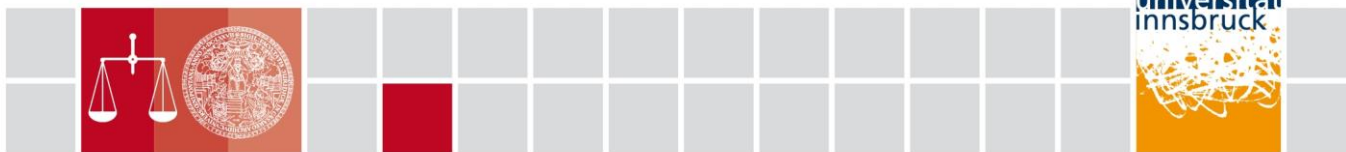


**Universität Innsbruck**

Rechtswissenschaftliche Fakultät

Institut für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie

Univ.-Prof. Dr. Klaus Schwaighofer



## Stellungnahme zum Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes 2015 (BMJ-S318.034/0007-IV/2015)

Angesichts der Fülle von Änderungen wird lediglich auf einige Punkte näher eingegangen.

### 1. Zu den vorgeschlagenen Änderungen bei den vorsätzlichen Körperverletzungsdelikten:

a) Die geplante Neuformulierung des **§ 84 Abs 1 StGB** (schwere Körperverletzung) zu einer echten Qualifikation, bei der auch ein Versuch möglich ist, ist **abzulehnen**. Im Übrigen erscheint auch die **Strafdrohung mit bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe zu hoch**:

Durch die Schaffung einer echten Qualifikation besteht die Gefahr, dass auch aus fast jeder leichten Körperverletzung gleich eine versuchte schwere Körperverletzung wird. Die Polizei wird bei der ersten Vernehmung einer Person, die einen anderen durch einen Schlag (leicht) verletzt hat, die Frage stellen: „War Ihnen nicht klar, dass das Opfer womöglich auch eine schwere Körperverletzung durch Ihren Schlag hätte erleiden können?“ (ZB Schlag mit der Faust auf die Nase, der einen unverschobenen Nasenbeinbruch zur Folge hatte).

Der Beschuldigte wird dazu nicht viel sagen (können), räumt vielleicht aber ein, dass das schon hätte passieren können, dass er aber in der aktuellen Situation (Streit, Provokation, vielleicht Alkoholisierung) sich darüber keine Gedanken gemacht hat. Auf dieser Grundlage kann es sehr leicht in freier Beweiswürdigung zur Annahme eines bedingten Vorsatzes auf eine schwere Körperverletzung (verschobener Nasenbeinbruch) und damit zu einer versuchten schweren Körperverletzung nach §§ 15, 84 Abs 1 StGB kommen. In der Neuerung steckt also hohes Kriminalisierungspotenzial.

Wenn tatsächlich eine schwere Körperverletzung eingetreten ist, dann muss wiederum diffizil hinterfragt werden, ob der Täter auf die schwere Körperverletzung einen bedingten Vorsatz hatte oder diesbezüglich bloß fahrlässig gehandelt hatte. Es geht also um die Abgrenzung zwischen schwerer Körperverletzung nach § 84 Abs 1 StGB und Körperverletzung mit schweren Verletzungsfolgen nach § 83 Abs 3 iVm Abs 1 oder Abs 2 StGB. Es ist anzunehmen, dass § 83 Abs 3 StGB kaum je zur Anwendung kommen wird, wenn eine andere Person unmittelbar durch einen Schlag oder Tritt oder dergleichen schwer verletzt wird. Auch das bedeutet eine starke zusätzliche Kriminalisierung.

Für die geplante Neuregelung wird häufig ins Treffen geführt, dass die bisherige Rechtsprechung, die eine versuchte schwere Körperverletzung für rechtlich nicht möglich ansieht, eine Lücke bei der Sanktionierung von Körperverletzungen hinterlässt. Die Schaffung einer echten Qualifikation sei daher nötig. Das Problem, dass in Hinkunft (allzu) häufig gleich

eine versuchte schwere Körperverletzung angenommen werden könnte, stelle sich generell beim Versuch und sei ein allgemeines Versuchsproblem.

