

An das
Bundesministerium für Justiz
Museumstr. 7
1070 Wien
team.s@bmj.gv.at
Cc: begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Wien, am 24. April 2015

Stellungnahme zum Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes 2015

Das **Institut für Österreichisches und Europäisches Wirtschaftsstrafrecht der Wirtschaftsuniversität Wien** nimmt zu dem Ministerialentwurf Strafrechtsänderungsgesetz 2015 (98/ME B1gNR XXV. GP) wie folgt Stellung. Aufgrund des großen Umfangs des Entwurfs wird im Folgenden nur auf ausgewählte Punkte eingegangen, woraus keine Schlüsse auf andere vorgeschlagene Bestimmungen gezogen werden können.

Zu Artikel 1 Z 4 und 5:

Begrüßenswert sind die Bemühungen das bereits ratifizierte Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (BGBl III 164/2014) umzusetzen. Dieses Übereinkommen ist das erste internationale rechtsverbindliche Instrument, das einen umfassenden rechtlichen Rahmen zum Schutz von Frauen vor jeglicher Form von Gewalt



schaffen soll. Besonders vor dem Hintergrund der vorgeschlagenen Einführung weiterer Erschwerungsgründe (Erweiterung des § 33 Abs 2 StGB-ME und Neufassung eines § 33 Abs 3 StGB-ME) und einem Ausschluss diversioneller Maßnahmen bei Vorliegen dieser neuen Erschwerungsgründe, erscheint eine intensive Auseinandersetzung mit dem ratifizierten Übereinkommen notwendig.

Eine Zielsetzung des Übereinkommens ist der Schutz von Kindern, da diese auch „Opfer häuslicher Gewalt sind, auch als Zeuginnen und Zeugen von Gewalt in der Familie“. Wenn demnach Art 46 lit d des Übereinkommens es als Erschwerungsgrund gewertet wissen will, wenn „die Straftat [...] gegen ein Kind oder in dessen Gegenwart begangen [wurde]“, so ist darauf hinzuweisen, dass sich „die Straftat“ auf „nach diesem Übereinkommen umschriebene Straftaten“ bezieht. Die Erweiterung des § 33 Abs 2 StGB-ME würde hingegen dazu führen, dass alle strafbaren Handlungen unter Anwendung von Gewalt oder gefährlicher (im Entwurf gefährliche) Drohung in Gegenwart einer unmündigen Person als Erschwerungsgrund zu werten wären. Der Raub eines Handys einer erwachsenen Person in der U-Bahn wäre demnach schwerwiegender, wenn sich gerade eine Schülergruppe im selben Waggon befindet. Ebenso wäre eine Bestechung, die bei einem Kinderspielplatz stattfindet, allein aufgrund der Anwesenheit von Kindern schwerwiegender. Dies kann nicht der Zweck der Erweiterung des § 33 Abs 2 StGB-ME sein, weshalb von dieser Änderung abzusehen ist (oder diese allenfalls in den § 33 Abs 3 StGB transferiert werden sollte).

Wie in den Erläut festgehalten, verlangt Kapitel V (Materielles Recht) des Übereinkommens „unabhängig von der Art der Täter-Opfer-Beziehung“ gewisse Delikte strafrechtlich zu sanktionieren. Dabei handelt es sich um:

- Art 33: Psychische Gewalt
- Art 34: Nachstellung
- Art 35: Körperliche Gewalt
- Art 36: Sexuelle Gewalt, einschließlich Vergewaltigung
- Art 37: Zwangsheirat
- Art 38: Verstümmelung weiblicher Genitalien
- Art 39: Zwangsabtreibung und Zwangssterilisierung
- Art 40: Sexuelle Belästigung

Diese Delikte undifferenziert den strafbaren Handlungen des ersten bis dritten, fünften und zehnten Abschnitts des Besonderen Teils des StGB zuzuordnen, führt in Zusammenhang mit den vorgeschlagenen Erschwerungsgründen des § 33 Abs 3 StGB-ME bspw dazu, dass die Tötung auf Verlangen oder die Mitwirkung am Selbstmord eines Ehegatten/einer Ehegattin (Z 1) erschwerend zu sehen ist. Eine unterlassene Hilfeleistung wiegt schwerer, wenn sie einem Verletzten, der „aufgrund besonderer Umstände schutzbedürftig geworden“ ist (Z 2), verwehrt wird. Schutzbedürftig sind gem Abs 87 des Erläuternden Berichts zum Übereinkommen „pregnant women and women with young children, persons with disabilities, including those with mental or cognitive impairments, persons living in rural or remote areas, substance abusers, prostitutes, persons of national or ethnic minority background, migrants – including undocumented migrants and refugees, gay men, lesbian women, bi-sexual and transgender persons as well as HIV-positive persons, homeless persons, children and the elderly“, in der deutschen Übersetzung also „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“. Wieso es schwerer wiegen soll, wenn bspw jemand im ländlichen Raum an einem Raufhandel teilnimmt als in einer Stadt, erscheint ohne weitere Begründung nicht selbsterklärend. Die Z 4 schließlich lässt sich zwar mit „Drohung mit einer Waffe“ übersetzen („threat of a weapon“ bzw „la menace d’une arme“), zielführend ist hier wohl aber die (inoffizielle) deutsche Interpretation der Erläut des Übereinkommens, nämlich „die Bedrohung mit einer Waffe“. Sonst wäre die bloße Drohung „eine Waffe zu holen“ bei den angeführten Abschnitten des Besonderen Teils immer straferschwerend.

Das Zusammenspiel dieser Erschwerungsgründe lässt sich an folgenden zwei Beispielen illustrieren: Sitzt in einem Bergbauerdorf am Abend eine Familie beim Essen und der Vater öffnet in Anwesenheit der minderjährigen Kinder einen Brief an seine Ehefrau mit einem Küchenmesser, den er nicht öffnen durfte, so verletzt er das Briefgeheimnis (§ 118 Abs 1 StGB). Unter der Annahme, dass die Ehefrau diesen Sachverhalt als Privatanklägerin verfolgt, sind beim Ehemann vier Erschwerungsgründe anzunehmen: gem § 33 Abs 2 StGB-ME wurde die Tat in Gegenwart unmündiger Personen begangen, gem § 33 Abs 3 Z 1 StGB-ME wurde diese Tat des Fünften Abschnitts des BT des StGB gegen eine Angehörige (Ehefrau) begangen, gem § 33 Abs 3 Z 2 StGB-ME richtet sich diese Tat auch gegen eine aufgrund besonderer Umstände schutzbedürftig gewordene (weil die Ehefrau in einer ländlichen oder abgeschiedenen Gegend lebt) Person und gem § 33 Abs 3 Z 4 StGB-ME wurde auch eine Waffe (das Küchenmesser) eingesetzt. Während diese

Familie zusammensitzt, besucht ein Mann in Wien seine kinderlose Freundin, mit der er nicht zusammenwohnt (vgl Stellungnahme *Tipold* 31/SN-98/ME, 3), und gibt dieser nach dem Essen eine schallende Ohrfeige, weil es ihm nicht geschmeckt hat. Selbst wenn daraus eine leichte Körperverletzung resultiert, ist bei diesem Mann keiner (!) der vorgeschlagenen Erschwerungsgründe gegeben.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die neu vorgeschlagenen Erschwerungsgründe in dieser Form abzulehnen sind.

Die vorgeschlagenen Änderungen bei den Erschwerungsgründen haben außerdem Auswirkungen auf den Vorschlag der Neufassung des § 198 Abs 2 Z 1 StPO-ME. Siehe dazu unten die Anmerkungen zu Artikel 3 Z 9.

Zu Artikel 1 Z 9:

Nach § 64 Abs 1 Z 11 StGB-ME soll das österreichische Strafrecht auch auf Auslandstaten nach §§ 163a f StGB-ME anwendbar sein, wenn die Hauptniederlassung oder der Sitz des Verbandes im Inland liegt, und zwar auch dann, wenn die Tat am Tatort straflos ist. Diese Bestimmung scheint auf dem Realprinzip zu beruhen, dh auf der Verletzung österreichischer Interessen durch die Tat. Die völkerrechtliche Legitimität einer solchen Strafrechtsanwendung mag gegeben sein, wenn die Verletzung österreichischer Interessen in der Beeinträchtigung der österreichischen Wirtschaft gesehen wird, wie es bei § 124 StGB (Auskundschaftung eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses) der Fall, auf den nach § 64 Abs 1 Z 1 StGB bei Auslandstaten ebenfalls das Realprinzip Grundlage österreichischer Strafrechtsanwendung ist (*Höpfel/U. Kathrein* in WK² StGB § 64 Rz 3; *Schwaighofer* in SbgK § 64 Rz 12 und 15).

Zu Artikel 1 Z 10:

Wegen berufsmäßiger Begehung macht sich nach dem Entwurf strafbar, wer eine Tat in der Absicht begeht, sich durch ihre wiederkehrende Begehung ein nicht bloß geringfügiges fortlaufendes Einkommen zu verschaffen und in den letzten 12 Monaten zwei solche Taten begangen hat.

§ 70 StGB-ME enthält im Gegensatz zur bislang in Geltung stehenden Regelung nicht mehr den Begriff der strafbaren Handlung, sondern stellt auf die Tat ab. Während eine strafbare Handlung dann vorliegt, wenn der Täter alle Voraussetzungen der Strafbarkeit erfüllt hat, meint die Tat den historischen Lebenssachverhalt (*Ratz* in WK² StGB Vor §§ 28–31 Rz 1). Nicht erforderlich ist daher nach der geplanten Regelung, dass die zwei bereits begangenen Taten alle Voraussetzungen für eine Strafbarkeit erfüllen. Eine Tat liegt daher auch vor, wenn die Strafbarkeit etwa durch Schuldausschließungsgründe, tätige Reue oder einen Rücktritt vom Versuch ausgeschlossen oder aufgehoben wird und schließlich auch dann, wenn die österreichischen Strafgesetze nicht anwendbar sind.

