

Innsbruck, am 20.4.2015

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

Aufgrund der Vielzahl der vorgeschlagenen Änderungen kann nicht auf alle Punkte eingegangen werden. Folgende Änderungen erscheinen besonders bedeutsam:

1. Die Einführung einer „groben Fahrlässigkeit“ durch § 6 Abs 3 StGB-Entw ist abzulehnen. Der Entwurf führt einen neuen Fahrlässigkeitsbegriff ein und definiert ihn als ungewöhnliches und auffallend sorgfaltswidriges Handeln, sodass der Erfolg „als geradezu wahrscheinlich vorhersehbar war“ (§ 6 Abs 3 StGB-Entw). Grobe Fahrlässigkeit soll „das gewöhnliche Maß an nie ganz vermeidbaren Fahrlässigkeitshandlungen des täglichen Lebens ganz erheblich übersteigen“, so die Erläuterungen S 6. Beispiele geben die Erläuterungen nicht, der Unterschied zu den besonders gefährlichen Verhältnissen bleibt unklar. Für besonders gefährliche Verhältnisse nach § 81 Abs 1 Z 1 StGB muss bei Vornahme der Handlung (ex ante) ein Unfall mit Todesfolge oder schwerer Körperverletzung außerordentlich wahrscheinlich sein (statt vieler *Bertel/Schwaighofer* BT I¹² § 81 Rz 2, *Kienapfel/Schroll* BT I³ § 81 Rz 10). Damit werden extrem gefährliche Handlungen erfasst, Handlungen, bei denen der Täter einen Unfall für ziemlich sicher halten müsste. „Geradezu wahrscheinlich“ aber bedeutet nur, dass etwas wahrscheinlich ist. Wie wahrscheinlich es ist, bleibt offen.

Viele Handlungen etwa im Straßenverkehr sind ungewöhnlich und auffallend sorglos, weil sie ganz erheblich „das gewöhnliche Maß an nie ganz vermeidbaren Fahrlässigkeitshandlungen des täglichen Lebens“ überschreiten; aber sie sind dennoch nur mäßig gefährlich. Ein Auto lenken und gleichzeitig mit dem Handy telefonieren, ist sicher ganz leicht vermeidbar und darum wohl eine erheblich über dem gewöhnlichen Maß liegende Fahrlässigkeit, aber es allein macht einen Unfall nicht sehr wahrscheinlich, wenn nicht weitere gefährliche Umstände hinzutreten. Sehr leicht lässt sich aber behaupten, der Autofahrer hätte beim Telefonieren ohne Freisprecheinrichtung einen Unfall für „wahrscheinlich“ halten müssen, vor allem wenn es dann wirklich zu einem Unfall kam. Wenn auch solche Fälle gemeint sind, droht dem Autofahrer bei einem Unfall mit Todesfolge eine dreimal so hohe (bis zu 3 Jahren Freiheitsstrafe nach **§ 81 Abs 1 StGB-Entw** statt bis zu 1 Jahr nach § 80 StGB) und bei einem Unfall mit schwerer Körperverletzung sogar eine achtmal so hohe Freiheitsstrafe wie derzeit (bis zu 2 Jahren Freiheitsstrafe

nach § 88 Abs 4 StGB-Entw statt bis zu 3 Monaten nach § 88 Abs 1 StGB). Das bedeutet eine erhebliche und nicht nachvollziehbare Verschärfung im Vergleich zum geltenden Recht.

Wegen Gefährdung der körperlichen Sicherheit macht sich nach § 89 StGB-Entw strafbar, wer grob sorgfaltswidrig einen Menschen gefährdet). Auch hier genügt in Zukunft, dass die sorgfaltswidrige Handlung einen Unfall wahrscheinlich und nicht wie bisher außerordentlich wahrscheinlich macht. Über den Unterschied lassen die Erläuterungen nichts verlauten, obwohl er darüber entscheidet, ob jemand auch für eine bloße Gefährdung strafgerichtlich oder – im Straßenverkehr – nur verwaltungsbehördlich belangt werden kann. § 89 StGB erhält durch den Hinweis auf § 81 StGB-Entw einen wohl deutlich weiteren Anwendungsbereich als derzeit. Auch diese Verschärfung ist nicht nachvollziehbar.

Die Verschärfung hat auch verfahrensrechtliche Konsequenzen. Bei Annahme grober Fahrlässigkeit müsste – von leichten Verletzungen und bloßer Gefährdung abgesehen (§ 88 Abs 3, § 89 StGB-Entw) – die Anklage beim Einzelrichter des Landesgerichts eingebracht werden, auch wenn der Ankläger überzeugt wäre, der Unfall sei aus Sicht des Handelnden nicht sehr wahrscheinlich gewesen. So wird es zu beträchtlichen Zuständigkeitsverschiebungen kommen: weg von den Bezirksanwälten und Bezirksgerichten hin zu den Staatsanwälten und Landesgerichten. Die Erläuterungen (S 6, 3 Punkt 9) gehen darauf mit keinem Wort ein.

