



Univ.Prof. Dr. Alexander Tipold
 Institut für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie
 Karl-Franzens-Universität Graz
 Universitätsstraße 15/B3
 8010 Graz
 Ao. Univ.-Prof. am Institut für Strafrecht und Kriminologie
 Universität Wien
 Schenkenstrasse 8
 1010 Wien

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

Entwurf betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Strafgesetzbuch zum Schutz von Unmündigen geändert wird
 Begutachtungsverfahren
 BMJ-S318.030/0001-IV 1/2011

Wien, am 20. September 2011

1. Der Entwurf scheint eine einfache Lösung zum verbesserten strafrechtlichen Schutz Unmündiger anzubieten, indem über einen neuen § 39a StGB Mindeststrafdrohungen erhöht werden (Abs 1) und ein Erschwerungsgrund festgelegt wird (Abs 2). Die Verfasser folgen hier der Ansicht, dass erhöhte Strafdrohungen potentielle Straftäter von einer kriminellen Tat abhalten. Das ist eine, vor allem unter PolitikerInnen und JournalistInnen weit verbreitete Meinung, deren Richtigkeit nicht belegbar ist (vgl *Meyer*, *Kriminologie*³ § 9 Rz 90 mwN; *Grafl*, *JAP* 2006/2007, 199; *Grafl/Gratz/Höpfel/Hovorka/Pilgram/Schroll/Soyer*, *Kriminalpolitische Initiative: Mehr Sicherheit durch weniger Haft!* JRP 2011 in Druck [Punkt C. Wirkungsziel III]). Es wird wohl keinen 22jährigen Täter davon abhalten, einen 13jährigen zu berauben, nur weil die Mindeststrafe nun zwei Jahre und nicht mehr „bloß“ ein Jahr beträgt. Eine Bestimmung wie die vorliegende zu schaffen, bedeutet keinen erhöhten Schutz für Unmündige; vielmehr wird wie so oft eine Scheinlösung geboten.
2. Das Vorblatt zu den Erläuterungen nimmt Bezug auf die Überprüfung der Stimmigkeit des Systems der Strafrahen. Dass die Erhöhung der Mindeststrafdrohungen das System der Strafrahen nun stimmiger macht, wird in weiterer Folge nicht einmal mehr behauptet. Die Erhöhung der Stimmigkeit der Strafrahen ist durch den Entwurf auch nicht erkennbar. Zweifellos erscheint der Entwurf als eine Fortschreibung von im 2. Gewalt-

schutzgesetz getroffenen Maßnahmen, durch das etwa § 107b StGB geschaffen wurde (siehe zu dieser problematischen Bestimmung etwa die Kommentierung von *Winkler* im Salzburger Kommentar mwN).

3. Ebenso ist es eine Behauptung, dass durch die vorgeschlagene Änderung dem verwirklichten Unrecht der begangenen Taten nun angemessen begegnet werden könne. Das kann man genauso von der bisherigen Rechtslage mit genau derselben Begründung behaupten – schließlich bleibt unklar, wann diese Angemessenheit zu bejahen ist.
4. § 39a ist aber nicht nur vom Grundgedanken verfehlt, sondern auch in seiner Ausgestaltung:
5. § 39a Abs 1 StGB stellt auf eine strafbare Handlung ab, bei der die Anwendung von Gewalt oder gefährlicher Drohung „tatbildlich“ ist. Mit „tatbildlich“ ist dem allgemeinen Gebrauch im Strafrecht nach gemeint, dass das jeweilige Element Teil des objektiven Tatbestandes ist (vgl *Fuchs*, AT⁷ 10/48; *Kienapfel – Höpfel*, AT¹³ Z 8 Rz 19). Und in diesem Sinne werden auch die Regelungen der §§ 2, 5 und 6 StGB verstanden. Demnach sind Gewalt und gefährliche Drohung dann „tatbildlich“, wenn sie im objektiven Tatbestand der Strafnorm genannt werden. Zu denken ist daher an die §§ 84 Abs 3, 102, 103, 104a Abs 3 und 4, 105 (106), 107b, 109, 131, 140, 142 (143), 144 (145), 185, 186, 189, 201, 202, 207a Abs 2, 215a Abs 2, 217 Abs 2, 242, 249, 250, 251, 262, 267, 269, 284, 316 und 321 StGB, wenn es um eine „tatbildliche“ Gewalt geht. Bei einem Teil dieser Bestimmungen ist auch die gefährliche Drohung „tatbildlich“, das heißt im objektiven Tatbestand (= Tatbild) genannt. Allerdings können nicht alle diese Delikte gegenüber Unmündigen begangen werden. Im Gegensatz dazu und entgegen den diesbezüglich völlig verfehlten Erläuterungen sind etwa bei den Körperverletzungsdelikten – die Sonderregelung des § 84 Abs 3 StGB ausgenommen – Gewalt und gefährliche Drohung gerade nicht tatbildlich. So findet sich im objektiven Tatbestand, also im Tatbild des § 83 StGB, weder der Begriff „Gewalt“ noch jener der „gefährlichen Drohung“. Die in den Materialien als Beispiel genannten Körperverletzungsdelikte fallen daher gerade nicht unter § 39a Abs 1, wenn auf die „tatbildliche“ Gewalt oder gefährliche Drohung abgestellt wird. Dasselbe gilt für den in den Erläuterungen genannten § 92 StGB.
6. Gemeint dürfte wohl sein, dass die Tat unter Anwendung von Gewalt oder gefährlicher Drohung begangen wurde, worauf § 39a Abs 2 abstellt und was die Erläuterungen bei der beispielsweise Behandlung des § 92 StGB zeigen. Tatbildlich ist ein althergebrachter, auch im Gesetz verwendeter Begriff – von ihm sollte nicht abgegangen werden; schon gar nicht in einer Bestimmung wie dem vorgeschlagenen § 39a StGB. Wenn die in den Erläuterungen genannten Beispiele von § 39a Abs 1 erfasst werden sollen, was offensichtlich intendiert ist, hat § 39a Abs 1 wie folgt zu lauten: *„Hat ein volljähriger Täter eine strafbare Handlung unter Anwendung von Gewalt oder gefährlicher Drohung gegen eine unmündige Person begangen, so tritt“*

