

An das
Bundesministerium für Justiz
Museumstraße 7
1070 Wien

Univ.-Prof.
Dr. Hubert Hinterhofer
Professor für
Straf- und Strafverfahrensrecht –
Schwerpunkt: Wirtschafts- und Europastrafrecht
Fachbereich Straf- und Strafverfahrensrecht

Kapitelgasse 5-7
A-5020 Salzburg

Tel.: +43 / (0) 662/8044 - 3352
Fax: +43 / (0) 662/8044 - 140
www.uni-salzburg.at
Hubert.Hinterhofer@sbg.ac.at

**Begutachtungsverfahren zum Strafrechts-
änderungsgesetz 2015 – BMJ-
S318.034/0007-IV/2015**

Punktuelle Stellungnahme

Sehr geehrte Damen und Herren!

Als Mitglied der Arbeitsgruppe StGB 2015 stehe ich voll und ganz hinter jenen Bestimmungen des Entwurfs, die aus Vorschlägen der Arbeitsgruppe hervorgegangen sind. Zu diesen wird daher im Folgenden keine gesonderte Stellungnahme abgegeben. Vielmehr soll nur auf einzelne Aspekte des Entwurfs eingegangen werden, die nicht auf Vorschlägen der Arbeitsgruppe beruhen. Der Einladung zur Stellungnahme komme ich daher im Folgenden nur in punktueller Form nach:

I. § 19a StGB

Nach § 19a Abs 1a ME soll sich die Konfiskation auch auf Nutzungen und Ersatzwerte der konfiszierten Gegenstände erstrecken. Die Erstreckung der Konfiskation auf Ersatzwerte ist aufgrund der Richtlinie 2014/42/EU erforderlich. Dies gilt aber nicht auch für Nutzungen. Die Ausdehnung der Konfiskation auf Nutzungen ist europarechtlich nicht geboten. Überhaupt scheint gänzlich unklar, was im Einzelnen die Nutzung eines Tatwerkzeuges (zB eines Fluchtautos) bedeuten soll? Insofern wäre die Neufassung des § 19a StGB zum einen sehr unbestimmt und zum anderen auch zu weitgehend.

Auf eine Erweiterung der Konfiskation in dem Sinne, dass auch eine Konfiskation der Nutzungen von Tatwerkzeugen möglich sein soll, sollte verzichtet werden.

II. § 445 StPO

Der Entwurf schlägt unter bestimmten Voraussetzungen (Abbrechung eines Strafverfahrens wegen Krankheit oder Flucht des Betroffenen bei Bereicherungsdelikten) die Einführung eines selbständigen Konfiskationsverfahrens vor (§ 445 Abs 2a StPO ME). Dies erscheint problematisch. Denn bei der Konfiskation handelt es sich nach ganz hM um eine Strafe. Ein selbständiges Verfahren nach § 445 Abs 2a StPO ME auch für die Konfiskation hätte zur Folge, dass eine Strafe verhängt wird, ohne dass ein Schuldspruch in einem Urteil ausgesprochen wurde. Dies widerspricht straf- und strafverfahrensrechtlichen Grundprinzipien. Die Bestimmung würde eindeutig gegen die Unschuldsvermutung verstoßen und wohl auch den Anspruch des Beschuldigten auf ein faires Verfahren nach Art 6 EMRK (Strafe trotz fehlendem Nachweis materieller Strafbarkeitsvoraussetzungen) verletzen. Denn bei einer Abbrechung des Strafverfahrens wird der Beschuldigte typischerweise nicht einmal vernommen. Es käme dieses selbständige Verfahren der Bestrafung eines Betroffenen gleich, der gar nicht verurteilt, geschweige denn jemals vernommen wurde. Dies dürfte sehr wahrscheinlich verfassungswidrig sein.

Auf die Einführung eines § 445 Abs 2a StPO in der vorgeschlagenen Form sollte verzichtet werden. Die Gewährung rechtlichen Gehörs für den Beschuldigten ist Mindestvoraussetzung dafür, dass eine Konfiskation in einem selbständigen Verfahren angeordnet wird.

III. § 33 StGB

1. Nach **§ 33 Abs 2 StGB ME** soll es einen Erschwerungsgrund darstellen, wenn ein volljähriger Täter vorsätzlich eine strafbare Handlung unter Anwendung von Gewalt oder gefährlicher Drohung in Gegenwart einer unmündigen Person begeht. Sollte die unmündige Person vom Täter nicht wahrgenommen worden sein, hat dieser keine höhere Schuld auf sich geladen und der Erschwerungsgrund sollte nicht eingreifen. Eine Straferschwerung ist vielmehr nur dann vertretbar, wenn der Täter die Gegenwart des Unmündigen auch wirklich in seinen Vorsatz aufgenommen hat (siehe zutreffend in diesem Sinn schon die Stellungnahmen von *Reindl-Krauskopf* und *Tipold* zu diesem Entwurf).

