



Rechtswissenschaftliche Fakultät
o. Univ.-Prof. Dr. Frank Höpfel
Institut für Strafrecht und Kriminologie
Schenkenstr. 4, 2. Stock
A-1010 Wien
Tel.: 0043/1/4277-34651
e-mail: frank.hoepfel@univie.ac.at

Wien, am 24.04.2015

An das
Bundesministerium für Justiz

und das
Parlament

in Wien

per E-Mail an:
begutachtungsverfahren@parlament.gv.at ;
team.s@bmj.gv.at

**Stellungnahme zum MinEntw eines Strafrechtsänderungsgesetzes 2015,
BMJ-S318.034/0007-IV/2015**

Zu dem zur Begutachtung ausgesendeten oa MinEntw sei im Folgenden Stellung genommen, wie folgt. Im Hinblick auf die knappe Frist kann dies nur punktuell und in knapper Form erfolgen. Vorweg sei gesagt, dass es sich bei dem gegenständlichen Gesetzesvorhaben aus Sicht des Unterfertigten um eine überwiegend gelungene Weiterentwicklung des StGB handelt, die den gesellschaftlichen Veränderungen im Wesentlichen Rechnung trägt. Über die besonders bedeutsam erscheinenden Änderungsvorschläge zum StGB hinaus wird hier nur auf die betroffenen Teile des SMG und der StPO Bezug genommen. Herausgegriffen seien folgende Punkte:

I. Zu den vorgeschlagenen Änderungen des Allgemeinen Teils des StGB

1. Zur Einfügung einer Definition der „grogen Fahrlässigkeit“ in § 6 StGB

Grundsätzlich ist der Mehrwert einer Begriffsbestimmung dieser zwischen einfacher Fahrlässigkeit und Vorsatz gelegenen Kategorie des subjektiven Tatbestandes (die am ehesten mit dem Begriff der „recklessness“ im anglo-amerikanischen Strafrecht vergleichbar ist) zu bezweifeln. Der Entw verwendet sie über die bisherigen Fälle im StGB hinaus (wo der Begriff ausschließlich in Bezug auf eine Lebensgefährdung vorkommt in § 104a Abs 4, § 106 Abs 3, § 207a, § 215a sowie mehrfach in Bezug auf die Umwelt – siehe die Aufzählung in den Erl S 5 –; daneben gibt es das einzelne Vermögensdelikt des § 159, für welches aber bereits die Liste der kridaträchtigen Handlungen nach Abs 5 weiterhilft). Die Anhäufung der nun für eine allgemeine Definition ausgewählten Kriterien (die Sorgfaltswidrigkeit muss gleichzeitig „ungewöhnlich“ und „auffallend“ sein, die Folge „als geradezu wahrscheinlich vorhersehbar“) erscheint einerseits übertrieben; andererseits hängt der Grad der Fahrlässigkeit auch normativ keineswegs immer von der Wahrscheinlichkeit des Erfolgeintritts ab, sondern ist von der Werthöhe des betroffenen Rechtsguts beeinflusst (so fällt das Risiko einer

Gefährdung des Lebens eines Menschen viel rascher ins Gewicht als das einer unbeträchtlichen Körperverletzung). Insofern werden sich von selbst jeweils tatbestandsspezifische Fahrlässigkeitsbegriffe entwickeln.

Zwar spricht die Tatsache, dass § 6 eine allgemeine Definition der Fahrlässigkeit enthält, für den vorgeschlagenen Schritt; andererseits ist die Schwierigkeit der Festlegung abstrakter Kriterien aber eher ein Grund von der geplanten Ergänzung abzusehen. Allein schon innerhalb der Delikte gegen Leib und Leben ergeben sich wesentliche Unterschiede zwischen einer fahrlässigen Tötung und einer ebensolchen schweren/leichten Verletzung bzw Gefährdung. Das übersieht der Entwurf.

2. Zur Erweiterung des § 33 (Besondere Erschwerungsgründe)

Ohne Einschränkung zu begrüßen sind die vorgeschlagenen Erweiterungen der besonderen *Erschwerungsgründe* (siehe aber unten III.b).

