

Innsbruck, am 10.9.2003

Stellungnahme zum Entwurf eines StRÄG 2003
(GZ 318.016/6 - II.1/2003)

I. Zu den Änderungen des Sexualstrafrechts:

Grundsätzlich ist zu begrüßen, dass der Unzuchtsbegriff nun beseitigt und generell durch „geschlechtliche Handlung“ bzw. Prostitution ersetzt werden soll.

Bei den sonstigen Änderungen handelt es sich aber bedauerlicherweise zu einem erheblichen Teil um eine Vermehrung bzw. Ausweitung von Straftatbeständen sowie um zum Teil drastische und unverhältnismäßige Verschärfungen von Strafdrohungen, insbesondere auch für Zuhälterei (§ 216 E) und Exhibitionismus (§ 208 E). Die dringend gebotene Senkung der Gefangenenzahlen wird damit nicht zu erreichen sein – das Gegenteil wird der Fall sein.

Zu § 201 StGB (Vergewaltigung) Sehr bedauerlich ist die Aufgabe der Unterscheidung zwischen Vergewaltigung und „schwerer“ Vergewaltigung in § 201 Entwurf. Diese Unterscheidung ist in der Praxis von erheblicher Bedeutung, bewirkt sie doch, dass sich schwere Fälle der Vergewaltigung auch in der Strafdrohung von anderen abheben. Bekanntlich spielt die Höhe der Strafdrohung eine überragende Rolle bei Ausmessung der konkreten Strafe. Die angestrebte Gleichsetzung der Strafdrohungen für Vergewaltigung und „schwere“ Vergewaltigung wäre das falsche Signal, weil es einer bedenklichen Gleichmacherei das Wort redet. So ist zu befürchten, dass die Strafbemessungspraxis nicht mehr mit der nötigen Deutlichkeit zwischen schweren und leichteren Begehungsformen unterscheiden wird. Der Entwurf gibt ein wichtiges kriminalpolitisches Steuerungselement aus der Hand.

Zugegeben, die im Schrifttum gebräuchliche Bezeichnung einer Vergewaltigung als „minder schwer“ ist unglücklich, weil sie Assoziationen zum minder schweren Raub nach § 142 Abs 1 StGB hervorruft, die nicht angebracht sind (idS auch *Kienapfel/Schmoller* BT III §§ 201-203 Rz 2; *Schick* im WK² § 201 Rz 1). Aber das ist kein Grund, den Strafsatz für die Vergewaltigung nach § 201 Abs 2 StGB zu verdoppeln: Die Vergewaltigung nach Abs 2 ist im Verhältnis zur schweren Vergewaltigung nach Abs 1 das Grunddelikt, während der „minder schwere“ Raub (§ 142 Abs 2) eine Privilegierung des „normalen“ Raubes (§ 142 Abs 1) darstellt. Schon aus diesem Grund verbietet sich eine Analogie zum „minder schweren“ Raub.

Der hohe Strafsatz des § 201 Abs 1 StGB (Freiheitsstrafe bis zu 10 Jahren) bezieht seine Berechtigung aus der Tatsache, dass der Unwertgehalt der „schweren“ Vergewaltigung sich auch in einer gegenüber dem Grunddelikt höheren Strafdrohung ausdrücken soll. Dieses kriminalpolitische Konzept ist keineswegs überholt, und es ist durchaus im Bewusstsein der Bevölkerung verankert (vgl dagegen Erl 13). Das

Verhältnis Grunddelikt zu Qualifikation sollte freilich stärker im Deliktsaufbau des § 201 zum Ausdruck kommen. So sollte die in Abs 2 normierte Vergewaltigung als Grunddelikt mit aller Deutlichkeit vorangestellt werden, die „schwere“ Vergewaltigung (jetzt Abs 1) sollte als Qualifikation folgen. Damit ließe sich der Eindruck vermeiden, es gäbe eine „minder schwere“ Vergewaltigung (vgl Erl S 13). An den geltenden, nach Schweregraden abgestuften Strafsätzen sollte der Gesetzgeber jedoch unbedingt festhalten, weil sie eine maßgebliche Orientierung bei der Strafbemessung darstellen. Dass § 201 Abs 2 StGB und der minderschwere Raub nach § 142 Abs 2 StGB die gleiche Strafdrohung aufweisen, ist kein Grund, den Strafsatz des § 201 Abs 2 StGB zu erhöhen, sondern sollte vielmehr umgekehrt Anlass sein, die teilweise zu hohen Strafsätze für Vermögensdelikte zu überdenken.