2. Die Erweiterung des Erschwerungsgrundes nach § 33 Abs 2 StGB-Entw ist sehr bedenklich. Dass es künftig auch einen Erschwerungsgrund bilden soll, wenn ein volljähriger Täter eine Tat unter Anwendung von Gewalt oder gefährlicher Drohung „in Gegenwart einer unmündigen Person“ begangen hat, verletzt den Grundsatz, dass die Strafe aufgrund der Schuld des Täters bemessen werden muss (§ 32 Abs 1 StGB).

Ein 18-Jähriger versetzt seinem 20-jährigen Bruder in Anwesenheit des kleinen 13-jährigen Bruders einen Schlag ins Gesicht. Wenn der Schlag eine Schwellung bewirkt, ist der Täter – je nach Vorsatz – nach § 83 Abs 1 oder Abs 2 StGB-Entw strafbar und der Umstand, dass der 13-jährige die Gewalt zwischen seinen beiden älteren Brüdern – zufällig oder beabsichtigt – mitbekommen hat, nach § 33 Abs 2 StGB-Entw ein Erschwerungsgrund für den Täter. Wenn der Täter seinen kleinen Bruder mit Gewalt oder Drohung zwänge, der Misshandlung zuzuschauen, läge Nötigung vor, sonst gibt es keine vernünftige Erklärung, warum die Anwesenheit des kleinen Bruders die Schuld des Täters in irgendeiner Weise erhöhen sollte. Auch die Materialien haben dafür keine Erklärung, außer die, dass die Erweiterung „im Sinn“ des Art 46 lit d des Europaratsübereinkommens zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häusliche Gewalt (BGBl III 2008/164) sei. Aber Art 46 sieht auch vor, dass die dort aufgeführten Erschwerungsgründe im Einklang mit den einschlägigen Bestimmungen des internen Rechts bei der Bemessung der Strafe stehen müssen. Mit § 32 Abs 1 StGB steht diese völlig undifferenzierte Erweiterung jedenfalls nicht in Einklang.

3. Den gleichen Bedenken begegnet § 33 Abs 3 Z 1 StGB-Entw. Allein der Umstand, dass der Täter zB eine gefährliche Drohung, Körperverletzung oder ein Sexualdelikt gegen einen Angehörigen, (früheren) Ehepartner oder Lebensgefährten „als eine mit dem Opfer zusammenlebende Person“ begangen hat, kann kein Erschwerungsgrund sein. Sonst müsste man davon ausgehen, dass Taten gegen wildfremde Opfer die Schuld des Täters mindern. Der Umstand, dass Täter und Opfer zusammenleben, bildet bei gewissen Vermögensdelikten sogar einen Privi-

legierungstatbestand (§ 166 Abs 1 StGB). Und dass die Delikte gegen Leib und Leben, Freiheit, sexuelle Integrität und Selbstbestimmung entsprechende Privilegierungen nicht (mehr) kennen, kann umgekehrt kein Grund sein, daraus einen Erschwerungsgrund abzuleiten. Auch hier wird der Schuldgrundsatz bei Bemessung der Strafe (§ 32 Abs 1 StGB) massiv verletzt.

4. Inakzeptabel ist der generelle Ausschluss einer Diversion durch § 198 Abs 2 Z 1 StPO-Entw, wenn der Beschuldigte im Verdacht steht, einen Erschwerungsgrund nach § 33 Abs 2 oder 3 StGB-Entw verwirklicht zu haben. Der pauschale Ausschluss der Diversion nur aufgrund gewisser, im Übrigen sehr bedenklicher (s 2., 3.) Erschwerungsgründe, ohne Rücksicht auf die konkreten Umstände des Einzelfalls, ist grob unsachlich (Art 2 StGG) und sicher nicht im Interesse der Opfer, die der Entwurf auf diese Weise um sozialkonstruktive Maßnahmen wie Tausgleich und Schadensgutmachung bringt.

Eine Diversion ist danach beispielsweise ausgeschlossen: wenn ein 18-Jähriger seinen noch nicht 14-jährigen Bruder durch einen Fußtritt leicht verletzt oder der Jüngere dem Älteren bei der Misshandlung jüngerer oder älterer Geschwister auch nur zuschaut (§ 33 Abs 2 StGB-Entw); wenn der (erwachsene) Bruder seine (erwachsene) Schwester, mit der er in einem Haushalt lebt (§ 33 Abs 3 Z 1 StGB-Entw), misshandelt und dadurch fahrlässig verletzt oder sie gefährlich bedroht; wenn er ein pornografisches Foto seiner noch nicht 18-jährigen Schwester einem anderen auch nur zeigt (§ 207a Abs 1 Z 2 StGB); wenn die Mutter ihrem halbwüchsigen Sohn eine kräftige Ohrfeige gibt und ihn dabei leicht verletzt; wenn sich Eheleute oder Lebensgefährten gegenseitig gefährlich bedrohen, verletzen oder nötigen, selbst wenn den Opfern Tausgleich und Wiedergutmachung viel lieber wäre und auch mehr nützen würde als die Verurteilung des Täters.

