

O.Univ.-Prof.
Dr. Kurt Schmoller

Fachbereich
Strafrecht und Strafverfahrensrecht

Kapitelgasse 5–7
A-5020 Salzburg

Tel.: +43 / (0) 662/8044 - 3361
Fax: +43 / (0) 662/8044 - 140
www.uni-salzburg.at
kurt.schmoller@sbg.ac.at

Stellungnahme

zum Entwurf eines

Strafrechtsänderungsgesetzes 2015

(BMJ-S318.034/0007-IV/2015 = 98/ME XXV. GP)

Salzburg, 23.4.2015

Mit Schreiben des Bundesministeriums für Justiz (Sektionschef Mag. Christian Pilnacek) vom 12. 3. 2015 wurde der Entwurf eines „Strafrechtsänderungsgesetzes 2015“ (StRÄG 2015) zur Begutachtung bis 24. 4. 2015 übersandt. Innerhalb der vorgegebenen Frist erlaube ich mir, folgende Stellungnahme abzugeben:

Inhaltsübersicht:

1. Vorbemerkung	2
2. Grobe Fahrlässigkeit	3
3. Strafausschließungsgrund bei fahrlässiger Körperverletzung	4
4. Bildnisschutz	4
5. Strafdrohung für schweren Raub	5
6. Strafdrohungen für Umweltdelikte	6
7. Sexuelle Handlungen „ohne Einverständnis“	8
8. Ausdehnung der sexuellen Belästigung	10
9. Ausdehnung der gefährlichen Drohung	11
10. Ausweitung der Geldstrafe	12
11. Ausweitung der Konfiskation	14
12. Anwendungsbereich der Diversion	15
a) Ausweitung des Anwendungsbereichs	15
b) Diversion auch bei Todesfolge?	16
c) Keine Diversion bei häuslicher Gewalt?	16
13. Einbeziehung der Ergebnisse des bevorstehenden ÖJT	17

1. Vorbemerkung

Der vorliegende Entwurf eines StRÄG 2015 enthält **über weite Strecken kriminalpolitisch sinnvolle Vorschläge**, die einer besseren Abstimmung der Strafdrohungen dienen sowie auf neue technische Gegebenheiten reagieren. Zu befürworten sind dabei **insbesondere jene Vorschläge, die auf den Bericht der Experten-Arbeitsgruppe „StGB 2015“** zurückgehen. Zu diesen Vorschlägen werden im Folgenden deshalb nur vereinzelt Details angemerkt, die die grundsätzliche Zustimmung nicht in Frage stellen.

Darüber hinaus enthält der Entwurf auch eine Reihe von Vorschlägen, die in der Experten-Arbeitsgruppe „StGB 2015“ nicht zur Sprache gekommen sind. Während einigen von ihnen ebenfalls zugestimmt werden kann, sind jedoch auch Vorschläge enthalten, die **aus systematischen und/oder kriminalpolitischen Gründen klar abzulehnen** sind und die gewiss nicht die Zustimmung der Experten-Arbeitsgruppe „StGB 2015“ gefunden hätten. Dies gilt besonders für den geplanten neuen § 205a Abs 1 erster Fall StGB (unten 7.), noch mehr für die Ausdehnung der sexuellen Belästigung in § 218 Abs 1 Z 1 StGB (unten 8.) und schließlich für die deutliche Einschränkung des außergerichtlichen Tatausgleichs bei bestimmten Straftaten im häuslichen Bereich (unten 12.c). Die geplante **Ausdehnung der sexuellen Belästigung** auf körperliche Berührungen auch außerhalb des Bereichs geschlechtlicher Handlungen **konterkariert sogar in gewisser Weise die Bemühungen der Arbeitsgruppe „StGB 2015“**: Während die Arbeitsgruppe bemüht war, Wertungswidersprüche in den Strafdrohungen aufzuspüren und Vorschläge für eine systematische Abstimmung der Strafdrohungen im StGB zu unterbreiten, schafft auf der anderen Seite der geplante § 218 Abs 1 Z 1 StGB solche zusätzlichen Wertungswidersprüche.

In den Erläuterungen zum Entwurf wird gleich zu Beginn auf die Vorarbeiten der Arbeitsgruppe „StGB 2015“ hingewiesen. Bei flüchtigem Lesen könnte dadurch der Eindruck entstehen, diese Arbeitsgruppe stünde hinter allen im Entwurf vorgeschlagenen Änderungen. Deshalb ist es mir **als Mitglied der Arbeitsgruppe „StGB 2015“ ein Anliegen, mich von manchen Vorschlägen des Entwurfs** (§ 205a erster Fall, § 218 Abs 1 Z 1 StGB, Einschränkung der Diversion bei Straftaten im häuslichen Bereich) **klar zu distanzieren**. Es wäre wünschenswert, wenn im Fall einer Gesetzwerdung in den Erläuterungen deutlicher darauf hingewiesen würde, dass diese erwähnten Änderungen in keiner Weise auf Vorschläge der Arbeitsgruppe „StGB 2015“ zurückgehen.

Hinsichtlich des gesamten Reformentwurfs ist anzumerken, dass zeitlich knapp nach Ende der Begutachtungsfrist am 24. 4. 2015, nämlich von 7. bis 9. 5. 2015, der **19. Österreichische Juristentag 2015** in Wien stattfindet, dessen strafrechtlicher Bereich sich mit folgender Frage befassen wird: *„Entsprechen die gesetzlichen Strafdrohungen und die von den Gerichten verhängten Strafen den aktuellen gesellschaftlichen Wertungen?“* (vgl das dazu bereits vorliegende – unabhängig vom vorliegenden Entwurf eines StRÄG 2015 erarbeitete – Gutachten von *Grafl/Schmoller*). Wegen der Nähe dieses Themas zu jenem der Arbeitsgruppe „StGB 2015“ sowie zu den mit dem Entwurf eines StRÄG 2015 verfolgten Reformzielen sollten die **Ergebnisse des Juristentags 2015 bei der Reform nicht unberücksichtigt**

bleiben. Es ist daher dringend anzuraten, für weitere Schritte der Gesetzgebung die **einschlägige Diskussion am Juristentag abzuwarten.**

Im Folgenden werden jene – wichtigen – Bereiche, in denen dem Entwurf zuzustimmen ist, nicht im Einzelnen thematisiert. Vielmehr werden nur jene Bereiche des Entwurfs angesprochen, bei denen Verbesserungsmöglichkeiten gesehen werden oder die grundsätzlich abzulehnen sind.

2. Grobe Fahrlässigkeit

Dem Umstieg auf das Kriterium der „groben Fahrlässigkeit“ in § 81 Abs 1 StGB (anstelle der bisherigen „besonders gefährlichen Verhältnisse“) sowie in § 88 Abs 2 StGB (anstelle des bisherigen „schweren Verschuldens“), verbunden mit einer Definition der „groben Fahrlässigkeit“ in § 6 Abs 3 StGB, ist **grundsätzlich zuzustimmen.** Da die „grobe Fahrlässigkeit“ in den letzten Jahren ohnehin in mehrere Vorschriften des StGB Eingang gefunden hat (zB §§ 159, 181e, 106 Abs 3 StGB ua), liegt es nahe, diesen Begriff gesetzlich zu umschreiben und ihn auch für §§ 81, 88 StGB nutzbar zu machen.

Problematisch erscheint bei diesem Konzept allerdings, dass neben dem Kriterium der „groben Fahrlässigkeit“ in § 81 Abs 2 des Entwurfs auch der Fall des bisherigen **§ 81 Abs 1 Z 2 StGB (gefährliche Tätigkeit im berauschten Zustand) beibehalten werden soll.**¹ In der Arbeitsgruppe „StGB 2015“ war zunächst vorgesehen, dass das Kriterium der „groben Fahrlässigkeit“ auch die Alkoholisierungsfälle abdecken sollte. Das hätte den Vorteil gehabt, dass es auch in solchen Fällen letztlich darauf angekommen wäre, ob das Täterverhalten als „grob fahrlässig“ zu beurteilen ist. Bei nur minimaler Überschreitung des zulässigen Blutalkoholgehalts (zB 0,55 ‰) und einem nur leichten Fahrfehler, der unglücklicherweise zum Tod einer Person geführt hat, wäre dann „grobe Fahrlässigkeit“ zu verneinen. Erst gegen Ende der Tätigkeit der Arbeitsgruppe hat sich schließlich doch eine Mehrheit dafür ausgesprochen, die bisherigen Fälle des § 81 Abs 1 Z 2 StGB in den Entwurf zu übernehmen, im Bewusstsein, dass es sich dabei *nicht* um „grobe Fahrlässigkeit“ handeln muss (Erläuterungen Seite 6). Offenbar sollte vermieden werden, dass von der Beseitigung einer spezifischen Strafvorschrift gegen alkoholisierte Fahrzeuglenker eine falsche Signalwirkung ausginge.

