

Erläuterungen

I. Allgemeines

1. Strafgesetzbuch

Mit dem vorliegenden Entwurf soll schwerpunktmäßig die seit 1975 schrittweise erfolgte Reform des Sexualstrafrechts fortgeführt und vorerst abgeschlossen werden. Seit In-Kraft-Treten des StGB 1975 sind zwar immer wieder punktuelle Änderungen im Bereich der Sexualdelikte vorgenommen worden, eine umfassende Überarbeitung der übrigen Bestimmungen steht aber weiterhin aus. Insbesondere wurde bislang noch keine durchgehende geschlechtsneutrale Fassung der Tatbestände bzw. keine zeitgemäße Fassung der Begriffe „Sittlichkeit“, „Unzucht“ oder „gewerbsmäßige Unzucht“ verwirklicht.

In den letzten zwanzig Jahren wurden zunächst der Tatbestand der Zuhälterei (§ 216) durch die Strafrechtsnovelle 1984, BGBl. Nr. 295, verschärft und die §§ 208, 209 und 211 Abs. 4 StGB mit dem Jugendgerichtsgesetz 1988, BGBl. Nr. 599, durch Verschiebung der Altersgrenzen eingeschränkt. Mit der Strafrechtsnovelle 1989, BGBl. Nr. 242, wurden die sexuellen Gewalt- und Nötigungsdelikte (§§ 201 bis 203) neu gefasst, wobei insbesondere eine Einbeziehung der Tatbegehung innerhalb der Ehe, eine Gleichstellung von „Beischlaf“ und „dem Beischlaf gleichzusetzenden Handlungen“, ein Verzicht auf das Merkmal der Widerstandsunfähigkeit in § 201 sowie eine sprachliche und terminologische Anpassung erfolgten. Mit dem Bundesgesetz BGBl. Nr. 243/1989 wurde § 210 („gewerbsmäßige gleichgeschlechtliche Unzucht“) aufgehoben und mit der StGB-Novelle 1994, BGBl. Nr. 622, ein Straftatbestand gegen Kinderpornographie (§ 207a) eingeführt, der im Bereich der Pornographie mit Unmündigen eine erhebliche Verschärfung gegenüber den Bestimmungen des Pornographiegesetzes mit sich brachte. Mit dem Strafrechtsänderungsgesetz 1996, BGBl. Nr. 762, wurden § 207a verschärft und die §§ 220 und 221 („Werbung für Unzucht mit Personen des gleichen Geschlechts“ bzw. „Verbindungen zur Begünstigung gleichgeschlechtlicher Unzucht“) aufgehoben, wobei die Bestimmung gegen „Werbung für Unzucht mit Tieren“ als § 220a beibehalten wurde. Das Strafrechtsänderungsgesetz 1998, BGBl. I Nr. 153, brachte eine Neuregelung der §§ 206 und 207 gegen (schweren) sexuellen Missbrauch von Unmündigen, wodurch eine Gleichstellung von „Beischlaf“ und „dem Beischlaf gleichzusetzenden geschlechtlichen Handlungen“ erfolgte und die so genannten „Alterstoleranzklauseln“ (§§ 206 Abs. 4 bzw. 207 Abs. 4) eingefügt wurden. Weiters wurde § 58 StGB insofern abgeändert, als seither bei bestimmten an Kindern und Jugendlichen verübten Sexualdelikten die Verjährungsfrist dadurch verlängert ist, dass sie erst mit Erreichen der Volljährigkeit des Opfers zu laufen beginnt.

Bereits in den Materialien zum Strafrechtsänderungsgesetz 1998 wurde ein weiterer grundlegender Reformbedarf anerkannt und eine umfassende Überarbeitung des zehnten Abschnittes des StGB für einen späteren Zeitpunkt in Aussicht gestellt (EB zu RV 1230 BlgNR XX. GP, S. 8). Bis nach dem Strafrechtsänderungsgesetz 1998 wurden Beratungen der seinerzeit zur Erarbeitung von Grundlagen für eine umfassende Erneuerung des Sexualstrafrechts beim Bundesministerium für Justiz eingesetzten Arbeitsgruppe abgehalten. Dieser Arbeitsgruppe gehörten Vertreterinnen und Vertreter aus Strafrechtswissenschaft und -praxis, aus den Bereichen Kinder- und Jugendbetreuung, Psychologie, Psychiatrie und Sexualforschung sowie Vertreterinnen und Vertreter des (damaligen) Bundesministeriums für Frauenangelegenheiten, des Bundesministeriums für Inneres, des Bundesministeriums für Justiz und des (damaligen) Bundesministeriums für Umwelt, Jugend und Familie an.

Die ungefähr um diese Zeit auf Ebene der Vereinten Nationen und der Europäischen Union begonnenen Verhandlungen zur Ausarbeitung verschiedener Rechtsinstrumente gegen sexuelle Ausbeutung von Minderjährigen, aber auch gegen Menschenhandel im Vorfeld der Ausbeutung, ließen ein Zuwarten mit der umfassenden Reform bis zur Endfassung der relevanten Texte angebracht erscheinen. Punktuelle Änderungen wurden auf Grund der politischen Dringlichkeit mit den Strafrechtsänderungsgesetzen 2001, BGBl. I Nr. 130, und 2002, BGBl. I Nr. 134, dennoch vorgenommen. So wurde 2001 die Strafdrohung bei Vergewaltigung mit Todesfolge und schwerem sexuellen Missbrauch von Unmündigen mit Todesfolge in den §§ 201 Abs. 3 und 206 Abs. 3 StGB – wie beim Raub mit Todesfolge – um die alternative Androhung einer lebenslangen Freiheitsstrafe ausgeweitet. § 27 StGB wurde um einen Mechanismus des – unabhängig von der Höhe der verhängten Freiheitsstrafe automatisch eintretenden – Amtsverlustes bei der Verurteilung eines Beamten wegen des Vergehens des Missbrauchs eines Autoritätsverhältnisses nach § 212 StGB ergänzt. Das Erkenntnis des VfGH vom 21.6.2002, G 6/02-11, mit welchem § 209 StGB als verfassungswidrig aufgehoben wurde, führte zu einer raschen Reaktion des Gesetzgebers. Einerseits wurde die Strafbestimmung gegen „gleichgeschlechtliche Unzucht mit Personen unter achtzehn Jahren“ (§ 209 StGB) mit 14. August 2002 außer Kraft gesetzt und andererseits die Schaffung einer zum Teil bereits in der erwähnten Arbeitsgruppe zur Reform des Sexualstrafrechts

erwogenen Strafbestimmung gegen den sexuellen Missbrauch von Jugendlichen (§ 207b StGB) vorgezogen.

Nunmehr haben die Mitgliedstaaten der Europäischen Union beim Rat Justiz, Inneres und Katastrophenschutz vom 14./15. Oktober 2002 politische Einigung über den bereits in der Entschließung des Nationalrats vom 10. Juli 2002, E 152-NR/XXI. GP, betreffend die Neufassung des § 209 erwähnten **Entwurf für einen Rahmenbeschluss des Rates zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie** (idF Dok. 12418/02 DROIPEN 68 MIGR 92) erzielt, dessen Umsetzung mit der Schaffung von § 207b Abs. 3 zum Teil bereits vorgegriffen wurde. Zwar steht die formelle Annahme dieses Rahmenbeschlusses noch aus, doch ist sein Inhalt als Gegenstand politischer Einigung weitestgehend determiniert. Seine rasche Umsetzung erscheint nun umso mehr angezeigt, als einige weitere internationale Rechtsakte zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern schon länger der Erfüllung durch den österreichischen Gesetzgeber harren. Im Sinne einer Verbesserung des strafrechtlichen Schutzes der Betroffenen sollte demnach nicht weiter zugewartet werden, zumal der Rahmenbeschluss bis zur parlamentarischen Beschlussfassung voraussichtlich auch formell angenommen sein wird.

Zu den erwähnten weiteren Rechtsakten zur Bekämpfung von sexueller Ausbeutung zählen einerseits das von der Generalversammlung der Vereinten Nationen am 26. Juni 2000 mit Resolution 54/263 angenommene **Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend den Verkauf von Kindern, die Kinderprostitution und die Kinderpornographie**, RV 18 BlgNR XXII. GP, sowie andererseits die **Cyber-Crime-Konvention des Europarats vom 23. November 2001**, ETS Nr. 185, deren Artikel 9 eine Verpflichtung zur Kriminalisierung verschiedener Verhaltensweisen im Zusammenhang mit Kinderpornographie und Computern bzw. Internet enthält. Überdies legt die **Empfehlung R(2001)16 des Ministerkomitees des Europarats** den Mitgliedstaaten verschiedene Maßnahmen zum Schutz von Minderjährigen vor sexueller Ausbeutung nahe.

Eng verbunden mit Fragen der sexuellen Ausbeutung ist in der internationalen Diskussion auch die **Problematik des Menschenhandels**, der sich insbesondere nach der „Öffnung der Ostgrenzen“ in Europa zu einem gewichtigen Geschäftszweig des organisierten Verbrechens entwickelt hat. So enthält nicht nur das bereits erwähnte **Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend den Verkauf von Kindern, die Kinderprostitution und die Kinderpornographie** Verpflichtungen zur Bekämpfung des Menschenhandels. Auf Ebene der Vereinten Nationen wurde überdies ein umfassendes **Zusatzprotokoll zur Verhütung, Bekämpfung und Bestrafung des Menschenhandels, insbesondere des Frauen- und Kinderhandels, zum Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität** ausgehandelt, welches von der Generalversammlung der Vereinten Nationen am 15.11.2000 mit Resolution 55/25 angenommen und für Österreich am 12.12.2000 unterzeichnet wurde. Im Rahmen der dritten Säule der Europäischen Union wurde mittlerweile auch der **Rahmenbeschluss des Rates vom 19. Juli 2002 zur Bekämpfung des Menschenhandels**, ABl. L 203 vom 1.8.2002, S. 1, verabschiedet, dem die Mitgliedstaaten gemäß dessen Artikel 10 Abs. 1 bis zum 1. August 2004 nachzukommen haben.

Die Fülle dieser internationalen Vorgaben bringt einen gewissen Anpassungsbedarf im Bereich des materiellen Strafrechts mit sich, der auch dem gestiegenen gesellschaftlichen Bewusstsein für das besondere Schutzbedürfnis von Minderjährigen gegenüber sexueller Ausbeutung entspricht, und dem der vorliegende Entwurf Rechnung tragen soll. Abgesehen davon will der Entwurf die immer wieder geforderte **Reform des Sexualstrafrechts** zum Abschluss bringen.

Im Wesentlichen werden in diesem Zusammenhang folgende Maßnahmen vorgeschlagen:

- Verlängerung der Verjährungsfrist gemäß § 58 Abs. 3 Z 3 StGB auch im Fall des § 207b StGB.
- Ausweitung der extraterritorialen Gerichtsbarkeit nach § 64 Abs. 1 Z 4a auf den Fall des § 207b Abs. 3 StGB.
- Modernisierung der §§ 100 und 101 (Entführung einer wehrlosen Frau bzw. einer unmündigen Person).
- Schaffung eines neuen allgemeinen Straftatbestands gegen Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung, der Ausbeutung durch Organentnahme und der Ausbeutung der Arbeitskraft in § 104a.
- Schaffung eines gerichtlichen Straftatbestands gegen die verbotene Vermittlung von Kindesadoptionen in § 104b.
- Anpassungen im Bereich der schweren Nötigung nach § 106 StGB sowie Schaffung einer neuen Qualifikation für bestimmte Verhaltensweisen im Zusammenhang mit der Nötigung zu Prostitution oder pornographischer Darbietung.

- Modernisierung der Überschrift des 10. Abschnitts des StGB.
- Aufhebung der derzeitigen Unterscheidung zwischen Vergewaltigung unter Anwendung von schwerer Gewalt bzw. Drohung mit schwerer Gefahr für Leib oder Leben einerseits und Vergewaltigung unter Anwendung von sonstiger Gewalt, Freiheitsentzug bzw. Drohung mit Gefahr für Leib oder Leben andererseits durch Verschmelzung der Abs. 1 und 2 der geltenden Fassung.
- Anhebung der Strafdrohung in § 202 zur Beseitigung von Wertungswidersprüchen zu § 106 StGB.
- Beseitigung der Privilegierung für Vergewaltigung und geschlechtliche Nötigung in Ehe oder Lebensgemeinschaft.
- Modernisierung von § 205 StGB.
- Umgestaltung von § 207a StGB, insbesondere zur Einbeziehung von Darstellungen mündiger Minderjähriger in eine umfassendere Kriminalisierung von Verhaltensweisen im Zusammenhang mit Kinderpornographie, Anhebung der Strafdrohung für Besitz und Schaffung weiterer Qualifizierungen.
- Anhebung der Strafdrohung in § 208 StGB sowie Einfügung einer Alterstoleranzklausel für bestimmte Fälle.
- Ausweitung des § 212 Abs. 1 auf weitere Fälle des Missbrauchs eines Autoritätsverhältnisses innerhalb der Familie.
- Ergänzung des § 212 Abs. 2 Z 1 (idgF) um Psychotherapeuten, Pflegepersonal und andere Gesundheitsberufe unter Entfall der Beschränkung auf Anstaltspatienten.
- Modernisierung der §§ 213 bis 215 StGB.
- Schaffung einer neuen Strafbestimmung gegen Anwerben, Anbieten und Vermitteln von Minderjährigen zur Prostitution oder zur Mitwirkung an pornographischen Darbietungen bzw. deren Ausnützen.
- Anhebung der Strafdrohungen in § 216 StGB (Zuhälterei).
- Folgeanpassungen in § 217 StGB.
- Umgestaltung des § 218 StGB in eine Strafbestimmung gegen sexuelle Belästigung von Einzelpersonen, wobei die Verfolgung nur auf Antrag der belästigten Person erfolgen soll.
- Aufhebung des nicht mehr zeitgemäßen § 219 StGB.

Während **Ergänzungen in § 74 StGB** die Umsetzung internationaler Verpflichtungen zur Gleichstellung von im Inland zum Einsatz gelangenden ausländischen Beamten sowie die Aufnahme einer Definition des Begriffes „Prostitution“ betreffen, stellen die vorgeschlagenen **Änderungen der §§ 20c, 148a, 277 und 278 StGB** weitgehend technische Anpassungen dar.

2. Strafprozessordnung 1975 und Gerichtsorganisationsgesetz:

- Aufnahme von § 207a Abs. 3 StGB in den Katalog jener Delikte, die trotz ihrer Strafdrohung nicht der sachlichen Zuständigkeit der Bezirksgerichte unterliegen (§ 9 Abs. 1 Z 1 StPO).
- Anpassung der Zuständigkeitsbestimmung des § 13 Abs. 2 Z 4 StPO sowie der §§ 26 Abs. 6 und 32 Abs. 5 GOG im Hinblick auf die materiellrechtlichen Änderungen der §§ 201 und 205 StGB.
- Einführung der notwendigen Verteidigung für die Beteiligung eines Beschuldigten an einer kontradiktorischen Vernehmung und Anhebung des Entlohnungsanspruchs für die Pflichtverteidigung, wenn auch bei einer solchen Vernehmung einzuschreiten ist (§§ 41 Abs. 1 Z 2a, 162a Abs. 1 und 393 Abs. 3 StPO)

3. Auslieferungs- und Rechtshilfegesetz:

- Konzentration des Auslieferungsverfahrens beim Untersuchungsrichter, der – allenfalls nach Durchführung einer Verhandlung – mit Beschluss über die Zulässigkeit einer Auslieferung zu entscheiden hat, soweit sich die betroffene Person nicht überhaupt mit ihrer Auslieferung einverstanden erklärte.
- Einführung einer an den Gerichtshof zweiter Instanz zu richtenden Beschwerde, die sowohl von der auszuliefernden Person als auch von der Staatsanwaltschaft ergriffen werden kann.
- Klarstellung in den §§ 31, 33 und 34 ARHG, dass die rechtliche Prüfung des Auslieferungsbegehrens ausschließlich den Gerichten – also vor allem den Untersuchungsrichtern bzw. Untersuchungsrichtern und im Beschwerdefall auch dem Gerichtshof zweiter Instanz – obliegt.
- Der Bundesminister für Justiz, der wie schon bisher an alle die Auslieferung für unzulässig erklärenden Entscheidungen der Gerichte gebunden ist, kann auf Grund der geänderten Bestimmungen

eine Auslieferung nur mehr aus allgemeinen politischen oder die Rechtsstellung der auszuliefernden Person nicht unmittelbar betreffenden völkerrechtlichen Erwägungen ablehnen.

II. Zu den finanziellen Auswirkungen

Die Einführung neuer und die Ausweitung bestehender Straftatbestände des StGB sowie die vorgeschlagenen Strafverschärfungen sind mit einem Mehraufwand im Bereich der Sicherheits- und Justizbehörden verbunden, der sich nicht genau absehen, vor allem nicht quantifizieren lässt und maßgeblich von der Kriminalitätsentwicklung sowie der Entdeckungsrate in den betroffenen Bereichen abhängen wird. Nach Maßgabe der damit verbundenen Steigerung der Verurteiltenzahlen und des Ausmaßes der verhängten Strafen wird es auch zu einer nicht näher quantifizierbaren Zusatzbelastung im Bereich des Strafvollzugs kommen. Der Entfall einzelner Strafbestimmungen wird sich demgegenüber nicht ausgabensenkend auswirken, weil es sich nach der Verurteiltenstatistik dabei um praktisch nicht ins Gewicht fallende Tatbestände handelt.

Die Einführung der notwendigen Verteidigung für die Beteiligung an kontradiktorischen Vernehmungen wird zu einer begrenzten Ausweitung der Verfahrenshilfeleistungen der Anwaltschaft führen, die jedoch in Anbetracht der Zahl von insgesamt ungefähr 500 solcher Vernehmungen im Jahr nicht wirklich ins Gewicht fallen wird. Gleiches gilt für die Anhebung des Entlohnungsanspruchs für die Pflichtverteidigung, weil sich die Notwendigkeit einer kontradiktorischen Vernehmung noch während der ersten Haftfrist nur in seltenen Ausnahmefällen ergeben wird.

Die neue Gestaltung des Auslieferungsverfahrens wird zu keinen nennenswerten Belastungen führen, weil der Unersuchungsrichter bzw. die Untersuchungsrichterin schon bisher eine begründete Stellungnahme zur Zulässigkeit der Auslieferung abgegeben musste. Der neu hinzukommende Verhandlungsaufwand wird sich in Grenzen halten und wird überdies durch eine entsprechende Entlastung des Oberlandesgerichtes kompensiert.

III. Auswirkungen auf die Beschäftigung und den Wirtschaftsstandort Österreich

Keine.

IV. Kompetenzgrundlage

Die Kompetenz des Bundes zur Gesetzgebung gründet sich auf Art. 10 Abs. 1 Z 6 des Bundes-Verfassungsgesetzes.

V. Verhältnis zu EU-Recht

Zur Verbesserung des Schutzes von Minderjährigen im Bereich der Sexualdelikte einerseits sowie zur umfassenderen Bekämpfung von Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung und der Ausbeutung der Arbeitskraft andererseits sollen insbesondere der **Rahmenbeschluss des Rates zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung und der Kinderpornographie** (über den beim Rat Justiz, Inneres und Katastrophenschutz am 14./15. Oktober 2002 politische Einigung erzielt wurde) sowie der **Rahmenbeschluss des Rates vom 19. Juli 2002 zur Bekämpfung des Menschenhandels**, ABl. L 203 vom 1.8.2002, S. 1, umgesetzt werden. Diese Rechtsakte sind auch als Fortentwicklung der **Gemeinsamen Maßnahme vom 24. Februar 1997 betreffend die Bekämpfung des Menschenhandels und der sexuellen Ausbeutung von Kindern**, ABl. L 63 vom 4.3.1997, S. 2, anzusehen.

Die strafrechtliche Gleichstellung von ausländischen Beamten bzw. Beamtinnen, die auf Grund internationaler Verpflichtungen im Inland zum Einsatz gelangen, dient der Umsetzung von Artikel 2 des **Rahmenbeschlusses des Rates vom 13. Juni 2002 über gemeinsame Ermittlungsgruppen**, ABl. L 162 vom 20.6.2002, S.1, von Artikel 42 des **Übereinkommens zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14. Juni 1985**, BGBl. III Nr. 90/1997, und von Artikel 15 des **Übereinkommens über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union**, ABl. C 197 vom 12.7.2000, S. 1.

Zu den einzelnen Bestimmungen:

Zu Artikel I (Änderungen des Strafgesetzbuches):

Zu Artikel I Z 1 (§ 20c Abs. 1 Z 1 StGB):

In Ergänzung zu der mit dem Strafrechtsänderungsgesetz 2002, BGBl. I Nr. 134/2002, erfolgten Ausweitung von § 20b auf terroristische Vereinigungen schlägt der Entwurf vor, auch § 20c Abs. 1 Z 1 dahingehend anzupassen, dass der Verfall – wie bei der kriminellen Organisation – ausgeschlossen sein soll, soweit an den betroffenen Vermögenswerten Rechtsansprüche von Personen bestehen, die nicht an der terroristischen Vereinigung beteiligt sind.

