



REPUBLIK ÖSTERREICH
OBERLANDESGERICHT GRAZ

BEGUTACHTUNGSSENAT

1 Jv 3649/19f-02

Der Begutachtungssenat des Oberlandesgerichts Graz erstattet zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch, das Strafgesetzbuch, das Jugendgerichtsgesetz 1988, die Strafprozeßordnung 1975, das Strafregistergesetz 1968, das Tilgungsgesetz 1972, die Exekutionsordnung und das Bundesgesetz, mit dem das Sicherheitspolizeigesetz geändert wird und Verstöße gegen bestimmte einstweilige Verfügungen zum Schutz vor Gewalt und zum Schutz vor Eingriffen in die Privatsphäre zu Verwaltungsübertretungen erklärt werden, geändert werden (Drittes Gewaltschutzgesetz – 3. GeSchG) folgende

Stellungnahme:

Zur Ermittlung der Strafbefugnis im Allgemeinen:

Nach § 39 Abs 1a und § 39a StGB sollen sich nunmehr mehrere Umstände in nicht-fakultativer Weise (vgl 158/ME 26. GP Erläut 6 f [iwF ME-Erläut]) auf die Strafbefugnis auswirken (§ 281 Abs 1 Z 11 erster Fall StPO; RIS-Justiz RS0125243; Ratz, WK-StPO § 281 Rz 666). Ferner soll bei jungen Erwachsenen eine „Gegenausnahme“ (§ 19 Abs 4 JGG) zur Ausnahme von den allgemeinen Strafdrohungen (§ 19 Abs 1 JGG) bei „taxativ aufgezählten Straftaten“ eingeführt werden (ME-Erläut 10). Aufgrund dieser Komplexität der Ermittlung der Strafbefugnis wäre ein merkbarer Anstieg der mit Nichtigkeit aus Z 11 behafteten Strafaussprüche zu erwarten. Für den nicht rechtskundigen Normadressaten wird es nicht einfacher vorherzusehen, welche Konsequenz für sein Verhalten droht.

Die in § 39a Abs 2 Z 3 StGB gewählte Wendung „Einsatz eines außergewöhnlich hohen Ausmaßes an Gewalt“ ist im Verhältnis zu den Folgen, die daran knüpfen sollen – nicht bloß (wie bisher) Erschwerungsgrund (zB RIS-Justiz RS0090977; RS0090945), sondern Anhebung der Mindeststrafe – wenig konturiert. Diesbezüglich wären zumindest (bislang nicht ersichtliche; ME-Erläut 7) Erläuterungen zweckdienlich, was sich der Gesetzgeber darunter vorstellt. Sollte etwa ein Bauchstich mit einem Küchenmesser, ein Schlag mit einer Flasche oder ein Tritt gegen den Kopf einer am Boden liegenden Person jedenfalls darunter zu verstehen sein, wird es regelmäßig zur Anhebung der Untergrenzen bei nach § 84 Abs 4

StGB oder § 87 Abs 1 StGB zu subsumierenden Taten kommen, die erhöhten Untergrenzen bei diesen rechtlichen Kategorien in der Praxis deshalb eher zum Regelfall werden. Ebenso hilfreich wäre ein Hinweis darauf, welche Fälle der Gesetzgeber vor Augen hat, bei denen die Untergrenzenanhebung zum Tragen kommen soll, wenn der Tat eine solche außergewöhnliche Gewaltanwendung vorausgegangen ist, diese also (soweit erschließbar) nicht Tatmittel war.