In Anerkennung dieses zuletzt genannten Gedankens, dass eine **gänzliche Streichung des § 81 Abs 1 Z 2 StGB ein ungünstiges Signal** und daher wohl auch politisch nicht durchsetzbar wäre, wird hier vorgeschlagen, die Regelung künftig zumindest **durch eine (geringfügige) Änderung der Textierung dem Grundgedanken der „groben Fahrlässigkeit“ anzunähern:** Anstelle des bisherigen (im StGB 1974 gezielt so gewählten) bloßen *Nacheinandern* von Alkoholisierung und gefährlicher Tätigkeit („Ebenso ist zu bestrafen, wer den Tod eines Menschen herbeiführt, *nachdem* er sich vor der Tat ...“) sollte **künftig zumindest eine Auswirkung der Alkoholisierung auf den Tatverlauf** verlangt werden und folgendermaßen formuliert werden:

¹ Dabei besteht übrigens ein **Redaktionsfehler** darin, dass aufgrund der nunmehrigen Formulierung als selbständiger Absatz die fahrlässige Begehung der Tötung noch einmal eigens erwähnt werden müsste, also „Ebenso ist zu bestrafen, wer *fahrlässig* den Tod eines Menschen herbeiführt, ...“.

§ 81. (1) ...

(2) Ebenso ist zu bestrafen, wer fahrlässig den Tod eines Menschen *dadurch* herbeiführt, *dass* er sich vor der Tat

Durch die Textierung mit „dadurch ..., dass“ könnten jene Fälle, in denen der Täter bei bloß geringfügiger Überschreitung des zulässigen Blutalkoholgehalts (zB 0,55 ‰) durch einen damit nicht zusammenhängenden leichten Fahrfehler den Tod einer Person herbeiführt, aus dem Anwendungsbereich des § 81 StGB ausgenommen werden. Hat sich hingegen die Alkoholisierung im Unfall ausgewirkt, war ein Grad der Alkoholisierung gegeben, der die Fahrsicherheit messbar beeinträchtigt hat; wer in einem solchen Zustand ein Fahrzeug lenkt, handelt regelmäßig „grob fahrlässig“.

3. Strafausschließungsgrund bei fahrlässiger Körperverletzung

Gegen die geplante **Ausdehnung des Strafausschließungsgrunds nach § 88 Abs 2 StGB**, wenn eine leichte Körperverletzung im Rahmen der Ausübung eines gesetzlich geregelten Gesundheitsberufs zugefügt wurde (dh die Beseitigung der bisherigen Einschränkung auf eine nicht länger als 14 Tage dauernde Gesundheitsschädigung), bestehen **keine inhaltlichen Bedenken**. Allerdings ist legistisch darauf hinzuweisen, dass in § 88 Abs 2 Z 3 idF des Entwurfs der **ausdrückliche Verweis darauf, dass „die Körperverletzung nicht schwer“ war, überflüssig ist** und deshalb entfallen sollte. Denn die Bedingung, dass keine schwere Körperverletzung eingetreten ist, gilt für *alle* Fälle des geplanten § 88 Abs 2 StGB und folgt schon daraus, dass der Strafausschließungsgrund des Abs 2 nur für Abs 1, nicht aber für Abs 3 und 4 gilt. Der neue § 88 Abs 2 Z 3 StGB könnte deshalb einfach folgendermaßen lauten:

„3. der Täter ein Angehöriger eines gesetzlich geregelten Gesundheitsberufes war und die Körperverletzung in Ausübung seines Berufes zugefügt worden“

4. Bildnisschutz

Im Entwurf wird ein neuer § 120a StGB vorgeschlagen, der die „Fortgesetzte Belästigung im Wege einer Telekommunikation oder eines Computersystems“ unter Strafe stellt. Dadurch wird insbesondere derjenige erfasst, der über Telekommunikation oder ein Computersystem „eine längere Zeit hindurch fortgesetzt ... Bildaufnahmen des höchstpersönlichen Lebensbereichs einer Person ohne deren Zustimmung bekanntgibt oder veröffentlicht“, sofern dies geeignet ist, das Opfer in seiner „Lebensführung unzumutbar zu beeinträchtigen“.

Zwar ist grundsätzlich zu begrüßen, dass damit eine Strafvorschrift zum Bildnisschutz geschaffen wird, es ist jedoch anzumerken, dass der **Tatbestand unter dem Aspekt des Bildnisschutzes deutlich zu eng gefasst** ist und jedenfalls das **Bedürfnis nach einem strafrechtlichen Bildnisschutz nicht abdecken kann**. Denn wenn bei einer bloßen Tonaufnahme gemäß § 120 StGB schon eine *einzelne* heimliche Aufnahme oder die *einzelne* Zugänglichmachung der Aufnahme an einen Dritten den Tatbestand erfüllt, erscheint nicht plausibel, warum eine einzelne heimliche Bildaufnahme im höchstpersönlichen Lebensbereich oder deren Weitergabe an Dritte nicht strafbar ist, sondern die Strafbarkeit auf Fälle beschränkt bleibt, in denen das Verhalten „längere Zeit hindurch fortgesetzt“ wurde,

geeignet war, die „Lebensführung unzumutbar zu beeinträchtigen“, und zudem spezifisch mittels Telekommunikation oder Computersystem begangen wurde.

Um das Bedürfnis nach einem angemessenen Bildnisschutz abzudecken, wäre am ehesten **sinnvoll, eine neue Strafvorschrift analog dem bereits vorhandenen § 120 StGB** („Missbrauch von Tonaufnahme- oder Abhörgeräten“) zu konzipieren. Ein solcher Tatbestand könnte folgendermaßen lauten:²

Missbrauch von Bildaufnahme- oder Bildübertragungsgeräten

§ 120a. (1) Wer ein Bildaufnahmegerät oder ein Bildübertragungsgerät benützt,³) um sich oder einem anderen Unbefugten von einem gegenüber der Öffentlichkeit abgeschirmten und nicht zu seiner Wahrnehmung bestimmten Vorgang⁴) in einer Weise Kenntnis zu verschaffen, die den höchstpersönlichen Lebensbereich einer abgebildeten Person⁵) verletzt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.

(2) Ebenso ist zu bestrafen, wer ohne Einverständnis der abgebildeten Person

1. die Bildaufnahme eines gegenüber der Öffentlichkeit abgeschirmten Vorgangs unter Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs der abgebildeten Person einem Dritten, zu dessen Wahrnehmung der Vorgang nicht bestimmt war, zugänglich macht oder veröffentlicht⁶) oder

2. die Bildaufnahme einer Person in einer bloßstellenden Situation, in die sie zuvor widerrechtlich von ihm oder einem Dritten zum Zweck der Bloßstellung gebracht worden ist, veröffentlicht.⁷)

(3) Der Täter ist nur mit Ermächtigung des Verletzten zu verfolgen.

Inwieweit neben dem hier vorgeschlagenen Straftatbestand ein zusätzlicher Bedarf für eine Strafvorschrift, wie sie im Entwurf vorgesehen ist, besteht, wäre noch näher zu überlegen (sie könnte etwa hinter dem hier vorgeschlagenen § 120a als § 120b angefügt werden).

5. Strafdrohung für schweren Raub

Nach geltendem Recht ist für schweren Raub in den Fällen des § 143 erster und zweiter Satz StGB eine Freiheitsstrafe von 5 bis 15 Jahren angedroht. In der Arbeitsgruppe „StGB 2015“ wurde die auch von mir geteilte Ansicht vertreten, dass nicht alle durch diese Qualifikation erfassten Fälle tatsächlich eine Erhöhung der Grundstrafdrohung für Raub (1 bis 10 Jahre) auf

² Vgl dazu meinen Vorschlag in: *Grafl/Schmoller*, Gutachten zum 19. ÖJT 2015, 132 f.

