

Ao. Univ.-Prof. Dr. Alexander Tipold
Institut für Strafrecht und Kriminologie
Universität Wien
Schenkenstrasse 8
1010 Wien

An das
Bundesministerium für Justiz
Postfach 63, 1016 Wien
Museumsstraße 7

Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem die RAO, die NO, das StGB und die StPO geändert werden
Begutachtungsverfahren
BMJ-L318.029/0001-II 2/2010

Wien, am 27. April 2010

Punktuelle Stellungnahme

Im Folgenden wird – abgesehen von einer Kritik am Begleitschreiben – auf die vorgeschlagenen Änderungen des StGB und der StPO eingegangen. Aus dieser Einschränkung allein soll aber kein Einverständnis zu den Vorschlägen der Änderungen der RAO und der NO abgeleitet werden.

Anmerkungen zum Text des Anschreibens

Das Anschreiben ist zwar nicht Gegenstand des Begutachtungsverfahrens, eine Textstelle reizt aber zum Widerspruch und sollte – wie schon einmal gefordert – in Zukunft weggelassen werden. Sie erinnert an Aussagen wie „Eltern haften für ihre Kinder“ und eine derartige Assoziation hat kein Entwurf eines Ministeriums nötig.

Wird keine Stellungnahme abgegeben, wird nach dem Begleitschreiben angenommen, dass kein Einwand besteht – für eine solche Auffassung seitens des Ministeriums gibt es keine Grundlage. Grundsätzlich gilt, dass Schweigen kein Erklärungswert beigemessen werden darf, weil es viele Ursachen haben kann (*Koziol/Welser/Kletecka* Bd I¹³ 102 f mwN). Das betrifft nicht nur den Geschäftsverkehr, sondern gilt allgemein; auch im Straf- und Strafprozessrecht, wiewohl in diesem Bereich die sohin verfehlte Neigung dazu besteht, Schweigen mit bestimmten Inhalten zu versehen. Schweigen könnte aus Zeitmangel erfolgen oder aus Arbeitsbelastung oder schlicht aus innerer Emigration, wenn die Stellungnahme als sinnlos erscheint, wenn und weil Verfehltes politisch gewünscht ist und daher Gesetz wird (vgl § 91 Abs 2a StGB; § 107b StGB). Daher lässt sich eine Zustimmung oder ein Fehlen von Einwänden aus dem Schweigen nicht ableiten. Wenn hier einzelne Punkte nicht aufgegriffen werden, kann es

sein, dass der Verfasser die Mängel schlicht übersehen hat, woraus ebenfalls eine Zustimmung nicht abgeleitet werden kann.

Sollte die Textstelle hingegen motivierend sein, so ist festzuhalten, dass dies in der Regel die Entwürfe selbst sind, die – wie der vorliegende – ausreichend zu einer Stellungnahme anregen. Angesichts der inhaltlich (nicht der Anzahl nach) weit reichenden Änderungen erscheint die eingeräumte Stellungnahmefrist recht kurz, um eingehend Stellung zu nehmen. Auch dies erscheint bei diesem Entwurf schon vorweg kritikwürdig!