Zu Artikel I Z 2 (§ 58 Abs. 3 Z 3 StGB):

Die Nichteinrechnung der Zeit bis zum Erreichen der Volljährigkeit in die Frist zur Verjährung der Strafbarkeit von bestimmten Sexualdelikten soll auch für den mit dem Strafrechtsänderungsgesetz 2002, BGBl. I Nr. 134, eingefügten neuen Tatbestand des sexuellen Missbrauchs von Jugendlichen (§ 207b) gelten. Die opferzentrierten Erwägungen, die durch die Einfügung von § 58 Abs. 3 Z 3 mit dem Strafrechtsänderungsgesetz 1998, BGBl. I Nr. 153, zur Verlängerung der Strafverfolgungsmöglichkeiten bei bestimmten Sexualdelikten geführt haben (EB zu RV 1230 BlgNR XX.GP, 11f), kommen bei den durch § 207b inkriminierten Missbrauchsformen gleichermaßen zum Tragen. Auch in derartigen Fällen wird nämlich die Fähigkeit des Opfers, das Erlebte zu verarbeiten und zur Anzeige zu bringen, oft erst mit Erreichen der Adoleszenz oder später gegeben sein. Hinsichtlich der Strafbestimmung gegen entgeltliche sexuelle Kontakte mit Minderjährigen (§ 207b Abs. 3) wird durch die vorgeschlagene Erweiterung auch der Empfehlung R(2001)16 des Ministerkomitees des Europarates vom 31. Oktober 2001 über den Schutz von Kindern gegen sexuelle Ausbeutung (Punkt 37) sowie in gewisser Weise auch Art. 8 Abs. 6 des Entwurfs für einen Rahmenbeschluss des Rates zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie Rechnung getragen.

Zu Artikel I Z 3 (§ 64 Abs. 1 StGB):

Gemäß § 64 Abs. 1 **Ziffer 4** sind derzeit u.a. im Ausland begangene strafbare Handlungen nach § 217 (nunmehr: „grenzüberschreitender Prostitutionshandel“) ohne Rücksicht auf die Gesetze des Tatorts zu ahnden, wenn durch die Tat österreichische Interessen verletzt worden sind oder der Täter nicht ausgeliefert werden kann. Die Änderung der Überschrift zu § 217 erfordert eine entsprechende Anpassung der vorliegenden Bestimmung.

Konsequenterweise wird auch eine Ausdehnung der Bestimmung auf strafbare Handlungen nach dem neu eingefügten § 104a (Menschenhandel) vorgeschlagen. Die Statuierung einer extraterritorialen Gerichtsbarkeit ist den Staaten zwar sowohl nach Art. 6 Abs. 1 iVm 6 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses des Rates vom 19. Juli 2002 zur Bekämpfung des Menschenhandels (ABl. L 203 vom 1.8.2002, S. 1), nach Art 1 Abs. 2 des VN-Protokolls zur Verhütung, Bekämpfung und Bestrafung des Menschenhandels iVm Art. 15 Abs. 2 des VN-Übereinkommens gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität, als auch nach Art. 4 Abs. 2 des Fakultativprotokolls zum VN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend Kinderhandel, Kinderprostitution und Kinderpornographie freigestellt, doch erscheint es im Sinne einer wirksamen Bekämpfung des internationalen Menschenhandels sachgerecht, auch im Ausland begangene strafbare Handlungen nach § 104a idF des Entwurfes unter den gleichen Bedingungen zu verfolgen wie jene nach § 217. Bei der gemäß Art. 10 Abs. 2 vorzunehmenden Mitteilung über die Umsetzung des Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung des Menschenhandels wird Österreich zum gegebenen Zeitpunkt eine Erklärung iSd Art. 6 Abs. 2 und 4 abzugeben haben, dass es außerhalb seines Hoheitsgebietes begangene Straftaten nach § 104a StGB im Umfang der §§ 64 Abs. 1 Z 4 und 65 verfolgen wird.

Voraussetzung für das Vorliegen der österreichischen Gerichtsbarkeit ohne Rücksicht auf die Gesetze des Tatorts wäre demnach, dass durch die Tat österreichische Interessen verletzt worden sind oder dass der Täter aus Österreich nicht ausgeliefert werden kann. Letzteres wird idR dann der Fall sein, wenn der Täter österreichischer Staatsbürger ist (§ 12 Abs. 1 ARHG). Österreichische Interessen werden z.B. dann betroffen sein, wenn die Straftat gegen eine Person mit österreichischer Staatsbürgerschaft begangen worden ist.

Weiters schlägt der Entwurf vor, die österreichische Gerichtsbarkeit nach § 64 Abs. 1 **Ziffer 4a** auch auf Fälle des sexuellen Missbrauchs von Jugendlichen iSd mit dem Strafrechtsänderungsgesetz 2002, BGBl. I Nr. 134, eingefügten § 207b Abs. 3 auszudehnen. Damit wird die mit dem Strafrechtsänderungsgesetz 1996, BGBl. Nr. 762, eingeschlagene Richtung weiterverfolgt, durch eine über § 65 StGB hinausgehende Ergänzung des internationalen Strafrechts zu einer Verbesserung des Schutzes von Minderjährigen vor sexueller Ausbeutung insbesondere in den ärmeren Ländern dieser Welt beizutragen: Österreichische „Sextouristen“, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben, sollen sich auch nicht im Ausland straflos sexuelle Kontakte mit Minderjährigen „erkaufen“ dürfen, selbst wenn dies nach dem Recht des Tatorts erlaubt wäre. Im Übrigen wird Österreich auch bei der gemäß Art. 11 Abs. 2 vorzunehmenden Mitteilung über die Umsetzung des Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie zum gegebenen Zeitpunkt eine Erklärung iSd Art. 8 Abs. 2 und 4 abzugeben haben, dass es außerhalb seines Hoheitsgebietes begangene Straftaten iSd Art. 2, 3 und 4 des Rahmenbeschlusses im Umfang der §§ 64 Abs. 1 Z 4a und 65 verfolgen wird.

Zu Artikel I Z 4 (§ 74 Abs. 1 StGB):**Zu § 74 Abs. 1 Z 4:**

Mit dem Rahmenbeschluss des Rates vom 13. Juni 2002 über gemeinsame Ermittlungsgruppen (ABl. L 162 vom 20.6.2002, S. 1) wurde auf EU-Ebene ein Instrument geschaffen, das den Einsatz von im Wege einer zwischenstaatlichen Vereinbarung eingerichteten gemeinsamen Ermittlungsgruppen regelt (zum Einschreiten von Organen ausländischer Sicherheitsbehörden im Bundesgebiet siehe § 16 des Polizeikooperationsgesetzes, BGBl. I Nr. 104/1997). Gemäß Artikel 2 dieses Rahmenbeschlusses sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, die in ihrem Hoheitsgebiet im Rahmen einer solchen Gruppe zum Einsatz kommenden ausländischen Beamten in Bezug auf Straftaten, die gegen sie begangen werden oder die sie selbst begehen, ihren eigenen Beamten gleichzustellen.

Im StGB gibt es einerseits Bestimmungen, die österreichische Beamte einem besonderen strafrechtlichen Schutz unterstellen, und andererseits verschiedene Delikte, die nur von einem österreichischen Beamten als unmittelbarem Täter begangen werden können. Österreichische Beamte als Opfer von Straftaten betreffende Bestimmungen finden sich etwa in den §§ 84 Abs. 2 Z 4 (Schwere Körperverletzung), 117 Abs. 2 (Berechtigung zur Anklage bei Beleidigung eines Beamten), § 269 (Widerstand gegen die Staatsgewalt) und 270 (Tätlicher Angriff auf einen Beamten); die Amtsdelikte nach den §§ 302 bis 313 wenden sich an Beamte als unmittelbare Normadressaten. Die Definition nach § 74 Abs. 1 Z 4 erfasst grundsätzlich nur österreichische, d.h. für einen österreichischen Rechtsträger einschreitende Beamte (vgl. *Jerabek* in WrK² § 74 Rz 3; SSt 49/43, SSt 57/19). Für § 27 ist die Definition nach § 74 Z 4 insofern nicht von Bedeutung, als sich die Bestimmung über den Amtsverlust nur auf Beamte im dienstrechtlichen Sinn bezieht. § 64 Abs. 1 Z 2 wiederum nimmt für die Frage der inländischen Gerichtsbarkeit über im Ausland begangene Straftaten ausdrücklich auf „österreichische“ Beamte Bezug.

Nach den Vorgaben des Rahmenbeschlusses sollten die Bestimmungen des besonderen Teils des StGB, die auf „Beamte“ abstellen, auch bei der Begehung durch bzw. gegen einen im Rahmen einer gemeinsamen Ermittlungsgruppe iSv Artikel 1 des Rahmenbeschlusses auf österreichischem Hoheitsgebiet eingesetzten ausländischen Beamten zur Anwendung kommen. Dabei erscheint fraglich, ob solche Beamte als „sonst mit Aufgaben der Bundes-, Landes- oder Gemeindeverwaltung betraut“ angesehen werden könnten (§ 74 Abs. 1 Z 4 zweiter Typus).

Auch das von Österreich bereits ratifizierte und daher anzuwendende Schengener Durchführungsübereinkommen (SDÜ), BGBl. III Nr. 203/1997, enthält in Artikel 42 eine ähnliche Bestimmung in Bezug auf grenzüberschreitende Observation (Artikel 40 SDÜ) und grenzüberschreitende Nacheile (Artikel 41 SDÜ). Doch während sich die darin normierte Gleichstellung unmittelbar aus dem Übereinkommen ergibt, kann aus dem erwähnten Rahmenbeschluss keine unmittelbare Wirkung abgeleitet werden. Für die Zwecke der Umsetzung des Rahmenbeschlusses ist daher eine ausdrückliche gesetzliche Regelung erforderlich.

Der Entwurf schlägt deshalb vor, in § 74 Z 4 jeden, der nach dem Recht der Europäischen Union oder auf Grund einer zwischenstaatlichen Vereinbarung bei einem im Inland vorgenommenen Einsatz einem österreichischen Beamten iSd Z 4 gleichsteht, ausdrücklich einem solchen gleichzustellen. Eine Ergänzung etwa in § 74 Z 4a oder Z 4c erscheint deshalb nicht zielführend, weil diesen Definitionen lediglich für den Bereich der §§ 304 Abs. 1, 307 Abs. 1 Z 1 und Z 6 und § 308 Abs. 1 praktische Bedeutung zukommt. Erst mit einer Eingliederung in § 74 Abs. 1 Z 4 wäre eine automatische Gleichstellung in allen relevanten Bestimmungen gewährleistet. Ob diese Gleichstellung auf Grund der Einsatzmöglichkeiten tatsächlich bei allen Delikten zum Tragen kommen kann (etwa bei den §§ 225, 272, 298), kann dahingestellt bleiben.

Der Verweis auf das Recht der Europäischen Union bzw. nicht namentlich genannte zwischenstaatliche Vereinbarungen soll den zu erwartenden Entwicklungen in diesem Bereich Rechnung tragen. Auch der Rahmenbeschluss über gemeinsame Ermittlungsgruppen setzt nämlich in Artikel 1 Abs. 1 das Bestehen einer konkreten zwischenstaatlichen Vereinbarung voraus und regelt lediglich verschiedene allgemeine Fragen im Zusammenhang mit der Tätigkeit solcher Gruppen. Mittlerweile wurde im Rahmen der dritten Säule der Europäischen Union bereits eine Empfehlung des Rates zu einem Modell für eine Vereinbarung über die Bildung einer gemeinsamen Ermittlungsgruppe ausgearbeitet (ABl. C 121 vom 23.5.2003, S. 1), auf das die Mitgliedstaaten bei der Festlegung der Modalitäten für eine Gemeinsame Ermittlungsgruppe zurückgreifen sollen. Mit dem Abschluss konkreter bilateraler oder multilateraler Verträge zur Einrichtung solcher Ermittlungsgruppen wird in Zukunft zu rechnen sein.

Abgesehen von dem erwähnten Rahmenbeschluss enthält auch Artikel 15 des von Österreich bislang noch nicht ratifizierten Übereinkommens über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (ABl. C 197 vom 12.7.2000, S. 1) eine entsprechende Bestimmung, die sich auf kontrollierte Lieferungen (Artikel 12), gemeinsame Ermittlungsgruppen (Artikel 13) und verdeckte

Ermittlungen (Artikel 14) bezieht und die mit dem In-Kraft-Treten des Übereinkommens für Österreich praktische Bedeutung gewinnen wird; der Abschluss weiterer Vereinbarungen mit Partnern außerhalb der Europäischen Union ist durchaus denkbar. Zur Sicherstellung einer entsprechenden Flexibilität wird daher auf eine Aufzählung der erfassten Vereinbarungen verzichtet (vgl. etwa auch § 64 Abs. 1 Z 6).

Zu § 74 Abs. 1 Z 9:

Der Entwurf schlägt u.a. eine Modernisierung der im Bereich der Sexualdelikte verwendeten Sprache vor. Dies betrifft insbesondere die Wendung „gewerbsmäßige Unzucht“, worunter Prostitution verstanden wird. Der Entwurf schlägt daher vor, diese Wendung in den §§ 215, 216 und 217 durch den Begriff „Prostitution“ zu ersetzen, wobei sich im Hinblick auf die Häufigkeit seiner Verwendung – etwa auch in den unter einem vorgeschlagenen neuen Bestimmungen gegen Menschenhandel (§ 104a) und Förderung u.a. der Prostitution von Minderjährigen (§ 215a), sowie auf Grund der vorgeschlagenen Ergänzungen in § 106 – empfiehlt, eine Definition in den Katalog der Begriffsbestimmungen des § 74 aufzunehmen.

Die vorgeschlagene Definition (**§ 74 Abs. 1 Z 9**) orientiert sich an den in verschiedenen landesgesetzlichen Bestimmungen verwendeten Formulierungen (§ 4 Abs. 2 Burgenländisches Landes-Polizeistrafgesetz, LGBl. Nr. 35/1986; § 2 Abs. 1 Kärntner Prostitutionsgesetz, LGBl. Nr. 58/1990; § 2 des Niederösterreichisches Prostitutionsgesetz, LGBl. 4005; § 2 Abs. 1 Oberösterreichisches Polizeistrafgesetz, LGBl. Nr. 36/1979; § 2 Abs. 1 Steiermärkisches Prostitutionsgesetz, LGBl. Nr. 16/1998; § 14 lit. a Tiroler Landes-Polizeigesetz, LGBl. Nr. 60/1976; § 2 Abs. 1 Wiener Prostitutionsgesetz, LGBl. Nr. 7/1984). Dort wird zumeist auf die Wendung „gewerbsmäßige Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen“ zurückgegriffen; da die Definition in § 70 auf die gewerbsmäßige Begehung einer strafbaren Handlung abstellt, wird vorgeschlagen, die auf die Vornahme oder Duldung von geschlechtlichen Handlungen abzielende Gewerbsmäßigkeit in Worten zu umschreiben. Jedenfalls soll es für die Einordnung des Verhaltens einer Person unter den Begriff „Prostitution“ auf die bloße Absicht ankommen, sich aus wiederkehrend gegen Bezahlung vorzunehmenden oder zu duldenden Sexualkontakten eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen.

Hervorgehoben sei, dass der mit dem Strafrechtsänderungsgesetz 2002, BGBl. I Nr. 134, eingeführte § 207b Abs. 3 nicht auf „Prostitution“ iSd nunmehr vorgeschlagenen Definition abstellt. Im Sinne eines verstärkten Schutzes von Minderjährigen vor einem Erleben von Sexualität als „käuflicher Ware“ kommt es für die Strafbarkeit desjenigen, der eine minderjährige Person unmittelbar durch Entgelt zu einem Sexualkontakt verleitet, nicht auf eine gewerbsmäßige Absicht der oder des betroffenen Jugendlichen an.

Zu Artikel I Z 5 und 6 (§§ 100 und 101 StGB):

Vorbemerkungen:

Gelegentlich wurde die Abschaffung der §§ 100 und 101 gefordert (z.B. *Schwaighofer* in *WtK*², § 100 Rz 1). Dies würde im Ergebnis aber einen geringeren strafrechtlichen Schutz von auf Grund ihrer körperlichen bzw. geistigen Verfassung oder ihres Alters besonders schutzwürdigen Opfern gegen sexuellen Missbrauch (§§ 205, 206, 207) bedeuten: Bei einer zum Zweck eines solchen Missbrauchs erfolgte Entführung handelt es sich um eine Vorbereitungshandlung, die bereits für sich strafwürdig erscheint, und zwar unabhängig davon, ob es in der Folge zum geplanten Missbrauch kommt oder nicht – etwa, weil der Täter zuvor ausgeforscht wird oder sein Opfer aus Furcht vor Entdeckung entkommen lässt bzw. aussetzt. Häufig würde wegen der zeitlichen Entfernung zum geplanten Missbrauchsakt eine Verfolgung wegen des versuchten Missbrauchsdelikts ausscheiden. Im Vergleich zu § 99 Abs. 1 sehen die §§ 100, 101 eine höhere Strafdrohung vor, was im Hinblick auf die im Zustand bzw. Alter gelegene geringere Widerstandsfähig- bzw. –möglichkeit des Opfers auch sachgerecht erscheint. Überdies werden etwa Kleinstkinder oder Menschen im Koma im Kontext des § 99 nicht als taugliche Deliktobjekte angesehen, weil ihnen die Fähigkeit bzw. Freiheit zu willkürlichen Ortsveränderungen fehlt (*Schwaighofer* in *WK*², § 99 Rz 6). Demgegenüber stellen die §§ 100, 101 auf ein – nicht unbedingt gewaltsames - Wegbringen des Opfers von seinem ursprünglichen Aufenthaltsort ab („Entführen“); das Opfer wird dadurch den es dort umgebenden Schutzbeziehungen entzogen und gerät in den überwiegenden Einflussbereich des Täters.

Aus diesen Erwägungen hält der Entwurf an den §§ 100 und 101, wenn auch mit gewissen Modifizierungen, fest.

Zu § 100:

§ 100 idgF („Entführung einer willenlosen oder wehrlosen Frau“) erscheint nicht nur im Hinblick auf die Verwendung des Begriffes „zur Unzucht missbrauchen“ novellierungsbedürftig. So ist nicht einzusehen, weshalb sich der besondere Entführungsschutz (**Abs. 1 idgF**) nur auf Personen weiblichen Geschlechts beschränken soll, die sich in einem der genannten Zustände befinden. Die Gefahr eines sexuellen

Missbrauchs kann durchaus auch bei männlichen Personen bestehen (vgl. auch § 205 Abs. 2 idgF). In diesem Sinn wird eine geschlechtsneutrale Formulierung vorgeschlagen.

Weiters erscheint angezeigt, bei dieser Gelegenheit den Begriff „geisteskrank“ einem moderneren Sprachgebrauch anzupassen. Vorgeschlagen wird, statt dessen die Wendung „psychisch krank“ einzusetzen. Die Auslegung des Begriffs wird sich im gegebenen Zusammenhang vor allem an dem weiten Verständnis in Art. 2 Abs. 1 Z 6 PersFrG zu orientieren haben, wonach auch Fälle einer geistigen Behinderung umfasst sein können (vgl. *Kopetzki in Korinek/Holoubek*, Komm B-VG, Art. 2 PersFrG, Rz 65). Bei diesem Personenkreis wird gegebenenfalls die Rechtswirksamkeit einer Einwilligung in die Entführung und damit deren mögliche Rechtfertigung eingehend zu prüfen sein. Fallbezogen sind nämlich auch psychisch Kranke durchaus in der Lage, rechtswirksam in die Entführung zu sexuellen Zwecken einzuwilligen (vgl. *Schwaighofer in WK²*, § 100 Rz 12). Keinesfalls soll die Bestimmung im Sinne eines überzogenen Schutzes bestimmter Personengruppen ausgelegt werden, die ihnen ein Ausleben ihrer Sexualität verwehrt.

Der Entwurf hält auch an der Beschränkung des besonderen Entführungsschutzes auf Personen fest, die entweder psychisch krank sind oder sich in einem Zustand befinden, der sie zum Widerstand unfähig macht. Bei ersteren kann eine Prüfung, ob die entführte Person Widerstand zu leisten imstande war, unterbleiben. Ist die Person jedoch bloß schwachsinnig oder leidet sie an einer vorübergehenden Bewusstseinsstörung (vgl. § 205), so ist sie gegen Entführung nur geschützt, wenn ihr Zustand sie zum Widerstand unfähig macht, Widerstand für das Opfer also unmöglich, aussichtslos oder unzumutbar ist (siehe EB zur RV des StGB, 30 BlgNR XIII. GP, 231).