³ Vgl § 120 Abs 1 StGB („Wer ein Tonaufnahmegerät oder ein Abhörgerät benützt ...“).

⁴ Vgl § 120 Abs 1 StGB („... von einer nicht öffentlichen und nicht zu seiner Kenntnisnahme bestimmten Äußerung ...“).

⁵ Während Art 179^{quater} schwStGB die Bildaufnahmen allgemein auf jede „Tatsache aus dem Geheimbereich eines andern oder eine nicht jedermann ohne weiteres zugängliche Tatsache aus dem Privatbereich eines andern“ bezieht, verlangt § 201a dStGB ausdrücklich die „Bildaufnahme einer anderen Person“. Durch die Formulierung „abgebildete Person“ im Gesetzesvorschlag wird klargestellt, dass Inhalt des erweiterten Vorsatzes wie in Deutschland die Aufnahme oder Übertragung des Bildes *einer Person* sein muss.

⁶ Z 1 entspricht dem § 120 Abs 2 StGB.

⁷ Z 2 soll ergänzend zu den anderen Fällen des § 120a StGB auch „happy slapping“ erfassen. Hält man insoweit kein Strafbedürfnis für gegeben, könnte § 120a Abs 2 auf den Fall seiner Z 1 beschränkt bleiben. Während Z 1 auch das Zugänglichmachen erfasst, ist Z 2 bewusst auf ein Veröffentlichendes beschränkt.

5 bis 15 Jahre rechtfertigen, etwa wenn ein Raub allein durch Bedrohung mit einem Messer oder Schlaggegenstand begangen wurde. Um in diesen Fällen dem Gericht mehr Flexibilität zu ermöglichen, hat die Arbeitsgruppe „StGB 2015“ vorgeschlagen, insoweit einen – im StGB **völlig unüblichen und sehr weiten – Strafraumen von 1 bis 15 Jahren** Freiheitsstrafe vorzusehen. Diese unübliche Strafdrohung übernimmt auch der Entwurf in § 143 Abs 1 StGB.

Diese extravagante Strafdrohung **konterkariert das sonstige Bemühen, die Strafdrohungen im StGB zu systematisieren und zu vereinheitlichen**. Bei anderen unüblichen Strafdrohungen schlägt der Entwurf gerade wegen deren Unüblichkeit eine Anpassung vor, etwa bei § 79 StGB (vgl Erläuterungen Seite 13). Auch im Gutachten zum ÖJT wird vorgeschlagen, alle Strafdrohungen auf zehn zur Verfügung stehende „Regelstrafrahmen“ zu vereinheitlichen (*Grafl/Schmoller*, Gutachten zum 19. ÖJT 2015, 104 ff). Deshalb **sollte nicht auf der anderen Seite ein solcher unüblicher Strafraumen neu eingeführt** werden.

Korrekt wäre folgende Vorgangsweise:

- Entweder es gelingt, die Qualifikationen so einzuengen, dass eine Erhöhung auf den nächsten Regelstrafrahmen (5 bis 15 Jahre) tatsächlich angebracht erscheint.
- Sofern eine solche Einengung der Qualifikationsumstände nicht gelingt, sollte es bei der – ohnehin nicht geringen – Strafdrohung für „normalen“ Raub, nämlich 1 bis 10 Jahre Freiheitsstrafe, bleiben.

6. Strafdrohungen für Umweldelikte

Der Entwurf sieht vor, aus **§ 169 Abs 3 StGB** die bisher für die schwersten Fälle (fahrlässige Todesfolge für eine größere Zahl von Menschen) vorgesehene **lebenslange Freiheitsstrafe zu streichen**, die Strafdrohung also auf 10 bis 20 Jahre Freiheitsstrafe zu beschränken. Die Erläuterungen berufen sich dabei auf die Ansicht der Arbeitsgruppe „StGB 2015“, nach welcher die in den letzten Jahrzehnten erfolgte drastische Vermehrung der Androhung lebenslanger Freiheitsstrafe problematisch sei, sodass sie eine Zurückdrängung dieser Höchststrafe empfohlen hat (Erläuterungen Seite 24; ausführlich dazu *Grafl/Schmoller*, Gutachten zum 19. ÖJT 2015, 113 ff).

Der Entfall der lebenslangen Freiheitsstrafe in § 169 Abs 3 StGB wirkt sich auf 7 weitere Straftatbestände aus, in denen auf die Strafdrohung des § 169 Abs 3 StGB verwiesen wird (§§ 171 Abs 2, 173 Abs 2, 176 Abs 2, 177b Abs 4, 180 Abs 2, 181b Abs 2, 181d Abs 2 StGB).

Gegen den **Entfall der lebenslangen Freiheitsstrafe in § 169 Abs 3 StGB bestehen für sich gesehen keine Bedenken**, obwohl es sich dabei um einen Fall handelt, bei dem die lebenslange Freiheitsstrafe im StGB von Anfang an vorgesehen war und bei dem sie noch eher als in anderen Fällen sachgerecht erscheint: Denn zum einen handelt es sich schon um einen mit schwerer Strafe bedrohten Grundtatbestand (1 bis 10 Jahre Freiheitsstrafe), zum andern wird als Qualifikationsumstand immerhin auf den Tod einer größeren Zahl von Personen abgestellt. Der Verzicht auf die lebenslange Freiheitsstrafe hat aber jedenfalls den

Vorteil, dass eine Abstufung zu jenen Fällen möglich ist, in denen der Täter gleichzeitig mit *Tötungsvorsatz* handelt.

Allein die **Streichung der lebenslangen Freiheitsstrafe aus § 169 Abs 3 StGB reicht allerdings in zweifacher Hinsicht nicht aus**, um die in den letzten Jahren geschaffenen Wertungswidersprüche im Bereich der Qualifikationen zu beseitigen:

- Erstens **bleibt die Androhung lebenslanger Freiheitsstrafe in einigen anderen Fällen bestehen**, in denen der **Grundtatbestand mit deutlich geringerer Strafe bedroht ist** als in § 169 StGB und in denen die qualifizierende Folge auch nicht im Tod einer größeren Zahl von Personen besteht, sondern der Tod einer einzigen Person ausreicht, nämlich insbesondere in § 202 Abs 2 StGB (seit 2013) und § 207 Abs 3 StGB (seit 2009). Da bei beiden Vorschriften im Grundtatbestand Freiheitsstrafe bis höchstens 5 Jahre angedroht ist, erscheint es inkonsequent, dass im Fall einer fahrlässigen Todesfolge die Strafdrohung bis zu lebenslanger Freiheitsstrafe ansteigt und damit eine **nicht einleuchtende Gleichstellung mit jenen Straftaten erfolgt, bei denen bereits der Grundtatbestand mit doppelt so hoher Strafe bedroht ist** (§§ 201, 206 StGB). Die unterschiedliche Strafdrohung im Grundtatbestand müsste sich vielmehr auch in den Qualifikationen fortsetzen (näher *Grafl/Schmoller*, Gutachten zum 19. ÖJT 2015, 117 und 118 ff).
- Auch wenn aus § 169 Abs 3 StGB die Androhung lebenslanger Freiheitsstrafe gestrichen wird, ist in den schwersten Fällen immer noch eine Freiheitsstrafe von 10 bis 20 Jahren angedroht. Diese Höchststrafdrohung erscheint im qualifizierten Fall des § 169 Abs 3 StGB ebenso wie in den Fällen der §§ 171 Abs 2, 173 Abs 2, 176 Abs 2 StGB angemessen. Dagegen wäre **weiterhin sehr problematisch**, dass in §§ 177b Abs 4, 180 Abs 2, 181b Abs 2 und 181d Abs 2 StGB ebenfalls auf die Strafdrohung des § 169 Abs 3 StGB verwiesen wird. Denn bei diesen (Umwelt-)Straftaten beträgt die Höchststrafdrohung im **Grundtatbestand lediglich 3 Jahre**, bei §§ 181b und 181d StGB sogar nur **2 Jahre** Freiheitsstrafe; auf dieser Grundlage erscheint es völlig unverhältnismäßig, im Fall fahrlässiger Folgen die Strafdrohung auf eine lebenslange Freiheitsstrafe zu erhöhen (*Grafl/Schmoller*, Gutachten zum 19. ÖJT 2015, 117). Allerdings ist **bei diesen Delikten auch noch nicht viel gewonnen, wenn zwar die lebenslange Freiheitsstrafe entfällt**, aber für schwere Fahrlässigkeitsqualifikationen – wie nach dem vorliegenden Entwurf – **immer noch ein Freiheitsstrafrahmen von 10 bis zu 20 Jahren** bleibt. Denn bei einem Grunddelikt, das mit höchstens 3 oder sogar nur 2 Jahren Freiheitsstrafe bedroht ist, erscheint es **unverhältnismäßig, dass eine fahrlässig herbeigeführte Folge den Strafrahmen um ein Vielfaches (bei §§ 181b und 181d sogar auf das 10fache!) erhöhen kann**. Beträgt die Strafdrohung im Grundtatbestand 2 Jahre, sollten fahrlässig herbeigeführte Folgen den Strafrahmen allenfalls auf 6 Monate bis 5 Jahre erhöhen; beträgt die Strafdrohung im Grundtatbestand 3 Jahre, sollte in qualifizierten Fällen nicht mehr als 1 bis 10 Jahre Freiheitsstrafe vorgesehen sein (vgl *Grafl/Schmoller*, Gutachten zum 19. ÖJT 2015, 117 und 120).