Anmerkungen zu § 165 StGB in der Fassung des Entwurfes

1. Nach den Erläuterungen soll die „Eigengeldwäscherei“ strafbar werden. Hinter dieser Aussage und der im Text leicht übersehbaren Änderung steht die wesentliche Änderung, dass Verwertungshandlungen des Vortäters nun auch als Nachtat eigens strafrechtlich verfolgt werden soll. Demnach soll der Dieb nicht nur wegen des Diebstahls, sondern auch zusätzlich wegen § 165 StGB verfolgt werden. Hier stellt sich als erstes die Frage, was das bringen soll. Vom Strafraumen her betrachtet ist zumindest bei den nach dem Entwurf nunmehr neu erfassten Vermögensdelikten § 165 gleich wie oder weniger streng bestraft als die Vortat. § 165 StGB wird demnach nur (aber immerhin?) über § 33 Z 1 StGB als bezeichneter Erschwerungsgrund in die Strafzumessung einfließen. Es muss aber ein Schuldspruch erfolgen und dementsprechend müssen ausreichende Beweiserhebungen durchgeführt werden. Angesichts der extremen Belastung der Strafverfolgungsorgane ist eine weitere, in ihrer strafrechtlichen Bedeutung derart begrenzte Ausdehnung der Strafbarkeit wenig sinnvoll. Schon aus diesem Grund sollte diese Änderung überdacht werden. Wenn es nur darum geht, Schuldsprüche wegen § 165 StGB zu erhöhen, damit Österreich international besser dasteht, so läuft das auf einen Missbrauch des Strafrechts hinaus. Wenn das gewünscht ist, sollte es in den Materialien wenigstens klargestellt werden.
2. Durch die Ausdehnung der Strafbarkeit auf „Eigengeldwäscherei“ wird das Verhältnis zu § 164 StGB (Hehlerei) fraglich. Dieses Nachtatverhalten wird nach dem Entwurf nicht ausgedehnt, jenes von § 165 StGB schon. Ein Diebstahl von € 3.000 ist nur als solcher strafbar, gleichgültig, welches Nachtatverhalten der Dieb setzt. Bei € 3.000,01 macht sich der Dieb zusätzlich nach § 165 StGB, aber nie nach § 164 StGB strafbar. Ist diese Abgrenzung dann noch sachlich zu rechtfertigen? Internationale Bedürfnisse nach mehr Urteilen wegen Geldwäscherei stellen keine sachliche Rechtfertigung da. Eine Subsidiarität der Geldwäscherei gegenüber der Hehlerei kann dann wohl auch kaum mehr vertreten werden.
3. Tathandlungen des § 165 sind das Verschleiern und das Verbergen der Vermögensbestandteile und damit ist der Tatbestand denkbar weit gefasst. Jeder Dieb wird seine Beute verbergen oder deren Herkunft verschleiern. Alles andere wäre bar jeder (verbrecherischer und anderer) Vernunft und allzuviel kriminelle Energie ist dafür wahrlich nicht nötig. Mit diesen Handlungen wird der Schaden, den der Dieb verursacht hat, aber nicht

vergrößert. Damit verliert die Geldwäscherei zum einem in diesem Bereich jedenfalls ihren Charakter als Vermögensdelikt. Zum anderen – und das ist wohl entscheidend – müsste der Dieb, um sich nunmehr rechtmäßig zu verhalten, Handlungen setzen, die die Vermögenswerte nicht verbergen oder deren Herkunft verschleiern. Damit wird eine Offenlegungspflicht strafrechtlich abgesichert: Der Dieb muss, um sich nicht auch wegen Geldwäscherei strafbar zu machen, gleichsam an der Aufklärung seiner Taten mitwirken oder zumindest jegliche Form einer Behinderung seiner Strafverfolgung vermeiden. Damit wird die Geldwäscherei eigentlich zu einem Delikt zum Schutz der Rechtspflege (allerdings nur bei den erfassten Vortaten). Entscheidend ist aber, dass der Entwurf damit in ein Spannungsverhältnis zum Verbot der Verpflichtung zur Selbstbelastung gerät und so gegen die EMRK verstößt. An dieses internationale Vertragswerk ist wohl auch die FATF gebunden, zumindest kann sie wohl kaum menschenrechtswidrige Empfehlungen abgeben (soweit so weit überhaupt gedacht wurde). Siehe zu dem Umgang mit den Problemen in der Schweiz, *Pieth* Baseler Kommentar Art 305bis Rz 2 ff. Diese Probleme gilt es zu vermeiden!

