

I. Grundsätzliches

Lit: *Ebner*, WK² Vorbem zu §§ 32 ff Rz 12 ff; *Fuchs*, AT I⁸ Kap 2; *Höpfel*, WK² § 17; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT¹⁴ Z 2; *Maleczky*, AT II¹⁸ 15 f; *Michel/Wessely*, AT 120 ff; *St. Seiler*, AT I² Rz 1 ff; *ders*, AT II⁷ Rz 1 ff; *Schroll*, WK² § 42 Rz 11 ff; *Triffterer*, AT² 470 ff.

Beschäftigt sich der AT I, also die Lehre von der Straftat, mit der Frage, wann menschlichem Verhalten strafrechtliche Relevanz zukommt, so setzt sich der AT II, also die Lehre von den Folgen der Straftat, mit den Rechtsfolgen strafrechtlich relevanter Handlungen auseinander.

Er fragt also danach,

- **ob** es überhaupt der Verhängung strafrechtlicher Sanktionen bedarf,
- **welche** strafrechtliche Sanktionstypen an sich in Betracht kommen und
- **wie** die Sanktionen im konkreten Fall ausgestaltet sein müssen,

um den durch das Strafrecht verfolgten Zweck zu erreichen. Dieser besteht

- sieht man vom im Zusammenhang mit der Verhängung von Strafen diskutierten und dort nach wohl überwiegender Meinung (vgl. *St. Seiler*, AT II⁴ Rz 17 ff) zu berücksichtigenden Vergeltungs- bzw Sühnedanken ab – darin, der Begehung strafbarer Handlungen
- ganz allgemein (**Generalprävention**) bzw
- durch den Täter (**Spezialprävention**)

entgegenzuwirken (*Fuchs*, AT⁸ Kap 2). Im Ergebnis sind es daher auch (zT bereits vom Gesetzgeber vorweggenommene) general- und spezialpräventive Erwägungen, die der Beurteilung eines Sachverhalts im Lichte des AT II zugrunde liegen und über Zulässigkeit und Erforderlichkeit strafrechtlicher Sanktionen im Einzelfall entscheiden.

1. Sanktionensystem – Mehrspurigkeit

Anlässlich einer Razzia wird beim beschäftigungslosen A neben einer geringen Menge Suchtgifts auch ein größerer Geldbetrag sichergestellt. Als A von einem Passanten (P) beschuldigt wird, wiederholt vor einer Schule mit Suchtgift gehan-

delt zu haben, attackiert er diesen und verletzt ihn leicht. Durch sein Verhalten setzt A die Vergehen nach § 83 Abs 1¹ und § 27 Abs 1 Z 1 SMG.

Welche strafrechtliche(n) Sanktion(en) kann (können) aufgrund dieses Sachverhalts grds gesetzt werden?

Das Sanktionssystem des StGB ist durch ein Nebeneinander verschiedener Sanktionstypen (Strafen, Maßnahmen, vermögensrechtliche Anordnungen, diversionelle Erledigungen) gekennzeichnet (**Mehrspurigkeit des strafrechtlichen Sanktionensystems**). Diese unterscheiden sich in erster Linie durch die Voraussetzungen ihrer Verhängung, weniger hingegen in ihrer Auswirkung auf Rechtsgüter des Betroffenen (zB Vermögen) und noch weniger in ihrem Ziel, nämlich der Hintanhaltung mit gerichtlicher Strafe bedrohter Handlungen. Die einzelnen Sanktionstypen schließen einander nicht aus, sondern können – je nach Fallkonstellation – **kumulativ** zur Anwendung gelangen.

Der vorliegende Fall erfordert daher Überlegungen in drei Richtungen: So kommt

- die Handlungen betrachtend grds sowohl eine diversionelle Erledigungen (§§ 200 ff StPO, § 35 SMG) als auch die Verhängung einer Strafe,
- das Suchtgift betreffend nach § 34 SMG (§ 26) eine Einziehung und damit eine vorbeugende Maßnahme sowie
- hins des sichergestellten Geldbetrages ein Verfall (§ 20) und damit eine vermögensrechtliche Anordnung (VfGH 8.10.2015, G 154/2015 ua) in Betracht.

