

OSKAR MALECZKY

# Strafrecht Allgemeiner Teil II

Lehre von den Verbrechenfolgen

23. Auflage

facultas

# **Strafrecht**

# **Allgemeiner Teil II**

Lehre von den Verbrechensfolgen

von

**Dr. Oskar Maleczky**

Richter am Landesgericht Korneuburg

23., überarbeitete Auflage

Wien 2025

**facultas**

# Inhaltsverzeichnis

<b>Vorwort zur 23. Auflage</b> .....	5
<b>Abkürzungsverzeichnis</b> .....	11
<b>Einleitung</b> .....	15
<b>I. Diversion</b> .....	17
A. Begriff und Wesen .....	17
B. Voraussetzungen .....	18
C. Verfahren .....	21
D. Diversionelle Maßnahmen des allgemeinen Strafrechts .....	23
a) Zahlung eines Geldbetrages .....	23
b) Gemeinnützige Leistung .....	24
c) Probezeit .....	24
d) Tausgleich .....	25
e) Schadengutmachung bzw Tatfolgenausgleich .....	26
f) Einstellung wegen Geringfügigkeit .....	27
E. Kostenbeitrag .....	27
F. Nachträgliche Einleitung oder Fortsetzung des Strafverfahrens .....	28
G. Absehen von der Verfolgung im Jugendstrafrecht .....	30
H. Diversionelle Maßnahmen des SMG .....	30
I. Kronzeugenregelung .....	32
a) Wesen der Kronzeugenregelung .....	32
b) Voraussetzungen .....	33
c) Verfahren .....	34
<b>II. Die Strafe</b> .....	35
A. Strafe und Schuld .....	35
B. Die Geldstrafe .....	36
a) Tagessatzsystem .....	36
b) Berechnung .....	38
c) Zahlungsweise und -erleichterungen (Aufschub) .....	38
d) Ersatzfreiheitsstrafe .....	39
e) Erlöschen .....	40
C. Die Freiheitsstrafe .....	41
a) Lebenslange Freiheitsstrafen .....	41
b) Zeitliche Freiheitsstrafen .....	41
c) Abweichungen vom allgemein vorgegebenen Strafraumen .....	42
d) Aufschub des Strafvollzugs .....	49
e) Vorläufiges Absehen vom Strafvollzug wegen Einreise- oder Aufenthaltsverbots .....	51
f) Elektronisch überwachter Hausarrest .....	52
g) Haftentschädigung (StEG) .....	53

D. Anrechnung der Vorhaft .....	55
E. Nebenstrafen .....	57
a) Konfiskation .....	57
b) Ausschluss vom aktiven Wahlrecht .....	59
F. Rechtsfolgen der Verurteilung .....	60
a) Allgemeines .....	60
b) Amts- und Funktionsverlust .....	60
G. Weitere Reaktionsmöglichkeiten im Heranwachsendenstrafrecht .....	61
H. Die Strafzumessung (ieS) .....	62
a) Schuld .....	63
b) Spezialprävention .....	67
c) Generalprävention .....	68
d) Verfahren .....	68
I. Nachträgliche Milderung der Strafe .....	69
J. Die bedingte Strafnachsicht .....	70
K. Die bedingte Entlassung .....	73
L. Probezeit .....	75
M. Weisungen und Bewährungshilfe .....	77
a) Weisungen .....	78
b) Kosten von Weisungen .....	79
c) Bewährungshilfe .....	80
N. Gerichtliche Aufsicht .....	81
O. Widerruf der bedingten Strafnachsicht oder Entlassung .....	83
a) Voraussetzungen .....	83
b) Umfang .....	84
c) Zeitpunkt .....	84
d) Verfahrensrechtliche Bestimmungen .....	85
<b>III. Die Verbandsgeldbuße .....</b>	<b>86</b>
A. Strafe ohne Schuld .....	86
B. Strafdrohungen .....	87
C. Höhe des Tagessatzes .....	87
D. Strafzumessung .....	88
E. Zahlungsweise und -erleichterungen .....	89
F. Bedingte Strafnachsicht .....	89
a) Voraussetzungen .....	89
b) Weisungen .....	90
c) Widerruf der bedingten Strafnachsicht .....	90
G. Rechtsnachfolge .....	91
<b>IV. Der Verfall .....</b>	<b>92</b>
A. Allgemeines .....	92
B. Dem Verfall unterliegende Vermögenswerte .....	93
C. Entfall des Verfalls .....	94

