

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, die Strafprozeßordnung 1975, das Kommunikationsplattformen-Gesetz und das Audiovisuelle Mediendienste-Gesetz geändert werden
Geschäftszahl: 2023-0.250.807

Wien, am 19.4.2023

Anbei erlaube ich mir, eine punktuelle Stellungnahme zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Strafgesetzbuch, die Strafprozeßordnung 1975, das Kommunikationsplattformen-Gesetz und das Audiovisuelle Mediendienste-Gesetz geändert werden, abzugeben.

Anmerkung zu § 207a StGB:

1. Der Begriff „Bildliches sexualbezogenen Kindesmissbrauchsmaterial“ ist sehr sperrig und wenig griffig – es ist zu erwarten, dass Medien weiter von Kinderpornographie schreiben werden und auch der Volksmund nicht diese Neukreation übernehmen wird. Darüber hinaus ist der Begriff verfehlt, weil auch weiterhin mündig Minderjährige strafrechtlich geschützt sind. Angesichts dessen sollte ein anderer Titel gesucht werden, mag der vorgeschlagene Begriff auch der Umsetzung eines englischen Begriffs entsprechen.
2. Fraglich ist, ob die Strafbestimmung gerade in Bezug auf mündig Minderjährige nicht überarbeitet werden sollte, denn geschlechtliche Handlungen mündiger Minderjähriger können nur unter dem Aspekt des § 207b StGB als missbräuchlich beurteilt werden; außerhalb dessen sind sie erlaubt. Die bildliche Festhaltung eines zulässigen Geschehens wird durch § 207a mit seiner neuen Überschrift zum Missbrauch erhoben – und das in Zeiten, in denen alles bildlich verewigt wird (siehe dazu schon zu Recht kritisch *Messner*, 1/SN-258/ME).
3. In § 64 Abs 1 Z 4a StGB wird nicht nur die Bezeichnung des § 207a StGB geändert, sondern auch die Anwendung des § 64 StGB auf alle Tatbestände des § 207a StGB erweitert. Über diese Erweiterung im internationalen Anwendungsbereich des § 207a StGB schweigen die Materialien – eine Begründung für die Ausdehnung wäre geboten.

4. Politisch gewollt war die Erhöhung der Strafdrohung für den Besitz dieses Materials in Abs 3 und damit auch in Abs 3a. Mit dieser Erhöhung der Strafdrohungen sind der Besitz und der wissentliche Zugriff auf Bildmaterial, das unmündige Personen abbildet, genauso hoch bestraft wie deren Herstellung. Da bei der Herstellung von Darstellungen iSd Abs 4 Z 1 jedenfalls ein Missbrauch dieser Person stattfindet, ist diese Gleichbehandlung der Strafdrohungen sachlich nicht zu rechtfertigen und daher verfehlt. Wenigstens wurde nicht am deutschen Strafrecht Maß genommen – diesfalls hätte man nämlich das gesamte System der Strafdrohungen ändern müssen (vgl die Strafdrohung des Diebstahls in § 242 dStGB, auch im Vergleich zu § 184b Abs 3 dStGB).
5. Mit Freiheitsstrafe von einem bis zu fünf Jahren wird nach dem neuen Abs 1a bestraft, wer die Tat nach Abs 1 in Bezug auf viele Abbildungen oder Darstellungen begeht. Für das Wort „viele“ wird auf folgende Qualifikationen verwiesen: §§ 126a Abs 3, 126b Abs 3, 159 Abs 4 Z 3, 168a Abs 1 Z 2, 169 Abs 3, 170 Abs 2, 181a, 247a Abs 3, 274 Abs 1, 275 Abs 2 Z 3, 278c Abs 1 Z 6, 282a Abs 1 und 283 Abs 1 StGB.

Bei den §§ 126a, 126b jeweils Abs 3 und 278c Abs 1 Z 6 StGB geht es um viele Computersysteme, bei den §§ 247a und 274 StGB um die Größe der Bewegung bzw Zusammenkunft, bei den §§ 282a Abs 1 und 283 Abs 1 StGB um die Reichweite der Wahrnehmbarkeit, bei den übrigen Bestimmungen geht es um Menschen, die in ihrer Existenz oder am Vermögen geschädigt werden oder die in Not versetzt werden. Mag der Begriff somit oft vorkommen; es bleibt fraglich, ob er mit seinem Richtwert von etwa 30 verpönten Abbildungen oder Darstellungen auf das bildliche Missbrauchsmaterial genauso passt (zu Recht kritisch bereits *Messner*, 1/SN-258/ME).

