

Univ.Ass. Dr. Alexander Tipold  
Institut für Strafrecht und Kriminologie  
Universität Wien  
Schottenbastei 10 - 16  
1010 Wien

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

Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes 2001;  
Begutachtungsverfahren  
GZ 318.014/3-II.1/2001

Wien, am 24. August 2001

Auf Grund der Einladung vom 12. Juli 2001 möchte ich im folgenden zu dem Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes 2001, 318.014/3-II.1/2001, Stellung nehmen.

### **Anmerkungen zu den einzelnen Änderungsschwerpunkten im Entwurf**

*Anmerkung zur/m*

#### **Euroumstellung**

1. Die Erhöhung der Wertgrenzen in der vorgeschlagenen Form ist gerechtfertigt und zu begrüßen. Das gilt insbesondere auch für die Herabsetzung der Betragsschwelle in § 20a StGB. Angesichts des Grundsatzes, daß sich strafbare Handlungen nicht lohnen sollen, ist jede Herabsetzung sachlich richtig.
2. Allerdings ist es mehr als bedauerlich, daß in diesem Zusammenhang die Beträge in § 393a StPO nicht geändert wurden (siehe zuletzt dazu die Kritik bei *Birklbauer*, Zum Ersatz der Verteidigerkosten bei einem Freispruch, RZ 2001, 106 ff, insbes. 109, 110).
3. Im „Wohnhaus-Wiederaufbaugesetz“ könnten im Zuge der Reform auch die in seinem § 25 angeführten Strafdrohungen jenen des Vermögensstrafrechts angepaßt werden. In Anbetracht der Ähnlichkeit zur Veruntreuung (§ 133 StGB) und zum Förderungsmißbrauch (§ 153b StGB) erscheinen die Strafdrohungen in § 25 sowohl im Grundtatbestand als auch in der Wertqualifikation als verfehlt. Eine Her-

absetzung auf „bis zu 6 Monate oder ..... 360 Tagessätze“ im Grundtatbestand bzw „bis zu 3 Jahren“ in der Qualifikation“ wäre sachlich gerechtfertigt.

4. Abzuwarten ist in diesem Zusammenhang im übrigen, wie die Judikatur in der Frage der Geringfügigkeitsgrenzen reagieren wird.

### Gewerbsmäßigkeit

1. Diese Änderung ist sehr zu begrüßen, insbesondere die Anlehnung an die §§ 39 und 313 StGB. Fraglich ist, ob § 167a StGB nicht auch in § 8 Abs 3 StPO aufzunehmen ist. Soweit ersichtlich hat dies bei gewerbsmäßiger Begehung eines Einbruchdiebstahls bzw eines Diebstahls mit Waffen (§ 129 StGB) praktische Relevanz. Obwohl die Gewerbsmäßigkeit ein rein subjektives Merkmal ist, worin sie sich klar von den §§ 39 und 313 StGB unterscheidet, erscheint ihre Berücksichtigung bei der sachlichen Zuständigkeit ob ihrer Wirkung sachlich geboten.
2. Da nun § 148 StGB entfällt, wäre es überlegenswert, den derzeit geltenden § 148a StGB als § 148 StGB zu bezeichnen, um eine unselige „a“- Bestimmung zu beseitigen.

### Einbruchdiebstahl

1. Auch diese Änderung ist begrüßenswert. Überlegenswert wäre aber, ob die Nummerierung in § 128 Abs 1 StGB nicht neu und durchlaufend erfolgen und die Ziffern 3a und 3b in eine neue Ziffer 4 zusammengefaßt sowie die derzeitige Ziffer 4 in eine neue Ziffer 5 umgewandelt werden sollten. Da ohnedies der gesamte Paragraph verlautbart wird, spricht gesetzestechnisch wohl nichts dagegen. Die neue Z 4 könnte dann lauten: „4. *indem er ein Behältnis oder sonst eine Sperrvorrichtung aufbricht oder mit einem der in § 129 Z 1 genannten Mittel öffnet oder 5. ...*“.
2. Der Verweis auf die erst später geregelte Bestimmung des § 129 Z 1 StGB ist unschön und könnte dadurch vermieden werden, daß die dort getroffene Regelung in diese Ziffer 4 (Entwurf Z 3a) inkludiert wird, so daß die Z 4 lauten könnte: „4. *indem er ein Behältnis oder sonst eine Sperrvorrichtung aufbricht oder mit einem nachgemachten oder widerrechtlich erlangten Schlüssel oder einem anderen nicht zur ordnungsgemäßen Öffnung bestimmten Werkzeug öffnet oder 5. ...*“.
3. Unabhängig davon wäre in § 129 StGB überlegenswert, die Z 4 in eine Z 2 umzubenennen, um eine durchlaufende Nummerierung zu erhalten. Dem stehen soweit ersichtlich keine Gründe entgegen.
4. Sofern der vorher genannte Vorschlag (2.) als zutreffend angesehen wird, könnte, um Wiederholungen zu vermeiden, § 129 Z 1 dahingehend abgeändert werden, daß auf das Mittel in § 128 Z 4 (neu) verwiesen wird. Z 1 könnte dann lauten: „1.

