

Ao. Univ.-Prof. Dr. Alexander Tipold
Institut für Strafrecht und Kriminologie
Universität Wien
Schenkenstraße 4
1010 Wien

An das
Bundesministerium für Justiz
Museumstraße 7
1070 Wien

Begutachtungsverfahren zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Strafgesetzbuch
geändert wird
Geschäftszahl: 2025-0.309.548

Wien, am 2.6.2025

Anbei erlaube ich mir, eine Stellungnahme zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das
Strafgesetzbuch, geändert wird, abzugeben.

Grundlegende Überlegungen:

1. Die Richtlinie (EU) 2024/1385 zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, ABl. L 2024/1358 vom 24. Mai 2024, verpflichtet die Mitgliedstaaten in Art 7 lit c dazu, eine vorsätzliche, unaufgeforderte mittels Informations- und Kommunikations-technologien erfolgende Zusendung eines Bildes, eines Videos oder sonstigen vergleichbaren Materials, auf dem Genitalien abgebildet sind, an eine Person unter Strafe zu stellen, sofern diese Handlungen wahrscheinlich dazu führen, dass der Person schwerer psychischer Schaden zugefügt wird.

Der vorliegende Entwurf folgt nicht diesen Vorgaben, denn er verzichtet auf die in der Richtlinie vorgegebene Einschränkung der Strafbarkeit auf Fälle, in denen das Zusenden wahrscheinlich dazu führt, dass der Person schwerer psychischer Schaden zugefügt wird. Das ist insofern verständlich, als diese Einschränkung Schwierigkeiten bei der Strafverfolgung bereiten dürfte. Im Unterschied zur Richtlinie verlangt der Entwurf ein Belästigen als Tathandlung und auf der Ebene des Vorsatzes Absicht.

Diese Abweichungen von der Richtlinie können sich in zweifacher Hinsicht als problematisch erweisen: Zum einen könnte man innerstaatlich den Vorwurf des „gold plating“ erheben. „Gold-plating“ war eine Zeit lang als unerwünscht angesehen (vgl. <https://www.diepresse.com/5461846/was-versteht-man-unter-gold-plating> [abgerufen am 2.6.2025]) und hat sogar – wenn auch nicht im Strafrecht – zu einem eigenen Anti-Gold-Plating-Gesetz 2019, BGBl I 2019/46 geführt. Vielleicht haben sich die Zeiten geändert, und dieser Zugang wird nun nicht mehr als problematisch angesehen. Das ändert aber nichts an der Tatsache, dass es sich um ein „gold-plating“ handelt.

Da die europäischen Instanzen die Neigung haben, die Umsetzung an der Worttreue der Regelung im Vergleich zur Richtlinie zu beurteilen, könnte zum anderen aus deren Sicht aus zwei Gründen eine mangelhafte Umsetzung behauptet werden. Zum einen wegen des Absichtserfordernisses, zum anderen, weil der Entwurf ein „Belästigen“ vorsieht, während die RL die Tathandlung im Zusenden sieht. Hinsichtlich des Belästigens wird es eher einfach sein, zu zeigen, dass keine Mindererfüllung vorliegt. Beim Absichtserfordernis wird dies aber nicht gelingen.

So gesehen könnten dem Entwurf sowohl „gold-plating“ als auch mangelhafte Erfüllung vorgeworfen werden, je nach Standpunkt und Schwerpunktsetzung bei der Betrachtung. Das erscheint als denkbar ungünstig.

2. Die Materialien begründen den eigenständigen Weg nur negativ in Abgrenzung zu den Vorgaben der RL: Das Kriterium der Wahrscheinlichkeit eines schweren psychischen Schadens würde das Ermittlungs- und Beweisverfahren voraussichtlich verlängern und verkomplizieren, und es würde die Gefahr bestehen, dass grundsätzlich als strafwürdig zu qualifizierende Verhaltensweisen nicht sanktioniert werden können. Diese Strafwürdigkeit wird aber nur behauptet, nicht weiter begründet. Zur Begründung muss man auf Stellungnahmen greifen, die in Medien veröffentlicht wurden. Das sollte eigentlich nicht sein.

