Dr. Hannes Schütz
Univ.-Prof. am Institut für Strafrecht an der
Karl-Franzens-Universität Graz, Universitätsstraße 15, B3, 8010 Graz
ao. Univ.-Prof. am Institut für Strafrecht an der
Universität Wien, Schenkenstraße 4, 1010 Wien

An das BM für Justiz
Museumstraße 7, 1070 Wien
z.Hd. S.g. Frau Mag. Manuela Troppacher
team.s@bmj.gv.at
begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Stellungnahme zu einzelnen Punkten im Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes 2015, 98/ME XXV. GP

22.4.2015

Vorbemerkung

Wie aus den Erläuterungen zum vorliegenden Ministerialentwurf hervorgeht, wurde im Jahr 2013 von der damaligen BMJ eine Experten-Arbeitsgruppe mit dem Auftrag eingesetzt, erforderlichen Änderungsbedarf im StGB zu prüfen. Diese Arbeitsgruppe hat Mitte 2014 einen Bericht verfasst, auf dessen Vorschläge sich der vorliegende Entwurf teilweise stützen kann. Zugleich wurde in diesem Bericht aber auch zum Ausdruck gebracht, dass in vielen Bereichen weiterer Diskussionsbedarf besteht und insoweit keine abschließenden Ergebnisse präsentiert werden können.

In einer Reihe von Punkten kann der vorliegende Entwurf daher nicht auf Ergebnissen der Arbeitsgruppe aufbauen. Das gilt zum Teil auch für die überaus bedeutende, aber sehr komplexe Fragestellung nach der Verhältnismäßigkeit der einzelnen Strafdrohungen beim Vergleich unterschiedlicher Deliktsbereiche zueinander. Die in den Erläuterungen zum Entwurf mehrfach verwendete, radikal vereinfachende Formel, dass Vermögensdelikte im Vergleich zu Delikten gegen Leib und Leben geringere Strafdrohungen erhalten müssten, wird den vielfältigen Abwägungsfragen, die bei der konkreten Ausgestaltung von Strafdrohungen zu

berücksichtigen sind, nicht gerecht. Da diese Thematik auch beim diesjährigen Österreichischen Juristentag diskutiert werden soll und die wissenschaftliche Auseinandersetzung noch im Gange ist, ist es bedauerlich, dass mit dem vorliegenden Entwurf der Eindruck entsteht, eine Reihe von rechtspolitischen Vorentscheidungen wären bereits getroffen worden.

I. Zu einzelnen Änderungen im StGB

1. Zu den Erschwerungsgründen in § 33 Abs 2 und 3 StGB

Die auf internationalen Vorgaben basierenden Erschwerungsgründe bei Taten, bei denen Angehörige (§ 33 Abs 3 Z 1 idF des Entw) oder Unmündige Opfer sind, oder die in Gegenwart von Unmündigen begangen werden (§ 33 Abs 2 des Entw), erscheinen zu wenig differenziert. Erschwerungsgründe sollten gemäß den allgemeinen Strafzumessungsprinzipien Konstellationen erfassen, die auf eine größere Schuld des Täters hindeuten; beim undifferenzierten Abstellen auf die Unmündigkeit oder die Angehörigeneigenschaft des Opfers ist das zwar durchaus häufig, aber eben keineswegs immer der Fall. So wäre etwa schwer verständlich, wenn bei einem Körperverletzungsdelikt gegen einen „Familientyrannen“ in Gegenwart des gemeinsamen Kindes für den Täter zwar vielleicht sogar der Milderungsgrund des § 34 Abs 1 Z 8 StGB anzunehmen wäre, gleichzeitig aber automatisch der Umstand der Angehörigeneigenschaft des Opfers und die Gegenwart eines Unmündigen (doppelt) als erschwerend gewertet werden müssten. Besser geeignet erscheinen darum vielleicht Formulierungen, die auf das Ausnützen einer Nahebeziehung oder einer Vertrauensstellung, die in einer Angehörigeneigenschaft zum Opfer begründet ist, abstellen. Ebenso könnte man für den zu normierenden Erschwerungsgrund in Bezug auf Unmündige vielleicht verlangen, dass der Täter die Tat unter Missachtung der Schutzbedürftigkeit eines Unmündigen gegen ihn oder in seiner Gegenwart begangen hat.

