen – auf den ersten Blick – keine Änderung zur Gewerbsmäßigkeit
nach § 70 StGB in der geltenden Fassung (idGF), weil auch nach der in den Materialien

geschilderten Rechtsprechung zur Gewerbsmäßigkeit das insgesamt angestrebte Einkommen die Bagatellgrenze von ca. € 100,- übersteigen muss. Allerdings sollen im Unterschied dazu laut den Materialien „jene Fälle, in denen öfter geringwertige Gegenstände des täglichen Gebrauchs erbeutet werden, zukünftig nicht mehr erfasst“ sein. „Ein durch Straftaten erwirtschaftetes Einkommen von ca. € 100,- monatlich reicht somit für die Annahme der Berufsmäßigkeit nicht aus“. Daraus ist in Verbindung mit dem vorgeschlagenen Gesetzestext (vgl. u.a. „zumindest zwei solche Taten begangen“) abzuleiten, dass der berufsmäßig handelnde Dieb

- 1) zumindest 3 Taten begehen muss, deren Beute jeweils (für sich) die Geringfügigkeitsgrenze von € 100,- übersteigt und
- 2) damit – hochgerechnet auf den Tatzeitraum – ein monatliches Einkommen erzielen muss, das über der Geringfügigkeitsgrenze liegt.

Dies kann zu unbilligen Ergebnissen führen: Wer beispielsweise über einen Tatzeitraum von einigen Monaten eine Gesamtdiebesbeute von € 600,- durch 3 Taten mit einer Einzelbeute von jeweils € 200,- erzielt, erfüllt die Qualifikation der berufsmäßigen Begehung, während ein Täter mit ebenfalls 3 Diebstählen und identer Gesamtdiebesbeute von € 600,-, aber unterschiedlichem Einzelbeutewert von beispielsweise € 50,-, € 200,- und € 350,- nicht berufsmäßig handeln würde. Auch wer die Gesamtbeute von € 600,- im gleichen Tatzeitraum durch beispielsweise 8 oder 10 kleinere Diebstähle erzielt, soll nach der vorgeschlagenen Bestimmung ebenfalls nicht berufsmäßig handeln. Nicht einmal wer innerhalb einiger Monate zwar 3 Diebstahlsfakten mit jeweils über € 100,- Einzelbeute verübt, aber darüber hinaus zumindest 3 (oder mehr) weitere Diebstähle mit einem Einzelbeutewert von unter € 100,- begeht, würde nach dem Ministerialentwurf berufsmäßig handeln. All dies erscheint unbillig und widerspricht im Übrigen dem im Vermögensstrafrecht geltenden und bewährten Zusammenrechnungsgrundsatz des § 29 StGB. Damit würde die Bestimmung des § 130 Satz 1 1. Fall StGB gerade bei Kaufhausdiebstählen de facto unanwendbar und das Phänomen des Ladendiebstahls möglicherweise erheblich ansteigen, was dem Wirtschaftsstandort Österreich. Da es nicht sachgerecht erscheint, einen über € 100,- betragenden Beutewert pro Tat zu fordern, wird die Einfügung von „(§ 29 StGB)“ in der Legaldefinition des § 70 StGB vorgeschlagen.

Voraussichtlich wird die vorgeschlagene Fassung der Berufsmäßigkeit nicht nur im StGB, sondern auch in anderen Materiengesetzen, wie etwa im SMG (vgl. § 27 Abs 3

SMG sowie § 28a Abs 2 Z 1 SMG), zur Anwendung gelangen. Entgegen den Erläuterungen zur SMG-Novelle 2007 (BGBl I. 2007/110) ging der Oberste Gerichtshof zu § 28a Abs 2 Z 1 SMG (nach wie vor) davon aus, dass sich gewerbsmäßiges Handeln nicht auf ein jeweils die Grenzmenge übersteigendes Suchtgiftquantum beziehen muss, sondern dies auch bewusst kontinuierlich in Teilmengen erfolgen kann („Additionseffekt“). Das in den Materialien des Entwurfs dargelegte Verständnis der Berufsmäßigkeit würde im Bereich des SMG bedeuten, dass die überwiegende Zahl von Einzelverkäufen jeweils mit einem Reingewinn von über € 100,-- verbunden sein muss. Damit fallen Suchtgifthändler de facto zur Gänze aus dem Anwendungsbereich der Berufsmäßigkeit heraus, obwohl diese Tätergruppe geradezu typisch gewerbsmäßig bzw. berufsmäßig agiert. Insbesondere § 27 Abs 3 SMG, der Suchtgiftverkäufe durch Händler erfasst, die insgesamt nicht die Grenzmenge erreichen (typischerweise Verkäufe an Endkonsumenten), würde damit faktisch unanwendbar.

Zu Z.17 (§ 81 StGB):

Die vorgeschlagene Fassung des § 81 StGB (grob fahrlässige Tötung) ist grundsätzlich zu begrüßen.

Allerdings wurde § 81 Abs 1 Z 2 StGB idgF unverändert in die vorgeschlagene Bestimmung des § 81 Abs 2 StGB übernommen, obwohl die in den Materialien des Entwurfs beschriebenen praktischen Schwierigkeiten nicht nur die fahrlässige Tötung unter besonders gefährlichen Verhältnissen (§ 81 Abs 1 Z 1 StGB idgF), sondern auch § 81 Abs 1 Z 2 StGB idgF betreffen – dies vor allem aufgrund der nach wie vor bestehenden Voraussetzung, dass der Täter vorhergesehen hat oder hätte vorhersehen können, dass ihm eine Tätigkeit bevorstehe, deren Vornahme in diesem (berauschten) Zustand eine Gefahr für Leben, Gesundheit oder körperliche Sicherheit eines anderen herbeizuführen oder zu vergrößern geeignet sei. Erfahrungsgemäß wird dieser „Vorhersehbarkeit“ des Lenkens eines Kraftfahrzeuges bei den polizeilichen Einvernahmen häufig zu wenig Bedeutung beigemessen. Es können daher leicht (kaum widerlegbare) Verantwortungen gewählt werden, die zum Ausschluss der „Vorhersehbarkeit“ und damit dieser Qualifikation führen (z.B. „Ich habe mit meiner Frau vereinbart, dass ich das Auto beim Gasthaus stehen lasse und sie mich abholt, aber ...“). Ob man nun beim Alkohol- oder Drogenkonsum das Lenken eines Kraftfahrzeuges vorhergesehen hat beziehungsweise hätte vorhersehen müssen oder nicht, macht bei der Strafwürdigkeit eines (fahrlässig) herbeigeführten tödlichen Verkehrsunfalles unter Alkohol-

oder Drogeneinfluss letztlich keinen Unterschied. Daher wird vorgeschlagen, die „Vorhersehbarkeit“ („obwohl er vorhergesehen hat oder hätte vorhersehen können, dass ...“) ersatzlos zu streichen.

Nach den Materialien des Entwurfs soll die vorgeschlagene Fassung des § 81 Abs 2 StGB nicht notwendigerweise grobe Fahrlässigkeit erfordern, sondern insoweit leichte Fahrlässigkeit genügen. Offenbar durch ein Redaktionsversehen fehlt allerdings in der vorgeschlagenen Fassung jeglicher Hinweis auf diese Schuldform. Es wird daher im Satz „wer den Tod eines Menschen herbeiführt“ das Wort fahrlässig zu ergänzen sein.

Die vorgeschlagene Strafdrohung des § 81 StGB blieb unverändert bei bis zu 3 Jahren Freiheitsstrafe. Diese – auch europaweit verhältnismäßig niedrige – Strafdrohung stieß bereits wiederholt in der Öffentlichkeit auf Kritik, zuletzt im Herbst 2014 anlässlich eines Verkehrsunfalles auf der A1 mit zwei Todesopfern, herbeigeführt durch einen stark alkoholisierten „Geisterfahrer“. Die Beibehaltung der Strafobergrenze von 3 Jahren überrascht vor allem deshalb, weil im Übrigen die Strafdrohungen bei vorsätzlicher Körperverletzungsdelinquenz (zum Teil) deutlich angehoben wurden, und dadurch diverse Wertungswidersprüche entstehen. Ein solcher besteht beispielsweise im Verhältnis zur vorgeschlagenen Fassung des § 84 StGB, wonach die (bedingt) vorsätzliche Herbeiführung einer schweren Körperverletzung (Abs 1) oder die Herbeiführung einer leichten Körperverletzung von mindestens drei Personen in verabredeter Verbindung (Abs 2) mit 6 Monaten bis zu 5 Jahren Freiheitsstrafe, also deutlich strenger als die grob fahrlässige Tötung bedroht wird. Dies wäre auch ein adäquater Strafraum für § 81 StGB in der vorgeschlagenen Form, wobei dann die neu vorgeschlagene Qualifikation des § 81 Abs 3 StGB (Tod einer größeren Zahl von Menschen) entfallen könnte.

Zu Z. 18 bis 24 (§§ 83 bis 87 StGB):

Die von der Arbeitsgruppe „StGB 2015“ vorgeschlagenen Änderungen im Bereich der vorsätzlichen Körperverletzungsdelikte sollen – so die Erläuterungen zum Ministerialentwurf zum Strafrechtsänderungsgesetz 2015 – zum einen eine Harmonisierung der Strafdrohungen bewirken und zum anderen Probleme in der Praxis beseitigen.

Bisher war in § 83 StGB für die Fälle der vorsätzlichen Körperverletzung und der fahrlässig herbeigeführten Körperverletzung mit Misshandlungsvorsatz die gleiche Strafdrohung vorgesehen, ungeachtet der unterschiedlichen Intensität des Vorsatzes

(Verletzungsvorsatz in Abs. 1 und Misshandlungsvorsatz in Abs. 2). Zuzustimmen ist dem Vorschlag, dem Unterschied zwischen der Begehungsform nach Abs. 1 und 2 dadurch Rechnung zu tragen, dass für die Begehung nach Abs. 2 die Strafdrohung reduziert wird, und zwar konsistent auch bei der Begehung nach § 83 Abs. 2 StGB in Verbindung mit schweren Verletzungsfolgen, schweren Dauerfolgen und Todesfolge.

