

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 straf- und medienrechtliche Maßnahmen zur Bekämpfung von Hass im Netz getroffen werden  
Geschäftszahl: 2020-0.554.389

Wien, am 9. Oktober 2020

Anbei erlaube ich mir, eine punktuelle Stellungnahme zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem straf- und medienrechtliche Maßnahmen zur Bekämpfung von Hass im Netz getroffen werden, abzugeben.

#### **Anmerkungen zu § 107c StGB**

1. Die Änderung ist aus Überlegungen zum Rechtsgut und zur Teleologie der Bestimmung zu begrüßen. Das gilt zum einen für den Entfall der Erforderlichkeit, die Handlung fortgesetzt zu begehen. Die Annahme, dass auch eine einmalige Handlung das Tatbildmerkmal „fortgesetzt“ erfüllt, war genau genommen vom Wortlaut her gesehen ohnedies nicht wirklich vertretbar. Zum anderen gilt das auch für die Schaffung der zusätzlichen Qualifikation. Denn nur so kann eine Scheinkonkurrenz mit § 107a StGB abgesichert werden.

#### **Anmerkungen zu § 283 Abs 1 Z 2 StGB**

2. Das Grundproblem der Ausdehnung dieser Tatbildvariante auf einen Einzelnen liegt in der Abgrenzung zu § 115 StGB hinsichtlich der Tathandlung des Beschimpfens, wie auch die Materialien hervorheben. Es ist die Publizität und die Absicht, die Menschenwürde zu verletzen. Das ist letztlich nicht sehr viel angesichts des Unterschieds in der Höhe der Strafdrohung für die beiden Delikte: zum einen drei Monate, zum anderen zwei Jahre – also eine Verachtfachung. Auch ist fraglich, ob die Aufforderung zu Gewalt gegen einen Einzelnen in Abs 1 Z 1 und das Beschimpfen des Einzelnen im Unrechtsgehalt wirklich gleich ist. So gesehen erscheint auch die Strafdrohung innerhalb des § 283 Abs 1 nicht stimmig.

### Anmerkungen zu § 120a StGB

3. Diese Bestimmung kann nur schwer unter das gesetzgeberische Ziel, Hass im Netz zu bekämpfen, subsumiert werden. Sie ist damit ein Fremdkörper in diesem Entwurf, ermöglicht es aber, in Stellungnahmen zu diesem Entwurf Aspekte aufzugreifen, die ebenfalls nichts mit dem Thema Hass im Netz zu tun haben. Diese Aspekte können dann seriöser Weise nicht mit dem Hinweis auf den mangelnden Themenbezug zurückgewiesen werden.
4. Mit diesem Tatbestand wird die Herstellung eines Bildes einer Person, deren Identität unerkannt bleiben kann – andernfalls besteht ein weitgehender Schutz nach § 63 DSGVO –, mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bis zu 720 Tagessätzen bestraft. Das ist derselbe Strafraum wie für die vorsätzliche Körperverletzung in § 83 Abs 1 StGB, die Nötigung in § 105 Abs 1 StGB und die gefährliche Drohung in § 107 StGB. Zweifellos ist auch § 120 StGB für die Aufnahme des gesprochenen Wortes – das „Pendant“ zum Entwurf, wie die Erläuterungen hervorheben – mit derselben Strafe bedroht, allerdings sind Stimmen an sich durchaus auf Personen rückführbar (vgl zur datenschutzrechtlichen Relevanz von Stimmen etwa *Salimi*, WK StGB<sup>2</sup> § 63 DSGVO Rz 28 mwN), was bei den genannten Bildobjekten in der Regel nicht der Fall ist. Daher kann § 120 StGB nicht als Vorbild für die Strafdrohung der neuen Bestimmung herangezogen werden. Im Vergleich zum Unrechtsgehalt der §§ 83, 105 und 107 StGB ist der Strafsatz für den neuen Tatbestand eindeutig überzogen. Die Androhung einer Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen wäre im Vergleich zum Vorschlag des Ministerialentwurfs eher angemessen.
5. Ein Grundproblem dieses Entwurfes ist, dass ein kleiner Teilaspekt des Bildnisschutzes herausgegriffen wird, aber keine tiefgreifende Überlegung erfolgt, wann ein Bildnisschutz strafrechtlich geboten ist, weil andere Maßnahmen nicht genügen. In einem Entwurf 2009 (82/ME XXIV. GP) wurde eine Bestimmung überlegt, die gegen Paparazzi und „Happy Slapping“ gerichtet war und hierfür die Absicht erforderte, den Abgebildeten bloßzustellen, sowie ein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse in Bezug auf das DSGVO. Die Freiheitsstrafe war ident, aber das war angesichts der Bloßstellungsabsicht und der Nähe zum bzw der Überschneidung mit dem DSGVO vertretbar. Paparazzi und „Happy slapping“ sind heute offenbar kein Thema; so gesehen war es gar nicht nötig, die Strafnorm des damaligen § 120a einzuführen. Vielleicht verschwindet das „upskirting“ ebenso, und eine Strafnorm wie in der vorliegenden Fassung ist zur Bekämpfung gar nicht erforderlich. Die Zurückhaltung bei der Schaffung neuer Straftatbestände ist somit schon dem ultima ratio Gedanken des Strafrechts geschuldet. Außerdem fehlt ein Gesamtkonzept für den strafrechtlichen Bildnisschutz. Aus diesen Gründen sollte von diesem Vorschlag Abstand genommen und die Frage des strafrechtlichen Bildnisschutzes als Ganzes angegangen werden. Dann könnte etwa jene Überlegung, die in der Stellungnahme der Wiener Linien GmbH & Co KG (11/SN-50/ME XXVII. GP) aufgeworfen werden, eingehend diskutiert werden. Letztlich sollte ein strafrechtlicher Bildnisschutz – wie auch immer er dann aussieht – mit einer einzigen Strafnorm auskommen.
6. In der Stellungnahme von *Susanne Reindl-Krauskopf* (5/SN-50/ME XXVII. GP) wurde schon aufgezeigt, dass der Vorschlag zum Teil zu kurz greift und verfehlte Einschränkungen enthält. Dieser Kritik wird hiermit beigetreten.