3. Ersatz des Begriffs der „gewerbsmäßigen“ durch den der „berufsmäßigen Begehung“ (§ 70)

Die häufige Kritik an der praktischen Anwendung der gegenwärtigen Kategorie der „Gewerbsmäßigkeit“ nach § 70 StGB (ich verweise zB auf die von mir selbst mitgetragenen Äußerungen der Kriminalpolitischen Initiative; vgl *Grafl* ua, Kriminalpolitische Initiative: Mehr Sicherheit durch weniger Haft! Vorschläge 1 – 6, Journal für Rechtspolitik 2004, 61 ff) wird vom Entwurf erfreulicherweise anerkannt. Es steht heute außer Streit, dass die Anwendung dieser Figur sich in einer eher ungezügelter Weise entwickelt und zu einer unnötigen Vielstraferei geführt hat. Ich bezweifle aber die Zweckmäßigkeit des nunmehr eingeschlagenen Weges. Zwar ist es berechtigt, zu verlangen, dass die Absicht des Täters auf die Beschaffung eines „nicht bloß geringfügigen fortlaufenden Einkommens“ gerichtet ist; doch geht die Ansicht, der gegenwärtige Begriff widerspreche dem Grundsatz des Tatstrafrechts (treffender wäre von einem „Tat-Täter-Strafrecht“ zu sprechen), daran vorbei, dass Kristallisationspunkt gerade die Tat und nicht die kriminelle Gesinnung ist. Die (auch von uns) vorgeschlagene Konstruktion als Sammeldelikt (zwei vorangegangene Taten innerhalb der letzten zwölf Monate; die KI hatte sogar fünf Taten vorgeschlagen) ist nur wenig praktikabel, denkt man an Täter, die sich vor der Tat im Ausland oder aber in Haft aufgehalten haben, und birgt die Gefahr einer Verletzung des § 32 Abs 2 (Doppelverwertungsverbot) in sich. Stattdessen sollte – dieser Ansatz entspräche dem Bestreben einer Begrenzung bei den vorbeugenden Maßnahmen – die *Anlasstat* stärker betont werden, indem man ein bestimmtes objektives Gewicht derselben verlangt.

Die vorgeschlagene Neufassung des § 70 eignet sich auch nicht sehr für die Definition jener Straftatbestände, in denen die Gewerbsmäßigkeit statt einer strafverschärfenden eine strafbegründende Bedeutung hat (zB Organisierte Schwarzarbeit, § 153e; Glücksspiel, § 168 Abs 2).

4. Zum vorgeschlagenen Begriff der „kritischen Infrastruktur“ (§ 74 Abs 1 Z 11)

Die Einführung dieses Begriffs entspricht – unabhängig von den zu beachtenden europarechtlichen Vorgaben – dem berechtigten Anliegen der Reform, geänderten gesellschaftlichen Erscheinungen Rechnung zu tragen. Seine Rolle an wichtigen Stellen des Besonderen Teils (insb §§ 118a, 126 ff; eher zu bezweifeln ist die Rechtfertigung einer entsprechenden Einfügung in die Liste der Qualifikationen als Schwerer Diebstahl als § 128 Abs 1 Z 4 neu) rechtfertigt das Voranstellen einer allgemeinen Definition, die auch als solche nicht zu beanstanden ist. Ein bloß sprachlicher Einwand beträfe die im Besonderen Teil begegnende Wendung „ein wesentlicher Bestandteil *der* kritischen Infrastruktur“ (besser wohl: ... *einer* ...).

II. Zu den vorgeschlagenen Änderungen des Besonderen Teils des StGB

1. Zur Neugestaltung der Körperverletzungsdelikte

Ob von der bisherigen Systematik der §§ 83 ff (insb des § 83 selbst) tatsächlich abgegangen werden sollte, ist zu bezweifeln. Vor allem die Gleichwertigkeit der vorsätzlichen Körperverletzung mit der

Vorsatz-Fahrlässigkeits-Kombination nach § 83 Abs 2 samt den tatbestandlich auf dieser Gleichwertigkeit (alternative, nicht kumulative Mischdelikte) aufbauenden Erfolgsqualifikationen der §§ 84 Abs 1, 85 und 86 hat sich in der Praxis bewährt und könnte durchaus beibehalten werden. Die zweifache Behandlung der schweren Körperverletzung in den vorgeschlagenen §§ 83 Abs 3 und 84 Abs 1 erscheint unnötig kompliziert. Dem möglichen Bedarf nach einem strafbaren Versuch der schweren Körperverletzung ist schon gegenwärtig durch § 87 Genüge getan.