Die geplante Differenzierung beim Verletzungsvorsatz einerseits auf einfache Körperverletzung, andererseits auf schwere Körperverletzung mit damit verbundener Untergliederung in § 83 Abs. 3 und 4 StGB (Verletzungs- und Misshandlungsvorsatz je mit schwerer Verletzungs- bzw. Dauerfolge) bzw. § 84 Abs. 1 und 3 StGB (bedingt vorsätzlich schwere Verletzungsfolge bzw. Dauerfolge) sowie § 86 Abs. 1 und 2 StGB (Verletzung mit Todesfolge) ist zwar dogmatisch vertret- und nachvollziehbar, würde aber im Widerspruch zur beabsichtigten Beseitigung von Problemen in der Praxis genau das Gegenteil bewirken. Mit dieser Novellierung geht vielmehr eine ungeheure Verkomplizierung selbst einfacher Sachverhalte einher. Dies deshalb, da bei beinahe sämtlichen zu lösenden Sachverhalten die schwierige Abgrenzungsfrage, mit welchem Vorsatz der Täter handelte, im Vordergrund steht, wobei auf der inneren Tatseite jedes Mal eine Differenzierung vorzunehmen wäre. Diese in der Praxis enorm schwierige Differenzierung führt zu einer nicht wünschenswerten Komplexheit bei eigentlich einfachen Grundsachverhalten, was weder im Sinn des Gesetzgebers noch im Sinn des Rechtsanwenders ist. Die – teils schon jetzt - oft schwierige Beweiswürdigung zur inneren Tatseite bei Verletzungsdelikten würde durch die geplanten Änderungen noch verschärft, da damit eine Vervielfachung der Problemfelder auch vor dem Hintergrund der Trennung der Strafdrohungen in § 83 Abs. 3 und 4 bzw. § 84 Abs. 1 und 3 StGB sowie § 86 Abs. 1 und 2 StGB verbunden ist. Dass dies geradezu den Zweck der Reform, Probleme in der Praxis zu beseitigen, konterkariert, ist offensichtlich. Dies auch vor dem Hintergrund, dass die vorgeschlagenen Änderungen dazu führen würden, dass im „Grunddelikt“ des § 83 StGB bereits Fälle der schweren Körperverletzung (§ 83 Abs. 3) sowie Körperverletzung mit schweren Dauerfolgen (§ 83 Abs. 4) geregelt sind, wobei die inhaltsgleichen Verletzungsfolgen auch – in Anbetracht der Verletzungsfolgen folgerichtig – als Delikt der schweren Körperverletzung bezeichneten Bestimmung des § 84 StGB in den Abs. 1 und 3 ausformuliert sind. Begrüßenswert wäre daher die Beibehaltung der bisherigen Deliktsstruktur; ausgehend vom Grunddelikt der vorsätzlichen Körperverletzung nach § 83 Abs. 1 und 2 StGB soll sich die Strafbarkeit bzw. erhöhte Strafbarkeit an den

Eintritt gewisser Folgen knüpfen, was sich in den Bestimmungen des § 84 Abs. 1 StGB (schwere Körperverletzung), des § 85 StGB (Körperverletzung mit schweren Dauerfolgen) und des § 86 StGB (Körperverletzung mit tödlichem Ausgang) fortsetzt.

Besonders problemträchtig ist die beabsichtigte Regelung der schweren Körperverletzung nach § 84 Abs. 1 StGB, zumal diese Bestimmung es nach den Erläuterungen künftig ermöglicht, eine Strafbarkeit des Versuchs anzunehmen: Abgesehen von der zuvor beschriebenen Problematik der Lösung der schwierigen Abgrenzungsfrage, mit welchem Vorsatz der Täter handelte, könnte dies in der Praxis gerade in Fällen, bei denen wegen § 83 Abs. 1 StGB Strafantrag beim Bezirksgericht erhoben wurde, vermehrt dazu führen, dass Bezirksrichter die innere Tatseite des Täters als bedingten Vorsatz auf schwere Verletzung werten – Voraussetzung für eine in die Zuständigkeit des Landesgerichtes fallende strafbare Handlung ist nur der Anschuldigungs-, aber kein voller Schuldbeweis – und damit ihre sachliche Zuständigkeit zufolge Vorliegens einer Verdachtslage nach §§ 15 Abs. 1, 84 Abs. 1 StGB verneinen. Dies würde zu einer Zunahme (verfahrensverzögernder) Kompetenzkonflikte mit allfälligen Rechtsmittelverfahren und/ oder zu einer massiven Mehrbelastung der Einzelrichter bei den Landesgerichten führen, die im Ergebnis zahlreiche Strafverfahren wegen im Ergebnis bloß (leichter) Körperverletzung nach § 83 Abs. 1 StGB zu verhandeln haben (so z.Bsp.: Strafantrag wegen § 83 Abs. 1 StGB, in dem als Tathandlung ein Faustschlag ins Gesicht angeklagt wird, der beim Opfer einen Nasenbeinbruch ohne Dislokation zur Folge hatte).

Auch dieser Aspekt zeigt, was für eine Beibehaltung der bisherigen Struktur der Körperverletzungsdelikte (§§ 83 bis 87 StGB) spricht; dies auch vor dem Hintergrund, dass sowohl die Rechtsprechung als auch Teile der Lehre einen Versuch des § 84 Abs. 1 StGB ausgeschlossen haben.

Sinnvoll ist der vorgesehene Verzicht auf ein bestimmtes Mittel in § 84 Abs. 2 Z 1 und ein Abstellen allein auf die lebensgefährliche Art und Weise mit entsprechendem Vorsatz.

Im Lichte der bisherigen Ausführungen – berücksichtigend das Anliegen, mit der Novellierung die Strafdrohungen bei qualifizierten Körperverletzungsdelikten zu erhöhen – ist der Anhebung des Strafrahmens für das Delikt der schweren Körperverletzung auf fünf Jahre Freiheitsstrafe zuzustimmen, jedoch ohne Einführung einer Mindeststrafdrohung.

Begrüßenswert ist auch die deutliche Erhöhung der Strafdrohungen bei absichtlich schweren Körperverletzungen; im Vergleich zum vorsätzlichen Tötungsdelikt nach § 76 StGB erscheint jedoch der vorgeschlagene Strafraumen bei fahrlässiger Todesfolge (§ 86 Abs. 3 StGB), wonach die Untergrenze bei der Höchstgrenze des § 76 StGB beginnen soll, nicht nachvollziehbar. Ein Strafraumen von fünf bis zu fünfzehn Jahren bei absichtlich schwerer Körperverletzung mit Todesfolge erscheint als Zeichen, schwerste Verletzungsdelikte streng bestrafen zu wollen, hinreichend.

Vor dem Hintergrund obiger Ausführungen wird zu den vorgeschlagenen Änderungen der Körperverletzungsdelikte im Ministerialentwurf folgender

Alternativvorschlag

erstattet:

Körperverletzung

§ 83. (1) Wer einen anderen am Körper verletzt oder an der Gesundheit schädigt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu 720 Tagessätzen zu bestrafen.

(2) Wer einen anderen am Körper misshandelt und dadurch fahrlässig verletzt oder an der Gesundheit schädigt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.

Schwere Körperverletzung

§ 84. (1) Hat die Tat eine länger als vierundzwanzig Tage dauernde Gesundheitsschädigung oder Berufsunfähigkeit oder eine an sich schwere Verletzung oder Gesundheitsschädigung zur Folge, so ist der Täter im Fall des § 83 Abs. 1 mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren, im Fall des § 83 Abs. 2 mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen.

(2) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren ist der Täter zu bestrafen, wenn eine

Körperverletzung (§ 83 Abs. 1 oder Abs. 2) begangen worden ist

1. auf eine Weise, mit der Lebensgefahr verbunden war,
2. von mindestens drei Personen in verabredeter Verbindung, oder
3. unter Zufügung besonderer Qualen.

(3) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren ist der Täter zu bestrafen, wenn eine Körperverletzung (§ 83 Abs. 1 oder Abs. 2) an einem Beamten, Zeugen oder Sachverständigen während oder wegen der Vollziehung seiner Aufgaben oder der Erfüllung seiner Pflichten begangen worden ist.

Körperverletzung mit schweren Dauerfolgen

§ 85. Hat die Tat für immer oder für lange Zeit

1. den Verlust oder eine schwere Schädigung der Sprache, des Sehvermögens, des Gehörs oder der Fortpflanzungsfähigkeit,
2. eine erhebliche Verstümmelung oder eine auffallende Verunstaltung oder
3. ein schweres Leiden, Siechtum oder Berufsunfähigkeit des Geschädigten zur Folge

so ist der Täter im Fall des § 83 Abs. 1 mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren, im Fall des § 83 Abs. 2 mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen.

Körperverletzung mit tödlichem Ausgang

§ 86. Hat eine Tat den Tod des Geschädigten zur Folge, so ist der Täter im Fall des § 83 Abs. 1 mit Freiheitsstrafe von einem bis zu fünfzehn Jahren, im Fall des § 83 Abs. 2 mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen.

Absichtlich schwere Körperverletzung

§ 87. (1) Wer einem anderen eine schwere Körperverletzung (§ 84 Abs. 1) absichtlich zufügt, ist mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu

bestrafen.

(2) Zieht die Tat eine schwere Dauerfolge (§ 85) nach sich, ist der Täter mit Freiheitsstrafe von fünf bis zu zehn Jahren, hat die Tat den Tod des Geschädigten zur Folge, mit Freiheitsstrafe von fünf bis zu fünfzehn Jahren zu bestrafen.

Zu Z. 49 (Einführung des § 120a StGB):

Vorauszuschicken ist, dass grundsätzlich kein Einwand gegen den Tatbestand des § 120a StGB besteht. Unklar erscheint jedoch die Schnittstelle zu § 107a StGB (Beharrliche Verfolgung), zumal etwa das Herstellen von Kontakten im Wege einer Telekommunikation oder unter Verwendung eines sonstigen Telekommunikationsmittels (bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen) von § 107a StGB erfasst wird.