4. Es ist nicht anzunehmen, dass die OLG oder der OGH ein verfassungswidriges Gesetz an den VfGH herantragen. Sehr wohl ist anzunehmen, dass ein Verteidiger ein entsprechendes Urteil eines österreichischen Gerichts an den EGMR herantragen wird. So gesehen droht durch die Reform wieder einmal eine Verurteilung Österreichs durch den EGMR – nur um mehr Urteile wegen Geldwäscherei statistisch erfassen zu können. Die Eigengeldwäscherei sollte daher aus all diesen Gründen jedenfalls nicht strafrechtlich erfasst werden. Diesbezüglich sollte der Entwurf zurückgenommen werden.
5. Weiters ist mit dem Entwurf eine Ausdehnung der geldwäschereitauglichen Delikte verbunden. Es wird wohl nicht mehr allzu lange dauern, bis jedes Delikt geldwäschereitauglich ist. Abgesehen von einer derart grundsätzlichen Frage, ob dies so sein soll, stellt sich bei dem vorliegenden Entwurf noch das Problem, dass die Delikte gegen Vorschriften des gewerblichen Rechtsschutzes Privatanklagedelikte sind. Demnach ist das Verletzungsdelikt selbst nicht von Amts wegen verfolgbar, die Nachtat hingegen schon (dies ist de lege lata bereits bei § 168c und d StGB der Fall, was die Problematik aber nicht entschärft). Dieses Ergebnis ist sachlich nicht zu rechtfertigen. Um die Strafbarkeitsvoraussetzungen der Geldwäscherei zu prüfen, müssen die Strafverfolgungsbehörden auch die Erfüllung der Straftaten gegen den gewerblichen Rechtsschutz von Amts wegen überprüfen. Ist das gewollt so? Wenn der gewerbliche Rechtsschutz eine Privatanklage auch zum Schutz des Opfers vorsieht – etwa um Opfer vor einer Victimisierung durch Strafverfolgungsbehörden zu schützen, weil die geschützten Geheimnisse oder die Tatsache der Opfereigenschaft im Zuge der Strafverfolgung noch mehr offengelegt werden – dann wird ein solches Ziel durch den vorliegenden Entwurf konterkariert.
6. Vor dieser Ausdehnung sollte daher überlegt werden, ob nicht die Delikte gegen Vorschriften zum gewerblichen Rechtsschutz als Officialdelikte ausgestaltet werden. Nur dann und nur in diesem Rahmen wäre eine Geldwäscherei möglich. Das hat im Übrigen unabhängig von der Strafbarkeit der Eigengeldwäscherei zu erfolgen. Der Entwurf würde in dem Bereich die Wertungswidersprüchlichkeiten aber noch verdeutlichen: Der Verstoß gegen den gewerblichen Rechtsschutz wäre nur ein Privatanklagedelikt, das wahrschein-

lich wegen des Fehlens des strafprozessualen Vorverfahrens nicht oder nur sehr eingeschränkt verfolgt werden könnte. Die Verwertung durch den Täter wäre strafbar, was von Amts wegen zu verfolgen wäre. Natürlich können die prozessualen Verfolgungsschwierigkeiten von Privatanklagedelikten auf diese Art beseitigt werden. Es wäre aber ehrlicher, Privatanklageverfahren mit einem entsprechenden Vorverfahren auszugestalten.

7. Im Übrigen ist auf Grund der Erhöhung des Strafrahmens bei einzelnen Delikten die Strafdrohung niedriger ist als jene der Geldwäscherei – etwa beim gewerblichen Rechtsschutz und zB auch bei den §§ 168c und d StGB. Da die Vortaten gegen das Vermögen, aus denen der Vermögenswert stammt, letztlich wohl unzweifelhaft das schwerere Übel enthalten – mit ihnen werden die Rechtsgüter verletzt und in der Regel ist das Verletzungsdelikt mit höherer krimineller Energie verbunden –, erscheint auch die Anhebung des Strafrahmens als gleichheitswidrig. Das Vorbild des Korruptionsstrafrechts bietet dafür keine sachliche Rechtfertigung.
8. Fraglich ist, ob der Begriff „Vorschriften des gewerblichen Rechtsschutzes“ ausreichend klar ist, denn er ist an sich kein Gesetzesbegriff. So gesehen könnte der Vorschlag zu unbestimmt und aus diesem Grund verfassungsrechtlich bedenklich sein.
9. Zusammengefasst ist festzuhalten: Der Entwurf ist in nahezu jedem seinem Aspekt bedenklich und sollte hierin weitgehend zurückgenommen werden. Zumindest sollte versucht werden, die Geldwäscherei in das System des Strafrechts mit weniger Wertungswidersprüchen einzupassen.