Der Gesetzestext des § 33 Abs 2 StGB ist insoweit zu offen formuliert und sollte um den entsprechenden Vorsatz des Täters ergänzt werden.

2. Bei den vorgeschlagenen **Z 2-4 des § 33 StGB** ist ein Zusammenhang zu Gewalt gegen Frauen bzw innerhalb der Familie kaum mehr zu erkennen, sodass es sehr fraglich ist, ob dieser Vorschlag noch auf das Europaratsübereinkommen zur Verhütung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt gestützt werden kann. Wie *Susanne Reindl-Krauskopf* in ihrer Stellungnahme zum Entwurf bereits zutreffend betont, ist die Nennung des 5. Abschnittes hier sachlich ohne jede Rechtfertigung, weil bei den in diesem Abschnitt genannten Delikten (Delikte gegen die Privatsphäre und Geheimnisschutzverletzungen, wie zB Hacking nach § 118 StGB) naturgemäß kein Bezug zu Gewalt oder gefährlicher Drohung besteht. Des Weiteren ist § 33 Z 2 StGB ME äußerst weit geraten („gegen eine aufgrund besonderer Umstände schutzbedürftige Person“). Auf die zutreffende Kritik in den Stellungnahmen von *Reindl-Krauskopf* und *Tipold* darf diesbezüglich verwiesen werden. Wie in diesen Stellungnahmen

vorgeschlagen, ließe sich ein Erschwerungsgrund nur dann rechtfertigen, wenn die besondere Schutzbedürftigkeit des Opfers **bei der Tatbegehung vom Täter selbst ausgenutzt** wurde.

IV. § 153d StGB

Die vorgeschlagene Umgestaltung des Tatbestandes des § 153d StGB (verbunden mit moderater und kriminalpolitisch sinnvoller Ausweitung des Strafbarkeitsbereichs) wird uneingeschränkt befürwortet. Nunmehr wird das Delikt tatsächlich seinem Namen als „Betrügerisches Vorenthalten“ von Sozialversicherungsbeiträgen gerecht.

V. Bilanzdelikte (§ 163a-d StGB)

1. Die Neuregelungen zum Bilanzstrafrecht werden ganz **überwiegend befürwortet**.

2. Zu überdenken ist allerdings, ob die Tathandlung des **§ 163a Abs 1 StGB ME** insgesamt **nicht zu eng umschrieben** ist. Denn es soll allein die erheblich unrichtige Darstellung der Vermögens-, Finanz- oder Ertragslage des Verbandes (oder eines mit ihm verbundenen Unternehmens) tatbildmäßig sein; es könnte etwa aber auch andere Umstände, wie zB Aspekte, welche die Vertrauenswürdigkeit der Entscheidungsträger des Verbandes oder die künftige Wettbewerbsfähigkeit des Verbandes betreffen, durchaus für potentielle Geschäftspartner des Verbandes relevante Faktoren sein, deren unrichtige Darstellung innerhalb eines umfassenden Bilanzdelikts unter Strafe gestellt werden sollte. Zu bedenken ist zudem, dass die bloße Bezugnahme auf die „Vermögens-, Finanz- oder Ertragslage des Verbandes“ im Vergleich zum geltenden Recht (insb § 122 GmbHG, § 255 AktG) eine Strafbarkeitseinschränkung bedeuten würde; so heißt es in § 255 AktG zB „die Verhältnisse der Gesellschaft oder mit ihr verbundener Unternehmen oder erhebliche Umstände, auch wenn sie nur einzelne Geschäftsfälle betreffen. unrichtig wiedergibt (...)“

3. Fraglich erscheint ferner, warum eine Strafbarkeit nach § 163a Abs 1 Z 1 und § 163b Abs 1 Z 1 StGB ME **nicht auch durch Tätige Reue nach § 163d StGB ME aufgehoben** werden kann. Insofern sind auch die Erläuterungen missverständlich, wonach „allgemein die Möglichkeit einer Tätigen Reue vorgeschlagen“ wird. Da zwei zentrale Begehungsweisen von Bilanzdelikten ausdrücklich von der Tätigen Reue ausgenommen werden, kann man schwerlich von einer „allgemeinen Möglichkeit“ sprechen. Sachlich gibt es wohl kaum Gründe, eine Tätige Reue nicht auch bei § 163a Abs 1 Z 1 ME und bei § 163b Abs 1 Z 1 StGB ME zuzulassen. Die Materialien nennen jedenfalls keine.

Es wird daher vorgeschlagen, in § 163d StGB ME eine wirkliche allgemeine Tätige-Reue-Vorschrift zu normieren, dh **bei sämtlichen Bilanzdelikten diese Möglichkeit der Strafaufhebung vorzusehen**.