*indem er ... einsteigt oder mit einem in § 128 Z 4 genannten Mittel eindringt oder 2. ...“.*

5. Es ist zwar schon lange bestehende Rechtslage, daß beim Einbruchsdiebstahl keine notwendige Verteidigung besteht, mE ist diese Ausnahme aber sachlich nicht zu rechtfertigen und daher eigentlich verfassungsrechtlich bedenklich (näher dazu *Tipold*, Die Beistellung des Verteidigers im Strafprozeß (1993) 16; *ders*, Notwendige Verteidigung und Verfahrenshilfe im Lichte des Strafprozeßänderungsgesetzes 1993, ÖJZ 1994, 2). Es wäre daher allenfalls auch überlegenswert, die Ausnahmen zu streichen.

### Einwilligung

1. Nach den Erläuterungen soll ein Zeichen gegen die weibliche Genitalverstümmelung gesetzt werden (Seite 13). Dies geht auf eine EntschlieÙung des Nationalrates zurück, in der laut Erläuterungen (Seite 4) der BMJ ersucht wurde, dieses Problem einer ausdrücklichen Regelung im Strafrecht zuzuführen. Dies erklärt den Entwurf in diesem Punkt. Schon vom Prinzip ist das Recht nicht unbedingt dazu da, Zeichen zu setzen. Aber jedenfalls ist ein Rechtfertigungsgrund ein völlig ungeeigneter Ort, um ein derartiges Zeichen zu setzen. Vielmehr sind Zeichen gegen derartig abscheuliche Praktiken im Rahmen der Pönalisierung zu setzen, weshalb hier - wenn überhaupt - auf Tatbestandsebene ein Weg gesucht werden muß.
2. Die Einordnung auf Rechtfertigungsebene führt zu enormen Problemen, wie schon der Text des Entwurfes mit seinen Klammersetzungen aber auch der Umfang der Erläuterungen (6 volle Seiten) zeigen. Vor dem politischen Hintergrund träfe eine geschlechtsneutrale Formulierung nicht den Sinn der Zeichensetzung, und Geschlechtsneutralität ist kein Selbstzweck. Daher muß es bei der weiblichen Form bleiben („... *der weiblichen Genitalien*,...“). Allerdings genügt das einmal, so daß es beim Empfinden nicht noch einmal betont werden muß („...*des sexuellen Empfindens herbeizuführen*, ...“). Das Problem der männlichen Beschneidung (Erläuterungen Seite 14) stellt sich dann nicht. Dann bereitet die Gegenausnahme für die Geschlechtsumwandlung tatsächlich Probleme, denn diese muß zweifellos geschlechtsneutral geregelt werden. Hier zeigt sich das Problem von Zeichensetzungen im Einzelfall und im besonderen bei der Einordnung in einen Rechtfertigungsgrund.
3. Falls man bei der Regelung im Rahmen des § 90 StGB bleiben möchte, erscheint es ratsam, die tatsächlich notwendige Gegenausnahme in einen eigenen Absatz aufzunehmen, oder die Regelung in den vorhandenen Absatz 2 des § 90 StGB zu integrieren. Allerdings unterscheidet sich die Zulässigkeit der Geschlechtsumwandlung von jener der Sterilisation in der Altersgrenze. Darüber hinaus ist in Abs 2 keine Sittenwidrigkeit zu prüfen, bei der Geschlechtsumwandlung soll dies doch der Fall sein (Erläuterungen Seite 17). Letzteres kann man im übrigen dem Text des Entwurfes nicht entnehmen. Da aber eine Sterilisation auch an

unter 25jährigen zulässig ist, wenn auch unter der Beschränkung der Sittenklausel, könnte diese Regelung auch für Geschlechtsumwandlungen herangezogen werden. Aus systematischen Überlegungen wäre die Bestimmung aber als Abs 3 einzubringen.