Dabei wird aber die besondere Situation bei der Begehung von Verletzungsdelikten zu wenig beachtet, die mit Vermögensdelikten nicht vergleichbar ist: Vermögensdelikte werden in der Regel mit einiger Überlegung begangen: Der Täter hat Zeit für einigermaßen konkrete Vorstellungen über den Wert der Sachen, die er stiehlt, unterschlägt, veruntreut usw. Verletzungshandlungen werden hingegen in aller Regel aus einer Affektsituation heraus begangen, spontan, ohne irgendwelche Überlegungen, oft in alkoholisiertem Zustand. Die Übergänge von einer leichten Körperverletzung zu einer schweren Körperverletzung sind viel fließender als bei Vermögensdelikten, wo durch die Wertgrenzen eine klarere Trennung zwischen leichteren, schwereren und ganz schweren Fällen gegeben ist.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass durch die Schaffung des neuen § 84 Abs 1 StGB (der auch versucht werden kann) mit einer Strafdrohung von bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe in diesen Fällen notwendige Verteidigung besteht und dadurch beträchtliche Kosten für die Gewährung von Verfahrenshilfe anfallen werden. Ebenso ist zu beachten, dass die Erhöhung der Strafdrohung für die (versuchte) absichtliche schwere Körperverletzung zur Zuständigkeitsverschiebung zum Schöffengericht führt, was zum Einen ebenfalls Kosten verursachen wird. Und wenn die Staatsanwaltschaft „nur“ Anklage nach § 84 StGB erhebt, könnte es leicht zu (im Ergebnis sehr prozessunökonomischen) Unzuständigkeitsurteilen kommen, wenn der Einzelrichter eine Absicht auf Zufügung einer schweren Körperverletzung erkennt.

**b) Die Differenzierung zwischen Verletzungsvorsatz und Misshandlungsvorsatz** erscheint auf den ersten Blick insofern positiv, als an Verletzungen, die aus einem bloßen Misshandlungsvorsatz resultieren, eine niedrigere Strafdrohung geknüpft ist.

Allerdings wird das System der Qualifikationen, wie es der Entwurf vorsieht, dadurch außerordentlich unübersichtlich und kompliziert. Denn es gilt zu unterscheiden, ob der Täter bloß einen Misshandlungsvorsatz hatte, einen Vorsatz auf eine leichte Körperverletzung, womöglich auf eine schwere Körperverletzung oder gar eine Absicht auf eine schwere Körperverletzung. Wenn sich ein Täter nichts gedacht hat, dann muss aus dem äußeren Geschehen auf die innere Tatseite geschlossen werden. So wird die Subsumtion zu einem ziemlichen Lotteriespiel werden.

Ein Faustschlag gegen das Gesicht, der eine schwere Körperverletzung zur Folge hat, könnte nach dem Entwurf eine Körperverletzung mit schweren Folgen nach § 83 Abs 3 erster oder zweiter Fall StGB sein, eine schwere Körperverletzung nach § 84 Abs 1 StGB, wenn ein bedingter Vorsatz auf Zufügung einer schweren Körperverletzung vorlag, oder evt auch eine absichtliche schwere Körperverletzung nach § 85 Abs 1 StGB, wenn eine Absicht auf Zufügung einer schweren Körperverletzung festgestellt wird.

Und wenn eine Verletzung zum Tod des Opfers führt, ist wiederum diffizil zu differenzieren, ob der Täter mit Vorsatz auf eine leichte Körperverletzung (oder vielleicht nur auf Misshandlung), mit Vorsatz auf eine schwere Körperverletzung oder mit Absicht auf eine schwere Körperverletzung gehandelt hat.

Dieses System sollte unbedingt vereinfacht werden: Welcher Vorsatz in freier Beweiswürdigung bei einem Beschuldigten, der bloß einen vorsätzlichen Schlag einräumt, letztlich festgestellt wird, erscheint allzu zufallsabhängig.

Sollte, was zu befürchten ist, an § 84 Abs 1 StGB in der vorgeschlagenen Form festgehalten werden, wäre zu überlegen, die absichtlich schwere Körperverletzung zu streichen. Die an eine absichtliche schwere Körperverletzung mit Todesfolge geknüpfte Strafdrohung von bis zu zwanzig Jahren Freiheitsstrafe ist unvertretbar hoch.

## **2. Zu den vorgeschlagenen Änderungen bei der fahrlässigen Tötung und der fahrlässigen Körperverletzung**

### **a) Zu den Änderungen in § 88 StGB:**

Die Wiedereinführung des „**Medizinerprivilegs**“ ist im Hinblick auf deren risikogeeignete Tätigkeit ein vernünftiger Vorschlag und wird begrüßt.

Etwas verwirrend erscheint jedoch, dass in Abs 2 Z 3 ausdrücklich erwähnt wird, dass die Körperverletzung nicht schwer sein darf, während sich diese Einschränkung beim Angehörigenprivileg nicht findet. Die Beschränkung auf nicht schwere Körperverletzung ergibt sich aber ohnehin (wie bisher) aus der Systematik des Gesetzes und sollte daher beseitigt werden. Andernfalls könnte sich der Gegenschluss aufdrängen, dass bei Angehörigen Verletzungen jeglicher Schwere nach § 88 Abs 2 StGB straflos sein können.

