



Ass.-Prof. Mag. Dr. Farsam Salimi

**Rechtswissenschaftliche
Fakultät**
Institut für Strafrecht und Kriminologie
Schenkenstraße 8-10
A-1010 Wien

An das
Bundesministerium für Justiz
Postfach 63, 1016 Wien
Museumsstr 7
team.s@bmj.gv.at
Cc: begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Wien, 21.4.2015

**Punktuelle Stellungnahme zum Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes
2015 (98/ME 25. GP), BMJ-S318.034/0007-IV/2015**

Sehr geehrte Damen und Herren,

anbei erlaube ich mir, zum Entwurf eines StrafrechtsänderungsG 2015 (aufbauend auf den Bericht der Arbeitsgruppe „StGB 2015“) Stellung zu nehmen. Angesichts der Fülle der Vorschläge konzentriert sich die folgende Stellungnahme auf einzelne Punkte des Entwurfs.

1. Zur Konfiskation nach § 19a StGB (Art 1 Z 2 des Entwurfs)

Die Konfiskation nach § 19a StGB soll auch **auf Nutzungen und Ersatzwerte** ausgedehnt werden. Diese Änderung soll der Umsetzung von Art 4 Abs 1 der Richtlinie 2014/42/EU über die Sicherstellung und Einziehung von Erträgen aus Straftaten in der EU, ABl L 2014/127, 57 dienen (ErlME 7). Diese Richtlinienbestimmung verlangt, dass Tatwerkzeuge und Erträge oder Vermögensgegenstände, deren Wert diesen Tatwerkzeugen oder Erträgen entspricht, der Einziehung (in der österr Terminologie bei nicht gefährlichen Gegenständen: der Konfiskation) unterliegen müssen. Umgelegt auf die der Konfiskation unterliegenden Gegenstände müssten daher nach der RL-Vorgabe § 19a StGB jedenfalls um die „**Ersatzwerte**“ ergänzt werden. Das ist auch nachvollziehbar. Der Täter soll keinen Vorteil daraus ziehen, dass er das Tatwerkzeug oder die durch die Straftat hervorgebrachte Sache rechtzeitig weiterverkauft oder gegen andere Gegenstände einge-

tauscht hat. Die Erfassung von „**Nutzungen**“ von Tatwerkzeugen oder von durch die Straftat hervorgebrachten Sachen ist hingegen verzichtbar. Sie ist zum einen nicht von der RL gefordert. Diese spricht nicht von „Erträgen von Tatwerkzeugen“. Es erschließt sich auch nach Lektüre des Gesetzestexts wie auch der Materialien nicht, an welche Fälle der Entwurf hier denkt. Begeht ein Täter eine Straftat durch Verwendung eines PKW, kann dieser PKW nach geltendem Recht konfisziert werden, wenn er im Eigentum des Täters steht. Wie lassen sich aber die „Nutzungen“ eines PKW berechnen? Und ab welchem Zeitpunkt sind diese zu berechnen (ab Tatzeitpunkt oder auch schon davor liegende „Nutzungen“)? Es zeigt sich, dass die Ausdehnung der Konfiskation auf Nutzungen von „instrumenta“ und „producta sceleris“ weder europarechtlich geboten ist, noch einen praktikablen Anwendungsbereich eröffnet. Aus diesem Grund wird empfohlen, auf die Ausdehnung der Konfiskation auf „Nutzungen“ zu verzichten und lediglich die Konfiskation von „Erstattzwerten“ in § 19a Abs 1a StGB aufzunehmen.

2. Zum selbstständigen Konfiskationsverfahren in § 445 Abs 2a StPO (Art 3 Z 12 des Entwurfs)

Abgesehen von der Änderung des § 19a StGB soll auch ein dazugehöriges selbstständiges Konfiskationsverfahren eingeführt werden. Diese Erweiterung erfolgt dem ME nach in Umsetzung von Art 4 Abs 2 der in Zusammenhang mit Art 19a StGB genannten Richtlinie (ErlME 35). Damit soll eine **Konfiskation auch ohne Schultdspruch** möglich sein. Nach Meinung des ME „scheint ihr Ausspruch trotz Abwesenheit des Angeklagten und Unterbleibens eines Schultdspruches ... ohne Verstoß gegen den Grundsatz der Unschuldsvermutung oder insgesamt eines fairen Verfahrens nach Art 6 EMRK zulässig zu sein“ (ErlME 36). Dem ist zu widersprechen. Die Konfiskation ist eine Strafe, das sehen die Erläuterungen ebenso wie die hM (ErlME 36; ua *Fuchs/Tipold*, WK² § 19a Rz 17 mwN; *Medigovic/Reindl-Krauskopf*, AT II 51 mwN). Die Verhängung einer Strafe bedarf aber eines Schuldnnachweises durch eine Verurteilung. Eine Strafe ohne Schuldnnachweis ist mit den Grundsätzen der Strafprozessordnung (Unschuldsvermutung, *fair trial*) nicht vereinbar. Weiters setzt die Verhängung einer Strafe ein Verfahren voraus, in dem dem Beschuldigten rechtliches Gehör gewährt wird. Auch das ist durch § 445 Abs 2a ME-StPO nicht gewährleistet, weil bei Abbruch des Verfahrens nach § 197 StPO der Verdächtige bzw. Beschuldigte typischerweise überhaupt nicht oder jedenfalls noch nicht zu den Voraussetzungen der Konfiskation vernommen wurde.

Im Übrigen sieht der vorgeschlagene § 445 Abs 2a StPO weniger Garantien vor, als es nach der RL notwendig wäre. Nach Art 4 Abs 2 RL muss zwar eine Einziehung (id Terminologie der RL) von Tatwerkzeugen auch in Abwesenheit des Beschuldigten, zumindest bei Abwesenheit aufgrund von Krankheit oder Flucht des Betreffenden erfolgen können. Betrachtet man aber auch Erwägungsgrund 15 der RL ergibt sich, dass die Richtlinie selbst an die Gewährung rechtlichen Gehörs denkt, weil es dort heißt, dass die Mitgliedstaaten „zudem verlangen [können], dass die betreffende Person zu dem Einziehungsverfahren geladen oder darüber unterrichtet wird.“

§ 445 Abs 2a ME-StPO sollte daher **jedenfalls die Gewährung rechtlichen Gehörs** vorsehen, zumindest aber die gehörige Ladung des Beschuldigten. Aufgrund der grundsätzlichen Bedenken, dass eine Strafe ohne Schuldspruch ermöglicht würde, sollte aber auf die **Einführung eines eigenständigen Verfahrens** in § 445 Abs 2a StPO vorerst ganz **verzichtet** werden und die Frage einer grundrechtskonformen Umsetzung des Art 4 Abs 2 der RL noch eingehender untersucht werden.

3. Zu den Erschwerungsgründen des § 33 StGB

Zu § 33 Abs 1 Z 5 StGB (Art 1 Z 3 des Entwurfs)

Der Erschwerungsgrund des § 33 Abs 1 Z 5 StGB soll nach dem Entwurf weiterhin bei Taten aus „rassistischen, fremdenfeindlichen oder anderen besonders verwerflichen Beweggründen greifen. Neu ist nur, dass die sonstigen verwerflichen Beweggründe nun exemplarisch durch Verweis auf die Personengruppen in § 283 Abs 1 Z 1 StGB verdeutlicht werden. Inhaltlich ändert sich dadurch kaum etwas, konnten die nun durch Verweis auf § 283 StGB genannten Fälle auch schon bisher unter § 33 Abs 1 Z 5 StGB subsumiert werden. Grundsätzlich wäre zu begrüßen gewesen, in § 33 Abs 1 Z 5 StGB nicht nur rassistische und fremdenfeindliche Beweggründe *explizit* zu nennen. Das hätte den Eindruck vermieden, dass rassistische und fremdenfeindliche aus Sicht des Gesetzgebers schwerer wiegen wie etwa gegen behinderte Personen gerichtete, homophobe oder sonstige unter „hate crimes“ fallende Taten. Dieser symbolische Mehrwert fehlt bei dem jetzigen Vorschlag, da wiederum zwei verwerfliche Beweggründe explizit genannt werden (Rassismus und Fremdenfeindlichkeit) und die sonstigen verwerflichen Beweggründe weiterhin nur in einer Generalklausel (angereichert durch einen Verweis auf § 283 StGB). Vorzuziehen wäre eine Nennung der Personengruppen des § 283 Abs 1 StGB in § 33 Abs 1 Z 5 StGB, wovon auch die rassistische oder fremdenfeindliche Motivation abgedeckt wäre.