2. Zur Erweiterung der Androhung von Geldstrafen und zur Änderung des § 37 StGB

Die Ausweitungen von Alternativstrafdrohungen bei allen Freiheitsstrafdrohungen bis zu einem Jahr durch die Aufnahme von Geldstrafenandrohungen von bis zu 720 Tagessätze würde eine gewaltige Erweiterung der Möglichkeiten bedeuten, auch besonders hohe Geldstrafen zu verhängen, ohne dass dafür zusätzliche

Determinanten für die konkrete Strafzumessung normiert werden. Der Wegfall der Voraussetzungen des § 37 StGB für die Geldstrafenverhängung bei den neu geplanten bzw ausgedehnten Alternativstrafdrohungen würde den richterlichen Spielraum dabei noch zusätzlich beträchtlich erweiterten. Eine Reihe von schwer lösbaren, praktischen Anwendungsfragen würden sich im Segment mittlerer Strafhöhen überdies auf Grund der – in den Erläuterungen des Entwurfs nicht angesprochenen – Parallelität des im Anwendungsbereich erweiterten § 37 StGB und dem System der teilbedingten Strafen, insb nach § 43a Abs 2 StGB ergeben.
Erhebliche Erweiterungen des richterlichen Ermessenspielraumes können zwar Vorteile bringen, bergen aber auch Gefahren. Zum einen könnten sich regional unterschiedliche Strafzumessungspraxen entwickeln. Dies wäre vor allem deswegen bedauerlich, weil in letzter Zeit die Tendenz beobachtet werden konnte, dass sich die früher oft beklagten Unterschiede in der Praxis der Strafzumessung (sog: „Ost-West-Gefälle“) auf Grund sorgsam überlegter Gesetzgebungsschritte in der Vergangenheit etwas verringert haben. Unter Umständen droht auch ein net-widening-effect: Gerichte könnten mit Blick auf die Maximalhöhe von 720 Tagessätzen dazu neigen, Geldstrafen in der Höhe von 300, 400 oder 500 Tagessätzen in Fällen zu verhängen, in denen bisher (auf Grund der Begrenzung mit 360 Tagessätzen) mit deutlich niedrigeren Strafhöhen das Auslangen gefunden wurde. Zu bedenken ist dabei insbesondere, dass Geldstrafen in großer Höhe – auch bei Ratenzahlung – sehr leicht existenzbedrohend werden können. Auch der potenzielle Anwendungsbereich des erst jüngst geschaffenen (in Bezug auf einige Prozessgrundsätze sehr problematischen) Mandatsverfahrens würde sich im Übrigen auf diese hohen Geldstrafen erstrecken.

3. Zur Berufsmäßigkeit anstelle von Gewerbsmäßigkeit (§ 70 StGB)

Bemühungen um eine Verbesserung bei der Definition und der konkreten Ausgestaltung der Gewerbsmäßigkeit können zwar schon auf viele frühere Überlegungen zurückgreifen, der vorliegende Vorschlag wirkt aber nicht gelungen. Eine Definition müsste die schwierige Aufgabe erfüllen, einerseits Fälle von höherer krimineller Energie auf Grund des betriebenen organisatorischen Aufwandes oder der professionellen Begehungsweise zu erfassen, sie sollte aber gleichzeitig Gelegenheitstäter, die (zB wegen Erwerbslosigkeit) eher zufällig mehrere Taten begangen haben, nicht automatisch der schweren Delinquenz zuordnen. Das

vorgeschlagene, schematische Abstellen auf die Anzahl der bisher begangen Taten kann das kaum besser bewältigen als die aktuelle Formulierung in § 70 StGB, brächte aber eine erhebliche Verkomplizierung für die Praxis mit sich. Die Feststellung der Taten kann bei der Berücksichtigung anderer Strafverfahren leicht mit der Unschuldsvermutung in Konflikt geraten, wollte man dagegen allein auf rechtskräftige Vorverurteilungen abstellen, würde die Annahme von Berufsmäßigkeit oft von Zufälligkeiten abhängen und so zu Ungerechtigkeiten führen. Ein Schwachpunkt in der bisher geführten Diskussion ist auch, dass sich diese hauptsächlich auf den Diebstahl konzentriert (§ 130 StGB), obwohl die praktische Bedeutung beim Betrug (§ 148 StGB), bei dem die Anzahl der begangenen Taten oft auch von der Frage der Reichweite einer tatbestandlichen Handlungseinheit abhängt, mindestens ebenso groß ist.