### **Zu § 88 Abs 2 StGB:**

Die geplante Änderung des § 88 Abs 2 StGB (nicht grob fahrlässig ..) und des § 88 Abs 3 StGB (Qualifikation unter den Voraussetzungen des § 81, also ua bei grob fahrlässigem Verhalten) ergibt die doch etwas merkwürdige Situation, dass bei Angehörigen und Ärzten die nicht grob fahrlässige leichte KV straflos ist, bei grober Fahrlässigkeit aber nicht bloß der Strafausschließungsgrund entfällt, sondern gleich auch die Qualifikation greift. Das ist irgendwie nicht stimmig und würde bei Beibehaltung der besonders gefährlichen Verhältnisse vermieden.

### **b) Zur Qualifikation des § 80 Abs 2 Entwurf:**

Wieso sagt das Gesetz nicht ausdrücklich, dass die Qualifikation an die Tötung von mindestens 2 Personen anknüpft? Die Verwendung des unklaren Begriffs „mehrere“ ist im Hinblick auf § 115 Abs 2 StGB nur verwirrend.

### **c) Zur Ersetzung der besonders gefährlichen Verhältnisse durch grobe Fahrlässigkeit:**

Die „Fahrlässige Tötung unter besonders gefährlichen Verhältnissen“ soll durch eine „Grob fahrlässige Tötung“ ersetzt werden; der Strafraum soll gleich bleiben. Der Begriff der groben Fahrlässigkeit soll eigens definiert werden als ein ungewöhnliches und auffallend sorgfaltswidriges Verhalten, sodass der Eintritt des geforderten Erfolges oder Sachverhalts als geradezu wahrscheinlich vorhersehbar war (§ 6 Abs 3 StGB neu). In den Erläuterungen der Expertengruppe, von der dieser Vorschlag stammt, wird dazu ausgeführt, dass dadurch „angemessener auf schwere Kunstfehler von Ärzten reagiert werden könne“. In den Erläuterungen des Begutachtungsentwurfs kann man lesen: „Als grob fahrlässig sind jene Fälle einzustufen, die das gewöhnliche Maß an nie ganz vermeidbaren Fahrlässigkeitshandlungen des täglichen Lebens ganz erheblich übersteigen.... Die Beurteilung, ob ein grobes Fehlverhalten im medizinischen Bereich vorliegt, sollte dadurch gegenüber der bisherigen Rechtslage ebenfalls vereinfacht werden.“ Und weiter: „Bei der Auslegung des Begriffes der groben Fahrlässigkeit

soll ... restriktiv vorgegangen werden. ... „Der Tatbestand der Fahrlässigen Tötung unter besonders gefährlichen Verhältnissen (§ 81 StGB) ist komplex strukturiert und bereitet der Praxis immer wieder Schwierigkeiten. So sind in diesem Zusammenhang oft umfangreiche Sachverständigengutachten erforderlich und Fälle zu verzeichnen, in denen trotz auffälliger und ungewöhnlicher Sorgfaltswidrigkeit keine „besonders gefährlichen Verhältnisse“ im Sinne des § 81 Abs. 1 Z 1 StGB vorlagen. Für solche Fälle erscheint eine Strafdrohung von lediglich bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe zu gering zu sein. Die Ersetzung der „Fahrlässigen Tötung unter besonders gefährlichen Verhältnissen“ durch die „Grob fahrlässige Tötung“ ermöglicht nunmehr die Erfassung aller Fälle, in denen jemand ungewöhnlich und auffallend sorgfaltswidrig handelt und bringt zugleich eine wesentliche Vereinfachung der Rechtslage mit sich.“

Welche Konsequenzen wird diese Änderung für den ärztlichen Bereich haben und wie ist diese kryptische Aussage zu ärztlichen Kunstfehlern zu interpretieren?

Angeblich will man eine sachgerechte Einschränkung der Strafbarkeit erreichen, jedenfalls verhindern, dass Ärzte allzu rasch gleich wegen besonders gefährlicher Verhältnisse verfolgt werden. Durch die neue Definition der „grob fahrlässigkeit“ soll deutlicher zum Ausdruck kommen, dass es ganz maßgeblich auf die Schwere der Sorgfaltswidrigkeit des Verhaltens ankommt und nicht nur auf die erhöhte Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts wegen der allgemeinen Gefährlichkeit der Umstände.