Der Begriff „Entführen“ wird im Sinne des bisherigen Verständnisses beibehalten (siehe EB zur RV des StGB, 30 BlgNR XIII. GP, 231), unter „sexuellem Missbrauch“ sind im Kontext des § 100 Tathandlungen iSd § 205 zu verstehen. Auf die vorgeschlagenen Änderungen in § 205 Abs. 1 sei im Übrigen hingewiesen.

Demgegenüber verzichtet der Entwurf auf den in **Abs. 2 idgF** normierten Strafaufhebungsgrund bei nachfolgender Eheschließung zwischen Täter und Opfer. Die Tathandlung in einem solchen Fall für straflos zu erklären, erscheint im Sinne eines effektiven Schutzes des Opfers vor sexuellem Missbrauch anachronistisch.

Bereits die geschlechtsneutrale Neufassung des Regelungsinhalts erfordert eine Änderung der Überschrift zu § 100, wobei gleichzeitig die Vermeidung des Begriffes „willenlos“ im Zusammenhang mit einer psychisch kranken Person angebracht erscheint. Entscheidend ist die auch bei diesem Personenkreis angenommene Widerstandsunfähigkeit (s.o). Dementsprechend wird als neue Überschrift „Entführung einer wehrlosen Person“ vorgeschlagen.

Zu § 101:

Wie bei § 100 wird auch bei dieser Bestimmung die Wendung „um sie zur Unzucht zu missbrauchen“ angepasst. Unter „sexuellem Missbrauch“ sind im gegebenen Kontext Tathandlungen nach den §§ 206, 207 zu verstehen. Denkbar wäre auch ein Missbrauch im Zusammenhang mit der Herstellung von pornographischen Darstellungen von (unmündigen) Minderjährigen im Sinne von § 207a Abs. 1 Z 1 idF des Entwurfs.

Zu Artikel I Z 7 (§ 104a und 104b StGB):

Vorbemerkung zu § 104a:

Zur Umsetzung des VN-Protokolls zur Verhütung, Bekämpfung und Bestrafung des Menschenhandels (Art. 5 Abs. 1 iVm Art. 3), des Fakultativprotokolls zum VN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend Kinderhandel, Kinderprostitution und Kinderpornographie (Art. 3 Abs. 1 lit. a (i) iVm Art. 2) sowie des Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung des Menschenhandels (ABl. L 203 vom 1.8.2002, S. 1; Art. 1 Abs. 1) sind gewisse Anpassungen im StGB erforderlich. Die erwähnten Instrumente wenden sich gezielt gegen bestimmte Handlungen im Vorfeld der eigentlichen Ausbeutung von Menschen und zwar unabhängig davon, ob es später tatsächlich zu der im Zeitpunkt der Handlung beabsichtigten Ausbeutung durch den Täter oder einen Dritten gekommen ist. Weiters verlangen Art. 2 des Rahmenbeschlusses, Artikel 5 Abs. 2 lit. a des VN-Menschenhandelsprotokolls zum Palermo-Übereinkommen sowie Art. 3 Abs. 2 des Fakultativprotokolls zur Kinderrechtskonvention, dass auch der Versuch einer solchen Handlung sowie jede Beteiligung daran zu kriminalisieren sind. Eine bloße Heranziehung von § 12 StGB iVm einem Ausbeutungsdelikt würde angesichts der Ausgestaltung von § 12 StGB jedenfalls dort zu kurz greifen, wo der unmittelbare Täter zB eines Sexualdeliktes noch gar nicht in das Versuchsstadium eingetreten ist (Straflosigkeit der versuchten Beteiligung). Da sich die Definition des Menschenhandels nach diesen internationalen Vorgaben nicht auf den Anwendungsbereich von § 217 idgF beschränkt, sondern neben jenem der sexuellen Ausbeutung auch den Aspekt der

Ausbeutung der Arbeitskraft und auf VN-Ebene überdies den Handel zum Zweck der Organentnahme umfasst, erscheint es sinnvoll, in den Dritten Abschnitt (Strafbare Handlungen gegen die Freiheit) eine umfassende neue Strafbestimmung gegen Menschenhandel einzufügen, wobei sich eine Einordnung zwischen dem thematisch verwandten § 104 (Sklavenhandel) und den allgemeinen Delikten der Nötigung, gefährlichen Drohung und Täuschung (§§ 105 bis 108) anbietet (§ 104a).

Zu § 104a:

Die vorgeschlagene Bestimmung ist in vier Absätze gegliedert: Die Abs. 1 und 2 sehen eine Grundstrafdrohung von bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe vor. In Abs. 1 sind verschiedene Umstände normiert (Täuschung, Ausnützung einer Zwangslage u.a.), unter denen die alternativ aufgezählten Tathandlungen hinsichtlich Personen jedes Alters kriminalisiert werden (vgl. Art. 3 lit. a des VN-Protokolls zur Verhütung, Bekämpfung und Bestrafung des Menschenhandels und Art. 1 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses des Rates vom 19. Juli 2002 zur Bekämpfung des Menschenhandels, ABl. L 203 vom 1.8.2002, S. 1). In Abs. 2 wird im Sinne eines erhöhten Schutzes von Minderjährigen auf die im Abs. 1 genannten Begleitumstände verzichtet (vgl. Art. 3 lit. c des VN-Protokolls zur Verhütung, Bekämpfung und Bestrafung des Menschenhandels und Art. 1 Abs. 3 des Rahmenbeschlusses des Rates vom 19. Juli 2002 zur Bekämpfung des Menschenhandels), überdies ist eine weitere Tathandlung – das bloße Anbieten – vorgesehen (vgl. Art. 3 Abs. 1 lit. a (i) des Fakultativprotokolls zum VN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend Kinderhandel, Kinderprostitution und Kinderpornographie). Die Strafdrohung von sechs Monaten bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe beim Einsatz von Gewalt oder gefährlicher Drohung gegenüber Betroffenen jeden Alters (Abs. 3) entspricht jener der schweren Nötigung iSd § 106 Abs. 1 Z 3. Abs. 4 enthält verschiedene Qualifikationen, die Art. 3 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung des Menschenhandels Rechnung tragen sollen, der in bestimmten Fällen eine Höchstfreiheitsstrafe von zumindest 8 Jahren verlangt. Zur besseren Einordnung in das System der im StGB üblichen Strafrahmen bietet sich demnach die Androhung einer Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren an.

Als Tathandlungen iSd Abs. 1 bis 3 kommen das Anwerben, Befördern, Weitergeben, Beherbergen oder Aufnehmen einer Person in Betracht, und zwar immer dann, wenn dies in der Absicht geschieht, dass das Opfer in bestimmter Hinsicht durch den Täter oder einen Dritten ausgebeutet werde. Abs. 2 sieht bei minderjährigen Opfern überdies als weitere Tathandlung das Anbieten zu einem solchen Zweck vor. Die beabsichtigte Ausbeutung kann sich auf dreierlei Aspekte beziehen, nämlich die sexuelle Ausbeutung, die Ausbeutung durch Organentnahme sowie die Ausbeutung der Arbeitskraft.

Der Ausdruck „**sexuelle Ausbeutung**“ wird bereits in § 278a Z 1 verwendet. Nach dem JAB zum StRÄG 1996, 409 BlgNR XX. GP, sind darunter vor allem strafbare Handlungen nach den §§ 216 und 207a zu verstehen, aber auch strafbare Handlungen zB nach den §§ 207a Abs. 1 Z 1 idF des Entwurfs, 207b Abs. 2 und 3 oder 215a idF des Entwurfs können mit sexueller Ausbeutung verbunden sein.

Eine **Ausbeutung durch Organentnahme** wäre jedenfalls dann gegeben, wenn an einer lebenden Person eine fremdnützige Organentnahme erfolgen soll, die nicht iSd § 90 gerechtfertigt wäre und daher – würde sie entsprechend der Absicht des Menschenhändlers durchgeführt – nach österreichischem Recht als Körperverletzung iSd §§ 83ff zu verfolgen wäre. Nach dem Plan des Täters müsste also entweder eine rechtlich wirksame Einwilligung des Opfers in die beabsichtigte Organentnahme fehlen – etwa wenn dieses über die beabsichtigte Operation gar nicht informiert oder seine Einwilligung durch Gewalt, Drohung oder List erlangt werden soll; andererseits könnte die mangelnde Rechtfertigung – unabhängig von einer allenfalls wirksam erteilten Einwilligung – auch in einer Sittenwidrigkeit der beabsichtigten Verletzung liegen (vgl. *Burgstaller* in WrK, § 90, Rz 119-130). Bei einer Organentnahme zu Heilzwecken – etwa beim Empfänger eines Spenderorgans oder zur medizinisch indizierten Entfernung eines z.B. tumorbefallenen Organs – würde es bereits am Element der Ausbeutung des Körpers der betroffenen Person fehlen, weshalb ein solcher Fall nicht unter die iSd der Bestimmung gegen Menschenhandel problematischen Organentnahmen zu subsumieren wäre. Auch bei einer gemäß § 64 Abs. 1 Z 4 StGB zu verfolgenden Auslandstat müsste immer geprüft werden, ob die an der „verhandelten“ Person geplante Organentnahme nach österreichischem Recht zulässig wäre. Im Rahmen der dritten Säule der Europäischen Union sind vor kurzem Beratungen über eine Initiative des griechischen Vorsitzes für einen Rahmenbeschluss des Rates zur Verhinderung und Kontrolle des Handels mit menschlichen Organen und Geweben aufgenommen worden, in welchem sich derzeit auch Straftatbestände gegen unter bestimmten Umständen vorgenommene Organtransplantationen finden. Die Entwicklung dieses Entwurfes wird im Auge zu behalten sein; möglicherweise wird sich im Fall seiner Annahme durch den Rat dadurch in Zukunft auch die Wertung ändern, unter welchen Umständen eine Organentnahme als „Ausbeutung“ anzusehen sein wird.

Unter **Ausbeutung der Arbeitskraft** versteht der Entwurf Praktiken, die noch nicht als Sklaverei oder sklavereiähnlich anzusehen wären (vgl. § 104), aber ein wucherisches Element bzw. ein grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung in sich tragen (vgl. §§ 154, 155 StGB, § 105 FrG).

Wie in anderen Bestimmungen soll nicht nur eigennütziges Handeln eines Täters strafbar sein, der die betroffene Person selbst auszubeuten gedenkt, sondern Menschenhandel auch dann vorliegen, wenn das Opfer der Ausbeutung durch einen Dritten **zugeführt** werden soll.

Wie bereits erwähnt, kommen als **Tathandlungen** iSd Abs. 1 bis 3 das Anwerben, Befördern, Weitergeben, Beherbergen oder (sonstige) Aufnahmen einer Person in Betracht. „**Anwerben**“ heißt, jemanden dazu verpflichten, sich in einer der genannten Formen ausbeuten zu lassen (vgl. § 217 Abs. 1; EB zur RV des StGB, 30 BlgNR XIII. GP, 364). Dieses Verständnis entspricht auch am ehesten der Bedeutung von „recruitment“ (engl.) bzw. „recrutement“ (frz.) in den erwähnten Rechtsinstrumenten, die durch diese Bestimmung umgesetzt werden sollen. „**Befördern**“ bedeutet jede Verbringung von einem Ort zu einem anderen, wobei dies auch durch Organisation des Transports bzw. der Fahrkarten für öffentliche Verkehrsmittel erfolgen kann, sofern dafür ein gewisser Organisationsaufwand erforderlich ist. Unter „**Weitergeben**“ ist jede Art der Übergabe oder „Übertragung“ einer Person zu verstehen; insbesondere wären davon auch Vorgänge erfasst, die einem Kauf, Tausch, einer Vererbung oder sonstigen Abtretung eines Menschen gleichkommen und dem in Art. 1 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung des Menschenhandels mit „Tausch der Kontrolle oder Weitergabe der Kontrolle über die Person“ (engl.: „exchange or transfer of control over that person“) umschriebenen Element entsprechen. Unter diesem Aspekt wird dem Tatbestandsmerkmal insbesondere im Zusammenhang mit der Verfolgung von Auslandsstraftaten Bedeutung zukommen, soweit in anderen Kulturkreisen Herrschaftsverhältnisse bestehen, die derartige „Übertragungen“ von Personen bzw. Herrschaftsverhältnissen zulassen. „**Beherbergen**“ (engl. „harbouring“, frz. „hébergement“) bedeutet Unterkunft Gewähren in jeder Form. „**Aufnehmen**“ (engl. „receipt“, frz. „accueil“) kann etwa darin bestehen, die verhandelte Person am Zielort oder an einer Zwischenstation in Empfang zu nehmen. Diese Handlungsform wird insbesondere dann zum Tragen kommen, wenn der Täter das Opfer zwar nicht iSd der obigen Ausführungen befördert oder weitergibt, dieses aber an einem bestimmten Ort – an dem es sich etwa auf Grund von Anweisungen und/oder näheren Wegbeschreibungen eines Anwerbers einzufinden hat – zum Zweck der künftigen Ausbeutung (durch ihn selbst oder einen Dritten) in Empfang nimmt. „**Anbieten**“ einer minderjährigen Person iSd Abs. 2 ist die ausdrückliche oder konkludente Erklärung, zur Überlassung oder Vermittlung einer (konkreten) Person für einen der in Rede stehenden Ausbeutungszwecke bereit zu sein. Das Angebot als solches genügt; auf eine Annahme kommt es nicht an. Damit sollen Angebote sowohl gegenüber bestimmten anderen Personen als auch etwa durch Inserat oder auf einer Internetseite strafbar sein (vgl. § 207a; JAB zur StGB-Novelle 1994, 1848 BlgNr. XVIII. GP).

Wie bereits einleitend erwähnt, reichen die genannten Tathandlungen bei minderjährigen Opfern (Abs. 2) auf Grund deren besonderer Schutzwürdigkeit bereits für sich und ohne Rücksicht auf weitere Umstände bzw. Tatmodalitäten zur Begründung der Strafbarkeit aus. Im Fall der Anwendung von **Gewalt** oder **gefährlicher Drohung** (Abs. 3) soll jedoch bei Opfern jeder Altersgruppe die erhöhte – an § 106 orientierte – Strafdrohung zum Tragen kommen. Ansonsten besteht bei erwachsenen Opfern (Abs. 1) erst beim Einsatz bestimmter verpönter Tatmittel bzw. dem Vorliegen bestimmter Umstände ein Schutzbedürfnis, das eine Pönalisierung erfordert.

Gefordert ist zur Tatbegehung nach **Abs. 1** die Täuschung des Opfers, das Ausnützen einer Zwangslage, einer psychischen Krankheit oder eines Zustands, der das Opfer zum Widerstand unfähig macht, der Missbrauch eines Autoritätsverhältnisses, die Einschüchterung des Opfers oder aber die Gewährung oder Annahme eines Vorteils für die Übergabe der Herrschaft über das Opfer.

Zu den Begriffen „**Täuschung**“, „**Ausnützen einer Zwangslage**“ und „Einschüchterung“ sei auf deren Bedeutung in den §§ 217 Abs. 2, § 207b Abs. 2 (siehe auch die Entschließung des NR vom 10. Juli 2002, 152/E XXI. GP bzw. den Erlass vom 26. Juli 2002 JMZ 318.015/31-II.1/2002 = JABl. Nr. 30/2002) und § 216 Abs. 2 verwiesen. „**Einschüchterung**“ ist ein Verhalten im Vorfeld der gefährlichen Drohung; Gewalt oder gefährliche Drohung iSd § 74 Abs. 1 Z 5 sind daher nicht erforderlich. Es genügt die Herbeiführung eines psychischen Zustands, in dem das Opfer aus Angst nicht mehr frei entscheiden kann. Das Abstellen auf ein „**Ausnützen einer psychischen Krankheit oder eines Zustands, der das Opfer zum Widerstand unfähig macht**“ (vgl. § 205 idF des Entwurfes) bietet sich – ebenso wie das „Ausnützen einer Zwangslage“ – zur Umsetzung von Artikel 1 Abs. 1 lit. c des Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung des Menschenhandels an. Wie bei § 100 soll aber der besondere Schutz gegen Menschenhandel im Vergleich zu § 205 auf die Aspekte der psychischen Erkrankung bzw. der Widerstandsunfähigkeit beschränkt bleiben. „**Missbrauch eines Autoritätsverhältnisses**“ stellt auf eines der im § 212 bezeichneten Verhältnisse und das Vorliegen der dort genannten Voraussetzungen ab. Die „**Gewährung oder Annahme eines Vorteils für die Übergabe der Herrschaft**“ über das Opfer hat vor

allem Fälle im Auge, in denen – soweit dies etwa in anderen Kulturkreisen vorkommt – Zahlungen zur Übertragung der Herrschaft über eine Person fließen, eine Person also regelrecht verkauft wird.

Die qualifizierenden Umstände in **Abs. 4** gehen, wie erwähnt, auf die Vorgaben in Artikel 3 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung des Menschenhandels zurück. Unter „**schwerer Gewalt**“ (vgl. Artikel 3 Abs. 2 lit. c des Rahmenbeschlusses) ist die Anwendung überlegener physischer Kraft, die auf die Überwindung eines wirklichen oder auch nur erwarteten Widerstands des Opfers gerichtet ist und einen hohen Grad der Intensität oder Gefährlichkeit erreicht, zu verstehen (vgl. § 201 Abs. 1 idgF). Es handelt sich um brutale oder rücksichtslose Aggressionshandlungen, wie z.B. solche, mit denen idR Lebensgefahr verbunden ist. Auf Grund der besonderen Schutzwürdigkeit von **Unmündigen** wird die Tatbegehung gegen Unmündige generell in die Qualifikation aufgenommen, obwohl Artikel 3 Abs. 2 lit. b des Rahmenbeschlusses zulassen würde, die hohe Strafdrohung in Bezug auf unmündige Tatopfer auf den Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung zu beschränken. Eine weitere Qualifikation soll in Entsprechung von Artikel 3 Abs. 2 lit. d des Rahmenbeschlusses die Tatbegehung im Rahmen einer **kriminellen Vereinigung** (vgl. § 278) darstellen. Die Qualifikation bei vorsätzlicher oder grob fahrlässiger **Gefährdung des Lebens** des Opfers geht auf Artikel 3 Abs. 2 lit. a des Rahmenbeschlusses zurück. Wie bei § 89 StGB soll auf eine konkrete Gefahr für das Leben des Opfers abgestellt werden. Eine solche Gefahr liegt vor, wenn durch das Verhalten des Täters eine Situation geschaffen oder aufrechterhalten wird, die im konkreten Fall die Möglichkeit des Todes des Opfers besorgen lässt, und wenn es nur von unberechenbaren Umständen, also vom Zufall abhängt, ob die vom Täter herbeigeführten Bedingungen auch wirklich zum Tod führen oder nicht. **Grobe Fahrlässigkeit** liegt dann vor, wenn dem Täter eine ungewöhnliche, auffallende Sorglosigkeit zur Last liegt und für ihn der Eintritt einer Tatbildverwirklichung nicht nur entfernt möglich, sondern geradezu als wahrscheinlich vorhersehbar ist (vgl. auch § 159 idgF bzw. EB zu RV StGB-Novelle 2000, 92 BlgNR XXI. GP). Mit der Qualifikation bei **Zufügung eines besonders schweren Nachteils** soll Artikel 3 Abs. 2 lit. c 2. Fall umgesetzt werden („or has caused particularly serious harm to the victim“). Darunter werden etwa Körperverletzungen mit schweren Dauerfolgen (§ 85) zu verstehen sein, aber auch z.B. im Zusammenhang mit einer Gewaltanwendung erfolgte Beschädigungen von Vermögenswerten, die weit über eine „schwere Schädigung“ iSd §§ 155 Abs. 1 bzw. 168a Abs. 2 hinausgehen. Nachdem von einer „schweren Schädigung“ bereits bei Zufügung eines deutlich über der bei Vermögensdelikten geltenden ersten Wertgrenze von 2000 Euro ausgegangen wird, wäre ein besonders schwerer (vermögensrechtlicher) Nachteil erst dann anzunehmen, wenn der Vermögensschaden über der zweiten Wertgrenze, also über 40 000 Euro liegt. Ein Nachteil anderer Art wird in seinen Auswirkungen für den Betroffenen sowie dem Ausmaß der Rechtsgutsbeeinträchtigung einer der beiden in Bezug auf Körperverletzung oder Vermögensschädigung beispielhaft genannten Tatfolgen vergleichbar sein müssen, um als „besonders schwer“ iSd vorgeschlagenen Bestimmung eingestuft werden zu können.