Bezeichnend ist, dass die Erläuterungen diese Änderung, obwohl von erheblicher Bedeutung, nicht kommentieren und sogar betonen (S 35), dass sie eine Erweiterung der Diversion auf alle Delikte für nötig erachten, die mit nicht mehr als fünf Jahren Freiheitsstrafe bedroht sind, um „*ein breiteres Spektrum der Reaktion und Sanktionierung durch verstärkte Bezugnahme auf den Einzelfall*“ zu ermöglichen. Gerade mit Rücksicht auf den Einzelfall sollte aber der Passus „*und kein Erschwerungsgrund nach § 33 Abs 2 und 3 StGB anzunehmen ist*“ in § 198 Abs 2 Z 1 StPO-Entw ersatzlos entfallen.

Freilich, auch die Ausweitung der Diversion durch § 198 Abs 2 Z 1 StPO-Entw ist nur halbherzig, weil **§ 198 Abs 3 letzter Satz StPO-Entw** Sexualdelikte mit Freiheitstrafohdrohung von über drei Jahren generell ausnehmen will. Entgegen den Erläuterungen (S 35) kann man aus dem Umstand, dass Sexualdelikte eine besonders lange Tilgungsfrist auslösen und Anlasstaten für eine gerichtliche Aufsicht sein können (§ 52a Abs 1 StGB), für die Frage der Sinnhaftigkeit und Zulässigkeit der Diversion nichts gewinnen. Diversion bedeutet nicht Entkriminalisierung, schon gar nicht Verharmlosung von Sexualdelikten. Auch mit diversionellen Maßnahmen wird auf Straftaten reagiert, meistens sogar treffsicherer als durch Anklage und Verurteilung, bei denen die Wünsche, Sorgen und Forderungen des Opfers oft auf der Strecke bleiben. Dass sich minderschwere Sexualdelikte überhaupt nicht für eine Diversion eignen, behaupten nicht einmal die Erläuterungen zum Entwurf. Es gibt schlicht keinen überzeugenden Grund, zB minderschwere Fälle geschlechtlicher Nötigung (§ 202 Abs 1 StGB) pauschal und ohne Rücksicht auf das Verschulden vom Anwendungsbereich der Diversion auszunehmen. Wenn der Mann seine Partnerin aufs Bett drückt und ihr auf die Brust greift, macht er sich nach § 202 Abs 1 StGB

strafbar. Eine Diversion ist künftig allein wegen der Strafdrohung über drei Jahre (6 Monate bis zu 5 Jahre Freiheitsstrafe) ausgeschlossen, selbst wenn es dem Opfer nur darum geht, dass der Mann das Unrecht der Tat einsieht und sich verpflichtet, bestimmte Verhaltensweisen zu unterlassen (§ 204 Abs 1 StPO). Dass die Frau einem Tatausgleich zustimmt (§ 204 Abs 2 StPO), weil sie der Mann unter Druck setzt, kann vorkommen. Aber Drucksituationen ist das Opfer bei allen Deliktgruppen und auch außerhalb der Diversion mehr oder weniger ausgesetzt. So lässt sich etwa kaum verhindern, dass der Mann die Frau unter Druck setzt, in der Hauptverhandlung die Aussage zu verweigern, und dann müsste er wohl im Zweifel freigesprochen werden. Letztlich ist die Diversion auch aus Sicht des Opfers die bessere Lösung als Anklage und Hauptverhandlung. Schließlich kann nur das Opfer entscheiden, welche Reaktion seinen Interessen mehr entgegenkommt.

§ 198 Abs 3 letzter Satz StPO-Entw erscheint nicht nur unvernünftig, sondern verfassungswidrig, weil ohne sachliche Grundlage (vgl wieder Art 2 StGG).

5. Grundsätzlich zu begrüßen ist § 37 StGB-Entw. Dass in Zukunft auch Freiheitsstrafen bis zu einem Jahr in Geldstrafen, und zwar bis zu 720 Tagessätzen, umgewandelt werden können, ja bei Vorliegen der Voraussetzungen müssen, könnte zu einem Rückgang der Verurteilungen zu Haftstrafen führen. Aber dazu wäre es nötig, auch Geldstrafen bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen bedingt nachzusehen, um zu verhindern, dass die Verurteilten, wenn sie die Strafe nicht zahlen, doch wieder in den Justizanstalten „landen“. Leider hält der Entwurf an der durch das Budgetbegleitgesetz 2011 eingeführten Vorschrift, dass Geldstrafen nur bis zur Hälfte bedingt nachgesehen werden können (§ 43a Abs 1 StGB), fest. Schon derzeit neigt die Praxis dazu, die Verhängung von Geldstrafen durch bedingt nachgesehene Freiheitsstrafen zu ersetzen, wenn Zahlungsschwierigkeiten drohen (*Venier* in Fuchs-FS 627). Wie wird sich das erst auf die Verhängung von Geldstrafen bis zu 720 Tagessätzen anstelle von Freiheitsstrafen auswirken?