Diese Begründung beruht allerdings auf der unzutreffenden Prämisse, dass es bei den besonders gefährlichen Verhältnissen bloß auf das allgemein gesteigerte Risiko des Erfolgseintritts ankommt und dass das Ausmaß der Sorgfaltswidrigkeit keine Rolle spielt. Bei einer „korrekten“ Anwendung der besonders gefährlichen Verhältnisse, bei der gerade auch ein in Relation zu den Umständen auffallend sorgloses Verhalten vorliegen muss, verlangen die besonders gefährlichen Verhältnisse mehr als die grobe Fahrlässigkeit. Dann bewirkt die Ersetzung der besonders gefährlichen Verhältnisse durch grobe Fahrlässigkeit eine Ausweitung der Strafbarkeit, weil – bei korrekter Auslegung – ein gravierendes Fehlverhalten ja schon derzeit notwendig ist, hinsichtlich der Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts die Anforderungen bei der groben Fahrlässigkeit aber niedriger sind.

In dieser Einschätzung bestärken mich auch die Erläuterungen im Begutachtungsentwurf, wo es heißt: Die Ersetzung der „Fahrlässigen Tötung unter besonders gefährlichen Verhältnissen“ durch die „Grob fahrlässige Tötung“ ermöglicht nunmehr die Erfassung aller Fälle, in denen jemand ungewöhnlich und auffallend sorgfaltswidrig handelt.

Wir haben also folgende merkwürdige Situation: Derzeit werden, jedenfalls von den Staatsanwaltschaften, viel zu oft besonders gefährliche Verhältnisse angenommen, weil bloß auf die äußeren Umstände und nicht auf das Maß der Sorgfaltswidrigkeit geachtet wird. In Hinkunft soll das Augenmerk mehr auf die Sorglosigkeit des Verhaltens gerichtet werden und weniger auf die Gefährlichkeit der Situation. Das kann vielleicht dazu führen, dass die Staatsanwaltschaften in Hinkunft seltener nach § 81 StGB anklagen werden, aber die Gefahr, bei einem Behandlungsfehler nach § 81 StGB verurteilt zu werden, dürfte eher steigen, weil die Anforderungen an die grobe Fahrlässigkeit niedriger sind.

Das erscheint dem Verfasser nicht gerechtfertigt zu sein, daher sollte es bei den besonders gefährlichen Verhältnissen bleiben.

### **3. Zu den vorgeschlagenen Änderungen bei den Sexualdelikten:**

**a) Zu § 205a Entwurf:**

Diese geplante Bestimmung bedroht denjenigen unter anderem mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren, der mit einer anderen Person ohne deren Einverständnis den Beischlaf oder eine dem Beischlaf gleichzusetzende geschlechtliche Handlung vornimmt.

Sie ist, **weil viel zu weitgehend, abzulehnen**. Die Bestimmung ist nicht vernünftig vollziehbar und öffnet Beschuldigungen im Rahmen von Auseinandersetzungen bei Scheidungen und Trennungen Tür und Tor. Der Tatbestand ist nicht einmal so formuliert, dass erkennbar ein klares „nein“ vorliegen muss (zB gegen den offensichtlichen Willen oder ähnlich).

Man will damit, obwohl die Erläuterungen dazu nichts hergeben, anscheinend Fälle erfassen, bei denen der Geschlechtspartner eigentlich nicht will, aber dem Drängen nachgibt, vermutlich auch Fälle, bei denen das Einverständnis durch eine Täuschung erreicht wird (wir gehen danach in ein gemütliches Lokal, ich lade dich zum Essen ein). Das ist sicher nicht in Ordnung, aber kein Fall für den Strafrichter. Der Tatbestand müsste zumindest so formuliert werden, dass der Täter gegen den offensichtlich, klar erkennbaren Willen des Opfers handelt. Nach der geplanten Regelung besteht die akute Gefahr, dass das „Opfer“ nachträglich darauf kommt, dass es eigentlich nicht wollte. Und es ist auch denkbar, dass das Opfer während eines erwünschten Geschlechtsverkehrs „genug“ hat. Wenn der andere Partner das Treiben dann nicht sofort beendet, könnte er sich auch nach § 205a StGB strafbar machen.

Vertretbar erscheint allein der geplante zweite Fall, der an die Ausnützung einer Zwangslage oder Einschüchterung anknüpft.

**b) Zur geplanten Erweiterung des § 218 StGB:**

Nach dem Entwurf soll nicht nur eine Belästigung durch eine geschlechtliche Handlung an einer anderen Person, sondern auch durch eine „nach Art und Intensität einer solchen (geschlechtlichen) Handlung vergleichbare, der sexuellen Sphäre im weiteren Sinn zugehörige körperliche Handlung“ strafbar sein.