Indem nun ausschließlich auf den historischen Lebenssachverhalt abgestellt wird, ist von einem weiten Anwendungsbereich der Berufsmäßigen Begehung auszugehen. So wäre etwa ein vierzehnjähriger Täter, der einen Diebstahl in der Absicht begeht, sich ein fortlaufendes, nicht bloß geringfügiges Einkommen zu verschaffen wegen berufsmäßigen Diebstahls zu bestrafen, wenn er davor – im Alter von 13 Jahren – zwei Diebstähle in ebendieser Absicht begangen hat.

Die für die Verwendung des Tatbegriffs in den Erläut genannte Begründung, dass die Verwendung des Begriffs der „strafbaren Handlung“ bei jenen Delikten nicht tunlich ist, bei denen die Berufsmäßigkeit strafbarkeitsbegründend wirkt, ist nicht nachvollziehbar. Sinnvoller wäre es, die wenigen Delikte, bei denen die Berufsmäßigkeit tatsächlich strafbarkeitsbegründend wirkt (wie bspw bei § 153e StGB), entsprechend abzuändern.

Neu ist auch, dass der Täter in den vergangenen zwölf Monaten zwei solche Taten begangen haben muss: Dies legt ein Verständnis nahe, wonach der Täter innerhalb der letzten zwölf Monate zwei Taten ebenfalls in der Absicht begangen haben muss, sich ein nicht bloß geringfügiges fortlaufendes Einkommen zu verschaffen. Den Erläut zufolge, sollen durch die neue Regelung Fälle aus der berufsmäßigen Begehung ausgenommen werden, in denen der Täter monatlich ein Einkommen von maximal ca € 100 erwirtschaftet. Indem aber bloß auf die Absicht abgestellt wird, kommt es auf ein tatsächlich erwirtschaftetes Einkommen von mehr als ca € 100 pro Monat nicht an – berufsmäßig handelt demnach auch, wer mehrere Taten in der Absicht begeht, sich ein fortlaufendes Einkommen von zumindest etwa € 100 pro Monat zu verschaffen, daran aber scheitert und durch seine Taten uU sogar gar kein Einkommen erlangt. Insofern wird nach wie vor nur auf die subjektive Seite des Täters abgestellt, wodurch weiterhin auch Konstellationen der berufsmäßigen Begehung unterstellt werden, in denen dies nicht gerechtfertigt scheint.

Zu Artikel 1 Z 18, Z 19, Z 20, Z 21, Z 22, Z 23 und Z 24:

Die Reform der vorsätzlichen Körperverletzungsdelikte der §§ 83 ff StGB soll gem den Erläut zum ME ua „Probleme in der Praxis beseitigen“.

Die durch den ME erhoffte Beseitigung von Praxisproblemen erschließt sich bedauerlicherweise nicht. Ganz im Gegenteil: Durch die Novellierung des § 84 Abs 1 StGB-ME als Deliktsqualifikation und die unterschiedlichen Strafdrohungen für eine Körperverletzung nach § 83 Abs 1 und § 83 Abs 2 StGB-ME ergeben sich für die Praxis eine Vielzahl an neuen Problemen.

Zugegebenermaßen haben sich nach dem bisherigen System Abgrenzungsprobleme ergeben, insbesondere ob der Täter einen Misshandlungs- oder einen Verletzungsvorsatz hatte, weshalb eine eindeutige Zuordnung zu § 83 Abs 1 oder Abs 2 StGB nicht einfach gelingt (*Kienapfel/Schroll*, BT I³ § 83 Rz 4). Etwaige Zuordnungsprobleme waren aber in dieser Konstellation problemlos, weil bisher Abs 1 und Abs 2 als rechtlich gleichwertig gesehen wurden, weshalb ein Subsumtionsfehler nicht zur Aufhebung des Urteils führte (siehe *Burgstaller/Fabrizy* in WK² StGB § 83 Rz 22 mwN). Da die bisherige Regelung jedoch dem unterschiedlichen Unrechtsgehalt zwischen einer Körperverletzung mit Körperverletzungsvorsatz (§ 83 Abs 1 StGB) und einer Körperverletzung, welche aus einer Misshandlung resultiert (§ 83 Abs 2 StGB), mit einer gleichen Strafdrohung nicht mehr gerecht werde, sollen nunmehr diese beiden Varianten einer Körperverletzung unterschiedlich streng bestraft werden. Die unterschiedlichen Strafdrohungen setzten sich bei allen weiteren Erfolgsqualifikationen fort. Dadurch handelt es sich allerdings nicht mehr um rechtlich gleichwertige Tatbestände, wodurch ein Subsumtionsfehler nicht mehr folgenlos bleibt. Somit bliebe die Abgrenzungsproblematik auch nach dem geplanten System erhalten, würde aber bei falscher Beantwortung zur Nichtigkeit des Urteils führen.

Zusätzlich ergeben sich mit der Einführung einer Deliktsqualifikation einer vorsätzlichen schweren Körperverletzung nach § 84 Abs 1 StGB-ME weitere Abgrenzungsprobleme. Diese kann zukünftig auch versucht werden (nach Rsp und Teilen der Lehre wurde diese bisher als Erfolgsqualifikation gesehen, weshalb sie nicht versucht werden konnte, siehe *Fabrizy*, StGB¹¹ § 84 Rz 23 und *Messner* in SbgK § 84 Rz 7 und 103 ff jeweils mwN).

Dadurch müssen die Strafverfolgungsbehörden nunmehr für die rechtsrichtige Subsumtion eruieren:

1. Hatte der Täter den Vorsatz auf die Misshandlung? → § 83 Abs 2 StGB-ME
2. Hatte der Täter zumindest Eventualvorsatz auf eine (einfache) KV? → § 83 Abs 1 StGB-ME
3. Hatte der Täter Eventualvorsatz oder Wissentlichkeit hinsichtlich einer schweren KV? → § 84 Abs 1 StGB-ME
4. Hat der Täter dem anderen absichtlich (§ 5 Abs 2 StGB) eine schwere KV zugefügt? → § 85 Abs 1 StGB-ME

Abhängig vom dadurch verursachten und zurechenbaren Verletzungserfolg (zB schwere KV nach § 83 Abs 3 StGB-ME, schwere Dauerfolgen nach § 83 Abs 4 StGB-ME oder tödlicher Ausgang nach § 86 StGB-ME) ergeben sich jeweils unterschiedliche Rechtsfolgen: Insgesamt können sich je nach Vorsatz und Verletzungsfolge 14 verschiedene Rechtsfolgen ergeben, von der vorsätzlichen Misshandlung mit fahrlässig herbeigeführter leichter Körperverletzung bis zur absichtlichen schweren Körperverletzung mit Todesfolge.

Gerade weil der Vorsatz im Regelfall nur auf Indizien begründet werden kann und die Beweisführung keine exakte Wissenschaft ist, kann hier von einer praxisfreundlichen Vereinfachung keine Rede sein. Wenngleich es natürlich einleuchtet, dass die vorsätzliche Misshandlung mit schweren Dauerfolgen und die vorsätzliche schwere Körperverletzung mit schweren Dauerfolgen einen anderen Unrechtsgehalt beinhalten, so erscheint der Wunsch nach einer Problembeseitigung in der Praxis durch ein solch diffizil abzugrenzendes Vorsatzsystem nicht in Erfüllung zu gehen. Es werden vielmehr sehr hohe Anforderungen an die Strafverfolgungsbehörden gestellt. Zu befürchten ist dadurch ein sehr großer Anstieg an Berufungen wegen behaupteter unrichtiger Gesetzesauslegung – unabhängig davon, ob die richtige Zuordnung gelingt oder nicht. Auch Unzuständigkeitsbeschlüsse im Hauptverfahren (zB weil der BG-Richter der angeklagten leichten KV aus den Akten einen Vorsatz auf schwere KV nach § 84 StGB-ME sieht und sich deshalb als sachlich unzuständig erklärt) werden wohl zunehmen.

Die Anforderungen an die Praxis können durch ein einfaches Beispiel illustriert werden: Wird das Opfer im Rahmen einer tätlichen Auseinandersetzung schwer verletzt (zB Kieferbruch) musste nach dem bisherigen System nur abgegrenzt werden, ob der Täter den Vorsatz auf eine absichtliche schwere Körperverletzung oder auf § 83 StGB hatte (Misshandlungsvorsatz ausreichend). Nunmehr muss festgestellt werden, ob der Täter den Vorsatz auf eine Misshandlung (schwere KV als Erfolgsqualifikation, § 83 Abs 2 und Abs 3, 2. Fall StGB-ME), ob der Täter den Vorsatz auf die leichte Körperverletzung (schwere KV als Erfolgsqualifikation, § 83 Abs 1 und Abs 3, 1. Fall StGB-ME), ob der Täter den Vorsatz auf die schwere KV (§ 84 Abs 1 StGB-ME) oder ob der Täter den Vorsatz auf die absichtliche schwere

KV (§ 85 Abs 1 StGB-ME) hatte. Damit reduziert man nicht die Probleme in der Praxis, sondern vermehrt sie sogar. Wohl wird es auf die erste Einvernahme durch die Kriminalpolizei ankommen, wie der Beschuldigte/Angeklagte in einem solchen Fall schlussendlich zur Verantwortung gezogen wird. Eine dort gemachte „falsche“ Wortwahl wird man wohl sehr schnell als Eventualvorsatz hinsichtlich der schweren Körperverletzung interpretieren können.

Diskussionswürdig erscheint der Vorschlag von Kollegen *Messner* von der Universität Innsbruck (5/SN-98/ME), die KV durch vorsätzliche Misshandlung (§ 83 Abs 2 StGB) abzuschaffen und als Fall der grob fahrlässigen KV zu betrachten. Dadurch käme es einerseits zu keiner völligen Entkriminalisierung, weil diese Fälle nunmehr als fahrlässige KV zu werten wären. Andererseits sind auch die Sanktionen bei beiden Fällen ident (§§ 83 Abs 2 und 88 Abs 3; § 83 Abs 2, Abs 3 und § 88 Abs 4, 2.Fall StGB-ME), sofern der Tod nicht herbeigeführt wird (§§ 83 Abs 2, 86 Abs 1 StGB-ME sechs Monate bis zu fünf Jahren; § 81 Abs 1 StGB-ME FS bis zu drei Jahren). Einzige Ausnahme wäre die sehr viel geringere Strafdrohung einer Misshandlung mit KV an einem Beamten (§ 83 Abs 5 StGB-ME), wobei in vielen dieser Fälle auch §§ 269 f StGB einschlägig sein könnten.