Dabei könnte man folgende Meldungen aktuell finden:

"Das Versenden solcher Bilder ist eine Grenzüberschreitung, eine Machtdemonstration und laut Expertinnen und Experten klar als sexuelle Belästigung einzustufen", sagte SPÖ-Justizsprecherin Selma Yildirim unlängst und führte aus: "Für Betroffene entsteht oft eine große psychische Belastung. Rechtliche Möglichkeiten dagegen vorzugehen gibt es in Österreich allerdings kaum, da es keine gerichtlich strafbare sexuelle Belästigung darstellt." [so <https://www.salzburg24.at/news/oesterreich/was-steckt-hinter-dem-dick-pic-paragrafen-art-278408>; zuletzt abgerufen am 2.6.2025]

„Familienministerin Claudia Plakolm (ÖVP) nannte den Beschluss ein wichtiges Anliegen. Was im realen Leben verboten sei, dürfe online nicht erlaubt sein. Auch Bildungsminister Christoph Wiederkehr (NEOS) betonte, dass das Internet kein rechtsfreier Raum sei.“ [<https://www.krone.at/3763992>; zuletzt abgerufen am 2.6.2025].“ In dieselbe Richtung geht die Ankündigung der Justizministerin im Video auf <https://www.derstandard.at/story/3000000266821/nationaler-aktionsplan-mit-dick-pic-paragraf-und-hassprediger-register>; zuletzt abgerufen am 2.6.2025].

„In der vorherigen Regierung gab es keine Einigung: Die Grünen wollten eine neue Regelung im Verwaltungsstrafrecht verankern, die ÖVP forderte eine Änderung im Justizstrafrecht. Eine Ansiedlung im Verwaltungsstrafrecht würde Anzeigen vereinfachen – Fotos könnten schnell und einfach gemeldet werden. Bei der Forderung einen Paragrafen im Justizstrafrecht zu schaffen, müsste jedes Mal ein Prozess gestartet und ein:e Staatsanwalt:in tätig werden. Das kostet vergleichsweise viel und dauert meist sehr lang.“ <https://www.moment.at/story/dick-pic-strafe/>; zuletzt abgerufen am 2.6.2025].

Zu recht haben die Materialien die Meinung nicht aufgegriffen, dass mit dem Entwurf der digitale Bereich an den realen Bereich angepasst wird. Hier irren sowohl die Familien- wie auch die Justizministerin; bedauerlicherweise wird das von den Medien nicht korri-

giert, sondern einfach weiterverbreitet. Reiner Exhibitionismus ist im analogen Bereich – oder wie man auch immer das Gegenteil der digitalen Welt bezeichnen möchte; real ist die digitale Welt auch, andernfalls gäbe es kein reales Problem, das man sogar mit den Mitteln des Strafrechts zu lösen versucht – nicht strafbar. Nach ganz hA sind exhibitionistische Handlungen nur tatbildlich, wenn der Täter masturbiert (*Philipp*, WK² § 218 Rz 10; *Kienapfel/Schmoller*, BT III StudB² § 218 Rz 15; *Hinterhofer/Rosbaud*, BT II⁷ § 218 Rz 12; *Leukauf/Steininger/Tipold*, StGB⁴ § 218 Rz 3; 14 Os 114/23f). Angesichts dessen erfolgt jetzt eine Strafverschärfung im digitalen Bereich; es wird mehr bestraft als in analogen Bereich!

Wenn auch diese Begründung nicht tauglich ist, so sollte eine andere gefunden werden, um den eigenständigen Weg des ME zu rechtfertigen. Der Weg des Verwaltungsstrafrechts dürfte wohl wegen der RL versperrt sein, wie wohl das Argument des Zeitaufwandes durchaus berechtigt ist.

3. Die zuvor eingeforderte Begründung ist auch erforderlich, um die unterschiedliche Behandlung der digitalen und der analogen Welt – hier reiner Exhibitionismus, dort erst ab geschlechtlicher Handlung strafbar – sachlich zu rechtfertigen. Dies erscheint auch deshalb geboten, um verfassungsrechtlichen Bedenken entgegenzutreten und den Weg des Individualantrages an den VfGH nach der ersten erstinstanzlichen Verurteilung hintanzuhalten. Was ist der Grund, dass der Exhibitionist, der sich vor dem Opfer zur Schau stellt und somit in unmittelbarer Nähe des Opfers agiert, straflos bleibt, solange er nicht masturbiert, das Verschicken des Bildes hingegen strafbar ist, obwohl es gerade zu keiner direkten Konfrontation zwischen Opfer und Täter kommt?

Eine richtlinienkonforme Umsetzung hätte diesen Aufwand erspart! Man könnte überlegen, § 218 Abs 1 StGB an den Vorschlag des ME anzupassen, um so der Einschätzung der beiden Ministerinnen zumindest nachträglich gerecht zu werden (in diese Richtung deutend auch *BMI*, 5/SN-11/ME 28. GP). Eine sexuelle Belästigung ist der reine Exhibitionist wohl auch; und eine Grenzüberschreitung jedenfalls. Allerdings muss nicht jede Grenzüberschreitung gerichtlich strafbar sein und ist es auch derzeit nicht.