Zu Z. 56 ff (Anhebung der Wertgrenzen und Senkung der Strafdrohungen bei Vermögensdelikten):

Der Entwurf hebt die erste Wertgrenze von € 3.000,- auf € 5.000,- und die zweite Wertgrenze von € 50.000,- auf € 500.000,- an, „um eine deutliche Senkung der Strafdrohungen für Vermögensdelikte zu erreichen“. In den Materialien wird dazu ausgeführt, dass die Strafdrohungen bei Vermögensdelikten teilweise zu hoch erscheinen und die Relation der Strafdrohungen für Vermögensdelikte einerseits und für Sexual- und Körperverletzungsdelikte andererseits „im Hinblick auf den Wandel der Werthaltung in der Gesellschaft nicht mehr zeitgemäß“ seien.

Dies hat zur Folge, dass sich bei einem Beutewert von € 50.001,- bis € 500.000,- der Strafraum von bisher 1 bis 10 Jahre Freiheitsstrafe auf künftig 0 bis 3 Jahre Freiheitsstrafe ändert. Schwerste Vermögensstraftaten würden damit über Nacht zu einem bloßen Vergehen abgewertet. Beispielsweise würden – um einen klassischen Fall aus der Praxis zu nehmen – Täter, die in einer Nacht hochwertige Neu- oder Gebrauchtwagen durch Einbruch stehlen und anschließend ins Ausland verbringen, selbst bei einem Gesamtbeutewert von € 300.000,- oder € 400.000,- nur mehr mit bis zu 3 Jahren Freiheitsstrafe bedroht sein (zumal im Entwurf auch die Strafdrohung für alle Einbrüche außer in Wohnstätten zusätzlich auf bis 3 Jahre reduziert wird), während nach geltendem Recht 1 bis 10 Jahre Freiheitsstrafe drohten und die vielfache Überschreitung der zweiten

Wertgrenze zusätzlich einen besonderen Erschwerungsgrund bei der Strafzumessung bildete.

Schon dieses Beispiel macht deutlich, dass vor allem die Verzehnfachung (!) der zweiten Wertgrenze (und die gleichzeitig vorgenommene Reduktion der Strafdrohung für alle Einbruchsdiebstähle außer Wohnstätteneinbrüche) sehr problematisch ist. Eine der Erhöhung der ersten Wertgrenze von € 3.000,- auf € 5.000,- und eine vergleichbare Erhöhung der zweiten Wertgrenze um rund zwei Drittel würde gut € 80.000,- ergeben. Die vorgeschlagene Anhebung der zweiten Wertgrenze entspricht in keiner Weise der vorherrschenden Kriminalität, wird doch ein Beutewert von € 500.000,- in den seltensten Fällen überschritten. Die Verzehnfachung der zweiten Wertgrenze hätte gleichzeitig unzählige Wertungswidersprüche zur Folge, würde doch beispielsweise der erwähnte Eingangsfall des Einbruchsdiebstahls mehrerer Luxusautos im Gesamtwert von € 300.000,- oder € 400.000,- strafrechtlich einerqualifizierten gefährlichen Drohung nach § 107 Abs 2 StGB gleich gehalten. Wer etwa einmal bedingt vorsätzlich mit einer falschen € 20,- oder € 50,- Banknote bezahlt, wäre sogar mit höherer Strafe bedroht, da § 233 Abs 1 StGB die Höchststrafe von 3 auf 5 Jahren anhebt.

Zutreffend ist, dass die Strafraumen bei vorsätzlicher Körperverletzung deutlich zu niedrig waren, was mit dem vorliegenden Entwurf korrigiert wird. Keinesfalls ist es aber notwendig, gleichzeitig die Strafdrohungen bei qualifizierten Fällen des Diebstahls und allgemein bei der Vermögensdelinquenz durch die Verzehnfachung der zweiten Wertgrenze derart massiv zu senken. Ein Blick über die Grenze zeigt, dass beispielsweise Deutschland schon das Grunddelikt des Diebstahls mit bis zu 5 Jahren Freiheitsstrafe bedroht (§ 242 dStGB – dies gilt selbst bei geringwertigen Sachen; vgl. § 248 dStGB) und bei diversen qualifizierten Diebstahlsformen (mit unterschiedlichen Strafuntergrenzen) jeweils bis zu 10 Jahre Freiheitsstrafe vorsieht (§ 243ff dStGB).

Der Behauptung in den Materialien, dass es im Bereich der Vermögensdelikte zu keiner Entkriminalisierung komme und die im Bereich zwischen € 50.000,- und € 500.000,- anfallenden Verschiebungen „keine Auswirkungen in general- und spezialpräventiver Hinsicht entfalten sollten“, kann nicht gefolgt werden. Die vorgeschlagene Anhebung der Wertgrenzen bei gleichzeitiger Senkung des Strafraumens beim vermögensrechtlichen Hauptdelikt des Diebstahls (die Strafdrohung sowohl beim – ohnedies kaum mehr anwendbaren – berufsmäßigen Diebstahl als auch beim Einbruchsdiebstahl [ausgenommen Wohnstätten] soll ja auf maximal 3 Jahre gesenkt werden) könnte zu einer deutlichen Zunahme derartiger Taten vor allem durch Täter

führen, die nur zum Zweck der Tatbegehung nach Österreich reisen („Kriminaltouristen“). Wie aus zahlreichen Fällen bekannt und auch lebensnah nachvollziehbar ist, wählen diese Täter ihr Zielland nicht nur nach der Verfügbarkeit von entsprechender Beute, sondern auch nach dem Risiko des Erwischtwerdens und den dabei drohenden Sanktionen aus. Die zu erwartende Zunahme derartiger Taten könnte auch auf den Wirtschaftsstandort und das Sicherheitsgefühl der österreichischen Bevölkerung Rückwirkungen haben. Die verstärkten Bemühungen sowohl der Polizei als auch der Justiz, beispielsweise durch Sonderkommissionen, Schwerpunktaktionen oder aufwändig geführte Ermittlungsverfahren, um schwere Vermögensstraftaten aufzuklären beziehungsweise zu verhindern und im Sinne der Generalprävention potenzielle Täter abzuschrecken, würden dadurch keine Unterstützung erfahren (reduzierte Möglichkeit der Untersuchungshaft wegen Tatbegehungsgefahr).

Dem (kostenintensiven) „Problem der Überbelegung von Gefängnissen“ vor allem mit in Österreich nicht sozial integrierten Personen (das eher beiläufig zur Begründung des Entwurfs angeführt wird) ließe sich mit einer konsequenten und raschen Übernahme der Strafvollstreckung durch deren Herkunftsländer wirksam begegnen.

Zusammenfassend wendet sich die Staatsanwaltschaft Linz daher vor allem gegen die Verzehnfachung der zweiten Wertgrenze, wobei gegen eine Anhebung der ersten Wertgrenze im vorgeschlagenen Ausmaß sowie gegen eine Anhebung der zweiten Wertgrenze auf € 80.000,-- bis maximal € 100.000,-- kein Einwand bestünde.

Zu Z. 67 und 68 (§§ 129, 130 StGB):

Grundsätzlich ist das Ziel des Entwurfs, „minderschwere“ Fälle des Einbruchsdiebstahls, wie etwa das Aufbrechen von Zeitungskassen (vgl. RIS-Justiz RS0094208; 14 Os 6/01; 15 Os 151/91; 12 Os 1/01; 13 Os 72/98), Fahrradschlössern oder sonstigen Behältnissen durch eine Senkung des Strafrahmens unrechtsadäquat zu sanktionieren, vorbehaltlos zu befürworten. Dass nunmehr jedoch ausschließlich der Einbruch in eine „Wohnstätte“ (sowie der „bewaffnete Diebstahl“) dem bisherigen Strafrahmen von 6 Monaten bis 5 Jahren Freiheitsstrafe unterstellt bleiben sollen, schießt über die Ziele des Entwurfs (Anpassung der Strafdrohung von Vermögensdelikten im Vergleich zu den Strafdrohungen für Delikte gegen Leib und Leben; ausgewogenere Differenzierung nach Unrechtsgehalt und Deliktsschwere innerhalb von § 129 StGB) hinaus und ist aus Sicht der Praxis zu kritisieren:

Der Gesetzgeber der Bundesrepublik Deutschland hat bereits im Zuge des 6. Strafrechtsreformgesetzes (*Sechstes Gesetz zur Reform des Strafrechts*, verkündet am 26. Januar 1998 (dt. BGBl. 1998 I 164), in Kraft getreten am 1. April 1998) eine falsche Gewichtung innerhalb der Vermögensdelikte in Bezug auf die für Opfer besonders belastende Form des Einbruchsdiebstahls in Wohnungen erkannt, und darauf allerdings mit einer Anhebung der Strafuntergrenze (von 3 Monate auf 6 Monate Freiheitsstrafe) reagiert; die Strafobergrenze von zehn Jahren wurde beibehalten (vgl. § 244 Abs 1 Z 3 dt. StGB). Der Einbruch in sonstige Gebäude, Dienst- oder Geschäftsräume oder andere umschlossene Räume fällt in Deutschland unter einen Strafrahmen von 3 Monaten bis 10 Jahren Freiheitsstrafe (§ 243 Abs 1 Z 1 dt. StGB). Das Schweizerische Strafgesetzbuch normiert im Übrigen für den Diebstahl an sich eine Strafdrohung von bis zu 5 Jahren (oder Geldstrafe) sowie für den gewerbsmäßigen Diebstahl eine Strafdrohung von bis zu 10 Jahren (vgl. Art 139 schw. StGB). Die Senkung des Strafrahmens für Fälle des Einbruchs in „sonstige“ Gebäude (Geschäftsobjekte, Büros, Schulen und Kindergärten, Kanzleien etc.) erweist sich daher schon aus rechtsvergleichender Sicht als überschießend. Insbesondere die Absenkung des Strafrahmens für Fälle des - sich von der Gesamtschadenssumme her unterhalb der zweiten (geplanten) Wertgrenze bewegenden - gewerbsmäßigen „Firmeneinbruchs“ (§§ 129 Abs 1 Z 1, 130 4. Fall StGB idF des Entwurfs) auf Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis 5 Jahren wird dem Unwert- und auch dem sozialen Störgehalt nicht gerecht, den diverse „Ost-Banden“ Jahr für Jahr in Österreich durch gezielte Einbrüche in Firmen(komplexe) verursachen. Wie die Praxis zeigt, ziehen derartige Fälle organisierter Kriminalität in der Regel einen beträchtlichen Beute- und Sachschaden nach sich, der jeweils im sechsstelligen Bereich liegt. Die geplante „Entschärfung“ des Strafrahmens insbesondere auch für Fälle des gewerbsmäßigen (bzw. berufsmäßigen) „Firmeneinbruchs“ birgt – wie bereits zuvor dargelegt – die Gefahr, dass kriminelle Vereinigungen ihre Aktivitäten verstärkt auf Österreich ausrichten, was auf lange Sicht auch Nachteile für den Wirtschaftsstandort nach sich ziehen könnte.