Die Weiterentwicklung des § 88 Abs 2 ist zu begrüßen. Allerdings böte die Novellierung eine Gelegenheit, ähnlich der Regelung des § 60 dStGB im Fall der fahrlässigen Tötung eines nahen Angehörigen den einfachen Schuldspruch ohne Strafe zu ermöglichen, zumal § 7 JGG gegenüber einem Jugendlichen es sogar erlaubt, diversionell vorzugehen.

2. Ausdehnung der §§ 118a, 126a und 126b StGB

Auf die Bemerkung zum neuen Begriff der „kritischen Infrastrukturen“ oben I.4. wird verwiesen.

3. Vorschlag eines neuen Tatbestandes „Fortgesetzte Belästigung im Wege einer Telekommunikation oder eines Computersystems“ (§ 120a StGB)

Bei grundsätzlicher Berechtigung der Bestimmung ist Kritik anzubringen an der Ausgestaltung des Typus mittels der Modalität „... eine längere Zeit hindurch fortgesetzt ...“: Lt Erl soll dieses Tatbestandsmerkmal, da es sich um ein Dauerdelikt handle, bereits durch eine einzige Tathandlung verwirklicht werden können. Das Merkmal sei aber dann nicht erfüllt, wenn der Täter keine Möglichkeit zur Löschung hat oder wenn die fragliche Tatsache schon weiterverbreitet worden ist. Dies scheint einen Wertungswiderspruch darzustellen, weil in einem solchen Fall eine umso größere Publizität besteht. Zwar ist der Täter hier tatsächlich nicht in der Lage, den Inhalt zu löschen; zur Vermeidung einer Strafbarkeitslücke sollte aber eine andere Formulierung gewählt werden. Wenn jemand zB, wie in den Erl angeführt, ein Nacktfoto postet und dieses dann nicht entfernt, kann man eigentlich nicht von einem „fortgesetzten Belästigen“ sprechen; der Fall wäre daher trotz seiner Strafwürdigkeit vom vorgeschlagenen Wortlaut nicht erfasst. Man sollte vielleicht weniger auf die Dauer der Ehrverletzung bzw Bloßstellung als auf ihre Reichweite abstellen (zB durch das an § 111 Abs 2 angelehnte Kriterium, dass ein größerer Personenkreis davon Kenntnis erlangen kann).

4. Zur vorgeschlagenen Differenzierung innerhalb des Einbruchsdiebstahls

Eine Reihe amerikanischer Bundesstaaten kennt diese Differenzierung seit Langem. So unterscheiden Florida, Kalifornien oder Texas in der Strafdrohung zwischen „residential burglary“ und „business burglary“ (vgl etwa California Penal Code section 458-464; <http://www.leginfo.ca.gov/cgi-bin/displaycode?section=pen&group=00001-01000&file=458-464>, wo Sections 460, 461 burglary in the first degree (“Every burglary of an inhabited dwelling house . . .”) und burglary in the second degree (all other kinds) getrennt behandeln, was verschiedene Strafsätze nach sich zieht.

Die vorgeschlagene Abstufung ist sinnvoll. Sie setzt aber wohl voraus, dass nicht eine Form als Verbrechen, die andere als Vergehen (§ 17) gelten. Eine gleichzeitige Überarbeitung auch dieser Bestimmung anzuregen (die an sich im Sinne des ursprünglichen Ansatzes der RV 1971 zum StGB – Schwellenwert fünf Jahre – längst angezeigt wäre) hat daher momentan keinen Sinn.

5. Zum Glücksspielstrafrecht

Die Anpassung auch des § 168 Abs 2 an den neuen Begriff der Berufsmäßigkeit (dazu oben I.3.) gibt mir Gelegenheit zu einer *grundsätzlichen* Bemerkung bezüglich des § 168. In ersten Mitteilungen des BMJ zum Vorhaben des StGB 2015 war die Rede davon gewesen, dass die Streichung des § 168 erwogen werde. Ich hatte diese Absicht als durchaus besorgniserregend empfunden. Daher will ich nun, da der Plan aufgegeben scheint, ausdrücklich betonen, dass die *Gefahren des Glücksspiels* trotz der

jahrzehntelangen Imagepflege durch die Freizeitindustrie (Casinos, Lotterien etc) keinesfalls unterschätzt werden dürfen.