VI. Neuerungen im Sexualstrafrecht

1. § 205a StGB

Der vorgeschlagene § 205a StGB ist einerseits **zu unbestimmt und andererseits in weiten Teilen schlichtweg gar nicht notwendig**.

Nicht notwendig ist § 205a Abs 1 und 2 Fall 1 StGB ME insofern, als die Vornahme einer geschlechtlichen Handlung an einer anderen Person ohne deren Einverständnis zumindest nach § 218 Abs 1 Z 1 StGB (sexuelle Belästigung) strafbar ist. Im Übrigen könnten bei einem Einsatz von Nötigungsmitteln die §§ 201, 202 StGB eingreifen; das sexuelle Ausnützen einer bestimmten Eigenschaft bei Tatopfern wird von den §§ 205-207b StGB unter Strafe gestellt. Von einer Straflücke kann hier also schon von vornherein nicht gesprochen werden.

§ 205a Abs 1 und 2 Fall 1 StGB ME ist zudem aber auch deutlich zu unbestimmt geraten. So muss auf die bloße Behauptung eines der Sexualpartner, es habe der Sexualakt ohne sein Einverständnis stattgefunden, zwingend ein Ermittlungsverfahren gegen den anderen Sexualpartner eingeleitet werden; abgesehen davon ist schon jetzt vorprogrammiert, dass viele Ermittlungsverfahren schlicht durch Falschbehauptungen vermeintlicher „Opfer“ in die Wege geleitet würden.

Ein gewisses Strafbedürfnis zusätzlich zu den schon vorhandenen Sexualdelikten ist allein dann erkennbar, wenn das Einverständnis durch Einschüchterung bzw durch Ausnützung einer Zwangslage erlangt wurde. In diesem Fall könnte man argumentieren, dass die Strafdrohung des – auch hier anwendbaren – § 218 Abs 1 Z 1 StGB (bis zu 6 Monaten Freiheitsstrafe) zu gering ist. Teilt man diese Ansicht (was durchaus auch nicht zwingend ist), bliebe alleine für diese Variante ein sachlich zu rechtfertigender Anwendungsbereich (außerhalb der schon bestehenden §§ 201, 202, 205, 207b, 212 und 218 Abs 1 Z 1 StGB). Was sich die Materialien unter Einschüchterung bzw Ausnützung einer Zwangslage (genügt hier zB bereits eine bloße wirtschaftliche Abhängigkeit vom Geschlechtspartner?) konkret vorstellen, wäre freilich eine durchaus hilfreiche Information für den Rechtsanwender.

2. § 218 Abs 1 Z 1 StGB

Nach der vorgeschlagenen Ergänzung des § 218 Abs 1 Z 1 StGB ME soll nicht nur die sexuelle Belästigung durch eine geschlechtliche Handlung, sondern auch eine solche durch eine „nach Art und Intensität einer solchen vergleichbaren, der sexuellen Sphäre im weiteren Sinn zugehörige körperliche Handlung an ihr“ erfasst werden.

Dies ist wohl geradezu ein Musterbeispiel einer **verfassungswidrigen, weil gegen den Bestimmtheitsgrundsatz verstoßenden Strafbestimmung**. Denn die Umschreibung des strafbaren Verhaltens ist derart unverständlich, dass die Bürger ihr Verhalten danach gewiss nicht sinnvoll ausrichten können: Die Frage, was genau nun gerichtlich strafbar ist und was nicht, bleibt gänzlich im Dunklen.

Gedacht wurde bei dieser Formulierung wohl an das Grapschen (insb das „Hintern-Grapschen“). Dies ist ohne Zweifel ein sozial sehr störendes Verhalten. Zu bedenken ist aber, dass das gerichtliche Strafrecht nur als ultima-ratio eingesetzt werden darf, dh wenn ein Rechtsgüterschutz auf anderem Wege nicht in ausreichendem Maße gewährleistet werden kann. Wie schon *Tipold* in seiner Stellungnahme ganz zu Recht betont, fragt es sich, ob das Kriminalstrafrecht wirklich der richtige Ort ist, derartige Verhaltensweisen zu sanktionieren.

Richtigerweise wäre ein solcher Straftatbestand im **Verwaltungsstrafrecht** wohl besser aufgehoben.

Von einer Ergänzung und Ausweitung des § 218 Abs 1 Z 1 StGB wie im Entwurf vorgeschlagen wird dringend abgeraten.