Außerdem ist zu beachten, dass der Entwurf auch die Strafdrohung für den gewerbsmäßigen PKW/LKW-Einbruchsdiebstahl bis zu einem Schaden von EUR 500.000,00 auf 6 Monate bis 5 Jahre Freiheitsstrafe herabsetzt. Der organisierte KFZ-Einbruchsdiebstahl (Diebstahl des PKW selbst durch Einbruch) fällt jedoch ebenso wie der gewerbs- bzw. berufsmäßige Firmen-Einbruchsdiebstahl in den Bereich der

„Schwerkriminalität“, sodass aus Sicht der Praxis eine Strafrahmensenkung nicht befürwortet werden kann.

Weiters ist die Differenzierung der Strafdrohung zwischen Fällen des berufsmäßig begangenen schweren Diebstahls (§ 128) oder gemäß § 129 Abs 1 StGB durch Einbruch begangenen Diebstahls (Strafdrohung von 6 Monaten bis 5 Jahren Freiheitsstrafe; § 130 2. Satz StGB idF des Entwurfs) und den Fällen eines berufsmäßig begangenen schweren Betrugs (Strafdrohung von einem bis zu 10 Jahren Freiheitsstrafe; § 148 2. Fall StGB idF des Entwurfs) inkonsequent und nicht nachvollziehbar.

Aus diesen Gründen wird folgende Fassung der §§ 129, 130 StGB vorgeschlagen:

„§ 129. (1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren ist zu bestrafen, wer einen Diebstahl begeht, indem er zur Ausführung der Tat

- 1. in ein Transportmittel, in einen Lagerplatz oder sonst in einen anderen umschlossenen Raum einbricht, einsteigt, mit einem nachgemachten oder widerrechtlich erlangten Schlüssel, einem anderen nicht zur ordnungsmäßigen Öffnung bestimmten Werkzeug oder einem widerrechtlich erlangten Zugangscod e eindringt,*
- 2. ein Behältnis aufbricht oder mit einem der in Z 1 genannten Mittel öffnet,*
- 3. eine Sperrvorrichtung aufbricht oder mit einem der in Z 1 genannten Mittel öffnet, oder*
- 4. eine Zugangssperre elektronisch außer Kraft setzt.*

(2) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren ist zu bestrafen, wer einen Diebstahl begeht, indem er in ein Gebäude auf die in Abs. 1 Z 1 oder 4 genannte Art gelangt.

(3) Mit Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu fünf Jahren ist zu bestrafen, wer einen Diebstahl begeht,

- 1. indem er in eine Wohnstätte auf die in Abs. 1 Z 1 oder 4 genannte Art gelangt, oder*
- 2. bei dem er oder mit seinem Wissen ein anderer Beteiligter (§ 12) eine Waffe oder ein anderes Mittel bei sich führt, um den Widerstand einer*

Person zu überwinden oder zu verhindern.“

Durch die vorgeschlagene Fassung wird bewirkt, dass relevante Bereiche der organisierten Kriminalität (auf Firmeneinbrüche spezialisierte „Banden“) weiterhin unter einen dem Handlungs- und vor allem Erfolgswert gerecht werdenden Strafraumen fallen. Dass der Einbruch in Gebäude, die Wohnzwecken dienen, den höchsten Handlungs- und Gesinnungswert innerhalb der Qualifikationen des § 129 StGB verkörpert, wird hingegen durch eine Mindeststrafdrohung zum Ausdruck gebracht.

In Bezug auf § 130 StGB wird folgender Alternativvorschlag unterbreitet:

„Wer einen Diebstahl berufsmäßig (§ 70) oder als Mitglied einer kriminellen Vereinigung unter Mitwirkung (§ 12) eines anderen Mitglieds dieser Vereinigung begeht, ist mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren zu bestrafen. Wer auf diese Weise einen schweren Diebstahl (§ 128 StGB) oder einen Diebstahl nach § 129 Abs 1 begeht, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen. Wer auf die im ersten Satz genannte Weise einen Diebstahl nach § 129 Abs 2 oder Abs 3 begeht, ist mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen. Ebenso ist zu bestrafen, wer auf die im ersten Satz genannte Weise und auf die in Abs. 1 Z 1 oder 4 genannte Art ein Fahrzeug, das zum Antrieb mit Maschinenkraft eingerichtet ist, durch Diebstahl wegnimmt.“

Durch die vorgeschlagene Fassung bleiben in der Praxis besonders relevante Fälle der Schwermriminalität, nämlich nicht nur gewerbsmäßige Einbrüche in Wohnstätten, sondern auch in Firmenobjekte etc. sowie der gewerbsmäßige KFZ-Diebstahl einem unrechtsadäquaten Strafraumen (wie bisher 1 bis 10 Jahre) unterworfen. Minderschwere Fälle (z.B. gewerbsmäßiger Fahrraddiebstahl bzw. der gewerbsmäßige Diebstahl von Autoradios aus versperrten PKW) hingegen unterliegen einem Strafraumen von 6 Monaten bis 5 Jahren.

Die Ergänzung des § 129 StGB um die Begehungsform des Eindringens mithilfe eines widerrechtlich erlangten Zugangscodes (§ 129 Abs 1 Z 1 StGB idF des Entwurfs) wird ausdrücklich begrüßt, zumal der „bloße Code“ mangels Körperlichkeit weder einen Schlüssel noch ein Werkzeug iSd § 129 StGB darstellt (vgl. *Salimi* in SbgK § 129 Rz 52).

Auch die geplante Neueinführung der Begehungsweise nach § 129 Abs 1 Z 4 StGB idF des Entwurfs (elektronisches Außerkraftsetzen einer Zugangssperre), welche vor allem auf den Einsatz von Störsendern abzielt, trägt dem technischen Fortschritt und den Anforderungen der Praxis Rechnung und wird ebenfalls explizit befürwortet. Überlegenswert wäre jedoch, generell das Außer-Kraft-Setzen einer elektronischen Zugangssperre als weitere Qualifikation zu normieren („eine elektronische Zugangssperre außer Kraft setzt“), weil dadurch auch jene strafwürdigen Fälle erfasst wären, in denen die elektronische Zugangssperre mechanisch außer Kraft gesetzt wird. Dadurch werden Strafbarkeitslücken in jenen Bereichen umgangen, in denen die Zugangssperre nicht gewaltsam („einbricht“) oder mit einem „Werkzeug“ ausgehebelt wird, sondern auf sonstige Art und Weise umgangen wird, wie etwa beim Kurzschließen. Ein solches „Kurzschließen“ ist als „Umgehung“ bisher nicht von den Einbruchsqualifikationen umfasst (vgl. RIS-Justiz RS0094235).

Zu Z. 89 (§ 153d StGB):

Obwohl die Erläuterungen zum Entwurf (Punkt I.) 4.), Seite 2 unten) ausdrücklich betonen, dass Sozialbetrug jährlich zu Schäden in Millionenhöhe, Wettbewerbsverzerrung sowie negativen Auswirkungen auf den Wirtschaftsstandort Österreich führt, ist zu befürchten, dass die vorgeschlagene Neufassung des § 153d StGB entgegen den Intentionen der StGB-Reform („Die vorgeschlagene Änderung des § 153d StGB soll eine effizientere Bekämpfung dieses Phänomens durch die strafrechtliche Erfassung aller „betrügerischer“ Anmeldungen und die Erweiterung der Strafbarkeit auf das „Vermitteln“ bzw. „In-Auftrag-Geben“ solcher Anmeldungen bewirken“) in der Praxis vielmehr zu einer „Einschränkung“ der Strafbarkeit führen wird.

Nach der geltenden Gesetzeslage genügt zur Strafbarkeit wegen § 153d StGB auf der subjektiven Ebene der bedingte Vorsatz (§ 5 Abs 1 StGB). Gemäß § 153d StGB idgF macht sich strafbar, wer schon bei der Anmeldung oder Meldung es ernstlich für möglich hält und sich damit abfindet, dass dann Sozialversicherungsbeiträge dem Sozialversicherungsträger oder Zuschläge nach dem BUAG der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse nicht entrichtet werden (vgl. *Kirchbacher/Presslauer* in WK-StGB² § 153d Rz 22). Nach § 153d Abs 1 bzw. 2

StGB idF des Entwurfs macht sich jedoch nur derjenige strafbar, der die Anmeldung bzw. Meldung **in dem Wissen**, dass die auflaufenden Beiträge oder Zuschläge nicht vollständig geleistet werden sollen, vornimmt, vermittelt oder in Auftrag gibt. Damit wird offensichtlich die Vorsatzstufe der Wissentlichkeit (§ 5 Abs 3 StGB) eingeführt, was in der Praxis nicht unerhebliche Beweisprobleme hinsichtlich der subjektiven Tatseite mit sich bringen wird, insbesondere bei Fällen, in denen Beiträge/Zuschläge lediglich unvollständig abgeführt werden. Aus Sicht der Praxis sind ähnliche Beweisprobleme wie im Bereich des § 165 Abs 2 StGB vorprogrammiert. Insofern enthalten die Erläuterungen zu § 153d StGB insofern keine Begründung für die Umgestaltung des Delikts auf der subjektiven Tatebene.