Zu § 104b:

Mit der vorgeschlagenen Strafbestimmung gegen verbotene Adoptionsvermittlung soll Art. 3 Abs. 1 lit. a (ii) des Fakultativprotokolls zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend den Verkauf von Kindern, die Kinderprostitution und die Kinderpornographie (RV 18 BlgNR XXII. GP) umgesetzt werden, wonach die Vertragsstaaten zur Kriminalisierung des unstatthaften Herbeiführens der Zustimmung zur Adoption einer Person unter 18 Jahren unter Verstoß gegen die anwendbaren internationalen Übereinkommen betreffend die Adoption verpflichtet sind. In diesem Zusammenhang wäre insbesondere das (Haager) Übereinkommen über den Schutz von Kindern und die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der internationalen Adoption (BGBl. III Nr. 145/1999) zu nennen, nach dessen Artikel 8 geeignete Maßnahmen zu treffen sind, um unstatthafte Vermögens- oder sonstige Vorteile im Zusammenhang mit einer Adoption auszuschließen und alle den Zielen des Übereinkommens zuwiderlaufenden Praktiken zu verhindern. Gemäß Artikel 4 lit. c (3) darf eine internationale Adoption, durch die ein dauerhaftes Eltern-Kind-Verhältnis begründet werden soll, nur durchgeführt werden, wenn sich die zuständigen Behörden des Heimatstaates u.a. vergewissert haben, dass die Zustimmungen zustimmungsberechtigter Personen oder Institutionen nicht durch irgendeine Zahlung oder andere Gegenleistung herbeigeführt worden sind. Diese Schutzvorschriften des Haager Übereinkommens sollen insbesondere zur Verhinderung des Verkaufs von und des Handels mit Kindern beitragen (Art. 1).

Aus diesem Kontext ergibt sich, dass als „unstatthaft“ (improperly) iSv Artikel 3 Abs. 1 lit. a (ii) des Fakultativprotokolls die Herbeiführung der Zustimmung durch Gewährung jedweden Vorteils an zustimmungsberechtigte Personen zu verstehen ist und sich die Kriminalisierungspflicht daher auf diesen Aspekt der Adoptionsvermittlung beschränkt. Allfällige weitere Maßnahmen iSv Artikel 8 des Haager Übereinkommens wären daher im Verwaltungsrecht anzusiedeln, wobei insbesondere auf die Landesjugendwohlfahrtsgesetze zu verweisen wäre, nach denen in der Regel jede unbefugte oder entgeltliche Adoptionsvermittlung verwaltungsstrafrechtlich zu ahnden ist (§ 37 Abs. 1 Z 1 lit. e

Burgenländisches JWG; § 46 Abs. 1 lit. f Kärntner JWG; § 56 Abs. 3 Niederösterreichisches JWG; § 49 Abs. 1 Z 2 Oberösterreichisches JWG; § 47 Abs. 1 Z 5 Salzburger JWG; § 49 Abs. 1 Z 1 lit. d Steiermärkisches JWG; § 35 Abs. 1 lit. f Tiroler JWG; § 37 Abs. 1 lit. h Vorarlberger JWG; § 41 Abs. 1 Z 5 Wiener JWG).

Die vorgeschlagene Strafbestimmung (§ 104b) soll unmittelbar im Anschluss an § 104a (Menschenhandel) in das StGB eingegliedert werden. Abs. 1 stellt denjenigen unter Strafe, der bewirkt (vgl. § 104), dass eine zustimmungsberechtigte Person gegen Gewährung eines Vorteils für sich (i.e. den Zustimmungsberechtigten) oder einen Dritten der Adoption einer minderjährigen Person durch einen Dritten – also durch eine andere Person als den Vorteilsgeber (vgl. auch Abs. 3) – zustimmt. Der Täter muss nicht selbst einen Vorteil gewähren, die Vermittlung eines von einem Dritten zu gewährenden Vorteils an einen Zustimmungsberechtigten oder Dritten reicht aus. Ausschlaggebend ist, dass vom Berechtigten die Zustimmung wegen des gewährten Vorteils erteilt, das Kind also regelrecht „verkauft“ werden soll. Wer in dieser Hinsicht auf eine zustimmungsberechtigte Person einwirkt, also ihre Zustimmung zur Adoption bewirkt, macht sich strafbar. Bedingter Vorsatz genügt.

Welche Personen im Zusammenhang mit der Adoption eines Minderjährigen im Einzelfall zustimmungsberechtigt sind, ergibt sich aus dem jeweils anwendbaren Adoptionsrecht (§ 181 ABGB bzw. §§ 1, 26 IPRG).

Der Begriff „Vorteil“ ist wie bei den Bestechungsdelikten (vgl. insbes. §§ 304, 307 und 308) weit zu verstehen, umfasst also nicht nur materielle Gegenstände bzw. Vermögensvorteile sondern darüber hinaus alles, was einen indirekten – allenfalls auch bloß (substantiellen) immateriellen Vorteil darstellen könnte (vgl. auch EB zu RV StRÄG 1998, 1230 BlgNR XX. GP, 24). Der Vorteil muss entweder der zustimmungsberechtigten Person selbst oder einem Dritten, z.B. einem nahen Verwandten, gewährt worden sein. Eine im Zusammenhang mit der Adoption allenfalls vereinbarte Zuwendung an das anzunehmende Kind selbst kann den Tatbestand nicht erfüllen: Bereits aus dem Wortlaut („oder einen Dritten“) erscheint hinlänglich klar, dass es sich bei dem Dritten um eine von den sonst im Tatbestand genannten verschiedene Person handeln muss. Überdies wäre bei einer Zuwendung an das betroffene Kind kaum an einen verpönten Verkauf von oder Handel mit einer Person zu denken, gegen den sich die Bestimmung im Hinblick auf das geschützte Rechtsgut (Freiheit) wendet.

Das Delikt ist vollendet, sobald die unstatthaft herbeigeführte Zustimmung (zivilrechtlich bindend) erteilt worden ist; die endgültige Abwicklung der beabsichtigten Adoption ist nicht erforderlich.

Während Abs. 1 den Grundtatbestand mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren bedroht, sieht **Abs. 2** eine strafsaterhöhende Qualifizierung vor: Handelt der Täter, um sich oder einem Dritten einen Vermögensvorteil zu verschaffen, ist er mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen (vgl. z.B. § 214). Eine strengere Bestrafung desjenigen, der für die Einwirkung auf zustimmungsberechtigte Personen für sich oder einen Dritten einen finanziellen Vorteil anstrebt (§ 5 Abs. 2 StGB), erscheint im Hinblick auf die besondere Verwerflichkeit angemessen.

Die Bestimmung beschränkt sich – wie Art. 3 Abs. 1 lit. a (ii) des Fakultativprotokolls („as an intermediary“) – bewusst auf den Vermittler einer (beabsichtigten) Adoption, bei der eine Zuwendung an eine zustimmungsberechtigte Person im Spiel ist. Damit soll die Anbahnung bzw. Förderung solcher Adoptionen durch Dritte unterbunden werden. Um zu verhindern, dass etwa der eine Partner eines adoptierenden Ehepaares in Bezug auf seinen Partner als Vermittler angesehen werden könnte, sind Annehmende – wie auch das (ältere) Wahlkind selbst, das auf die Zustimmung zu einer von ihm gewünschten Adoption hinwirken könnte - ausdrücklich von der Strafbarkeit ausgenommen (**Abs. 3**). Bei der Formulierung der Ausnahme wurde auf das Vorbild in § 106a Abs. 2 Fremden-gesetz (Vermittlung von Adoptionen eigenberechtigter Fremder) zurückgegriffen.

Zu Artikel I Z 8 (§ 106 StGB):

Nicht zuletzt im Hinblick auf Artikel 2 lit. a des Entwurfs für einen Rahmenbeschluss des Rates zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie (zuletzt Dok. 12418/02 DROIPEN 68 MIGR 92) soll in **Abs. 1 Z 3** hervorgehoben werden, dass die Nötigung zur Prostitution oder zur Mitwirkung an einer pornographischen Darbietung besonders wichtige Interessen der genötigten Person verletzt und daher eine schwere Nötigung iSd § 106 darstellt. Im Bereich der Nötigung erscheint – im Gegensatz zu § 215a idF des Entwurfs – eine Differenzierung zwischen erwachsenen und minderjährigen Opfern unangebracht. Geht eine erwachsene Person freiwillig der Prostitution nach oder wirkt sie freiwillig an einer pornographischen Darbietung mit, ist kein Grund für eine strafrechtliche Intervention zu ihrem Schutz gegeben. Zwang stellt in diesem Zusammenhang nicht nur einen Angriff auf die Selbstbestimmung, sondern auch auf die Menschenwürde dar, deren Wahrung im besonderen persönlichen Interesse der betroffenen Person liegt.

Zum Begriff „Prostitution“ sei auf die vorgeschlagene Definition (§ 74 Abs. 1 Z 9) verwiesen.

Eine nähere Umschreibung, was unter Mitwirkung an einer pornographischen Darbietung zu verstehen ist, wird in § 215a Abs. 3 (Förderung u.a. pornographischer Darbietungen Minderjähriger) normiert. Auf die diesbezüglichen Erläuterungen sei verwiesen.

Im Hinblick auf die geänderte Formulierung von Abs. 1 Z 3 soll auch **Abs. 1 Z 2** sprachlich angepasst werden. Während der geltende Text vom „Genötigten“ spricht, soll nunmehr auch sprachlich der Umstand nachvollzogen werden, dass überwiegend Personen weiblichen Geschlechts zu Prostitution bzw. pornographischen Darbietungen gezwungen werden. Dies indiziert auch eine sprachliche Gleichschaltung von **Abs. 2**.

Abs. 3 enthält an § 104a Abs. 4 angelegte qualifizierende Umstände im Fall der Nötigung zu Prostitution oder pornographischer Darbietung, mit welchen eine § 104a Abs. 4 entsprechende Strafdrohung verbunden wird, um Wertungsdifferenzen zwischen den beiden Bestimmungen zu vermeiden.

Zu Artikel I Z 9 (§ 148a StGB):

Diese Änderung ist bloß technischer Natur und soll die mit dem Strafrechtsänderungsgesetz 2002, BGBl. I Nr. 134, vorgenommene Verschiebung der Definition des Begriffes „Daten“ aus § 126 Abs. 2 StGB aF in den allgemeinen Teil des StGB nachvollziehen. Das in § 148a verbliebene Zitat ist damit unrichtig geworden; ein ausdrücklicher Verweis auf die Begriffsbestimmung erübrigt sich nunmehr im Hinblick auf § 74 Abs. 2.

Zu Artikel I Z 10 (Überschrift des Zehnten Abschnitts):

Die Abschnittsüberschrift zu den Sexualdelikten lautet derzeit „Strafbare Handlungen gegen die Sittlichkeit“. Diese Wortwahl ist nicht nur nicht mehr zeitgemäß, sondern trifft auch nicht den Kern der zu schützenden (personalen) Rechtsgüter. Geschützte Rechtsgüter dieses Abschnitts des StGB sind die sexuelle Selbstbestimmung sowie die Freiheit vor sexualbezogenen Beeinträchtigungen. Der Entwurf schlägt als neue Überschrift daher „Strafbare Handlungen gegen die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung“ vor.

Zu Artikel I Z 11 (§ 201 StGB):

Die in § 201 idgF vorgenommene Abstufung zwischen sogenannter „schwerer Vergewaltigung“ (Abs. 1) und „Vergewaltigung“ (Abs. 2) soll aufgehoben werden. Die Gleichsetzung einer Vergewaltigung, bei der keine schwere Gewalt bzw. Drohung mit gegenwärtiger schwerer Gefahr für Leib oder Leben gegen das Opfer gerichtet wird, mit einem so genannten „minder schweren Raub“ (§ 142 Abs. 2) erscheint mit Rücksicht auf den mit jeder Vergewaltigung verbundenen schweren Eingriff in die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung des Menschen nicht mehr zeitgemäß. Immerhin verlangt § 142 für die Privilegierung, dass es sich beim geraubten Gut um eine Sache geringen Wertes handeln und der Raub überdies ohne Anwendung von erheblicher Gewalt begangen worden sein muss. In der Praxis wird dadurch etwa auch die Abnötigung einer Zigarettenschachtel geahndet. Hier besteht ein Handlungsbedarf, der nicht zuletzt auch dem gesteigerten Bewusstsein der Bevölkerung für die Verwerflichkeit von schweren Sexualdelikten Rechnung tragen soll.

Der Entwurf schlägt daher eine Verschmelzung der Abs. 1 und 2 idgF zu einem neuen **Abs. 1** vor, wobei für die nicht qualifizierte Begehung eine Kombination aus dem Höchstmaß der Strafdrohung aus Abs. 1 idgF und dem Mindestmaß aus Abs. 2 idgF übernommen werden soll. Im Ergebnis steht damit beim Grunddelikt der gleiche Reaktionsrahmen wie bisher zur Verfügung, um den im Einzelnen doch sowohl täter- als auch opferseitig unterschiedlichen Tatumständen angemessen Rechnung tragen zu können. Die näheren Umstände der Vergewaltigung werden bei der konkreten Strafzumessung zu berücksichtigen sein (§§ 32ff StGB). Durch die Anpassungen wird überdies der Eindruck vermieden, es könnte eine „minder schwere“ Vergewaltigung geben. Im Hinblick auf die Aufhebung der Unterscheidung zwischen (einfacher) und schwerer Gewalt ist auch der letzte Satz von Abs. 1 idgF entbehrlich geworden: Dass eine Betäubung vom Gewaltbegriff umfasst ist, erscheint unbestritten (*Leukauf/Steininger*, StGB³, § 105 Rz 5 und § 201 Rz 13f).

Die Änderungen in Abs. 1 machen auch eine Anpassung des bisherigen Abs. 3 erforderlich, der nunmehr als **Abs. 2** bezeichnet werden soll. Die qualifizierenden Umstände bleiben unverändert, es werden lediglich die zwischen den bisherigen Abs. 1 und 2 unterscheidenden Strafdrohungen an die Abstufung gegenüber Abs. 1 idgF angeglichen, was bei einem Abs. 2 idgF zu unterstellenden Sachverhalt zu einer bedeutenden Verschärfung des Strafrahmens führt.

Zu Artikel I Z 12 (§ 202 StGB):

§ 202 idgF wurde in der Vergangenheit insofern kritisiert, als er im Vergleich zu § 106 StGB (Schwere Nötigung) lediglich eine Strafdrohung von bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe aufweise, obwohl es sich bei einer Nötigung zur Vornahme oder Duldung einer geschlechtlichen Handlung in der Regel um eine Verletzung besonders wichtiger Interessen des Verletzten iSd § 106 Abs. 1 Z 3 handle, im Fall der geschlechtlichen Nötigung aber § 202 als Spezialdelikt zur Anwendung komme (vgl. z.B. *Kienapfel/Schmoller*, BT III, §§ 201-203 Rz 3; aM *Schick* in WrK², § 202 Rz 3). Im Fall der Anwendung von qualifizierten Nötigungsmitteln besteht im Übrigen ein Wertungswiderspruch zwischen den §§ 105, 106 Abs. 1 Z 1 und § 202 idgF (vgl. z.B. *Schick* in WrK², § 202 Rz 2; *Kienapfel/Schmoller*, BT III, §§ 201-203 Rz 3).

Der Entwurf schlägt daher eine Anhebung der Strafdrohung beim Grunddelikt auf Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren vor (**Abs. 1**). Um den Gerichten im unteren Deliktsbereich wie bisher einen angemessenen Reaktionsspielraum zu belassen, soll also auf eine Strafuntergrenze verzichtet werden; Beispiele für einen solchen Strafraum finden sich bereits in den §§ 312 Abs. 3 StGB, 105 Abs. 2 Fremdenengesetz und 28 Abs. 2 SMG.

Diese Verschärfung in Abs. 1 wäre auch in **Abs. 2** nachzuvollziehen, wobei auch hier die qualifizierenden Umstände unverändert bleiben. Wie bei § 201 Abs. 2 idF des Entwurfes kommt es hier zu einer bedeutenden Verschärfung des Strafraumes.

Zu Artikel I Z 13 (§ 203 StGB):

Im Zuge des mit der Strafgesetznovelle 1989, BGBl Nr. 242, zu Stande gekommenen Kompromisses zur Neugestaltung der Strafdrohungen gegen sexuelle Aggressionshandlungen wurde auch die in § 203 idgF normierte „Privilegierung“ der Begehung einer in den §§ 201 Abs. 2 und 202 idgF mit Strafe bedrohten Handlung in Ehe oder Lebensgemeinschaft vorgesehen. Demnach kann eine solche Tat derzeit nur auf Antrag der verletzten Ehepartnerin bzw. des verletzten Ehepartners oder der Lebensgefährtin bzw. des Lebensgefährten verfolgt werden (vgl. § 2 Abs. 4 StPO), sofern keine der qualifizierten Folgen oder Tatumstände gegeben sind (Abs. 1 idgF). Überdies besteht die Möglichkeit einer außerordentlichen Strafmilderung nach § 41 auch ohne die dort genannten Voraussetzungen, wenn die verletzte Person erklärt, weiter mit dem Täter leben zu wollen, und nach der Person des Täters sowie unter Berücksichtigung der Interessen der verletzten Person eine Aufrechterhaltung der Gemeinschaft erwartet werden kann (Abs. 2 idgF).

Hintergrund dieser Bestimmung war die seinerzeitige Überlegung des Justizausschusses, dadurch der Tatsache Rechnung zu tragen, dass die Strafverfolgung von sexuellen Gewaltdelikten im familiären Intimbereich nicht immer im Interesse des Opfers liegen muss (JAB 927 BlgNR XVII. GP, 4).

Die Sensibilität gegenüber der Persönlichkeit des Menschen und seinem Recht auf sexuelle Selbstbestimmung ist in den letzten Jahren jedoch deutlich gestiegen, sodass dem Umstand, dass die Vergewaltigung im familiären Bereich stattgefunden hat, geringeres Gewicht beizumessen ist und eine generelle gesetzliche Abschwächung der Strafbarkeit von in Lebensgemeinschaft begangenen sexuellen Aggressionshandlungen nicht mehr angebracht erscheint. Der Schutz der sexuellen Integrität und Selbstbestimmung auch in der Ehe oder Lebensgemeinschaft sollte daher im Gesetz unmissverständlich zum Ausdruck gebracht werden. Der Entwurf schlägt zu diesem Zweck die ersatzlose Streichung von § 203 idgF vor.

In der Lehre wurde § 203 Abs. 2 wiederholt kritisiert (vgl. z.B. *Kienapfel/Schmoller*, BT III, §§ 201 bis 203 Rz 59; *Schick* in WrK², § 203 Rz 6) bzw. dessen mangelnde praktische Bedeutung aufgezeigt (vgl. *Schick* in WrK², § 203 Rz 6). Ein von beiden Partnern bekräftigter Wille zur Aufrechterhaltung der Lebensgemeinschaft kann im Rahmen der allgemein zur Verfügung stehenden Reaktionspalette, insbesondere durch außerordentliche Strafmilderung bei Überwiegen der Milderungsgründe (§ 41) oder bedingte bzw. teilbedingte Strafnachsicht (§§ 43 und 43a) adäquat berücksichtigt werden. Eine darüber hinaus gehende Sonderbehandlung könnte als eine Verharmlosung des in den letzten Jahren immer mehr in den Mittelpunkt der gesellschaftlichen Diskussion gerückten Phänomens der (auch sexuellen) Gewalt in der Familie verstanden werden. Gleiches gilt für die – unter gewissen Voraussetzungen – bestehende Regelung als Antragsdelikt: Leichtere Fälle der Vergewaltigung oder geschlechtlichen Nötigung werden im Fall eines Wunsches auf Aufrechterhaltung der Lebensgemeinschaft in der Regel überhaupt nicht zur Anzeige gelangen. Abgesehen davon würde in solchen Fällen eine Verurteilung zumeist wesentlich von der Aussage des Opfers abhängen, welches gemäß § 152 Abs. 1 Z 2 StPO von der Verbindlichkeit zur Ablegung eines Zeugnisses gegen den Ehepartner bzw. Lebensgefährten (§ 72 Abs. 2 StGB) befreit ist. Das seinerzeitige Bestreben des Justizausschusses, die Besonderheiten einer Ehe oder Lebensgemeinschaft angemessen zu berücksichtigen, erscheint demnach auch bei einem Verzicht auf § 203 gewährleistet.

Auch der deutsche Gesetzgeber hat sich zwar später als der österreichische zur gleichen Strafdrohung für Ehepartner/Lebensgefährten bei sexuellen Gewaltdelikten entschlossen, dann aber für eine uneingeschränkte Verantwortung (vgl. §§ 177f dStGB seit dem 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts, dBGBI. 1998 Teil I, S. 164).

Zu Artikel I Z 14 (§ 205 StGB):

Wie § 100 bedarf auch § 205 neben einer Anpassung an den modernen Sprachgebrauch einer umfassenden Neugestaltung: Abs. 1 idgF beschränkt sich auf den Schutz von auf Grund ihrer körperlichen oder geistigen Verfassung besonders schutzwürdigen Personen weiblichen Geschlechts vor außerehelichem Beischlaf. Diese Differenzierung erscheint anachronistisch: Einerseits wären auch dem Beischlaf gleichzusetzende geschlechtliche Handlungen zu erfassen. Andererseits ist die Gefahr eines schweren sexuellen Missbrauchs auch bei einer männlichen Person, die sich in einem der genannten Zustände befindet, keineswegs ausgeschlossen, weshalb der Schutz entsprechend auszudehnen wäre. Der Entwurf schlägt demnach eine geschlechtsneutrale Formulierung sowie eine den §§ 206 und 207b Abs. 1 nachempfundene Modernisierung des Tatbestands in Abs. 1 und eine den §§ 207 und 207b Abs. 1 nachempfundene Anpassung von Abs. 2 vor.