Dass dies nicht der Fall ist und völlig verfehlt Ergebnisse erzielt werden, zeigen die Materialien deutlich auf, wenn ein Film und eine Abbildung gleich viel zählen sollen. Dafür wird in den Erläuterungen folgendes Beispiel gebracht: „Filme sind auf den ersten Blick zwar als eine Vielzahl von (aufeinanderfolgenden) Bildern zu qualifizieren und damit einhergehend ein „mehr“ an Darstellungen; der Unrechtsgehalt der Tat stellt sich aber bspw. bei einem Film, der minutenlang, allenfalls sogar wiederholend die „Genitalien oder die Schamgegend“ einer mündigen Minderjährigen auf die in § 207a Abs. 4 Z 3 lit. b StGB genannten Weise zeigt, anders dar, als bei einem einzelnen Foto, das die Vergewaltigung eines Kleinkindes abbildet (207a Abs. 4 Z 1 StGB)“. Das klingt – wie sicher gewünscht, da Emotionen ansprechend – sehr überzeugend. Ist aber ein Film genauso als eine Darstellung zu zählen, wenn man folgende Beispiele einander gegenüberstellt? Zum einen ein Film, der minutenlang, allenfalls sogar wiederholend die Vergewaltigung eines Kleinkindes zeigt, zum anderen ein einzelnes Foto, das Genitalien oder die Schamgegend einer mündigen Minderjährigen auf die in § 207a Abs 4 Z 3 lit b StGB genannten Weise abbildet. Nach den Materialien wäre das der Fall, aber das liegt darin, dass die Erläuterungen gleichsam Äpfel mit Birnen vergleichen. Recht besehen zeigt sich nur, dass das Beispiel für die Argumentation ungeeignet ist und ein quantitativer Maßstab zu haarsträubend unsinnigen Ergebnissen führt. Nicht die Zahl der Abbildungen ist entscheidend, sondern die Qualität des Übergriffs in die Sexualität des Opfers und dessen bildliche Fixierung. Zu Recht wurde bisher keine derartige zahlenmäßige Qualifikation geschaffen, weil diese schwer fassbar ist.

Es stellen sich weitere Fragen: Erzeugt man viele Abbildungen, wenn man Serienbilder erzeugt mit kaum abgewandeltem und daher recht gleichartigem Motiv? Was gilt im Übrigen für den, der aus einem Film mehrere Standbilder erzeugt? Erfüllt er dann die Qualifikation, wenn er 30 Bilder herauskopiert? Entgegen den Erläuterungen ist dies nun nicht mehr allein eine Frage der Strafbemessung, sondern eine Frage der Strafdrohung. Auch zeugen entgegen den Materialien nicht schon „Tathandlungen in Bezug auf 30 Darstellungen von einer völlig gleichgültigen Einstellung gegenüber den Rechtsgütern anderer und treiben die sexuelle Ausbeutung Minderjähriger unzweifelhaft voran, sodass sie die qualifizierte Strafdrohung zu rechtfertigen vermögen“. Denn das trifft auf Serienaufnahmen gerade nicht zu, könnte aber bei einem einzigen, sehr abscheulichen Film durchaus der Fall sein, vor allem bei dessen Erstellung.

Zu Recht wird in einer Stellungnahme darüber hinaus darauf hingewiesen, dass eine Zusammenrechnung der Bilder über § 29 StGB nicht möglich ist (*Messner*, 1/SN-258/ME). Auch das kann zu recht merkwürdigen Ergebnissen führen, wenn jemand nicht gleich in mehreren Serien Abbildungen erzeugt. Wer mit einer Tat nur 20 Bilder herstellt, aber diese Taten regelmäßig begeht, bleibt beim Grunddelikt; ausgenommen ist nur der Fall einer Handlungseinheit, wobei es sich dabei um einen sehr dehnbaren Begriff handelt. Beim Besitzen stellt sich diese Frage nicht, wohl aber wiederum beim wissentlichen Zugreifen. Das führt zu wertungswidrigen Ergebnissen.