7. Sexuelle Handlungen „ohne Einverständnis“

Nach dem Entwurf soll in § 205a StGB ein neuer Straftatbestand „Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung“ geschaffen werden, nach dem mit Freiheitsstrafe bis zu 2 Jahren bedroht wird, wer mit einer anderen Person den Beischlaf oder eine diesem gleichzusetzende geschlechtliche Handlung

- „ohne deren Einverständnis“ oder
- „nachdem er das Einverständnis durch Ausnützung einer Zwangslage oder Einschüchterung erlangt hat“

vornimmt. Bisher waren geschlechtliche Handlungen ohne Einverständnis der betroffenen Person allein als „sexuelle Belästigung“ nach § 218 StGB strafbar; höhere Strafdrohungen waren erst vorgesehen, wenn der Täter irgendeine Form von „Gewalt“ oder „gefährlicher Drohung“ eingesetzt hat (§§ 201, 202 StGB).

In den Erläuterungen wird dankenswerterweise ausführlich begründet, dass ein **solcher neuer Tatbestand nicht durch internationale Vorgaben** geboten wäre, weil sowohl Art 36 Europaratskonvention zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt als auch die einschlägige Rechtsprechung des EGMR insoweit einen Spielraum belassen, wie der Begriff „non-consensual“ näher zu präzisieren ist. Es handelt sich also primär um eine allein innerstaatliche Entscheidung, ob ein Bedarf an einem solchen Straftatbestand besteht.

In der vorangegangenen medialen Diskussion ist verschiedentlich sogar gefordert worden, den Straftatbestand der Vergewaltigung (§ 201 StGB) auf jedes Handeln gegen den Willen der betroffenen Person auszudehnen. Dies wäre angesichts der hohen Strafdrohung des § 201 StGB aber zweifellos überzogen (näher *Grafl/Schmoller*, Gutachten zum 19. ÖJT 2015, 129 f). § 205a StGB idF des Entwurfs ist zwar in der Strafdrohung wesentlich moderater, **dennoch aber in der vorliegenden Form abzulehnen**. Im Einzelnen muss allerdings differenziert werden:

In seiner **zweiten Tatbestandsvariante**, nämlich der Erlangung des Einverständnisses durch „Ausnützen einer Zwangslage oder Einschüchterung“, bleibt der Tatbestand zwar sehr unbestimmt, er knüpft aber immerhin an Unwertelemente an, die **aus anderen Tatbeständen bekannt** sind (zB §§ 207b Abs 2, 216 Abs 2, § 104a Abs 2 StGB). Es erscheint deshalb zwar im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot als Grenzfall, ist aber nicht prinzipiell abzulehnen, in diesen Fällen eine moderate Strafe vorzusehen, die zwar schwerer ist als jene für „Sexuelle Belästigung“, die aber doch deutlich unterhalb jener für „Vergewaltigung“ liegt. Die Begriffe „Zwangslage“ und „Einschüchterung“ dürften freilich nicht zu weit ausgelegt werden.

Äußerst problematisch ist aber die **erste Tatbestandsvariante** des geplanten § 205a StGB, die allein auf die Vornahme einer geschlechtlichen Handlung „ohne Einverständnis“ der betroffenen Person abstellt. Denn anhand des vorgeschlagenen Gesetzeswortlauts wird **nicht deutlich, wie in diesen Fällen das fehlende Einverständnis sinnvoll abgegrenzt** und im Einzelfall geprüft werden soll, um den Tatbestand einigermaßen klar auf Fälle zu beschränken, für die tatsächlich eine bis zu zweijährige Freiheitsstrafe angemessen erscheint. Es ist nämlich Folgendes zu bedenken:

Wenn ein Tatbestand auf ein Handeln „ohne Einverständnis“ abstellt, wird seine Verwirklichung – sofern die übrigen Voraussetzungen gegeben sind – nur durch ein vor der Tat tatsächlich (ausdrücklich oder konkludent) erteiltes Einverständnis ausgeschlossen; liegt **keine Willenserklärung vor, wäre daher kein Einverständnis erteilt**. § 205a StGB idF des Entwurfs wäre also im Fall eines Beischlafs oder einer gleichwertigen sexuellen Handlung nur dann ausgeschlossen, wenn die betroffene Person vor dem Beischlaf etc ein ausdrückliches Einverständnis erteilt oder sonst ein (aktives) Verhalten gesetzt hat, das als konkludentes „Einverständnis“ gedeutet werden kann. Ein bloß **passives Geschehenlassen ließe sich nicht als Einverständnis deuten**, weil das Einverständnis ja *vor* der geschlechtlichen Handlung erteilt werden müsste. Nun ist es einerseits eher unüblich, vor einer geschlechtlichen Handlung *ausdrücklich* sein Einverständnis zu erklären. Andererseits ist **nicht klar, welches konkludente Verhalten als Einverständnis gewertet werden könnte**. Wenn sich jemand etwa am Austausch von Zärtlichkeiten beteiligt, ist damit ja noch *nicht* der konkludente Aussagegehalt verbunden, dass er auch mit einem Beischlaf oder einer gleichwertigen sexuellen Handlung einverstanden wäre. Wenn aber der jeweiligen sexuellen Handlung selten ein Verhalten vorangeht, das eindeutig als Erteilung des Einverständnisses in einen nachfolgenden Beischlaf oder eine gleichwertige geschlechtliche Handlung zu bewerten ist, geht ein Tatbestand, der auf ein Handeln „ohne Einverständnis“ abstellt, klar zu weit.

Um diese Problematik zu entschärfen, müsste tatbestandlich zumindest darauf abgestellt werden, dass die jeweilige sexuelle Handlung „**trotz Ablehnung**“ **der betroffenen Person** vorgenommen wird; denn das Hinwegsetzen über eine unmissverständliche Ablehnung durch das Opfer würde eine einigermaßen klare Abgrenzung des Strafbarkeitsbereichs ermöglichen. Dann käme aber eine Verurteilung auch nur in Betracht, wenn die vorangegangene unmissverständliche Ablehnung zur Überzeugung des Gerichts nachgewiesen ist. Damit wäre jedoch kaum zu erwarten, dass dann, wenn die Tat ohne Zeugen stattgefunden hat, dieser Nachweis jemals gelingt. Wenn schon bei der derzeitigen Vergewaltigung und geschlechtlichen Nötigung beklagt wird, dass der Einsatz von Gewalt oder Drohung häufig nicht zur Überzeugung des Gerichts nachgewiesen werden kann, ist idR **nicht zu erwarten, dass der Nachweis einer vorangegangenen unmissverständlichen Ablehnung gelingt**. Im Gegenteil: Während eine Gewaltanwendung häufig Spuren hinterlässt, die als Beweismittel in Betracht kommen, ist eine bloße verbale Ablehnung, wenn sie von Seiten des Täters geleugnet wird, kaum jemals nachweisbar. Ferner käme eine **weitere Problematik** hinzu: Wenn die sexuelle Handlung zuvor ausdrücklich abgelehnt wurde, wäre die Tat auch dann strafbar, wenn die betroffene Person anschließend infolge einer Änderung ihres Willens mit der sexuellen Handlung doch einverstanden war, dies aber nicht geäußert hat; denn auch in diesem Fall hätte der Täter „trotz Ablehnung“ der betroffenen Person gehandelt.