Wie in § 100 soll statt des bisher angeführten Begriffs „Geisteskrankheit“ der Terminus „psychische Krankheit“ verwendet werden. Da auch die Überschrift („Schändung“) nicht mehr zeitgemäß ist und wie bei den §§ 206 bis 207b der Umstand hervorgehoben werden soll, dass es sich auch hier um eine Form des sexuellen Missbrauchs handelt, wird als neue Überschrift „Sexueller **Missbrauch** einer wehrlosen Person“ vorgeschlagen (vgl. auch § 100 idF des Entwurfs).

Unverändert bleibt die – altersunabhängige – Verfassung des Opfers, an die der besondere Schutz des § 205 vor sexuellem Missbrauch anknüpft (Widerstandsunfähigkeit; psychische Krankheit; Schwachsinn; tiefgreifende Bewusstseinsstörung; einem dieser Zustände gleichwertige seelische Störung). Die verpönte geschlechtliche Handlung muss überdies in **Ausnützung** dieses Zustands vorgenommen erfolgen. Wesentlich für das Ausnutzen als das bewusste Sich-Zunutzen-Machen des Zustands des Opfers ist, dass dieses aufgrund seiner körperlichen oder geistigen Verfassung zum Widerstand unfähig ist oder keinen entsprechenden Willen entwickeln oder verwirklichen kann, und der Täter dies bewusst als einen Faktor einkalkuliert, der seinem Vorhaben zugute kommt (vgl. § 207b Abs. 1). Von einem Ausnutzen ist dann auszugehen, wenn sich die Handlung gegen die Interessen des Opfers richtet. Die Bestimmung soll demnach nicht im Sinne eines überzogenen Schutzes ausgelegt werden, der den davon betroffenen Personen das Ausleben ihrer Sexualität verwehren würde.

Abs. 3 bleibt unverändert.

Zu Artikel I Z 15 (§ 207a StGB):

Vorbemerkung:

Nach der geltenden Fassung des § 207a ist strafbar, wer eine bildliche Darstellung einer geschlechtlichen Handlung an einer unmündigen Person, das ist eine Person, die das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet hat (§ 74 Abs. 1 Z 1 StGB), oder einer unmündigen Person an sich selbst, an einer anderen Person oder mit einem Tier, deren Betrachtung nach den Umständen den Eindruck vermittelt, dass es bei der Herstellung zu einer solchen geschlechtlichen Handlung gekommen ist, herstellt oder zum Zweck der Verbreitung einführt, befördert oder ausführt (Abs. 1 Z 1) oder einem anderen anbietet, verschafft, überlässt, vorführt oder sonst zugänglich macht (Abs. 1 Z 2), aber auch, wer sich eine pornographische Darstellung mit Unmündigen verschafft oder eine solche besitzt (Abs. 3). Die Strafdrohung beträgt für die Herstellung etc. Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahre, in qualifizierten Fällen d.h. bei gewerbsmäßiger Begehung oder bei Begehung als Mitglied einer kriminellen Vereinigung Freiheitsstrafe bis zu drei Jahre; für das Sich-Verschaffen und den Besitz beträgt die Strafdrohung derzeit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monate oder Geldstrafe bis zu 360 Tagessätze.

Einige der bereits erwähnten internationalen Instrumente machen Anpassungen im Bereich des § 207a StGB erforderlich:

Artikel 1 lit. a und b des Entwurfs für einen Rahmenbeschluss zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie (zuletzt Dok. 12418/02 DROIPEN 68 MIGR 92) definieren Kinderpornographie als “pornographisches Material mit Abbildungen 1. von echten Minderjährigen, die an einer eindeutig sexuellen Handlung mittelbar oder unmittelbar beteiligt sind, einschließlich aufreizender Abbildungen der Genitalien oder der Schamgegend von Minderjährigen; oder 2. von echten Personen mit kindlichem Erscheinungsbild, die mittelbar oder unmittelbar an der genannten Handlung beteiligt sind; oder 3. von realistischen Bildern nicht echter Kinder, die mittelbar oder unmittelbar an der genannten Handlung beteiligt sind“ (im englischen Original: „pornographic material that visually depicts or represents 1. a real child involved or engaged in sexually explicit conduct, including lascivious

exhibition of the genitals or the pubic area of a child; or 2. a real person appearing to be a child involved or engaged in the aforementioned conduct; or 3. realistic images of a non-existent child involved or engaged in the aforementioned conduct”). Die 1. Gruppe betrifft die sogenannte „Realpornographie“ unter Mitwirkung von Minderjährigen, die 2. Gruppe die Realpornographie unter Mitwirkung von Erwachsenen mit kindlichem Erscheinungsbild. Die 3. Gruppe betrifft die sogenannte „virtuelle Pornographie“, die entweder überhaupt ohne Mitwirkung von Minderjährigen – etwa unter Verwendung von rein computergeneriertem Material – oder durch Verfremdung von zunächst unbedenklichem Bildmaterial echter Personen zu Stande kommen kann. Anders als § 207a StGB pönalisiert der Rahmenbeschluss-Entwurf nicht schlechthin Abbildungen Minderjähriger, die an einer sexuellen Handlung beteiligt sind, sondern lediglich „pornographisches Material“ mit solchen Abbildungen. Eine Definition von „pornographischem Material“ enthält der Entwurf für einen Rahmenbeschluss nicht. Es kann daher davon ausgegangen werden, dass für Österreich grundsätzlich die von der Judikatur zum Pornographiegesetz herausgebildeten Leitlinien zur Umsetzung herangezogen werden könnten.

Artikel 3 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses verlangt die Kriminalisierung von Herstellung, Vertrieb, Verbreitung, Weitergabe, Anbieten oder sonstigem Zugänglichmachen sowie von Erwerb oder Besitz von Kinderpornographie iS der obigen Definition, wobei Artikel 3 Abs. 2 den Mitgliedstaaten freistellt, bestimmte Fälle von der Strafbarkeit auszunehmen. So muss Realpornographie von Erwachsenen mit kindlichem Erscheinungsbild (2. Gruppe) nicht erfasst werden, wenn erwiesen ist, dass die dargestellte Person im Zeitpunkt der Abbildung („at the time of depiction“) das 18. Lebensjahr bereits vollendet hatte (Artikel 3 Abs. 2 lit. a iVm Artikel 1 lit. b (ii)). Weiters darf die mit deren freier Einwilligung und für deren eigenen Gebrauch erfolgte Herstellung von Abbildungen mit mündigen Minderjährigen (also Personen, die das 14. Lebensjahr bereits vollendet haben) ausgenommen werden; gleiches gilt – mit deren freier Einwilligung – für den Besitz von Abbildungen mit mündigen Minderjährigen für ihren eigenen Gebrauch (Artikel 3 Abs. 2 lit. b). Die dritte Ausnahmemöglichkeit betrifft die Herstellung und den Besitz von virtueller Kinderpornographie durch den Hersteller für den Eigengebrauch („solely for his or her own private use“), sofern bei der Herstellung kein realpornographisches Material (1. und 2. Gruppe) verwendet wird bzw. wurde und auch keine Gefahr der Verbreitung des Materials besteht (Artikel 3 Abs. 2 lit. c). Diese Ausnahmemöglichkeiten sollen den im Laufe der intensiven Verhandlungen der EU-Staaten über Definition und Tatbestand von zahlreichen Mitgliedstaaten geäußerten Bedenken gegen eine überzogene Kriminalisierungspflicht Rechnung tragen.

Die von Österreich am 23. November 2001 unterzeichnete Cybercrime-Konvention des Europarats, ETS 185, sieht in Artikel 9 Abs. 2 eine ähnliche Definition von Kinderpornographie vor, die sich ebenfalls auf die erwähnten drei Gruppen (Realpornographie von Minderjährigen, Realpornographie von Erwachsenen mit kindlichem Erscheinungsbild, virtuelle Kinderpornographie) bezieht. Die Kriminalisierungspflicht nach Artikel 9 Abs. 1 betrifft die Herstellung (zum Zweck der Verbreitung über ein Computersystem), das Anbieten oder Zugänglich-Machen, den Vertrieb, die Übertragung und den Erwerb von Kinderpornographie – jeweils über ein Computersystem – sowie den Besitz von Kinderpornographie in einem Computersystem oder auf einem Datenträger. Gemäß Artikel 9 Abs. 3 sind auch von der Definition des Europarates grundsätzlich alle Personen unter achtzehn Jahren erfasst, ein Vertragsstaat könnte jedoch auch ein niedrigeres Schutzalter von nicht weniger als sechzehn Jahren vorsehen. Diese Einschränkungsmöglichkeit ist für den Kreis der EU-Staaten mittlerweile durch den bereits erwähnten Entwurf eines Rahmenbeschlusses überholt (vgl. Artikel 1 lit. a des Rahmenbeschlusses). Nach der Europaratskonvention bestehen ebenfalls Vorbehaltsmöglichkeiten in Bezug auf den Erwerb und den Besitz, aber auch hinsichtlich der Realpornographie von Erwachsenen mit kindlichem Erscheinungsbild sowie der virtuellen Kinderpornographie (Artikel 9 Abs. 4).

Darüber hinaus enthält auch das Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend den Verkauf von Kindern, die Kinderprostitution und die Kinderpornographie in Artikel 2 lit. c eine Definition von Kinderpornographie sowie in Artikel 3 Abs. 1 lit. c eine Kriminalisierungspflicht betreffend Herstellung, Vertrieb, Verbreitung, Einfuhr, Ausfuhr, Anbieten, Verkauf und Besitz von Kinderpornographie, wobei auf Grund von Artikel 1 des Übereinkommens über die Rechte des Kindes (BGBl. Nr. 7/1993) auch im VN-Kontext auf Personen unter achtzehn Jahren abgestellt wird.

Auch dieses Fakultativprotokoll zur Kinderrechtskonvention und die Cybercrime-Konvention enthalten allerdings keine weiteren definitorischen Anhaltspunkte dafür, was unter „pornographisch“ bzw. „sexuell explizit“ zu verstehen sei.

Anpassungsbedarf besteht in § 207a demnach insbesondere hinsichtlich der Altersgruppe der mündigen Minderjährigen (das sind Personen, die bereits das vierzehnte, aber noch nicht das achtzehnte Lebensjahr vollendet haben) sowie – im Hinblick auf die weiteren Vorgaben des Rahmenbeschlusses - hinsichtlich der Strafdrohung für Besitz (Artikel 5 Abs. 1) und bei bestimmten qualifizierenden Umständen (Artikel 5 Abs. 2). Dass § 207a idgF auf Grund seines Wortlauts („geschlechtliche Handlung an einer unmündigen

Person oder einer unmündigen Person an sich selbst, an einer anderen Person oder einem Tier“) derzeit nicht auch das (aufreizende) Zur-Schau-Stellen der Geschlechtsteile erfasst (vgl. demgegenüber Artikel 1 lit. b (i) des Rahmenbeschlusses sowie Artikel 2 lit. c des VN-Fakultativprotokolls), ist in der Literatur bereits wiederholt als unangemessen kritisiert worden (z.B. *Schick* in *WrK*², § 207a Rz 8; *Kienapfel/Schmoller*, BT III, Vorbem §§ 201ff Rz 37 und 38 sowie § 207a Rz 8 und 10).

Vorweggenommen sei weiters, dass zwar in Bezug auf Unmündige grundsätzlich nicht hinter das derzeitige Niveau zurückgegangen werden soll, dass aber andererseits die Erfassung der Darstellung jeder geschlechtlichen Handlung bei mündigen Minderjährigen zu einer unangemessenen Beschränkung der Möglichkeiten zur zB filmischen Darstellung jugendlicher Sexualität führen würde.

Zu § 207a:

Die **Tathandlungen** entsprechen jenen des § 207a idgF, wobei für die Zwecke der Abs. 5 und 6 eine Aufteilung der bisherigen Z 1 auf zwei Ziffern vorgeschlagen wird. Festzuhalten wäre, dass die Einfuhr, Beförderung oder Ausfuhr zum Eigengebrauch (vgl. Abs. 1 Z 2 idF des Entwurfs) nicht schlechthin straflos, sondern nach Abs. 3 unter dem Aspekt von Erwerb bzw. Besitz erfasst wäre.

Als Tatobjekte schlägt der Entwurf den Begriff „**pornographische Darstellungen**“ vor. Darstellung ist hier zum einen als Überbegriff gemeint, der sowohl **Abbildungen**, die eine reale Handlung oder ein reales Geschehen an realen Menschen bzw. reale Menschen – grundsätzlich unmanipuliert – wiedergeben (Abs. 4 Z 1 bis 3), umfasst, als auch **virtuelle Bilder** (Abs. 4 Z 4). Letztere sind bildliche Darstellungen, die ganz oder teilweise auf einer Abbildung von Realem beruhen und entsprechend verändert wurden, sodass eine vorher überhaupt nicht oder jedenfalls nicht kinder- und/oder jugendpornographische Darstellung durch die Manipulation zu einer solchen wurde, oder die vollkommen künstlich generiert worden sind. Da hier sohin zum Unterschied von den Z 1 bis 3 kein reales Geschehen „abgebildet“ wird, soll insoweit nur der Begriff „Darstellungen“ verwendet werden.

Durchgehend gemeinsam ist allen Varianten das Kriterium der **Wirklichkeitsnähe**. Für die Z 1 bis 3 soll das ausdrücklich genannt werden; da die Z 4 auf die Z 1 bis 3 verweist, gilt das auch hier. Darstellungsart, Medium oder Bildträger sind demgegenüber grundsätzlich gleichgültig. Es kommen also Fotos, Dias, sonstige Abbildungen und Filme, aber auch sonstige Bild- oder Datenträger, wie z.B. Computerdisketten, CD-Roms, DVDs, Computerspiele u.ä. in Betracht. Wirklichkeitsnah ist eine Abbildung bzw. Darstellung dann, wenn sie von der Wiedergabequalität und von der Erkennbarkeit her ein Niveau erreicht, das im allgemeinen Sprachgebrauch als photographisch im Sinne von dokumentaristisch bezeichnet wird, also dem Betrachter den Eindruck vermittelt, Augenzeuge (gewesen) zu sein.

Die Tatbestandsvarianten des Abs. 4 Z 1 – geschlechtliche Handlung an einer unmündigen Person oder einer unmündigen Person an sich selbst, an einer anderen Person oder mit einem Tier – entsprechen dem geltenden § 207a. Erfasst werden hier ausschließlich reale Handlungen an bzw. von tatsächlich (= erwiesenermaßen) unmündigen Personen, also etwa auch jene von *Schmoller* in *Kienapfel/Schmoller*, BT III, Rz 14 zu § 207a am Ende, erwähnten Fallkonstellationen, in denen das Aussehen des Darstellers oder der Darstellerin hinsichtlich der Unterschreitung der Altersgrenze zweifelhaft erscheint, der Täter aber diese Person kennt und (daher) um ihr (unmündiges) Alter Bescheid weiß. Im Wege des vorgeschlagenen Abs. 4 Z 2 soll ein idgF unter einem behandeltes Element der Anscheinspornographie in den Tatbestand einfließen: Mit dieser Ziffer sollen jene Fälle erfasst werden, in denen eine – wiederum wirklichkeitsnahe im Sinne der vorstehenden Ausführungen – Abbildung eines realen Geschehens vorliegt, wobei dieses Geschehen eine unmündige Person in einer Weise involviert, dass für einen objektiven Betrachter der Eindruck entsteht, eine geschlechtliche Handlung im Sinne der Z 1 liege tatsächlich vor. Auf die Vorstellungswelt des Täters soll es hingegen grundsätzlich nicht ankommen, das heißt er ist gegebenenfalls selbst dann strafbar, wenn er weiß, dass es in Wahrheit zu keiner geschlechtlichen Handlung gekommen ist. Der Entwurf folgt daher insoweit *Kienapfel/Schmoller*, BT III, Rz 12 zu § 207a (mwN in Rz 13). Er stimmt auch insoweit mit dem Justizausschussbericht zur Einführung des § 207a StGB überein (1848 BlgNR XVIII. GP, hier: 2), als dort nämlich der „allfällige Gegenbeweis“ nur im Zusammenhang mit der Altersgrenze erwähnt wird (während der Nachweis der tatsächlichen Beteiligung eines/einer Minderjährigen unter 14 Jahren nicht erforderlich sein sollte).

Dieser Gegenbeweis, dass die abgebildete Person im Aufnahmezeitpunkt das 14. Lebensjahr bereits vollendet hat, müsse nach dem Justizausschussbericht zulässig sein. *Bertel*, *Rehberg-Festschrift* 56 f., und *Schwaighofer*, *StRÄG* 1996, 39, sehen in einem solchen „Gegenbeweis“ eine unzulässige Beweislastumkehr. Dem schließt sich der Entwurf an. Es erscheint allerdings zweifelhaft, ob sich die Frage eines allfälligen Gegenbeweises vor dem Hintergrund des Grundsatzes des § 3 StPO einerseits und dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung andererseits (vgl. § 258 Abs. 2 StPO) überhaupt stellen kann. Der Tatbestand dürfte schon de lege lata – bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen – erst dann als erfüllt angesehen werden, wenn der Richter/die Richterin zur Überzeugung gelangt ist, dass es sich um

eine unmündige Person handelt. Es reicht zwar der Eindruck, aber der muss eindeutig, unzweifelhaft sein. Dem Eindruck nach heißt nicht „möglicherweise“ im Sinne einer geringeren Wahrscheinlichkeit. Wie das Gericht zu dieser Überzeugung gelangen kann, ist – von den allgemeinen Grundsätzen abgesehen – nicht geregelt; das Gericht kann daher seine Überzeugung aus Personenstandsdokumenten gewinnen, kann aber auch auf Grund anderer Beweismittel wie etwa der Vernehmung von Zeuginnen oder Zeugen und nicht zuletzt auf Grund eigener Anschauung in Verbindung mit der allgemeinen Lebenserfahrung dazu kommen. Schließlich ist ja eine exakte Altersbestimmung über die Feststellung der Unterschreitung der maßgeblichen Altersgrenze hinaus nicht erforderlich. Kann das Gericht mit den zur Verfügung stehenden (Beweis)Mitteln nicht zu der Überzeugung gelangen, dass die abgebildete bzw. dargestellte Person unmündig oder minderjährig ist, so hat ein Freispruch zu ergehen, wobei auch Umstände zu berücksichtigen sind, die erst nach Anklageerhebung hervorkommen (den vermittelnden Vorschlag *Schicks* in WK zum StGB², Rz 10 zu § 207a, die § 111 Abs. 3, 112 StGB analog heranzuziehen, erscheint mithin auch aus diesem Grund nicht erforderlich).

Die Z 3 bringt zum einen die Einbeziehung der mündigen Minderjährigen, also jener Personen, die zwar das 14., nicht aber das 18. Lebensjahr vollendet haben, in Bezug auf geschlechtliche Handlungen, zum anderen die Einbeziehung der Genitalien oder der Schamgegend (mündiger und unmündiger) Minderjähriger in den Tatbestand. Pornographische Darstellungen der Genitalien oder der Schamgegend (ohne geschlechtliche Handlungen) sind derzeit nur im Rahmen des Pornographiegesetzes strafbar; bei der Herstellung wird auch § 208 herangezogen (vgl. *Kienapfel/Schmoller*, BT III, Vorbem §§ 201ff Rz 75, § 207a Rz 10 und § 208 Rz 8).

Zumal die internationalen Rechtsinstrumente - wie bereits eingangs erwähnt - in Bezug auf die geschlechtlichen Handlungen nicht so enge Vorgaben haben wie § 207a idgF, kann aus der Sicht des Entwurfes bei den mündigen Minderjährigen - anders als bei den unmündigen Minderjährigen, bei denen dies gegenüber dem geltenden Recht eine Zurücknahme wäre - auf (allgemeine) Kriterien zum Pornographiebegriff abgestellt werden, wie sie von der Judikatur zum Pornographiegesetz entwickelt worden sind. In diesem Sinn übernimmt der Entwurf die Abgrenzung zwischen pornographischen und nichtpornographischen Abbildungen bzw. Darstellungen. Pornographisch sollen Abbildungen bzw. Darstellungen von geschlechtlichen Handlungen mit mündigen Minderjährigen insoweit sein, als es sich um auf sich selbst reduzierte und von anderen Lebensäußerungen losgelöste Abbildungen handelt, die der sexuellen Erregung des Betrachters dienen.