Es erscheint insgesamt fragwürdig, weshalb ein bisher funktionierendes System ohne große Not so tiefgreifend und leider auch kompliziert verändert wird. Vorzuschlagen ist deshalb die Beibehaltung des bisherigen Systems mit der schweren Körperverletzung als Erfolgsqualifikation. Dem unterschiedlichen Unrechtsgehalt einer vielleicht vom Vorsatz umfassten schweren Körperverletzung könnte durch einen breiteren Strafraumen der Praxis im Rahmen der Strafzumessung Rechnung getragen werden.

Zu Artikel 1 Z 25:

In § 88 Abs 2 Z 3 StGB-ME wird ein Strafflosigkeitsgrund für Angehörige eines gesetzlich geregelten Gesundheitsberufes eingeführt, sofern diese nicht grob fahrlässig gehandelt haben oder die Körperverletzung nicht schwer war. Dieser Strafflosigkeitsgrund fand sich fast wortgleich in § 88 Abs 2 Z 2 StGB idF BGBl I 152/2004 und wurde durch BGBl I 1111/2010 abgeschafft. Begründet wurde diese Abschaffung damit, dass durch die Ausweitung der Strafflosigkeit bei einer nicht mehr als vierzehntägigen Dauer der Gesundheitsschädigung oder Berufsunfähigkeit (Z 3, zukünftig nach dem ME als Z 2 angeführt) „[...] auch die Notwendigkeit einer bestimmte Medizinalberufe privilegierenden Bestimmung [entfällt]“ (RV 981 BlgNR XXIV. GP 89). Diese belief sich damals nämlich auch auf vierzehn Tage. Den Erläuterungen des ME ist zu entnehmen, dass vier Jahre danach dennoch „in Hinblick auf die verantwortungsvolle Tätigkeit“ und als „konsequentes Fortdenken des Ultima-Ratio-Prinzips“ die „Hervorhebung der Gesundheitsberufe jedoch sehr wohl weiterhin indiziert“ erscheint. Es soll aber neben dieser lex specialis der Z 3 dennoch auch die Z 2 für Angehörige dieser Berufsgruppen anwendbar sein, sofern die Verletzung und Gesundheitsschädigung an sich schwer ist oder die Gesundheitsschädigung oder Berufsunfähigkeit unter vierzehn Tagen dauert. Zusammenfassend wird die nicht grob fahrlässige, mehr als vierundzwanzig Tage dauernde Gesundheitsschädigung oder Berufsunfähigkeit privilegiert (Z 3) und eine an sich schwere Verletzung oder Gesundheitsschädigung, sofern die Tat keine Gesundheitsschädigung oder Berufsunfähigkeit von mehr als vierzehntägiger Dauer nach sich zieht (Z 2).

Die Argumentation für die neuerliche weitergehende Privilegierung der Angehörigen der Gesundheitsberufe überzeugt nicht. Dem Ultima-Ratio-Prinzip des Strafrechts ist – ebenso wie der verantwortungsvollen Tätigkeit dieser Berufsgruppe – wohl bereits durch die Ausnahme des nicht grob fahrlässigen Verhaltens und der in Z 2-ME normierten Dauer der Gesundheitsschädigung oder Berufsunfähigkeit Genüge getan. Weiters wurde die praktische Bedeutung dieses Straflosigkeitsgrundes in seiner alten Fassung sowieso als sehr gering betrachtet (*Burgstaller/Schütz* in WK² StGB § 88 Rz 37). Darüber hinaus bedingt die in den Erläut zum ME angedachte alternative Anwendung der Z 2 und der Z 3 für Angehörige dieser Berufsgruppe (sollte die Verletzung oder Gesundheitsschädigung an sich schwer sein, ist Z 2 anwendbar) in der Praxis eine recht komplexe Prüfungsreihenfolge, vor allem im Hinblick auf allfällige von einem Sachverständigen festzustellenden Verletzungserfolge.

Zu Artikel 1 Z 49:

Mit der Einführung des § 120a StGB-ME soll das Phänomen „Cybermobbing“ strafrechtlich erfasst werden. Es ist begrüßenswert, dass der Gesetzgeber hier auf neue Entwicklungen in den neuen Medien reagiert und dieses Verhalten, welches die Lebensführung der Opfer nachhaltig sehr stark beeinträchtigt, unter strafrechtliche Sanktion stellt. Es erscheint nur angesichts der ähnlichen Wortfolge zu § 107a StGB („in einer Weise, die geeignet ist, [...] in ihrer Lebensführung unzumutbar zu beeinträchtigen, eine längere Zeit hindurch fortgesetzt [...]“) und der ähnlichen Folgen der Belästigung durch das „Cybermobbing“ wie durch das „Stalking“ (siehe dazu *Wach* in SbgK § 107a Rz 18) naheliegender, dieses Delikt im 3. Abschnitt statt im 5. Abschnitt des BT des StGB zu verorten.

Angedacht ist bei § 120a StGB-ME die Erfolgsqualifikation des Abs 2 (Selbstmord oder Versuch des Selbstmordes). Wegen der oben skizzierten großen Ähnlichkeit zwischen § 107a StGB und § 120a StGB-ME wäre es überlegenswert, bei beiden Delikten eine oder für beide keine derartige Erfolgsqualifikation zu haben. Die bei § 120a angedachte Erfolgsqualifikation ist ein weiteres Indiz dafür, dass § 120a StGB-ME – ähnlich dem § 107a StGB – vorrangig die Freiheit der persönlichen Lebensgestaltung schützt (siehe *Kienapfel/Schroll*, BT I³ Vorbem zu den §§ 99 ff Rz 3). Der Gesetzgeber des StGB sanktioniert diesen Erfolg vorrangig bei jenen Delikten, welche insbesondere die (Dispositions-)Freiheit des Opfers schützen (Nötigung gem §§ 105, 106 Abs 2 StGB; Gefährliche Drohung gem §§ 107 Abs 1 und Abs 3 StGB; Schwere Erpressung gem §§ 144 Abs 1, 145 Abs 3 StGB findet sich zwar im 6. Abschnitt, schützt aber dennoch auch die Dispositionsfreiheit, siehe *Eder-Rieder* in WK² StGB § 144 Rz 2).

Aus diesen Gründen soll das Delikt der „Fortgesetzen Belästigung im Wege einer Telekommunikation oder eines Computersystems“ bspw als § 107c StGB in den 3. Abschnitt des BT des StGB eingegliedert werden. Bei § 107a StGB ist eine dem § 120a StGB-ME nachgebildete Erfolgsqualifikation einzuführen ODER die Erfolgsqualifikation des § 120a Abs 2 StGB-ME nicht einzuführen. Eine Gleichschaltung beider Delikte scheint jedoch aufgrund deren Ähnlichkeit geboten.

Zu Artikel 1 Z 58, Z 59, Z 60, Z 61, Z 62 und Z 63:

Durch die Umsetzung der Cybercrime RL werden § 126a StGB und § 126b StGB novelliert. Anpassungsbedarf wird dabei durch die Hinzufügung von Qualifikationen gem Art 9 Abs 3 und 4 der RL gesehen. Dabei wird in Umsetzung von Art 9 Abs 3 der RL sowohl bei § 126a StGB-ME als auch bei § 126b StGB-ME ein Abs 3

eingefügt, welcher anzuwenden ist, sofern durch die jeweilige Tat „viele Computersysteme [...] beeinträchtigt (§ 126a Abs 3 StGB-ME) bzw schwer gestört (§ 126b Abs 3 StGB-ME)“ werden. In Umsetzung von Art 9 Abs 4 wird § 126a Abs 2 StGB-ME zum einen in zwei Absätze aufgeteilt (Abs 2 und Abs 4) und zum anderen auch erweitert. Bei § 126b wird die Qualifikation des § 126b Abs 4 StGB-ME eingefügt.

Wenngleich der Gesetzgeber hier plant, die RL schablonenhaft umzusetzen, so ist es aufgrund der formellen Subsidiarität des § 126b StGB zu Gunsten des § 126a StGB schwer denkbar, dass es einen Anwendungsbereich für § 126b Abs 3 StGB-ME geben wird. Denn sofern durch die Tat § 126a Abs 1 StGB erfüllt ist, wird § 126b StGB verdrängt – ungeachtet, ob sogar eine Qualifikation des § 126b StGB erfüllt ist (siehe *Komenda/Madl* in SbgK § 126a Rz 91). Eine schwere Störung vieler Computersysteme wird im Regelfall zumindest eine Datenunterdrückung iSd § 126a Abs 1 StGB darstellen (siehe bereits zur praktische Unanwendbarkeit der Qualifikation des § 126b Abs 2 StGB durch die gleichzeitige Erfüllung des § 126a *Daxecker* in SbgK § 126b Rz 34). Daher wird es auch für § 126b Abs 3 StGB-ME keinen praktischen Anwendungsfall geben, welcher nicht unter § 126a StGB fällt. Sollten nämlich durch die Tat viele Computersysteme durch eine Störung der Funktionsfähigkeit eines Computersystems beeinträchtigt bzw schwer gestört werden, so wird dies durch das österreichische Strafrecht auch von § 126a Abs 3 StGB-ME erfasst werden. Aufgrund der Subsidiaritätsklausel des § 126b StGB ist nur § 126a StGB anwendbar.