Zu § 202 StGB (geschlechtliche Nötigung): Abzulehnen ist auch die bedeutende Verschärfung des Strafrahmens bei der geschlechtlichen Nötigung nach § 202 StGB: Die Nötigung zur Vornahme oder Duldung einer geschlechtlichen Handlung mit Gewalt oder durch gefährliche Drohung soll in Hinkunft statt mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren bestraft werden. Wenn die Tat eine schwere Körperverletzung im Sinne des § 84 Abs 1 StGB zur Folge hat (dazu gehört nach der Judikatur des OGH beispielsweise eine mehr als 24 Tage dauernde posttraumatische Belastungsstörung), ist die Tat in Hinkunft sogar mit Freiheitsstrafe von einem bis zu 10 Jahren bedroht! Diese Verdoppelung des Strafrahmens erscheint eindeutig überzogen, insbesondere unter Berücksichtigung der geplanten ersatzlosen Streichung des derzeitigen § 203 StGB.

Die laut Entwurf angedrohte Freiheitsstrafe für unqualifizierte geschlechtliche Nötigung steht auch in keiner Relation zu derjenigen für vorsätzliche schwere Körperverletzung (§ 84 StGB). Beispielsweise wäre das erzwungene Betasten der Brust mit höherer Strafe bedroht (bis zu 5 Jahre!) als ein Kieferbruch infolge mehrerer Faustschläge ins Gesicht (bis zu 3 Jahre). Nach derzeitiger Rechtslage werden Wertungswidersprüche wie diese vermieden. Auch im Verhältnis zu § 106 StGB besteht nur scheinbar ein Wertungswiderspruch (vgl aber die Erl S 14): Wenn durch die sexuelle Nötigung „besonders wichtige Interessen“ des Opfers verletzt wurden, kann der Täter schon derzeit nach § 106 Abs 1 Z 3 StGB mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren bestraft werden. Die höhere Strafdrohung schließt die Berufung auf Spezialität aus (zweifelnd auch die Erl S 14). Eine diesbezügliche „Anpassung“ der Strafdrohung in § 202 Abs 1 StGB erübrigt sich also, ebenso wenn der Täter mit dem Tod droht, weil auch hier die höhere Strafdrohung des § 106 Abs 1 Z 1 zum Tragen kommt (für diesen Fall auch *Kienapfel/Schmoller* BT III §§ 201-203 Rz 3).

Zur Abschaffung des § 203 StGB: Während die Streichung des § 203 Abs 2 (Anwendbarkeit der ao. Strafmilderung) de facto nicht ins Gewicht fällt, ist die Beseitigung des § 203 Abs 1 StGB ein schwerer Fehler: Der Wegfall der Antragsvoraussetzung ist absolut abzulehnen.

Der Entwurf begründet den Wegfall des § 203 und damit des Antragsrechts des Opfers zum einen damit, dass leichtere Fälle in der Regel gar nicht zur Anzeige gelangen, wenn die Beteiligten die Lebensgemeinschaft fortsetzen wollen. Zum anderen wird darauf hingewiesen, dass sich das Opfer als Ehepartner oder Lebensgefährtin des Täters ja der Aussage entschlagen könne (§ 152 Abs Z 2 StPO).

Ohne die belastende Aussage des Opfers werde in der Regel eine Verurteilung nicht möglich sein.

Nun muss eingeräumt werden, dass das Antragsrecht tatsächlich nicht ganz unproblematisch ist: Es besteht die Gefahr, dass auf das Opfer vom Täter oder von Dritten Druck ausgeübt wird, den Antrag erst gar nicht zu erteilen oder aber wieder zurückzuziehen; gelegentlich kommt es auch zu strafbaren Handlungen (Nötigungen), um das Opfer zu einem entsprechenden Verhalten zu veranlassen. Das ist unerfreulich; aber die Abschaffung des Antragsrechts macht die Situation keineswegs besser: Wenn das Opfer zunächst Anzeige bei der Polizei erstattet, dort belastende Angaben macht, dann aber in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht, so hängt es aufgrund des Protokollverlesungsverbots vom Zufall ab, ob die sonstigen Beweise für eine Verurteilung des Täters ausreichen oder nicht. Zufällige Wahrnehmungen dritter Personen werden den Ausschlag geben, ob es gegen den Willen des Opfers zu einem Schuldspruch kommt oder nicht. Das ist weder aus der Sicht des Opfers noch aus rechtsstaatlicher Sicht wünschenswert. Auch für die Gerichte ist es unerfreulich, wenn sie „sehenden Auges“ einen Freispruch aus Mangel an Beweisen fällen müssen, obwohl im Hinblick auf das im Akt befindliche belastende Polizeiprotokoll an der Tat kaum ein Zweifel besteht. Ein solcher materiell-rechtlicher Freispruch ist unbefriedigender als der nach der geltenden Rechtslage zu fällende Freispruch aus formalen Gründen, wenn das Opfer den Verfolgungsantrag zurückzieht.