Zu § 33 Abs 2 des Entwurfs (Art 1 Z 4 des Entwurfs)

Nach dem vorgeschlagenen § 33 Abs 2 StGB soll es auch erschwerend wirken, wenn eine strafbare Handlung unter Anwendung von Gewalt oder gefährliche Drohung **in Gegenwart einer unmündigen Person** begangen wird. Die Regelung dient der Umsetzung der Art 46 des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, BGBl III 2008/164. Das genannte Übereinkommen zielt nicht nur seiner Bezeichnung nach, sondern auch nach dessen Art 1 und 2 auf die Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt ab. Hinsichtlich des Erschwerungsgrundes in Art 46 ist im Übereinkommen wohl primär an häusliche Gewalttaten gegen Frauen gedacht, die sich in Gegenwart von Kindern abspielen. Der vorgeschlagene Erschwerungsgrund enthält aber **keinerlei Beschränkung** auf solche Fälle. Vom Wortlaut erfasst wäre etwa auch ein Raufhandel von Erwachsenen, der von schaulustigen Kindern beobachtet wird. Warum ein in der Öffentlichkeit ausgetragener und Kindern verfolgter Rufhandel schwerer wiegen soll als ein unbeobachtet gebliebener, erschließt sich nicht. Eine Einschränkung auf die Zielsetzung des Abkommens wäre daher auch sachlichen Gründen geboten. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass § 39a StGB derzeit ebenfalls keine eine solche Begrenzung enthält.

Zudem kann wohl nur dann eine höhere Schuld des Täters vorliegen, wenn dieser die **Gegenwart des Kindes wahrnimmt**. Wenn der Täter sich sogar bemüht, dass die Straftat unbeobachtet bleibt, aber ein Kind das Geschehen heimlich beobachtet, kann dies wohl kaum ein erschwerender Umstand sein, der die Schuld des Täters erhöhen könnte.

Es wird daher vorgeschlagen, der Erschwerungsgrund zunächst auf **Fälle häuslicher Gewalt** zu beschränken und andererseits die **Wahrnehmung der Gegenwart des Unmündigen** durch den Täter einzufügen.

Zu § 33 Abs 3 StGB (Art 1 Z 5 des Entwurfs)

Ein Erschwerungsgrund soll auch es auch sein, wenn der Täter vorsätzlich eine strafbare Handlung nach dem ersten bis dritten, fünften und zehnten Abschnitt des Besonderen Teils des StGB **gegen bestimmte in § 33 Abs 3 Z 1 bis 4 StGB genannten Gruppen** begeht. Auch diese Bestimmung dient der Umsetzung des Art 46 des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt. Und auch hier – wie in § 33 Abs 1 Z 2 des Entwurfs – **fehlt jeder Bezug zu Gewalt**

gegen Frauen oder häuslicher Gewalt. Die zu § 33 Abs 1 Z 2 des Entwurfs geäußerte Kritik gilt daher auch in Bezug auf § 33 Abs 1 Z 3 des Entwurfs.

Zudem fragt sich, warum der **fünfte Abschnitt des besonderen Teils** genannt ist. Der fünfte Abschnitt des BT enthält die Delikte zum Schutz der Privatsphäre und bestimmter Berufsgeheimnisse, wie etwa den Widerrechtliche Zugriff auf ein Computersystem (§ 118a StGB, „Hacking“), die Verletzung des Telekommunikationsgeheimnisses durch Verwendung von Abhörvorrichtungen (§ 119 StGB), die Verletzung von Berufsgeheimnissen (§ 121 StGB), oder das Auskundschaften von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen (§ 123 StGB). Der Bezug dieser strafbaren Handlungen zu häuslicher Gewalt und Gewalt gegen Frauen erschließt sich nicht. Auch aus dem Europaratsübereinkommen lässt sich eine Verpflichtung, solche strafbare Handlungen in einen Erschwerungsgrund aufzunehmen, nicht entnehmen. Die Materialien selbst zählen die Art 33 bis 40 des Übereinkommens auf, die in keinem Fall die Delikte des fünften Abschnitts betreffen. Der **fünfte Abschnitt sollte daher aus § 33 Abs 1 Z 5 des Entwurfs jedenfalls gestrichen werden.**

Dass es nach dem vorgeschlagenen **§ 33 Abs 3 Z 1 StGB** erschwerend wirken soll, wenn Gewalttaten gegen Angehörige und nahestehende Personen begangen werden, wird ausdrücklich begrüßt, ebenso Erschwerungsgrund bei auf Gewalttaten unter den **in Z 3 und 4** genannten Voraussetzungen.

§ 33 Abs 3 Z 2 des Entwurfs ist hingegen **viel zu weit** gefasst. Erschwerend soll demnach wirken, wenn eine strafbare Handlung gegen eine aufgrund besonderer Umstände schutzwürdig gewordene Person begangen wird. Nach den Erläuterungen zum ME, die wiederum auf den erläuternden Bericht zum Europaratsübereinkommen verweisen, sind unter „besonders schutzwürdig gewordene Personen“ zu verstehen: „schwangere Frauen und Mütter von Kleinkindern, behinderte Personen einschließlich Personen mit kognitiven oder geistigen Einschränkungen, in ländlichen oder abgeschiedenen Gegenden lebende Personen, Konsumenten toxischer Substanzen, Prostituierte, Angehörige einer ethnischen oder nationalen Minderheit, Migrantinnen und Migranten – insbesondere Migrantinnen/Migranten und Flüchtlinge ohne Papiere, Homosexuelle, Bisexuelle oder Transsexuelle, sowie HIV-positive Personen, Obdachlose, Kinder und alte Menschen“. Dieser Personenkreis erfasst zum einen insgesamt einen **nicht unerheblichen Anteil der Gesamtbevölkerung** (man denke an den Anteil von MigrantInnen, Angehörigen von ethnischen Minderheiten, homosexuellen Menschen, Kindern, alten Menschen, Schwangeren und Müttern mit Kleinkindern sowie sämtlichen „in ländlichen Gegenden lebenden

Personen“ an der Gesamtbevölkerung). Damit fällt schon ein erheblicher Teil der Kriminalität unter diesen Erschwerungsgrund.

Der Anwendungsbereich ist aber unabhängig von der Weite der genannten Personenkreise uferlos: Es wäre schlicht widersinnig, den gewalttätigen Beziehungsstreit zwischen einem homosexuellen Paar, das zu wechselseitigen Körperverletzungen führt, für beide als erschwerend zu werten, weil beide Angehöriger einer besonders schutzwürdigen Gruppe sind. Dasselbe gilt für eine Prügelei zwischen zwei Studenten, von denen einer zufällig Migrationshintergrund hat. Ebenso fragt sich, warum ein gewalttätig ausgetragener Streit zwischen zwei auf dem Land lebenden Personen anders zu behandeln sein soll als das gleiche Verhalten von Stadtbewohnern. Diese geradezu absurden Ergebnisse lassen sich nur dann vermeiden, wenn man zusätzlich zur Begehung der strafbaren Handlung gegen eine der genannten Gruppen im Gesetz festschreibt, dass die Tat **unter Ausnutzung der besonderen Schutzbedürftigkeit** der Person begangen wird. Eine solche Präzisierung entspräche im Übrigen auch der Intention des Europaratsabkommens. In Erläuternden Bericht zu Art 12, Par 87 ist zu lesen: „*Perpetrators often choose to target such persons because they know that they are less likely to be able to defend themselves, or seek prosecution of the perpetrator or other forms of reparation, because of their situation*“. Dies kann aber nur der Fall sein, wenn das Opfer gerade wegen seiner Schutzwürdigkeit ausgewählt wurde. Ein Konnex zwischen Straftat und den die Schutzwürdigkeit ausmachenden Faktor ist daher unerlässlich.

Es fragt sich schließlich, warum solche Personenkreise besonders **schutzwürdig „geworden sind“**, ergibt sich deren Schutzwürdigkeit doch in vielen Fällen anscheinend aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer Bevölkerungsgruppe und nicht aufgrund eines nachträglich eingetretenen Ereignisses. Hier liegt das Problem wohl im Wortlaut des Art 46 Europaratsabkommen („made vulnerable“), den man übernommen hat. Das Gesetz könnte ohne Gefahr der Nichtumsetzung auch von Personen sprechen, die „aufgrund besonderer Umstände schutzwürdig „sind“.