Insgesamt ist deshalb **jedenfalls die erste Tatvariante des geplanten § 205a StGB** von vornherein mit erheblichen Anwendungsschwierigkeiten belastet, sodass auf sie **verzichtet** werden sollte. Falls man es für erforderlich hält, eine zusätzliche Strafvorschrift in diesem Bereich zu fassen, sollte sie auf den **zweiten Anwendungsfall des geplanten § 205a StGB**, nämlich die Ausnützung einer Zwangslage oder Einschüchterung (die freilich nicht zu weit ausgelegt werden dürften), **beschränkt** bleiben. Anstelle der komplizierten Formulierung „nachdem er das Einverständnis durch Ausnützung einer Zwangslage oder Einschüchterung erlangt hat“ könnte dann auch besser abgekürzt formuliert werden:

§ 205a. (1) Wer mit einer Person unter Ausnützung einer Zwangslage oder nach vorangegangener Einschüchterung den Beischlaf oder eine dem Beischlaf gleichzusetzende geschlechtliche Handlung vornimmt ...“

8. Ausdehnung der sexuellen Belästigung

Die geplante Ausdehnung des Straftatbestands der sexuellen Belästigung gemäß § 218 Abs 1 Z 1 StGB ist **einerseits aus Gründen mangelnder Tatbestandsbestimmtheit, andererseits aus systematischen Gründen abzulehnen**, weil durch diese Vorschrift Wertungswidersprüche gegenüber anderen Strafvorschriften, insbesondere im Bereich der Misshandlung und Körperverletzung, entstünden. Wenn es ein allgemeines Ziel des Entwurfs war, solche Wertungswidersprüche zu beseitigen, erscheint es kontraproduktiv, gleichzeitig durch diese Strafbestimmung neue Wertungswidersprüche zu schaffen.

Bisher war die sexuelle Belästigung klar auf die (nicht einvernehmliche, belästigende) Vornahme einer *geschlechtlichen* Handlung beschränkt; die Definition der „geschlechtlichen Handlung“ ist aus anderen Vorschriften bekannt und ermöglicht eine klare Abgrenzung zu körperlichen Berührungen, die keine geschlechtlichen Handlungen darstellen. Berührungen im Bereich des Gesäßes, des Oberschenkels, der Hüfte, des Schulter- oder Halsbereichs, ein Streicheln der Wange oder ein überraschender Kuss fallen nicht darunter. Selbstverständlich sind solche belästigende Berührungen auch nach der geltenden Rechtslage rechtswidrig und können unterschiedliche rechtliche Folgen auslösen, insbesondere soweit eine solche sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz stattfindet. Bisher herrschte allerdings die Meinung vor, dass eine körperliche Berührung, die nicht die Grenze der geschlechtlichen Handlung erreicht, nicht die Schwelle zum Strafrecht überschreitet und jedenfalls nicht eine mehrmonatige Freiheitsstrafe legitimiert.

Nach dem Entwurf soll nicht nur die sexuelle Belästigung durch eine „geschlechtliche Handlung“, sondern auch durch „eine nach Art und Intensität einer solchen vergleichbare, der sexuellen Sphäre im weiteren Sinn zugehörige körperliche Handlung“ an einer Person die Strafbarkeit begründen. Nur am Rand sei angemerkt, dass die **Formulierung „körperliche Handlung“ sprachlich schlecht gelungen** ist; denn *jede* Handlung kann nur mit dem eigenen Körper gesetzt werden und ist insofern eine „körperliche Handlung“ – „nichtkörperliche Handlungen“ gibt es also gar nicht. Anstelle des Ausdrucks „körperliche Handlung an ihr“ wäre **sprachlich korrekt wohl einfach von „körperlicher Berührung“** zu sprechen. Unabhängig davon bestehen gegen eine solche Erweiterung des Tatbestands **folgende Bedenken:**

Erstens lässt sich **nicht mit der im Strafrecht erforderlichen Bestimmtheit abgrenzen**, welche körperlichen Berührungen **„der sexuellen Sphäre im weiteren Sinn zugehören“**. Gewiss gibt es körperliche Berührungen aus sexuellen und solche aus anderen Motiven; auf das konkrete Motiv kann und soll es aber wohl nicht ankommen. Im Übrigen ist aber bei fast *jeder* Art von körperlicher Berührung denkbar, dass hinter ihr im Einzelfall ein sexuelles Motiv steht. Insofern muss **nahezu jede körperliche Berührung „der sexuellen Sphäre im weiteren Sinn“ zugerechnet werden**; jedenfalls ist unklar, wie eine Differenzierung erfolgen sollte. Mit dem zusätzlichen Kriterium, dass die körperliche Berührung einer geschlechtlichen

Handlung „vergleichbar“ sein müsse, lässt sich in Wahrheit kaum etwas gewinnen: Denn einerseits sind Berührungen einer nicht geschlechtsspezifischen Körperregion eben generell nicht einer geschlechtlichen Handlung vergleichbar; darin liegt ja der Grund dafür, dass die Strafbarkeit der Sexualdelikte bisher regelmäßig auf „geschlechtliche Handlungen“ begrenzt ist. Zieht man die Vergleichbarkeit andererseits weiter, zerfließen die Grenzen wiederum. Da alle ungewollten körperlichen Berührungen eine gewisse Belästigung darstellen, folgt auch aus dem Kriterium der „Belästigung“ keine Eingrenzungsfunktion.

Zweitens ergeben sich klar **Wertungswidersprüche zur Rechtslage in Bezug auf körperliche Misshandlungen gemäß § 83 Abs 2 StGB**. Mit guten Gründen hat der Gesetzgeber in § 83 StGB entschieden, dass Misshandlungen (= unangenehme Einwirkungen auf den Körper), obgleich sie ebenfalls grundsätzlich rechtswidrig sind, noch nicht die Schwelle zum Strafrecht überschreiten, sondern erst dann, wenn sie zu einer Körperverletzung geführt haben. **Auch in hohem Maß unangenehme körperliche Misshandlungen liegen demnach noch generell unterhalb der Schwelle der Strafbarkeit**, etwa ein Reißen an den Haaren, Verdrehen des Arms, Halten im „Schwitzkasten“ oder – als Extrembeispiel – das Überschütten mit Jauche. Wenn aber all diese „Misshandlungen“ noch unterhalb der Grenze des Strafrechts liegen, leuchtet nicht ein, dass wesentlich weniger beeinträchtigende körperliche Berührungen, etwa ein Streicheln der Wange oder ein Griff an das Gesäß, künftig über § 218 StGB – ohne weitere Tatbestandsmerkmale – die Strafbarkeit begründen sollen. Natürlich ist auch solchen leichteren Formen sexueller Belästigung entschieden entgegenzutreten, das gerichtliche Strafrecht ist dafür aber nicht der richtige Ort, solange Konsens darüber besteht, dass körperliche Misshandlungen allein generell außerhalb des Strafbarkeitsbereichs liegen.

Zu bedenken ist im Übrigen auch, dass die geplante weite Ausdehnung des Straftatbestands **absehbar ein großes Dunkelfeld** solcher Deliktsverwirklichungen schaffen würde, weil körperliche Berührungen, denen die betroffene Person nicht zugestimmt hat, gerade unter Jugendlichen (in Schulen, bei Abendveranstaltungen und Partys oder auch in Gruppen jugendlicher Freunde) häufig vorkommen, aber kaum jemals den Weg zur Staatsanwaltschaft finden würden. Straftatbestände, bei denen die Mehrzahl der Begehungen im Dunkelfeld verbleibt, sind aber **dem Strafrecht insgesamt abträglich**, weil dieses dann nicht mehr ernst genommen wird.