Auch bei § 39a Abs 2 Z 4 StGB ist noch Erklärungspotenzial erkennbar. Denn nach dem vorliegenden Entwurf könnte die Meinung vertreten werden, dass die „Regeluntergrenze“ von einem Jahr Freiheitsstrafe bei schwerem Raub nach §§ 142 Abs 1, 143 Abs 1 zweiter Fall StGB gar nicht mehr zur Anwendung kommt. Der Grund dafür könnte darin erblickt werden, dass die einjährige Untergrenze auch ohne Verwendung einer Waffe gilt (§ 142 Abs 1 StGB), deren Einsatz dafür also nicht iSd § 32 Abs 2 erster Satz StGB erforderlich ist. Eine Klarstellung dahin, dass der Waffeneinsatz im Fall einer dadurch begründeten, wenn auch „nur“ zu einer höheren Obergrenze führenden Qualifikation nicht auch noch die Anhebung der Untergrenze nach § 39a Abs 2 Z 4 StGB zur Folge hat, erscheint zweckdienlich.

Zu § 33 Abs 1 Z 6a StGB:

Die durch die Tat bedingte Beeinträchtigung des psychischen Wohlbefindens des – insbesondere (sexueller) Gewalt ausgesetzten – Opfers konnte bereits bisher (auch dann, wenn sie [noch] nicht den Grad einer Gesundheitsschädigung iSd § 83 StGB [RIS-Justiz RS0092408] erreichte), etwa unter dem Aspekt des Erfolgsunwerts (§ 32 Abs 3 StGB), erschwerend berücksichtigt werden (zB RIS-Justiz RS0091029 [insb T3]; RS0090709 [insb T5, T9, T10]). Der Bedarf einer ausdrücklichen Aufnahme in den (bloß demonstrativen) Katalog des § 33 Abs 1 StGB ist nicht erkennbar. Bleibt anzumerken, dass die vorgeschlagene Formulierung äußerst weitgehend ist und die Anwendung dieses Erschwerungsgrundes nicht nur bei Gewalt- und Sexualdelikten (zu dieser [erschließbaren] Intention vgl ME-Erläut 5), sondern bei allen strafbaren Handlungen zulassen könnte (auch Opfer von Vermögensdelikten können „nachhaltig im psychischen Wohlbefinden beeinträchtigt“ sein, etwa wenn ihre gesamten Ersparnisse „abgeräumt“ wurden).

Zu § 39 Abs 1a StGB:

Nach den ME-Erläut (6) *„[wäre w]esentlichste Neuerung gegenüber dem geltenden Recht eben der in diesem Fall zwingende Charakter. Die durch Abs 1a geänderten Strafdrohungen würden auch [...] für die §§ 17, 21, 37 oder 57 StGB relevant sein, wodurch indirekt weitere Verschärfungen bewirkt werden könnten.“* Angesprochen werden Unterbringung nach § 21 StGB, etwa schon bei einer „leichten“ Körperverletzung (§ 83 StGB) als Anlasstat, oder Verlängerung der Verjährungsfristen. Sollte damit das Ansinnen zum Ausdruck gebracht

werden, derartige „Verschärfungen“ bloß mit der Anordnung zwingender Anwendung einer Vorschrift zur Ermittlung der Strafbefugnis zu erreichen, wäre diesem wohl jedenfalls in Betreff der Unterbringung nach § 21 StGB zu widersprechen.