Des Weiteren bleibt die Überschrift des § 153d StGB („Betrügerisches Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen und Zuschlägen nach dem Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz“) unverändert, wogegen die bisherige Legaldefinition des „betrügerischen Handelns“ (§ 153d Abs 1 letzter Satz StGB idgF) entfällt. Laut den Erläuterungen soll jedoch durch die vorgeschlagene Fassung des § 153d StGB klargestellt werden, dass die „betrügerische“ Anmeldung jedenfalls strafbar ist, selbst wenn die gemeldete Person keinen Pflichtversicherungstatbestand erfüllt. Reine Scheinmeldungen, dh. Anmeldungen von Dienstnehmern zur Sozialversicherung, die – entgegen der Anmeldung – nicht der Pflichtversicherung unterliegen, sind bislang nicht tatbildlich (vgl. *Kirchbacher/Presslauer* in WK-StGB² § 153d Rz 19; *Kert* in SbgKomm § 146 Rz 407; *Reindl-Krauskopf*, RdA 2008, 393). Vielmehr ist die Vortäuschung eines die Pflichtversicherung begründenden Sachverhalts zum Zweck der Gewährung von Leistungen aus der Sozialversicherung als Betrug (§§ 146 ff StGB) strafbar (vgl. *Kirchbacher/Presslauer* in WK-StGB² § 153c Rz 29, § 153d Rz 28; RIS-Justiz RS0093066; EBRV SozBeG = RV 698 BlgNR XXII. GP 3, 8). Es ist nicht ersichtlich, weshalb § 153d StGB idF des Entwurfs nunmehr auch bloße Scheinmeldungen erfassen sollte. So kam schon der Endbericht zum Forschungsprojekt „Sozialbetrug, auch im Zusammenhang mit Lohn- und Sozialdumping“ im Auftrag des Bundesministeriums für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz (abrufbar unter https://www.bmask.gv.at/cms/site/attachments/1/1/7/CH2081/CMS1341475012705/forschungsprojekt_sozialbetrug.pdf) zum Ergebnis, dass Scheinmeldungen in Ermangelung eines Dienstgebers nicht vom Tatbestand des § 153d StGB (idgF)

erfasst sein können. Die Beitragspflicht ist grundsätzlich mit dem Beginn der Beschäftigung bzw. pflichtversicherten Tätigkeit verknüpft (§ 10 ASVG). Eine Verpflichtung zur Entrichtung von Beiträgen ohne Vorliegen eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses besteht – soweit ersichtlich – lediglich im Rahmen des § 56 ASVG, wobei die Pflicht zur Weiterzahlung von Beiträgen (im Fall der nicht rechtzeitigen Abmeldung) eine gegen den Dienstgeber gerichtete Sanktion zur Erzwingung der Einhaltung der Meldevorschriften darstellt (vgl. VwGH 04.10.2001, 98/08/0313).

Eine andere Spielart der „Scheinanmeldung“ stellen in der Praxis jene Fälle dar, in denen tatsächlich beschäftigte – und damit ex lege versicherte – Dienstnehmer unter Angabe eines anderen Dienstgebers angemeldet werden, wobei es sich bei diesem offiziellen Dienstgeber meist um eine vermögenslose und insolvente juristische Person handelt. Auch in diesem Abgrenzungsbereich steht ein Teil der Lehre auf dem Standpunkt, dass Sozialversicherungsmitarbeiter durch Täuschung über den wahren Dienstgeber irrtumsbedingt zur Abstandnahme von der Beitragseinhebung beim wirklichen Dienstgeber verleitet werden, sodass Strafbarkeit wegen Betrugs (§§ 146 ff StGB) besteht (vgl. *Kirchbacher/Presslauer* aaO § 153 Rz 29 f; aA hingegen *Kert* in SbgK § 146 Rz 405, und *Reindl-Krauskopf*, RdA 2008, 393, die § 153d StGB als exklusive Norm ansehen). In gleicher Weise strittig ist die Abgrenzungsfrage zwischen §§ 146 ff StGB und § 153d StGB für jene Sachverhaltsvariante, dass Dienstnehmer mit – im Vergleich zur tatsächlichen Auszahlung – geringeren Löhnen angemeldet werden (vgl. hiezu *Kert* aaO Rz 406; *Reindl-Krauskopf* aaO). Die Rechtsprechung (**13 Os 142/07t**) beurteilt diesen Sachverhalt als Betrug, weil Verantwortliche der Sozialversicherung (GKK) durch Täuschung über Tatsachen zur Unterlassung der Einforderung der rechnermäßig richtigen Sozialversicherungsbeiträge verleitet werden. Diese Beispiele zeigen, dass die Abgrenzung zwischen §§ 146 ff StGB und § 153d StGB durchaus diffizil ist. Der vorliegende Entwurf trägt nicht dazu bei, diese Abgrenzungsprobleme in den Griff zu bekommen, sodass das Ziel des Entwurfs, alle „betrügerischen“ Anmeldungen im Rahmen des § 153d StGB (abschließend) zu erfassen, nicht vollständig verwirklicht wird.

§ 153d StGB wurde im Jahr 2005 vor allem mit Blick darauf eingeführt, dass die Anmeldung von Dienstnehmern in der Absicht, keine Beiträge zu entrichten, wegen

des Kontrahierungszwanges der Sozialversicherungsträger mangels Kausalität nicht als klassischer Betrug iSd § 146 StGB in Betracht käme (RV 698 BlgNR XXII. GP 3). Ziel war damit die Schließung von Strafbarkeitslücken. § 153d StGB kann auch nicht als im Vergleich zu § 146 StGB „exklusive“ Regelung verstanden werden (idS *Kert* aaO Rz 405; *Reindl-Krauskopf* aaO). Exklusivität erfordert das Vorliegen von widerstreitenden Tatbestandsmerkmalen (vgl. 14 Os 172/11t = RIS-Justiz RS0128225) und liegt gerade dann nicht vor, wenn sich eine Tat in zwei Tatbestände einordnen lässt (vgl. *Ratz* in WK-StGB² Vor §§ 28-31 Rz 3, 4 und 6; *Lässig* in WK² FinStrG § 22 Rz 6). Ungeachtet der Bezeichnung „betrügerisches Vorenthalten“ (nunmehr laut Entwurf nur mehr in der Überschrift erwähnt) verlangt § 153d StGB gerade kein betrügerisches Verhalten, denn es bedarf keiner Täuschung, die den Getäuschten zu einer Vermögensverfügung verleitet (vgl. *Kert* aaO Rz 403), was gerade das essentielle Merkmal des Betrugstatbestandes darstellt. Das Unterlassen der Geltendmachung von Forderungen kommt als Vermögensverfügung in Betracht (vgl. *Kirchbacher* in WK-StGB² § 146 Rz 53 mwN), wobei ein auf Unterlassung der Geltendmachung vermögensrechtlicher Ansprüche abzielender Betrug vollendet ist, sobald wegen der bewirkten Täuschung eine an sich bereits mögliche und sonst auch nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwartende Inanspruchnahme des Schuldners unterbleibt (RIS-Justiz RS0094559). Der Betrugstatbestand (§ 146 StGB) enthält somit weitere (speziellere) Tatbestandsmerkmale und ist außerdem als Erfolgsdelikt ausgestaltet, während § 153d StGB idF des Entwurfs die Nichtzahlung der Beiträge nicht als Taterfolg, sondern als objektive Bedingung der Strafbarkeit normiert, obwohl § 153d Abs 3 StGB eine Wertqualifikation vorsieht. Schließlich ist bezüglich der Abgrenzungsproblematik zu berücksichtigen, dass Anmeldungen zur Sozialversicherung im Regelfall durch Dienstgeber, Steuerberater oder Lohnverrechner auf elektronischem Weg via „ELDA“ erfolgen, sodass anstelle von § 146 StGB an § 148a StGB zu denken ist (vgl. dazu Forschungsprojekt Sozialbetrug, S. 179 und 241).

Hinsichtlich dieser Abgrenzungsproblematik (§ 153d StGB - §§ 146, 148a StGB) sei darauf hingewiesen, dass § 153d StGB idF des Entwurfs jedenfalls für die Fallgruppe der Übermittlung falscher Beitragsnachweise (z.B. Anmeldung von vollbeschäftigten Dienstnehmern als bloß geringfügig beschäftigt) keine Anwendbarkeit entfalten wird. Auf der subjektiven Tatseite muss der Täter mit dem

Wissen handeln, dass die laut Anmeldung auflaufenden Sozialversicherungsbeiträge nicht vollständig geleistet werden. Jener Dienstgeber, der „betrügerisch“ seine Dienstnehmer unrichtig als geringfügig beschäftigt anmeldet, schuldet aufgrund dieser Anmeldung den Unfallversicherungsbeitrag und allfällig eine Dienstgeberabgabe. Wenn es zur Entrichtung dieser Beiträge kommt, handelt der Täter weder mit dem Wissen, die „laut Anmeldung auflaufenden“ Sozialversicherungsbeiträge nicht vollständig zu leisten, noch tritt die objektive Bedingung der Strafbarkeit ein, welche wiederum an die nicht vollständige Entrichtung der „laut Anmeldung auflaufenden“ Sozialversicherungsbeiträge anknüpft. Insofern bliebe es bei einer Strafbarkeit wegen §§ 146 ff bzw. 148a StGB (vgl. 13 Os 142/07t).