Gleiche Bedenken betreffen die neue Qualifikation des § 126b Abs 4 Z 1 StGB-ME. Den gem Art 9 Abs 4 Z 2 Cybercrime RL umzusetzenden „serious damage“ wird

man wohl als den Schaden verstehen, der durch den Angriff auf das Computersystem entstanden und der zur Wiederherstellung der Funktionsfähigkeit notwendig ist (siehe ErwGr 5 Cybercrime RL). Damit wird aber auch § 126a StGB erfüllt sein, weil bei einem € 500.000 Schaden an einem Computersystem wohl auch ein € 500.000 Schaden an Daten entstanden sein wird (zum Begriff des Schadens des § 126a StGB siehe *Komenda/Madl* in SbgK § 126a Rz 49 ff). Dadurch kann diese Qualifikation aufgrund der Subsidiaritätsklausel des § 126b StGB sachlogisch niemals erfüllt sein, weil bei einer Schädigung eines Computersystems wohl auch immer Daten beschädigt sein werden. § 126b Abs 4 Z 1 StGB-ME wird deshalb keine Anwendung finden.

Es ist an dieser Stelle wichtig, zu betonen, dass es zur Umsetzung einer Richtlinie nicht erforderlich ist, dass der übersetzte Text der Richtlinie Teil des nationalen Rechts wird. Art 288 Abs 3 AEUV verlangt, dass die Ziele der Richtlinie inhaltlich erreicht werden. Dem Mitgliedsstaat bleiben dabei die Wahl der Form und der Mittel überlassen. Den Anforderungen des Art 9 Abs 3 Cybercrime RL wird Österreich durch § 126a Abs 3 StGB-ME genügen, weshalb § 126b Abs 3 StGB-ME nicht benötigt wird. Sinngemäß gleiches gilt für § 126b Abs 4 Z 1 StGB-ME, welcher durch § 126a Abs 4 Z 1 StGB-ME umgesetzt sein wird.

Daher sind die im ME geplanten § 126b Abs 2, Abs 3 sowieso Abs 4 Z 1 StGB-ME ersatzlos zu streichen. Die unionsrechtlichen Verpflichtungen durch die Cybercrime RL werden bereits durch die jeweiligen Bestimmungen des § 126a StGB-ME richtlinienkonform innerstaatlich umgesetzt.

Zu Artikel 1 Z 56 bis 58, 60, 63, 65, 66, 69 bis 74, 79, 80, 82, 84, 86, 87, 95, 100, 102, 103, 108, 175 und 176 (Harmonisierung der Strafdrohungen):

Der Entwurf steht unter dem zentralen Gedanken der Harmonisierung der Strafdrohungen, was grundsätzlich sehr zu begrüßen ist. Ob es mit dem Entwurf gelingen kann, dieses Ziel vollständig zu erreichen, muss leider bezweifelt werden. So bleiben etwa die Wertqualifikationen der Delikte des 22. Abschnitts des BT unberührt, was in den Materialien in knappen Worten mit „der Sensibilität dieses Bereiches“ erklärt wird. Die Erläuterung zur Novellierung des § 32 Abs 1a Z 5 StPO-ME weisen allerdings darauf hin, dass wohl eine Anpassung derselben auf die Werte von € 5.000 und € 500.000 geplant war, dieser Plan jedoch offenkundig verworfen wurde.

Zwar ist richtig, dass die staatlichen Bemühungen zur Korruptionsbekämpfung nicht nur von der Bevölkerung, sondern auch seitens internationaler Stellen wachsam beäugt werden und jede Aufweichung der einschlägigen Bestimmungen wohl eine entsprechende negative Resonanz nach sich ziehen würde. Allerdings führt der Entwurf in dieser Form dazu, dass die Strafdrohungen der Vermögensdelikte zum Ersten nun nicht mehr proportional zu den Korruptionsdelikten (§§ 304–309 StGB) sind und zum Zweiten, dass „trotz der Sensibilität der Materie“ eine Wertgrenzenanpassung des Delikts der Untreue stattfindet, obwohl dieses ein zentrales Delikt zur Korruptionsbekämpfung nicht nur im privaten Bereich, sondern auch in der (öffentlichen) Privatwirtschaftsverwaltung darstellt (vgl. *Kienapfel/Schmoller*, BT II § 153 Rz 20 und 73–80; IA 1950/A XXIV. GP 6).

Hinsichtlich des ersten Bedenkens ist daran zu erinnern, dass es sich bei den §§ 304–309 StGB um schlichte Tätigkeitsdelikte handelt; der Eintritt eines Erfolgs ist durchwegs nicht für die Deliktvollendung erforderlich. Bestraft wird daher schon das Fordern, Annahmen oder Sich-Versprechen-Lassen bzw das Anbieten, Versprechen oder Gewähren eines Vorteils, wobei völlig unerheblich bleibt, ob in weiterer Folge ein Amtsgeschäft pflichtwidrig oder pflichtgemäß vorgenommen wird. Täuscht ein Amtsträger bspw vor, er würde gegen eine Zahlung von € 60.000 pflichtwidrig ein Amtsgeschäft vornehmen, so verwirklicht er, wenn das Angebot von seinem Gegenüber dankend abgelehnt wird, einen versuchten schweren Betrug (§§ 15, 146, 147 Abs 2 StGB [uU iVm § 313 StGB]; zur Abgrenzung der §§ 146 und 304 StGB vgl *Hauss/Komenda* in SbgK § 304 Rz 158; OGH 17.05.1983, 12 Os 121/82 = SSt 54/42), für den nach dem ME eine Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren droht (bzw unter Anwendung des § 313 StGB von bis zu viereinhalb Jahren). Meint er das Angebot hingegen ernst und fordert somit einen Vorteil für die pflichtwidrige Vornahme eines Amtsgeschäfts, droht ihm (egal ob auf die Forderung eingegangen wird und ob er später tatsächlich das Amtsgeschäft pflichtwidrig vornimmt) gem § 304 Abs 2, 2. Fall StGB wegen vollendeter Bestechlichkeit eine Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren. Ein derartiges Auseinanderklaffen der Strafdrohungen ist angesichts der Tatsache, dass in beiden Beispielen kein Erfolg eingetreten ist, nur schwer nachvollziehbar. Ein Hinweis auf die „Sensibilität der Materie“ reicht als Erklärung jedenfalls nicht aus. An dieser Stelle offenbart sich weiters ein faktisches Problem. Objektiv gesehen gestalten sich beide Beispiele völlig gleich (ein Vorteil wird gefordert und die Forderung wird abgelehnt). Bestimmend für die Anwendung der Delikte ist alleine der Vorsatz des Täters, dessen Nachweis naturgemäß schwer fällt. Wird die Tat aufgedeckt (bspw

weil das Gegenüber, von dem der Vorteil gefordert wurde, den Täter anzeigt), wäre es aus Tätersicht äußerst vorteilhaft, sich in Richtung eines Betrugs zu verantworten. Wenn keine gegenläufigen Indizien vorliegen (und solche sind erfahrungsgemäß in Korruptionsfällen rar gesät) wird man dieser Verantwortung in dubio pro reo Glauben schenken und den Täter nur nach den §§ 15, 146, 147 Abs 2 StGB-ME verurteilen müssen, wodurch ihm nur eine sehr viel geringe Strafe droht.

Außer Verhältnis stehen nach dem Entwurf zudem die Strafdrohungen der Delikte gegen die Freiheit zu den Vermögensdelikten, insb zur Sachbeschädigung. Zur Illustration soll folgendes Beispiel dienen: Bedroht der Täter sein Opfer gefährlich, dass er dessen wirtschaftliche Existenz vernichten (zB dessen Unternehmen zerstören) werde, um das Opfer in Furcht und Unruhe zu versetzen, und wird das Opfer hierdurch für längere Zeit in einen qualvollen Zustand versetzt, sieht § 107 Abs 2 StGB eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren für den Täter vor. Vernichtet dieser hingegen tatsächlich (!) die wirtschaftliche Existenz seines Opfers (zB durch Zerstören der gesamten Ernte eines Landwirts, durch die Überflutung von Büroräumlichkeiten usw), so droht gem den §§ 125, 126 Abs 1 Z 7 StGB-ME nur eine Freiheitsstrafe von bis zu zwei Jahren, sofern der tatsächlich verursachte Schaden nicht € 500.000 übersteigt. Die physische Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz eines durchschnittlichen Mitglieds der österreichischen Bevölkerung wird sich idR mit einem weit unter € 500.000 liegenden Schaden bewerkstelligen lassen. Sohin sieht der ME für die bloße Androhung der Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz (oder zB der gesellschaftlichen Stellung) eine deutlich höhere Strafe vor, als gegen den Täter idR verhängt werden kann,

wenn dieser die wirtschaftliche Existenz des Opfers tatsächlich vernichtet. Dies erscheint wenig sachgerecht.



Ferner führt die Heraufsetzung der Wertgrenzen dazu, dass bis zu einer Schadenshöhe von € 500.000 (bzw wenn Wert des veruntreuten Guts usw nicht € 500.000 übersteigt) gem § 31 Abs 4 Z 1 StPO erstinstanzlich das Landesgericht als Einzelrichter zuständig wird. Damit einhergehend wird es nicht mehr möglich sein, im ordentlichen Rechtsmittelverfahren (vgl § 34 Abs 1 Z 1 StPO) vor den OGH zu gelangen. Nach der Umsetzung des Entwurfs wird folglich in den allermeisten Wirtschaftsstrafsachen der Weg zum OGH versperrt. Gerade bei den im Wirtschaftsstrafrecht typischen diffizilen Auslegungsfragen kommt dem OGH eine zentrale Rolle zur Vereinheitlichung der Rechtsprechung zu. Diese Funktion wird das Höchstgericht nach der Novelle nur mehr sehr eingeschränkt wahrnehmen können, da sehr viele relevante Fälle dann schlicht nicht mehr an dieses herangetragen werden können. Die Möglichkeit der Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes kann dies auch nicht vollständig kompensieren. Durch die Konzentration der Rechtsmittelverfahren in Wirtschaftsstrafsachen bei den OLG erhöht sich zwangsläufig die Gefahr einer uneinheitlichen Rechtsprechung im Bundesgebiet und damit einhergehend die der Rechtsunsicherheit.