6. Zu §§ 210 ff, insb *Vergewaltigung*:

Die vorgeschlagene Staffelung § 201/§ 202/§ 205a wirkt gekünstelt. Der vorgeschlagene § 205a klingt wie eine amerikanische Campusregel, wo es weder auf den Tatbildvorsatz noch auf eine Beweislast ankommt, und nicht wie ein traditioneller europäischer Deliktstypus. Er durchbricht auch die Konzeption des 10. Abschnitts in Übereinstimmung mit der Formulierung der Überschrift, wie sie 2001 nach ausführlichen Diskussionen in einer interdisziplinär zusammengesetzten Arbeitsgruppe entwickelt wurde: „*Strafbare Handlungen gegen die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung*“ (bis dahin: „... gegen die Sittlichkeit“). Die Vergewaltigung und die daran angeschlossene Geschlechtliche Nötigung (§ 202) betreffen an sich beides, uzw primär die Selbstbestimmung, während §§ 205 bis 207 die Integrität selbst ansprechen. Es ist daher unsystematisch, wenn nun nach 201 und 202 in der heutigen Form die Verletzung der Integrität nach § 205 steht, die dann gefolgt wäre von dem Selbstbestimmungsdelikt des § 205a und dann wieder den zwei Integritätstatbeständen der §§ 206 und 207. Die teilweise heftige Diskussion über den Vorschlag eines solchen § 205a hat gezeigt, worum es eigentlich geht, nämlich um eine *Neukonstruktion der Vergewaltigung*. Für eine solche dürfte im Grunde die Zeit reif sein; ihre Umsetzung sollte aber in rechtsstaatlich einwandfreier Weise geschehen. Das bloße Fehlen des Einverständnisses (so der vorgeschlagene § 205a) würde wohl in übergroßem Ausmaß *Beweisprobleme* nicht nur zu diesem negativen Merkmal selbst, sondern auch zum diesbezüglichen Tatbildvorsatz beschieren. Warum definiert man nicht die Vergewaltigung – also § 201 selbst! – im Grundfall schlicht mit den Worten: „Wer mit einer Person den Beischlaf oder eine dem Beischlaf gleichzusetzende Handlung *trotz Verneinung der Bereitschaft* vollzieht“? Den Fall der Nötigung (heute Abs 1) und die Erfolgsqualifikationen des Abs 2 könnte man dann als erschwerte Fälle folgen lassen. Ein solcher Ansatz würde klarstellen, dass jene, die ein Fehlen des Einverständnisses nicht bloß als notwendige, sondern auch als hinreichende Bedingung einer Vergewaltigung empfinden, den Kern der Sache treffen – nämlich die Missachtung der sexuellen Selbstbestimmung –, gleichzeitig aber auch, dass man sich als potentieller Sexualpartner im Sinne einer gelebten Autonomie rechtzeitig aktiv artikulieren sollte.

7. Zur Problematik des § 218 („*Grapschen*“):

Ferner darf zu dem Vorschlag einer Erweiterung des § 218 und der darüber vehement geführten öffentlichen Diskussion Stellung genommen werden:

Die Belästigung durch unerwünschte Berührungen im Bereich der Sexualsphäre (etwa am Gesäß), also erotisch nicht ganz unbedeutender Körperregionen, bedeutet zweifellos ein intolerables Eindringen in die Privatsphäre und verdient eine *Einreihung in die Sexualdelikte*. Damit geht diese Rechtsgutsverletzung über die Ehrenbeleidigung (§ 115), aber auch über die Freiheitsdelikte, insb die Nötigung (§ 105) und das Stalking (§ 107a), hinaus. Ihre Typisierung als Straftat kommt daher ohne deren besondere Kennzeichen, wie die Publizität (§ 115), die Gewalt oder gefährliche Drohung (§ 105) oder das hartnäckige Verharren (§ 107a), aus. Sonst wäre als Alternative zu dem vorgeschlagenen § 218 nF auch zu erwägen, die sexuelle *Beleidigung* herauszuheben aus § 115, indem man sie wie die Beleidigung einer Person wegen ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe nach dem Muster des § 117 Abs 3 zum Offizialdelikt macht.