Diese Erweiterung des § 218 StGB geht zu weit: Aufgabe des Strafgesetzgebers ist es, sich auf gravierende sozialstörende Verhaltensweisen zu beschränken, die das Zusammenleben schwer beeinträchtigen. Die nach dem Vorschlag erfassten Verhaltensweisen erfüllen diese Voraussetzung nicht. Außerdem entspricht die vage Formulierung nicht dem Bestimmtheitsgebot von Strafgesetzen.

Der Begriff der geschlechtlichen Handlung hat immerhin einigermaßen klare Konturen: Nach der Judikatur des OGH die intensive Berührung eines primären oder sekundären Geschlechtsteils, also etwa der überraschende Griff auf die Brust ohne Anwendung von Gewalt oder Drohung.

Bei den anderen nach „Art und Intensität vergleichbaren“ Handlungen hat man vor allem an das Po-Grapschen gedacht. Aber welche sonstigen Handlungen sind der sexuellen Sphäre im weiteren Sinn zugehörig? Das bleibt reichlich unklar. In den Erläuterungen zum Entwurf ist auch vom Streicheln am Oberschenkel die Rede. Aber bekanntlich sind viele Körperteile der sexuellen Sphäre im weiteren Sinn zugehörig. Die Haut wird von vielen Sexualkundlern als bedeutsames, wenn nicht überhaupt als wichtigstes sexuelles Organ angesehen. Demnach könnte der neue § 218 StGB bei den verschiedensten, nicht bloß flüchtigen Berüh-

rungen zur Anwendung kommen: Wer beim Tanzen den Arm fester um die Hüfte oder den Hals der Tanzpartnerin legt, wer die Hand auf den Oberschenkel seiner Nachbarin legt, wer unter dem Tisch mit seinem Fuß den Fuß einer Frau sucht, um mit ihr in Kontakt zu kommen, könnte bereits Gefahr laufen, wegen sexueller Belästigung verfolgt zu werden – von einem überraschenden, nicht erwünschten Kuss ganz zu schweigen. Aber genau so, auch mit körperlichen Annäherungen, funktioniert im täglichen Leben der Versuch, Beziehungen zu knüpfen. Wer zu aufdringlich war, der muss auch mit einer Ohrfeige oder einem Tritt auf das Schienbein rechnen, aber mit Strafverfolgung sollte er nicht rechnen müssen. Flirt und Übergriff lassen sich nicht vernünftig auseinanderhalten.

Die geplante Änderung des § 218 StGB ist daher absolut abzulehnen. Das Po-Grapschen ist eine Anstandsverletzung, die in den meisten Bundesländern als Verwaltungsübertretung strafbar ist. Nach dem Gleichbehandlungsgesetz kann ein Po-Grapscher auch schadenersatzpflichtig werden, und er kann sich schon derzeit (wegen Versuchs) gerichtlich strafbar machen, wenn er sich einem Geschlechtsteil nähern will. Das sollte genügen. Siehe auch Schwaighofer, Der Staatsbürger, Salzburger Nachrichten vom 7. 4. 2015, S 16).

Wer die Ausdehnung der Strafbarkeit in diese Richtung ablehnt, dem wird meist gleich unterstellt, man billige derartige Verhaltensweisen, man wolle es zulassen, dass der weibliche Körper zur „Grapschzone“ wird. Das ist unseriös. Der Verfasser legt Wert darauf festzustellen, dass auch er derartiges Verhalten absolut ablehnt. Aber nicht jedes abzulehnende Verhalten darf gleich mit gerichtlicher Strafe bedroht werden.

#### **4. Zur Ersetzung der Gewerbsmäßigkeit durch berufsmäßige Begehung:**

Die beste Lösung wäre es wohl, die Gewerbsmäßigkeit überall dort zu streichen, wo sie qualifizierend wirkt. Bei jenen Delikten, wo sie strafbegründend ist, müsste sie so belassen werden.

Nicht nachvollziehbar ist es, dass der berufsmäßige schwere Diebstahl mit Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 5 Jahren, der berufsmäßige schwere Betrug aber von einem bis zu 10 Jahren Freiheitsstrafe bedroht werden soll. Die Strafdrohung für § 148 zweiter Fall sollte auf Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 5 Jahren reduziert werden.