Durch die deutliche Erhöhung der Wertgrenzen bei Wirtschaftsstrafsachen geraten die Strafdrohungen des StGB aus dem Gleichgewicht und das Ziel einer Harmonisierung wird gefährdet. Diesem Problem könnte Abhilfe geschaffen werden, wenn bei den Vermögensdelikten, anstatt der bisher üblichen zwei, eine dritte Wertgrenze vorgesehen wird. Die Abstufung könnte demgemäß beispielsweise lauten: Schaden > € 5.000: Freiheitsstrafdrohung von bis zu 3

Jahren; Schaden > € 50.000 (oder alternativ bis zu € 100.000): Freiheitsstrafdrohung von 6 Monaten bis zu fünf Jahren; Schaden > € 500.000 (oder alternativ bis zu € 1.000.000): Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren (vgl hierzu *Höcher*, *ecolex* 2015, 285). Gegen die Einführung einer solchen dritten Wertgrenze bei den Vermögensdelikten wird im Bericht der StGB-Reformkommission vorgebracht: „Die Einführung einer dritten Wertgrenze müsste konsequenterweise auch bei den Schädigungsdelikten ohne Bereicherungsvorsatz nachvollzogen werden, wofür jedoch kaum ein Raum bei den Strafdrohungen besteht“. Dieses Argument vermag aus zwei Gründen nicht zu überzeugen. Denn es ist zum Einen keineswegs ein Naturgesetz, dass die gleiche Anzahl von Wertgrenzen bei den Vermögensdelikten mit und ohne erweiterten Vorsatz auf unrechtmäßige Bereicherung bestehen muss. Vielmehr würde gerade deren struktureller Unterschied – Vermögensschädigungsdelikte auf der einen, Vermögensverschiebungsdelikte auf der anderen Seite – eine divergierende Handhabung nahe legen. Eine Differenzierung zwischen diesen mag zwar nicht übermäßig ästhetisch wirken, ernsthaft systematische Bedenken gegen eine solche Lösung sind jedoch nicht ersichtlich. Zum anderen folgt die Untreue als Vermögensschädigungsdelikt hinsichtlich der Strafdrohungen demselben Schema wie die Delikte, die einen erweiterten Vorsatz auf unrechtmäßige Bereicherung vorsehen (zB die §§ 133, 134 StGB). Eine Systemwidrigkeit ist deswegen – soweit ersichtlich – noch nie ernsthaft behauptet worden.

Für die Delikte des sechsten Abschnitts des BT ist eine dritte Wertgrenze einzuziehen. Sollte dies als zu weitgehend empfunden werden, ist ein solcher Schritt zumindest für ausgewählte Delikte wie bspw Diebstahl, Sachbeschädigung, Unterschlagung, Veruntreuung, Betrug und Untreue zu überlegen.

Ferner ist (unabhängig von der Umsetzung des obigen Vorschlags) auf strafprozessualer Ebene nach Lösungen zu suchen, wie der OGH im Rechtsmittelverfahren wegen Vermögensdelikten verstärkt eingebunden werden kann, um eine einheitliche Auslegung dieser Delikte sicherzustellen.

Zu Artikel 1 Z 89:

Wie auch in der Lit angemerkt (*Schmieder/Singer*, Anmerkungen zum Ministerialentwurf des StrRÄG 2015 aus Verteidigersicht, ZWF 2015 Heft 3, erscheinend), laufen „laut Anmeldung“ keine Sozialversicherungsbeiträge auf. Nach § 33 ASVG hat die Anmeldung zur Sozialversicherung nur deklarativen Charakter, Beitragsgrundlage ist hingegen das im Beitragszeitraum tatsächlich gebührende Entgelt. Anknüpfungspunkt der Strafbarkeit ist daher eine rein fiktive Größe. Weder der Umstand, ob tatsächlich Entgelt gebührt, oder wie hoch dieses tatsächlich wäre, spielt für die Strafbarkeit eine Rolle.

Zu Artikel 1 Z 101:

Im Hinblick auf die Einführung der Bilanzfälschungsdelikte im StGB ist zunächst zu begrüßen, dass es damit zu einer Vereinheitlichung der aktuell in verschiedenen Gesetzen verstreuten Bestimmungen kommt, die Bestimmungen bestimmter abgefasst werden und nur wesentliche Fälle von Bilanzfälschungen erfassen sollen.

Kritisch zu sehen sind folgende Aspekte:

- Verbände: Die Delikte der §§ 163a f StGB-ME nehmen ausdrücklichen Bezug auf den Verbandsbegriff des § 1 Abs 2 VbVG (vgl § 163c StGB-ME). § 1 Abs 2 VbVG umfasst nicht nur juristische Personen und eingetragene Personengesellschaften, sondern auch EWIV. § 163c StGB-ME engt diesen

- Katalog auf die nach § 163c Z 1 – 11 StGB-ME angeführten juristischen Personen ein. § 163c Z 12 StGB-ME erklärt allerdings auch „*ausländische Verbände*“ für erfasst, wenn diese einen bestimmten Inlandsbezug aufweisen. § 163c Z 12 StGB-ME nimmt also auch Bezug auf den Verbandsbegriff, schränkt diesen aber nicht ein. Der Kreis der von den Tatbeständen der §§ 163a f StGB-ME erfassten ausländischen Verbände ist also „artenreicher“ als jener der inländischen: Er umfasst ua im Unterschied zu inländischen Verbänden zB auch die EWIV oder Vereine, die die finanziellen Schwellenwerte des § 22 Abs 2 VereinsG nicht überschreiten. Dieses Ergebnis scheint weder sachgerecht zu sein, noch unionsrechtskonform (Diskriminierungsverbot des Art 18 AEUV).
- Vermögensdelikte: Die Einreihung der Bilanzdelikte unter die Delikte gegen fremdes Vermögen ist fragwürdig. Als geschütztes Rechtsgut vergleichbarer deutscher Strafbestimmungen (etwa §§ 331 f dHGB) gilt nicht das fremde Vermögen, sondern das Vertrauen in die Richtigkeit und Vollständigkeit bestimmter Informationen über die Verhältnisse der Kapitalgesellschaft bzw des Konzerns (vgl etwa *Südbeck* in Park [Hrsg], Kapitalmarktstrafrecht³ [2013] § 331 HGB Rz 3; *Quedenfeld* in Schmidt [Hrsg], Münchner Kommentar zum Handelsgesetzbuch³ [2013] § 331 Rn 1; *Sorgenfrei* in Joecks/Miebach (Hrsg), Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch [2010] HGB § 331 Rn 1. Ähnlich auch *Waßmer* in Henrichs/Kleindiek/Watrin [Hrsg], Münchener Kommentar zum Bilanzrecht [2013] HGB § 331 Verletzung der Berichtspflicht Rz 2) bzw – im Bereich der Berichtspflicht (dh § 163b StGB) das handels- und gesellschaftsrechtliche Prüfungssystem (vgl etwa *Janssen* in Park [Hrsg], Kapitalmarktstrafrecht³ [2013] HGB § 332

HGB Rz 3) oder auch das Vertrauen in die Richtigkeit und Vollständigkeit der Prüfung von Abschlüssen, Lageberichten und Zwischenabschlüssen durch ein unabhängiges Kontrollorgan (vgl etwa *Quedenfeld* in Schmidt [Hrsg], Münchner Kommentar zum Handelsgesetzbuch³ [2013] § 332 Rn 1; *Sorgenfrei* in Joecks/Miebach [Hrsg], Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch (2010) HGB § 332 Rn 5; *Waßmer* in Henrichs/Kleindiek/Watrin [Hrsg], Münchener Kommentar zum Bilanzrecht [2013] HGB § 332 Rz 3).

- Geldwäscherei begründende Vortat: Konkrete Konsequenzen hat die Einordnung unter die Vermögensdelikte für die Qualifikation der Bilanzdelikte als Geldwäscherei begründende Vortaten. § 165 Abs 1 StGB erfasst als geeignete Vortaten nämlich Vermögensdelikte, die mit einer mehr als einjährigen Freiheitsstrafe bedroht sind, was angesichts der bei §§ 163a f StGB-ME vorgeschlagenen Strafdrohungen der Fall ist. Dies mag schwerwiegende Konsequenzen haben, da in diesem Fall verschiedenste Vermögensbestandteile aus der Vortat herrühren (§ 165 Abs 5 StGB): Das Honorar des Wirtschaftstreuhänders, der Geschäftsfälle (von erheblicher Bedeutung) falsch verbucht; jedes Entgelt für alle Transaktionen, die aufgrund einer öffentlichen Beteiligungsaufforderung getätigt werden, in der es Falschdarstellungen gegeben hat (zB Aktienkäufe aufgrund irreführender Werbungen oder Prospekte), und zwar selbst dann, wenn nie ein Schaden eintritt und daher kein Betrug vorliegt.
- Diese vielleicht unbeabsichtigten Nebeneffekte könnten vermieden werden, wenn die Bilanzdelikte in einen eigenen Abschnitt des BT des StGB

eingereicht würden oder – thematisch am ehesten passend – in den 21. Abschnitt des BT des StGB (Rechtspflegedelikte) in der Nähe der Beweismittelfälschung (§ 293 StGB) Eingang fänden.



- Zur tätigen Reue nach § 163d: Die im ME vorgeschlagene Bestimmung für eine tätige Reue sieht ein zu enges Zeitfenster vor, in dem die Richtigstellung falscher Angaben bzw der Nachtrag unvollständiger Angaben möglich sein soll. In dieser Form würde der Strafaufhebungsgrund wohl nur einen geringen praktischen Anwendungsbereich haben. Soll die Bestimmung ihren Sinn erfüllen, dem Täter die Möglichkeit zu geben, in die Legalität zurückzukehren, ist es angezeigt, ihr einen weiteren Anwendungsbereich zu geben.