7. Die Erläuterungen gehen davon aus, dass der Täter des Abs 2 eventualvorsätzlich hinsichtlich Absicht des Bildherstellers (Täter des Abs 1) handeln muss. Dies ist wohl auf die Formulierung „durch eine Tat nach Abs. 1“ zurückzuführen (anstelle von etwa „Bildaufnahme nach Abs .1“). Ob die Formulierung mit dem an sich auslegungsbedürftigen Begriff „Tat“ dieses Ziel wirklich erreicht, ist eher zweifelhaft.
8. Es können sich im Fall des Aufrechterhaltens des Vorschlages vielfältige Konkurrenzprobleme stellen, zumeist im Zusammenhang mit Abs 2, gelegentlich auch mit Abs 1. Zu denken ist etwa an § 63 DSGVO, aber auch an §§ 107a und 107c StGB. Eine Subsidiaritätsklausel sollte dafür sorgen, dass § 120a Abs 2 immer dann verdrängt ist, wenn ein anderer Tatbestand mit höherer oder gleich hoher Strafe erfüllt ist. Echte Konkurrenz gilt es zu vermeiden, um auch allfällige Fehlerquellen und damit verbundene Urteilsnichtigkeiten gering zu halten. Da der OGH weitgehend echte Konkurrenz annimmt, ist eine solche Subsidiaritätsklausel unumgänglich, Stellungnahmen in Materialien genügen nicht.