Zum Verhältnis des § 33 Abs 2 und 3 StGB zur Diversion (§ 198 Abs 2 Z 1 StPO, Art 2 Z 9 des Entwurfs)

Eine **divisionelle Erledigung** soll nach dem vorgeschlagenen § 198 Abs 2 Z 1 StPO **ausgeschlossen** sein, wenn die Erschwerungsgründe des § 33 Abs 2 oder 3 StGB zur Anwendung kommen. Daher ist die Treffsicherheit von § 33 Abs 2 und 3 des Entwurfs von

großer praktischer Bedeutung. § 33 Abs 2 und 3 des Entwurfs sind – wie soeben ausgeführt – in ihrem vorgeschlagenen Anwendungsbereich viel zu weit. Deren überschießender Anwendungsbereich führt daher dazu, dass in einer Vielzahl von Fällen teils in unsachlicher Weise die Diversion als dritte Spur des Strafrechts nicht angewendet werden kann. Man denke wieder an das Beispiel eines familiären Konflikts innerhalb einer gleichgeschlechtlichen Partnerschaft oder eines Nachbarschaftsstreits im ländlichen Raum. Doch selbst bei Beschränkung des Erschwerungsgrundes auf ein sachlich erträgliches Maß im Rahmen häuslicher Gewalt bzw gegen schutzwürdige Personen unter Ausnutzung dieser Schutzwürdigkeit fragt sich, ob ein solcher Ausschluss der Diversion im Sinne der Resozialisierung der Täter und auch im Interesse der Opfer liegen kann. Bei familiären Konflikten wird sehr oft die diversionelle Erledigung etwa durch Tatausgleich angezeigt sein. Warum für all diese Fälle zukünftig von vornherein (!) der Weg der Diversion abgeschnitten sein soll, ist unverständlich. Die Erläuterungen sagen zu dieser erheblichen Einschränkung der Diversion nichts.

Im Übrigen stellt sich die Frage der Verhältnisses von § 33 Abs 2 idF des Entwurfs und § 33 Abs 1 Z 7 StGB. Es erscheint auch nicht sachgerecht, für die Fälle des § 33 Abs 2 einen generellen Ausschluss der Diversion vorzusehen, für die doch sehr vergleichbaren Fälle des § 33 Abs 1 Z 7 (vgl dazu ErlME 9) hingegen nicht.

4. Zur berufsmäßigen Begehung in § 70 StGB¹ (Art 1 Z 10 des Entwurfs)

Die Grundintention, den Anwendungsbereich der Gewerbsmäßigkeit zu beschränken, ist ausdrücklich zu begrüßen. Die Neudefinition der Berufsmäßigkeit ist ein wichtiger Schritt in Richtung Einengung des Anwendungsgebiets der Gewerbsmäßigkeit auf das, wofür sie einst konzipiert wurde. Gedacht war ursprünglich an einen Täter, der sein Leben auf Kriminalität ausgerichtet hat, anstatt seinen Lebensunterhalt durch legale Arbeit zu bestreiten. Dies soll dem Entwurf nach – zu Recht – nicht nur durch die neue Bezeichnung „Berufsmäßigkeit“ verdeutlicht werden, sondern auch auf das Abstellen auf ein „**nicht bloß geringfügiges fortlaufendes Einkommen**“. Darunter sind nach den Erläuterungen angestrebte monatliche Zuflüsse von mindestens € 100 zu verstehen.

¹ Eine ausführliche Besprechung findet sich bei *Salimi*, „StGB 2015: Berufsmäßige Begehung“ statt Gewerbsmäßigkeit, ÖJZ 2015 (in Druck), aufbauend auf dem gleichnamigen Vortrag beim 43. Fortbildungsseminar aus Strafrecht und Kriminologie am 25. 2. 2015 in Ottenstein.

Zudem soll ein objektives Kriterien eingeführt werden: Der Täter muss innerhalb der letzten zwölf Monate vor der Tat „**zwei solche Taten**“ begangen haben. Es kommt nach den Erläuterungen ME weder darauf an, dass der Täter wegen der Vortat bereits verurteilt wurde, noch dass der Täter wegen der Vortat im laufenden Verfahren auch wegen der Vortat verurteilt wird (sog „Urteils-Lösung“). Die Erläuterungen sagen lediglich: „Es ist ausreichend, wenn dass die beiden Vortaten festgestellt werden können“ (sog „**Tat-Lösung**“). Der **Vorteil** dieser „Tat-Lösung“ ist eine größere Flexibilität. Da nicht alle Voraussetzungen für eine Verurteilung vorliegen müssen, kann auch der professionelle Einbruchsdieb aus dem Ausland, der sein Revier erstmals ins Inland ausdehnt und hier erstmals gefasst wird, wegen berufsmäßiger Tat verurteilt werden, auch wenn sich seine Vortaten im Ausland abgespielt haben und für diese keine inländische Gerichtsbarkeit besteht. **Welche Qualität** diese Vortaten aufweisen müssen und wie vorzugehen ist, wenn die Vortat bereits Gegenstand einer Verurteilung, eines Freispruchs, einer Einstellung oder einer diversionellen Erledigung war, darüber schweigen die Materialien. Es stellen sich eine **Fülle prozessualer Fragen** im Zusammenhang mit der Sperrwirkung früherer Entscheidungen zu Vortaten, mit der Bindungswirkung und der Vereinbarkeit mit der Unschuldsvermutung. Alle diese prozessualen Fragen lassen sich aber wohl im Rahmen des geltenden Rechts lösen. Es wäre aber zu wünschen gewesen, dass der Entwurf in den Materialien kurz zu den prozessualen Fragen Stellung nimmt und damit der Praxis in der Anfangszeit schon vor der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zu diesen Fragen Handlungsanleitungen gibt.

Relevant sind nach dem Gesetzeswortlaut die Vortaten nur, wenn sie **dieselbe strafbare Handlung** wie die aktuelle Tat erfüllen. Der vorgeschlagene Gesetzestext stellt aus gutem Grund nicht auf Taten der gleichen schädlichen Neigung (vgl § 39 StGB) ab. Auch die geltende Bestimmung in § 70 StGB besagt, dass der Täter die Absicht haben muss, wiederkehrend gleiche strafbare Handlungen zu begehen (arg „durch *ihre* Begehung“). Es wäre inkonsistent, bei den Vortaten auch andere strafbare Handlungen ausreichen zu lassen, bei der Absicht auf wiederkehrende Begehung aber nur auf strafbare Handlungen abzustellen, die der aktuellen Tat entsprechen

Die Vortaten müssen jedenfalls **innerhalb eines Jahres vor der aktuellen Tat** begangen worden sein. Die Jahresfrist kann aber zu **unsachlichen Ergebnissen** führen, wenn der Täter innerhalb der letzten zwölf Monate vor der Tat gar keine Vortat setzen konnte, weil er sich etwa in Haft befunden hat. Den wegen zweifachen Einbruchsdiebstahls Verurteilten, der eine einjährige unbedingte Haft absitzt und gleich nach Entlassung aus der Haft wieder einen Einbruchsdiebstahl begeht, nicht als berufsmäßigen Dieb

bestrafen zu können, erscheint unbefriedigend. Es wird daher vorgeschlagen, eine § 39 Abs 2 StGB vergleichbare Regelung zu schaffen, wonach in diese 12-monatige Frist **Zeiten, in denen der Täter „auf behördliche Anordnung angehalten worden ist“, nicht eingerechnet werden.** Eine solche der Hemmung der Rückfallsverjährung nachempfundene **Fortlaufshemmung** würde bewirken, dass die „erzwungene“ Pause dem Täter nicht zum Vorteil gereicht.

Schließlich wird vorgeschlagen, die Gewerbsmäßigkeitssqualifikation bei den zentralen Vermögensdelikten nicht nur bei Diebstahl und Betrug vorzusehen, sondern auch bei **anderen Vermögensdelikten.** Es mutet schlicht willkürlich an, dass dem leitenden Angestellten einer Firma, der laufend Firmengelder, die ihm in Alleingewahrsam anvertraut sind, veruntreut, keine Gewerbsmäßigkeitssqualifikation droht, jenem Mitarbeiter, der mangels Alleingewahrsam laufend Diebstähle begeht, hingegen schon. Eine Gleichschaltung der Vermögensdelikte wäre aus sachlichen wie auch systematischen Gründen wünschenswert.