4. Daher könnte § 90 StGB lauten:

„(1) ... [wie bisher].

(2) *In die Verstümmelung oder eine sonstige Verletzung der weiblichen Genitalien, die geeignet ist, eine nachhaltige Beeinträchtigung des sexuellen Empfindens herbeizuführen, kann nicht eingewilligt werden.*

(3) *Die von einem Arzt an einer Person mit deren Einwilligung vorgenommene Sterilisation oder genitalverändernde Operation zum Zwecke der Geschlechtsumwandlung ist nicht rechtswidrig, wenn entweder die Person das 25. Lebensjahr vollendet hat oder der Eingriff aus anderen Gründen nicht gegen die guten Sitten verstößt.“*

Die Gleichbehandlung von Sterilisation und Geschlechtsumwandlung erscheint durchaus als sachlich gerechtfertigt.

5. Um ein Zeichen zu setzen, wäre die Einordnung auf Tatbestandsebene zielführender. An Stelle des unter Punkt 4 gemachten Vorschlages könnte § 85 StGB in zwei Absätze aufgeteilt und ein neuer Abs 2 lauten: *„Ebenso ist zu bestrafen, wer weibliche Genitalien verstümmelt oder auf eine Art verletzt, die geeignet ist, eine Beeinträchtigung des sexuellen Empfindens herbeizuführen.“*. Der Ausschluß der Einwilligung ergibt sich aus der Sittenwidrigkeitsklausel des § 90 StGB in der geltenden Fassung. Es könnte aber auch statt dessen, da Absicht in der Regel wohl gegeben sein wird, § 87 StGB ein dritter Absatz zugefügt werden, der lautet: *„Wer die weiblichen Genitalien verstümmelt oder auf eine Art verletzt, die geeignet ist, eine Beeinträchtigung des sexuellen Empfindens herbeizuführen, ist mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren, hat die Tat den Tod der Geschädigten zur Folge, mit Freiheitsstrafe von fünf bis fünfzehn Jahren zu betrafen.“*. Die Strafdrohung ist an § 87 Abs 2 und § 201 Abs 2, 3 Todesqualifikation angelehnt. Der Ausschluß der Einwilligung ergibt sich wiederum aus der Sittenwidrigkeitklausel des § 90 StGB.
6. Letztlich zeigen die Erläuterungen, daß das bisherige Instrumentarium völlig ausreicht, um derartige Genitalverstümmelungen strafrechtlich zu erfassen, und zwar sowohl was die Tatbestände als auch was § 90 StGB betrifft. Es gab wohl auch keinerlei Mißverständnisse, und man muß auch gar nicht soviel Vertrauen in die österreichische Justiz setzen, um ihr dahingehend vertrauen zu können, daß sie einer allfälligen Einwilligung ob ihrer Sittenwidrigkeit die rechtfertigende Wirkung versagt. Im übrigen werden gegenteilige Fälle in den Erläuterungen auch nicht angeführt. Einzelfälle gesondert zu regeln (noch dazu ohne Anlaß), obwohl sie von den generellen Regeln ausreichend und sachgerecht erfaßt sind, führt zu Problemen, wie der Entwurf ja sehr eindrucksvoll belegt. Derartige Probleme stellen sich üblicherweise bei europarechtlichen Vorgaben, man sollte diese Tendenz aber nicht auch noch innerstaatlich fördern. Es ist im StGB die Genitalverstümme-

lung „drin“, auch wenn es nirgends „drauf steht“ – das sollte dem österreichischen Gesetzgeber und seinen Mitgliedern bekannt sein und auch genügen.