Wenn im Bereich der sexuellen Belästigung ein Signal gesetzt werden soll, wäre anstelle der im Entwurf vorgesehenen weiten Ausdehnung des Tatbestands eher **zu erwägen**, unter Beibehaltung der bisherigen klaren Fassung des Straftatbestands das **Ermächtigungserfordernis (§ 218 Abs 3 StGB) zu streichen**.

9. Ausdehnung der gefährlichen Drohung

Seit der – nach der geltenden Rechtslage zutreffenden – Entscheidung des OGH, dass die Drohung mit der Mitteilung der Homosexualität einer Person an Dritte keine Nötigung begründen kann (JBl 2014, 336 mit Anm *Schmoller*), wird allgemein ein Bedarf gesehen, die Definition der gefährlichen Drohung in § 74 Abs 1 Z 5 StGB zu erweitern. Im **Entwurf ist eine punktuelle Erweiterung vorgesehen**, indem den bisherigen drohungsrelevanten

Rechtsgütern zusätzlich die Drohung mit einer Verletzung „des höchstpersönlichen Lebensbereiches durch Bekanntgabe von Tatsachen oder Veröffentlichung von Bildaufnahmen“ angefügt wird. Mit dieser punktuellen Ergänzung könnte zwar in dem vom OGH entschiedenen Fall eine Nötigung bejaht werden, **ähnliche Probleme können sich aber in Zukunft erneut stellen**, wenn in anders gelagerten Fällen eine Drohung strafwürdig erscheint, aber ebenfalls kein im Rechtsgüterkatalog des § 74 Abs 1 Z 5 StGB aufgezähltes Rechtsgut verletzt. Beispielhaft wäre es etwa auch nach der im Entwurf vorgesehenen Fassung des § 74 Abs 1 Z 5 StGB nicht möglich, einen Schul- oder Universitätslehrer, der einen Schüler oder Studenten (eine Schülerin oder Studentin) dadurch zu einer bestimmten Handlung nötigt, dass er ihm/ihr androht, andernfalls den Schul- oder Studienabschluss durch eine entsprechende Benotung zu verhindern, dem Tatbestand der Nötigung zu unterstellen.

Aus diesem Grund hat die Arbeitsgruppe „StGB 2015“ (im Anschluss an *Schmoller*, JBl 2014, 342) vorgeschlagen, auf den **begrenzenden Rechtsgüterkatalog in § 74 Abs 1 Z 5 StGB überhaupt zu verzichten** und allein darauf abzustellen, dass die jeweilige Drohung „geeignet ist, dem Bedrohten mit Rücksicht auf die Verhältnisse und seine persönliche Beschaffenheit oder die Wichtigkeit des angedrohten Übels begründete Besorgnisse einzuflößen“. Damit würde die **österreichische Rechtslage an jene in Deutschland und der Schweiz angeglichen**, die jede „Drohung mit einem empfindlichen Übel“ (§ 240 dStGB) bzw jede „Androhung ernstlicher Nachteile“ (Art 181 schwStGB) ausreichen lassen.

Gegen den Verzicht auf die einengende Aufzählung drohungsrelevanter Rechtsgüter wird in den Erläuterungen eingewandt, dass das Spektrum nötigungsrelevanter Drohungen dann nicht mehr sinnvoll eingegrenzt werden könne und beispielsweise auch die „**Drohung mit einem Suizid**“ erfasst wäre (Erläuterungen Seite 12). Gegen diese Bedenken spricht aber, dass der Verzicht auf nötigungsrelevante Rechtsgüter seit Jahrzehnten der deutschen und schweizerischen Rechtslage entspricht, ohne dass die Tatbestände dadurch allzu weit ausgelegt worden wären. Ferner ist gerade das Beispiel der Drohung mit einem Suizid wenig aussagekräftig, denn ein **Suizid ist zweifellos eine „Verletzung am Körper“** und fällt deshalb unter die Rechtsgüteraufzählung in § 74 Abs 1 Z 5 StGB; dass die Drohung mit einer *Selbstverletzung* keine „gefährliche Drohung“ darstellt, ergibt sich schon heute nur durch Auslegung (unterstützt durch den letzten Teil der Z 5, wonach das angedrohte Übel „gegen den Bedrohten selbst, gegen dessen Angehörigen oder gegen eine andere unter seinen Schutz gestellte oder ihm persönlich nahestehende Person gerichtet“ sein muss. Ein Verzicht auf den Rechtsgüterkatalog in § 74 Abs 1 Z 5 StGB würde deshalb an der Beurteilung, ob die Drohung mit einem Suizid darunter fällt, inhaltlich in Wahrheit nichts ändern.

Um den Begriff der „gefährlichen Drohung“ für alle angedrohten Nachteile, die so schwerwiegend sind, dass das Verhalten strafwürdig erscheint, offen zu halten, sollte deshalb, wie von der „Arbeitsgruppe StGB 2015“ vorgeschlagen, auf den **einengenden Rechtsgüterkatalog in § 74 Abs 1 Z 5 StGB verzichtet werden**.

10. Ausweitung der Geldstrafe

Grundsätzlich zu **begrüßen** ist das Bemühen des Entwurfs, die Androhung von Geldstrafe alternativ zur Freiheitsstrafe zu **vereinheitlichen**. Die Richtlinie, bei allen Strafdrohungen bis

zu einjähriger Freiheitsstrafe alternativ eine Geldstrafe vorzusehen, bei höheren Freiheitsstrafdrohungen die alternative Geldstrafdrohung hingegen zu streichen, bildet eine mögliche Lösung (in *Grafl/Schmoller*, Gutachten zum 19. ÖJT 2015, 108 f, habe ich vorgeschlagen, bei allen bis zu zweijährigen Freiheitsstrafen eine alternative Geldstrafe vorzusehen). Zur Überprüfung, ob wirklich alle einschlägigen Fälle im StGB und Nebenstrafrecht erfasst sind, kann vielleicht die Tabelle der derzeitigen Strafdrohungen im Gutachten *Grafl/Schmoller* (aaO 95 f) hilfreich sein.

Eine **neue Idee** verfolgt der Entwurf, wenn nunmehr auch Geldstrafen bis zu **720 Tagessätze** angedroht werden (nach geltendem Recht nur bis zu 360 Tagessätze). Wenn nach geltendem Recht bei Freiheitsstrafdrohungen bis zu 1, 2 oder 3 Jahren alternativ eine Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen angedroht ist, dann folgt aus dem allgemeinen Umrechnungsmodus gemäß § 19 Abs 3 StGB, demzufolge ein Tag Freiheitsstrafe zwei Tagessätzen entspricht, dass nur in den relativ leichteren Fällen des betreffenden Delikts auf Geldstrafe zu erkennen ist. Wenn nunmehr hingegen einer einjährigen Freiheitsstrafdrohung eine Geldstrafe von 720 Tagessätzen gegenübergestellt wird, folgt aus dieser Relation, dass grundsätzlich in allen Fällen des betreffenden Tatbestands, also auch in dessen „oberem“ Bereich, eine Geldstrafe möglich ist. Mit diesem Sicht korrespondiert der weitere Vorschlag des Entwurfs – der von erheblicher Tragweite ist –, künftig die allgemeine Umwandlungsmöglichkeit der Freiheits- in eine Geldstrafe gemäß **§ 37 StGB für alle Freiheitsstrafen bis zu einem Jahr zu öffnen**, während die Umwandlungsmöglichkeit nach geltendem Recht nur für Freiheitsstrafen bis zu sechs Monaten besteht.