Durch die Ausgestaltung als Antragsdelikt wird das Interesse des in Ehe und Lebensgemeinschaft mit dem Täter lebenden Opfers, dass in derart intimen Angelegenheiten nicht gegen seinen Willen von Amts wegen Ermittlungen geführt werden, in vernünftiger Weise und verlässlich gewährleistet. Mit der Beseitigung des § 203 StGB wird dies – entgegen der Meinung der Verfasser des Entwurfs – nicht mehr der Fall sein. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass derselbe Druck wie zur Zurückziehung des Antrags auf Strafverfolgung auch ausgeübt werden kann, um das Opfer dazu zu veranlassen, von seinem Zeugnisentschlagungsrecht Gebrauch zu machen; aber niemand denkt deshalb daran, Entschlagungsrechte abzuschaffen.

Zur Neufassung des § 207a StGB (Pornographische Darstellungen Minderjähriger): In Zukunft soll auch das Anbieten, Überlassen, insb. aber auch das Besitzen „wirklichkeitsnaher Abbildungen“ einer geschlechtlichen Handlung oder eines Geschehens, das diesen Eindruck auch nur erweckt, mit mündigen (über 14-jährigen) Minderjährigen strafbar sein.

§ 207a Abs 3 iVm Abs 4 Z 3 lit. a des Entwurfs pönalisiert beispielsweise den Besitz eines Bildes, das zeigt, wie ein Mann einem offensichtlich noch nicht 18-jährigen Mädchen auf die Brust greift. Das soll ein Fall sein, der mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr zu bestrafen ist? Auch Nacktfotos, die der „sexuellen Erregung“ dienen, fallen unter den Tatbestand (§ 207a Abs 4 Z 3 lit b), ja der „Täter“ kann sogar jünger als das Opfer sein: Der 15-Jährige, der aus dem Internet das Bild einer 17-Jährigen herunterlädt und abspeichert, auf dem Genitale oder Schamgegend des Mädchens in lasziver Weise abgebildet sind, macht sich gleichfalls strafbar (§ 207a Abs 3 iVm Abs 4 Z 3 lit b). Straffrei wäre er nur im Fall „computergenerierter“ Darstellung, und auch dann nur, wenn er das Bild „derart unter Verschluss hält“, dass die Gefahr der Verbreitung geradezu ausgeschlossen wird (Erl S 19). Wehe dem Jugendlichen, der

„echte“ Nacktfotos von Jugendlichen auf seinem Computer speichert oder „virtuelle“ Bilder („Anscheinspornographie“) nur so abspeichert, dass sie Eltern, Geschwister oder Freunde einsehen könnten.

Die Cybercrime-Konvention des Europarates lässt den Staaten durchaus kriminalpolitischen Spielraum: Sie bezieht sich einerseits nur auf Kinderpornographie in Computersystemen und auf Datenspeichermedien; andererseits darf das strafrechtlich relevante Schutzalter mit 16 Jahren angenommen werden (Art 9 Z 3: „not less than 16 years“); bestimmte Strafen sind außerdem nicht vorgeschrieben, es genügt die Schaffung von „criminal offences“. Das Fakultativprotokoll zur UN-Kinderrechtskonvention macht den Staaten bei der Festlegung des Schutzalters überhaupt keine Vorschriften; die Rede ist lediglich von „Kindern“ („children“), die vor Kinderpornographie strafrechtlich geschützt werden müssen (Art 3). Das Fakultativprotokoll verpflichtet die Staaten im Übrigen zur Androhung von Strafen, die der Schwere der Tat angemessen sind (Art 3 Abs 3: „appropriate penalties that take into account their grave nature“). Übermäßig harte Strafandrohungen widersprechen demgemäß sogar völkerrechtlichen Verpflichtungen. Ob Österreich dem Übereinkommen beitrifft, hängt noch von der Beschlussfassung im Nationalrat ab.