### Amtsverlust

1. Nach den Erläuterungen soll die bisherige Grenze für den ex lege eintretenden Amtsverlust zu niedrig sein (Seite 9). Dies geht auf einen gemeinsamen Ministerratsvortrag der BM für öffentliche Leistung und Sport und des BMJ zurück (Seite 3). Dies erklärt den Entwurf in diesem Punkt. In den Erläuterungen wird ergänzend auf die erhöhte Verantwortung der öffentlich Bediensteten gegenüber der Bevölkerung, die den Bediensteten einen berechtigten Vertrauensvorschuß zukommen lassen, und gegenüber dem Dienstherrn hingewiesen (Seiten 9/10). Darüber hinaus bestehe bei Verurteilungen nach § 212 StGB die Gefahr der weiteren Deliktsbegehung bei Weiterbeschäftigung in durch Abhängigkeitsverhältnisse gekennzeichneten Bereichen (Seite 10). Einzelfälle für diese Gefahr oder gar deren Realisierung werden nicht angeführt. Vielleicht besteht die Gefahr gar nicht? Der Ansatz, den Entwurf mit dem berechtigten Vertrauensvorschuß durch die Bevölkerung einerseits und der erhöhten Verantwortlichkeit gegenüber Bevölkerung und Dienstherrn andererseits zu begründen, ist in Zeiten des „Privilegienabbaus“ etc auch etwas schwer zu vertreten (vgl dazu die durchaus einschlägigen Ausführungen von *Arzt*, Über Korruption, Moral und kleinen Unterschied, recht 2001, 41 ff). Hier besteht tatsächlich die Gefahr einer Leerformelhaftigkeit, denn Beamte erscheinen heute eher als Personen, die es primär abzubauen gilt, als als Personen mit hoher Verantwortlichkeit und großem Vertrauensvorschuß. Im übrigen wird § 27 StGB auch in einer verschärften Fassung für diesen Abbau nicht wirklich ins Gewicht fallen.
2. Der Amtsverlust ist auch eine der wenigen Rechtsfolgen der Verurteilung, die es noch im österreichischen Recht gibt. Sie war schon in der Strafrechtskommission umstritten (*Pallin*, WK<sup>1</sup> § 27 Rz 1) und ist eine Sonderbestimmung für Beamte, während andere Berufsgruppen, denen wohl zumindest dasselbe (wenn nicht sogar wesentlich mehr) Vertrauen entgegen gebracht wird, davon nicht betroffen sind (*Pallin*, WK<sup>1</sup> § 27 Rz 1). Es ist daher fraglich, ob eine derartige Regelung sachlich gerechtfertigt ist (kritisch auch *Hochmayr*, in *Triffterer*, StGB – Komm § 27 Rz 2 ff). Diese Bedenken stellen sich heute noch viel deutlicher als zum Zeitpunkt des Inkrafttretens und der genannten Kommentierung. Insofern ist bereits die Stammfassung verfassungsrechtlich bedenklich, heute mehr als früher.
3. Es ist auch sehr zweifelhaft, ob heute tatsächlich noch eine entsprechende Erschütterung der Rechtsgemeinschaft eintritt, wenn ein Beamter ein Delikt begeht, das mit seiner Amtsführung nichts zu tun hat, also „rein privat“. Nur in den Fällen eines Zusammenhanges trüge die in den Erläuterungen angeführte Begründung die Rechtsfolge. Letztlich wäre ein Führerscheinentzug sachwidrig, wenn der Täter seine Frau im Rahmen einer häußlichen Streiterei nötigt oder gefährlich bedroht, ein Bankangestellter eine Veruntreuung begeht oder ein Krankenwagenfahrer ei-

nen Patienten beleidigt. Daher wäre der Amtsverlust etwa im Zusammenhang mit § 212 StGB nur bei dessen Abs 2 Z 2 StGB sachlich gerechtfertigt. Die auf Seite 11 der Erläuterungen angeführte Rechtsprechung zeigt, daß im übrigen ein derartiger Zusammenhang von der Praxis ohnedies eher großzügig angenommen wird.