D. Nachträgliche Milderung .....	95
E. Bescheinigungslastumkehr .....	96
F. Verfahren .....	96
G. Zahlungsweise und -erleichterungen .....	97
<b>V. Vorbeugende Maßnahmen .....</b>	<b>98</b>
A. Allgemeines .....	98
B. Unterbringung in einem forensisch-therapeutischen Zentrum (§ 21) .....	99
C. Unterbringung in einer Anstalt für entwöhnungsbedürftige Rechtsbrecher (§ 22) .....	102
D. Unterbringung in einer Anstalt für gefährliche Rückfallstäter (§ 23) .....	103
E. Einziehung .....	105
F. Tätigkeitsverbot .....	107
G. Bedingte Nachsicht von vorbeugenden Maßnahmen .....	108
H. Aufrechterhalten von vorbeugenden Maßnahmen .....	108
I. Bedingte Entlassung aus vorbeugenden Maßnahmen .....	109
J. Probezeit .....	109
K. Widerruf der bedingten Nachsicht oder Entlassung und des vorläufigen Absehens vom Vollzug .....	110
<b>VI. Strafausschließung und Strafaufhebung .....</b>	<b>112</b>
A. Strafbarkeitsverjährung .....	112
a) Verjährungsfristen .....	112
b) Beginn der Frist .....	113
c) Verlängerung der Frist .....	114
d) Rechtsänderungen .....	115
B. Vollstreckungsverjährung .....	116
C. Amnestie, Abolition, Begnadigung .....	117
<b>VII. Evidenthaltung strafgerichtlicher Verurteilungen .....</b>	<b>119</b>
A. Strafregister .....	119
a) Eingetragene Daten .....	119
b) Auskunft aus dem Strafregister .....	120
c) Strafregisterbescheinigung .....	121
d) Registerauskünfte für Verbände .....	122
B. Tilgung .....	122
<b>VIII. Konkurrenz .....</b>	<b>124</b>
A. Echte Konkurrenz .....	124
B. Zusammenrechnungsprinzip (§ 29) .....	126
C. Bestrafung bei nachträglicher Verurteilung .....	128
D. Scheinkonkurrenz .....	130
<b>Stichwortverzeichnis .....</b>	<b>133</b>

# I. Diversion

**Literatur:** Bericht der Expertenkommission zur Prüfung der staatlichen Reaktionen auf strafbbares Verhalten in Österreich, ÖJZ 2004, 550; *Burgstaller/Grafl*, Fünf Jahre allgemeine Diversion, Miklau-FS 109; *Császár*, Kriminalität und Strafverfolgung, ÖJZ 2004, 879; *Glaeser/Stangl*, Wider die Abkehr von Opferorientierung, Ausgleich und Wiedergutmachung, ÖJZ 2015, 605; *Hilf*, Verfolgungsermessens und Diversion im Verbandsstrafverfahren, Miklau-FS 191; *Hinterhofer*, Diversion statt Strafe (2000); *ders.*, Einleitung und Wiederaufnahme des Strafverfahrens nach bzw während diversioneller Erledigung, RZ 2003, 71; *Hofinger*, Konfliktregelung statt Strafe: Zwei Studien zur spezialpräventiven Wirkung des Tatausgleichs, RZ 2014, 91; *Löschnig-Gspandl*, Die Wiedergutmachung im österreichischen Strafrecht (1996); *dies.*, Gedanken zur „Wiedergutmachung“ in der Strafrechtspflege, JBl 1995, 769; *Luef-Kölbl*, Der Verdächtige und die Diversion, RZ 2002, 134; *Miklau/Schroll* (Hrsg), Diversion (1999); *Miklau*, Die Geldbußen sind nicht verfassungswidrig!, JSt 2005, 160; *Moos*, Der Außergerichtliche Tatausgleich für Erwachsene als strafrechtlicher Sanktionensatz, JBl 1997, 337; *Oshidari*, Diversion bei Missbrauch der Amtsgewalt nach § 302 Abs 1 StGB, JSt 2015, 112; *Pernthaler/Ranacher*, Der verfassungswidrige „Ablasshandel“, JBl 2002, 280; *Pleischl*, Das Diversionspaket, St-PdG 1999, 221; *Plöckinger*, Diversion und europäisches Ne bis in idem, ÖJZ 2003, 98; *Schroll*, Diversion als Ausdruck eines Paradigmenwechsels der Strafrechtsdogmatik, Moos-FS 259; *ders.*, Konfliktregelung bei Erwachsenen, JBl 1992, 93; *ders.*, Die Fortentwicklung der Diversion durch die Rechtsprechung, Miklau-FS 501; *ders.*, Die aktuelle Diversionsregelung, ÖJZ 2009, 20; Judikatur zu den Anwendungsvoraussetzungen der Diversion, ÖJZ 2013, 861; *ders.*, Diversion – die Novellierung durch das StRÄG 2015, das JGG-ÄndG 2015 und das AbgÄG 2015, ÖJZ 2016, 213; *Schütz*, Die Rückfallshäufigkeit nach einem außergerichtlichen Tatausgleich bei Erwachsenen, RZ 1999, 161; *ders.*, Strafgerichtliche Divisionsentscheidungen, Fuchs-FS 505; *Schwaighofer*, Der benachteiligte Verdächtige bei der Diversion, JSt 2005, 118; *ders.*, Diversion nach Straßenverkehrsunfällen, ZVR 2008, 276; *Seiler*, Diversion – Eine Vision und ihre Umsetzung, AnwBl 2001, 445; *Walter/Zeleny*, Die Diversion durch den Staatsanwalt nach §§ 90a ff StPO in verfassungs- und verwaltungsrechtlicher Sicht, ÖJZ 2001, 447; *Zwinger*, Der außergerichtliche Tatausgleich für Erwachsene, StPdG 1995, 175.