Demgegenüber sieht der Entwurf (!) eines Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie eine teils weitreichende Kriminalisierungspflicht vor: Kinder sind danach alle Personen unter 18 Jahren; Kinderpornographie muss mit Freiheitsstrafe „im Höchstmaß von mindestens einem bis zu drei Jahren“ bedroht werden (Art 5 Abs 1). Der Entwurf eines StRÄG 2003 lehnt sich ausdrücklich und wiederholt an diesen (noch) gar nicht verbindlichen Rahmenbeschluss-Entwurf an, und zwar mit dem Argument, jener Entwurf sei „politisch“ bereits akkordiert (Erl S 2). Es ist in höchstem Maß bedenklich, wenn das Justizministerium die Ausgestaltung des innerstaatlichen Kernstrafrechts auf bloße Entwürfe von EU-Rechtsakten stützt, die ihrerseits im höchsten Maß bedenklich sind. Andere Staaten (zB Portugal, Dänemark) haben bereits zum Teil weitgehende Vorbehalte angemeldet, warum nicht auch Österreich?

Österreich sollte noch vor der formellen Zustimmung zum Rahmenbeschluss klarstellen, dass Jugendpornographie nicht mit Kinderpornographie gleichgesetzt werden darf (*Venier/Ebensperger* in *Brenn*, E-Commerce-Gesetz, 122). Die im StRÄG-Entwurf vorgesehen Ansätze sind ungenügend: Von eher bescheidenen Ausnahmen (§ 207a Abs 5, 6 Entw) abgesehen wird Jugendpornographie mit Kinderpornographie gleichgestellt. Immerhin müssen Abbildungen von schon 14-Jährigen „pornographischer“ Natur sein, um künftig als strafwürdig zu gelten (Erl S 18). Für „geschlechtliche Handlungen“ mag es dafür Vorbilder in der Rechtsprechung des OGH zum Pornographiegesetz geben, aber worin besteht das typisch Pornographische einer Darstellung, welche nur die Genitalien oder die Schamgegend einer noch nicht 18-jährigen Person zeigt (§ 207a Abs 4 Entw)? Dass die Person noch nicht volljährig ist, kann für Pornographie doch wohl nicht genügen. Eine „auf sich selbst reduzierte und von anderen Lebensäußerungen losgelöste Abbildung, die der sexuellen Erregung des Betrachters dient“, ist eine sehr unbestimmte Formulierung, sie wurde außerdem von der Rechtsprechung Ende der 70er Jahre für Fälle „harter“ Pornographie (vgl EvBl 1979/231), nicht für Abbildungen nur von Geschlechtsteilen oder Schambereich entwickelt. Wie die Rechtsprechung die Formulierung auf Abbildungen von Geschlechtsteilen und Schamgegend anwenden soll, bleibt ungelöst.

Die Verfasser wollen „anstößiges“ oder „aufreizendes“ Bildmaterial als pornographisch verstehen (Erl S 18). Strafbar wäre etwa der 17-Jährige, der von seiner 16-jährigen Freundin ein „aufreizendes“ Nacktfoto (einschließlich Schambereich) schießt und es – mit ihrer Einwilligung – jemand anderem zeigt (§ 207a Abs 1 Z 3). Die Ausnahme des § 207a Abs 5 gilt nur für das Herstellen und Besitzen solcher Bilder, nicht aber für das Herzeigen („zugänglich machen“). Wenn der junge Mann dagegen mit seiner Freundin Geschlechtsverkehr hat, bleiben er und sie straffrei, selbst wenn das Paar einen Dritten zusehen lässt. Der Geschlechtsverkehr mit und zwischen noch nicht Erwachsenen ist innerhalb der durch das Strafrecht gezogenen Grenzen (§ 206, § 207b StGB) mit Recht erlaubt. Wenn aber das Paar nur aufreizende Nacktfotos von sich herzeigt, könnte – je nach Beteiligung – jeder von Ihnen wegen „Pornographischer Darstellung Minderjähriger“ mit Freiheitsstrafe bis zu 1 Jahr bestraft werden. Das steht außer jeder Relation. Ob sich ein Minderjähriger auch dann strafbar macht, wenn er nur Fotos von sich herzeigt, ist zumindest nach dem Wortlaut des Entwurfs unklar.

Nach den Erläuterungen (S 19) soll § 207a neu „die Würde“ der abgebildeten Person schützen und außerdem die „potentielle Gefahr“ der Verbreitung und Kommerzialisierung des Bildmaterials abwehren. Sollten mündige Minderjährige nicht selbst entscheiden dürfen, ob laszive Darstellungen ihre Würde verletzen? Und warum gestaltet man § 207a in Bezug auf diese Personengruppe nicht zu einem Antragsdelikt aus? Dann könnten die abgebildeten mündigen Minderjährigen selbst entscheiden, ob sie strafrechtliche Ermittlungen wünschen, die ihre Würde vielleicht noch stärker beeinträchtigen, als es das eine oder andere Nacktfoto tun könnte? Dem stünde selbst dem EU-Rahmenbeschluss-Entwurf nicht im Weg.