4. Zu den Änderungen bei den Fahrlässigkeitsdelikten (§§ 6, 80, 81, 88, 89 StGB)

Die Gleichschaltung der Begriffe der „besonders gefährlichen Verhältnisse“ in § 81 Z 1 StGB und des „schweren Verschuldens“ in § 88 Abs 2 StGB zu Gunsten des einheitlichen Begriffs der groben Fahrlässigkeit ist zwar dem Anschein nach eine Vereinfachung, sie würde aber Verunsicherung in der Praxis hervorrufen müssen, da aus der derzeitigen, erprobten Dreiteilung der Schweregrade bei leichten Verwirklichungsfällen von § 88 Abs 1 StGB (kein schweres Verschulden/normale Fahrlässigkeit/besonders gefährliche Verhältnisse) eine vergröberte Zweiteilung würde (leicht fahrlässig/grob fahrlässig). Die Einführung eines speziellen Strafausschließungsgrundes für Gesundheitsberufe muss sich überdies den Vorwurf einer Sonderbehandlung gefallen lassen, da andere gefahrengeneigte Tätigkeiten nicht erfasst sind. Gerade das Problem der gefahrengeneigten Tätigkeiten, bei denen einerseits zu Recht hohe Sorgfaltsanforderungen bestehen, andererseits rasch und zum Teil überschießend die Annahme einer Qualifikation droht, wird mit den vorgeschlagenen Änderungen nicht gelöst, sondern tendenziell sogar verschärft. Vielleicht sollte man sich damit begnügen, die „grobe Fahrlässigkeit“ in § 88 Abs 2 StGB an die Stelle des „schweren Verschuldens“ zu setzen, die Regelung des § 81 StGB und die darauf Bezug nehmenden Normen aber unverändert lassen.

5. Zur Umgestaltung der vorsätzlichen Körperverletzungsdelikte (§§ 83 – 87 StGB)

Den angestrebten Veränderungen bei den vorsätzlichen Körperverletzungen liegt zweifellos ein konsequent durchdachtes, hochdifferenziertes System zu Grunde. Der Nachteil im Vergleich zur aktuellen Rechtslage liegt aber darin, dass die vorgeschlagenen zusätzlichen Differenzierungen auf rechtlicher Ebene mit den realistischerweise zu erwartenden Möglichkeiten, dem auf der Ebene der Tatsachenfeststellungen gerecht zu werden, kaum in Einklang zu bringen sind. Die verlangten Feinheiten auf der subjektiven Tatseite würden sich wohl selbst bei einem geständigen Angeklagten oft nicht einmal durch akribische Detailbefragung restlos klären lassen. In Summe besteht die Gefahr, dass dadurch im Ergebnis mehr Rechtsunsicherheit erzeugt würde, da selbst bei an sich einfachen Fällen einer vorsätzlichen Körperverletzung der anwendbare Strafrahmen und damit auch der Verfahrensausgang für alle Prozessbeteiligten wesentlich schwerer abzuschätzen wäre als bisher.

6. Zur Anhebung der Wertgrenzen (§§ 126, 128 ua StGB)

Die vorgeschlagene Verzehnfachung der zweiten Wertgrenze erscheint wenig maßvoll. Sie übersteigt auch gewaltig die (ohnehin stark überproportionale) Erhöhung, die von der Arbeitsgruppe vorgeschlagen worden ist. Ein so starker Bruch mit der aktuellen Rechtslage trägt die Gefahr in sich, dass ein Vergleich von Straffällen, je nachdem, ob diese anhand der alten oder der neuen Rechtlage gemessen werden, extrem voneinander abweichen können, was im Ergebnis als sachfremd und ungerecht empfunden werden könnte. Der Gesetzgeber würde sich möglicherweise dem Vorwurf aussetzen, dass er indirekt die Arbeit der Justiz in der Vergangenheit ohne gerechtfertigten Grund massiv abwertet.

7. Zu beabsichtigten Neukriminalisierungen (§§ 120a, 205a, 218 StGB)

Bei einigen der vorgeschlagenen Neukriminalisierungen sollte im Sinne des ultima-ratio-Prinzips überlegt werden, ob der Problematik nicht zum Teil mit weniger einschneidenden Maßnahmen als mit weitreichenden strafrechtlichen Reaktionen begegnet werden kann. Speziell beim Phänomen des „Cybermobbing“, dem man mit dem § 120a StGB beikommen möchte, ist zu bedenken, dass die ins Auge gefassten ehrverletzenden Tätigkeiten häufig von Jugendlichen begangen werden, sodass fraglich ist, ob gerichtliche Strafdrohungen ein geeignetes Mittel der Prävention

darstellen (im Übrigen könnten bestimmte Ehrverletzungen von Jugendlichen zum Teil ohnehin maßvoll von Amts wegen gem § 44 JGG verfolgt werden). Bedauerlicherweise wird die Notwendigkeit der bezeichneten Neukriminalisierungen im Vergleich zu möglichen anderen rechtlichen Veränderungen im Entwurf aber kaum einer Erörterung unterzogen. Bei den genannten Sexualdelikten ist zudem sehr fraglich, ob die gewählten Tatbestandsformulierungen ausreichend bestimmt sind.