Innerstaatlich zur Interpretation des Wortes „unzüchtig“ entwickelt, sollen diese Kriterien auch zur Umsetzung der Worte „anstößig“, „aufreizend“ („lascivious exhibition“; vgl. EU-Rahmenbeschlussentwurf, Pkt 100 des explanatory reports zur Cybercrime-Konvention) bzw. „primarily for sexual purposes“ (Fakultativprotokoll zur Kinderrechtskonvention) im Sinne der internationalen Vorgaben für die Kriminalisierung der Abbildung der Genitalien oder der Schamgegend ohne geschlechtliche Handlungen nutzbar gemacht werden, und zwar (auch hier) in Übereinstimmung mit den internationalen Vorgaben in gleicher Weise für unmündige wie für mündige Minderjährige.

Die Z 4 hat die sogenannte virtuelle Pornographie im Auge, wobei zwei Fallgruppen erfasst werden sollen: zum einen die rein künstlich generierten, aber täuschend realistisch wirkenden Darstellungen, zum anderen die einen ebenso realistischen Eindruck vermittelnden Darstellungen, die auf manipulierten Abbildungen beruhen. Wenn demgegenüber schon die DarstellerInnen so „manipuliert“ wurden oder so gewählt wurden, dass sie aussehen, als ob sie unter der maßgeblichen Altersgrenze liegen würden, in Wahrheit aber diese Altersgrenze sehr wohl überschreiten, ist keine Strafbarkeit (nach Z 2 oder 4) gegeben. Dies entspricht einerseits der Ausnahmebestimmung nach Artikel 3 Abs. 2 lit. a des EU-Rahmenbeschluss-Entwurfes, zum anderen – wenn man die Intentionen des Gesetzgebers des § 207a StGB hinsichtlich der Erweislichkeit des Alters der abgebildeten bzw. dargestellten Person als tatbestandsausschließend versteht – dem geltenden Recht und deckt sich schließlich auch mit den Verpflichtungen aus der Cybercrime-Konvention des Europarates, wonach „sexually explicit conduct“ nicht nur „real conduct“, sondern auch „simulated conduct“ umfasst (vgl. Pkt. 100 des explanatory reports zur Konvention), während bezüglich der „Altersanscheinspornographie“ eine Vorbehaltsmöglichkeit besteht (vgl. Art. 9 Abs. 4 der Konvention in Bezug auf Artikel 9 Abs. 2 lit. b; nach der Cybercrime-Konvention wäre zwar auch die „vollkommen“ virtuelle Pornographie vorbehaltbar, was aber nach dem Rahmenbeschlussentwurf nicht möglich wäre).

Die Qualifikationen nach **Abs. 2** idgF sollen unverändert bleiben, allerdings wird im Hinblick auf Artikel 5 Abs. 2 lit. c iVm Art. 5 Abs. 2 lit. b vierter Anstrich des Rahmenbeschlusses eine Anhebung der Strafdrohung für die Begehung als Mitglied einer kriminellen Vereinigung von Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren auf sechs Monate bis zu fünf Jahre vorgeschlagen. Darüber hinaus erfordern die in Art. 5 Abs. 2 lit. c iVm Art. 5 Abs. 2 lit. b zweiter und dritter Anstrich vorgegebenen Mindeststrafdrohungen eine weitere Qualifikation in Bezug auf Tathandlungen nach Abs. 1, bei welchen der Täter – soweit dies etwa

bei einer nicht in einen nach den §§ 206, 207 strafbaren sexuellen Missbrauch von Unmündigen involvierten Person, die das Geschehen bloß mitfilmt, oder bei einer Person, die bereits produziertes Material verbreitet, überhaupt denkbar erscheint – durch seine Tat das Leben der minderjährigen Person vorsätzlich oder grob fahrlässig gefährdet, ihr besonders schweren Nachteil zufügt oder die Tat unter Anwendung von schwerer Gewalt begeht (vgl. dazu jeweils § 104a Abs. 4 idF des Entwurfes).

Abs. 3 stellt wie idgF den Erwerb und den Besitz von Kinderpornographie unter Strafe. Artikel 5 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses macht eine Anhebung der Strafdrohung von bisher bis zu sechs Monaten auf Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr erforderlich.

Abs. 5 soll – im Rahmen von Artikel 3 Abs. 2 lit. b des Rahmenbeschlusses – für einen sehr engen Bereich Herstellung und Besitz von Abbildungen mit mündigen Minderjährigen von der Strafbarkeit ausschließen, wenn dies zum persönlichen Gebrauch der minderjährigen Person und mit deren freier Einwilligung geschieht. Nach dem Rahmenbeschluss wäre eine **freie Einwilligung** auch auszuschließen, wenn vom Täter beispielsweise höheres Alter, Reife, Stellung, Status, Erfahrung oder Abhängigkeit des Opfers zur Einholung der Zustimmung missbräuchlich genutzt worden sind.

In Bezug auf die **virtuelle Pornographie** soll nach **Abs. 6** zur Vermeidung einer zu weit gehenden Kriminalisierung von der durch Artikel 3 Abs. 2 lit. c eingeräumten – sehr eng gefassten – Möglichkeit der Einschränkung des Tatbestandes Gebrauch gemacht werden. Die vorgeschlagene Ausnahme soll nur bezüglich solcher virtueller pornographischer Darstellungen von mündigen Minderjährigen bestehen, bei deren Herstellung keinerlei realpornographisches Material (egal ob von Minderjährigen oder Erwachsenen) verwendet worden ist. In Bezug auf unmündige Minderjährige soll wie bisher jegliches virtuelle (also zwar wahrheitsnahe, aber rein animierte) Material der Strafbarkeit unterliegen. Die Ausnahme gilt außerdem nur für Herstellung und Besitz zum ausschließlich eigenen Gebrauch, weiters darf mit der Tat keine Gefahr der Verbreitung der Darstellung verbunden sein (vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. c des Rahmenbeschlusses). Unter diese Ausnahme würde etwa derjenige fallen, der eine zwar wahrheitsnahe, aber rein computergenerierte pornographische Darstellung mit mündigen Minderjährigen für den persönlichen Gebrauch produziert und derart unter Verschluss hält, dass eine Gefahr der Verbreitung – objektiv – ausgeschlossen ist.

Auf die in **Abs. 4 idgF** normierte Subsidiaritätsklausel wird verzichtet: In der mit dem Bundesgesetz BGBl. Nr. 622/1994 in das StGB eingefügten Stammfassung war für die Tathandlungen nach Abs. 1 idgF noch eine Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr oder Geldstrafe von bis zu 360 Tagessätzen vorgesehen, während nach § 1 Abs. 2 PornoG im Fall der Begehung in gewinnstüchtiger Absicht die Freiheitsstrafe und die Geldstrafe kumuliert werden können. Zur Normierung der Subsidiarität gegenüber dem Pornographiegesetz machte die Klausel daher Sinn. Nachdem aber der Strafrahmen in § 207a Abs. 1 mittlerweile auf Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahre hinaufgesetzt worden ist (vgl. das Strafrechtsänderungsgesetz 1996, BGBl. Nr. 762) kommt eine Subsidiarität gegenüber dem Pornographiegesetz nicht mehr in Betracht. Die Subsidiaritätsklausel sollte daher entfallen. Gemüht hingegen mit der Herstellung von pornographischem Material etwa ein sexueller Missbrauch iSd §§ 206, 207 oder 207b einher, so wäre der in der Aufzeichnung des Geschehens liegende Unwertgehalt durch die Bestrafung für die einschlägigen Missbrauchsdelikte nicht vollständig abgedeckt. § 207a wendet sich insbesondere auch gegen die mit der Herstellung von pornographischem Material einhergehende „Fixierung“ des Geschehens auf Bildmaterial, wodurch die Würde der dargestellten minderjährigen Person in besonderer Weise verletzt wird und überdies eine potentielle Gefahr der Verbreitung und Kommerzialisierung des Bildmaterials entsteht.

Zu Artikel I Z 16 (§ 208 StGB):

Die Strafdrohung für die sittliche Gefährdung von Personen unter sechzehn Jahren beträgt derzeit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr. Dieser Strafrahmen schließt § 208 aus dem Kreis der allenfalls zur Unterbringung in einer Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher (§ 21) Anlass gebenden Taten aus. Dies wäre jedoch unbillig, soweit auch bei einer Tat nach § 208 auf Grund der Person des Täters und seines Zustands die Gefahr besteht, dass der Täter unter dem Einfluss einer geistigen oder seelischen Abartigkeit von höherem Grad eine mit Strafe bedrohte Handlung mit schweren Folgen begehen könnte. Der Entwurf sieht daher – bei unverändertem Tatbild - die Anhebung des Strafrahmens auf Freiheitsstrafe von bis zu zwei Jahren vor. (**Abs. 1**).

Wiederholt wurde an § 208 idgF das Fehlen einer Alterstoleranzklausel kritisiert (z.B. *Kienapfel/Schmoller*, BT III § 208 Rz 14; *Schick* in *WtK*², § 208 Rz 13). Um den Wertungswiderspruch zu § 207 zu bereinigen, soll nunmehr in einem neuen **Abs. 2** eine an § 207 Abs. 4 angelehnte Alterstoleranzklausel aufgenommen werden. Es wäre ein Widerspruch, wenn ein Sechzehnjähriger an einer Zwölfjährigen zwar außer dem Fall des § 206 eine geschlechtliche Handlung vornehmen oder von ihr an sich vornehmen lassen dürfte, sich aber bei der Vornahme einer geschlechtlichen Handlung vor der

Zwölfjährigen strafbar machen würde. Diese Toleranzklausel soll aber nur im ersten Fall des Abs. 1 zum Tragen kommen, wenn dem Täter in concreto also keine Stellung in Erziehung, Ausbildung oder Aufsicht der betroffenen Person zukommt. Im zweiten Fall hingegen liegt die Parallele zum Missbrauch eines Autoritätsverhältnisses auf der Hand, weshalb kein Anlass zur Einbeziehung in die Toleranzklausel besteht.

Zu Artikel I Z 17 (§ 212 StGB):

Wie in § 205 soll der Begriff „zur Unzucht missbrauchen“ durch eine an § 207 und 207b orientierte Umschreibung ersetzt werden. Die Verleitung einer durch § 212 geschützten Person zur Vornahme oder Duldung einer geschlechtlichen Handlung mit einer vom Täter verschiedenen Person soll wie bisher durch § 213 erfasst werden.

Weiters schlägt der Entwurf zur Verstärkung des strafrechtlichen Schutzes vor Übergriffen innerhalb der Familie vor, den sexuellen Missbrauch einer minderjährigen Person durch eine in aufsteigender Linie verwandte Person oder durch Bruder oder Schwester bzw. Stiefbruder oder Stiefschwester in einem weiteren Bereich als bisher in § 212 Abs. 1 zu erfassen. Derzeit etwa fallen, abgesehen von den leiblichen Eltern, Verwandte in aufsteigender Linie nicht in den per se – also ohne Ausnützung einer Stellung in Erziehung, Ausbildung oder Aufsicht der minderjährigen Person – erfassten Täterkreis. Auch im Verhältnis zu Großeltern wäre der Missbrauch unter Ausnützung der Stellung des Täters gegenüber seinem Opfer als typisch vorauszusetzen, weshalb wie bei der Verwandtschaft ersten Grades auf das Erfordernis des Nachweises eines solchen Verhältnisses verzichtet werden soll. Der Entwurf stellt demnach generell auf die Verwandtschaft in absteigender Linie ab. Auch beim Missbrauch von minderjährigen Geschwistern bzw. Halbgeschwistern sowie von minderjährigen Stiefgeschwistern soll es nicht bloß auf den Aspekt der Ausnützung einer Stellung in Erziehung, Ausbildung oder Aufsicht ankommen, sondern auch auf die Ausnützung einer altersbedingten Überlegenheit (vgl. dazu § 207b Abs. 1 idF BGBl I Nr. 134/2002), der vom minderjährigen Opfer im Familienverband in der Regel weniger Widerstand entgegengebracht werden kann. Zur leichteren Unterscheidung der verschiedenen Fallgruppen wird überdies eine Aufgliederung im Sinne einer Abstufung in drei Ziffern vorgeschlagen, wobei Z 1 idF des Entwurfes jene Autoritätsverhältnisse erfasst, bei welchen ein Missbrauch unwiderlegbar und ohne einen Nachweis des Ausnützens der Stellung gegenüber dem minderjährigen Opfer vermutet wird, Z 2 das Verhältnis zwischen Geschwistern bzw. Stiefgeschwistern, bei welchem es auf das Ausnützen der altersbedingten Überlegenheit ankommt, und Z 3 die bisherigen Fälle des Ausnützens einer Stellung in Erziehung, Ausbildung oder Aufsicht einer minderjährigen Person. Unter Geschwistern kann daher, je nachdem, welcher Aspekt in den Vordergrund tritt, Z 2 oder Z 3 zur Anwendung kommen.

In Abs. 2, der dem Schutz von Personen jeden Alters dient, soll die bisherige Z 1 einerseits ausgeweitet und zur leichteren Unterscheidung der Fallgruppen auf zwei Ziffern (Z 1 und 2 idF des Entwurfes) aufgeteilt werden. Die bisherige Z 2 wird unverändert als nunmehrige Z 3 übernommen; die Z 2 in der Fassung des Entwurfes betrifft – inhaltlich unverändert – Angestellte einer Erziehungsanstalt oder sonst in einer Erziehungsanstalt Beschäftigte in Ansehung der in der Anstalt betreuten Personen. Mit der vorgeschlagenen Z 1 soll der bisher auf den Missbrauch von in einer Krankenanstalt betreuten Personen durch dort tätige Ärzte beschränkte Schutz generell auf den Schutz von berufsmäßig betreuten Personen vor Übergriffen von Ärzten, Psychiatern, Psychotherapeuten und anderen in Gesundheits- oder Krankenpflegeberufen tätigen Personen unter Ausnützung ihrer Stellung ausgeweitet werden. Der Widerstand von in Behandlung bzw. Therapie stehenden Patientinnen oder Patienten gegen sexuelle Annäherungen wird in der Regel nicht bloß in einer Krankenanstalt bzw. selbst dort nicht bloß gegenüber dort tätigen Ärzten herabgesetzt sein, weshalb eine Ausweitung der Z 1 auf den im Entwurf genannten Personenkreis sachgerecht erscheint. Berufsmäßig betreut ist eine Person, wenn sie vom betreffenden Arzt, Psychiater oder Psychotherapeuten medizinisch oder therapeutisch behandelt oder von einer im Gesundheits- oder Krankenpflegeberuf tätigen Person innerhalb ihres Aufgabenfelds sonst, zumeist pflegerisch, betreut wird.

Zu Artikel I Z 18 (§ 213 Abs. 1 StGB):

Auch in § 213 Abs. 1 ist eine Anpassung des Begriffs „Unzucht“ erforderlich. In den §§ 213, 214 idGF wird das Wort „Zuführen“ in der Wendung „der Unzucht mit einer anderen Person zuführt“ weiter ausgelegt als in § 215 oder gar § 217. Zum leichteren Verständnis soll diese Wendung daher bereits im Tatbestand im Sinne ihrer bisherigen Bedeutung umschrieben werden (vgl. dazu EB zur RV des StGB, 30 BlgNR XIII. GP, 359). Es wird daher vorgeschlagen, die Umschreibung der Tathandlung im Sinne des „Zuführens“ durch das „Herbeiführen der persönlichen Annäherung der beiden Personen zur Vornahme einer geschlechtlichen Handlung“ zu ersetzen. Es soll also dem Wesen nach unverändert auf eine besondere Vermittlertätigkeit ohne Einwirkung auf den Willen der zugeführten Person ankommen. Das

bloße Gewähren oder Verschaffen von Gelegenheiten zum Sexualverkehr, etwa die Bereitstellung von Räumlichkeiten ist demnach nicht erfasst, ebenso wenig Vermittlerdienste von bloß untergeordneter Bedeutung, wie z.B. das Zustellen von Liebesbriefen. Bei Einwirken auf den Willen der zugeführten Person läge wie bisher ein „Verleiten“ vor. Hinsichtlich letzterem wie überhaupt seinem Inhalt nach bleibt der Tatbestand unverändert. Die gelegentlich empfohlene Eingliederung des Tatbestands in § 212 (vgl. z.B. *Philipp* in WrK² § 213 Rz 1 mwN) wird wegen der leichteren Unterscheidung von Missbrauchsfällen innerhalb der Familie einerseits (§ 212 Abs. 1) und Kuppelei andererseits (§ 213), aber auch in Hinblick auf Abs. 2 nicht empfohlen.

Die erhöhte Strafdrohung für den Täter, der in der Absicht handelt, sich oder einem anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen (Abs. 2), erscheint weiterhin sachgerecht und soll daher beibehalten werden.

Zu Artikel I Z 19 (§ 214 StGB):

§ 214 idgF wird gelegentlich für verzichtbar gehalten (vgl. z.B. *Philipp* in WrK² § 214 Rz 1 mwN). Zwar mag zutreffen, dass der Bestimmung ein moralisierendes Motiv zugrunde liegt und ihr nur geringe praktische Bedeutung zukommt, doch erscheint ihre Beibehaltung jedenfalls zum Schutz von Minderjährigen vor Prostitution oder Ausbeutung in einem Anfangsstadium durchaus sinnvoll. Insbesondere kann sie als Auffangtatbestand in Ergänzung zu den §§ 215ff dienen, um durch diese (gerade noch) nicht erfassbare, aber dennoch strafwürdige Verhaltensweisen zu erfassen. Der Entwurf schlägt daher eine Einschränkung auf die entgeltliche Vermittlung von Sexualkontakten mit Minderjährigen vor.

Auch in § 214 soll der bisher verwendete Begriff „Zuführen“ wie in § 213 im Gesetzestext durch die Wendung „Herbeiführung der persönlichen Annäherung von Personen zur Vornahme einer geschlechtlichen Handlung“ umschrieben werden, um eine unterschiedliche Bedeutung des gleichen Wortes in kurz aufeinander folgenden Bestimmungen (vgl. §§ 215 und 217 idgF einerseits und §§ 213 und 214 idgF andererseits) zu vermeiden. Inhaltlich bleibt der Tatbestand grundsätzlich unverändert, wenn auch der geschützte Personenkreis auf Minderjährige beschränkt werden soll. Die Vermittlung einer minderjährigen Person im Rahmen eines Autoritätsverhältnisses ist bereits durch § 213 unter Strafe gestellt. Das Delikt ist vollendet, wenn das Tatobjekt die geschlechtliche Handlung mit dem anderen vornimmt oder duldet. Als Strafrahmen wird Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahre vorgeschlagen.

Die Überschrift soll dementsprechend und insbesondere zur Vermeidung des Begriffes „Unzucht“ auf „Entgeltliche Vermittlung von Sexualkontakten mit Minderjährigen“ abgeändert werden.

Zu Artikel I Z 20 (§ 215 StGB):

In § 215 ist der Begriff „gewerbsmäßige Unzucht“ zur Anpassung an den modernen Sprachgebrauch durch „Prostitution“ zu ersetzen (siehe dazu die Definition in § 74 Abs. 1 Z 9 idF des Entwurfs). Inhaltlich soll die Bestimmung jedoch unverändert bleiben. Im Sinne einer präziseren Umschreibung des Delikts, aber auch im Hinblick auf den für den vorgeschlagenen § 215a verwendeten Titel wird jedoch vorgeschlagen, die Überschrift auf „Zuführen zur Prostitution“ abzuändern.

Zu Artikel I Z 21 (§ 215a StGB):

Vorbemerkung:

Der Entwurf für einen Rahmenbeschluss des Rates zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und Kinderpornographie (zuletzt Dok. 12418/02 DROIPEN 68 MIGR 92) sieht im Zusammenhang mit der Prostitution von Minderjährigen bzw. der Mitwirkung von Minderjährigen an pornographischen Darbietungen eine Pflicht zur Kriminalisierung der Anwerbung („recruiting into“; Artikel 2 lit. b), der Gewinnerzielung durch andere („profiting from“) und der sonstigen Ausbeutung („or otherwise exploiting“; Artikel 2 lit. a) vor. Gemäß Artikel 5 Abs. 1 haben die Mitgliedstaaten für solche Handlungen bestimmte Mindesthöchststrafen anzudrohen, bei Vorliegen bestimmter qualifizierender Umstände entsprechend höhere Strafen (Artikel 5 Abs. 2 lit. b und c).

Auch Artikel 3 Abs. 1 lit. b des VN-Fakultativprotokolls zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend den Verkauf von Kindern, die Kinderprostitution und die Kinderpornographie (RV 18 BlgNR XXII. GP) verlangt die Kriminalisierung des Anbietens, Beschaffens, Vermitteln oder Bereitstellens eines Kindes zur Kinderprostitution iSv Artikel 2 lit. b.

Auf Grund dieser Vorgaben empfiehlt es sich, im Anschluss an § 215 einen neuen Straftatbestand zum besonderen Schutz von Minderjährigen vor sexueller Ausbeutung vorzusehen, der sich gegen die genannten Aspekte der Förderung von und Gewinnerzielung aus Prostitution und pornographischen Darbietungen richtet.