Sollte der Gesetzgeber mit § 153d StGB tatsächlich eine „exklusive“ Regelung für sämtliche „betrügerischen“ Malversationen im Zusammenhang mit Anmeldungen zur Sozialversicherung bzw. Meldungen bei der BUAK verfolgen, so wird folgender Vorschlag unterbreitet:

1.) Ersetzen der Wortfolgen „die laut Anmeldung auflaufenden Sozialversicherungsbeiträge“ bzw. „die laut Meldung auflaufenden Zuschläge“ durch die Wortfolgen „die zu entrichtenden Sozialversicherungsbeiträge“ bzw. „die zu entrichtenden Zuschläge“ in § 153d Abs 1 bzw. 2 StGB.

2.) Einführung einer ausdrücklichen **Subsidiaritätsklausel** nach dem Vorbild des § 22 Abs 2 FinStrG, wobei folgender Wortlaut vorgeschlagen wird.

„(4) Ist die Tat auf betrügerische Weise, insbesondere durch unrichtige oder unvollständige Angaben über nach den sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen oder dem Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz erhebliche Tatsachen begangen worden, so ist die Tat ausschließlich nach § 153d StGB zu bestrafen.“

Insoweit wird auch auf die in Deutschland geltende Regelung (§ 266a Abs 2 dt. StGB) verwiesen, wobei die Strafbarkeit wegen Betrugs (§ 263 dt. StGB) hinter § 266a Abs 2 dt. StGB (als betrugsähnlicher Sondertatbestand) zurücktritt (vgl. *Perron* in *Schönke/Schröder*, StGB²⁹ § 266a Rz 28).

Die Beibehaltung der „alten“ Wertgrenze von EUR 50.000,00 (§ 153d Abs 3 StGB idF des Entwurfs) erweist sich als „Systembruch“. Es ist nicht nachvollziehbar,

aus welchen Gründen gerade der Schutzbereich „Entrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen“ keine Anpassung der Wertgrenze zulassen sollte, wo doch sogar bei § 153c StGB eine Herabsetzung der Strafdrohung um die Hälfte beabsichtigt ist. Ähnliche Überlegungen hätten überdies für die Wertbeträge zu gelten, welche die gerichtliche Zuständigkeit in Finanzstrafsachen bestimmen (§ 53 FinStrG).

Zu Z. 101 (§§ 163a bis 163d StGB):

Die Zusammenfassung des „Bilanzstrafrechts“ in den §§ 163a bis 163d StGB idF des Entwurfs wird vollinhaltlich befürwortet. Die Festlegung eines einheitlichen Strafrahmens von bis zu 2 Jahren Freiheitsstrafe verleiht den „Bilanzdelikten“ ein höheres Gewicht und bewirkt eine längere (einheitliche) Verjährungsfrist von 5 Jahren (bei GmbH und AG), was insofern sinnvoll ist, als „Bilanzfälschungen“ oftmals erst nach Jahren entdeckt werden.

Zu Z. 153 (§ 205a StGB):

Wie in den Erläuterungen ausführlich dargestellt, ist Art. 36 der Europaratskonvention zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt an sich bereits im österreichischen Strafrecht umgesetzt: Tathandlungen, bei denen der Täter Gewalt, gefährliche Drohung oder Freiheitsentziehung anwendet, um den Willen des Opfers zu brechen oder auszuschalten, werden von §§ 201 und 202 StGB erfasst. Sexuelle Handlungen gegen den ausdrücklichen Willen einer Person sind – auch wenn der Täter weder (physische) Gewalt, noch gefährliche Drohung oder Freiheitsentziehung anwendet - nach §§ 205 (wenn es sich um den sexuellen Missbrauch einer wehrlosen Person handelt), 206 (wenn es sich um den Beischlaf oder eine dem Beischlaf gleichzusetzende Handlung mit einer Person unter 14 Jahren oder eine solchen Person an sich selbst handelt), 207 (wenn es sich um eine sonstige geschlechtliche Handlung mit einer Person unter 14 Jahren oder einer Person an sich selbst handelt), 207b (wenn die Zwangslage einer Person unter 18 Jahren ausgenützt wird) oder 212 (wenn in den dort angeführten Fällen ein Autoritätsverhältnis ausgenützt wird) StGB strafbar. Weitere unfreiwillige sexuelle Kontakte sind von §§ 108 (Täuschung), 205 (sexueller Missbrauch einer psychisch beeinträchtigten Person) oder 207b Abs 3 (sexueller Missbrauch von Jugendlichen) erfasst. Abschließend erfasst § 218 StGB unfreiwillige geschlechtliche Handlungen an einer Person oder vor

einer Person unter Umständen, unter denen diese geeignet sind, berechtigtes Ärger-
nis zu erregen, als sexuelle Belästigung.

Vor diesem Hintergrund ist die Aufnahme des neuen Straftatbestandes zur dar-
über hinaus gehenden Vorbeugung und Hintanhaltung sexueller Gewalt im Hinblick
auf die äußerst unklaren Begriffe des „Einverständnisses“ und der „Einschüchterung“
in der Praxis aber problemträchtig. Fraglich ist dabei zum einen, woraus das Fehlen
des Einverständnisses resultieren muss, da als Grund für ein Fehlen des Einverständ-
nisses nur eine Täuschung in Frage kommt (zumal § 205 StGB bereits Umstände an-
führt, die ursächlich für ein fehlendes Einverständnis sind, die also für § 205a StGB
nicht herangezogen werden können). Gleichzeitig wird in den Erläuterungen jedoch
bereits angeführt, dass im Ergebnis unfreiwillige sexuelle Kontakte im Sinne des Art.
36 des Europaratsübereinkommens als Täuschung nach § 108 StGB strafbar sein
können. Zum anderen stellt sich die Frage, welche Anforderungen an das Einholen
des „Einverständnisses“ zu setzen sind (zu welchem Zeitpunkt und auf welche Weise
hat ein Täter das Einverständnis des Opfers einzuholen; bedarf es womöglich im Ver-
lauf des Tatgeschehens weiterer Abklärung des opferseitig nach wie vor bestehenden
Einverständnisses). In der Praxis wird hinsichtlich des mangelnden Einverständnisses
des Opfers wohl überwiegend Aussage gegen Aussage stehen, und das zu erhebli-
chen Beweisschwierigkeiten und wohl nicht selten zur Nichtnachweisbarkeit des Tat-
bestandes führen. Unklar ist weiters, welches Täterverhalten als einschüchternd zu
qualifizieren ist, das dabei jedoch noch nicht unter den Tatbestand der gefährlichen
Drohung nach §§ 74 Abs 1 Z 5, 107 StGB zu subsumieren ist.

Insgesamt erscheint die Einführung des vorgeschlagenen § 205a StGB im Hin-
blick auf die äußerst unbestimmten Rechtsbegriffe, die in der Praxis schwierige Nach-
weisbarkeit des strafbaren Verhaltens und den ohnehin schon die Erfordernisse des
Europaratsübereinkommens ratifizierenden, umfassenden Deliktskatalog der strafba-
ren Handlungen gegen die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung entbehrlich.

Zu Z. 166 (§ 218 Abs 1 StGB):

Bislang pönalisiert § 218 Abs 1 StGB die sexuelle Belästigung eines Opfers
durch eine geschlechtliche Handlung (diese definiert durch die Rechtsprechung). Die
vorgeschlagene Aufnahme des Begriffs „einer nach Art und Intensität einer solchen
vergleichbaren, der sexuelle Sphäre im weiteren Sinn zugehörige körperliche Hand-
lung“ ist äußerst unbestimmt und sehr weit gefasst.

Um Abgrenzungsschwierigkeiten in der Praxis gering zu halten und ausufernde Interpretation der *sexuellen Sphäre im weiteren Sinn* hintanzuhalten, wäre eine konkretere Ausgestaltung, etwa unter Bezugnahme auf zur Geschlechtssphäre zugehörige Körperstellen und deren unmittelbares Umfeld zielführend.

Zu Z.185 (§ 241h StGB):

Nach den Materialien ist dieser neu geschaffene Tatbestand erforderlich, weil die Herauslockung von Bankomatdaten durch fingierte E-Mails („Phishing“) und das Auslesen von Daten auf Magnetstreifen unbarer Zahlungsmittel und anschließendem Kopieren dieser Daten auf entsprechende Kartenrohlinge („Skimming“) strafrechtlich nicht vollständig erfasst sei. Nach dem Entwurf ist das Ausspähen von Daten eines unbaren Zahlungsmittels nur mit Bereicherungsvorsatz oder dem Vorsatz strafbar, eine Fälschung unbarer Zahlungsmittel (§ 241a StGB) zu ermöglichen.

Nach Ansicht der Staatsanwaltschaft Linz ist die vorgeschlagene Bestimmung jedoch nicht zur Schließung von Strafbarkeitslücken geeignet. Wer mit dem von § 241h StGB verlangten Vorsatz handelt, ist in der Regel unproblematisch als Beitragstäter zum bereits bestehenden Tatbestand der Fälschung unbarer Zahlungsmittel zu erfassen.

Im Falle der Beibehaltung der Neuregelung sollte (angesichts des unklaren Verhältnisses zu § 241a StGB) das Zurücktreten des § 241h StGB als bloßes Auffangdelikt – etwa durch eine ausdrückliche Subsidiaritätsklausel – hervorgehoben werden. Denn während § 241a Abs 1 StGB mit bis zu 3 Jahren Freiheitsstrafe bedroht ist, sieht die neu vorgeschlagene Bestimmung als Grunddelikt bloß 1 Jahr Freiheitsstrafe vor.

Zudem sollte überhaupt die Strafdrohung des § 241h StGB an § 241e Abs 1 und 2 StGB angeglichen werden (bis zu 2 Jahre beziehungsweise 6 Monate bis zu 5 Jahre Freiheitsstrafe), wird doch dort eine ganz ähnliche Tathandlung (Verschaffen eines fremden unbaren Zahlungsmittels mit dem Vorsatz, dessen Fälschung zu ermöglichen) sanktioniert.