Nach den Materialien spricht für diesen Wert von 30 Abbildungen, dass sich „bei höheren Schwellenwerten ein entsprechend hoher Ermittlungs- und Feststellungsaufwand von Kriminalpolizei, Staatsanwaltschaften und Gerichten ergeben [würde] (...), während die Ermittlung, ob die Schwelle von 30 Darstellungen überschritten ist, stets mit angemessenem Aufwand möglich sein sollte“. Das heißt offenbar, dass der drohende Ermittlungsaufwand das Unrecht der Tat bestimmt. Wie erfolgt dann eigentlich die Strafzumessung, denn § 32 StGB stellt – abgesehen vom Milderungsgrund des Geständnisses – nicht auf den Ermittlungsaufwand ab, vor allem nicht als Ausgangsbasis für die Strafbemessung? Üblicher Weise richtet sich die Strafdrohung nach dem Unrecht der Tat (vgl etwa *Grafl/Schmoller*, Gutachten zum 19. ÖJT (2015) 14, 89 ff) und nicht nach dem zur Aufklärung nötigen Aufwand – andernfalls müsste Mord eher geringer bestraft werden, und die Strafdrohung wegen grob fahrlässiger Gläubigerbeeinträchtigung ist wegen des Ermittlungsaufwandes und der damit verbundenen Kosten wohl viel zu niedrig. Die Begründung ist daher verfehlt wie auch die Anknüpfung an einen reinen quantitativen Maßstab für so eine Qualifikation.

6. Entsprechend der Qualifikation des Abs 1a wird in Abs 3b eine solche für die Abs 3 und 3a geschaffen: Demnach ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu drei Jahren zu bestrafen, wer die Tat nach Abs 3 oder Abs 3a in Bezug auf viele Abbildungen oder Darstellungen einer mündigen minderjährigen Person iSd Abs 4 Z 3 und Z 4 begeht. Mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen ist, wer den Tatbestand in Bezug auf viele Abbildungen oder Darstellungen einer unmündigen Person erfüllt. Hinsichtlich letzterem unterscheidet sich der Besitzer und wissentliche Betrachter vieler Abbildungen nur in der niedrigeren Untergrenze vom Hersteller nicht vieler Abbildungen. Ob die Zahl der Abbildungen ein ausreichendes Abgrenzungskriterium ist, kann angesichts der Bedenklichkeit dieses Kriteriums auch hier in Zweifel gezogen werden.

Im Übrigen: Mit dieser Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis fünf Jahre ist im StGB ua auch die Tötung auf Verlangen (§ 77 StGB), die Mitwirkung an der Selbsttötung (§ 78 StGB), die Tötung eines Kindes bei der Geburt (§ 79 StGB), die schwere Körperverletzung nach § 84 Abs 4 und 5 StGB, der Menschenhandel nach § 104a Abs 1 StGB, die schwere Nötigung nach § 106 Abs 1 StGB, der Einbruchsdiebstahl in eine Wohnung nach § 129 Abs 2 Z 1 StGB, der räuberische Diebstahl (§ 131 StGB), die Erpressung (§ 144 StGB), die geschlechtliche Nötigung (§ 202 StGB), der sexuelle Missbrauch von Unmündigen (§ 207 StGB), die Kriminelle Organisation (§ 278a StGB) sowie der Amtsmissbrauch (§ 302 StGB) bedroht. Ein Vergleich von Strafdrohungen bei unterschiedlichen Tatbeständen ist zugegeben nie ideal, aber in dieser Aufzählung finden sich viele Gewaltdelikte und auch der sexuelle Missbrauch von Unmündigen – hier wird jeweils auf Menschen direkt eingewirkt; bei § 207a Abs 3b StGB geht es hingegen um den Besitz von und wissentlichen Zugriff auf bildliche Darstellungen eines uU längst vergangenen Missbrauchsgeschehens oder im Fall einer Darstellung nach § 207a Abs 4 Z 4 StGB um das Bild eines nie existenten Ereignisses. Ohne das Unrecht des § 207a StGB gering schreiben zu wollen – aber da besteht ein qualitativer Unterschied, der doch zum Greifen nahe sein sollte und sogar im politischen Diskurs sowie medial verständlich gemacht werden kann.