Zu § 215a:

Tathandlungen nach dem vorgeschlagenen Abs. 1 sind das Anwerben, Anbieten oder Vermitteln einer minderjährigen Person zur Ausübung der Prostitution oder zur Mitwirkung an einer pornographischen Darbietung (Satz 1) sowie das Ausnützen einer solchen Person in der Absicht, sich oder einem anderen einen Vermögensvorteil zuzuwenden.

„**Anwerben**“ heißt, jemanden dazu verpflichten, der Prostitution nachzugehen oder an einer pornographischen Darbietung mitzuwirken (vgl. § 104a idF des Entwurfs). „**Anbieten**“ ist die ausdrückliche oder konkludente Erklärung, zur Herbeiführung einer persönlichen Annäherung zwischen dem potentiellen „Kunden“ und einer minderjährigen Person zur gewerbsmäßig-entgeltlichen Vornahme oder Duldung einer geschlechtlichen Handlung (Prostitution) bereit zu sein; gleiches gilt für die Vermittlung der Mitwirkung an einer pornographischen Darbietung (vgl. auch §§ 213 und 214 idF des Entwurfs). Das Angebot als solches genügt, auf seine Annahme kommt es nicht an. Damit sollen Angebote sowohl gegenüber bestimmten anderen Personen als auch etwa durch Inserat strafbar sein. Unter „**Vermitteln**“ ist die Herbeiführung einer solchen Annäherung zu verstehen (vgl. §§ 213 und 214 idF des Entwurfs). Ohne Bedeutung für die Strafbarkeit ist, ob die zur Prostitution oder Mitwirkung an einer pornographischen Darbietung angeworbene, angebotene oder vermittelte Person bereits der Prostitution nachgeht oder nicht. Wird ein unentgeltlicher Sexualkontakt zum Zweck der Erlangung eines eigenen Vermögensvorteils vermittelt, kommt – bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen – Strafbarkeit nach § 214 idF des Entwurfs in Betracht.

Strafbar ist des zweiten Satzes der vorgeschlagenen Bestimmung macht sich, wer eine minderjährige Person, die der Prostitution nachgeht oder an einer pornographischen Darbietung mitwirkt, ausnützt, um sich oder einem anderen einen Vermögensvorteil zuzuwenden. Ein Vermögensvorteil kann in der Zuwendung von Geld, aber auch von Sachwerten, etwa Kost und Quartier, liegen. „**Ausnützen**“ liegt vor, wenn der Täter für empfangene materielle Vorteile, die über trinkgeldartige Zuwendungen hinausgehen, keine oder nur eine verhältnismäßig geringe Gegenleistung erbringt, wobei hinsichtlich der Zuwendung eines Vermögensvorteils an sich selbst oder einen Dritten Absicht (§ 5 Abs. 2) verlangt wird. Der Täter muss überdies den Umstand in seinen Vorsatz aufgenommen haben, dass er eine minderjährige Person ausnützt, die der Prostitution nachgeht oder an einer pornographischen Darbietung mitwirkt. Ein gewisser Konnex zwischen Ausnützen und Prostitution bzw. pornographischer Darbietung wird daher zu verlangen sein, schließlich soll die Bestimmung dem Erzielen von Profiten aus der Prostitution oder pornographischen Darbietung entgegenwirken. Im Unterschied zu § 216 Abs. 1 ist jedoch keine gewerbsmäßige Absicht des Täters erforderlich. Strafbar ist etwa der Täter, der seinem Opfer einen erheblichen Teil seiner Einkünfte abnimmt und dafür nur vage Beschützerdienste leistet, oder wer ihm ein Zimmer zu weit überhöhtem Entgelt vermietet (vgl. z.B. *Philipp in WrK²*, § 216 Rz 8 mwN). Unter „**Mitwirken**“ an einer pornographischen Darbietung ist im gegebenen Kontext nicht bereits jede Handlung zur Unterstützung einer solchen Aufführung zu verstehen, sondern nur die direkte (aktive oder passive) Beteiligung am als pornographisch zu wertenden Geschehen, nicht aber etwa das Leisten von Beleuchterdiensten oder ähnliches. Als Grundstrafdrohung wird Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren vorgeschlagen.

Abs. 2 sieht bei Vorliegen der bereits bei den §§ 104a Abs. 4 und 106 Abs. 3 idF des Entwurfs näher erläuterten qualifizierenden Umstände einen erhöhten Strafrahmen von sechs Monaten bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe vor. Der durch den Rahmenbeschluss zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung vorgegebenen Strafdrohung (Artikel 5 Abs. 2 lit. b und c) wird damit Genüge getan; auf die mögliche Kumulierung der Unmündigkeit des Tatopfers mit den übrigen qualifizierenden Umständen in Ansehung einer minderjährigen Person, die an einer pornographischen Darbietung mitwirken soll, wird dabei verzichtet (Art. 5 Abs. 2 lit. c).

Zum Begriff „**Prostitution**“ wird auf die Ausführungen zu § 74 Abs. 1 Z 9 des Entwurfs verwiesen.

In Bezug auf die **Mitwirkung an einer pornographischen Darbietung** folgt der Entwurf in **Abs. 3** einer Pornographiedefinition, wie sie auch hinsichtlich des zur-Schau-Stellens der Genitalien oder der Schamgegend bei pornographischen Darstellungen Minderjähriger verwendet werden soll.

Das Wort „**Darbietung**“ wird im Zusammenhang mit dem Schutz von Jugendlichen vor einer Konfrontation mit bestimmten entwicklungsgefährdenden Erscheinungen bereits in § 2 Abs. 1 lit. c Pornographiegesezt gebraucht. Für die Verwendung im Bereich des StGB wäre darunter jede Form der visuell wahrnehmbaren Live-Aufführung oder -Präsentation zu verstehen. Eine bloß zufällige Möglichkeit der Wahrnehmung durch Dritte wird daher nicht ausreichen, denn dem Begriff Darbietung wohnt inne, dass es den Ausführenden oder zumindest dem Inszenierenden oder Veranstalter auf ein Zur-Schau-Stellen des betreffenden Aktes ankommt. Gemeint ist also eine auf die Wahrnehmung durch

Zuschauer abzielende Live-Vorführung, etwa im Rahmen einer Theater- oder Tanzaufführung, einem Striptease oder einer Peep-Show.

Als Überschrift wird zur näheren Umschreibung des Gegenstands der neuen Strafbestimmung „Förderung der Prostitution und pornographischer Darbietungen Minderjähriger“ vorgeschlagen.

Zu Artikel I Z 22 (§ 216 StGB):

In § 216 soll jeweils der Begriff „gewerbsmäßige Unzucht“ durch „Prostitution“ ersetzt werden. Weiters wird eine Anhebung der Strafdrohungen vorgeschlagen, sodass künftig für die „schmarotzerische“ Zuhälterei nach Abs. 1 eine Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr statt bisher bis zu sechs Monaten, für die „ausbeuterische“ Zuhälterei nach Abs. 2 eine Strafdrohung bis zu zwei Jahren statt bisher bis zu einem Jahr und für die Tatbegehung als Mitglied einer kriminellen Vereinigung (Abs. 3) sowie das Abhalten vom Aufgeben der Prostitution durch Einschüchterung (Abs. 4) eine Strafdrohung bis zu drei Jahren statt bisher bis zu zwei Jahren zum Tragen kommt. Der Tatbestand bleibt inhaltlich jeweils unverändert.

Zu Artikel I Z 23 (§ 217 StGB):

§ 217 soll inhaltlich unverändert bleiben, zumal mit der Entscheidung vom 14.10.1997, 11 Os 109/96 (EvBl. 1998/44 bzw. JBl. 1998, 328) nun auch der 11. Senat des OGH eine von ihm zunächst abgelehnte engere Auslegung des Begriffes „Zuführen“ vertritt (vgl. noch 11 Os 134/93 vom 9.11.1993 gegenüber 12 Os 165/91 vom 20.2.1992, 14 Os 62/93 vom 15.6.1993, 13 Os 17/95 vom 31.5.1995). Nach dieser höchstgerichtlichen Judikatur besteht „Zuführen“ in einer aktiven und gezielten Einflussnahme auf das Tatobjekt zur Verlagerung der gesamten Lebensführung als Prostituierte in einen fremden Staat. Die Eingliederung einer selbständig nach Österreich gereisten ausländischen Prostituierten in ein österreichisches Bordell reicht demgegenüber nicht aus. Eine in der Vergangenheit etwa von der Generalprokuratur geforderte weitergehende Beschränkung des Wortlauts in Abs. 1 auf besondere Abhängigkeitsverhältnisse (vgl. JBl. 1998, 328) wird nicht vorgeschlagen, weil dies den Eindruck einer den internationalen Bemühungen zur verstärkten Bekämpfung des Menschenhandels zuwiderlaufenden und gegenüber internationalen Organisationen auch kaum vertretbaren (Teil-)Entkriminalisierung im Bereich des Menschenhandels erwecken könnte.

Die Schaffung eines nicht auf den grenzüberschreitenden Handel in die Prostitution beschränkten § 104a idF des Entwurfs erfordert jedoch eine Anpassung der Überschrift. Darüber hinaus wäre der Begriff „gewerbsmäßige Unzucht“ durch „Prostitution“ zu ersetzen.

Überschneidungen mit § 104a idF des Entwurfes, der selbst nicht auf ein grenzüberschreitendes Element abstellt, sind in engen Grenzen denkbar. Nur wenn eine wertabwägende Beurteilung des Sachverhalts ergibt, dass der deliktische Gesamtunwert bereits durch § 217 für sich allein abgegolten ist, wird bloße Gesetzeskonkurrenz (Scheinkonkurrenz) vorliegen.

Zu Artikel I Z 24 (§ 218 StGB):

Vorbemerkung:

Nach § 218 idgF macht sich strafbar, wer öffentlich und unter Umständen, unter denen sein Verhalten geeignet ist, durch unmittelbare Wahrnehmung berechtigtes Ärgernis zu erregen, eine „unzüchtige“ Handlung vornimmt. Der überwiegende Teil der Verurteilungen nach dieser Bestimmung entfällt auf exhibitionistische Handlungen, worunter nicht schon die Entblößung des Geschlechtsteils, sondern erst die öffentliche Onanie zu verstehen ist. Strafbar wäre aber z.B. auch die öffentliche Vornahme des Geschlechtsverkehrs.

Ein spezieller Konfrontationsschutz für Jugendliche ist in § 208 normiert. Der Schutz der Allgemeinheit vor öffentlicher Belästigung hingegen erscheint – ähnlich wie die Regelung der zulässigen Formen der Prostitutionsausübung – eher als eine Aufgabe der Sittenpolizei und damit des Verwaltungsrechts als eine des gerichtlichen Strafrechts. Durchaus sinnvoll wäre hingegen ein Schutz des Einzelnen vor sexueller Belästigung u.a. durch Exhibitionismus, da solche Handlungen vom Betroffenen als irritierender und bedrohlicher empfunden werden, wenn sie vor ihm allein – etwa nachts in einer unbelebten Straße, im Hausflur oder in einem Zugabteil – vorgenommen werden (vgl. *Philipp* in *WrK*², § 218 Rz 4). Im schweizerischen und liechtensteinischen Recht etwa gibt es eigene Straftatbestände gegen sexuelle Belästigung (§ 198 schwStGB bzw. § 203 flStGB). Auch § 183 dStGB stellt auf die Belästigung einer konkreten Person durch eine exhibitionistische Handlung ab.

Die Beschränkung eines Deliktes gegen sexuelle Belästigung auf exhibitionistische Handlungen erschiene im Sinne eines Schutzes der sexuellen Integrität jedoch zu eng. So stellt etwa auch die intensive Betastung unmittelbar geschlechtsspezifischer Körperpartien des Opfers einen Eingriff in dessen Intimsphäre dar, der von diesem im Fall der ungewollten Berührung in der Regel als irritierender und unangenehmer Übergriff empfunden wird. Nicht immer wird der Tatbestand der geschlechtlichen

Nötigung nach § 202 StGB erfüllt sein. Zwar bestehen im Bereich des Dienst- und Arbeitsrechts gewisse Handhaben u.a. gegen sexuelle Belästigung (vgl. § 69 Abs. 2 ArbVG, § 2 Abs. 1b des Gleichbehandlungsgesetzes, § 7 Abs. 2 B-GBG und § 29 Abs. 3 UniStG), doch erscheint es an der Zeit, die gesellschaftliche Missbilligung solcher nicht nur am Arbeitsplatz erfolgender Übergriffe zum besseren Schutz der – zumeist weiblichen – Betroffenen in einem gerichtlichen Straftatbestand zum Ausdruck zu bringen.

Aus diesen Erwägungen schlägt der Entwurf eine völlige Neugestaltung von § 218 als Delikt gegen sexuelle Belästigung vor.

Zu § 218:

Tatbestandsmäßig ist die Vornahme einer geschlechtlichen Handlung, wenn dies mit dem Vorsatz geschieht, einen anderen zu belästigen. Es kann sich dabei einerseits um eine sexual sinnbezogene Manipulation des Täters am eigenen Körper (Onanie), andererseits aber auch um eine geschlechtliche Handlung am Opfer handeln. **Belästigungsvorsatz** ist dann gegeben, wenn eine andere Person nach dem Vorsatz des Täters die Handlung des Täters (auch in ihrer sexuellen Tendenz) erkennen kann und sie beim Opfer zu einer negativen Gefühlsempfindung von einigem Gewicht, etwa Schrecken, Ekel oder Ärger führen kann (vgl. *Horn/Wolters* in SK dStGB II⁷, § 183 Rz 3); bedingter Vorsatz genügt. Keine Belästigung würde etwa die Erregung von Mitleid, Verwunderung oder Vergnügen über einen solchen Vorgang darstellen. Vom Betroffenen – etwa im Zuge einer körperlichen Annäherung oder im Rahmen einer bestehenden Intimbeziehung - gewünschte Berührungen fallen demnach nicht darunter.

Der Entwurf schlägt vor, für die Deliktsbegehung wie in § 218 idgF eine Strafdrohung bis zu sechs Monaten Freiheitsstrafe oder bis zu 360 Tagessätzen vorzusehen. Dass auch hinsichtlich ausschließlich exhibitionistischer Straftäter kein Bedarf besteht, eine Unterbringung in einer Anstalt für geistig abnorme Rechtsbrecher (§ 21) zu ermöglichen, welche erst bei Begehung einer Anlasstat erfolgen könnte, die mit einer ein Jahr übersteigenden Freiheitsstrafe bedroht ist, hat eine im Auftrag des deutschen Bundesministeriums der Justiz erstellte Studie (Jörg-Martin *Jehle* und Sabine *Hohmann*, Rückfälligkeit exhibitionistischer Straftäter, Universität Göttingen 2002) bestätigt. Demnach besteht bei dieser Tätergruppe keine besondere Gefährlichkeit in Bezug auf sexuelle oder sonstige Gewaltdelikte.

Um das staatliche Verfolgungsrecht erst entstehen zu lassen, wenn ein Verfolgungsantrag des Opfers vorliegt und dem Gericht nachgewiesen wird (§ 2 Abs. 4 StPO), wird vorgeschlagen, die Bestimmung als Antragsdelikt zu gestalten (Abs. 2).

Zu Artikel I Z 25 (§ 219 StGB):

§ 219 idgF (Ankündigung zur Herbeiführung unzüchtigen Verkehrs) schützt das Interesse des Einzelnen, in der Öffentlichkeit nicht ungewollt mit Ankündigungen konfrontiert zu werden, die auf die Herbeiführung eines geschlechtlichen Verkehrs abzielen. Im strafwürdigen Bereich erscheinen die Bestimmungen des Pornographiegengesetzes ausreichend, zumal die Aufforderung zu mit Strafe bedrohten Handlungen oder die Gutheißung mit Strafe bedrohter Handlungen nach § 282 StGB strafbar wäre. Darüber hinaus scheint aber heutzutage kein Bedarf mehr für ein strafrechtliches Verbot zu bestehen. Im Sinne der zahlreichen Stimmen, die diese Bestimmung für verzichtbar erachten (vgl. z.B. *Kienapfel/Schmoller*, BT III §§ 218-220a Rz 4; *Philipp* in WrK², § 219 Rz 1 mwN), wird daher deren ersatzlose Streichung vorgeschlagen. Entsprechend dem ultima-ratio Prinzip des Strafrechts wäre die allenfalls für notwendig erachtete Unterbindung unerwünschter Ankündigungsformen an öffentlichen Orten – ähnlich wie bei den Regelungen über die zulässigen Formen der Prostitutionsausübung im Rahmen der Sittenpolizei – Sache des Verwaltungsrechts.

Auf Grund ähnlicher Erwägungen könnte auch die Aufhebung von § 220a StGB (Werbung für Unzucht mit Tieren) in Betracht gezogen werden (vgl. *Philipp* in WrK², § 220a Rz 1, *Schick* in WrK², Vorbem §§ 201ff Rz 2).

Zu Artikel I Z 26 (§ 277 Abs. 1 StGB):

Die Änderung des Überschrift von § 217 macht eine entsprechende Anpassung in § 277 Abs. 1 erforderlich. Inhaltlich wird die Bestimmung dadurch nicht verändert.

Zu Artikel I Z 27 (§ 278 Abs. 2 StGB):

Menschenhandel iSd vorgeschlagenen § 104a stellt ein zunehmend an Bedeutung gewinnendes Betätigungsfeld der organisierten Kriminalität dar. Strafbare Handlungen nach § 104a Abs. 2, 3 und 4 idF des Entwurfs sind auf Grund ihrer Strafdrohung als Verbrechen (§ 17 Abs. 1) eingestuft und bedürften grundsätzlich keiner besonderen Erwähnung, um durch § 278 (Kriminelle Vereinigung) erfasst zu werden. Um aber auch das Vergehen nach § 104a Abs. 1 in den Kreis der Vereinigungsdelikte

einzu beziehen, wird die Aufnahme der Bestimmung in die Aufzählung der ausdrücklich erfassten Vergehen vorgeschlagen.

Zu Artikel II (Änderungen der Strafprozessordnung 1975):

Zu Artikel II Z 1 (§ 9 Abs. 1 Z 1 StPO):

Nach der in Art. I Z 15 vorgeschlagenen Neufassung des § 207a StGB soll das Verschaffen und der Besitz einer pornographischen Darstellung einer minderjährigen Person mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr bedroht sein (Abs. 3), weshalb die Verfolgung und Bestrafung wegen dieses Delikts auf Grund der Bestimmung des § 9 Abs. 1 Z 1 StPO den Bezirksgerichten zugewiesen wäre. Dies bereitet einerseits Probleme, wenn sich ein zunächst bestehender Verdacht nach § 207a Abs. 1 StGB nicht weiter konkretisieren lässt (vermeidbarer Verfahrensaufwand durch Abtretung), andererseits sind im bezirksgerichtlichen Verfahren weder Bankauskünfte nach § 145a StPO noch die (für die Durchsuchung von Dateien und Computern analog anzuwendende) Durchsuchung von Papieren dritter Personen und die Beschlagnahme oder Öffnung von Briefen (§ 452 Z 4 StPO) zulässig. Aus diesen Gründen soll der Tatbestand des § 207a Abs. 3 StGB in den Katalog jener Delikte aufgenommen werden, die trotz ihrer Strafdrohung nicht der sachlichen Zuständigkeit der Bezirksgerichte unterliegen.

Zu Artikel II Z 2 (§ 13 Abs. 2 Z 4 StPO):

Es handelt sich um Folgeanpassungen einerseits im Hinblick auf den durch Art. I Z 11 geänderten Tatbestand des § 201 StGB, dessen Grundtatbestand wegen der Verschmelzung von § 201 Abs. 1 und 2 nunmehr gänzlich dem § 13 Abs. 2 Z 1 zu subsumieren ist, sowie andererseits wegen der neuen Bezeichnung des § 205 StGB.

Zu Artikel II Z 3, 4 und 5 (§§ 41 Abs. 1, 162a und 393 Abs. 3 StPO):

Bereits seit geraumer Zeit wird es aus rechtstaatlicher Sicht als unerträglich angesehen, dass der Beschuldigte in einer kontradiktorischen Vernehmung nach § 162a StPO nicht durch einen Verteidiger vertreten sein muss, obwohl das Ergebnis der Vernehmung durch Verlesung bzw. Vorführung der Ton- und Bildaufnahmen in die Hauptverhandlung eingeführt und im Urteil nicht selten als das wichtigste Beweismittel verwertet werden darf. In den Verhandlungen der strafrechtlichen Abteilung des 15. Österreichischen Juristentages 2003 in Innsbruck wurde einhellig gefordert, dem Beschuldigten in dieser Situation eine wirksame Verteidigungsmöglichkeit einzuräumen. Diese Forderung erscheint aus grundsätzlichen Überlegungen gerechtfertigt, weshalb der Beschuldigte für die Beteiligung an einer kontradiktorischen Vernehmung, die der Sache nach eine Verlagerung einer sonst der Hauptverhandlung vorbehaltenen Beweisaufnahme in das Vorverfahren bedeutet, eines Verteidigers bedürfen soll (notwendige Verteidigung - § 41 Abs. 1 StPO). Im § 162a Abs. 1 StPO soll zusätzlich klargestellt werden, dass der Beschuldigte durch einen Verteidiger vertreten sein muss. Die damit allenfalls verbundenen Zeitverluste auf Grund von Ladung, Belehrung und allfälliger Beigebug eines Verfahrenshilfeverteidigers sind im Interesse einer wirksamen Verteidigung hinzunehmen. Da es sich in manchen Fällen als notwendig erweist, Zeugen rasch und noch während der ersten Haftfrist zu vernehmen (z. B. im Fall der drohenden Abschiebung), soll ein allenfalls bestellter Pflichtverteidiger für diese zusätzliche Vertretungstätigkeit einen besonderen Entlohnungsanspruch erhalten.