## A. Begriff und Wesen

Unter Diversion versteht man staatliche Reaktionen auf leichtere Straftaten weniger gefährlicher Täter, wobei auf ein formelles Strafverfahren verzichtet oder ein solches, ohne Schuldspruch und ohne eine formelle Sanktion zu verhängen, beendet wird. Diversion ist durch die freiwillige Mitwirkung des Beschuldigten und durch Aufrechterhaltung der Unschuldsvermutung gekennzeichnet. Sie hat überdies eine opferbezogene Ausrichtung.

Diversion bedeutet **keine Entkriminalisierung**. Die Tat bleibt strafbares Verhalten, sie führt lediglich nicht zur Sanktionierung, sondern zu einem dem Strafverfahren vorgeschalteten Verfahren, bei dem der Beschuldigte seine Bereitschaft, Verantwortung für die Tat zu übernehmen, unter Beweis stellt.

Durch Diversion bleibt ein Ersttäter unbescholten und wird daher **nicht stigmatisiert**. Aber auch bei Vorbestraften ist Diversion grundsätzlich nicht ausgeschlossen. Diversion führt zu **keinen** weiteren **rechtlichen Nachteilen**. Allerdings scheint der Beschuldigte im Geschäftsregister der Staatsanwaltschaft auf, sodass bei allfälligen späteren Anzeigen frühere diversionelle Erledigungen im Rahmen der Präventionsüberlegungen berücksichtigt werden können.

Da man erkannt hat, dass herkömmliche **Sanktionen destruktive Begleitscheinungen** haben, wurde die Tendenz in den letzten Jahren immer stärker, diversionelle Maßnahmen auszubauen und damit **unnötige Entsozialisierung** von Straftätern zu vermeiden.

Diversionelle Maßnahmen gibt es im Suchtmittelstrafrecht bereits seit Anfang der 70er-Jahre („Therapie statt Strafe“). Auch im Jugendstrafrecht hat sich Diversion seit Mitte der 80er-Jahre, indes aber seit Inkrafttreten des JGG 1988, bewährt. Bei Erwachsenen wurde Konfliktregelung (Außergerichtlicher Tatausgleich) seit 1992 im Modellversuch erfolgreich erprobt. Untersuchungen haben ergeben, dass Straffällige nach Anwendung eines Tatausgleiches weniger häufig rückfällig wurden als Verurteilte. Aufgrund der positiven Erfahrungen erfolgte schließlich eine umfassende gesetzliche Verankerung der Diversion 2000. Auch im Bereich der Verbandsverantwortlichkeit ist Diversion vorgesehen. Die praktische Bedeutung der Diversion ist hoch, es gibt mehr diversionelle Erledigungen als gerichtliche Verurteilungen.

