

Ao. Univ.-Prof. Dr. Alexander Tipold  
Institut für Strafrecht und Kriminologie  
Universität Wien  
Schenkenstraße 4  
1010 Wien



An das  
Bundesministerium für VRDJ  
Museumstraße 7  
1070 Wien

Begutachtungsverfahren zum Strafrechtsänderungsgesetz 2018  
BMVRDJ-S318.041/0002-IV 1/2018

Wien, am 25. Mai 2018

Anbei erlaube ich mir, eine punktuelle Stellungnahme zum Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetz 2018 abzugeben.

### **Anmerkungen zu § 95 StGB**

#### *Grundsätzliches:*

1. Nahezu gleichzeitig mit dem vorliegenden Entwurf wurde vom BMI eine letztlich auf dieselbe Problematik zielende Änderung des SPG veröffentlicht. Dort soll ein neuer § 81 Abs 1a SPG lauten: *„Wer durch sein Verhalten oder seine Anwesenheit am Ort einer ersten allgemeinen oder sonstigen Hilfeleistung oder in dessen unmittelbarer Umgebung trotz Abmahnung die öffentliche Ordnung stört, indem er die Erfüllung der ersten allgemeinen Hilfeleistungspflicht oder eine sonstige Hilfeleistung im Zusammenhang mit einem Unglücksfall behindert oder die Privatsphäre jener Menschen unzumutbar beeinträchtigt, die von dem Vorfall betroffen sind, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist mit Geldstrafe bis zu 500 Euro zu bestrafen. Anstelle einer Geldstrafe kann bei Vorliegen erschwerender Umstände eine Freiheitsstrafe bis zu einer Woche, im Wiederholungsfall bis zu zwei Wochen verhängt werden.“*
2. Betrachtet man die beiden Vorschläge, dann ist die strafrechtliche Haftung einerseits wesentlich weitergehend, weil von weniger Voraussetzungen abhängig und andererseits strenger bestraft. Mag eine strengere Strafe als im Verwaltungsstrafrecht durchaus sinnvoll und systemkonform sein, so wäre es geboten, dass der gerichtliche Straftatbestand wesentlich enger ist als der verwaltungsrechtliche. Insgesamt zeugt die Parallelität der Entwürfe von Abstimmungsproblemen und von mangelnder Kommunikation.
3. Verwaltungsstrafrechtlich ist der Täter erst nach einer Abmahnung strafbar, für das gerichtliche Strafrecht ist dies nicht erforderlich. Die Abmahnung sorgt für die Bildung des Vorsatzes beim Täter, sodass auch verwaltungsrechtlich nur Vorsatz zur Strafbarkeit führt. Mit

dem Schutz der Privatsphäre geht der Verwaltungsstraftatbestand über § 95 StGB neu hinaus.

4. Dasselbe Unrecht wird vom BMI für den Regelfall mit € 500 bewertet, vom BMVRDJ mit bis zu sechs Monaten Freiheitsstrafe. Das Ungleichgewicht der Unrechtsbewertung ist evident. Man muss zugeben, dass die Bewertung des BMI zweifellos treffender ist als jene des BMVRDJ. Die Möglichkeit, statt der Geldstrafe eine Freiheitsstrafe zu verhängen, ist aber zweifellos im SPG zu unbestimmt („bei Vorliegen erschwerender Umstände“) und daher verfassungsrechtlich bedenklich, mag diese Wortwahl auch den §§ 81 Abs 1 und § 82 SPG entsprechen. Das ändert aber nichts an der Bedenklichkeit. Darüber hinaus erscheint diese Möglichkeit – hier wie auch bei den anderen Bestimmungen des SPG – als unverhältnismäßig an sich und im Verhältnis zur angedrohten Geldstrafe. Das ändert aber nichts daran, dass die Strafdrohung des BMVRDJ-Vorschlages überzogen ist.
5. ME sollte mit der Änderung im SPG sein Auslangen gefunden werden. Erst wenn sich dieser Weg als zu wenig erfolgreich erweist, sollte an das gerichtliche Strafrecht gedacht werden.
6. Wenn man dem nicht folgen sollte, dann sollte das Verhältnis zu § 81 Abs 1a SPG in den Materialien angesprochen und sodann – letztlich – durch gesetzgeberischen Akt geklärt werden. Angesichts der Ähnlichkeit ist wohl ein ne bis in idem Problem offensichtlich.