7. In § 207a Abs 2 wird im ersten Satz (Handlungen zum Zweck der Verbreitung bzw gewerbsmäßige Begehung) die Untergrenze von sechs Monate auf ein Jahr (Obergrenze bis zu fünf Jahre) erhöht. Zusätzlich wird ein Abs 2a geschaffen, wonach mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen ist, wer die Tat nach Abs 2 erster Satz in Bezug auf viele Abbildungen oder Darstellungen nach Abs 4 begeht. Auch hier greift § 29 StGB nicht; eine Zusammenrechnung findet nicht statt. Und die Problematik des Begriffs „viele“ zeigt sich auch hier:

Wer in Verbreitungsabsicht einen Film herstellt, der geschlechtliche Handlungen an einer (auch unmündig) Minderjährigen zeigt, bleibt nach Abs 2 1. Satz strafbar (unter der Voraussetzung, dass keine Qualifikation des zweiten Satzes vorliegt), während jener, der in derselben Absicht 40mal die Genitalien oder Schamgegend einer mündigen Minderjährigen auf die in § 207a Abs 4 Z 3 lit b StGB genannten Weise abbildet, Abs 2a mit der doppelten Strafobergrenze erfüllt. Und die Strafe ist dieselbe, wenn zu Verbreitungszwecken filmisch eine minutenlange Vergewaltigung eines Kleinkindes festgehalten wird, denn dafür sieht Abs 2 2. Satz eine Strafe von einem bis zu zehn Jahren vor. Das erscheint als wertungswidrig.

8. Gemäß § 207a Abs 5 Z 1 StGB soll nach den Abs 1, Abs 1a, Abs 3, Abs 3a und Abs 3b nicht zu bestrafen sein, wer eine Abbildung einer mündigen minderjährigen Person nach § 207a Abs 4 Z 3 StGB mit deren Einwilligung und zu deren oder seinem eigenen Gebrauch herstellt oder besitzt, sofern das Alter des Täters das Alter der abgebildeten Person im Zeitpunkt der Herstellung oder Besitzerlangung um nicht mehr als fünf Jahre übersteigt. Wenn sich eine 17jährige von ihrem 19jährigen Partner oder ihrer 19jährigen Partnerin bei gemeinsamen geschlechtlichen Handlungen fotografieren lässt, ist der Partner/die Partnerin straflos. Wenn die andere Person nicht 19, sondern 23 Jahre alt ist, ist sie nach dem Entwurf strafbar. Damit wird etwas als Missbrauch gehandelt, was kein Missbrauch ist, sofern kein Fall des § 207b StGB (oder sonst ein Zwang etc) vorliegt. Wenn geschlechtliche Handlungen nicht missbräuchlich sind, daher kann ihre bildliche Festhal-

tung auch keinen Missbrauch begründen (zu Recht schon kritisch *Messner*, 1/SN-258/ME).

Auf Basis einer „„require“-Empfehlung“ meinen die Erläuterungen dass es „tatsächlich nicht sachgerecht scheint“,[Wird hier eigentlich bewusst „scheinen“ verwendet statt „erscheinen“?] „eine deutlich ältere, erwachsene Person von der Strafbarkeit nach § 207a Abs 5 StGB auszunehmen“. Und dann wird letztlich wenig nachvollziehbar der Schluss gezogen, dass ein maximaler Altersunterschied von fünf Jahren gerechtfertigt erscheint. Warum gerade fünf Jahre? Ist der 23jährige Partner viel reifer als das 17jährige Opfer? Angesichts der Entwicklungstendenzen zwischen Männern und Frauen müsste man wohl bei Männern als Täter an einen größeren Altersunterschied anknüpfen als bei Frauen. Und ist der 22jährige dann soweit von einer 16jährigen fortentwickelt, dass eine Strafbarkeit gerechtfertigt ist?

Offenbar – und der Fotograf soll nach § 207a StGB strafbar sein; § 207a Abs 1, 1a, 2 und 2a StGB differenzieren nicht einmal nach dem Alter des Opfers. Das bedeutet: Der 23jährige Fotograf einer 17jährigen ist genauso strafbar wie jener Fotograf, der die geschlechtliche Handlung bei einer/einem Zehnjährigen abbildet. Das ist – zurückhaltend ausgedrückt – sachlich nicht zu rechtfertigen. Schon wieder!

9. Der Entwurf erzeugt somit eine Fülle an Wertungswidrigkeiten. Es ist schwer vorstellbar, dass das wirklich politisch gewollt ist.