2. Verhältnismäßigkeitsprinzip – Eignung

A hat zum wiederholten Male in alkoholisiertem Zustand seine Gattin geschlagen. Obwohl er sich bereits mehrmals erfolglos Entwöhnungskuren unterzogen hat, verfügt das Gericht eine Unterbringung gemäß § 22 Abs 1, wobei es begründend ausführt, dass die dem A solchermaßen angebotenen Maßnahmen diesem keinesfalls schaden könnten. A möchte sich dieser Verfügung gleichwohl nicht beugen und bekämpft sie. Mit Erfolg?

Nach § 22 Abs 2 ist von der Unterbringung ua abzusehen, wenn der Versuch einer Entwöhnung von vornherein aussichtslos scheint. Die Unterbringung muss daher – wie im Übrigen jede in Rechte des einzelnen eingreifende staatliche Maßnahme (als Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsprinzips) – **geeignet** sein, den angestrebten Erfolg (hier: eine Entwöhnung des Rechtsbrechers) spürbar zu fördern. Dass mit ihr für den Betroffenen keine nachteil-

1 §§ ohne nähere Bezeichnung beziehen sich auf das StGB, BGBl 1974/60 idF BGBl I 2015/154.

gen Folgen verbunden sind, genügt demgegenüber nicht. A wird daher Erfolg haben.

3. Verhältnismäßigkeitsprinzip – Erforderlichkeit; Verhältnis Diversion – Strafe

Wie 1. Das Gericht verhängt über A wegen der Körperverletzung eine Strafe. In seiner hiegegen erhobenen Berufung macht er geltend, bislang unbescholten gewesen zu sein, sodass mit einer diversionellen Erledigung das Auslangen hätte gefunden werden müssen. Mit Erfolg?

Ist eine diversionelle Erledigung nicht bereits aufgrund der jeweiligen Straftat schlechthin ausgeschlossen (§ 198 Abs 2 Z 1 und 3 StPO), setzt ihre Anwendung neben der nicht schweren Schuld des Täters (§ 198 Abs 2 Z 2 StPO) voraus, dass eine Bestrafung im Hinblick auf die Anwendung diversioneller Reaktionsformen nicht geboten erscheint, um den Beschuldigten von strafbaren Handlungen abzuhalten oder der Begehung strafbarer Handlungen durch andere entgegenzuwirken (§ 198 Abs 1 aE StPO). Was das Gesetz hier für das Verhältnis zwischen Strafe auf der einen Diversion auf der anderen Seite ausdrücklich statuiert, gilt im Ergebnis für den gesamten AT II (vgl etwa § 37 Abs 1 und 2, § 191 Abs 1 Z 2 StPO): Stehen in einem bestimmten Fall unterschiedliche gleichermaßen geeignete Sanktionsmöglichkeiten offen, so ist (als Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsprinzips) jene zu wählen, die am wenigsten in die Rechte des Betroffenen eingreift, die also **erforderlich** ist (vgl auch die EBRV 33 BlgNR 20. GP 33 f; ferner *Flora*, WK² § 37 Rz 3, 10; *Maleczky*, AT II¹⁸ 15). Genügt daher – wie hier wohl der Fall – eine diversionelle Reaktionsform, wäre die Verhängung einer (gleichermaßen geeigneten) Strafe unzulässig.

4. Vergehen; Verbrechen

A wird in Abwesenheit (§ 427 Abs 1 StPO) nach

a) §§ 128 Abs 1 Z 5 iVm 39

b) § 85 Abs 1

zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt. In seiner dagegen erhobenen Berufung macht er geltend, dass das Gericht nicht nur im Spruch zu Unrecht von einem „Vergehen“ spreche, sondern auch die Fällung eines Abwesenheitsurteils unzulässig gewesen wäre. Mit Erfolg?

Die Möglichkeit des Abwesenheitsurteils erstreckt sich nach § 427 Abs 1 StPO (bei sonstiger Nichtigkeit) ausschließlich auf **Vergehen**, mithin auf solche strafbaren Handlungen, die keine Verbrechen sind. Zu den **Verbrechen** zählen nach § 17 Abs 1 alle vorsätzlichen Handlungen, die mit lebenslanger oder mit mehr als dreijähriger Freiheitsstrafe bedroht sind.