#### **5. Zum geplanten neuen Tatbestand nach § 120a StGB („Cybermobbing“):**

Die schon seinerzeit zu § 107a StGB erhobene grundsätzliche Kritik ist auf § 120a StGB zu übertragen: Die Anhäufung unbestimmter Begriffe macht den Anwendungsbereich nur schwer abschätzbar und eröffnet den Strafverfolgungsbehörden einen zu großen Ermessensspielraum. Eine einschränkende Tendenz ist mit den unbestimmten Begriffen aber doch erkennbar.

Die Erläuterungen führen aus, dass in bestimmten Fällen (zB Veröffentlichung eines Nacktbilds im Internet) ein einmaliges Verhalten schon als „fortgesetzt“ anzusehen wäre, wenn die (mögliche) Löschung eine „längere Zeit“ nicht erfolgt. Das erscheint doch eine recht verwegene Aussage, mit dem Wortlaut ist das nicht wirklich in Einklang zu bringen.

Selbst wenn man das Unterlassen als weitere „Handlung“ ansieht, um dem Wort „fortgesetzt“ Rechnung zu tragen, kann das in den Erläuterungen Ausgeführte nur dann gelten,

wenn man selbst Betreuer jener Homepage ist, auf die man die Bilder oder Informationen gestellt hat. Aber wenn jemand ein Nacktfoto in einem Massenmail an zahllose Mailadressen verschickt, dann hat er sicher nur einmal und nicht fortgesetzt gehandelt, weil er keine Einflussmöglichkeit mehr hat. Die Breitenwirkung ist vorhanden. Das wäre doch eigentlich auch ein Fall, den man strafrechtlich erfassen wollte. Dass einzelne Emails oder SMS nicht erfasst werden, ist berechtigt, weil das noch kein Cybermobbing darstellt.

Tatsachen des höchstpersönlichen Lebensbereiches gibt es viele (zB auch Fetische, Vorlieben für Sexfilme?); die Eignung zur unzumutbaren Beeinträchtigung der Lebensführung sollte diesbezüglich vor einer allzu weiten Anwendung schützen.

Ein Problem dürften Überschneidungen zu § 107a StGB darstellen, auf die die Erläuterungen selbst hinweisen. Die Abgrenzung ist unklar. Wer einen anderen fortgesetzt durch Mails oder SMS beleidigt, kann sowohl § 107a Abs 2 Z 2 StGB als auch § 120a Abs 1 Z 1 StGB erfüllen. Ist das intendiert?

**6. Die geplante Verdoppelung der Geldstrafdrohungen** bei gleichzeitiger Beibehaltung des Verbots, Geldstrafen zur Gänze bedingt nachzusehen, ist eine unvertretbare Verschärfung und abzulehnen.

Es wurden in der Praxis bisher nur selten Geldstrafen von 360 Tagessätzen verhängt, daher ist eine diesbezügliche Notwendigkeit nicht zu erkennen. Höhere uneinbringliche Geldstrafen führen trotz der Möglichkeit der Abdienung durch gemeinnützige Leistungen eher zu zusätzlichen Kosten durch den Vollzug von Ersatzfreiheitsstrafen.

**7. Zur Änderung von § 198 Abs 2 Z 1 StPO (Einschränkung der Diversion bei häuslicher Gewalt):**

a) Dabei handelt es sich um einen irrationalen Anschlag auf die bewährte Einrichtung der Diversion, die mit aller Vehemenz abzulehnen ist.

Die Diversion soll in Hinkunft nicht mehr zulässig sein, wenn ein Erschwerungsgrund nach § 33 Abs. 2 oder 3 StGB anzunehmen ist, wenn also (ua)

- ein volljähriger Täter vorsätzlich eine strafbare Handlung unter Anwendung von Gewalt oder gefährliche Drohung gegen eine unmündige Person oder in Gegenwart einer unmündigen Person begangen hat oder
- wenn ein Täter vorsätzlich eine strafbare Handlung nach dem ersten bis dritten, fünften und zehnten Abschnitt des Besonderen Teils gegen eine Angehörige oder einen Angehörigen (§ 72), einschließlich einer früheren Ehefrau, eingetragenen Partnerin oder Lebensgefährtin oder eines früheren Ehemanns, eingetragenen Partners oder Lebensgefährten, als mit dem Opfer zusammenlebende Person oder eine ihre Autoritätsstellung missbrauchende Person begangen hat.

Damit würde der in vielen Fällen häuslicher und familiärer Gewalt mit großem Erfolg praktizierte Tatausgleich unanwendbar. Alle vorsätzlichen Delikte gegen Leib und Leben und gegen die Freiheit, also auch leichte Körperverletzungen, Nötigungen und gefährliche Dro-

hungen gegen Angehörige oder Mitbewohner wären von einer diversionellen Erledigung ausgeschlossen, und das unabhängig von ihrer Schwere und vom konkreten Verschulden.