Zu Z. 195 (§ 283 StGB):

Vorweg wird eine Neuregelung des Inhalts des § 283 StGB grundsätzlich begrüßt, weil die Tatbestandsvoraussetzungen bisher nicht nur komplex sind, sondern ein ergänzender Regelungsbedarf für bestimmte Umstände gesehen wird. So besteht etwa für die Merkmale "Öffentlichkeit" und "Gruppe" aus Sicht des Rechtsanwenders ein "Nachjustierungsbedarf" im Hinblick auf Tathandlungen über soziale Netzwerke.

Soweit im Entwurf das Tatbestandserfordernis - "*öffentlich auf eine Weise, dass es vielen Menschen **zugänglich** wird*" - die beiden bisherigen Regelungen im Abs 1 ersetzen soll, ist der Wortlaut dieser Textierung ident mit dem Wortlaut des § 3h VerbotsG. Damit wird die Zahl der Personen, für die die Äußerung wahrnehmbar sein soll von 150 auf 30 Personen stark reduziert, wogegen nichts einzuwenden ist. Zur Klarstellung sollte jedoch anstatt "*zugänglich*" der Begriff "*wahrnehmbar*" verwendet werden. Letzteres gilt auch für die Qualifikation des Abs 2, die damit im Internet verbreitete Äußerungen unter strengere Strafe stellt, was befürwortet wird.

Zum Kriterium "Gruppe" sollten, um bisher bestehende Lücken zu schließen, ausdrücklich "**Asylwerber und/ oder Flüchtlinge**" in den Kreis der geschützten Personengruppen aufgenommen werden. Damit könnte z. B. Hetze gegen Bewohner eines Asylantenheims bestraft werden können. Die Wendung "*vorhandene oder fehlende Staatsangehörigkeit*" reicht dafür wohl nicht aus.

Zu der Tathandlung "*Aufstacheln zu Hass*" wird die Auffassung nicht geteilt, dass damit der Begriff "Hetzen" bloß ersetzt wird. Es ist zu bedenken, dass "**Aufstacheln**" ein sehr aggressives Verhalten indiziert, welches Beweisprobleme schafft. Der bisherige Begriff "Hetzen" ist demgegenüber viel weiter gefasst. Insoweit wird durch die vorgesehene Formulierung der Anwendungsbereich möglicherweise eher **eingeschränkt**. Durch die Verwendung der bereits bekannten Begriffe "*Aufreizen*" oder "*Auffordern*" könnten diese Probleme abgeschwächt und die Bestimmung anwendbarer gemacht werden.

Dass nun auch ein einzelnes "Mitglied einer solchen Gruppe **ausdrücklich** wegen der Zugehörigkeit zu dieser Gruppe" Schutzobjekt werden soll, wird kaum beweisbar sein.

Zu § 283 Abs 1 Z 2 StGB neu ist anzumerken, dass die Voraussetzung "**Absicht**" diese Bestimmung kaum anwendbar machen wird.

§ 283 Abs 1 Z 3 StGB neu sollte sich an § 3h VerbotsG orientieren! Die Einschränkungen " ..., wobei die Handlung gegen ... gerichtet ist und in einer Weise begangen wird, die geeignet ist,aufzustacheln", macht diese Bestimmung schlicht unbeweis- und so unanwendbar.

Im Verbrechenstatbestand des Abs 3 neu sollte neben der Gewalt auch die Drohung mit Gewalt in den Tatbestand aufgenommen werden.

Aufgrund der Voraussetzung "Absichtlichkeit" wird Abs. 4 kaum zur Anwendung kommen.

Zusammenfassend muss aus Sicht der Praxis angemerkt werden, dass durch die Neufassung keine wesentliche Entspannung der bestehenden Probleme bei der Subsumierung von inkriminierten Äußerungen unter die Tatbestandselemente zu erwarten ist.

Artikel 2 (Änderung des Suchtmittelgesetzes):

Zu Z 1, 2 und 3 (§§ 13 Abs. 2a und 4 sowie 14 Abs. 1 SMG):

Mit der vorgeschlagenen Bestimmung des **§ 13 Abs. 2a SMG** soll die Kriminalpolizei dazu angehalten werden, in den Fällen, in denen der Anfangsverdacht (§ 1 Abs. 3 StPO) besteht, dass eine Person eine Straftat nach §§ 27 Abs. 1 und 2 oder 30 SMG ausschließlich für den eigenen persönlichen Gebrauch oder den persönlichen Gebrauch eines anderen begangen hat, ohne dass diese Person daraus einen Vorteil gezogen hat, anstelle einer Strafanzeige an die Staatsanwaltschaft (§ 78 StPO) diesen Umstand der Bezirksverwaltungsbehörde als Gesundheitsbehörde mitzuteilen; nach dem vorgeschlagenen **§ 13 Abs. 4 SMG** haben Kriminalpolizei und Staatsanwaltschaft erst nach einer Strafanzeige nach dem vorgeschlagenen 2.Satz in **§ 14 Abs. 1 SMG** durch die Bezirksverwaltungsbehörde den Verdacht in einem Ermittlungsverfahren aufzuklären, wobei damit argumentiert wird, dass der (vorläufige) Entfall eines Ermittlungsverfahrens für die betroffene Person einen Anreiz bieten soll, sich einer zweckmäßigen, ihr nach den Umständen möglichen und zumutbaren, nicht offenbar aussichtslosen gesundheitsbezogenen Maßnahme nach § 11 Abs. 2 SMG zu unterziehen. Die vorgeschlagenen Änderungen (kein Ermittlungsverfahren und keine Einbindung der Justiz) würden den Gesundheitsbehörden eine wesentlich schnellere Reaktion ermöglichen und ließen damit auch eine Effizienzsteigerung gesundheitsbezogener Maßnahmen einhergehen, weil diese, wo sie geboten sind, in einem frühen Stadium ansetzen würden.

Diese beabsichtigte Neuerung steht im Widerspruch zu den Bestimmungen der §§ 1 und 2 StPO, normiert doch § 1 StPO, dass bei Vorliegen eines Anfangsverdacht (§ 1 Abs. 3 StPO) das Ermittlungsverfahren zu beginnen hat, mit dem Ziel, die Straftat aufzuklären und regelt § 2 Abs 1 StPO, dass die Kriminalpolizei verpflichtet ist, jeden ihr zur Kenntnis gelangten Anfangsverdacht einer Straftat, die

nicht bloß auf Verlangen einer hiezu berechtigten Person zu verfolgen ist, in einem Ermittlungsverfahren von Amts wegen aufzuklären. Entgegen den Erläuterungen im Entwurf wird daher das Legalitätsprinzip wohl berührt und im Bereich der Suchtmittelkriminalität durchbrochen.

Ohne (Auf)Klärung des Anfangsverdachts in einem Ermittlungsverfahren wird die Kriminalpolizei einerseits nicht beurteilen können, ob lediglich davon auszugehen ist, dass eine Person eine Straftat nach §§ 27 Abs. 1 und 2 oder 30 SMG ausschließlich für den eigenen persönlichen Gebrauch oder den persönlichen Gebrauch eines anderen begangen hat, ohne dass diese Person daraus einen Vorteil gezogen hat (in der Praxis sind beispielsweise wiederholt Fälle aufgetreten, bei denen Ermittlungen ergaben, dass eine Suchtgiftweitergabe an Minderjährige erfolgte und § 27 Abs. 4 Z 1 SMG vorliegt), andererseits ob der Anfangsverdacht tatsächlich stichhaltig ist (z.B.: sichergestelltes vermeintliches Suchtgift nach KPU-Untersuchung keine dem SMG unterliegende Substanz oder eine psychotrope Substanz – dies hätte eine Einstellung des Verfahrens nach § 30 Abs. 3 SMG zur Folge – bzw. eine dem NPSG unterliegende Substanz). Letzteres ist insofern wesentlich, da § 12 Abs. 1 SMG als Grundlage für das Tätigwerden der Gesundheitsbehörde das Vorliegen bestimmter Tatsachen verlangt, die die Annahme rechtfertigen, dass jemand Suchtgift missbraucht. Dies vor dem Hintergrund, dass genug Fallkonstellationen denkbar sind, bei denen eine Person eine Straftat nach §§ 27 Abs. 1 und 2 oder 30 SMG ausschließlich für den persönlichen Gebrauch eines anderen begangen hat, ohne dass diese Person daraus einen Vorteil gezogen hat (z.B.: Transport bzw. Ein- und Ausfuhr von Suchtgift, indem der Täter den das Suchtgift bei sich tragenden Mitfahrer transportiert oder Fälle, in denen der Kontakt zwischen Drogenverkäufer und Drogenabnehmer hergestellt, somit vermittelt wird); diese Fälle würden dann – obwohl ein strafrechtlicher Tatbestand nach dem SMG vorliegt – ohne jede Reaktion bleiben, was zu einem Spannungsverhältnis mit der geltenden Rechtslage führen würde.

Dazu kommt, dass die beabsichtigte Neuregelung eine massive Mehrbelastung der Gesundheitsbehörden hervorruft. Dies zum einen deshalb, weil die in § 35 Abs. 4 SMG vorgesehene (praktisch häufige) Nichtbefassung der Gesundheitsbehörden bei Cannabis nicht zur Anwendung gelangt, andererseits immer dann, wenn eine gesundheitsbezogene Maßnahme gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 – 5 SMG für notwendig erachtet wird, weil dann die Einhaltung auch dieser Maßnahmen

nunmehr von der Gesundheitsbehörde zu überwachen wäre, während die geltende Regelung des § 36 Abs. 1 SMG diese Überwachung durch die Gesundheitsbehörde explizit auf Maßnahmen nach § 11 Abs. 2 Z 1 SMG beschränkt. Dies vor dem Hintergrund, dass bereits nach derzeitiger Rechtslage die Stellungnahmen der Gesundheitsbehörden nach § 35 Abs. 3 Z 2 SMG oftmals erst nach Wochen (teils bis zu 3 Monaten) erfolgen. Die erwartete raschere Reaktion der Gesundheitsbehörden bei Suchtmittelmissbrauch ist daher in Zweifel zu ziehen. Schließlich sind in mehr als der Hälfte der Fälle, in denen seitens der Gesundheitsbehörden eine gesundheitsbezogene Maßnahme nach § 11 Abs. 2 Z 5 SMG für notwendig, zweckmäßig und nicht aussichtslos erachtet wird, die Kapazitäten der zur Verfügung stehenden Einrichtungen dermaßen begrenzt, dass die Betroffenen die Maßnahme nicht zeitnah in Anspruch nehmen können, sondern oftmals auf einer „Warteliste“ der Einrichtung „stehen“.