Maßgeblich dafür, ob eine Anlasstat iSd § 21 StGB vorliegt oder nicht, ist (unbeschadet der hier nicht relevanten Ausnahmen nach Abs 3 leg cit) stets und ausschließlich die allgemeine gesetzliche Strafdrohung; denn damit legt der Gesetzgeber die für eine Einweisung erforderliche objektive Mindestschwere einer (einzigen) Tat fest (vgl ErläutRV 30 BlgNR 13. GP 105 [„Die Gefährlichkeit des Rechtsbrechers muss also bereits in einer erheblichen Tat wirksam geworden sein.“]; Ratz in WK² StGB § 21 Rz 3 ff; Schroll in WK² JGG § 5 Rz 29 dritter Aufzählungspunkt; Nimmervoll in SbgK § 21 Rz 25). § 39 StGB hat (wie auch § 39a StGB oder § 5 Z 4 JGG) auf die rechtliche Kategorie – den Strafsatz – keinen Einfluss. Diese Bestimmung ist der Subsumtion (§ 260 Abs 1 Z 2 StPO) stets nachgelagert und dient (nur) der Determinierung der konkreten Strafbefugnis im zu entscheidenden Fall (RIS-Justiz RS0119249 [insb T4]; Ratz, WK-StPO § 281 Rz 25, 666, 668/2). Sie knüpft nicht am Gewicht der Tat, sondern an der „Lernresistenz“ des Täters an (ErläutRV 30 BlgNR 13. GP 133; Bruckmüller in SbgK § 39 Rz 1; Flora in WK² StGB § 39 Rz 35). Am – durch die allgemeine Strafdrohung zum Ausdruck gebrachten – objektiven Gewicht der Tat (iSd § 21 StGB) ändert sich deshalb auch dann nichts, wenn die Strafbefugnis im Einzelfall – nur wegen des Vorlebens des Täters – ein Jahr übersteigt. Dabei macht es keinen Unterschied, ob dieser (nicht tat-, sondern) täterspezifische Umstand bei der Ermittlung der Strafbefugnis fakultativ oder (wie zB auch § 5 Z 4 JGG) zwingend zu berücksichtigen ist. Eine „nur“ wegen § 39 Abs 1a StGB im Einzelfall ein Jahr übersteigende Strafbefugnis macht demnach eine – nach der allgemeinen gesetzlichen Strafdrohung nicht mit mehr als einem Jahr Freiheitsstrafe bedrohte – Tat, etwa eine in ME-Erläut (6) angesprochene „leichte“ Körperverletzung (§ 83 StGB), keineswegs zur Anlasstat iSd § 21 StGB.

Vergleichbares gilt auch für die §§ 17, 37 und 57 StGB. Dass es andere (zwingende) Strafbemessungsvorschriften (§§ 5 Z 4, 19 JGG) gibt, die sich nach hM (nur, aber immerhin) auf die Verjährungsfristen auswirken, spielt aus Sicht des Oberlandesgerichts Graz für § 39 StGB keine Rolle (vgl zu alldem ErläutRV 30 BlgNR 13. GP 89, 161, 163 [Länge der Verjährungsfrist richtet sich nach den abstrakten Strafdrohungen der einzelnen Delikte]; Hochmayr in SbgK § 17 Rz 3 [„abstrakte Schwere der Tat“]; Marek in WK² StGB Vor §§ 57-60 Rz 8 f, § 57 Rz 11; Schroll in WK² JGG § 5 Rz 12, 29 zweiter Aufzählungspunkt; Schallmoser in SbgK § 57 Rz 32).

Bleibt erneut darauf hinzuweisen, dass bisher gerade die Wirkungslosigkeit des intensivsten Strafübels – Freiheitsstrafenvollzug – und die dadurch zum Ausdruck kommende besonders ausgeprägte asoziale Gesinnung des Täters Grundlage der Strafschärfung sind

(ErläutRV 30 BlgNR 13. GP 133; *Flora* in WK² StGB § 39 Rz 3, 35). Ob es tatsächlich sinnvoll ist, auf diese bewährte Einschränkung, die Ignoranz gegenüber fremden Rechtsgütern und wertwidrige Einstellungen (soweit möglich) verlässlich dokumentiert, zu verzichten und bloße Verurteilungen – auch zu bedingt nachgesehenen Strafen – genügen zu lassen, sollte noch einmal überdacht werden.

Zu § 43 Abs 3 und § 201 Abs 1 StGB:

Als weitere Strafverschärfungsmaßnahmen bei Gewalt- und Sexualdelikten sollen beim Verbrechen der Vergewaltigung nach § 201 StGB die gänzlich bedingte Strafnachsicht ausgeschlossen und die Strafuntergrenze beim Grunddelikt von einem auf zwei Jahre angehoben werden. Empirische Grundlagen für diese Maßnahmen werden nicht genannt (ME-Erläut 7, 9). Die gerichtliche Kriminalstatistik weist für das Jahr 2017 insgesamt 90 Verurteilungen wegen § 201 StGB auf. Sanktioniert wurde dies in zwei Fällen mit einer Strafenkombination (§ 43a Abs 2 StGB), in sechs Fällen mit einer gänzlich bedingten (§ 43 Abs 1 StGB), in 17 Fällen mit einer teilbedingten (§ 43a Abs 3 StGB) und in 61 Fällen mit einer unbedingten Freiheitsstrafe. Im Jahr 2018 erfolgten 99 Verurteilungen wegen § 201 StGB, wobei in drei Fällen Strafenkombinationen (§ 43a Abs 2 StGB), in vier Fällen gänzlich bedingte (§ 43 Abs 1 StGB), in 25 Fällen teilweise bedingte (§ 43a Abs 3 StGB) und in 65 Fällen unbedingte Freiheitsstrafen verhängt wurden. Damit werden bereits bisher Vergewaltigungen in rund zwei Drittel der Fälle mit unbedingten Freiheitsstrafen geahndet.

In der (Strafen-)Praxis erweist sich auch die aktuelle Grundstrafdrohung des § 201 Abs 1 StGB ausreichend. Die vom „Schweregrad“ der Tat unabhängige Mindeststrafe wurde erst mit dem Sexualstrafrechtsänderungsgesetz 2013 (BGBl I 2013/116) auf ein Jahr angehoben. Ferner erfolgte erst vor Kurzem mit dem Strafrechtsänderungsgesetz 2015 (BGBl I 2015/112) eine Anpassung der Strafrelationen (auch) in Betreff der Delikte gegen Leib und Leben sowie gegen sexuelle Integrität und Selbstbestimmung. Ein seitdem eingetretener (neuerlicher) Änderungsbedarf ist nicht erkennbar. Schließlich findet sich sonst nirgends im StGB eine Strafuntergrenze von zwei Jahren Freiheitsstrafe. Eine solche Ausnahme wäre der systematischen Einheitlichkeit nicht förderlich. Zudem würde durch die Anhebung der Mindeststrafdrohung auf zwei Jahre bei Verurteilungen nach § 201 Abs 1 StGB die Anwendbarkeit der (ohnedies selten eingesetzten) Strafenkombination (§ 43a Abs 2 StGB), aber auch (und insbesondere) der teilbedingten Freiheitsstrafe (§ 43a Abs 3 StGB) just auf die Mindeststrafe beschränkt. Der weitgehende Ausschluss dieser Rechtsinstitute bei diesem Tatbestand könnte die Folge sein. Dies erscheint mit Blick auf die in der Praxis beobachtbare große Bandbreite des Schweregrads der zu beurteilenden sexuellen Gewalt kaum sachgerecht. In diesem Kontext ist auch zu berücksichtigen, dass durch § 58 Abs 3 Z 3 StGB (idF BGBl I 2009/40 [2. GeSchG]) der Anlauf der Verjährungsfristen bei Tatbegehung zum

Nachteil minderjähriger Opfer bis zur Vollendung des 28. Lebensjahres gehemmt ist; dies führt insgesamt zu einer erheblichen Verlängerung der Verjährungsfristen bei diesen Delikten (*Marek* in WK² StGB § 58 Rz 3, 30 [mit Bsp]). Die bisher wohl einhellige Meinung geht davon aus, dass mit zunehmendem zeitlichem Abstand zur Tat Straf- und (insbesondere bei seitherigem Wohlverhalten des Täters) Vollzugsbedürfnisse in Betreff einer Freiheitsstrafe sowohl unter spezial-, als auch generalpräventiven Gesichtspunkten abnehmen (ErläutRV 30 BlgNR 13. GP 161; *Marek* in WK² StGB Vor §§ 57-60 Rz 3; *Schallmoser* in SbgK Vorbem zu §§ 50 bis 60 Rz 12 f). Hält man diese Ansicht weiterhin für zutreffend (anderes ist dem ME-Erläut nicht zu entnehmen), könnte es unter Aspekten einer an der Schuld des jeweiligen Täters (§ 32 Abs 1 StGB) und präventiven Bedürfnissen orientierten Sanktionsfindung kontraproduktiv sein, bei § 201 StGB subsumierten Taten gänzlich bedingte Strafnachsicht (§ 43 Abs 1 StGB) kategorisch auszuschließen und die Anwendbarkeit des § 43a StGB durch Anhebung der Strafuntergrenze auf zwei Jahre weitestgehend einzuengen.