4. Nach dem Regierungsprogramm soll das Sexualstrafrecht mit dem Ziel evaluiert werden, bestehende Lücken zu schließen und es zu verschärfen. Der vorliegende Entwurf schließt eine Lücke, denn zumindest die Richtlinie gilt es umzusetzen. Es ist aber fraglich, ob nicht jeder sich aus der Richtlinie ergebende Umsetzungsbedarf sowie sonstige Lückenschließungen und Verschärfungswünsche in einer einzigen Novelle des Sexualstrafrechts vorgenommen werden könnten. Ständige Reformen könnten zu Irrtümern bei der Rechtsanwendung führen und sollten daher nach Möglichkeit unterbleiben. Daher erscheint es überlegenswert, eine Sexualstrafrechtsnovelle zu entwerfen und nicht diesen Rechtsbereich scheinbarweise zu ändern.

Überlegungen zu Details:

5. „Bildaufnahmen von Genitalien“ ist ein sehr weiter Begriff. Die Materialien (2) verweisen auf die Verwendung in § 207a StGB. Dort sind die Genitalien nur erfasst, soweit es sich um reißerisch verzerrte, auf sich selbst reduzierte und von anderen Lebensäußerungen losgelöste Abbildungen handelt, die der sexuellen Erregung des Betrachters dienen. Letzteres passt zu § 207a StGB, weshalb es verfehlt wäre, diese bei § 218 Abs 1b zu übernehmen. Es fragt sich aber, ob nicht der Rest übernommen werden sollte, um vielleicht so ein Nacktbild, etwa von einem Strandaufenthalt, bei dem zwar naturgemäß (zumindest zum Teil) die männlichen, nicht aber die weiblichen Genitalien erkennbar sind, auszunehmen. Das würde auch eher dem Verständnis von „dick pic“ entsprechen. Aber vielleicht ist dies nicht nötig, wenn in solchen Fällen auch ein Belästigen verneint werden könnte. Das ist aber nicht zu erwarten (siehe Punkt 6). Daher sollte dieser Bereich noch einmal überlegt werden.

§ 120a StGB, auf den die Materialien ebenso verweisen, deutet letztlich auch eher in die Richtung hin, da die betreffenden Körperstellen grundsätzlich gegen Anblick geschützt sein müssen und es sich daher letztlich auch eher um eine auf sich selbst reduzierte Abbildung handeln wird.

6. Belästigen als Tathandlung ist ein sehr unbestimmter Begriff. Wie die Materialien (3) zeigen, ergibt sich daraus eine Unerwünschtheit und das Erzeugen von negative Gefühlsempfindungen von einigem Gewicht (*Philipp*, WK² § 218 Rz 13; *List*, SbgK § 218 Rz 18; *Hinterhofer/Rosbaud*, BT II⁷ § 218 Rz 4; *Kienapfel/Schmoller*, BT III StudB² § 218 Rz 18; *Leukauf/Steininger/Tipold*, StGB⁴ § 218 Rz 4). Diese Empfindungen werden dann – worauf die Materialien hinweisen – noch präzisiert mit „Schrecken, Ekel und Ärger oder Angst vor weitergehenden Übergriffen“ (*Philipp*, WK² § 218 Rz 13; *Hinterhofer/Rosbaud*, BT II⁷ § 218 Rz 4; *Fabrizy/Michel-Kwapinski/Oshidari*, StGB¹⁴ § 218 Rz 3).

Es ist den Stellen im Schrifttum aber nicht zu entnehmen, was für ein Maßstab für das Entstehen der negativen Gefühlsempfindung herangezogen wird. Diese könnte rein subjektiv vom jeweils betroffenen Tatopfer beurteilt werden. Denkbar wäre ein gemischt objektiv-individueller Maßstab, wie etwa bei der Nötigung, oder auch ein objektiver Maßstab mit dem besonnenen Durchschnittsmenschen (vgl. *Kienapfel/Schroll*, BT I StudB⁵ § 105 Rz 44 mwN). Es scheint, dass es auf das jeweilige Opfer ankommt. Diesfalls leistet das Belästigen abgesehen von der Unerwünschtheit nur wenig Einschränkung bei der Strafbarkeit. Ärger entsteht bei Unerwünschtem recht schnell, und zwar unabhängig vom Inhalt des Unerwünschten.

Diese Argumentation zeigt aber auch, dass mit dem Belästigen der Vorschlag weitergehend als die Richtlinie ist und ein „gold-plating“ vorliegt. Beim Absichtserfordernis ist dem aber nicht so.