Die Tendenz des Entwurfs, die Geldstrafe gegenüber der Freiheitsstrafe zu stärken, ist anzuerkennen und **grundsätzlich zu unterstützen**. Dennoch sehe ich **folgendes Problem**, dem flankierend entgegengewirkt werden müsste:

Die Untersuchungen von *Grafl* über die verhängten Strafarten haben erstens einen **deutlichen Rückgang der Geldstrafe zugunsten der Freiheitsstrafe** seit dem Jahr 1975 ergeben, zweitens haben sich insofern **erhebliche regionale Unterschiede** gezeigt, als nur im OLG-Sprengel Innsbruck zu einem großen Anteil Geldstrafen verhängt werden, während in den anderen drei OLG-Sprengeln eine deutlich größere Tendenz zu Freiheitsstrafen besteht, am ausgeprägtesten im OLG-Sprengel Wien (*Grafl/Schmoller*, Gutachten zum 19. ÖJT 2015, Abbildungen auf Seite 38, 40 und 49). Dieser Befund ist wenig befriedigend. Zum einen sollte die Entscheidung, ob für eine bestimmte Tat eine Freiheits- oder eine Geldstrafe verhängt wird, nicht wesentlich davon abhängen, ob das Strafverfahren in Innsbruck oder in Wien stattfindet; schon aufgrund der Bundeskompetenz ist eine **österreichweit einheitliche Vollziehung des Strafrechts wünschenswert**. Zum andern erscheint die für die letzten Jahrzehnte zu beobachtende **Abkehr von der Geld- und Hinwendung zur Freiheitsstrafe kriminalpolitisch problematisch**.

Allein die im Entwurf vorgesehene Möglichkeit, nunmehr auch höhere Freiheitsstrafen, nämlich solche zwischen 6 Monaten und 1 Jahr, in eine (ebenfalls erhöhte) Geldstrafe umzuwandeln, erscheint weder geeignet, insoweit für eine österreichweite Vereinheitlichung zu sorgen, noch die Abkehr von der Geldstrafe zugunsten der Freiheitsstrafe zu stoppen oder umzukehren. Denn wenn die Gerichte – abgesehen vom OLG-Sprengel Innsbruck – zunehmend sogar Abstand nehmen, anstelle von Freiheitsstrafen bis zu 6 Monaten

Geldstrafen auszusprechen (bzw sie in solche umzuwandeln), ist nicht wirklich zu erwarten, dass eine Bereitschaft bestehen wird, im Sinn des Entwurfs künftig vermehrt anstelle von längeren Freiheitsstrafen (zwischen 6 Monaten und 1 Jahr) Geldstrafen auszusprechen (bzw in solche umzuwandeln). Eher ist zu prognostizieren, dass den erweiterten Anwendungsbereich der Geldstrafe anstelle einer Freiheitsstrafe zwischen 6 Monaten und 1 Jahr zwar die Gerichte im OLG-Sprengel Innsbruck Gebrauch nutzen würden, weil sie schon jetzt der Geldstrafe vertrauen, in den **anderen OLG-Sprengeln dagegen von dieser erweiterten Umwandlungsmöglichkeit im Bereich höherer Freiheitsstrafen noch weniger Gebrauch gemacht würde als bei den kürzeren Freiheitsstrafen**. Dies würde in der Folge zu einem **noch weiteren Auseinanderklaffen Strafenpraxis in den einzelnen OLG-Sprengel** führen, was kriminalpolitisch nicht erwünscht sein kann.

Die sowohl im Vergleich zu 1975 als auch zwischen den OLG-Sprengeln bestehende Divergenz im Verhältnis zwischen Freiheits- und Geldstrafe (sowie ebenso zwischen unbedingter und bedingter Strafe) war auch Gegenstand des aktuellen Gutachtens zum ÖJT. Dabei hat sich gezeigt, dass **Einfallstor für unterschiedliche Bewertungen insbesondere das Kriterium generalpräventiver Bedenken** ist, die nach dem Gesetz sowohl die Umwandlung in eine Geldstrafe als auch die bedingte Strafnachsicht verhindern können. Für die **Beurteilung dieser generalpräventiven Bedürfnisse gibt es nämlich keine einigermaßen klaren Kriterien**. Je nachdem, wie man die *generalpräventive* Wirksamkeit einer Geldstrafe im Vergleich zur Freiheitsstrafe einschätzt, gelangt man zu sehr unterschiedlichen Ergebnissen. Zur Präzisierung und österreichweiten Vereinheitlichung wurde im Gutachten deshalb vorgeschlagen, den **pauschalen Verweis auf generalpräventive Bedürfnisse aufzugeben** und entweder auf diese Einschränkung (wie in der Schweiz) überhaupt **zu verzichten oder aber anstelle des pauschalen Kriteriums der Generalprävention im Gesetz genau jene Umstände aufzuzählen**, die generalpräventive Bedürfnisse begründen (*Grafl/Schmoller*, Gutachten zum 19. ÖJT 2015, 151 ff).

Wenn es Ziel des Entwurfs ist, die Geldstrafe zu fördern und einer erheblich unterschiedlichen Strafenpraxis in den OLG-Sprengeln entgegenzutreten, wäre deshalb als **flankierende Maßnahme** zu den vorgesehenen Änderungen der Geldstrafe **dringend zu empfehlen**, das Ausschlusskriterium der **generalpräventiven Bedenken aufzugeben oder gesetzlich zu präzisieren**.

11. Ausweitung der Konfiskation

Die im Jahr 2010 eingeführte Nebenstrafe der „Konfiskation“ (§ 19a StGB) ist **insgesamt keine kriminalpolitisch sinnvolle Sanktion** und passt schlecht ins Sanktionensystem. Da sie weder gefährliche Gegenstände betrifft noch einen kriminellen Gewinn abschöpft, hat sie keinen über die Strafe hinausgehenden Zweck, sondern ist selbst eine Strafe. Bei **Gegenständen geringen Werts** (zB Konfiskation des Stricks, mit dem der Täter das Opfer gewürgt hat) ist sie **bedeutungslos**, bei **Gegenständen mit hohem Wert** (zB ein bei der Tat verwendetes teures Fahrzeug) können **Gleichheitswidrigkeiten** nur dadurch vermieden werden, dass das mit der Konfiskation zugefügte Übel iS einer Minderung der Hauptstrafe berücksichtigt wird, weil ja die Gesamtheit der Strafen dem Unwert der Tat entsprechen muss (näher *Grafl/Schmoller*, Gutachten zum 19. ÖJT 2015, 143 f). Zwar bestehen insoweit

internationale Vorgaben, diesen hätte aber wohl auch durch die Abnahme der bei der Tat verwendeten *spezifisch zur Straftatbegehung gefährlichen* Gegenstände genügt, also letztlich eine – vielleicht etwas erweiterte – Einziehung, genügt (*Grafl/Schmoller*, aaO, 144).

Die **generelle Problematik einer Konfiskation gem § 19a StGB wird durch die geplante Erweiterung in § 19a Abs 1a StGB noch verstärkt**. Eher wäre zu prüfen, ob nicht eine Umsetzung der internationalen Vorgaben in einer Weise möglich ist, die mit einem **entsprechenden Zuschnitt der Einziehung oder des Verfalls** (die beide unstreitig kriminalpolitisch sinnvoll sind) das Auslangen findet.

12. Anwendungsbereich der Diversion

Hinsichtlich des Anwendungsbereichs der Diversion sieht der Entwurf erhebliche Änderungen vor, zu denen getrennt Stellung bezogen werden soll:

a) Ausweitung des Anwendungsbereichs

Schon bei der Einführung der Diversion im Jahr 1999 gab es im Vorfeld unterschiedliche Ansichten darüber, ob alle Delikte bis zu einer Freiheitsstrafe von 3 Jahren oder einer solchen von 5 Jahren einbezogen werden sollten; als „Kompromisslösung“ wurde letztlich an die Zuständigkeit der Schöffen- und Geschworenengerichte angeknüpft mit der Konsequenz, dass Diversion grundsätzlich bis zu einer 5-jährigen Freiheitsstrafandrohung möglich ist, nicht aber bei jenen mit geringerer Strafe bedrohten Delikten, die explizit den Schöffen- oder Geschworenengerichten zugewiesen sind. Beispielsweise würde das Delikt des Amtsmissbrauchs zwar nach der Strafandrohung (bis 5 Jahre) diversionsfähig sein, jedoch steht die explizite schöffengerichtliche Zuständigkeit entgegen. Allerdings hat der Gesetzgeber gerade in Bezug auf den Amtsmissbrauch im Jahr 2013 die Diversionsmöglichkeit – unter bestimmten einschränkenden Bedingungen – durch eine Ausnahmeregelung doch wieder eröffnet (§ 198 Abs 3 StPO⁸). Nach dem Entwurf soll künftig anstelle der schöffen- und geschworenengerichtlichen Zuständigkeit generell an eine bis zu 5-jährige Freiheitsstrafandrohung angeknüpft werden; nur beim Amtsmissbrauch und im Bereich der Sexualdelikte sind explizite Einschränkungen vorgesehen.