5. Zur Definition der kritischen Infrastruktur in § 74 Abs 1 Z 11 (Art 1 Z 12 des Entwurfs)

Die Erfassung der kritischen Infrastruktur in einer eigenen Ziffer des § 74 Abs 1 StGB wird grundsätzlich begrüßt. Die Definition enthält „Einrichtungen, Anlagen und Systeme oder Teile davon, die eine wesentliche Bedeutung für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit“ haben, nicht jedoch solche mit Bezug **zur militärischen Landesverteidigung.** Die Nichterwähnung der Landesverteidigung im SPG, die der Entwurf übernimmt, ergibt sich aus der polizeilichen Aufgabenstellung im SPG in Abgrenzung zu den Aufgaben der militärischen Behörden. Aus Sicht des Strafrechts aber erscheinen Angriffe, die Einrichtungen der Landesverteidigung betreffen, ebenso strafwürdig wie Angriffe auf zivile kritische Infrastruktur. Solche Angriffe können eine erhebliche Bedrohung für die Sicherheit der Republik darstellen und sollten daher ebenso nicht anders behandelt werden als Angriffe auf die zivile kritische Infrastruktur (vgl auch Stellungnahme des Bundesministeriums für Landesverteidigung und Sport, 21/SN-98/ME). Es wird daher vorgeschlagen, entweder den Begriff der kritischen Infrastruktur in § 74 Abs 1 Z 11 des Entwurfs um die vergleichbaren Objekte der Landesverteidigung zu erweitern oder alternativ dazu in den jeweiligen Qualifikationstatbeständen („§ 118a, 126a, 126b, 128 StGB) Angriffe auf Einrichtungen der Landesverteidigung als Qualifikation vorzusehen.

6. Zur Neustrukturierung der Körperverletzungsdelikte sowie der Fahrlässigkeit (Art 1 Z 1, Z 17-26 des Entwurfs)

Der neue Aufbau der Körperverletzungsdelikte ist zu begrüßen. Das betrifft sowohl die Unterscheidung zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit und Angleichung an die zivilrechtlichen Verschuldenskategorien im Fahrlässigkeitsbereich als auch die konsequente Unterscheidung zwischen mit Misshandlungsvorsatz oder mit Verletzungsvorsatz begangenen Körperverletzungen. Insgesamt führt die Neuregelung zu einer Systematisierung der Körperverletzungsdelikte. Im Formulierungsvorschlag zu § 83 Abs 3 (Art 1 Z 20 des Entwurfs) ist lediglich ein Redaktionsversehen auszubessern. Im letzten Satzteil muss es heißen „mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen“.

In einem Punkt geht **Vorschlag allerdings zu weit**: Nach dem vorliegenden ME sollen Angehörige eines gesetzlich geregelten **Gesundheitsberufes** wegen fahrlässiger leichter und in Ausübung des Berufs zugefügter Körperverletzungen nicht bestraft werden, sofern diese nicht grob fahrlässig waren. Auch wenn es sich um Personen handelt, die eine gefahrgeneigte Tätigkeit ausüben, erscheint die Straflosigkeit für alle leicht fahrlässig herbeigeführten Verletzungen, die nicht an sich schwer sind oder eine mehr als 24 Tage dauernde Gesundheitsschädigung bzw Berufsunfähigkeit begründen, als zu weit. Es ist einleuchtend, dass in einem so gefahrgeneigten Bereich wie jener der Gesundheitsberufe aufgrund der immer größer werden Anforderungen und knapper Ressourcen Kunstfehler vermehrt auftreten können. Darauf sollte aber mit gesundheitspolitischen Maßnahmen reagiert werden, nicht mit einem weitgehenden Rückzug des Strafrechts. Es wird daher vorgeschlagen, die derzeitige Regelung des § 88 Abs 2 Z 2 StGB, die nur Verletzungen von einer Dauer bis zu 14 Tagen aus der Strafbarkeit ausnimmt, beizubehalten.

7. Zur Zwangsheirat in § 106a StGB (Art 1 Z 41 des Entwurfs)

Die Schaffung eines eigenen Tatbestands für die Zwangsheirat ist nicht notwendig, weil diese nach geltendem Recht bereits als schwere Nötigung nach § 106 Abs 1 Z 3 StGB strafbar ist. Auch die nunmehr vorgeschlagene Strafdrohung des § 106a StGB entspricht jener des § 106 Abs 1 Z 3 StGB. Mit dieser „Hervorhebung (vgl ErlME 14) wird wohl eine **symbolische Wirkung** angestrebt, der in diesem sensiblen Bereich auch nachvollziehbar ist, sodass nichts gegen die Herauslösung der Zwangsheirat aus § 106 StGB einzuwenden ist.

Es ist nur darauf hinzuweisen, dass die **Drohung mit schweren emotionalen Nachteilen** etwa durch Androhung des Entzugs jeglicher familiärer Kontakte und Unterstützungen entgegen den Erläuterungen zum ME (ErlME 14) gerade **nicht als gefährliche Drohung** anzusehen ist, weil keines der in § 74 Abs 1 Z 5 StGB taxativ aufgezählten Rechtsgüter betroffen ist. Daran ändert auch die geplante Änderung des § 74 Abs 1 Z 5 StGB nichts (siehe Art 1 Z 11 des Entwurfs), weil darin lediglich die Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bekanntgabe von Tatsachen oder Veröffentlichung von Bildern ergänzt werden soll. Nur wenn mit dem Entziehen familiärer Kontakte gleichzeitig Vermögenseinbußen einhergehen würden, wäre eine solche Drohung unter dem Aspekt des Rechtsguts Vermögen iSd § 74 Abs 1 Z 5 StGB beachtlich. Soll tatsächlich auch die Drohung mit jeglichen emotionalen Nachteilen als Tatmittel des § 106a ME-StGB in Frage kommen, müsste in der Legaldefinition der gefährlichen Drohung in § 74 Abs 1 Z 5 StGB – dem Vorschlag der Arbeitsgruppe StGB 2015 folgend – auf die Auflistung konkreter Rechtsgüter ganz verzichtet werden.

8. Zum widerrechtlichen Zugriff auf ein Computersystem nach § 118a StGB (Art 1 Z 47 des Entwurfs)

Die Erweiterung der Anwendbarkeit des § 118a StGB durch **Reduzierung seiner subjektiven Schranken** wurde schon lange gefordert (vgl *Salimi*, Zahnloses Cyberstrafrecht ÖJZ 2012, 999 ff; näher *Reindl-Krauskopf* WK² § 118a Rz 35 ff) und war auch Ergebnis der Beratungen der Arbeitsgruppe StGB 2015. Insofern ist der Vorschlag des Neuaufbaus des § 118a StGB iSd Arbeitsgruppenberichts sehr zu begrüßen. Der Wortlaut des § 118a Abs 1 Z 2 StGB sollte aber insofern präzisiert werden, als nur die Verwendung jener Daten erfasst wird, die sich der Täter durch Zugriff auf das Computersystem verschafft hat und die nicht für ihn bestimmt waren. § 118a Abs 1 Z 2 StGB idF ME könnte daher wie folgt präzisiert werden:

„2. durch die Verwendung von im System gespeicherten und nicht für ihn bestimmten Daten, deren Kenntnis er sich verschafft, ...“

9. Zur Fortgesetzten Belästigung im Wege der Telekommunikation oder eines Computersystems - Cybermobbing² (Art 1 Z 49 des Entwurfs)

Die Schaffung eines Straftatbestands, der das Phänomen Cybermobbing erfasst, ist sehr zu begrüßen. Hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung des Tatbestands sind aber einige Punkte zu bedenken: Das Strafrecht sollte als ultima ratio erst eingreifen, wenn die Folgen für das Opfer gravierend sind und ein Verhalten aus Sicht der Gesellschaft besonders gefährlich erscheint. In Fällen von Mobbing trifft das auf das **Cybermobbing** zu. Der besondere Unwert des *Cybermobbings* liegt in der großen Belastung des Opfers: Informationen im Internet können eine enorme Breitenwirkung erreichen, zudem „vergisst das Internet nicht“, sodass einmal ins Netz gestellte Informationen noch Jahre danach auffindbar sein können. (näher *Reindl-Krauskopf*, Cyberstrafrecht im Wandel ÖJZ 2015, 112 [118]; *Salimi*, Cybermobbing – Auf dem Weg zu einem neuen Straftatbestand, JSt 2015, in Druck). Im Begutachtungsentwurf ist allerdings allgemein die Rede von Verhaltensweisen „**im Wege der Telekommunikation oder unter Verwendung eines Computersystems**“. Telekommunikation ist aber auch schlichte Telefonie, SMS-Versand oder E-Mailverkehr. Verwendung eines Computersystems liegt auch vor, wenn A eine private Facebook-Nachricht an B schreibt. Der „Tratsch-Anruf“ von A und B sollte aber gerade nicht von Cybermobbing erfasst sein, ebenso wenig die private über Computersysteme ausgetauschte Nachricht von A an B. Bei solchen Verhaltensweisen besteht kein wertungsmäßiger Unterschied zu „Offline“-Verhalten, es fehlt an der entscheidenden Breitenwirkung. Hinzu kommt, dass bei einer direkten Kontaktaufnahme mit dem Opfer per SMS, E-Mail oder ohnehin idR Stalking nach § 107a StGB vorliegen wird, sodass diesfalls gar kein Bedarf nach einem neuen Straftatbestand besteht.