#### *Einzelheiten des Vorschlages:*

7. Mit dem Vorschlag wird § 95 StGB ein dogmatischer Zwitter. Abs 1 Z 1 ist ein echtes Unterlassungsdelikt. Abs 1 Z 2 ist von seiner Natur nicht ganz klar einzuordnen. Man könnte darin ein Erfolgsdelikt sehen, denn Behindern ist letztlich ein Erfolg und nicht eine bestimmte Handlungsbeschreibung. Strafbar ist, wer ein Verhalten setzt, das zu einer Behinderung führt. Die Behinderung ist eine Veränderung in der Außenwelt (so BeckOK StGB/von Heintschel-Heinegg StGB § 323c Rn. 26). Fraglich ist dann, ob dies auch durch Unterlassen geschehen kann und ob – naheliegender Weise – hierfür auf eine Garantienstellung verzichtet wird. Man könnte allerdings das „Behindern“ auch als Handlungsmodalität auffassen, das ein Unterlassen (vergleichbar mit dem „Missbrauchen“ in § 302 StGB) mitenthält. Diesfalls ist Abs 1 Z 2 ein schlichtes Tätigkeitsdelikt. Dies sollte vor Gesetzwerdung genauer bedacht werden.
8. Darüber hinaus passt die neue Ziffer nicht zur Überschrift der Bestimmung und Abs 2 kann sich nur auf Abs 1 Z 1 beziehen. Angesichts dessen erscheint die Integration des neu erkannten Unrechts in § 95 Abs 1 als wenig passend. Insofern ist das deutsche Vorbild besser gelungen, als die Überschrift angepasst wurde und eine Aufteilung auf zwei Absätze erfolgte.
9. Die Erläuterungen gehen – wortident mit den deutschen Materialien (BT-Drs. 18/12153) – davon aus, dass das Behindern eine spürbare, nicht unerhebliche Störung der Rettungstätigkeit voraussetzt. Diese Erheblichkeitsschwelle ist aus dem Gesetzestext nicht herauslesbar, sondern kann nur auf interpretativen Weg erlangt werden. Es fragt sich, ob diese Schwelle nicht im Gesetzestext verankert werden sollte.

10. Die Beispiele in den Erläuterungen zeigen die Weite des Tatbestandes, wenn auch die Beeinträchtigung der Tätigkeit von Ärzten und Krankenhauspersonal in der Notaufnahme erfasst ist. Das könnten auch die besorgten Eltern des Opfers erfüllen – Soll das wirklich strafbar sein? Der Begriff des Behinderens ist somit offenkundig sehr, sogar zu weit.
11. Nach den Materialien – dem deutschen Vorbild entsprechend und deren Materialien kopierend – soll eine Strafbarkeit bestehen, wenn das Opfer selbst schon tot ist. In Wirklichkeit wäre diesfalls Versuch zu prüfen, denn der Dritte ist im Todesfall kein solcher mehr. Auch wird auf diese Weise das Unrecht der Tat auf etwas Formales reduziert, was im Verwaltungsstrafrecht unbedenklich, im gerichtlichen Strafrecht aber zu vermeiden ist.
12. Hingewiesen sei darauf, dass die Konkurrenzfrage eher nicht im Sinn der Materialien zu lösen ist, da diese zu einer seit der E des OGH 14 Os 172/11t unzulässigen doppelten Erfolgszurechnung führen, die jedenfalls zu vermeiden ist. Es gibt auch sonst keinen Grund, das Behindern, das zugleich für eine Haftung nach den §§ 80 und 81 StGB die objektive Sorgfaltswidrigkeit begründet, doppelt zuzurechnen. So gesehen sollte die Konkurrenzfrage neu überdacht und anders gelöst werden. Die §§ 80 und 81 sollten vorgehen. Dies könnte durch eine Subsidiaritätsklausel abgesichert werden.