7. § 39a Abs 2 enthält einen namentlich genannten Erschwerungsgrund. Sollte diese Bestimmung nicht besser an § 33 StGB als dessen Abs 2 oder als dessen Z 8 angehängt werden? Das wäre systematisch gesehen sachgerecht. Es wäre auch denkbar, die Unmündigkeit in die Z 7 des § 33 StGB einzubauen: „*bei Begehung der Tat die Wehr- oder Hilflosigkeit eines anderen oder dessen Unmündigkeit ausgenützt hat.*“ Damit wäre der Schutz der Unmündigen sogar unabhängig von Gewalt und gefährlicher Drohung erhöht, andererseits muss die Unmündigkeit die Tat erleichtert haben, was natürlich bei Gewalt nicht immer der Fall sein wird. Jedenfalls sollte § 39a Abs 2 aus systematischen Gründen bei § 33 angesiedelt werden, denn dort finden sich die Erschwerungsgründe und eine Strafschärfung – so die Überschrift des § 39a – findet bei einem Erschwerungsgrund nicht statt, da der Strafraum derselbe bleibt.
8. Fraglich ist, ob das jugendliche Alter des Opfers allein und generell betrachtet (daher vom Einzelfall unabhängig) an sich sachgerecht einen Erschwerungsgrund darstellen kann; schließlich erscheint auch ein „rüstiger Greis, der nach arbeitsamen Leben die verdiente Ruhe genießen möchte“ (dieses und andere Beispiele bei *Fahl*, Zur Bedeutung des Regeltatbildes bei der Bemessung der Strafe (1996) 30 mwN) besonders schützenswert, gerade bei Gewalttaten. Dasselbe gilt für die junge Mutter, den tatkräftigen Kindesvater usw. § 39a Abs 2 könnte demnach gleichheitswidrig sein (so für Deutschland etwa *Fahl*, Zur Bedeutung des Regeltatbildes bei der Bemessung der Strafe (1996) 31 mwN). Die Beispiele zeigen aber Potential für künftige Straferschwerungsgründe auf.
9. § 39a Abs 1 führt dazu, dass der Erschwerungsgrund des Abs 2 nicht greift, wenn die Mindestgrenze gemäß Abs 1 erhöht wird. Wenn bei einer Tat das Unrecht unabhängig von der Unmündigkeit des Opfers ohnedies schon so hoch, dass eine Strafausmessung nahe der Mindestgrenze des Strafraumes nicht in Betracht kommt, ist dieser Straferschwerungsgrund nicht heranzuziehen. Ist das sinnvoll? Zwar wird die Einstiegsstrafe aufgrund des höheren Mindestmaßes höher angesetzt werden (siehe dazu *Ebner*, WK² § 32 Rz 96 ff), doch gleicht sich das wiederum aus, weil in der Unmündigkeit kein Erschwerungsgrund liegt. So gesehen läuft der Vorschlag hinsichtlich der Strafzumessung – nicht aber hinsichtlich der Arbeitsbelastung der RichterInnen bei der durch § 39a in Zukunft zusätzlich komplizierter gestalteten Strafzumessung – weitgehend auf ein Nullsummenspiel hinaus. Das erscheint – positiv formuliert – ebenfalls wenig sinnvoll. Ausgenommen sind nur die Bereiche, deren Mindestmaß über die genannten Grenzen des § 39a Abs 1 geht, also etwa beim schweren Raub gemäß § 143 StGB.
10. § 39a ist wohl *lex specialis* oder jedenfalls *lex posterior* zu § 36 StGB, worin der Grund für den Vorrang des § 39a hinsichtlich der Mindeststrafdrohungen liegt. Es ist aber fraglich, ob dieser Vorrang nicht positiviert werden sollte, um allfällige Zweifel gar nicht aufkommen zu lassen. Das könnte etwa in § 36 geschehen – als letzter Satz: „*Die Grenzen des § 39a Abs 1 sind jedoch einzuhalten*“.

11. Es ist davon auszugehen, dass § 39a den durch eine außerordentliche Strafmilderung nach § 41 StGB ergebenden Rahmen nicht ändert. Ein Hinweis in den Materialien wäre wohl sinnvoll.
12. Trotz der hier genannten Verbesserungsvorschläge sollte auf die Einführung des § 39a StGB verzichtet werden, was eine angemessene Vorgangsweise für den vorliegenden Vorschlag wäre. Auch politisch wird der Ertrag durch diese Gesetzesänderung minimal sein.

Mit vorzüglicher Hochachtung
Alexander Tipold