Anmerkung zu § 220b StGB:

10. In § 220b Abs 1 und 2 wird die Einschränkung beseitigt, dass der Täter im Tatzeitpunkt eine Erwerbstätigkeit oder sonstige Tätigkeit in einem Verein oder einer anderen Einrichtung ausgeübt oder auszuüben beabsichtigt hat, die entweder die Erziehung, Ausbildung oder Beaufsichtigung Minderjähriger oder sonst intensive Kontakte mit Minderjährigen einschließt (Abs 1) oder die die Betreuung solcher wehrlosen Personen oder sonst intensive Kontakte mit solchen wehrlosen Personen einschließt (Abs 2). Somit genügt für die Zukunft neben der Begehung der Anlasstat die Prognose, dass ohne die Verhängung des Tätigkeitsverbotes die Gefahr besteht, dass der Verurteilte unter Ausnutzung einer ihm durch eine solche Tätigkeit gebotenen Gelegenheit eine weitere strafbare Handlung wie die Anlasstat mit nicht bloß leichten Folgen begehen werde. Wie diese Prognose getroffen werden kann, wenn der Täter noch keinerlei Bezug zu so einem Verein bzw Einrichtung in seinem bisherigen Leben hatte, wird nicht näher konkretisiert. Das ist aber durchaus ein wichtiges Problem, worüber in den Materialien reflektiert werden sollte.
11. Im Übrigen ist § 220b StGB völlig falsch eingeordnet ist. Eine vorbeugende Maßnahme gehört nicht in den besonderen Teil des StGB und die Strafbestimmung in Abs 4 ist kein Sexualdelikt. Das ist kein neuer Einwand, soll aber dennoch betont werden.

Es gibt natürlich Personen, die an die abschreckende Wirkung von Strafdrohungen glauben und dies nach außen kund tun. Aber das ist ein Irrglaube. Laut dem Regierungsprogramm 2020 – 2024 soll Strafrechtspolitik auf Basis wissenschaftlicher Erkenntnisse erfolgen, um Straftaten zu verhindern, Kriminalität zu bekämpfen und den Opferschutz zu stärken. Für die

Erhöhung der Strafdrohungen als Mittel zur Zielerreichung werden wissenschaftliche Erkenntnisse nicht als Begründung herangezogen werden können. Es ist überraschend und enttäuschend, dass sich auch grüne Kriminalpolitik in der Erhöhung von Strafdrohungen erschöpft. Das ist der dritte Ministerialentwurf, der dies zeigt.

Sehr wohl ist der Entwurf geeignet, Gefängnisse zu füllen. Gerade bei Sexualstraftaten ist bei Verschärfungen mit längeren Haftstrafen zu rechnen. Darauf wird in der Folgenabschätzung nicht eingegangen. Darüber hinaus gilt, dass man um den Bau weiterer Haftanstalten nicht herumkommen wird und zusätzliches Personal nötig ist, wenn man einen sinnvollen Strafvollzug will. Denn übervolle Haftanstalten erschweren die Resozialisierung und können zu einem Sicherheitsrisiko für die Bediensteten, aber auch für alle anderen in Österreich lebenden Personen werden. Der Strafvollzug wird somit zu Unrecht bei den finanziellen Auswirkungen der Reform verschwiegen; die Folgenabschätzung ist daher in einem wesentlichen Bereich in unvertretbarer Weise unvollständig. Wer höhere Strafen möchte, muss auch für mehr Strafvollzugsanstalten und entsprechend Personal sorgen. Es macht nicht den Eindruck, dass dies bedacht wird.

Es wird nicht leicht sein, vernünftige qualitative Kriterien für eine neue Qualifikation zu finden. Aber die aufgezeigten Wertungswidrigkeiten sollten jedenfalls vermieden werden, auch um allfällige Verfassungswidrigkeiten in einem so sensiblen Bereich zu vermeiden. Angesichts all der Probleme dieses Entwurfes sollte dieses Reformvorhaben eingehend überarbeitet werden, auch auf die Gefahr hin, dass sich dies in dieser Legislaturperiode nicht ausgeht. Gesetzgebung – insbesondere Strafgesetzgebung – ist keine Notfallambulanz und kann es auch wegen des Rückwirkungsverbots gar nicht sein.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Alexander Tipold