Zu § 212 Abs 1 Z 2 StGB: Diese Bestimmung schafft überflüssigerweise einen Sondertatbestand für geschlechtliche Handlungen zwischen Geschwistern und Stiefgeschwistern. Geschlechtliche Handlungen unter Ausnützung einer altersbedingten Überlegenheit werden schon hinreichend durch § 207 b Abs 1 StGB erfasst; eine Ausdehnung des Schutzes auf Personen, die bereits 16 Jahre alt sind, ist durch nichts gerechtfertigt. Im Übrigen ist strafwürdiger Inzest unter Geschwistern ohnehin nach § 211 Abs 3 strafbar.

Zu § 218 neu StGB (sexuelle Belästigung): Die Vornahme einer geschlechtlichen Handlung mit dem Vorsatz, einen anderen zu belästigen, soll mit Freiheitsstrafe bis zu 6 Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen bestraft werden. Darunter fallen nach den Erläuterungen einerseits exhibitionistische Handlungen (zB Onanie), aber auch Betastungen eines Geschlechtsteils (zB der weiblichen Brust), ohne dabei Gewalt anzuwenden.

Sexuelle Belästigung ist zweifelsohne ein Ärgernis. Aber das gerichtliche Strafrecht erscheint dafür überzogen und auch zu schwerfällig. Vertretbar wäre es, die sexuelle Belästigung zu einer Verwaltungsübertretung (im EGVG) zu machen und mit angemessener Geldstrafe zu bedrohen. Dadurch könnte rascher und wohl auch effizienter reagiert werden, ohne dass sich der Gesetzgeber den Vorwurf der Bagatellisierung gefallen lassen müsste. Davon abgesehen steht dem Opfer schon derzeit ein zivilrechtlicher Unterlassungsanspruch gegen den „Grapscher“ zu. Ein

eigener strafrechtlicher Belästigungs-Tatbestand ist auch aus diesem Grund verzichtbar.

II. Anregung betreffend Einschränkung der Gewerbsmäßigkeit:

Abschließend regen wir an, die Definition der Gewerbsmäßigkeit zu verändern: Sie enthält derzeit zahlreiche unbestimmte Gesetzesbegriffe, die großzügiger oder restriktiver ausgelegt werden können. Man könnte auf der Basis des geltenden Gesetzes durchaus zu befriedigenden Ergebnissen gelangen, wie dies zB *Messner* in seiner Dissertation (Gewerbsmäßige Begehung einer Straftat, Ex-Jure Verlagsanstalt Vaduz, 2001, 27 ff) vorgeschlagen hat. Leider neigt der OGH zu einer großzügigen Auslegung der Begriffe „wiederkehrende Begehung“ und „fortlaufende Einnahme“, was zu einem entsprechend weiten Anwendungsbereich geführt hat und gewiss zum Anstieg der Häftlingszahlen beigetragen hat. Es zeigt sich in der Praxis, dass die Gewerbsmäßigkeit geradezu inflationär angewendet wird.

Es wäre daher angezeigt, gesetzliche Maßnahmen zu ergreifen. Es darf hierzu vorweg auch auf den von *Bertel* formulierten Vorschlag im Journal für Rechtspolitik 1998, 268, verwiesen werden.

a) Grundlage für die Annahme der Gewerbsmäßigkeit sollte sein, dass der Täter zumindest drei selbständige, zeitlich deutlich voneinander getrennte gleichartige strafbare Handlungen begangen hat. Damit wird vermieden, dass womöglich schon bei erstmaliger Tatbegehung Gewerbsmäßigkeit angenommen wird.

b) Weitere Voraussetzung sollte sein, dass sich der Täter bei jeder dieser drei Taten jeweils um mehr als 200 € bereichert hat oder bereichern wollte. Dadurch wird vermieden, dass schon die wiederholte Begehung ganz geringfügiger Straftaten zur Annahme von Gewerbsmäßigkeit führt.

c) Schließlich sollte verlangt werden, dass der Täter bei der Begehung dieser Taten in der Absicht handelt, sich durch die wiederkehrende Begehung über längere Zeit eine beträchtliche fortlaufende Einnahme zu verschaffen. Dadurch soll wiederum zum Ausdruck gebracht werden, dass die laufenden in Zukunft beabsichtigten Einnahmen einen deutlichen Beitrag zu den Einkünften des Täters ausmachen.