Zu Artikel III (Änderungen des Gerichtsorganisationsgesetzes):

Die Änderungen der §§ 26 Abs. 6 und 32 Abs. 5 GOG lassen sich auf die in Art. I Z 10 vorgeschlagene neue Überschrift des 10. Abschnittes des StGB zurückführen; die Ergänzung des § 98 übernimmt an systematisch richtiger Stelle die Bestimmung des Artikel III Abs. 1 des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 30/2003 (Änderungen des Jugendgerichtsgesetzes 1988 und des Gerichtsorganisationsgesetzes).

Zu Artikel IV (Änderungen des Auslieferungs- und Rechtshilfegesetzes):

Allgemeines

Mit Erkenntnis des VfGH vom 12. Dezember 2002, G 151/02, BGBl. I Nr. 6/2003, wurde der zweite Satz des § 33 Abs. 5 des Auslieferungs- und Rechtshilfegesetzes (ARHG), BGBl. Nr. 529/1979, der gelautet hatte: „Gegen den Beschluß, der zu begründen ist, ist kein Rechtsmittel zulässig“, als verfassungswidrig aufgehoben. Der VfGH hat diese Aufhebung unter anderem damit begründet, dass das rechtsstaatliche Prinzip des Bundesverfassungsrechts Rechtsschutzeinrichtungen, die „ein bestimmtes Mindestmaß an faktischer Effizienz für den Rechtsschutzwerber ausweisen“, gebiete. Überdies müsse einem (potentiell) in seinen Rechten nach der EMRK Verletzten gemäß Artikel 13 EMRK eine wirksame Beschwerde bei einer nationalen Instanz eingeräumt werden.

Zufolge dieses Erkenntnisses sehen die nunmehr vorgeschlagenen Änderungen der Bestimmungen des ARHG über das Auslieferungsverfahren ein zweinstanzliches Verfahren vor. Sie konzentrieren das Auslieferungsverfahren jetzt beim Untersuchungsrichter, der – allenfalls nach Durchführung einer Verhandlung - mit Beschluss über die Zulässigkeit einer Auslieferung zu entscheiden hat, soweit sich die betroffene Person nicht überhaupt mit ihrer Auslieferung einverstanden erklärte. Gegen diesen Beschluss des Untersuchungsrichters ist nunmehr die an den Gerichtshof zweiter Instanz zu richtende Beschwerde vorgesehen, die sowohl von der auszuliefernden Person als auch vom Staatsanwalt ergriffen werden kann. Der Gerichtshof zweiter Instanz wird daher in Zukunft als Beschwerdegericht endgültig über die Zulässigkeit einer Auslieferung entscheiden.

Der OGH legte in seinem Urteil vom 9. April 2002, 14 Os 8/02, die Systematik des ARHG - insbesondere des § 19 ARHG – dahingehend aus, dass die Kompetenz zur Prüfung von Auslieferungsersuchen zwischen den Gerichten und dem Bundesminister für Justiz geteilt sei. Der Bundesminister für Justiz hätte nach dieser Ansicht selbstständig über verschiedene völkerrechtliche Auslieferungsverbote zu entscheiden. Die nunmehr vorgeschlagenen Änderungen der § 31, 33 und 34 ARHG stellen klar, dass die rechtliche Prüfung des Auslieferungsbegehrens ausschließlich den Gerichten – also vor allem dem Untersuchungsrichter und im Beschwerdefall auch dem Gerichtshof zweiter Instanz – obliegt. Sie haben alle sich aus zwischenstaatlichen Rechtsquellen ergebenden Auslieferungsvoraussetzungen bzw. Auslieferungshindernisse zu prüfen und über die sich daraus sowie aus dem innerstaatlichen Recht ergebende Rechtsstellung der betroffenen Person zu entscheiden. Der Bundesminister für Justiz, der wie schon bisher an alle die Auslieferung für unzulässig erklärenden Entscheidungen der Gerichte gebunden ist, kann auf Grund der geänderten Bestimmungen eine Auslieferung nur mehr aus allgemeinen politischen oder die Rechtsstellung der auszuliefernden Person nicht unmittelbar betreffenden völkerrechtlichen Erwägungen ablehnen. Er ist damit in Hinkunft weitgehend auch an die Auslieferung für zulässig erklärende Entscheidungen der Gerichte gebunden.

Die oben dargelegten Änderungen stellen das Kernstück des Artikels IV dar. Die übrigen Bestimmungen tragen der Entwicklung auf dem Gebiet der zwischenstaatlichen Zusammenarbeit in Strafsachen und den Bedürfnissen der Praxis – teils nur nach Klarstellung - Rechnung.

Zu Artikel IV Z 3 und 14 (§ 26 Abs. 1 und § 60 Abs. 2 ARHG):

In beiden Bestimmungen hat der Hinweis auf den Jugendgerichtshof Wien zu entfallen. Zwar sieht Art. III § 3 des Bundesgesetzes, mit dem das Jugendgerichtsgesetz 1988 und das Gerichtsorganisationsgesetz 1896 geändert werden, BGBl. I Nr. 30/2003, eine generelle Berichtigung von Verweisungen in anderen Bundesgesetzen auf den mit der erwähnten Novelle aufgelösten Jugendgerichtshof Wien vor, doch sollte im vorliegenden Zusammenhang zur Klarstellung und Bereinigung des Textes eine ausdrückliche Anpassung erfolgen.

Zu Artikel IV Z 1 (§ 29 ARHG):

Die betroffene Person ist vor der Verhängung der Auslieferungshaft über ihr Recht auf Durchführung einer Verhandlung über die Zulässigkeit der Auslieferung zu belehren. Mit dieser neu geschaffenen Bestimmung wird dem grundlegend umgestalteten § 31 und damit dem Umstand Rechnung getragen, dass nunmehr der Untersuchungsrichter über die Zulässigkeit der Auslieferung entscheidet und daher das von ihm zu führende Verfahren an die bisher für das in erster Instanz tätige Oberlandesgericht geltenden Regeln und Garantien angeglichen werden muss. Auf Grund der Verteidigerbestellung nach § 29 Abs. 4 ARHG ist sicher gestellt, dass ein solcher Antrag entweder sogleich oder nach Vorliegen der Auslieferungsunterlagen vom Verteidiger gestellt werden kann. Auf eine Befristung für einen solchen Antrag wurde verzichtet.

Zu Artikel IV Z 6 (§ 31 ARHG):

Die vorgeschlagenen Änderungen des § 31 dienen in ihrer Gesamtheit dazu, jene Verfahrensvorschriften, die bisher nach § 33 ARHG für das Auslieferungsverfahren vor dem Gerichtshof zweiter Instanz gegolten haben, nach entsprechender Anpassung für das Verfahren vor dem Untersuchungsrichter, der gemäß Abs. 1 in Hinkunft den Beschluss über die Zulässigkeit zu fassen hat, zu übernehmen.

Die weiteren Bestimmungen der Abs. 2 bis 7 regeln das Verfahren im Detail: Eine Verhandlung vor dem Untersuchungsrichter findet immer statt, wenn dieser sie für notwendig erachtet. Außerdem kann sie entweder von der betroffenen Person oder vom Staatsanwalt beantragt werden. Darüber wird die betroffene Person entweder bei der Verhängung der Auslieferungshaft (§ 29 Abs. 3) oder bei der Vernehmung zum Auslieferungsersuchen (§ 31 Abs. 1) belehrt. Bis zur Entscheidung des Untersuchungsrichters über die Zulässigkeit der Auslieferung oder Durchführung einer amtswegigen Verhandlung können Anträge auf Durchführung einer Verhandlung gestellt werden.

Die Verhandlung, für die Verteidigerzwang herrscht, ist öffentlich, auch wenn sie hinsichtlich Personen, die sich in Auslieferungshaft befinden, im Rahmen einer Haftverhandlung stattzufinden hat. Der Beschluss über die Zulässigkeit der Auslieferung ist zu verkünden und zu begründen. Dagegen steht der betroffenen Person und dem Staatsanwalt die binnen vierzehn Tagen nach Zustellung der Beschlussausfertigung einzubringende Beschwerde an den Gerichtshof zweiter Instanz zu. Dort ist eine Verhandlung über die Beschwerde durchzuführen, wenn der Untersuchungsrichter trotz Antrags der betroffenen Person ohne Verhandlung entschieden hat.

Zu Artikel IV Z 7 (§ 32 ARHG):

Die Änderung in Abs. 1 beinhaltet eine Klarstellung, deren Notwendigkeit sich aus der Praxis des Auslieferungsverfahrens ergeben hat.

Zu Abs. 2: Bislang konnte nach § 32 ARHG die betroffene Person ihre Zustimmung zur vereinfachten Auslieferung bis zur Anordnung der Übergabe durch den Bundesminister für Justiz widerrufen.

Art. 7 Abs. 4 des Übereinkommens über das vereinfachte Auslieferungsverfahren zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union vom 10. März 1995, BGBl. III Nr. 169/2000, geht von einer Unwiderruflichkeit der Zustimmungserklärung aus. Dieser – auch in vergleichbaren Gesetzen anderer Staaten enthaltene - Grundsatz soll nunmehr in das ARHG übernommen werden. Da aber eine Person, die sich in Auslieferungshaft befindet, ihre Zustimmung nur in der ersten Haftverhandlung rechtswirksam erklären kann, ist die Möglichkeit der Beratung mit einem Anwalt weiterhin sichergestellt.

Zu Artikel IV Z 8 (§ 33 ARHG):

§ 33 in seiner Gesamtheit stellt nunmehr unmissverständlich außer Zweifel, dass die rechtliche Prüfung des Auslieferungersuchens eines anderen Staates ausschließlich in die Zuständigkeit der Gerichte fällt. Auch die Detailbestimmungen dienen dem Ziel weiterer Klarstellungen:

So hat sich der Prüfungsumfang hinsichtlich ausländischer Auslieferungersuchen bislang aus verschiedenen Bestimmungen des ARHG ergeben. Diese bisher verstreuten, vor allem in den §§ 29 und 35 enthaltenen Vorschriften werden nunmehr im Interesse der Übersichtlichkeit in § 33 Abs. 1 und 2 zusammen gefasst.

Vor allem § 33 Abs. 3 aber stellt ausdrücklich klar, dass alle gesetzlichen und völkerrechtlichen Auslieferungsvoraussetzungen oder Auslieferungshindernisse vom Untersuchungsrichter - bzw. vom Oberlandesgericht als Beschwerdegericht - umfassend zu prüfen und in der Entscheidung über die Zulässigkeit der Auslieferung zu berücksichtigen sind. (Dementsprechend wurde auch § 34 geändert, so dass der Bundesminister für Justiz eine rechtsrichtig für zulässig erklärte Auslieferung nur mehr aus politischen oder allgemeinen, die Rechtsstellung der auszuliefernden Person nicht unmittelbar betreffenden völkerrechtlichen Erwägungen ablehnen kann. Vgl. hierzu auch die Ausführungen zu § 34 unten.) Aus den Worten „für die Auslieferung der betroffenen Person“ ist abzuleiten, dass alle subjektiven Rechte, die sich aus den zu beachtenden Rechtsquellen ergeben, vom Gericht zu berücksichtigen sind.

Damit wird aber auch die auch vom OGH mit Urteil vom 9. April 2002, 14 Os 8/02, problematisierte Kompetenzverteilung zwischen dem Bereich der Rechtsprechung und dem Bundesminister für Justiz deutlicher als bisher geregelt. Die Gerichte haben neben den jeweils zur Anwendung kommenden auslieferungsrechtlichen, strafrechtlichen und strafprozessualen Bestimmungen auch alle sich allenfalls aus der EMRK und ihren Zusatzprotokollen ergebenden Auslieferungshindernisse zu prüfen, soweit diese unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR bei Auslieferungen zur Anwendung gelangen.

Wie schon bisher bestimmt § 19 ARHG auch weiterhin jenen Kernbereich der EMRK, der bei Auslieferungen immer zu berücksichtigen ist. In diesem Umfang gehen daher die Bestimmungen der EMRK den Verpflichtungen aus bilateralen oder multilateralen Auslieferungsvereinbarungen immer vor. Auslieferungshindernisse, die sich möglicherweise aus anderen Bestimmungen der EMRK oder ihrer Zusatzprotokolle ergeben, sind vom Gericht bei der Prüfung der Zulässigkeit nur dann zu berücksichtigen, wenn diese Hindernisse nach der Rechtssprechung des EGMR einer Auslieferung entgegen stehen.

Bei Auslieferungen im Verhältnis zu Vertragsparteien der EMRK kommt den sich aus der Konvention und ihren Zusatzprotokollen allenfalls ergebenden Ablehnungsgründen eine besondere Bedeutung zu, wobei jedoch stets zu berücksichtigen sein wird, ob und gegebenenfalls inwieweit die betroffene Person die von ihr im Auslieferungsverfahren des ersuchten Staates eingewandten Konventionsverletzungen bereits im ersuchenden Staat oder vor dem EGMR bekämpft bzw. aus welchen Gründen sie dies unterlassen hat.

Zu Artikel IV Z 9 (§ 34 ARHG):

Zunächst ist auf das bereits zu § 33 Abs. 3 (oben) Gesagte anzuknüpfen. An die nunmehr vorgesehene alleinige Zuständigkeit der Gerichte zur umfassenden Prüfung des Auslieferungersuchens in rechtlicher Hinsicht wird der Handlungsspielraum des Bundesministers für Justiz hinsichtlich der Bewilligung oder Ablehnung der Auslieferung angepasst. Jedenfalls ist er auch weiterhin an jene rechtskräftigen Entscheidungen der Gerichte gebunden, mit denen eine Auslieferung für unzulässig erklärt wird.

Eine vom Gericht für zulässig erklärte Auslieferung hingegen kann vom Bundesminister für Justiz nur aus politischen Erwägungen („Interessen der Republik Österreich“) oder aus allgemeinen völkerrechtlichen Gründen abgelehnt werden. Solche Erwägungen oder Gründe liegen ausschließlich in Bereichen, die die Rechtsstellung der betroffenen Person, also deren subjektive Rechte, nicht unmittelbar berühren.

Zu Artikel IV Z 11 (§ 37 ARHG):

Die Übergabe der auszuliefernden Person ist nach § 36 Abs. 1 ARHG durch den Untersuchungsrichter zu veranlassen. Die vorgeschlagene Änderung dient lediglich zur Klarstellung, dass auch jede Entscheidung über einen Aufschub der Übergabe ausschließlich in die Zuständigkeit des Untersuchungsrichters fällt.

Zu Artikel IV Z 12 (§ 39 ARHG):

Die Entscheidung über die Wiederaufnahme des Auslieferungsverfahrens fällt nunmehr in die Zuständigkeit des Untersuchungsrichters. Nach § 9 Abs. 1 ARHG ist die Strafprozessordnung 1975 (StPO) insoweit sinngemäß anzuwenden, als sich aus den Bestimmungen des ARHG nicht anderes ergibt. Daher steht nach § 357 Abs. 3 StPO gegen Beschlüsse über die Wiederaufnahme die binnen 14 Tagen einzubringende Beschwerde an den Gerichtshof zweiter Instanz offen. Hinsichtlich der Zuständigkeit zur Entscheidung über einen Antrag auf Wiederaufnahme ist § 68 Abs. 3 StPO anzuwenden, so dass der in derselben Sache tätig gewesene Untersuchungsrichter von der Entscheidung ausgeschlossen ist.

Zu Artikel IV Z 15 (§ 70 ARHG):

Der Grundsatz der Spezialität erfordert unter anderem, dass bei einer Auslieferung zur Strafvollstreckung nur jene Teile der verhängten Strafe vollstreckt werden, die auf Handlungen entfallen, hinsichtlich derer die Auslieferung bewilligt wurde.

In der Praxis des Auslieferungsverkehrs mit anderen Staaten hat sich in der Vergangenheit wiederholt die Notwendigkeit ergeben, schon während des Auslieferungsverfahrens dem ersuchten Staat bekannt zu geben, welche Teile der vom Gericht verhängten Freiheitsstrafe auf die einzelnen strafbaren Handlungen entfallen. Durch die nunmehr vorgeschlagene Möglichkeit, hierüber eine Entscheidung des Gerichts herbeizuführen, soll es den Behörden des ersuchten Staates ermöglicht werden, als Grundlage ihrer Entscheidung die Verhältnismäßigkeit und die Höchstdauer der Auslieferungshaft besser zu beurteilen.

Auf Grundlage des nach § 28 Abs. 1 StGB geltenden Absorptionsprinzips ist die Strafe bei Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen nach der höchsten angedrohten Strafe zu bestimmen. Die nach § 70 Abs. 4 ARHG auf die einzelnen strafbaren Handlungen entfallenden Strafen sind daher jeweils ohne Rücksicht auf die insgesamt verhängte Strafe zu bestimmen. Die Summe dieser Strafen kann daher die insgesamt verhängte Strafe übersteigen.

Zu Artikel IV Z 16 (§ 76 ARHG):

Das Übereinkommen über die Überstellung verurteilter Personen vom 23. März 1983, BGBl. Nr. 524/1986, sowie alle von Österreich abgeschlossenen bilateralen Verträge über die wechselseitige Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Strafsachen erfordern für eine Übertragung der Strafvollstreckung die Zustimmung des Strafgefangenen.

Gemäß § 76 Abs. 9 ARHG in der geltenden Fassung ist der Betroffene vor einem Ersuchen um Übernahme der Vollstreckung zu hören, wenn er sich im Inland befindet, so dass die Frage der Widerruflichkeit seiner Erklärungen bisher nicht ausdrücklich geregelt war. In Hinkunft hingegen soll eine nach Belehrung zu gerichtlichem Protokoll abgegebene Zustimmungserklärung der verurteilten Person unwiderruflich sein. Damit soll das Verfahren zur Übertragung der Strafvollstreckung an den Heimatstaat des Verurteilten effizienter gestaltet werden.

Dieses Verfahren erfordert zunächst in Österreich einen oft nicht unbeträchtlichen Aufwand – vor allem in den vielen Fällen, in denen die meist umfangreichen Unterlagen mit beglaubigten Übersetzungen versehen werden müssen. Die nach Belehrung durch den Richter erteilte Zustimmung des Strafgefangenen zur Übertragung der Strafvollstreckung ist aber auch die Grundlage für das vom Vollstreckungsstaat durchzuführende Exequaturverfahren. Dem Vollstreckungsstaat sollte im Hinblick auf den hohen Verfahrensaufwand die Gewähr geboten werden, dass die Zustimmung wenigstens nach

österreichischem Recht nicht widerrufen werden kann. Auch bei Unwiderruflichkeit der Zustimmung des Strafgefangenen kann der Bundesminister für Justiz die Überstellung bis zur tatsächlichen Übergabe ablehnen.

Art. 3 Abs. 4 des von Österreich am 7. Dezember 2000 ratifizierten Zusatzprotokolls zum Übereinkommen über die Überstellung verurteilter Personen vom 18. Dezember 1997, BGBl. III Nr. 26/2001, berechtigt den Urteilsstaat, auch ohne Zustimmung der verurteilten Person um die Übernahme der Strafvollstreckung zu ersuchen, wenn gegen die verurteilte Person eine Verwaltungs- oder Gerichtsanordnung vorliegt, die es ihr nicht gestattet, nach der Entlassung aus der Haft im Urteilsstaat zu bleiben. Der Verurteilte hat keinen Anspruch darauf, dass ein Vollstreckungsersuchen gestellt oder nicht gestellt wird, und ist daher durch die diesbezügliche Entscheidung des Bundesministeriums für Justiz in einem subjektiv-öffentlichen Recht nicht verletzt (Erkenntnis des VwGH vom 14. Jänner 1987, 86/01/0255). Um die Möglichkeiten des Zusatzprotokolls zum Übereinkommen über die Überstellung verurteilter Personen ausschöpfen zu können, wird ausdrücklich klargestellt, dass ein Rechtsanspruch des Verurteilten, der im Exequaturverfahren des Vollstreckungsstaats Parteistellung genießt, nach § 76 ARHG nicht besteht.