Ein grundsätzliches Problem bleibt jedoch: das der *Unbestimmtheit*, mit der der vorgeschlagene Wortlaut am Rand des verfassungsrechtlich Zulässigen liegen dürfte. Wirklich begrenzend spielt nur der (sich allerdings in einem Wandel befindliche und überdies Unsicherheiten im Rahmen multikulturell geprägter Situationen ausgesetzte) Begriff der *Sozialadäquanz* herein, denkt man etwa an Begrüßungsküsse oder zärtliche Elemente beim Tanzen. Die allgemeine Bewusstseinsbildung ist vielleicht noch nicht so weit fortgeschritten, dass über die seit Jahren gehandhabten arbeitsrechtlichen Regeln der Gleichbehandlungsgesetze hinaus bereits mit dem Kriminalstrafrecht operiert werden sollte. (Dem Strafrecht als Instrument der Bewusstseinsbildung kommt viel eher dort Bedeutung zu,

wo es um *Einschränkungen* der Strafbarkeit geht.) Dass das erklärte Ziel des Entwurfs, die Präzision der Gesetzessprache zu steigern, im angesprochenen Zusammenhang nicht recht gelingen will, liegt in der Natur der Sache begründet. Es wird wichtige Aufgabe der Rechtsprechung sein, zu einer Konkretisierung beizutragen. Dennoch bleibt der Entwurf noch auf dem Boden des Legalitätsprinzips (Art 18 B-VG), ohne dass das Strafrecht in ein „case law“ abgeleitet.

Anmerkung: Diese Ausrichtung wird auch bei der geplanten Überarbeitung des § 153 (Untreue), die aber noch nicht Eingang in den Entw gefunden hat, zu bedenken sein (der dazu mittlerweile vorliegende IA erreicht offenkundig noch nicht das Ziel hinreichender Determinierung).

8. Landfriedensbruch (§ 274):

Das Ziel, den Deliktstypus einzuschränken, ist berechtigt. Problematisch erscheint allerdings der Begriff der „Versammlung“, da er sonst für ein geschütztes Rechtsgut (§§ 284 f) und ein wichtiges Grundrecht (Versammlungsfreiheit) steht. Innerhalb des StGB würde es dann verschiedene Versammlungsbegriffe geben. Man sollte besser beim Wort „*Zusammenrottung*“ bleiben.

III. Zum SMG und der StPO

- a) Zu Art 2 (Änderung des SMG): Auch wenn eine Strafverfolgungsbehörde vom Anfangsverdacht Kenntnis erlangt, soll dieser laut Entwurf erst nach einer Anzeige durch die Gesundheitsbehörde verfolgt werden. So droht aber eine Vermengung verschiedener Verfahrensformen und damit eine Verwischung von Verfahrensrollen. Es würde eine Umgehung der *Beschuldigtenrechte* bedeuten, wenn eine spätere Strafverfolgung nach Anzeige der Bezirksverwaltungsbehörde möglich wird. Auch die *Beweisverwertung* für ein Strafverfahren müsste eindeutig ausgeschlossen werden, wie auch sonst bei der Diversion.
- b) Zu Art 3 (Änderung der StPO): Nach der Einleitung zum Entwurf scheint für die Thematik der *Diversion* selbst das Ziel in einer Erweiterung, also Erleichterung jener alternativen Formen des Umgangs mit leichter bis mittelschwerer Kriminalität zu bestehen, die das österreichische Strafrecht *weltweit beispielgebend* gemacht haben. Dass nun der erweiterte § 33 (Erschwerungsgründe, siehe oben I.2.) pauschal zu einem völlig neuen Ausschlussgrund für die Diversion führen soll (insb bei Gewalt im sozialen Nahraum), steht damit aber im Widerspruch und ist sachlich *nicht* zu rechtfertigen.

Die Frage ist seit der Verankerung der Diversion im Erwachsenenstrafrecht umstritten. Besonders in den Anfangsjahren des inzwischen sehr bewährten Modells ist es leicht zu undifferenzierten Standpunkten gekommen. Aus theoretischen wie aus praktischen Gründen muss man sich in diesem sensiblen Bereich *vor pauschalen Regeln hüten*. Vielmehr ist hier die *grundsätzliche Berechtigung diversionseller Reaktionen*, insb in Gestalt des außergerichtlichen Tauschgleichs, nicht in Frage zu stellen (vgl Höpfel/Kert, Gewalt in der Familie und Diversionslösungen, in: Miklau/Schroll (Hrsg), Diversion – Ein anderer Umgang mit Straftaten. Analysen zur Strafprozeßnovelle 1999, Verlag Österreich, Wien 1999, 127–142; Kienapfel/Höpfel/Kert, Strafrecht Allgemeiner Teil, 14. Aufl, 2012, 308 ff, insb 316 ff). Die nach dem verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz erforderliche sachliche Rechtfertigung der Ausnahme ist zu bezweifeln. Von der diesbezüglichen Änderung der StPO sollte daher Abstand genommen werden.



o.Univ.-Prof. Dr. Frank Höpfel