Zudem wird in jenen Fällen, in denen die Kriminalpolizei wegen der gleichen Person wiederholt innerhalb kurzer Zeitspanne Berichte im Sinne des § 13 Abs. 2a SMG an die Gesundheitsbehörde erstattet, die Regelung nach § 35 Abs. 2 letzter Satz SMG unterlaufen. Diese (teilweise zu wenig bekannte) Bestimmung führt durchaus – entgegen den Darlegungen in den Erläuterungen zum vorliegenden Entwurf – zu zahlreichen Verurteilungen, bei denen § 27 SMG strafsatzbestimmend ist.

Als problematisch wird bei der beabsichtigten Neuregelung auch gesehen, dass in den Fällen einer erfolgreichen Vorgangsweise nach § 13 Abs. 2a SMG dann, wenn die betreffende Person in der Folge andere Straftaten nach §§ 27 bis 28a oder 30 bis 31a SMG begangen hat, ein Verstoß gegen den Grundsatz ne bis in idem kaum vermieden werden kann; Ermittlungsergebnis solcher „Neuanzeigen“ sind oftmals auch zahlreiche, vom Täter zugestandene Tathandlungen nach § 27 Abs 1 Z 1 1. und 2.Fall SMG über einen längeren Zeitraum. Dabei ist es schon bisher schwierig, vom nun anzuklagenden Tatzeitraum jene Zeiten auszunehmen, hinsichtlich derer Ermittlungsverfahren geführt wurden, die entweder bereits nach § 38 Abs. 3 SMG bzw. endgültig nach § 192 Abs. 1 Z 1 StPO erledigt wurden, um eine mögliche Doppelverfolgung hintanzuhalten; bei der beabsichtigten Neuregelung des § 13 Abs. 2a SMG – diese läuft in erfolgreichen Fällen ohne Einbindung und somit Kenntnis der Anklagebehörden – ist es hingegen so gut wie unmöglich dem Grundsatz ne bis in idem gerecht zu werden.

Vor dem Hintergrund der dargelegten Argumente, die der beabsichtigten Neuregelung der §§ 13 Abs. 2a und 4 sowie 14 Abs. 1 2.Satz SMG entgegenstehen, wird die Beibehaltung der derzeitigen Rechtslage befürwortet. Eine Verfahrensbeschleunigung wäre jedoch in den Fällen möglich, bei denen keine Stellungnahme der Bezirksverwaltungsbehörde als Gesundheitsbehörde nach § 35 Abs. 3 Z 2 SMG einzuholen ist, indem in diesen Fällen die in § 35 Abs. 3 Z 1 SMG vorgesehene verpflichtende Einholung einer Auskunft des Bundesministeriums für Gesundheit, Familie und Jugend im Sinne des § 26 SMG unterbleiben könnte; dies vor dem Hintergrund, dass im VJ-Register beinahe sämtliche Polizeiberichte zufolge ERV-Übermittlung eingesehen werden können, sodass mit dem Ergebnis der Namensabfrage des angezeigten Beschuldigten/Verdächtigen bereits durch die Anklagebehörde abschließend geprüft werden kann, ob bzw. wie oft gegen diese Person bereits Verfahren wegen SMG-Delikten behingen samt Verfahrensstand/Ausgang des Strafverfahrens.

Artikel 3

Zu Z.9 (§ 198 Abs 2 Z 1 StPO):

Nach der vorgeschlagenen Bestimmung des § 198 Abs 2 Z 1 StPO ist ein Vorgehen nach dem 11. Hauptstück der StPO (Rücktritt von der Verfolgung – Diversion) nur (mehr) zulässig, wenn

1. die Tat nicht mit mehr als fünf Jahren Freiheitsstrafe bedroht ist und kein Erschwerungsgrund nach § 33 Abs 2 oder 3 StGB anzunehmen ist.

Nach dem Entwurf werden in § 33 Abs 3 StGB die Erschwerungsgründe bei vorsätzlichen strafbaren Handlungen gegen Leib und Leben, Schwangerschaftsabbruch und strafbaren Handlungen gegen die Freiheit (erster bis dritter Abschnitt des Besonderen Teils), bei strafbaren Handlungen im Zusammenhang mit der Verletzung der Privatsphäre und bestimmter Berufsgeheimnisse (fünfter Abschnitt des besonderen Teils) sowie strafbaren Handlungen gegen die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung (zehnter Abschnitt des besonderen Teils) erweitert: nach den Erläuterungen soll der Erschwerungsgrund des § 33 Abs 3 Z 1 StGB verschiedene Beziehungsszenarien abdecken, deren „verbindendes Element die Position als Vertrauensperson ist, die im Allgemeinen mit einer solchen Beziehung einhergeht, sowie der besondere psychische Schaden, der aus dem Vertrauensbruch entstehen kann, wenn eine schwere Straftat im Rahmen einer solchen Beziehung begangen wird“. Dies betrifft nun neben dem von § 72 StGB umfassten Personenkreis zusätzlich die ehemaligen Angehörigen sowie mit dem Opfer zusammenlebende Personen, wie etwa Mitbewohner einer Wohngemeinschaft.

Die Neuformulierung des § 198 Abs 1 Z 1 StPO unter zusätzlicher Bezugnahme auf die Erschwerungsgründe nach § 33 Abs 2 oder 3 StGB führt jedoch insgesamt – wohl entgegen den Erläuterungen zum Entwurf – zu einer wesentlichen Einschränkung des Anwendungsbereichs des diversionellen Vorgehens und gerade nicht „zur Ermöglichung eines breiteren Spektrums der Reaktion und Sanktionierung durch verstärkte Bezugnahme auf den Einzelfall“, wie dies durch die Streichung der Bezugnahme auf in die Zuständigkeit des Landesgerichts als Schöffen- oder Geschworenengerichts fallende Straftaten beabsichtigt ist. Konkret wären damit nämlich alle vorsätzlich begangenen Straftaten gegen Leib und Leben sowie gegen die Freiheit, somit etwa auch leichte Körperverletzungen und gefährliche Drohungen, deren Opfer Angehörige oder Mitbewohner sind, von einer diversionellen Erledigung automatisch ausgeschlossen. Die Erläuterungen führen zusammengefasst den

Opferschutz als wesentliches Kriterium für die Erweiterung der Erschwerungsgründe aus. Durch die Bezugnahme auf das Vorliegen dieser Erschwerungsgründe als Ausschließungsgründe für ein Vorgehen nach dem 11. Hauptstück der StPO wird jedoch nicht berücksichtigt, dass etwa beim Tatausgleich nach § 204 StPO dem Opfer (bereits) eine herausragende Rolle zukommt, ist doch die umfassende Einbindung des Geschädigten bzw Verletzten in die Ausgleichsbemühungen des Beschuldigten vorgeschrieben. Das Opfer kann auch nicht gezwungen werden, bei einem solchen Ausgleich mitzuwirken (vgl *Schroll*, WK-StPO § 204 Rz 6). Gerade bei derartigen Straftaten im häuslichen und familiären Umfeld konnten in der Praxis durch diversionelles Vorgehen gute Erfolge, insbesondere auch betreffend Rückfallsquoten und Opferzufriedenheit, erzielt werden.

Der vorgeschlagene ex lege Ausschluss der Diversion bei Gewaltdelikten und Straftaten gegen die Freiheit (sowie nach dem fünften und zehnten Abschnitt des Besonderen Teils des StGB) würde dazu führen, dass über sämtliche derartige Straftaten mit einem Opfer iSd § 33 Abs 3 Z 1 StGB (als dem Angehörigenkreis oder Wohnbereich zugehörig) allein aus dem Grund dieser Opfereigenschaft auf Grund Erhebung eines Strafantrages in der (bezirks- oder landesgerichtlichen) Hauptverhandlung urteilsmäßig zu entscheiden wäre. Spezialpräventiven Erwägungen, wie etwa die Auseinandersetzung des Täters mit dem Opfer selbst sowie mit der verübten Straftat und deren Auswirkungen auf das Opfer, würde dadurch nicht mehr in der bisherigen Form Rechnung getragen werden können. Auch der erst jüngst durch das Strafrechtsänderungsgesetz 2014 mittels (ua) Einführung des vorläufigen Rücktritts von der Verfolgung mit der Zuweisung des Falls an einen Konfliktregler eingeschlagene, als dringend geboten erachtete Weg der „Belebung des Tatausgleichs“ (vgl Erläuterungen zum Ministerialentwurf, 38/ME XXV. GP) würde durch die vorgeschlagene Neutextierung des § 198 Abs 2 Z 1 StPO konterkariert.

Gleichermaßen führt der Verweis auf § 33 Abs 2 StGB zu einem Diversionsausschluss bei auch leichten Körperverletzungen und gefährlichen Drohungen, die in Gegenwart einer unmündigen Person begangen wurden. Als Konsequenz könnte dann z. B. ein Strafverfahren gegen einen reumütig geständigen volljährigen Täter, der einem ebenfalls volljährigen Opfer in der Öffentlichkeit, etwa in der Nähe eines Schulhofes, eine Ohrfeige versetzt hat, auch nach Aussöhnung und bei Vorliegen aller weiteren Voraussetzungen nicht diversionell erledigt werden.

Nach Auffassung der Staatsanwaltschaft Linz sollte folglich ein Vorliegen eines Erschwerungsgrundes iSd § 33 Abs 2 und 3 StGB nicht zu einem ex lege Ausschluss diversiven Vorgehens führen.

Staatsanwaltschaft Linz

Linz, 16.4.2015

Dr. Friedrich Hintersteiner, Leitender Staatsanwalt, eh.