Eben diese Frage stellt sich auch, wenn künftig anstatt einer Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr eine **Geldstrafe bis zu 720 Tagessätzen** verhängt werden kann, ohne dass auf § 37 StGB zurückgegriffen werden muss (zB § 80 Abs 1, § 83 Abs 1, § 105 Abs 1, § 107 Abs 1, § 107a StGB-Entw). Bei Geldstrafen in dieser Höhe muss noch mehr als jetzt damit gerechnet werden, dass die Verurteilten nicht zahlen können und darum in letzter Konsequenz die Ersatzfreiheitsstrafen „absitzen“ müssen. Und die Gerichte werden nach dem Motto: „Der Angeklagte kann eh nicht zahlen“, doch wieder gleich auf Freiheitsstrafen zurückgreifen. Ohne die Möglichkeit, Geldstrafen (vollständig) bedingt nachzusehen, ist die Neuerung nicht viel mehr als eine symbolische Geste.

Dringend empfohlen wird daher die Wiedereinführung der (vollständigen) bedingten Nachsicht von Geldstrafen.

6. Die Definition der „berufsmäßigen Begehung“ in § 70 StGB-Entw ist sehr unbestimmt und kaum besser als die bisherige Definition von „gewerbsmäßiger Begehung“.

Nach wie vor genügt die bloße Absicht auf eine wiederkehrende Begehung für eine um ein Vielfaches höhere Strafdrohung bei gewissen Vermögensdelikten (§ 130, § 148 StGB-Entw). Dass der Täter ein „nicht bloß geringfügiges fortlaufendes Einkommen“ beabsichtigen muss, stellt den Rechtsanwender vor die schwierige Frage, was denn „geringfügig“ bedeuten

soll. Laut den Erläuterungen (S 11) soll ein Einkommen von ca 100 EUR monatlich nicht ausreichen. Aber der vorgeschlagene Gesetzestext spricht nur von Einkommen, und die Rechtsprechung zum geltenden § 70 StGB lässt es genügen, wenn das Einkommen insgesamt die Bagatellgrenze (100 EUR) überschreitet. Die Absicht, insgesamt etwas über 100 EUR zu erwirtschaften, lässt sich aber auch bei Tätern problemlos annehmen, die nur einen Bagatelldiebstahl oder Bagatellbetrug wiederholen wollen. Den berufsmäßigen Täter, der Taten „gleichsam wie eine berufliche Tätigkeit“ (Erläuterungen S 11) begeht, wird man damit nicht erfassen. Auch das zusätzliche Kriterium in § 70 StGB-Entw, dass der Täter in den letzten 12 Monaten mindestens „zwei solche Taten“ begangen haben muss, bringt keine wirkliche Einschränkung. Zwei Diebstähle hintereinander oder verteilt auf ein Jahr genügen, um beim dritten Diebstahl die „Hürde“ der Berufsmäßigkeit zu nehmen. Die Vortaten müssen nicht einmal „berufsmäßig“ begangen worden sein (Erläuterungen S 11f). Letztlich werden auf diese Weise wieder nur Kleinkriminelle mit – nach dem Entwurf zwar mäßig reduzierten (§ 130 neu, § 148 neu), aber noch immer – exorbitant hohen Strafen bedroht, ohne dass es aufgrund der Schadenshöhe auch nur ansatzweise gerechtfertigt erschiene.

Eine brauchbare Definition für „Gewerbsmäßigkeit“ ist in der langen Geschichte dieses Begriffs nicht gefunden worden. Die „Berufsmäßigkeit“ setzt dieses Dilemma lediglich fort. Die einzig sinnvolle Lösung besteht in der Aufgabe dieses Begriffs als Qualifikationsmerkmal (§ 130, § 148 StGB). Die sonst zur Verfügung stehenden Qualifikationen für Diebstahl und Betrug (§§ 128, 129, 130; § 147 StGB), insbesondere die Wertqualifikationen, reichen aus, um die Täter angemessen bestrafen zu können. Eine bloß „gewerbsmäßige“ bzw „berufsmäßige“ Absicht bei Tatbegehung ist ja auch sonst kein Grund für eine (saftige) Erhöhung der Strafdrohung. Untreue, Veruntreuung und Korruption beispielsweise werden auch bei „gewerbsmäßiger“ bzw „berufsmäßiger“ Begehung nicht höher bestraft: es zählt – sehr vernünftig – nur die Höhe des Schadens oder Vorteils (vgl § 133 Abs 2, § 153 Abs 2, § 304 Abs 2, § 305 Abs 3, § 306 Abs 2, 309 Abs 3 StGB). Warum sollen für Diebe und Betrüger schärfere Strafgesetze gelten als für Wirtschaftskriminelle aus Unternehmen und Politik, die oft viel höhere Schäden anrichten und dabei häufig professioneller agieren als „normale“ Täter?