### **Anmerkungen zu den medienrechtlichen Regelungen**

9. Die Erhöhung der Entschädigungssummen wird befürwortet. Angesichts der Tatsache, dass die derzeit geltenden Beträge seit Juli 2005 bestehen, ist sie geboten. Angesichts der Zurückhaltung der Gerichte bei der Bemessung, die sicher weiter bestehen bleiben wird, ist die faktische Erhöhung ohnedies geringer.
10. Die Erläuterungen gehen davon aus, dass in § 7a Abs 1a MedienG der Kreis der geschützten Personen nur auf Angehörige von Opfern und auf Zeugen ausgedehnt wird. Da aber Abs 1a Z 1 auf „Angehöriger ... einer in Abs 1 Z 1 oder 2 genannten Person“ abstellt, ist auch der Angehörige eines Verdächtigten oder Verurteilten (Z 2) erfasst. Hier stimmen die Erläuterungen mit dem Gesetzestext nicht überein.
11. In § 6 Abs 1 wird in der derzeit geltenden Fassung wie auch im Entwurf auf den „objektive(n) Tatbestand der üblen Nachrede, der Beschimpfung, der Verspottung oder der Verleumdung“ abgestellt. Das ist insofern nicht ganz gelungen, als der Tatbestand der üblen Nachrede sich in § 111 StGB, jener der Verleumdung in § 297 StGB findet, es sich hingegen bei der Beschimpfung und der Verspottung um in Substantive verwandelte Tathandlungen des Tatbestandes der Beleidigung in § 115 StGB handelt. Dieser „Fehler“ ist alt hergebracht, aber irgendwann könnte man ihn vielleicht dennoch beseitigen.
12. Fraglich ist auch, ob die StPO wirklich das sachlich richtige Verfahrensrecht für diese medienrechtlichen Ansprüche darstellt. Dies könnte man sich einmal grundsätzlich überlegen. Dasselbe gilt hinsichtlich der Zielsetzung der Entschädigungen. Das sollen aber nur Anregungen für die Zukunft sein, wenn man Zeit und Muse hat, sich Grundlegendes zu überlegen, und die politische Bereitschaft besteht, Grundlegendes zu verbessern bzw zu klären.

### **Anmerkungen zu den Änderungen in der StPO**

13. Die Möglichkeit, für eine Tat nach § 111 StGB oder § 115 StGB, die im Wege einer Telekommunikation oder unter Verwendung eines Computersystems begangen wurde, nach

§ 71 Abs 1 StPO eine Art Ermittlungsverfahren zu eröffnen, ist grundsätzlich zu befürworten. Andernfalls können Täter nicht ausgeforscht werden und bleiben allein deshalb unbestraft. So wären die Strafnormen bei derartigen, weit verbreiteten Begehungsformen unwirksam. Angesichts des Themas Hass im Netz ist die Einschränkung auf die §§ 111 und 115 StGB verständlich. Da aber mit § 120a StGB dieses Thema verlassen wird, erlaube ich mir, darauf hinzuweisen, dass durch diese Neuregelung eine Europarechtswidrigkeit noch deutlicher wird: Das betrifft Praktiken, die derzeit ausschließlich über § 10 ZuKG sanktioniert sind. Da die österreichische Rechtslage, um europarechtskonform zu sein, der Richtlinie 98/84/EG über den rechtlichen Schutz von Zugangskontrollierten Diensten und von Zugangskontrolldiensten entsprechen muss, müssen die Sanktionen für die Begehung der in Art 4 dieser Richtlinie genannten Handlungen gemäß Art 5 wirksam, abschreckend und verhältnismäßig sein. Aufgrund des Systems des Privatanklageverfahrens sind die Sanktionen des ZuKG nicht wirksam, weil mangels Ermittlungsverfahrens Täter im Internet nicht ausgeforscht werden können. Etwas, was faktisch nicht wirksam ist, kann nicht abschreckend sein. Aus europarechtlichen Überlegungen muss daher überlegt werden, ob nicht auch für diesen Bereich ein Ermittlungsverfahren eröffnet werden muss. Im Bewusstsein, dass diese Frage nichts mit Hass im Netz zu tun hat – wie auch die geplante Strafbestimmung des § 120a – sei dies hier angemerkt.

14. Ebenso über den Rahmen hinausgehend ist die Lösung einer Problematik, die sich seit jeher stellt, wenn durch eine Handlung mehrere Personen beleidigt wurden oder ihnen gegenüber § 111 StGB verwirklicht wurde. Der prozessuale Umgang mit dieser Situation ist im Gesetz nahezu un geregelt. Ich möchte hier auf eine gerade fertiggestellte und mittlerweile begutachtete, aber noch unveröffentlichte Dissertation von *Mag. Lukas Harta* hinweisen mit dem Thema „Ne bis in idem: Zusammentreffen von Verfolgungszuständigkeiten bei Privatanklagdelikten und Wiederaufnahme zulasten des Beschuldigten“. Auf Seite 131 dieser Arbeit findet sich folgender Gesetzesvorschlag, den ich hier – mit Genehmigung des Autors – zur Diskussion stellen möchte. Auch das ist eine Anregung, ein grundsätzliches Problem zu lösen.