Es würde sich anbieten, eine Reuebestimmung nach dem Vorbild der Selbstanzeige nach § 29 FinStrG einzuführen, womit auch der systematischen Nähe zum Finanzstrafrecht Rechnung getragen werden könnte. Wie im ME vorgeschlagen, sollte Voraussetzung für die Straffreiheit die Herstellung des rechtmäßigen Zustandes sein, indem die ursprünglich unrichtigen, unvollständigen Darstellungen entsprechend korrigiert bzw nachgeholt werden. Hinsichtlich der zeitlichen Grenzen könnte § 29 Abs 3 lit a und b als Vorbild genommen werden, indem keine Straffreiheit eintreten soll, wenn bereits Verfolgungshandlungen gegen den Täter oder einen anderen an der Tat Beteiligten gesetzt waren oder die Tat bereits ganz oder zum Teil entdeckt und dies dem Täter bekannt war. Auf ein zusätzliches Freiwilligkeitselement könnte dann verzichtet werden, da dieses indirekt und in gelockerter Form bereits im Rechtzeitigkeitserfordernis enthalten ist.

Änderung der Strafprozessordnung

Zu Artikel 3 Z 6:

Der Entwurf modifiziert (wie oben diskutiert) die Wertqualifikationen der Delikte des 22. Abschnitts des StGB nicht. Nichtsdestotrotz scheint der Gesetzgeber von einer solchen Änderung auszugehen, wenn in § 32 Abs 1a Z 5 StPO-ME die Besetzung des Schöffengerichts mit einem zweiten Berufsrichter nur in Fällen des §§ 304–309 StGB möglich sein soll, in denen dem Täter ein € 500.000 übersteigender Schaden oder ein € 500.000 übersteigender Vorteil zur Last gelegt wird. Der Entwurf ist daher in dieser Hinsicht zu korrigieren.

Zu Artikel 3 Z 9:

Der Vorschlag, für die Zulässigkeit diversioneller Maßnahmen nicht mehr auf die bezirksgerichtliche oder einzelrichterliche Zuständigkeit abzustellen, sondern auf die Strafdrohung von bis zu fünf Jahren, ist sehr zu begrüßen. Damit wird in bestimmten Bereichen ein weiterer Anwendungsbereich eröffnet und ein Ausschlusskriterium, das zu unsachlichen Ergebnissen führte, beseitigt.

Gänzlich kontraproduktiv hingegen ist der Vorschlag, die Diversion in jenen Fällen auszuschließen, in denen ein Erschwerungsgrund nach § 33 Abs 2 oder 3 StGB vorliegt. Abgesehen von den oben genannten Kritikpunkten zu § 33 Abs 2 und 3 StGB-ME, hätte dieses Ausschlusskriterium zur Folge, dass sämtliche vorsätzlich begangenen Straftaten gegen Leib und Leben sowie gegen die Freiheit von einer diversionellen Erledigung ausgeschlossen wären, wenn etwa

- die strafbare Handlung vorsätzlich unter Anwendung von Gewalt oder gefährlicher Drohung in Gegenwart einer unmündigen Person begangen wurde,
- sie sich gegen Angehörige oder mit dem Täter zusammenlebende Personen richtet oder
- gegen eine aufgrund besonderer Umstände schutzbedürftig gewordene Person.

Eine derartige gesetzliche Regelung hätte zur Folge, dass (auch) sämtliche vorsätzliche Körperverletzungs- und Freiheitsdelikte innerhalb der Familie, in Gegenwart einer unmündigen Person oder gegen eine schutzbedürftig gewordene Person von der Diversion ausgeschlossen wären.

Dies ist aus mehreren Gründen kontraproduktiv:

1. Auch alltägliche Fallkonstellationen wären ausgeschlossen, sofern die Gewaltanwendung oder gefährliche Drohung in Gegenwart einer unmündigen Person geschieht. Dies kann auch in situativen Konflikten (am Fußballplatz, beim Zeltfest oder in der Gaststätte) der Fall sein. Damit würde man zahlreiche Konfliktsituationen pauschal ausschließen, die typische Fälle für den Tatausgleich, aber auch andere diversionelle Maßnahmen darstellen.
2. Vor allem wären vorsätzliche Körperverletzungen und Freiheitsdelikte im sozialen Nahbereich von der Diversion ausgeschlossen. Die Konstellationen, die zu solchen Straftaten führen können, sind äußerst vielfältig und bedürfen einer Unterscheidung und Differenzierung im Einzelfall. Ein

genereller Ausschluss solcher Straftaten innerhalb der Familie bzw innerhalb des gemeinsamen Haushalts würde in all diesen Konstellationen zwingend zur Konsequenz haben, dass ein Strafverfahren durchzuführen ist. Gerade aber in Konstellationen, in denen Personen zusammenleben, kann ein diversionelles Vorgehen viel eher konfliktdeeskalierend wirken, als dies in einem förmlichen Strafverfahren mit Hauptverhandlung, Verurteilung und Verhängung einer Strafe der Fall ist.

3. Gerade für Körperverletzungs- und Freiheitsdelikte im familiären und häuslichen Bereich haben sich seit der Einführung der Diversion die diversionellen Maßnahmen, und hier insbesondere der Tatausgleich, sehr bewährt. Zum einen beweisen verschiedene Studien, dass die Rückfallswahrscheinlichkeit nach einem diversionellen Vorgehen in diesen Konstellationen besonders niedrig ist (vgl *Hofinger*, Konfliktregelung statt Strafe. Zwei Studien zur spezialpräventiven Wirkung des Tatausgleichs, RZ 2014, 91). Zum anderen zeigen mehrere Studien eine große Zufriedenheit von Opfern nach der Durchführung eines Tatausgleichs im Falle von Gewalt in Partnerschaften (vgl *Pelikan*, Die Möglichkeiten und die Bedingungen einer wirksamen Stärkung (Mächtigung) der Opfer von Gewalt in Paarbeziehungen durch den Außergerichtlichen Tatausgleich, Forschungsbericht IRKS [2009]; *Pelikan/Hönisch*, Die Wirkungsweisen strafrechtlicher Maßnahmen bei Gewaltstraftaten in Paarbeziehungen [1999]). Es wäre eine völlige Verkennung der Tatsachen und des Funktionierens eines Tatausgleichs, würde man ein diversionelles Vorgehen in solchen Konstellationen als Bevorzugung von Gewalttätern innerhalb von Partnerschaften oder als Bagatellisierung des Verhaltens der Gewalttäter

sehen. Selbstverständlich ist zwar nicht jeder Fall einer solchen Gewalt in Partnerschaften für ein diversionelles Vorgehen geeignet, in jenen (durchaus zahlreichen) Fällen aber, die sich für ein solches Vorgehen eignen, stellt die Durchführung eines Tatausgleichs ein Vorgehen dar, das den Täter zu einer ernsthaften und in vielen Fällen durchaus schmerzhaften Auseinandersetzung mit seinem Verhalten bewegt (siehe dazu ausführlich *Höpfel/Kert, Gewalt in der Familie und Diversionslösungen*, in Miklau/Schroll [Hrsg.], *Diversion – ein anderer Umgang mit Straftaten*, 127). Es verlangt von ihm auch, sich mit Möglichkeiten auseinanderzusetzen, wie er seine Tat wieder gut macht sowie welche Maßnahmen er ergreifen muss, um eine Wiederholung eines solchen Verhaltens in Zukunft zu vermeiden. Eine derart tiefgehende Auseinandersetzung mit der Tat, ihren Ursachen und Folgen wird in der Regel in einem klassischen Strafverfahren nicht geschehen. Die Gefahr ist vielmehr, dass das Strafverfahren in einer für das betroffene Opfer enttäuschenden Weise abläuft oder endet. Wird aber ein diversionelles Vorgehen aufgrund der vorgeschlagenen Bestimmungen gänzlich ausgeschlossen, wird in der Regel keine andere Möglichkeit bestehen, als das Strafverfahren im Rahmen einer Hauptverhandlung durchzuführen. Denn nicht nur ein diversionelles Vorgehen im Rahmen des Tatausgleichs wäre durch die vorgeschlagene Regelung ausgeschlossen, sondern auch andere sozialkonstruktive Maßnahmen wie Weisungen (etwa zum Besuch eines Anti-Aggressions-Trainings) wären gänzlich ausgeschlossen.

Sowohl Staatsanwaltschaften als auch die Gerichte auf der einen Seite und SozialarbeiterInnen auf der anderen Seite haben in den vergangenen Jahren große

Sensibilität und Indikationen entwickelt, wann ein diversionelles Vorgehen im Fall von Gewalt in der Familie sinnvoll und angezeigt ist. Es wäre verfehlt, diese Fälle, die derzeit ungefähr 30% aller Tatausgleiche in Österreich betreffen, gänzlich auszuschließen.

Diese Einschränkung sollte daher ersatzlos entfallen. Die Entscheidung ob ein Fall von Gewaltanwendung innerhalb der Familie bzw innerhalb von Partnerschaften oder auch in Gegenwart einer unmündigen Person geeignet ist, diversionell erledigt zu werden, sollte weiterhin den Staatsanwaltschaften und Gerichten sowie den KonfliktreglerInnen überlassen bleiben.