7. Zustimmung verdient die Erhöhung der Wertgrenzen im Vermögensstrafrecht, sie war längst überfällig und drückt auch eine geänderte gesellschaftliche Werthaltung gegenüber Eingriffen in fremdes Vermögen aus. Darin kommt auch eine relative „Abwertung“ der Vermögensdelikte im Vergleich zu Delikten gegen Leib und Leben zum Ausdruck. Es ist daher nicht nötig, die Strafdrohungen für Körperverletzungsdelikte zu erhöhen (s auch 8.).

8. Die Neufassung der Körperverletzungsdelikte durch die §§ 83-86 StGB-Entw ist in der derzeitigen Form nicht annehmbar.

Das geltende Recht schenkt den Rechtsgütern „Leib und Leben“ durchaus Beachtung. Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren für eine schwere Körperverletzung (§ 84 Abs 1 StGB), die nach Rechtsprechung zB in einem verschobenen Nasenbeinbruch bestehen kann, und bis zu fünf Jahren, wenn die Misshandlung einen schweren Dauerschaden, zB eine erhebliche Verminderung des Sehvermögens, zur Folge hat (§ 85 StGB), sind angemessene und auch zeitgemäße Reaktionen. Dass die Praxis mit den geltenden Strafdrohungen für Körperverletzungen, auch

wenn der Täter mit Verletzungsvorsatz handelte, nicht das Auslangen findet, behauptet nicht einmal der Entwurf.

Dennoch schlägt der Entwurf vor, dass dem Täter für eine vorsätzlich zugefügte schwere Körperverletzung Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 5 Jahren (§ 84 Abs 1 StGB-Entw) und bei dadurch fahrlässig verursachter schwerer Dauerfolge sogar Freiheitsstrafe von 1 bis zu 10 Jahren drohen sollen (§ 84 Abs 3 StGB-Entw). Der Täter muss es wenigstens ernstlich für möglich halten und sich damit abfinden (§ 5 Abs 1 StGB), dass das Opfer schwer verletzt wird; auch der Versuch einer schweren Verletzung soll möglich sein (Erläuterungen S 13).

Angenommen der Täter führt einen Faustschlag gegen die Nase des Opfers, aber das Opfer kann ausweichen. Hat der Täter nun eine schwere Verletzung (verschobener Nasenbeinbruch), eine leichte Verletzung (starkes Nasenbluten, nicht verschobener Nasenbeinbruch) oder gar nur eine Misshandlung (Zufügen von Schmerzen) versucht? Von der Antwort auf diese Frage hängt ab, ob dem Täter Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 5 Jahren (§ 84 Abs 1 StGB-Entw), Freiheitsstrafe bis zu 1 Jahr oder Geldstrafe bis zu 720 Tagessätzen (§ 83 Abs 1 StGB-Entw) oder keine Strafe droht, weil eine bloß versuchte Misshandlung – ausgenommen als Beleidigung nach § 115 StGB – nicht strafbar ist. Und davon hängt auch ab, ob das Bezirksgericht oder der Einzelrichter des Landesgerichts zuständig ist und ob der Bezirksanwalt oder der Staatsanwalt für die Aufklärung der Tat zu sorgen hat.

Das geltende Recht macht zwischen Misshandlungs- und Verletzungsvorsatz keinen prinzipiellen Unterschied, eben um den Staatsanwaltschaften und Gerichten die Klärung dieser schwierigen Frage zu ersparen. Das geltende Rechts sieht infolgedessen auch bei Vorsatz auf eine schwere Verletzung nur eine moderate Strafdrohung vor, nämlich Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen oder Freiheitsstrafe bis zu 1 Jahr (§ 83 Abs 1 StGB). Wenn aber eine schwere Verletzung wirklich eingetreten ist, droht dem Täter Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren (§ 84 Abs 1 StGB). Diese Lösung ist entschieden besser als die des Entwurfs, der die Strafdrohung von schwer feststellbaren Vorstellungen des Täters über den Schweregrad der Verletzung abhängig macht. Die Gefahr, dass der Staatsanwalt jeden Faustschlag ins Gesicht des Opfers „vorsichtshalber“ nach § 84 Abs 1 StGB-Entw verfolgt, ist groß. Wer kann schon sagen, ob der Täter nicht doch einen verschobenen Nasenbeinbruch ernstlich für möglich gehalten und sich damit abgefunden hat? Das gibt dem Staatsanwalt viel Spielraum, auch kann er den Beschuldigten noch mehr unter Druck setzen, sich einer Diversion zu unterwerfen: Wenn der Beschuldigte nicht geständig ist oder einen Diversionsvorschlag ablehnt, kann ihn der Staatsanwalt problemlos wegen versuchter schwerer Körperverletzung nach § 84 Abs 1 StGB-Entw vor dem Landesgericht anklagen, und dort droht Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 5 Jahren.

Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 5 Jahren droht nach dem Entwurf jedem, der einem anderen eine leichte Verletzung (§ 83 Abs 1 oder 2 StGB-Entw) auf eine Weise zufügt, mit der Lebensgefahr verbunden ist (§ 84 Abs 2 Z 1 StGB-Entw). Auch das ist eine unnötige Verschärfung gegenüber dem geltenden Recht.