Anmerkungen zu § 116 StPO in der Fassung des Entwurfes

10. Mit dem vorliegenden Entwurf bleibt vom Schutz des Bankgeheimnisses im Strafverfahren nichts, nämlich wirklich nichts mehr übrig. Hier kann nicht eine „Erleichterung“ und die „Förderung“ zwischenstaatlicher Zusammenarbeit als Begründung angegeben werden, um den Schutz der Bankunterlagen aufzugeben. Mit dieser Begründung könnte im Übrigen jegliche in der StPO enthaltene Einschränkung beseitigt werden, daher ist sie für den vorliegenden Vorschlag unzureichend. Es kann nur von Glück geredet werden, dass die FATF nicht die gesamte StPO evaluiert hat – es würde wohl nichts mehr an rechtsstaatlichen Kautelen überbleiben, ist doch die StPO ein die Strafverfolgung immer erschwerendes Regelwerk, so wie es der Rechtsstaat auch an sich ist. Eine derartig weit reichende Änderung erscheint doch als recht erstaunlich, vor allem wenn dann noch der Diskussionsprozess mit einer derart kurzen Stellungnahmefrist abgekürzt wird.
11. Die einzige verbleibende Grenze ist jene der Einschränkung der Straftaten: Bei fahrlässigen (!) Vergehen, die in die Zuständigkeit des Bezirksgerichts fallen, ist eine Kontenöffnung unzulässig. Das sind also fahrlässige Tötung (§ 80 StGB) und fahrlässige Körperverletzung (§ 88 Abs 1, Abs 3 und Abs 4 1. Fall StGB) sowie vielleicht wenige Taten im Nebenstrafrecht (soweit ersichtlich: § 82 Abs 1 LMSVG). Das ist nun schon so wenig, dass diese Einschränkung gleich auch noch entfallen könnte.

12. Wenn auf die Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit als Begrenzung abgestellt wird, läuft dies ebenfalls auf eine Grenzenlosigkeit hinaus. Es ist wohl notorisch, dass Gerichte hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit, aber auch hinsichtlich der Erforderlichkeit kein hohes Begründungsniveau erreichen und dies auch auf staatsanwaltschaftliche Anordnungen – die dann mit einer gerichtlichen Bewilligungsstampiglie versehen werden dürfen – ebenso zutrifft. Jeder, der schon einmal Haftbeschlüsse in Händen gehalten hat, wird dies wohl bestätigen können. Es sei hier aber auch zugestanden, dass die Verhältnismäßigkeit letztlich gar nicht so einfach im Einzelfall begründbar ist. Daher bieten diese beiden Determinanten weder eine wirkliche Grenze noch einen ausreichenden Schutz. Die Sorge um allfällige Anordnungen von Bezirksanwälten erscheint demgegenüber fast schon vernachlässigbar.
13. Der Entwurf führt nun dazu, dass in das Konto jedes unverdächtigen Dritten, letztlich aber auch des Opfers Einsicht genommen werden kann. Das erscheint als unerträglich weit. Vielleicht wäre eine Unterscheidung zwischen Tatverdächtigen einerseits und Dritten andererseits möglich, wobei dann Opfer uU noch eine Sonderstellung einnehmen könnten. So würden Fragen der Verhältnismäßigkeit schon vorweg zumindest ein wenig bereits im Gesetz gelöst werden.
14. Gegenüber einer Hausdurchsuchung erscheint die Streuwirkung bei Bankunterlagen wesentlich höher. Wenn der Entwurf Gesetz wird – woran wohl nicht zu zweifeln ist – ist fraglich, wie man diese Gefahr der Streuwirkung reduzieren kann. Hier gilt es wohl zu überlegen, ob man nicht massiv Beweisverwertungsverbote (oder dergleichen) als Ausgleich schaffen müsste. Es wäre vor der Reform genauer zu prüfen, wie andere Länder mit dieser weiten Streuwirkung und der starken Möglichkeit von Zufallsfunden umgeht.
15. Es wäre wünschenswert, wenn die Materialien offen legen könnten, welche seltenen Fälle noch unter § 116 Abs 2 Z 2 StPO fallen. Die Bestimmung dürfte wahrscheinlich ohne Bedeutung sein und könnte demnach gestrichen werden. Schließlich soll man doch weiter von der Interpretationsmaxime ausgehen können, dass der Gesetzgeber nichts Unnötiges regelt (vgl. *Fuchs AT I*⁷ 4/5).

Mit vorzüglicher Hochachtung

Alexander Tipold