Schließlich bleibt darauf hinzuweisen, dass §§ 5 Z 9, 19 Abs 2 JGG die Anwendbarkeit der §§ 43, 43a StGB bisher bei Jugendlichen und jungen Erwachsenen auch bei Überschreiten der dort festgelegten Straf Grenzen zulassen (vgl *Schroll* in WK² JGG § 5 Rz 47 ff). Ein (nicht mehr an der konkreten Sanktion, sondern) allein an der rechtlichen Kategorie „§ 201 StGB“ anknüpfender Ausschluss des § 43 Abs 1 StGB würde dagegen wohl – mangels erkennbarer Ausnahmeregelung im JGG – auch für Jugendliche und junge Erwachsene gelten. Bei einer derartigen Änderung im „Jugendstrafrecht“ scheint (zumindest) ein deutlicher, über ME-Erläut (7) hinausgehender Hinweis in den Materialien geboten.

Zu § 19 Abs 4 JGG:

Sollte der Gesetzgeber nunmehr (entgegen den GMat zum JGG-ÄndG 2015 [vgl ErläutRV 852 BlgNR 25. GP 4 f) zur Ansicht gelangen, dass die Adoleszenzkrise doch keine Ausdehnung (eines Großteils) der Vergünstigungen des Jugendstrafrechts auf junge Erwachsene rechtfertigt, wäre es aus Sicht der Praxis möglicherweise von Vorteil, zur ausgewogenen (für unter 21-Jährige zumindest die lebenslange Freiheitsstrafe ausschließenden), keine Anwendungsprobleme bereitenden Regelung des § 36 StGB idF vor BGBl I 2015/154 zurückzukehren, anstatt einen umfangreichen Ausnahmekatalog zu formulieren, der ohnedies die meisten praxisrelevanten „adoleszenzbedingten“ strafbaren Handlungen umfasst (exemplarisch: § 84 Abs 4 StGB [§ 19 Abs 4 Z 1 JGG]; § 206 StGB [§ 19 Abs 4 Z 2 JGG: ein 19-Jähriger vollzieht mit seiner 13-jährigen Freundin einvernehmlich den Geschlechtsverkehr]).

Zu § 1489 ABGB:

Mit der vorgeschlagenen Ablaufhemmung in Satz 3 soll ein im Schrifttum

(zB *Spitzer/Kernbichler*, Kindesmissbrauch und § 1489 ABGB. Brüche zwischen strafrechtlicher und zivilrechtlicher Verjährung, ÖJZ 2010/39, 330) aufgezeigter Wertungswiderspruch behoben werden, weil bisher Schadenersatzansprüche aus qualifiziert strafbaren Handlungen (trotz dreißigjähriger Verjährungsfrist des § 1489 Satz 2 ABGB) gerade bei Delikten, bei denen der Fortlauf der Verjährungsfrist gehemmt ist (§ 58 Abs 3 Z 3 StGB), vor der Strafbarkeit verjähren konnten (vgl ME-Erläut 4). Diese Neuregelung ist iSd Opferschutzes ebenso wenig zu kritisieren wie die Festlegung des Beginns der Verjährungsfrist bei Ansprüchen wegen Verletzung der sexuellen Integrität und Selbstbestimmung erst mit Vollendung des 18. Lebensjahres des Opfers (Satz 4).

Oberlandesgericht Graz, Begutachtungssenat
Graz, am 18. Juni 2019
Der Vorsitzende:
Dr. Manfred Scaria, Präsident des Oberlandesgerichts

Elektronisch gefertigt !