#### *Abänderungsvorschlag:*

13. Der neue Tatbestand sollte – sofern er wirklich nötig ist – getrennt von § 95 StGB geschaffen werden. Denkbar wäre ein § 95a StGB. Dieser könnte lauten:  
*„Behinderung der Hilfeleistung*
  - (1) *Wer bei einem Unglücksfall oder einer Gemeingefahr (§ 176) trotz Abmahnung eine Person daran hindert, einem Dritten die erforderliche Hilfe zu leisten, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.*
  - (2) *Hat die Behinderung der Hilfeleistung den Tod oder eine schwere Körperverletzung des Menschen zur Folge, dem geholfen werden soll, ist Abs 1 gegenüber dem dadurch erfüllten Tötungs- oder Verletzungsdelikt subsidiär.*
14. Mit der Abmahnung und der Erforderlichkeit der Hilfeleistung sollte die Strafbarkeitsschwelle auf das nötige Maß gehoben werden. Die Subsidiaritätsklausel sorgt dafür, dass dasselbe Handlungsunrecht nicht doppelt zugerechnet wird.

#### **Anmerkungen zu § 278g StGB**

15. Mit dieser Bestimmung wird nun tatsächlich Gedankenstrafrecht geschaffen. Die Tathandlung besteht im Ein- oder Ausreisen, also in völlig sozialadäquaten Handlungen, die täglich millionenfach gesetzt werden. Wenn man glaubt, auf Grund internationaler Vorgaben einen solchen Tatbestand schaffen zu müssen, dann sollte in den Erläuterungen klar eingestanden werden, dass man den Bereich des Gedankenstrafrechts erreicht hat. Denn das, was nach außen in Erscheinung tritt und somit Anhaltspunkt für ein Strafverfahren ist, ist das sozial adäquate Verhalten des Reisens. Somit könnte man letztlich jeden Reisenden fragen, ob er die Absicht hat, eine strafbare Handlung nach den §§ 278b, 278c, 278e oder 278f StGB zu

begehen. Das erinnert an Einreiseformulare in die USA. Wie soll ein solcher Tatbestand vollzogen werden?

16. Fraglich ist, wie diese Bestimmung in das Gesamtkonzept des StGB passt. Es wird derjenige bestraft werden, der in der Absicht reist, einen Mord zu begehen, auf den die Voraussetzungen des § 278c StGB passen, nicht aber derjenige, der einen Mord begehen möchte, auf den diese Voraussetzungen nicht passen. Die Strafdrohung für den Mord ist in beiden Fällen dieselbe. Natürlich könnten die Eignungskriterien des § 278c StGB diese Differenzierung rechtfertigen, geht es aber nur mehr um eine einfache, wenn auch terroristische Körperverletzung im Vergleich zum nicht terroristischen Mord, fällt die sachliche Erklärung schon wesentlich schwerer. Letztlich sind es internationale Vorgaben, die einen Verzicht auf die Abwägung von Unrecht wohl erlauben. Aber muss man da nicht ehrlich sagen, dass hier etwas pönalisiert ist, was eigentlich kein Unrecht ist?
17. Es handelt sich bei der Reise um eine Vorbereitungshandlung. Typischerweise gibt es bei Vorbereitungsdelikten Möglichkeiten, aus der Strafbarkeit wieder herauszugelangen, um dem Täter nicht nur die Rückkehr in die Legalität zu ermöglichen, sondern ihm auch einen Anreiz zu geben, nicht strafbar weiterzuhandeln. So eine Möglichkeit ist für diesen Tatbestand nicht ersichtlich; angesichts der Höhe der Strafdrohung könnte dies für den Täter motivierend wirken, die beabsichtigten terroristischen Taten auch tatsächlich zu begehen. So gesehen könnte sich der Straftatbestand schädlich für den Rechtsgüterschutz auswirken.
18. Darüber hinaus erscheint die Strafdrohung als unangemessen: Immerhin sind eine terroristische leichte Körperverletzung und eine schwere Sachbeschädigung nach § 126 Abs 1 StGB geringer bestraft als die Reisetätigkeit. Letztlich erscheint auch die Ausrichtung nach der Strafdrohung des § 278e Abs 2 StGB als verfehlt, ist doch der Unrechtsgehalt der Reise in böser Absicht wesentlich geringer als der Empfang einer Ausbildung. Darüber hinaus ist die Strafdrohung sachlich nicht zu rechtfertigen, wenn die Absicht auf die Begehung des § 278f StGB gerichtet ist. So gesehen ist die vorgeschlagene Strafdrohung entgegen den Erläuterungen nicht „angemessen“. Entscheidend fehlt jedenfalls eine Begrenzung der Strafdrohung, wie sie gerade § 278e Abs 2 StGB letzter Satz vorsieht. Zumindest eine solche Begrenzung sollte eingeführt werden. Aber auch insgesamt sollte die Strafdrohung herabgesetzt werden. Hinsichtlich der Wirksamkeit von Straftatbeständen und Strafdrohungen bleibt ohnedies nur eine naive Hoffnung über.