Auch die Erläuterungen zum Ministerialentwurf führen zunächst aus, dass man Cybermobbing gerade aufgrund der breiten „Öffentlichkeitswirkung, die mit Handlungen im Internet einhergeht“ strafrechtlich pönalisieren will. Zwei Absätze weiter ist aber von E-Mails und SMS als Tatmittel die Rede. Hier sind die Erläuterungen in sich widersprüchlich. Ein klares Abstellen von Handlungen „im Internet“ als Veröffentlichungsmedium wäre daher zu bevorzugen. Man kann dabei schon im Gesetzestext klarstellen, dass die Verwendung des Internets zur Kommunikation, etwa durch Voice Over IP oder Dienste wie „WhatsApp“ nicht erfasst sein soll. Dazu könnte auf Handlungen abgestellt werden, die

² Eine ausführliche Besprechung findet sich bei *Salimi*, Cybermobbing – Auf dem Weg zu einem neuen Straftatbestand, JSt 2015 (in Druck), aufbauend auf dem gleichnamigen Vortrag beim Österreichischen Gesellschaft für Strafrecht und Kriminologie am 26.3.2015 in Wien.

auf eine Weise gesetzt **werden, dass sie „für eine breite Öffentlichkeit wahrnehmbar“** sind.

Der Entwurf will den Erläuterungen nach auch **einzelne Tathandlungen** umfassen, die gravierende Wirkungen für das Opfer haben. Es soll daher nicht stets auf wiederholte Tathandlungen ankommen. Die Intention des Entwurfs in diesem Punkt ist durchaus verständlich. Man denke an die Verbreitung eines Nacktbildes in einem Forum mit großer Bekanntheit, sodass sich das Bild schon durch den einmaligen Upload extrem schnell weiterverbreitet und der Täter gar keine weiteren Einzelhandlungen setzen muss, um das Opfer längere Zeit hindurch in seinen Persönlichkeitsrechten zu verletzen. Nach den Erläuterungen zum ME wäre bereits der vorgeschlagene Wortlaut so zu lesen, dass schon die einmalige Handlung (gefolgt, von einem Unterlassen) vom Tatbestand umfasst wäre. Das ist aber mehr als zweifelhaft. Aus dem Wort „fortgesetzt“ folgt nach hM (zu § 107a StGB) zwingend, dass wiederholte Tatbegehung notwendig ist. Auch wenn die einmalige Bildveröffentlichung für das Opfer in Hinblick auf die Breitenwirkung im Internet gravierende Folgen hat, besteht die Handlung des Täters doch „nur“ in einem einmaligen Upload. Fortgesetzt ist das nicht. Daher ist zu überlegen, ob im Wortlaut der Fall einmaliger Tatbegehung nicht eigens erfasst werden sollte, wenn die Auswirkungen für das Opfer gravierend sind. Die Eignung, die Lebensführung des Opfers unzumutbar zu beeinträchtigen, müsste auch hier das entscheidende Kriterium sein, lediglich von der Vielzahl von Tathandlungen könnte abgesehen werden. Man könnte etwa als Abs 2 vorsehen:

„Ebenso ist zu bestrafen, wer im Internet eine der in Abs 1 Z 1 oder 2 genannten Handlungen begeht und dadurch bewirkt, dass ein anderer längere Zeit hindurch in einer Weise, die geeignet ist, ihn in seiner Lebensführung unzumutbar zu beeinträchtigen, in seiner Persönlichkeitssphäre verletzt wird.“

Die Einordnung des Tatbestands als § 120a StGB entspricht nicht dem primär geschützten Rechtsgut. Das geschützte **Rechtsgut** ist – wie auch bei § 107a StGB – die **Freiheit**, geht es doch stets um das Verbot der unzumutbaren Beeinträchtigung der Lebensführung als Ausfluss der Freiheit. Der Tatbestand sollte daher nicht in die Delikte zum Schutz der Privat- und Geheimnissphäre nach §§ 118 ff StGB eingereiht werden, sondern als **§ 107c StGB** in die strafbaren Handlungen gegen die Freiheit.

Die **Überschrift** des vorgeschlagenen Tatbestands „Fortgesetzte Belästigung im Wege einer Telekommunikation oder eines Computersystems“ ist zum einen wegen der bereits erwähnten Weite von „Telekommunikation oder Verwendung von Computersystemen“

ungeeignet. Aber auch das Wort „Belästigung“ erscheint unpassend. Belästigung setzt Kontaktaufnahme mit dem Opfer voraus, bei einer fortlaufenden Belästigung iSv Kontakt- aufnahme greift aber ohnehin § 107a StGB. Die Phänomene, die erfasst werden sollen, sind nicht immer eine „Belästigung“ iSv Kontaktaufnahme. Zudem suggeriert „Belästigung“ das Vorliegen geringer krimineller Energie, ja sogar einer Bagatelle, was dem Inhalt des Tatbestands nicht gerecht wird. Der Titel „**Fortgesetzte Persönlichkeitsverletzung im Internet**“ wäre aus den genannten Gründen passender.

Es wird daher folgender Wortlaut vorgeschlagen:

„*Fortgesetzte Persönlichkeitsverletzung im Internet*“

§ 107c. (1) *Wer im Internet für eine breite Öffentlichkeit wahrnehmbar in einer Weise, die geeignet ist, eine Person in ihrer Lebensführung unzumutbar zu beeinträchtigen, eine längere Zeit hindurch fortgesetzt*

*1. eine Person an der Ehre verletzt oder
2. Tatsachen oder Bildaufnahmen des höchstpersönlichen Lebensbereiches einer Person ohne deren Zustimmung bekanntgibt oder veröffentlicht,
ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu 720 Tagessätzen zu bestrafen.*

(2) Ebenso ist zu bestrafen, wer im Internet für eine breite Öffentlichkeit wahrnehmbar eine der in Abs 1 Z 1 oder 2 genannten Handlungen begeht und dadurch bewirkt, dass ein anderer längere Zeit hindurch in einer Weise, die geeignet ist, ihn in seiner Lebensführung unzumutbar zu beeinträchtigen, in seiner Persönlichkeitssphäre verletzt wird.

(3) Hat die Tat den Selbstmord oder den Versuch des Selbstmordes der im Sinn des Abs. 1 oder Abs 2 verletzten Person zu Folge, so ist der Täter mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen.“

10. Zur Erhöhung der Wertgrenzen bei den Wertqualifikationen

Die Erhöhung der **ersten Wertgrenze** von € 3.000 auf € 5.000 wird begrüßt, weil sie einer längst angezeigten Wertanpassung entspricht. Eine Erhöhung der **zweiten Wertgrenze** von derzeit € 50.000 auf € 500.000 erscheint hingegen überzogen. Es ist dem Grundanliegen des Entwurfs zuzustimmen, dass die Bedeutung von Vermögensschädi-

gungen gegenüber Verletzungen an Leib und Leben deutlich gemindert werden soll, was auch eines der wichtigsten Reformanliegen war (vgl ErlME 17). Eine drastische Erhöhung kann bei jenen strafbaren Handlungen ihre Berechtigung haben, bei deren Verwirklichung die zweite Wertgrenze von derzeit € 50.000 *im Regelfall* überschritten wird. Das mag auf Delikte der Wirtschaftskriminalität ieS wie insb Untreue zutreffen, wo angesichts der im Umlauf befindlichen Vermögenswerte fast jeder mit Befugnismissbrauch einhergehende Schadensfall eine entsprechende Höhe aufweist. Bei sehr vielen Delikten führt aber eine solche Erhöhung zur De-facto-Nichtanwendbarkeit der zweiten Wertgrenze. Straftaten, die sich gegen bestimmte Sachen oder Güter richten, überschreiten die Wertgrenze wohl nur mehr in extremen Ausnahmefällen. Man denke an all die körperlichen Sachen, die ein Dieb aus dem Gewahrsam des Berechtigten entziehen muss, um den Wert von € 500.000 zu übersteigen. Das kann man wohl – selbst bei Anwendung der Zusammenrechnungsregel des § 29 StGB – am ehesten bei groß angelegten Juwelen- und Kunstdiebstählen erwarten. KFZ-Diebstähle fallen hingegen wohl in aller Regel aus dem Anwendungsbereich heraus. Dieselben Überlegungen gelten für Sachbeschädigungen: Ein Sachschaden von € 500.000 ist wohl nur die große Ausnahme. Die in der Arbeitsgruppe „StGB 2015“ vorgeschlagene Anhebung auf € 300.000 erscheint demgegenüber jedenfalls ausreichend, um das gewünschte Reformziel zu erreichen und gleichzeitig weiterhin eine gewisse praktische Bedeutung der zweiten Wertqualifikation zu garantieren.