Derzeit drohen bis zu 3 Jahren Freiheitsstrafe, und die Verletzung muss mit einem Mittel und auf eine Weise herbeigeführt worden sein, womit in der Regel Lebensgefahr verbunden ist (§ 84 Abs 2 Z 1 StGB). Wenn der Täter zB mit einem Küchenmesser (Mittel) in den Hals des Opfers gestochen hat (Weise), kann das Gericht – für jedermann nachvollziehbar – auf eine Lebensgefahr schließen, auch wenn das Opfer wie durch ein Wunder nur eine harmlose Fleischwunde erlitten hat. Nach dem Entwurf genügt es, wenn das Gericht von bloßen Misshandlungen

mit Händen oder Füßen, zB einem Würgen (Erläuterungen S 13f), auf Lebensgefahr schließt, selbst wenn die Misshandlung nur Prellungen oder Würgemale verursacht hat. Das macht Verurteilungen nach dem neuen § 84 Abs 2 Z 1 sehr leicht und erlaubt Freiheitsstrafen bis zu fünf Jahren, auch wenn der Täter nicht einmal den Vorsatz hatte, das Opfer schwer zu verletzen (vgl § 84 Abs 1 StGB-Entw). Das Gericht braucht nur die kaum zu widerlegende Feststellung treffen, der Beschuldigte habe beim Würgen, Schlagen, Treten auch eine wie immer geartete Lebensgefahr in Kauf genommen.

Freiheitsstrafe von 1 bis zu 10 Jahren drohen nach dem Entwurf (bisher 6 Monate bis zu 5 Jahren), wenn der Täter eine schwere Verletzung absichtlich zufügt oder auch nur zuzufügen versucht (§ 85 Abs 1 StGB-Entw iVm § 15 StGB). Der Täter schlägt dem Opfer mehrmals mit der Faust wuchtig ins Gesicht, das Opfer ist nur leicht verletzt. Das Gericht verurteilt ihn wegen versuchter absichtlicher schwerer Körperverletzung nach dem geltenden § 87 Abs 1 StGB. Der OGH (15 Os 47/09i) gibt sich mit der Feststellung des Urteils zufrieden, es sei dem Angeklagten darauf angekommen, das Opfer „schwer am Körper zu verletzen“. In Zukunft wird diese schlichte Feststellung in den Worten des Gesetzes ausreichen, um Täter auch bei leichten Verletzungen zu Freiheitsstrafen bis zu 10 Jahren zu verurteilen. Der Entwurf scheint sich über die praktischen Folgen der Verschärfung keinerlei Gedanken zu machen.

Das gilt im Übrigen auch für die Erhöhung der Strafdrohungen bei Todesfolge in § 86 Abs 2 und 3 StGB-Entw, wo der Entwurf das geltende Recht mit Verschärfungen gleichsam zu überbieten versucht: Freiheitsstrafe von 5 bis 15 Jahren, wenn der Täter eine schwere Verletzung des Opfers (zB einen verschobenen Nasenbeinbruch) in seinen auch nur bedingten Vorsatz aufnahm (derzeit 1 bis 10 Jahre); Freiheitsstrafe von 10 bis zu 20 Jahren, wenn er eine schwere Verletzung beabsichtigte und das Opfer ungewollt an den Folgen stirbt (derzeit 5 bis 10 Jahre). Auch hier scheint sich der Entwurf für die praktischen Auswirkungen der Verschärfung nicht zu interessieren.

9. Die neuen Sexualstrafbestimmungen (§ 205a, § 218 StGB-Entw) sind entschieden abzulehnen. Der Ultima-Ratio-Gedanke des Strafrechts erfordert Zurückhaltung auch bei der Schaffung neuer Sexualdelikte. Der Entwurf kennt leider keine Zurückhaltung.

§ 205a StGB-Entw bedroht unter anderem denjenigen mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren, der mit einer anderen Person ohne deren Einverständnis den Beischlaf oder eine dem Beischlaf gleichzusetzende geschlechtliche Handlung vornimmt. Nehmen wir an, die Frau behauptet im Zuge der Scheidung oder Trennung, sie habe den Geschlechtsverkehr mit ihrem Noch-Partner „eigentlich“ nicht gewollt, sie habe sich „überfahren gefühlt“, sei „getäuscht“ worden und hätte bei Kenntnis der wahren Umstände (zB Untreue des Partners, Trennungsabsicht) nie eingewilligt; sie habe nur mitgemacht, weil ihr Partner sie – mehr oder weniger? – hinters Licht geführt oder gedrängt habe, weil er so hartnäckig gewesen sei. So wird wohl aus jedem streitigen Scheidungsverfahren auch ein Strafverfahren hervorgehen, dessen Ausgang – wenn Aussage gegen Aussage steht – höchst ungewiss ist. Jedenfalls wird der beschuldigte Partner erpressbar, wenn er sich nicht den Forderungen des angeblichen Opfers, zB nach höherem Unterhalt oder alleiniger Obsorge, beugt. Ein ausdrückliches oder vielleicht auch nur schlüssiges „Nein“ zu dem einen oder anderen Geschlechtsverkehr im Laufe einer Beziehung lässt sich im Nachhinein immer konstruieren.