### **Anmerkungen zu § 115 StPO**

19. Unterschiedliche Voraussetzungen von Sicherstellung und Beschlagnahme sind entgegen der Ansicht der Erläuterungen kein Fehler, die eine „Angleichung“ erfordern. Vielmehr können die Anforderungen an die Sicherstellung geringer ausfallen, weil diese einen ersten Zugriff bewirken soll und nur ein Provisorium ist. Die anschließende Beschlagnahme kann daher höhere Voraussetzungen erfordern.
20. § 115 Abs 1 Z 3 StPO betrifft gerichtliche Anordnungen, die in der Regel ohne weiteres und daher ohne Sicherung erlassen werden können. Das Verschwinden der Gegenstände steht dem Ausspruch eines Verfalls nicht entgegen – wegen der Möglichkeit des Verfalls-

ersatzes nach § 20 Abs 3 StGB ist es für die Praxis sogar leichter, wenn der Gegenstand nicht sichergestellt ist. Der Konfiskation nach § 19a StGB steht nur der Verlust des Eigentums entgegen, allerdings könnte zumeist auf eine Ersatzsache rechtlich gegriffen werden, weshalb auch der Ausspruch der Konfiskation zulässig bleibt. Dasselbe gilt für die Einziehung nach § 26 StGB. So gesehen dient die Beschlagnahme immer der Sicherung der Vollstreckung der gerichtlichen Anordnung und nie der Sicherung ihrer Erlassung. Der derzeitige Gesetzeswortlaut ist also sachlich richtig und sollte erhalten werden.

21. Auch ist die Beschlagnahme ein sicherndes Zwangsmittel, das nur eingesetzt werden sollte, wenn es zur Sicherung notwendig und verhältnismäßig ist. Alles andere wäre ein unzulässiger Eingriff in das Recht auf Eigentum. Die Botschaft der Gesetzesänderung und der Materialien ist hingegen, dass mehr beschlagnahmt werden soll. Diese Botschaft ist dem Grunde nach angesichts der Rechtsnatur der Beschlagnahme verfehlt. Stellungnahmen internationaler Vereinigungen sind nicht dazu geeignet, Grundgedanken des Strafrechts aufzugeben. Man wird ja schließlich auch nicht die Unschuldsvermutung aufgeben, nur um mehr Verurteilungen wegen bestimmter im internationalen Fokus stehender Delikte zu ermöglichen. Oder?
22. Wenn man den Gesetzestext etwas „abmildern“ möchte, könnte man den Wortlaut wie folgt umformulieren: *„dazu dienen werden, die Vollstreckung einer gerichtlichen Entscheidung auf Konfiskation (§ 19a StGB), auf Verfall (§ 20 StGB), auf erweiterten Verfall (§ 20b StGB), auf Einziehung (§ 26 StGB) oder einer anderen gesetzlich vorgesehenen vermögensrechtlichen Anordnung zu sichern.“*

Mit vorzüglicher Hochachtung

Alexander Tipold