Davon abgesehen ist der Entwurf nicht konsequent, wenn er die Bereiche Umweltkriminalität, Sozialbetrug und Korruption ausnimmt. Insbesondere beim Sozialbetrug und der Korruption geht es (auch) um das Rechtsgut Vermögen. Im Bereich der Korruption wurden die Wertgrenzen im Zuge des KorrStRÄG 2009 eingeführt und überdies ganz bewusst dem Vermögensstrafrecht nachgebildet (dazu die Erl zu 671/A 25. GP 12).

11. Zum Schweren Betrug nach § 147 Abs 1 Z 1 (Art 1 Z 78 des Entwurfs)

§ 147 Abs 1 Z 1 StGB wurde noch nicht an den § 241h des Entwurfs (Ausspähen von Daten eines unbaren Zahlungsmittels) angepasst. Die Verwendung der ausgespähten Daten eines unbaren Zahlungsmittels ist der Verwendung eines entfremdeten unbaren Zahlungsmittels durchaus vergleichbar und sollte ebenso qualifikationsbegründend sein.

§ 147 Abs 1 Z 1 StGB sollte daher mit § 241h des Entwurfs **harmonisiert** werden und könnte lauten wie folgt:

”....

1. eine falsche oder verfälschte Urkunde, ein falsches, verfälschtes oder entfremdetes unbaren Zahlungsmittel, ausgespähte Daten eines unbaren Zahlungsmittels, falsche oder verfälschte Daten, ein anderes solches Beweismittel oder ein unrichtiges Messgerät benutzt,

12. Betrügerischer Datenverarbeitungsmissbrauch nach § 148a StGB

(Art 1 Z 82 des Entwurfs)

§ 148a StGB bildet einen Paralleltatbestand zum Betrug nach § 146 StGB und bezieht sich auf Sachverhalte, in denen kein Mensch, sondern eine „Maschine getäuscht“ wird. Die große Nähe beider Tatbestände würde eine **parallele Ausgestaltung der entsprechenden Qualifikationen und Privilegierungen** erwarten lassen, was aber bisher nicht erfolgt ist. Lediglich bei der Wertqualifikation deckt sich die Beurteilung mit dem wertqualifizierten Betrug. Der Entwurf führt diese unsachliche Ungleichbehandlung fort. Die bisherige Erfahrung hat aber gezeigt, dass im Bereich des § 148a StGB ebenso große kriminelle Energie aufgewendet wird, wenn es um gewerbsmäßiges Handeln oder um die Verwendung von falschen und verfälschten Daten oder von ausgespähten Daten eines unbaren Zahlungsmittels geht. Es leuchtet nicht ein, denjenigen, der mit der entfremdeten Zahlungskarte eines anderen bei der Bank eine Behebung am Schalter vornimmt und daher den Grundtatbestand des Betrugs erfüllt, wegen schweren Betrugs nach § 147 Ab 1 Z 1 StGB zu bestrafen, denjenigen, der mit ausgespähten Zahlungsdaten das Konto des Opfers online leerräumt aber nur wegen des Grunddelikts. Das Problem stellt sich insb bei Verwendung von herausgelockten Passwörtern, Zugangscodes und vergleichbarer Zugangsdaten, zB im Rahmen des so genannten Phishing oder durch Einsatz von Schadsoftware durch Infiltration des PC des Opfers (sog „Trojaner“).

Daher sollte die Begehung eines betrügerischen Datenverarbeitungsmissbrauchs durch Verwendung von

- falschen oder verfälschten Daten,
- eines falsche, verfälschten oder entfremdeten unbaren Zahlungsmittels
- ausgespähten Daten eines unbaren Zahlungsmittels

- oder anderen widerrechtlich erlangte Computerpasswörtern, Zugangscodes oder vergleichbare Daten, die den Zugriff auf ein Computersystem oder einen Teil davon ermöglichen (§ 126c StGB Z 1 und 2).

Auch die **Gewerbsmäßigkeitqualifikation** des § 148a Abs 2 StGB sollte an den gewerbsmäßigen (nach dem Entwurf: berufsmäßigen) Betrug angepasst werden. Umgekehrt kann ein betrügerischer Datenverarbeitungsmissbrauch auch **aus Not** begangen werden und nur geringen Schaden verursachen, sodass eine bisher fehlende dem Notbetrug nach § 150 StGB vergleichbare Privilegierungsbestimmung angezeigt wäre.

Die Bestimmungen könnten lauten:

„Betrügerischer Datenverarbeitungsmissbrauch – § 148a StGB“

- (1) *Wer mit dem Vorsatz, sich oder einen Dritten unrechtmäßig zu bereichern, einen anderen dadurch am Vermögen schädigt, dass er das Ergebnis einer automationsunterstützten Datenverarbeitung durch Gestaltung des Programms, durch Eingabe, Veränderung, Löschung oder Unterdrückung von Daten oder sonst durch Einwirkung auf den Ablauf des Verarbeitungsvorgangs beeinflusst, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.*
- (2) *Wer durch die Tat einen 5.000 Euro übersteigenden Schaden herbeiführt oder die Tat berufsmäßig begeht, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen. Ebenso ist zu bestrafen, wer die Tat begeht, indem er falsche oder verfälschte Daten, ausgespähte Daten eines unbaren Zahlungsmittels oder andere widerrechtlich erlangte Computerpasswörter, Zugangscodes oder vergleichbare Daten, die den Zugriff auf ein Computersystem oder einen Teil davon ermöglichen, benutzt.*
- (3) *Wer durch die Tat einen 300.000 Euro übersteigenden Schaden herbeiführt, ist mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen. Ebenso ist zu bestrafen, wer die Tat nach Abs 2 berufsmäßig begeht.*

Betrügerischer Datenverarbeitungsmissbrauch aus Not - § 148b StGB

- (1) *Wer einen betrügerischen Datenverarbeitungsmissbrauch mit nur geringem Schaden aus Not begeht, ist, wenn kein Fall des § 148a Abs 2 oder 3 vorliegt, mit Freiheitsstrafe bis zu einem Monat oder mit Geldstrafe bis zu 60 Tagessätzen zu bestrafen.*
- (2) *Der Täter ist nur mit Ermächtigung des Verletzten zu verfolgen.*
- (3) *Wer die Tat zum Nachteil seines Ehegatten, seines eingetragenen Partners, eines Verwandten in gerader Linie, seines Bruders oder seiner Schwester oder zum Nachteil eines anderen Angehörigen, sofern er mit diesem in Hausgemeinschaft lebt, begeht, ist nicht zu bestrafen.“*

13. Zur Streichung des § 220a StGB (Art 1 Z 167 des Entwurfs)

Die Streichung dieser überflüssigen Bestimmung wird natürlich begrüßt. Die Begründung dieser Streichung in den Materialien mit den geringen Verurteilungszahlen gibt aber Anlass zur Kritik. Die praktische Bedeutung von Straftatbeständen lässt sich nicht nur an den Zahlen in der gerichtlichen Kriminalstatistik ablesen. Mit der gleichen Argumentation ließen sich ansonsten auch der Streichung einer Reihe von Straftatbeständen des StGB das Wort reden, obwohl diese durchaus strafwürdige, zT mit hohen Strafen bedrohte Handlungen pönalisieren (man denke an einige Staatsschutzdelikte des 14. Abschnitts, Völkermord nach § 321 StGB usw). So sehr die Streichung überflüssiger Bestimmungen zu begrüßen ist, mit der Verurteilungszahl sollte nicht argumentiert werden.