Ein „deutliches, aber doch maßvolles Zeichen“ gegen sexuelle Gewalt, wie die Erläuterungen (S 26) meinen, ist die Bestimmung nicht, da sie weder Gewalt noch Drohung voraussetzt, sondern nur einen „konsenslosen Sexualkontakt“ (Erläuterungen ebenda). Natürlich sollen Sexualkontakte einverständlich erfolgen, aber es kann nicht Aufgabe des Strafrechts sein, nachzuprüfen, ob Sexualpartner mit allem, was sie taten, immer und voll einverstanden waren. Es ist jedem Sexualpartner zumutbar, sich deutlich und unmissverständlich gegen unerwünschte geschlechtliche Handlungen auszusprechen. Lediglich der Umstand, dass ein Partner zum Geschlechtsverkehr überredet, verführt, gedrängt oder durch Versprechen verleitet wurde, rechtfertigt keine Kriminalstrafe.

Wenn Gewalt oder gefährliche Drohung im Spiel ist, greift selbstverständlich der Schutz des Strafrechts (zB § 201, § 202 StGB). Eine gefährliche Drohung kann auch schlüssig durch Gesten oder Andeutungen erfolgen, wenn sich aus den Umständen ergibt, was der Täter dem Opfer antun will, falls es sich nicht fügt. In einer „Gewaltbeziehung“, in der ein Partner den anderen schon aus nichtigem Anlass verprügelt, können auch kleine Gesten für eine gefährliche Drohung ausreichen. So sind die wirklich strafwürdigen Fälle schon durch das geltende Recht erfasst.

Strafbar soll nach dem Entwurf auch sein, wer das Einverständnis zum Geschlechtsverkehr durch Ausnützung einer Zwangslage oder durch Einschüchterung erlangt. Die Erläuterungen nennen keine Beispiele. Vermutlich sind die Fälle der Einschüchterung praktisch deckungsgleich mit denen der Drohung oder Gewaltanwendung nach den §§ 201, 202 StGB, insoweit ist die Bestimmung überflüssig. Das Ausnutzen einer Zwangslage kann vieles bedeuten. Ist die Frau in einer Zwangslage, wenn sie ihr Mann verlassen oder ihr den Zugriff zu seinem Konto sperren will, wenn sie nicht mit ihm schläft? Ist der Mann in einer Zwangslage, wenn ihn die Ehefrau auf die Straße setzt, wenn er nicht wieder mit ihr anstatt mit der Freundin schläft? Ein am Ultima-Ratio-Prinzip ausgerichtetes Strafrecht sollte sich von solchen Fragen fernhalten.

§ 218 StGB-Entw will nicht nur die 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“ erfassen. Die Definition ist unverständlich, und auch die Erläuterungen machen sich nicht die Mühe, sie zu erklären. Will der Entwurf das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot für Sexualdelikte außer Kraft setzen?

10. Die vorgeschlagene Änderung des Suchtmittelgesetzes (SMG) erscheint problematisch. Dass die Polizei gewisse Drogendelikte (§ 27 Abs 1, Abs 2, § 30 SMG), die nur für den eigenen oder den persönlichen Gebrauch eines anderen begangen wurden, nicht der Staatsanwaltschaft, sondern der Gesundheitsbehörde anzeigt (§ 13 Abs 2a SMG-Entw), könnte sinnvoll sein. Leider ist die Praxis der Gesundheitsbehörden in der Frage, welche gesundheitsbezogenen Maßnahmen Cannabiskonsumenten – sie sind hauptsächlich betroffen – abverlangt werden sollen, ganz verschieden. Es gibt Amtsärzte, die dem Staatsanwalt schon bei der ersten Anzeige gegen einen Haschischkonsumenten vorschlagen, er möge den vorläufigen Rücktritt von der Verfolgung (§ 35 SMG) von regelmäßigen (kostenpflichtigen!) Harntests und Beratungsgesprächen in Einrichtungen der Drogenberatung abhängig machen. Solche Harntests sind gerade bei Erstkonsumenten unnötig, um nicht zu sagen schikanös, und Drogenberatungsstellen haben Besseres zu tun, als Gelegenheitskiffer zu „beraten“. Die Macht der Amtsärzte wird durch die

vorgeschlagene Änderung wachsen, weil sie es in der Hand haben, über die weitere strafrechtliche Verfolgung des Angezeigten zu entscheiden. Bei Verstößen gegen eine amtsärztlich verordnete Maßnahme oder bei Verweigerung einer amtsärztlichen Untersuchung (§ 12 Abs 1 SMG) wird der Betreffende bei der Staatsanwaltschaft angezeigt. Wenn es sich um einen Fall des § 35 SMG handelt, was regelmäßig zutreffen wird, hat die Gesundheitsbehörde „statt einer Strafanzeige sogleich eine Stellungnahme“ zu übermitteln (§ 14 Abs 1 SMG-Entw-SMG). Man kann davon ausgehen, dass der Staatsanwalt den vorläufigen Verfolgungsverzicht davon abhängig machen wird, dass sich der Angezeigte den gesundheitsbezogenen Vorschlägen des Arztes unterwirft. Überzogenen amtsärztlichen Forderungen kommt der Angezeigte letztlich nicht aus.