Diversionelle Maßnahmen sind auch im Rahmen einer **Kronzeugenregelung** vorgesehen. Anders als bei der allgemeinen Diversion ist aber neben einem aktiven Reueverhalten (va das Offenbaren bestimmter Informationen) auch ein formelles Geständnis notwendig. Die Voraussetzungen dieser Zusammenarbeit mit der Staatsanwaltschaft sind in §§ 209a und 209b StPO geregelt (siehe unten I.).

Bei **Finanzstrafsachen** ist – mit Ausnahme bei Jugendstraftaten – Diversion nicht zulässig (§ 203 FinStrG).

## B. Voraussetzungen

### 1. Diversion kommt in Betracht, wenn (§ 198 f StPO)

- ein **Offizialdelikt** vorliegt,
- der **Sachverhalt hinreichend geklärt** ist,
- das **Verfahren nicht** nach den §§ 190 bis 192 StPO einzustellen ist,
- die **Schuld** des Beschuldigten **nicht** als **schwer** anzusehen wäre und
- im Hinblick auf die konkrete diversionelle Maßnahme **weder spezial- noch generalpräventive Bedürfnisse** bestehen.

Diversion ist aber **ausgeschlossen**, wenn die Tat

- mit mehr als 5 Jahren Freiheitsstrafe bedroht ist oder
- den Tod eines Menschen zur Folge hatte.

**Ausnahme:**

- der Verdächtige hat den Tod eines Angehörigen verursacht,
- er hat nur fahrlässig gehandelt,
- er ist dadurch psychisch schwer belastet und
- deshalb erscheint eine Bestrafung nicht geboten.

**Sonderregeln** bestehen für (§ 198 Abs 3):

- **Amtsmissbrauch:** Diversion ist nur zulässig, wenn:
  - die Schädigung an Rechten bloß gering bzw unbedeutend und
  - keine Idealkonkurrenz mit §§ 304 bis 307 (Korruption) besteht.

Die Rsp erachtet Fehleintragungen in öffentlichen Registern nur in Ausnahmefällen (zB einmalige Rückdatierung) als geringfügige Schädigung (17 Os 35/14x).

- **Sexualdelikte** (10. Abschnitt des BT): Diversion ist ausgeschlossen, wenn die Tat mit mehr als 3 Jahren Freiheitsstrafe bedroht ist.

**2. Bei Jugendstraftaten** und Straftaten **junger Erwachsener** kommt Diversion nach § 7 Abs 1 JGG auch in Betracht, wenn:

- die Tat mit mehr als 5 Jahren Freiheitsstrafe bedroht ist oder
- generalpräventive Bedürfnisse vorliegen, weil diese hier nicht zu berücksichtigen sind.

**3. Bei strafrechtlich verantwortlichen Verbänden** gelten folgende Abweichungen (§ 19 VbVG):

- Die „nicht schwere Schuld“ ist keine Voraussetzung für eine Diversion.
- Der Verband muss zwingend den Schaden gutgemacht sowie andere Tatfolgen beseitigt und dies unverzüglich nachgewiesen haben.
- Der Tatausgleich und Bewährungshilfe sind nicht vorgesehen.
- Die maximale Geldbuße beträgt 50 Tagessätze.
- Der vorläufige Rücktritt auf Probezeit ist bis zu einer Probezeit von 3 Jahren möglich.
- Gemeinnützige Leistungen unterliegen nicht den zeitlichen und sachlichen Beschränkungen des § 202 Abs 1 StPO.

**4. Ob die Schuld** des Beschuldigten **nicht schwer** ist, ist nach Strafzumessungsgesichtspunkten (§ 32) zu ermitteln. Keine Voraussetzung ist, dass die Schuld als nur gering anzusehen wäre.

**Schwere Schuld** (und damit Ausschluss der Diversion) ist allerdings nicht erst bei Überwiegen von Erschwerungsumständen (§ 33) anzunehmen, sondern wenn der Handlungs- und Gesinnungsunwert insgesamt eine Unwerthöhe erreicht, die im Wege einer überprüfenden Gesamtbewertung als auffallend und ungewöhnlich zu beurteilen ist (12 Os 111/18t), dh wenn bei gewichtender Wertung der Schuldkomponenten jener Unrechts- und Schuldgehalt erheblich überstiegen wird, der typischerweise von Tätern verwirklicht wird.