„§ 71a StPO

- (1) Sind wegen derselben Tat mehrere Personen zur Privatanklage berechtigt, so steht die Ausübung dieses Rechtes jedem Berechtigten selbstständig zu.
- (2) Hat jedoch einer der Berechtigten die Privatanklage erhoben, so steht den übrigen nur der Beitritt zu dem eingeleiteten Verfahren zu, und zwar bis zum Schluss der Verhandlung erster Instanz und in der Lage, in der es sich zur Zeit der Beitrittserklärung befindet.
- (3) Ist über die Privatanklage eines Berechtigten rechtskräftig abgesprochen, so ist das Klagerecht der übrigen Berechtigten erloschen, es sei denn, dass das Urteil oder der Beschluss wegen Rücktritts des Anklägers oder Unzuständigkeit des Gerichts ergangen wäre.

- (4) Gleichermaßen steht eine rechtskräftige Entscheidung wegen derselben Tat über die Privatanklage eines Berechtigten, die nicht wegen Rücktritts des Anklägers oder Unzuständigkeit des Gerichts ergangen ist, einer staatsanwaltlichen Verfolgung und eine rechtskräftige Entscheidung über die öffentliche Anklage, die nicht wegen Rücktritts des Anklägers oder Unzuständigkeit des Gerichts ergangen ist, einer Privatanklage entgegen.

#### § 78 Abs 4 StPO

Ergibt sich für ein Gericht nach Erhebung der Anklage der Verdacht, dass aus der verfahrensgegenständlichen Tat nicht verfahrensbeteiligten Personen das Recht auf Erhebung der Privatanklage erwächst, hat es diese vom anhängigen Verfahren, der Möglichkeit, sich durch Erhebung der Privatanklage, im Falle eines anhängigen Privatanklageverfahrens durch Beitritt, am Verfahren als Ankläger zu beteiligen, sowie über den nächsten Verhandlungstermin zu informieren und erforderlichenfalls die Hauptverhandlung zu vertagen. In den Fällen des § 68h des Markenschutzgesetzes 1970, BGBl. Nr. 260/1970 (WV), und der §§ 4, 10 des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), BGBl. Nr. 448/1984, kann das Gericht anstelle einer Verständigung einen inhaltsgleichen Hinweis durch Edikt kundmachen. Das Edikt ist durch Aufnahme in die Ediktsdatei (§ 89j GOG) öffentlich bekannt zu machen, welche nach Ergehen des Urteils erster Instanz zu löschen ist. Die Identität des Angeklagten ist nur nach schlüssiger Darlegung der Privatanklagebefugnis zu offenbaren.“

Auch wenn allein unter der Zielsetzung des Entwurfes die Lösung dieses allgemeinen Problems nicht zwingend ist, sollte doch zeitnah dazu ein Diskussionsprozess starten. Dazu sollte der Hinweis auf die Arbeit von *Mag. Harta* und seinen Lösungsvorschlag als Anregung dienen.

15. Bei den Ermittlungsmaßnahmen ist eine Durchsuchung von Orten und Personen nicht genannt, allerdings verweist § 111 Abs 1 letzter Satz darauf. Kann daraus geschlossen werden, dass auch diese Maßnahmen getroffen werden können, um eine Sicherstellung durchzusetzen?
16. Die eingesetzten Ermittlungsmaßnahmen könnten mehr Ergebnisse zu Tage bringen, als der Privatankläger für die Privatanklage benötigt. Aus dem Entwurf sind keine Möglichkeiten ersichtlich, dem Privatankläger nur jene Ergebnisse zukommen zu lassen, die er für die Verfolgung des Verdächtigen benötigt. Sollten derartige Regularien – vor allem aus Gründen des Datenschutzes – nicht eingeführt werden?
17. Es sind die Kosten der Verteidigung im Hauptverfahren zu ersetzen. Zieht der Verdächtige im Ermittlungsverfahren einen Verteidiger heran, bleibt er im Fall eines Freispruches auf diesen Kosten sitzen. Ist das gerechtfertigt?

Mit vorzüglicher Hochachtung

Alexander Tipold