14. Zur Schweren gemeinschaftlichen Gewalt – derzeit: „Landfriedensbruch“ (Art 1 Z 190 des Entwurfs)

Das Bestreben nach einer zeitgemäßen Formulierung der Deliktsüberschrift wird begrüßt. Auch die Formulierung der „Zusammenrottung einer Menschenmenge“ entspricht nicht mehr dem allgemeinen Sprachgebrauch, sodass ein neuer Wortlaut angebracht erscheint. Dennoch ist der **Begriff der Versammlung** nicht passend, zumal dieser Terminus aus dem Versammlungsrecht vordefiniert ist und auch in § 284 StGB verwendet wird. Eine geschützte Versammlung im Sinn des Versammlungsrechts und des § 284 StGB wird nach hM als Zusammenkunft mehrerer Personen, somit mindestens drei Personen verstanden (*Plöchl*, WK² § 284 Rz 3; *Hinterhofer*, SbgK § 284 Rz 8). Wenn in § 274 des Entwurfs nunmehr von einer „Versammlung“ einer „größeren Zahl von Menschen“ die Rede ist, entstehen vermeidbare Widersprüche, da für eine größere Zahl von Menschen der Richtwert 10 herangezogen wird (vgl auch ErlME 28). Zum anderen ist der Begriff grundsätzlich positiv besetzt, was sich auch in Hinblick auf den Schutz von Versammlungen in § 284 StGB zeigt. Bei Zusammenrottungen iSd derzeitigen § 274 StGB handelt es sich ja gerade um keine schutzwürdigen Zusammenkünfte. Es wird daher vorgeschlagen, den Begriff der Versammlung durch den neutralen Begriff der „Zusammenkunft“ zu ersetzen.

Der Entwurf stellt in Absatz 1 auf eine **größere Zahl von Menschen** ab, worunter nach herrschendem Verständnis etwa 10 Personen zu verstehen sind. Bisher war unter der Menschenmenge eine Anzahl von etwa 100 Personen zu verstehen (zur Diskussion, ob eine absolute Mindestanzahl anzunehmen ist oder auch schon im Einzelfall 80 oder 90 Personen darunter fallen können *Plöchl*, WK² § 274 Rz 3 mwN). Die Neuregelung bringt

daher eine erhebliche Ausdehnung des Anwendungsbereichs des § 274 StGB mit sich, die sich in den Erläuterungen auch nicht wiederspiegelt. Es fragt sich, ob das durch § 274 StGB geschützte Rechtsgut „öffentlicher Friede“ tatsächlich durch eine Ansammlung von 10 Personen verletzt werden kann. Das Gefahrenpotential einer solchen relativ überschaubaren Ansammlung ist mit jenem einer 100 Person übersteigenden unüberschaubaren Zahl von Menschen nicht wirklich vergleichbar. Es wird daher vorgeschlagen, weiterhin auf eine „**Zusammenkunft einer Menschenmenge**“ oder zumindest auf die Zusammenkunft „**vieler Menschen**“ abzustellen, womit nach hM etwa 30 Personen gemeint sind.

Unabhängig davon sollte die **Terminologie** zwischen Absatz 1 und Absatz 3 **harmonisiert werden**: Abs 1 spricht derzeit von der Versammlung einer größeren Zahl von Menschen, während Abs 3 nach wie vor auf eine Menschenmenge abstellt.

Nach dem Entwurf muss die Versammlung darauf abzielen, dass **durch ihre vereinten Kräfte** bestimmte Taten begangen werden. Bisher musste die Menschenmenge darauf abzielen, dass „unter ihrem Einfluss“ entsprechende Straftaten begangen werden, worunter lediglich ein kausaler Zusammenhang zwischen Zusammenrottung und Gewalttat verlangt wird (EBRV 1971, 415; *Plöchl*, WK² § 274 Rz 5). Den Erläuterungen ist nicht zu entnehmen, ob mit der neuen Formulierung eine inhaltliche Änderung einhergehen soll. Das Abgehen vom bisherigen Wortlaut legt diesen Schluss jedenfalls nahe. Sollte dieses Tatbestandsmerkmal tatsächlich anders verstanden werden als der bisherige Wortlaut, fragt sich, wie und wann eine Versammlung bzw Menschenmenge „durch ihre vereinten Kräfte“ Straftaten begeht. Das wäre im Grunde nur dann der Fall, wenn „durch die vereinten Kräfte“ eine Polizeifahrzeug umgeworfen werden soll oder in ähnlichen Konstellationen. Im Regelfall werden aber Straftaten von einzelnen Teilnehmern der Versammlung/Menschenmenge begangen, wobei ihnen die Tatbegehung durch Untertauchen in der Menge erleichtert wird. Ein enges Verständnis der Wortgruppe „durch ihre vereinten Kräfte“ würde dem § 274 StGB weitgehend den Anwendungsbereich nehmen. Wenn der Entwurf dies bezweckt, sollten die Materialien dies auch klar sagen. Andernfalls solle der bisherige Wortlaut beibehalten werden, was mE vorzuziehen wäre.

Die fraglichen **Delikte** sollen auf Mord, Totschlag, schwere Körperverletzung und schwere Sachbeschädigung (an kritischer Infrastruktur) beschränkt werden. Diese Auswahl erscheint aus zwei Gründen **zu eng**. Zum einen reicht nicht einmal die Ausrichtung auf Sachbeschädigungen mit einem Schaden von mehr als € 500.000 aus. Angesichts der drastischen Erhöhung der zweiten Wertgrenze (zur Kritik dazu oben unter Punkt 9) er-

scheint eine generelle Ausnahme schwerer Sachbeschädigungen nicht sachgerecht. Jedenfalls dieser Fall sollte noch aufgenommen werden. Zum anderen ist die Ausnahme leichter Körperverletzungen bedenklich. Selbst wenn die gemeinschaftliche Gewalt auf leichte Körperverletzungen abzielt und fahrlässig schwere Körperverletzungen herbeiführt, ist der Tatbestand nicht erfüllt. Das ergibt sich aus dem Umstand, dass die Versammlung darauf abzielen muss, dass eine schwere Körperverletzung begangen wird. Das schließt aber fahrlässig herbeigeführte schwere Verletzungsfolgen aus. Der Verweis auf die Erfolgsqualifikation des § 83 Abs 3 idF des Entwurfs ist daher irreführend. Im Grunde kommt nur die Begründung des § 84 Abs 1 idF des Entwurfs in Frage. Es ist aber schon fraglich, warum die Teilnahme an einer Versammlung, die darauf abzielt, durch ihre vereinten Kräfte andere zu verprügeln nur dann ausreichen soll, wenn diesen das Abzielen auf schwere Körperverletzungen nachweisbar ist. Die Ausnahme von leichten Körperverletzungen ist nicht nur aufgrund zu erwartender Nachweisprobleme, sondern nach angesichts den sonstigen Zielsetzungen der Reform (Hervorhebung der Rechtsgüter Leib und Leben) abzulehnen. § 274 Abs 1 des Entwurfs sollte daher überarbeitet werden und könnte wie folgt lauten:

„Wer wesentlich an einer Zusammenkunft einer Menschenmenge [alt: vieler Menschen] teilnimmt, die darauf abzielt, dass unter ihrem Einfluss ein Mord (§ 75), ein Totschlag (§ 76), Körperverletzung (§§ 83 bis 86) oder eine schwere Sachbeschädigung nach § 126 Abs 1 Z 5 und Abs 2 begangen werde, ist, wenn es zu einer solchen Gewalttat gekommen ist, mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen.“

15. Zur Verhetzung nach § 283 StGB (Art 1 Z 195 des Entwurfs)

Die vorgeschlagene Änderung, wonach es nicht mehr auf die vorhandene Staatsbürgerschaft als Kriterium für die Anwendbarkeit des § 283 StGB ankommen soll, sondern künftig auch das **Fehlen einer bestimmten Staatsbürgerschaft** ausreichen soll, wird ausdrücklich begrüßt. Demnach kann zukünftig auch die Hetze gegen „Ausländer“ strafrechtlich verfolgt werden und nicht nur die Hetze gegen Personen, die eine bestimmte Staatsbürgerschaft besitzen. Die Beifügung des Wortlautes „vorhandenen oder fehlenden“ ausschließlich bei der Staatsbürgerschaft erscheint aber problematisch. Es kann nämlich im Umkehrschluss bedeuten, dass nur beim Kriterium der Staatsbürgerschaft beide Verhetzungsfälle (Vorhandensein und Nicht-Vorhandensein der bestimmten Eigenschaft) strafbar sein sollen, bei den anderen in § 283 Abs 1 StGB genannten Gruppen aber nicht. Demgegenüber erscheint aber etwa auch Hetze nicht bloß gegen die Angehörigen einer

bestimmten Religionsgemeinschaft, sondern auch die Hetze gegen – aus Sicht des Täters – allgemein Ungläubige, also Personen, bei denen eine bestimmte Religionszugehörigkeit fehlt, als strafwürdig. Besonders im Zusammenhang mit dem Phänomen „hate speech“ im Internet durch „Hassprediger“ wäre die Erfassung solcher Hetze von großer Bedeutung. So würde derjenige, der den „westlichen Lebensstil“ verteidigt und zu Gewalt „gegen Ungläubige“, damit gegen in Österreich lebende „Anders- oder Nichtgläubige“ aufruft, strafrechtlich erfasst. Die Tatsache, dass eine der in § 283 Abs 1 StGB aufgezählten Eigenschaften vorhanden ist oder fehlt, sollte daher sachgerechterweise auf alle Merkmale ausgedehnt werden, wobei dies mit Blick auf die bisherige im Gesetzestext selbst klargestellt werden sollte.