In Anbetracht dessen erscheint die geltende Regelung die bessere Lösung. Die Polizei zeigt direkt beim Staatsanwalt (Bezirksanwalt) an, und dieser braucht nach § 35 Abs 4 SMG die Gesundheitsbehörde – ausgenommen der Verdächtige wurde in den letzten 5 Jahren schon einmal angezeigt – nicht zu konsultieren, um von der Verfolgung vorläufig absehen zu können. Das schont letztlich auch die Ressourcen der Gesundheitsbehörden und dürfte im Ergebnis die kostensparendere Variante sein.

Kriminalpolitisch vernünftiger und auch kostensparender wäre es freilich, wenn der Entwurf den **Erwerb und Besitz einer geringen Menge zum eigenen Konsum** von der Strafbarkeit ausdrücklich ausnähme. Dieser Weg ist derzeit leider durch die Rechtsprechung des OGH verbaut (*Schwaighofer* in WK-StGB § 27 SMG Rz 13, 19). Zu erwägen wäre auch eine prozessuale Lösung: So sollte der Staatsanwalt wenigstens bei „Ersttätern“ von der Verfolgung „wegen Geringfügigkeit“ abzusehen haben, auch wenn nicht alle Voraussetzungen des § 191 StPO erfüllt scheinen.

Laut den Erläuterungen soll der Angezeigte weder Verdächtiger noch Beschuldigter sein, solange gegen ihn keine Ermittlungen geführt werden: Die Polizei zeigt jemanden wegen Drogenbesitzes bei der Gesundheitsbehörde an (§ 13 Abs 2a SMG-Entw); der Angezeigte ist natürlich verdächtig, sonst bestünde kein Anfangsverdacht und die Polizei müsste nicht anzeigen. Nach Meinung der Erläuterungen (§ 33) kann der Angezeigte als Zeuge vernommen werden, solange nur gegen den Lieferanten ermittelt wird. Soll sich die Polizei aussuchen können, gegen wen sie ermittelt, und was bedeutet „gegen jemanden ermitteln“? Wenn der mutmaßliche Drogenkonsument gefragt wird, was und wieviel er konsumiert und vom er es bezogen hat, liegt darin eine Erkundigung zur Aufklärung eines Anfangsverdachts (§ 152 Abs 1 StPO). Es ist eine Ermittlung, um den Anfangsverdacht in jede Richtung aufzuklären (Gewinnung einer Information zur Aufklärung eines Verdachts einer Straftat nach § 91 Abs 2 StPO), also auch um den Verdacht gegen den Konsumenten zu klären. So richtet sich das Ermittlungsverfahren zwangsläufig auch gegen den Konsumenten, ohne dass es die Polizei durch die Behauptung beschränken kann, es werde (vorläufig) nur gegen den Lieferanten ermittelt.

Die Gegenmeinung hätte zur Folge, dass es sich die Kriminalpolizei aussuchen könnte, ob sie den Angezeigten als Beschuldigten (§ 48 Abs 2 StPO) oder als Zeugen vernimmt. Sie müsste sich nur auf den Standpunkt stellen, „gegen ihn“ werde ja (noch) nicht ermittelt, was immer das bedeuten mag (vgl *Bertel/Venier* Strafprozessrecht⁸ Rz 107). Dann muss der Angezeigte aussagen, zB von wem er die Drogen gekauft und was er mit ihnen gemacht hat, und er kann für eine unrichtige Aussage nach § 288 Abs 4 StGB bestraft werden. Als Zeuge kann er die Aussage zwar verweigern, wenn er sich durch eine wahrheitsgemäße Aussage der Gefahr einer Strafverfolgung aussetzte (§ 157 Abs 1 Z 1 StPO), aber wenn ihn die Polizei darüber nicht be-

lehrt, bleibt das ohne prozessuale Konsequenz (vgl § 159 Abs 3 StPO). Wenn im Übrigen der Angezeigte als Zeuge die Aussage unter Berufung auf Selbstbelastungsgefahr verweigert, wird er später als Beschuldigter keinen Glauben finden, wenn er doch aussagt. So sagen Zeugen in dieser Konfliktsituation zumeist aus, häufig mit der Konsequenz, dass man sie wegen Falsch-aussage verfolgt. Dieses Testen tatverdächtiger Zeugen ist unfair, der Wahrheitsfindung abträglich und führt zu unnötigen Verurteilungen wegen falscher Beweisaussage. Die Erläuterungen sollten klarstellen, dass der Angezeigte von Anfang an als Verdächtiger/Beschuldigter zu behandeln ist und darum nicht als Zeuge vernommen werden darf.