Eine plausible Begründung liefern die Erläuterungen nicht. Es gibt dafür auch absolut keinen Grund. Auf Bedürfnisse des Opferschutzes kann man sich nicht stützen, weil sich der Ausschluss der Diversion gerade umgekehrt nachteilig auf den Opferschutz auswirken würde. Daher können auch die Frauen kein Interesse daran haben, dass das außerordentlich erfolgreiche Instrument der Diversion, das in der Regel viel besser zur Konfliktbereinigung geeignet ist, das in allen Untersuchungen hohe Zufriedenheit bei den Opfern ausweist und Rückfälle (auf Grund ihrer guten spezialpräventiven Wirkung) offensichtlich wesentlich besser verhindern kann als strafgerichtliche Verurteilungen, einfach zunichte gemacht wird (siehe dazu näher etwa Hofinger, Konfliktregelung statt Strafe; zwei Studien zur spezialpräventiven Wirkung des Tatausgleichs, RZ 2014, 91 ff, Altweger/Hitzl, Kundenzufriedenheitsanalyse der Geschädigten im Außergerichtlichen Tatausgleich, Universität Innsbruck 2001, Pelikan, Die Möglichkeiten und die Bedingungen einer wirksamen Stärkung (Mächtigung) der Opfer von Gewalt in Paarbeziehungen durch den Außergerichtlichen Tatausgleich. Forschungsbericht IRKS, 2009)

b) Abzulehnen ist auch der Ausschluss der Diversion bei Sexualdelikten, die mit mehr als 3 Jahren Freiheitsstrafe bedroht sind.

c) Die Anknüpfung der Diversion an Taten, die mit nicht mehr als 5 Jahren Freiheitsstrafe bedroht sind (statt an die Zuständigkeit) ist sehr vernünftig. Aber der Gesetzgeber sollte sich, wie schon wiederholt gefordert, endlich durchringen, die **Diversion auch bei fahrlässigen Tötungen zuzulassen, zumindest in dem Umfang, wie das derzeit nach § 7 Abs 2 Z 2 JGG möglich ist.** Es gibt kaum einen Richter, der nicht die schrecklich beklemmenden Hauptverhandlungen beklagt (und gerne vermeiden würde), in denen eine Mutter oder ein Vater der fahrlässigen Tötung seines Kindes schuldig gesprochen werden muss.

## 8. Zu den geplanten Änderungen des SMG:

Die vorgeschlagene Änderung des § 13 SMG erscheint grundsätzlich ein vernünftiger Vorschlag im Sinne einer gewissen Entkriminalisierung des Drogenkonsums, die vor allem die Staatsanwaltschaften entlasten sollte. Vorzuziehen wäre allerdings eine gesetzliche Klarstellung, dass Erwerb und Besitz zum sofortigen Konsum nicht tatbildlich sind, um die verfehlte Rechtsprechung des OGH zu korrigieren. Die neuen Bestimmungen sollen offensichtlich Spezialregelungen sein, die § 1 Abs 3 StPO vorgehen: Nach § 13 Abs 4 SMG idF des Entwurfs dürfen Kriminalpolizei und Staatsanwaltschaft vorerst trotz eines Anfangsverdachts nicht ermitteln; erst nach einer Strafanzeige durch die Bezirksverwaltungsbehörde soll das zulässig sein.

Für die Betroffenen ist die geplante Neuregelung allerdings nicht unbedingt günstiger: Das hängt entscheidend von den Gepflogenheiten der Gesundheitsbehörden (der zuständigen Amtsärzte) ab. Es gibt „vernünftige“, die bei geringem Cannabiskonsum zum Eigengebrauch so gut wie nie eine gesundheitsbezogene Maßnahme für erforderlich halten. Es gibt aber auch andere, die durchaus eingriffsintensiv vorgehen und diverse Maßnahmen für notwendig erach-



ten und die Betroffenen damit unnötig „quälen“. Wer einer solche Gesundheitsbehörde „in die Hände fällt“, der ist uU wesentlich mehr belastet als nach der geltenden Regelung, wenn der Fall der StA berichtet wird, die gleich nach § 35 Abs 4 SMG vorgeht. Wichtig ist daher, auf eine einheitliche Vorgangsweise bei den Gesundheitsbehörden hinzuwirken.