Die Erläuterung zum ME führen keine Gründe an, warum eine derartige Einschränkung der Diversion für erforderlich gehalten wird. Wie ausgeführt, zeigen alle Untersuchungen eine große Zufriedenheit der Betroffenen mit dem diversionellen Vorgehen bei Konflikten im sozialen Nahbereich. Sollte als Grund für diese Einschränkung das Übereinkommen des Europarates zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häusliche Gewalt angesehen werden, so geht die Einschränkung jedenfalls weit über den Regelungsbereich des Übereinkommens hinaus und ist aus diesem keinesfalls eine Verpflichtung zu einem gesetzlichen Ausschluss der Diversion in Fällen häuslicher Gewalt abzuleiten. Das Übereinkommen verpflichtet in Art 48 dazu, „verpflichtende alternative Streitbeilegungsverfahren, einschließlich Mediation und Schlichtung, wegen aller in den Geltungsbereich dieses Übereinkommens fallenden Formen von Gewalt zu verbieten“. Sinn und Zweck ist gem Abs 252 des Erläuterung Berichts zum Übereinkommen, dass die Opfer der im Übereinkommen genannten Gewalttaten alternative Konfliktregelungsverfahren nicht auf einer gleichberechtigten Basis im

Vergleich zum Straftäter bzw der Straftäterin nutzen können, insbesondere wenn die Beteiligung an diesen Verfahren verpflichtend ist und das kontradiktorische gerichtliche Verfahren ersetzt. Gerade dies ist im österreichischen Strafprozessrecht nicht der Fall: Zum einen stehen neben dem Tatausgleich auch andere diversionelle Maßnahmen zur Verfügung, die keine Teilnahme des Opfers erfordern. Zum anderen ist das Zustandekommen eines Tatausgleichs von der Zustimmung des Opfers abhängig und insofern nicht disponibel. Die Begleitung durch erfahrene Mediatoren gewährleistet auch, dass diese Zustimmung nicht leichtfertig oder unter Druck erteilt wird. Daher stellt die Durchführung eines Tatausgleichs stets bloß ein freiwilliges Angebot an das Opfer (wie auch an den Täter) dar. Bei der Diversion, genauer der Tatausgleich, handelt es sich somit keinesfalls um ein *verpflichtendes* alternatives Streitbeilegungsverfahren im Sinne des Übereinkommens, da dieser stets eine Alternative zum Strafverfahren darstellt und für das Opfer nicht verpflichtend ist. Aber auch für die StA oder das Gericht ist die Durchführung eines Tatausgleichs nicht verpflichtend und steht die Alternative des Strafverfahrens zur Verfügung, wenn keine diversionelle Vorgangsweise geeignet ist, auf die Straftat zu reagieren. Daher steht nach österreichischem Recht stets ein vom Übereinkommen gefordertes (Abs 252 des Erläuternden Berichts) kontradiktorisches gerichtliches Verfahren unter der Leitung eines unparteiischen Richters auf der Grundlage des geltenden innerstaatlichen Rechts zur Verfügung.

Aus den genannten Gründen ist die geplante Einschränkung in § 298 StPO-ME jedenfalls abzulehnen und sollte **ersatzlos gestrichen** werden.

Stellungnahme zum Initiativantrag der Abgeordneten Mag. Michaela Steinacker, Dr. Johannes Jarolim betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Strafgesetzbuch, das Aktiengesetz und das Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung geändert werden.



Da in Abkehr von den Empfehlungen der StGB-Reformkommission (vgl Pkt 2.3.12. des Berichts; III-104 BlgNR XXV. GP), die sich ausdrücklich entgegen einer Abänderung des § 153 StGB und für eine weitere öffentliche Debatte ausgesprochen hat, der Weg eines Initiativantrags (IA) zur Novelle der Untreue beschritten wurde, soll an dieser Stelle kurz zu den diesbezüglichen Vorschlägen Stellung genommen werden.

Der IA steht unter folgendem Leitgedanken: „In den letzten Jahren haben sich in der Praxis vielfach Unklarheiten bei der Anwendung des Untreuetatbestands und dessen Grenzen – und zwar sowohl hinsichtlich des Befugnismissbrauchs wie auch des Untreueschadens – ergeben.“ Allerdings führt der IA – wie sich noch zeigen wird – keineswegs zu einer Klärung allfällig bestehender Zweifelsfragen, sondern fügt diesen im Gegenteil ohne Not weitere Unklarheiten hinzu. Eingangs ist festzuhalten, dass jeder Eingriff in ein zentrales Delikt des StGB wohlüberlegt und auf möglichst schonende Weise vonstatten gehen sollte. Durch eine überhastete Änderung können leicht entweder unbeabsichtigt allgemein als strafwürdig erachtete Sachverhalte entkriminalisiert oder konträr hierzu Sachverhalte kriminalisiert werden, deren Strafwürdigkeit nicht erkennbar ist. Sohin besteht bei einem legislatischen Schnellschuss das ernsthafte Risiko, dass binnen kurzer Zeit eine Reparaturgesetzgebung notwendig wird. Hierfür kann das österreichische

Korruptionsstrafrecht, das zwischen 2008 und 2012 dreimal grundlegend novelliert werden musste, als mahnendes Beispiel dienen.



Zum Punkt: „Inanspruchnahme von Rechtsmacht“

Nach dem IA soll die bisher übliche Normierung der Begründungsmöglichkeiten einer tatbildlichen Befugnis (Gesetz, behördlicher Auftrag und Rechtsgeschäft) entfallen. Als Erklärung wird schlicht erwähnt, dass die Aufzählung der Begründungsmöglichkeiten der Befugnis „sachlich verzichtbar“ sei. Dem ist zu widersprechen, da der Aufzählung eine wichtige strafbarkeitseinschränkende Funktion zukommt und deren Wegfall den Weg für eine extensivere Anwendung des Delikts bahnen könnte. ZB könnte die Versuchung bestehen, die Untreuestrafbarkeit auch auf „faktische“ (dh nicht förmlich bestellte) Geschäftsführer auszuweiten, wie dies schon bei den der §§ 156 ff StGB geschehen ist (siehe hierzu OGH 10.03.2005, 12 Os 37/04; OGH 13.12.2005, 11 Os 117/05y; *Birklbauer/Hilf/Tipold*, BT I² Vorbem §§ 156–163 Rz 10). An den drei Entstehungsgründen der Befugnis (Gesetz, behördlicher Auftrag, Rechtsgeschäft) ist daher festzuhalten. Ihre Abschaffung bietet keinerlei Mehrwert, sondern schafft die Gefahr einer extensiven Auslegung des Delikts.

Zum Punkt „Missbrauch“

Zu § 153 Abs 2 Satz 1 des IA („Seine Befugnis missbraucht, wer in unvertretbarer Weise gegen solche Regeln verstößt, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen“)

Der IA führt den Begriff des „wirtschaftlich Berechtigten ein“, dem gleich an zwei Stellen eine strafbarkeitseinschränkende Funktion zukommen soll. Augenscheinlich

hat der IA dabei alleine die juristischen Personen der AG und GmbH vor Augen, bei denen ein wirtschaftlich Berechtigter in vielen Fällen wohl ohne größere Mühe eruiert werden kann (Ausnahme: was passiert im Fall eigener Aktien iSd § 65 AktG, wenn sich die AG in gewissem Sinne „selbst gehört“?). Dabei wird allerdings ausgeblendet, dass sich die Untreue nicht nur auf diese beiden juristischen Personen beschränkt, sondern eine Fülle völlig unterschiedlich gelagerter Lebenssachverhalte regulieren muss. Denn § 153 StGB umfasst neben Malversationen von Fachleuten aus der Wirtschaft, wie zB von Geschäftsführern einer GmbH, einen äußerst breiten Personenkreis, angefangen von obsorgeberechtigten Eltern über Kreditkartenbesitzer bis hin zu einfachen Beamten in der Privatwirtschaftsverwaltung (vgl. *Kienapfel/Schmoller*, BT II § 153 Rz 35 ff; *Pfeifer* in SbgK § 153 Rz 10 ff).

Es stellt sich nun die Frage, wie abseits simpler Fälle eruiert werden sollte, wer jeweils wirtschaftlich Berechtigter ist. Wer ist etwa der wirtschaftlich Berechtigte der Mittel einer Gemeinde, eines Bundeslandes, einer Behörde, eines Faschingsvereins, des ORF, des ÖGB, des VKI, einer Polizeiinspektion, einer NGO (zB eines Tierschutzvereins), einer freiwilligen Feuerwehr, einer in Panama registrierten juristischen Person, die in Österreich Geschäfte tätigt, einer Wiener Magistratsabteilung, einer Privatstiftung, einer Sektion einer politischen Partei usw? Diese Fragen sind keineswegs nur akademischer Natur, sondern wären nach dem IA für die Beurteilung der Untreuestrafbarkeit essentiell. Denn ohne zu wissen, wer wirtschaftlicher Berechtigter ist, kann schlicht nicht beurteilt werden, ob gegen Regeln verstoßen wurde, die dem Schutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen.

Auch bestehen gegen den im IA vorgesehenen Begriff der Vertretbarkeit Bedenken. Hierzu führte die StGB-Reformkommission explizit aus: „Eine begriffliche Klarstellung in dem Sinne, dass eine Untreue lediglich bei unvertretbaren Handlungen vorliegen kann, erscheint ebenfalls nicht erforderlich. Das Wort Missbrauch umfasst ohnehin lediglich unvertretbare Handlungen. Handlungen im Zusammenhang mit der Verwirklichung des normalen unternehmerischen Risikos fallen nicht unter den Begriff ...“ (Pkt 2.3.12. des Berichts; III-104 BlgNR XXV. GP). Dem ist uneingeschränkt beizupflichten. Ferner kann in dieser Hinsicht auf den Beitrag von *Plöckinger* im Rechtspanorama der Presse vom 20.04.2015 verwiesen werden (http://diepresse.com/home/recht/rechtallgemein/4712230/Untreue_Neue-Begriffe-sind-zu-unklar).

Insgesamt bedient sich § 153 Abs 2 Satz 1 des IA daher in zweierlei Hinsicht äußerst unbestimmter Rechtsbegriffe, um den Befugnismissbrauch zu definieren. Einerseits wird auf den wirtschaftlich Berechtigten abgestellt, andererseits auf die Vertretbarkeit eines Regelverstoßes. Fraglich ist, ob diese Regelung überhaupt noch mit dem verfassungsrechtlich abgesicherten (*Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT¹⁴ Z 4 Rz 19) strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot zu vereinbaren ist. Denn dieses enthält das Verbot, allzu unbestimmte Strafvorschriften zu erlassen (*Fuchs*, AT I⁸ Kap 4 Rz 48). Aufgrund der oben aufgezeigten großen Rechtsunsicherheit, die der Begriff des wirtschaftlich Berechtigten mit sich bringt, sowie großen Bedenken, ob diese Regelung mit dem Bestimmtheitsgebot vereinbar ist, wird empfohlen, § 153 Abs 2 Satz 1 des IA nicht umzusetzen.

Zu § 153 Abs 2 Satz 2 des IA („Ein Missbrauch liegt nicht vor, wenn der Machtgeber oder der wirtschaftlich Berechtigte der Vertretungshandlung zugestimmt hat.“)

Dieser Satz verfolgt den Zweck, einen Befugnismissbrauch im Fall eines Einverständnisses durch den wirtschaftlich Berechtigten auszuschließen. Auch hier wird jedoch nicht zur Rechtssicherheit beigetragen, sondern es ergeben sich einige diffizile Auslegungsprobleme, für die auch die Erläut keinerlei Erklärungen bereithalten.