Dabei ist eine deliktübergreifende Sicht maßgebend. Es ist darauf abzustellen, ob jene Schuld überschritten wird, die typischerweise bei Delikten verwirklicht wird, die der Diversion grundsätzlich zugänglich sind. Dies wird durch das Zitat des § 32 deutlich. Daher indiziert (auch grobe) Fahrlässigkeit ebenso wie eine Strafdrohung bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe somit keine schwere Schuld iSd § 198 StPO (14 Os 87/19d).

Die Rsp nimmt insbes bei brutalem Vorgehen mit erheblichen Verletzungen (14 Os 84/06v), lebensgefährlicher Begehungsweise oder bei Angriffen übermächtiger Mitäter schwere Schuld an (11 Os 77/93); ebenso bei Speicherung und Weitergabe von Kinderpornos über einen längeren Zeitraum durch einen Sexualstraftäter (15 Os 190/98), Tatbegehung trotz anhängigem Strafverfahren (12 Os 113/12b) oder kurz nach einer Verurteilung (11 Os 141/11m), bei langem Tatzeitraum (14 Os 164/10i) bzw bei geringfügigen Schmiergeldzahlungen an Beamte, wenn dies regelmäßig und institutionell über Jahre hinweg erfolgt (12 Os 45/04). Bei Verkehrsunfällen ohne außergewöhnlich gravierenden Sorgfaltsverstößen, Begehung mehrerer Ladendiebstähle, die einem einzigen, nicht auf Tatwiederholung gerichteten Entschluss entspringen, oder provozierten Taten wird schweres Verschulden hingegen verneint (11 Os 64/12i, 15 Os 148/90). Bei Fehleintragungen in öffentlichen Registern möchte der OGH iG zu vereinzelt unberechtigten Registerabfragen (17 Os 35/14x) oder bei Konkurrenz von Amtsmissbrauch und Bestechung (17 Os 52/14x) nur in Ausnahmefällen schweres Verschulden verneinen.

**5. Präventionsbedürfnisse** sind in zweifacher Hinsicht zu berücksichtigen:

- Einerseits muss der Täter schon allein durch das bisherige Ermittlungsverfahren oder durch sonstige Umstände genügend abgeschreckt sein, weitere solche Straftaten zu begehen (**Spezialprävention**).

Ein Geständnis ist keine Voraussetzung, sondern nur Schuldeinsicht, die sich im Eingehen auf eine Diversion und freiwilligen Erbringen einer Leistung manifestiert. Der Verdächtige muss daher (bloß) bereit sein, Verantwortung für die Tat zu übernehmen, nicht aber formell die Tat gestehen.

Wer zunächst leugnet und erst nach dem Beweisverfahren, das ihn überführt, zur Diversion bereit ist, verdient diese aus spezialpräventiven Erwägungen allerdings nicht.

- Andererseits dürfen durch die Strafflosigkeit des Täters andere Personen nicht bestärkt werden, Straftaten zu begehen, oder in ihrer Überzeugung geschwächt werden, dass es richtig ist, solche Taten zu unterlassen (**Generalprävention**). Näheres unten bei II.H.b und c.

**6.** Sind mehrere Straftaten in einem Verfahren zu beurteilen (**Realkonkurrenz**), so darf nicht hinsichtlich der einen Tat Diversion, hinsichtlich der anderen Tat ein Schuldspruch erfolgen, weil dies eine **unzulässige Reaktionskumulierung** darstellen würde. Eine Ausnahme besteht bei Konkurrenz einer allgemeinen Straftat mit einer nach dem SMG, weil die dort vorgesehene Diversion im Hinblick auf das Prinzip „Therapie statt Strafe“ speziell ausgestaltet ist (siehe unten I.H.).

Beachte aber, dass auch bei Realkonkurrenz von strafbaren Handlungen nach dem SMG nicht wegen einer SMG-Tat Diversion und wegen der anderen SMG-Tat ein Schuldspruch erfolgen darf (12 Os 41/14m).