Gegen die Änderung des Anknüpfungspunkts für die Diversionsfähigkeit (Strafandrohung statt prozessualer Zuständigkeit) **bestehen keine grundsätzlichen Bedenken**. Allerdings erschiene es erstrebenswert, eine **möglichst einheitliche Linie** zu finden. Wenn man Straftaten bis zu einer 5-jährigen Freiheitsstrafandrohung grundsätzlich als diversionsfähig ansieht, machen punktuelle Einschränkungen nicht nur die Rechtslage kompliziert, sondern sie erscheinen sachlich auch nicht wirklich begründet. Deshalb sollte die Entscheidung, ob ein Missbrauch der Amtsgewalt diversionell erledigt werden kann, den allgemeinen Kriterien (keine schwere Schuld, keine spezial- oder generalpräventiven Bedenken) überlassen bleiben. Warum etwa gerade bei einem Zusammentreffen von § 302 Abs 1 und § 304 StGB die Diversion ausgeschlossen sein soll (wie das im Entwurf vorgesehen ist), lässt sich nicht plausibel erklären, wenn beide Delikte für sich diversionsfähig sind. Selbst im Bereich der

⁸ BGBl I 195/2013, in Kraft seit 1.1.2014.

Sexualdelikte sollte mit einer sinnvollen Handhabung der allgemeinen Kriterien das Auslangen gefunden werden können.

Verwunderlich ist, dass in den Erläuterungen eine **wesentliche Konsequenz der geplanten Neuregelung** gar nicht angesprochen wird: Derzeit ist eine diversionelle Erledigung im gerichtlichen Finanzstrafverfahren ausgeschlossen, weil in § 196a FinStrG eine allgemeine Zuständigkeit des Schöffengerichts festgelegt ist. Mit der geplanten Neuregelung wäre dagegen **fast im gesamten gerichtlichen Finanzstrafrecht** (ausgenommen im schwersten Fall eines Abgabebetrgs gem § 39 Abs 3 lit c FinStrG) eine diversionelle Erledigung möglich. Dies **mag man gutheißen, man muss es aber jedenfalls mitbedenken** (und in den Erläuterungen ansprechen).

b) Diversion auch bei Todesfolge?

Wenn eine Erweiterung der diversionsfähigen Delikte ins Auge gefasst wird, sollte auch die im **Schrifttum wiederholt erhobene Forderung** umgesetzt werden, den **Ausschlussgrund der Todesfolge zu streichen** (näher *Grafl/Schmoller*, Gutachten zum 19. ÖJT 2015, 155 f). So sollte es zB für die Diversionsfähigkeit eines **aus leichter Fahrlässigkeit verursachten Verkehrsunfalls** keinen zentralen Unterschied machen, ob das Unfallopfer jahrelang im Wachkoma liegt oder aber verstorben ist (in beiden Fällen wäre eine Diversionsmöglichkeit sinnvoll). Ferner ergeben sich in der Praxis immer wieder dann unbefriedigende Situationen, wenn ein Unfallopfer nach bereits durchgeführter diversioneller Erledigung verstirbt.

Eine Streichung der Todesfolge hätte ferner den Vorteil, dass auch in **dramatischen Fällen einer Tötung auf Verlangen oder einer Mitwirkung am Selbstmord** eine diversionelle Erledigung nicht ausgeschlossen wäre. Derzeit verhindert zwar in diesen Fällen auch die schöffengerichtliche Zuständigkeit eine diversionelle Erledigung, dieses Hindernis wäre aber durch das Abstellen auf die 5-jährige Freiheitsstrafdrohung im Entwurf bereits beseitigt. Die in letzter Zeit **intensiv geführte Diskussion über die Strafbarkeit einer Sterbehilfe** in Extremfällen wäre durch die Möglichkeit einer diversionellen Erledigung jedenfalls **entschärft**.

c) Keine Diversion bei häuslicher Gewalt?

Neben der Tendenz zur Ausdehnung der Diversionsmöglichkeiten sieht der Entwurf allerdings – völlig überraschend und in den Erläuterungen überhaupt nicht erwähnt – auch eine drastische Einschränkung der Möglichkeit diversioneller Erledigung vor. Grundlage dafür ist, dass im Bereich der Strafzumessung der Erschwerungsgrund nach § 33 Abs 2 StGB ausgedehnt und zusätzlich ein neuer Erschwerungsgrund in § 33 Abs 3 StGB eingeführt werden soll, der insbesondere dann eingreift, wenn eine Straftat gegen Leib oder Leben, die Freiheit, die Privatsphäre oder die sexuelle Integrität an einem mit dem Täter zusammenlebenden Angehörigen begangen wird. In Anknüpfung an diese neu formulierten Erschwerungsgründe nach § 33 Abs 2 und 3 StGB sieht der Entwurf nun apodiktisch vor, dass bei deren Eingreifen eine diversionelle Erledigung stets von vornherein ausgeschlossen sein soll. Die – weitreichende und überraschende – Konsequenz ist insbesondere, dass danach **alle Straftaten gegen die körperliche Integrität, die Freiheit, die Privatsphäre und die sexuelle Integrität gegenüber Angehörigen im häuslichen Bereich aus dem**

Anwendungsbereich der Diversion herausfielen. Dass eine so wesentliche Änderung in den Erläuterungen nicht einmal erwähnt wird, befremdet.

Die **vorgesehene Einschränkung der Diversion erscheint verfehlt**: Die Diversionsform des außergerichtlichen Tatausgleichs wird nach geltendem Recht gerade auch in Fällen (erstmaliger) häuslicher Gewalt eingesetzt. Nach Auskunft des durchführenden Vereins „Neustart“ betrifft etwa ein Drittel jener Fälle, in denen ein außergerichtlicher Tatausgleich durchgeführt wird, häusliche Gewalt. Gerade für diese Fälle wird eine häufig erfolgreiche Erledigung durch außergerichtlichen Tatausgleich berichtet (teilweise in Kooperation mit den Gewaltschutzzentren). Es leuchtet auch ein, dass **gerade im mitunter emotionsgeladenen häuslichen Nahebereich Eskalationen am besten durch Mediation befriedet** werden können. Im Wiederholungsfall scheidet eine Diversion ohnehin regelmäßig aus.

Unabhängig davon, ob man die neu eingeführten Erschwerungsgründe gutheißt (gerade entsprechende Taten im häuslichen Nahebereich sind oft Affekttaten, dieser Umstand mindert eigentlich die Schuld), erscheint es jedenfalls **verfehlt, gerade in solchen, dem außergerichtlichen Tatausgleich besonders zugänglichen Fällen, eine diversionelle Erledigung a priori auszuschließen**. In diesem Punkt sollte der Entwurf deshalb keinesfalls umgesetzt werden.

13. Einbeziehung der Ergebnisse des bevorstehenden ÖJT

Der oben bereits erwähnte unmittelbar bevorstehende 19. Österreichische Juristentag 2015 befasst sich im strafrechtlichen Bereich ebenfalls mit wichtigen Fragen einer Reform des StGB. Das diesbezügliche Gutachten (*Grafl/Schmoller*) liegt bereits vor und stellt ebenfalls eine Reihe von Vorschlägen zur Diskussion, die sich teilweise mit den Vorschlägen des Entwurfs decken, in weiteren Fällen aber auch über diesen hinausgehen. Zeitlich wurden das Gutachten für den Juristentag und der vorliegende Entwurf parallel erarbeitet und insoweit unabhängig voneinander verfasst. Deshalb konnte im Gutachten noch nicht auf den vorliegenden Entwurf eingegangen werden, wie umgekehrt sich der Entwurf noch nicht an den Ergebnissen des ÖJT orientieren konnte.

Es ist zu erwarten, dass auch die strafrechtlichen Referate und Diskussionen am 19. ÖJT zusätzliche Aspekte ergeben werden. Deshalb wäre **sehr wünschenswert, dass auch die Ergebnisse des 19. ÖJT, soweit sie zusätzlichen Reformbedarf deutlich machen, in das Gesamtpaket eines „StRÄG 2015“ einbezogen** werden.

K. Schmoller

.....
Univ.-Prof. Dr. Kurt Schmoller