4. § 27 StGB ist darüber hinaus sehr starr, einzig die bedingte Nachsicht der Rechtsfolge erlaubt es, auf Einzelfälle einzugehen. Ansonsten können Umstände des Einzelfalls nicht gebührend berücksichtigt und abgewogen werden. Mittlerweile hat das Strafrecht besonders nach der Einführung der Diversion, zunächst im Jugendstrafrecht und später ob des Erfolges damit im Erwachsenenstrafrecht, einen hohen Standart erreicht, in dessen Rahmen sachgerecht und ausgewogen auf Umstände des Einzelfalls eingegangen werden kann. Die Ausdehnung einer derart starren Regelung entspricht in dieser Form nicht mehr dem Standard der heutigen Strafrechtsgesetzgebung. Die Starrheit des Entwurfes gerade im Zusammenhang mit § 212 StGB erkennen auch die Erläuterungen (Seite 10), vermeinen aber dies über die bedingte Nachsicht der Rechtsfolge ausgleichen zu können. Dem ist aber entgegenzuhalten, daß eine Reaktion, die auf ein Lebensgeschehen sachlich nicht paßt, nicht dadurch passender wird, daß sie bedingt nachgesehen wird.
5. Mit der Reform wird auch ein Mißtrauen gegenüber Dienst- und Disziplinarbehörden zum Ausdruck gebracht. Es scheint, als hätten diese Behörden versagt, andernfalls bestünde die genannte Gefahr nicht. Wiederum werden keine Fälle genannt, aus denen sich dieses Mißtrauen berechtigterweise ableiten läßt. Darüber hinaus ist zweifelhaft, ob eine Regelung im StGB ein sachgerechter Ort ist, um einem Versagen von Behörden in einem anderen Bereich vorzubauen.
6. Im übrigen stellt sich die behauptete Gefahr nicht nur bei § 212 StGB. Dasselbe könnte sich im Zusammenhang mit Verurteilungen nach den §§ 92, 93, 232 Abs 3, 252 f, 300 StGB und allen Amtsdelikten (zB auch § 312 StGB) stellen. Auch gewalttätige Exekutivbeamten können durch Weiterbeschäftigung diese Gefahr erzeugen. Insofern wäre der Vorschlag wieder zu eng. Wie schon bei § 90 idFd Entwurfes zeigt sich, daß Einzelfälle gesondert zu regeln (wiederum ohne Anlaß), zu Problemen und nicht sachgerechten Ergebnissen führt.
7. Vor diesem Hintergrund erscheint es besser, § 27 Abs 1 StGB wie folgt zu formulieren: *„Mit der Verurteilung durch ein inländisches Gericht wegen einer oder mehrerer mit Vorsatz gegangener strafbarer Handlungen zu einer Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr oder einer Freiheitsstrafe, deren nicht bedingt nachgesehener Teil sechs Monate übersteigt, ist bei einem Beamten der Verlust des Amtes verbunden, wenn die strafbare Handlung im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit steht.“*. Dies erscheint noch am ehesten im Rahmen einer sachlichen Rechtfertigung zu liegen und berücksichtigt den politischen Verschärfungswunsch. Als Sonderregelung für Beamte erscheint sie aber weiterhin verfassungsrechtlich bedenklich, woran auch diese Formulierung nichts ändert.

### § 114 ASVG

1. Die Herabsetzung der Strafdrohung ist dringend geboten, um den Zweck der Reform des § 159 StGB halbwegs zu erreichen. Aus Gründen der Gleichbehandlung ist auch die abweichende Zuständigkeitsregelung notwendig. Die Erläuterungen (Seite 28) zeigen aber auch, daß die in der Strafprozeßreform geplante Aufwertung der Bezirksgerichte verfehlt erscheint, denn die angeführte Spezialisierung besteht bei diesen Gerichten nicht, und wird auf Bezirksanwaltsebene im übrigen wohl nie bestehen.
2. Allerdings sollte überlegt werden, ob diese Sonderbestimmung nicht zur Gänze abgeschafft werden könnte. Zuletzt hat *Brandstetter* in seinem diesjährigen Vortrag in Ottenstein (StPdG, im Druck) auf die Probleme dieser Bestimmung hingewiesen: Sie konterkariert die Entkriminalisierungstendenz bei § 159 StGB, steht in einem Spannungsverhältnis zu § 158 StGB, macht auch sonst Probleme bei der Reuebestimmung und erscheint als eine nicht sachgerechte Privilegierung von Sozialversicherungsansprüchen. Aus diesen Gründen wäre eine ersatzlose Streichung sachlich geboten.

Der Entwurf ist im Hinblick auf die Euroumstellung und die Reform bei der Gewerbsmäßigkeit und dem Einbruchsdiebstahl sehr unterstützenswert. Auf das Zeichen bei der Genitalverstümmelung sollte als Zeichen von Rechtskultur verzichtet werden. Diese Fälle sind ausreichend vom Gesetz geregelt, auch wenn sie nicht wörtlich genannt sind. Der Amtsverlust ist eine „Überbleibsel“ vergangener Zeiten, der eher beseitigt als in seiner Starrheit erweitert werden sollte. Seine Verfassungsmäßigkeit erscheint heute sehr bedenklich.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Alexander Tipold