7. Es ist daher fraglich, ob die Absicht hinsichtlich der Übermittlung wirklich erforderlich ist. Bestraft wird die Belästigung durch Übermittlung. Sollte die Person, der das Bild übermittelt wird, anderen Personen Zugang gewähren, dann ist fraglich, ob noch durch die (erste) Übermittlung die Belästigung erfolgt. Insofern könnte der objektive Tatbestand

schon deshalb nicht erfüllt sein, weshalb es der Einschränkung im subjektiven Tatbestand nicht bedarf. Bei versehentlicher Auswahl der Empfänger dürfte wohl nicht einmal Eventualvorsatz gegeben sein.

Insofern ist fraglich, ob das Absichtserfordernis wirklich nötig ist, noch dazu, wo damit die RL nicht umgesetzt wird.

8. Erforderlich ist eine Ermächtigung. Soweit ersichtlich ist nicht klar, ob das es sich bei der Erteilung der Ermächtigung um ein höchstpersönliches Recht handelt oder nicht (bejahend *Vogl*, WK StPO § 92 Rz 5). Es ist daher fraglich, wer die Ermächtigung erteilt, wenn das Opfer ein Kind oder jugendlich ist. Wenn es diesbezüglich auf die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters ankommt, besteht die Gefahr, dass sich dieser vielleicht mehr belästigt fühlt als das eigentliche Opfer, oder dass das Opfer mit einem Strafverfahren konfrontiert wird, weil der Vertreter dies so will. Aus diesem Grund sollte entgegen *BMI*, 5/SN-11/ME 28. GP auch bei Minderjährigen nicht auf das Ermächtigungserfordernis verzichtet werden. Dennoch gilt es, diese Fragestellung zu klären.

Nachbemerktungen:

9. Die Kosten werden in den Materialien als gering eingeschätzt. Ob hier ein Vergleich mit § 120a StGB zutreffend ist, erscheint zweifelhaft, weil dieser viel enger und mit wesentlich mehr Aufwand zur Tatbildverwirklichung verbunden ist als das Versenden eines Bildes (ebenso *OLG Graz*, 6/SN-11/ME 28. GP; *OLG Wien*, 7/SN-11/ME 28. GP; *GÖD*, 8/SN-11/ME 28. GP; *OstA Linz*, 9/SN-11/ME 28. GP). Es ist daher mit mehr Anwendungsfällen zu rechnen.
10. Auch dürfte das Verfahren aufwendiger sein. In aller Regel wird eine Datenbeschlagnahme erforderlich sein, zumindest des Verdächtigen, wahrscheinlich aber auch des Opfers, um den Gesamtzusammenhang und damit das Belästigen beurteilen zu können. Das Unerwünschte muss sich aus der gesamten Kommunikation ergeben, Ausschnitte davon könnten die Wirklichkeit der Kommunikation verzerren. So gesehen kann diese (neue) Ermittlungsmaßnahme durchaus oft zur Anwendung kommen (vgl dazu auch *GÖD*, 8/SN-11/ME 28. GP).
11. Belästigend können nicht nur Darstellungen von Genitalien wirken. Auch zB Gewaltdarstellungen oder Darstellungen genitalnaher Körperstellen können massive negative Gefühlsempfindungen erzeugen. Es ist fraglich, ob hier nicht wieder nur ein Detail geregelt wird, anstatt einen strafrechtlichen Belästigungsschutz anzudenken und letztlich auch zu schaffen. Es geht doch eher um das Verbot, über Telekommunikationswege oder unter Verwendung von Computersystemen andere zu belästigen. Wie bei § 120a StGB nur ein kleiner Ausschnitt des Schutzes am Bild geregelt wurde, wird wiederum nur ein kleiner Ausschnitt möglicher Belästigungen auf elektronischem Weg erfasst. Das ist nicht sinnvoll; außerdem entsteht dadurch das Problem der sachlichen Rechtfertigung im Vergleich zu § 218 Abs 1 StGB. Ein Belästigungsschutz, der sich nicht auf Genitalien beschränkt, würde die Unterscheidung zu § 218 Abs 1 StGB problemlos sachlich rechtfertigen.

Für die Umsetzung der Richtlinie könnten man deren Wortlaut einfach als Abs 1b an dieser Stelle (§ 218 StGB) durch Abschreiben umsetzen. Die Bestimmung wäre dann eine spezielle Regelung zu dem zu schaffenden allgemeinen Belästigungstatbestand. Damit würde die Politik auch zeigen, dass sie nicht mehr wie bisher (oder zuletzt) agiert. Auch das wäre nicht schlecht.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Alexander Tipold