Problematisch erscheint die Aussage in den Erläuterungen, wonach die Konsumenten im Zusammenhang mit Ermittlungen gegen ihre Drogenlieferanten als Zeugen zu vernehmen seien und (nur) auf ihr Zeugnisverweigerungsrecht nach § 157 Abs 1 Z 1 StPO hingewiesen werden müssen.

Wenn jemand mit Suchtgift erwischt wird, dann besteht zweifellos ein Anfangsverdacht gegen diese Person (bzgl. Besitzes von Suchtgift) und in aller Regel auch ein Anfangsverdacht gegen noch unbekannte Täter wegen Überlassung von Suchtgift. Wenn der Suchtgiftbesitzer nun befragt wird, dann wird zweifellos im Sinne des § 91 Abs 2 StPO ermittelt, um diesen Anfangsverdacht in beide Richtungen aufzuklären. Diese Tätigkeit dient der Erlangung einer Information zur Aufklärung einer Straftat. Der Drogenbesitzer (Konsument) wird (natürlich) danach gefragt, seit wann, wie oft und von wem er denn Suchtgift erworben hat und was er damit gemacht hat. Damit hat das Strafverfahren im Sinn des § 1 Abs 2 StPO begonnen, es handelt sich offensichtlich um ein Ermittlungsverfahren, das sich auch gegen den Konsumenten richtet, sodass er als Verdächtiger (Beschuldigter) und nicht als Zeuge zu vernehmen ist.

### **Zu den geplanten Änderungen bei der Untreue (Initiativantrag):**

Gegen die geplanten Änderungen besteht kein Einwand. Große inhaltliche Änderungen sind nicht erkennbar. Es ist zu hoffen, dass die Verdeutlichungen („in unvertretbarer Weise“) zu einer vorsichtigeren Anwendung des § 153 StGB (auch durch die Staatsanwaltschaften) führen werden, ohne wirtschaftliches Handeln unzumutbar zu erschweren. Die – wohl auch nach derzeitigem Recht – verfehlte Libro-Entscheidung sollte jedenfalls nicht mehr möglich sein.

Die Erläuterungen zum **Schadenseintritt** sind durchaus treffend: Bloße Vermögensgefährdungen sind noch kein Schaden: Die Auszahlung eines Kredits an einen insolvenzgefährdeten Kreditnehmer soll daher noch keinen Schaden darstellen.

Allerdings wird diesbezüglich der OGH vermutlich unterschätzt: Erläuterungen in Gesetzen sind für ihn oft nicht von Interesse, wie die Judikatur des OGH in Anschluss an die SMG-Novelle 2007 gezeigt hat: Erklärtes Ziel des Gesetzgebers war es, die unerwünschte Rechtsprechung abzustellen, damit von der Gewerbsmäßigeitsqualifikation nach § 28a SMG nur wirkliche Großdealer getroffen werden, die bei jeder einzelnen Tathandlung Suchtgiftmengen einführen usw., die die Grenzmenge überschreiten. Der OGH hat sich darum nicht gekümmert und seine Judikatur dennoch unverändert weitergeführt (siehe näher *Schwaighofer WK<sup>2</sup> § 28 SMG Rz 12 ff, insb 19*).

Auch den Erläuterungen zum **Schädigungsvorsatz** ist voll zuzustimmen: Aber das Problem liegt eben darin, dass die Feststellung, ob sich der Machthaber auch wirklich mit dem tatsächlichen Verlust von Vermögenssubstanz (nicht bloß mit der Eröffnung eines sozialinadäquaten Risikos) abgefunden hat oder darauf vertraut hat, dass sich dieses Risiko aus einem bestimmten Grund nicht verwirklichen werde (dann kein Vorsatz), ziemliche „Glückssa-

che“ sein kann, wie das ganze Verfahren in der Causa „Styrian Spirit“ gezeigt hat (Freispruch in erster Instanz wegen Vertrauen auf die Zusage von Jörg Haider, Schuldspruch in der Neuauflage des Verfahrens).

**Ergänzende Bemerkung:**

Die geplante große Strafrechtsnovelle sollte zum Anlass genommen werden, das StGB zu „entrümpeln“.

Ein Entrümpelungsvorschlag wäre die ersatzlose Streichung des Glücksspielparagraphen § 168 StGB:

Abs 1 ist seit der Änderung des Glücksspielgesetzes ohnehin nicht mehr relevant (Subsidiarität zugunsten der Verwaltungsübertretung: § 52 GSpG)). Dann erscheint die Beibehaltung der gerichtlichen Strafbarkeit für den gewerbsmäßigen Spielteilnehmer ein unerträglicher Wertungswiderspruch.

Innsbruck, am 22. 4. 2015

(Univ.-Prof. Dr. Klaus Schwaighofer)