§ 283 Abs 1 Z 1 StGB könnte daher lauten:

“...

zu Gewalt gegen eine Kirche oder Religionsgesellschaft oder eine andere nach den vorhandenen oder fehlenden Kriterien der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion oder Weltanschauung, der Staatsangehörigkeit, der Abstammung oder nationalen oder ethnischen Herkunft, des Geschlechts, einer körperlichen oder geistigen Behinderung, des Alters oder der sexuellen Neigung definierte Gruppe von Personen oder gegen ein Mitglied einer solchen Gruppe ausdrücklich wegen der Zugehörigkeit zu dieser Gruppe auffordert, oder zu Hass gegen sie aufstachelt, oder

...“

Gleichzeitig ist aber zu überlegen, ob die in § 283 Abs 1 StGB genannten Kriterien für die **Gruppendefinition nicht allgemein zu eng** gefasst sind. Die Hetze gegen „Asylanten“ fällt schon deshalb aus dem Anwendungsbereich des § 283 StGB, weil es sich um keine im Tatbestand genannte Gruppe handelt, sondern um Personen, die einen bestimmten rechtlichen Aufenthaltsstatus gemein haben. Eine Erweiterung auf die Hetze gegen „**Asylwerber“ oder „Asylanten**“ entspricht auch den internationalen Vorgaben, so den Empfehlungen von CERD (Committee on the Elimination of Racial Discrimination), das die Anwendbarkeit von § 283 StGB auf „Migranten, Asylwerber und Fremde“ fordert (Abschließende Bemerkungen des Komitees für die Beseitigung der rassischen Diskriminierung zum 15-17 Staatenbericht Österreichs, August 2008; abrufbar unter <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/co/CERD.C.AUT.CO.7.pdf>). Diese in der politischen Diskussion besonders gefährdete Gruppe sollte jedenfalls vom Schutz des § 283 StGB umfasst sein. Aber auch darüber hinaus können Personengruppen, die sich bspw durch ihren **sozialen Status** definieren lassen (Sozialhilfeempfänger, „Bettler“), Ziel strafwürdiger Hetze sein, fallen aber derzeit aus dem Anwendungsbereich des § 283 StGB heraus. Die vergleichbare deutsche Bestimmung in § 130 dStGB erfasst zB neben

klar definierten Bevölkerungsgruppen auch die Agitation gegen „Teile der Bevölkerung“. Sollte diese Erweiterung als zu weit erachtet werden, weil nicht jeder Bevölkerungsteil als gleich schutzwürdig angesehen wird (zB Hetze gegen eine Berufsgruppe) wäre zu überlegen, für die Hetze gegen solche „anderen Teile der Bevölkerung“ zu verlangen, dass die Aussage geeignet sein muss, die öffentliche Ordnung zu stören. Bei dieser Eignungsprüfung könnte dann auch die Sensibilität der betroffenen Gruppe sowie die aktuelle Gefährdung des Bevölkerungsteils eine Rolle spielen (Vgl für die deutsche Diskussion: BGH 46 218, NStZ 07, 217; *Sternberg-Lieben* in *Schönke/Schröder*²⁹ § 130 Rz 11). Diese Einschränkung stünde auch nicht im Widerspruch mit den internationalen Empfehlungen, weil diese nur die über Rasse, Hautfarbe, Religion, Abstammung uä definierten Gruppen betreffen, nicht aber darüber hinausgehende Bevölkerungsteile (Vgl Art 1 RB Rassismus; Art 1 Übk über die Beseitigung rassischer Diskriminierung).

Im Übrigen ist die **Reichweite der Strafbarkeit nach § 283 Abs 4 ME-StGB** fraglich. Danach macht sich vereinfacht gesagt strafbar, wer hetzerisches Material absichtlich verbreitet. Gedacht ist wohl an die Publikation oder Herausgabe von von anderen Personen verfasster hetzerischer Schriften uä. Der Wortlaut der vorgeschlagenen Bestimmung verlangt nicht, dass der Betreffende hetzerische Intentionen verfolgt. Damit könnte sogar derjenige darunter fallen, der sich in kritischer Weise mit dem inkriminierten Material auseinandersetzt und dieses dabei auch verbreitet. Ein solche weite Strafbarkeit widerspricht auch der Intention des Art 3 des Zusatzprotokolls zur Cybercrime-Konvention des Europarates wie auch der die ECRI-Empfehlung, da beide Bestimmungen betonen, dass die Strafbarkeit bei einer rassistischen Zielsetzung geboten ist (ExplRep zum Zusatzprotokoll Rz 27 sowie Punkt 18[f] der Allgemeinen Politischen Empfehlung Nr 7 von ECRI vom 13.12.2002, CRI[2003]8). Die Straffreiheit der Verbreitung hetzerischen Materials ohne entsprechende Intention sollte nicht erst der teleologischen Reduktion des weiten Wortlauts vorbehalten werden, sondern bereits jetzt im Gesetzestext selbst erfolgen. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass der Anwendungsbereich einer solchen Bestimmung denkbar eng sein wird, weil bei Hinzutreten des hetzerischen Motivs ohnehin idR von einer Strafbarkeit nach Abs 1 auszugehen ist. Insofern könnte auf eine Strafbarkeit auch ganz verzichtet werden.

16. Zur Änderung des Suchtmittelgesetzes (Art 2 Z 1 des Entwurfs)

Die Zielsetzung der Änderungen ist einleuchtend. Der Verfahrensaufwand bei der Verfolgung niederschwelliger Suchtmitteldelikte soll reduziert werden und so Kapazitäten der

Strafverfolgungsbehörden für andere Bereiche freigestellt werden. Der Weg, mit dem dieses Ziel erreicht werden soll, ist aber höchst bedenklich. Es ist ein **Systembruch** und mit dem Offizialprinzip des § 2 StPO schwer vereinbar, ein Verhalten weiterhin nach § 27 SMG für strafbar zu erklären, es dann aber über den Umweg des Unterbindens einer Anzeigepflicht (durch die Kriminalpolizei) nicht verfolgbar zu stellen. Will man die Konsumenten und Besitzer kleiner Mengen von Suchtgiften nicht verfolgen, sollte man den konsequenten Weg beschreiten und die Strafbarkeit bestimmter Fälle im materiellen Recht beseitigen. Verhaltensweisen für strafbar zu erklären, sie aber in manchen Fällen unter Umständen (Unterbleiben einer Anzeige) nicht zu verfolgen, ist ein Weg, der generell nicht beschritten werden sollte.

Im Übrigen ist die geplante Änderung auch wieder **viel zu weitgehend**. Erfasst werden nicht nur „weiche Drogen“ wie etwa Cannabis, dessen Legalisierung bzw. Entkriminalisierung viele Stimmen befürworten, sondern auch „harte Drogen“ wie Heroin, Kokain oder Methylamphetamin („Crystal Meth“), da die Regelung nicht nach Suchtmittelsubstanz unterscheidet. Die Nicht-Verfolgung des Besitzes solcher höchstgefährlicher Stoffe ist ein falsches Signal in diesem Bereich der Suchtmitteldelinquenz. Besser wäre auf die Regelung des § 13a SMG zu verzichten und eine grundlegende Entscheidung über die Entkriminalisierung bestimmter Fälle des § 27 SMG zu treffen.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Farsam Salimi