8. Zur Umgestaltung des § 153d StGB

Bei der vorgeschlagenen Fassung würden in den Grundtatbeständen in Abs 1 und 2 – mit einer Strafdrohung von bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe – objektive Strafbarkeitsbedingungen geschaffen. Davon ausgehend ist die Rechtsnatur der in Abs 3 in Aussicht genommenen Qualifikationsnorm mit erhöhtem Schadensbetrag und höherer Strafdrohung nicht ganz klar. Unter Umständen könnte es sich dabei um eine – verfassungsrechtlich heikle – „objektive Bedingung erhöhter Strafbarkeit" handeln, deren Normierung man besser vermeiden sollte. Ob der Problematik organisierten Sozialbetrugs unter Verwendung von Schein- und Mantelfirmen mit der außergewöhnlichen Konstruktion eines knappen Tatbestandes bei gleichzeitigem Wissentlichkeitserfordernis samt objektiver Strafbarkeitsbedingung im Ergebnis besser begegnet werden kann (etwa in Bezug auf ausgeforschte Personen, die im Hintergrund mitgewirkt haben), erscheint ungewiss.

II. Änderungen in der Strafprozessordnung

1. Zur vorgeschlagenen Änderung in § 192 StPO

Die vorgeschlagene, sehr weitgehende Ausweitung des Opportunitätsprinzips bei der Regelung des § 192 StPO, nach der für die Einstellungsbefugnis der Staatsanwaltschaft bei mehreren Taten nicht auf die insgesamt zu erwartende Strafhöhe, sondern bloß auf das Verbleiben irgendeines Delikts mit zumindest dem gleichem Strafsatz abgestellt wird, falls die „Ermittlungen mit beträchtlichem Aufwand" verbunden sind, würde eine Aushöhlung des (im Sinne der Gleichmäßigkeit der Rechtsanwendung sehr bedeutsamen) Legalitätsprinzips bewirken. Zu befürchten ist, dass die Staatsanwaltschaft (rechtskonform) Verfahren

einstellen könnte, an deren justizieller Aufarbeitung ein hohes gesellschaftliches Interesse besteht. Dass eine solche Regelung neuerlich erwogen wird, nachdem ein praktisch wortgleicher Vorschlag im Jahr 2012 im Begutachtungsverfahren auf massive Kritik gestoßen ist, ist nur schwer nachzuvollziehen.

2. Zu den vorgeschlagenen Änderungen in § 198 StPO

Das Abstellen auf Straftaten mit einer Strafdrohung von bis zu fünf Jahren als Maßstab für die Diversionsfähigkeit hätte als wohl eine der bedeutendsten Folgerungen (ohne dass dies als Ziel in den Erläuterungen angesprochen würde) die prinzipielle Eröffnung von Diversion auf gerichtlich strafbare Finanzdelikte (§ 196a FinStrG) zur Folge. Beurteilt man das an Hand der jüngeren VfGH-Judikatur, so könnte dies auf Grund eines Vergleichs mit dem finanzbehördlichen Finanzstrafverfahren verfassungswidrig sein. Um das zu vermeiden, sollte man vielleicht doch besser beim bewährten Abstellen auf (fehlende) schöffen- oder geschworenengerichtliche Zuständigkeit für die Diversionsfähigkeit bleiben. Damit wäre auch gleichzeitig – ohne die Notwendigkeit der eigens in § 198 Abs 3 StPO geplanten Sonderregelung - gesichert, dass schwerere Sexualdelikte, soweit Eigenzuständigkeit des Schöffengerichts besteht (zB bei § 202 und § 207 StGB) besteht, von der Diversion ausgeschlossen bleiben.

Der kategorische Ausschluss von Diversion bei Vorliegen der neu einzuführenden Erschwerungsgründe in § 33 Abs 2 oder 3 StGB idF des Entw lässt sich kaum sachlich begründen. Auch wenn die Auffassungen darüber, in welchem Ausmaß diversionelle Erledigungen bei Delikten im sozialen Nahraum zu befürworten sind, in der allgemeinen gesellschaftspolitischen Diskussion sehr kontrovers sein mögen, so besteht doch Einigkeit darüber, dass es bei Streitigkeiten im familiären Bereich prinzipiell einen bedeutenden Bereich an Fällen gibt, in denen eine sozialkonstruktive Auseinandersetzung mit der Tat, etwa in einem Diversionsverfahren mit Tatausgleich, einen erfolgversprechenden Ansatz zur Konfliktbewältigung darstellt, der auch präventiven Erfordernissen gerecht werden kann.

Univ.-Prof. Dr. Hannes Schütz