Vorauszuschicken ist zunächst, dass der Bezeichnung der Straftat als Verbrechen oder Vergehen im Urteil keine rechtliche Bedeutung zukommt, so dass einem lediglich darauf abstellenden Rechtsmittel kein Erfolg beschieden wäre (zB SSt 47/33).

a) Da § 128 Abs 1 ein Vergehen iSd § 17 darstellt und die Möglichkeit des § 39 für die Einteilung einer Straftat als Vergehen oder Verbrechen ohne Bedeutung ist (zB SSt 46/40), stand dem Gericht hier grds die Erlassung eines Abwesenheitsurteils offen.

b) Probleme bereitet hier die Tatsache, dass der (die Tat gegen § 83 Abs 2 materiell qualifizierende) Erfolg nicht vom Vorsatz des Täters umfasst sein muss. Im Hinblick darauf, dass die Tathandlung selbst jedoch vorsätzlich erfolgen muss, steht dies der Einordnung als Verbrechen iSd § 17 Abs 1 nicht entgegen (*Burgstaller/Fabrizy*, WK² § 85 Rz 3). Die Fällung des Abwesenheitsurteils war daher unzulässig. Das Urteil ist mit Nichtigkeit belastet (§§ 489 Abs 1, 468 Abs 1 Z 3, 281 Abs 1 Z 3 StPO).

II. Strafen

Lit: *Burgstaller*, JAP 1996/97, 10; *Driendl*, RZ 1980, 209; *Lässig*, WK² Vorbem zu §§ 18 f; *Fuchs*, AT I⁸ Kap 2; *Jeschek*, JBl 1998, 609; *Karollus*, ÖJZ 1987, 677; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT¹⁴ Z 2; *Maleczky*, AT II¹⁸ 35 ff; *Michel/Wessely*, AT 120 ff; *Miklau*, ÖJZ 1991, 361; *Moos*, JBl 1996, 345; *ders*, Schuldbegriff; *Platzgummer*, Strafe; *ders*, ÖJZ 1980, 29; *St. Seiler*, AT I² Rz 15 ff; *ders*, AT II⁷ Rz 23 ff; *Triffterer*, AT² 10 ff; 463 ff; *Vogl*, JBl 1984, 588; *Wach*, ÖJZ 1979, 482; *Zipf*, StPdG 1976, 164; *ders*, JBl 1977, 304; *ders*, JBl 1980, 186.

Die ureigenste strafrechtliche Sanktion ist die Strafe. Unter einer Strafe ist ein mit einem **Tadel** (Unwerturteil) **verbundenes Übel** zu verstehen, das wegen einer strafbaren Handlung (von einem Strafgericht) aufgrund und nach Maßgabe der Schuld des Täters über diesen zu verhängen ist (*Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT¹⁴ Z 2 Rz 2). Seit dem Wegfall der Todesstrafe kennt das österreichische Strafrecht als Hauptstrafen einerseits Freiheits- und andererseits Geldstrafen, als Nebenstrafen die Konfiskation (RIS-Justiz RS0129178; VfGH 8.10.2015, G 154/2015 ua) und – außerhalb des StGB – etwa Wertersatzstrafen (§ 37 Abs 1 2. und 3 Satz DMSG). Die ursprünglich im StGB geregelten Nebenstrafen „Verfall“ (RIS-Justiz RS0090461) und Abschöpfung der Bereicherung (soweit sie den Täter betraf; RIS-Justiz RS0090549) wurden – unter der nunmehrigen Bezeichnung „Verfall“ und „Erweiterter Verfall“ – durch Umgestaltung zu strafrechtlichen Rechtsfolgen sui generis (vermögensrechtliche Maßnahme bzw quasikonditionelle Rechtsfolge²).

2 Vgl VfGH 8.10.2015, G 154/2015 ua, wonach der Verfall weder als Strafe noch als strafähnliche Maßnahme konzipiert sei; dass diese Qualifikation insb vor dem Hintergrund der jüngeren Rsp des EGMR (27.1.2015, Appl 17.039/13 [*Rinas/Finnland*]; 30.4.2015, Appl 3453/12, 42.941/12 und 9028/13 [*Kapetanios ua/Griechenland*]) zu bezweifeln ist, sei angemerkt.