So wird in der Lit derzeit kontrovers diskutiert, ob für ein tatbestandsausschließendes Einverständnis eine einstimmige Zustimmung oder nur ein Mehrheitsbeschluss eines Kollegialorgans ausreichen soll. Ferner wird teils auch zwischen materiell und formell nichtigen Beschlüssen differenziert (vgl exemplarisch die verschiedenen Ansichten sowie insb die Nachweise bei *Hinterhofer* in Hinterhofer [Hrsg], Praxishandbuch Untreue 123 [135 ff]; *McAllister* in Hinterhofer [Hrsg], Praxishandbuch Untreue 97 [111 ff]; *Schima* in Hainz/Krejci [Hrsg], FS Reich-Rohrwig 161 [172 ff]). Zu all diesen Fragen wird in den Erläut nicht Stellung genommen.

Ferner rekurriert auch § 153 Abs 2 Satz 2 des IA auf den Begriff des wirtschaftlich Berechtigten und ist damit denselben gravierenden Bedenken ausgesetzt wie der erste Satz, was anhand simpler Beispiele illustriert werden kann. Ein Bürgermeister vergibt (entgegen entsprechender Verpflichtungen) einen Auftrag im Namen der Gemeinde freihändig an das Unternehmen seines Bruders, das hierfür den doppelten marktüblichen Preis verrechnet. Der Gemeinderat der Gemeinde stimmt dieser Vorgangsweise (im Vorhinein) einstimmig zu. Hat nun der wirtschaftlich

Berechtigte zugestimmt und der Bürgermeister aufgrund des Einverständnisses keine Untreue begangen? Falls der IA dies bezwecken will, könnte ein großer Teil korruptiver Handlungen in der öffentlichen Privatwirtschaftsverwaltung entkriminalisiert werden, obwohl ein solches Vorgehen wohl allseits als strafwürdig empfunden wird. Oder ist der Gemeinderat gar nicht der wirtschaftlich Berechtigte und der Bürgermeister müsste die Zustimmung aller (wahlberechtigten?) Gemeindebürger einholen – was bei sehr kleinen Gemeinden evtl sogar möglich wäre?

Selbiges Problem stellt sich auch bei Privatstiftungen. Gilt als wirtschaftlich Berechtigter einer Stiftung die Stiftung selbst, der Begünstigte der Stiftung oder der Stifter, sofern dieser noch lebt? Falls der Begünstigte der Stiftung der wirtschaftlich Berechtigte sein sollte, dann könnte eine Stiftung durch den Stiftungsvorstand, der im Einverständnis mit dem wirtschaftlich Berechtigten handelt, ausgehöhlt werden, ohne dass hierfür strafrechtliche Konsequenzen drohen. Ob der IA daher der Bestandssicherheit von Privatstiftungen zuträglich ist, darf bezweifelt werden.

Zum Punkt „Schaden“

Der IA sieht vor, dass der bis dato den Deliktserfolg definierende Begriff „Vermögensnachteil“ durch das Wort „Schaden“ ersetzt wird. Als Begründung wird schlicht das Wort „Vereinheitlichung“ angeführt. Weiters wird etwas ohnehin Selbstverständliches betont, nämlich dass eine Untreue nur verwirklicht, wer einen effektiven Verlust an Vermögenssubstanz herbeiführt. Dies ist allseits unbestritten (vgl zB OGH 26.11.1992, 12 Os 96/92 = SSt 61/118; OGH 15.10.1995, 11 Os 75/96 = EvBl 1997/32; *Kienapfel/Schmoller*, BT II § 153 Rz 82; *Lewisch*, BT I²

251). Insofern ist aber nicht ersichtlich, warum eine Änderung vonnöten wäre. Auch an dieser Stelle ist daran zu erinnern, dass durch Eingriffe in ein bestehendes und funktionierendes System Rechtsunsicherheit geschaffen wird. Seit der Implementierung der Norm vor mehr als 80 Jahren wurde bei allen Novellen am Begriff des Vermögensnachteils festgehalten. Selbst bei der Einführung des StGB im Jahre 1974 wurde trotz jahrelangen Debatten in der damaligen Reformkommission keine alternative Formulierung vorgeschlagen (vgl. DokStGB 172 f), sondern bewusst weiter auf den Begriff des Vermögensnachteils gesetzt. Würde der IA umgesetzt, so würde dies keinesfalls zur Klarheit und Vereinheitlichung beitragen, vielmehr müssten mehr als 80 Jahre Judikatur und Literatur auf ihre Gültigkeit hinterfragt werden – was der Rechtssicherheit wohl nicht zuträglich sein kann. Es wird daher vorgeschlagen, am Begriff des Vermögensnachteils festzuhalten.

Zu einem weiteren in den Medien kolportierten Reformvorschlag (Schädigungsabsicht)

Schließlich ist dringend vor einem Vorschlag zu warnen, der in den letzten Wochen vermehrt in den Medien kolportiert wurde, nämlich der Einführung einer Schädigungsabsicht für § 153 StGB (vgl. zB <http://orf.at/stories/2273500/>). Absicht bedeutet gem § 5 Abs 3 StGB, dass es dem Täter gerade darauf ankommt, einen Umstand oder Erfolg zu verwirklichen. Würde ein solcher Vorschlag umgesetzt, müsste es dem Täter fortan gerade auf die Schädigung seines Machtgebers ankommen. Käme es zu einer solchen Änderung, würde die Untreue über Nacht zu totem Recht werden. Dies kann leicht anhand einiger typischer und wohl allseits als strafwürdig empfundener Untreuekonstellationen illustriert werden.

Transferiert ein Vater Geld vom Konto seines minderjährigen Sohnes in ein Online-Casino, zB um mit dem Geld online Poker zu spielen, wird ein solcher Sachverhalt heute problemlos durch § 153 StGB pönalisiert, da der Vater einen Verlust des Geldes zumindest ernstlich für möglich halten und sich damit abfinden wird. Allerdings wird es dem Vater keineswegs gerade auf die Schädigung seines Sohnes ankommen! Besagter Vater könnte also nach einer entsprechenden Novelle straflos mit dem Geld seines Sohnes „ins Casino gehen“.

Wer heute mit einer Kreditkarte Geschäfte im Wissen abschließt, dass er seine Verpflichtungen gegenüber dem Kreditkartenunternehmen nicht erfüllen kann, begeht eine Untreue zu Lasten des Kreditkartenunternehmens (vgl *Kirchbacher/Presslauer* in *WK²* § 153 Rz 9). Wohl in den wenigsten Fällen wird es dem Täter in solchen Fällen aber gerade darauf ankommen, das Kreditkartenunternehmen zu schädigen, eine solche Schädigung wird vielmehr schlicht als notwendiges Übel hingenommen. Mit einer derartigen Novelle würde Kreditkartenunternehmen faktisch ihr gesamter strafrechtlicher Schutz durch § 153 StGB verlustig gehen und wären diese schädigenden Handlungen durch Kreditkarteninhaber folglich weitgehend schutzlos ausgeliefert.

Selbst ein Manager, der kollusiv Geschäfte zu Lasten seines Machtgebers abschließt, wäre nach einer solchen Novelle in den meisten Fällen straflos (zB indem er eine Bauleistung von einem Freund zum dreifachen des üblichen Marktpreises erbringen lässt). Denn idR wird es ihm nicht gerade darauf ankommen, seinen Machtgeber zu schädigen. Vielmehr zielt er darauf, sich oder seinen Freund zu bereichern. Die Schädigung ist nur Begleitwerk und wird zwar ernstlich für möglich gehalten, aber nicht zielgerichtet angestrebt. Vor der

Einführung einer Schädigungsabsicht ist dringend zu warnen, da eine solche der Abschaffung des Delikts gleichkäme.



Rechtspolitische Aspekte

Zuletzt sei cursorisch auf einen rechtspolitischen Aspekt hingewiesen. Österreichs Bestrebungen zur Bekämpfung der Korruption werden international wachsam beäugt. Bspw hat die Groupe d'Etats contre la corruption (GRECO) in ihrem Evaluierungsbericht zum österreichischen Korruptionsstrafrecht aus dem Jahr 2011 die Untreue als zentrales Delikt zur Korruptionsbekämpfung identifiziert (Siehe die Rz 46 und 92 des Evaluierungsberichts; http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/GrecoEval3%282011%293_Austria_One_DE.pdf). International ist man sich also der wichtigen Rolle der Untreue zur Bekämpfung der Korruption in der Privatwirtschaft sowie der öffentlichen Privatwirtschaftsverwaltung durchaus bewusst. Wird die Untreuestrafbarkeit ausgehöhlt – oder entsteht auch nur ein solcher Eindruck – ist zu befürchten, dass dies international als Signal dafür gewertet wird, dass Österreich seine Anstrengungen zur Bekämpfung der Korruption zurückfährt.

Fazit zum IA

Der Gesetzgeber sollte keine überhasteten Änderungen am Tatbestand der Untreue vornehmen – es besteht auch überhaupt kein Grund zur Eile. Der IA bedeutet in dieser Form nicht nur eine Aufweichung des Delikts, sondern geht auch mit erheblicher Rechtsunsicherheit einher. Eine Präzisierung des Tatbestands kann auf diese Weise nicht gelingen, vielmehr wären jahrelange Rechtsunsicherheiten die Folge. Ferner ist nochmals daran zu erinnern, dass jede Einschränkung der

Untreuestrafbarkeit gravierende Schutzlücken an unerwarteter Stelle aufreißen kann, da die Untreue nicht nur die Gesellschafter von Kapitalgesellschaften, sondern auch bspw das Vermögen von besachwalteten Personen und von Minderjährigen schützt.



Mit freundlichen Grüßen



Für das Institut für Österreichisches und Europäisches Wirtschaftsstrafrecht
Wirtschaftsuniversität Wien