VII. Neugestaltung der §§ 274 und 283 StGB

1. Die terminologischen Anpassung und Modernisierung des § 274 StGB wird begrüßt. Auch kann dem Übergang von der Menschenmenge zu einer größeren Zahl von Menschen, somit von 100 Personen zu 10 Personen, einiges abgewonnen werden. Denn eine größere Zahl von Menschen ist auch bei sonstigen Delikten des öffentlichen Friedens bzw Gemeingefährdungsdelikten jener Maßstab, ab dem man eine Strafwürdigkeit bejaht. Zu betonen ist freilich, dass damit eine nicht unbeträchtliche Ausweitung des Tatbestandes verbunden ist. Dass in Abs 3 immer noch von einer Menschenmenge gesprochen wird, ist ein Redaktionsversehen, das zu beseitigen wäre.

2. Die vorgeschlagene Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 283 StGB ist gut nachvollziehbar und wird unterstützt.

VIII. § 198 StPO (Diversion)

Die Grenze der Diversion nicht mehr bei der schöff- und geschworenengerichtlichen Zuständigkeit zu ziehen, sondern an die Strafdrohung (Diversion nur bei Delikten mit einer Strafdrohung von nicht mehr als 5 Jahren Freiheitsstrafe) wird **ausdrücklich begrüßt**.

Die in § 198 Abs 1 Z 1 StPO ME und in § 198 Abs 3 2. Satz StPO ME getroffenen Einschränkungen der Diversion erscheinen dagegen nicht nachvollziehbar.

So soll die Diversion ausgeschlossen sein, wenn es sich um ein Sexualdelikt handelt, das mit mehr als dreijähriger Freiheitsstrafe bedroht ist. Wie schon *Tipold* in seiner Stellungnahme zutreffend hervorhebt, gibt es für diese Einschränkung keinen sachlichen Grund. Der nach wie vor bestehende Ausschluss der Diversion im Falle einer schweren Schuld ist ein ohnehin ausreichendes Korrektiv.

Noch weniger überzeugt der Ausschluss der Diversion in solchen Fällen, in denen ein Erschwerungsgrund nach § 33 Abs 2 oder 3 StGB ME vorliegt. Diese Einschränkungen sind sachlich nicht nachvollziehbar; der berechtigten Kritik von Neustart in der Stellungnahme zu diesem Entwurf sowie jener von *Alexander Tipold* in seiner Stellungnahme ist eigentlich nichts mehr hinzuzufügen.

Die Einschränkungen der Diversion in § 198 Abs 1 Z 1 2. Fall und in § 198 Abs 3 2. Satz StPO ME sollten daher gestrichen werden.

IX. §§ 13, 14 SMG

Die vorgeschlagene Neuregelung der §§ 13, 14 SMG, welche den Grundsatz Therapie statt Strafe für drogensüchtige Straftäter (bestimmte Sichtmitteldelikte zum persönlichen Ge-

brauch) in den Vordergrund stellt, ist **rechtspolitisch grundsätzlich zu begrüßen**. Wenn eine gänzliche Straffreistellung des bloßen Konsums „leichter“ Drogen politisch nicht durchsetzbar ist (und danach sieht es wohl aus), müssen eben andere Wege (hier: prozessuale im Wege der „Verhinderung“ eines Ermittlungsverfahrens) beschritten werden.

Gleichwohl ist **§ 13 Abs 4 SMG ME doch eher unglücklich** gestaltet. § 13 Abs 2a SMG ME ist – entgegen den Materialien – nicht für die Kriminalpolizei anwendbar, weil „diese nicht an sich selbst eine Anzeige erstatten muss“ (zutreffend *Tipold* in seiner Stellungnahme zum Entwurf). Nicht klar ist daher die gesetzlich korrekte Vorgangsweise, wenn Staatsanwaltschaft oder Kriminalpolizei von sich aus oder auf Basis einer privaten Anzeige einen Anfangsverdacht hegen. Es erscheint daher die ausdrückliche Aufnahme von Staatsanwaltschaft und Kriminalpolizei in § 13 Abs 2a SMG ME sinnvoll. Diesbezüglich hat *Tipold* (in seiner Stellungnahme zum Entwurf) einen zu befürwortenden Textvorschlag für § 13 Abs 2a nF SMG unterbreitet: „Ebenso haben Staatsanwaltschaft und Kriminalpolizei in diesen Fällen diesen Umstand der Bezirksverwaltungsbehörde als Gesundheitsbehörde mitzuteilen und vorerst kein Ermittlungsverfahren einzuleiten.“ Und auch zu § 13 Abs 4 SMG ME schlägt *Tipold* eine zu befürwortende Vereinfachung vor: „Kriminalpolizei und Staatsanwaltschaft haben in den vorstehend bezeichneten Fällen erst nach einer Strafanzeige durch die Bezirksverwaltungsbehörde (§ 14 Abs. 1 erster Satz) ein Ermittlungsverfahren einzuleiten.“

Salzburg, am 23.04.2015

Univ. Prof. Dr. *Hubert Hinterhofer*