



REPUBLIK ÖSTERREICH  
BUNDESKANZLERAMT

An das  
Bundesministerium für Justiz  
Museumstraße 7  
1070 Wien

Geschäftszahl: 602.474/002-V/A/5/2003  
Sachbearbeiterin: Frau Dr. Angela JULCHER  
Pers. e-mail: angela.julcher@bka.gv.at  
Telefon: 01/53115/2288  
Ihr Zeichen 318.016/6-II 1/2003  
vom: 01.07.03  
Antwortschreiben bitte unter An-  
führung der Geschäftszahl an: v@bka.gv.at

Betrifft: Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Strafgesetzbuch, die Strafprozessordnung 1975, das Gerichtsorganisationsgesetz und das Auslieferungs- und Rechtshilfegesetz geändert werden (Strafrechtsänderungsgesetz 2003); Begutachtung; Stellungnahme

Zum mit der do. oz. Note übermittelten Gesetzesentwurf samt Beilagen nimmt das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst wie folgt Stellung:

**I. Zur formellen Gestaltung:**

Die Novellierungsanordnungen wären einheitlich im Indikativ zu formulieren.

Eine Untergliederung der Novellierungsanordnungen in literae sollte vermieden werden.

**II. Zu den einzelnen Bestimmungen:**

Zu Art. I Z 7 (§ 104a StGB):

Zu Abs. 1:

Die sprachliche Gestaltung des Satzes „Wer eine Person in der Absicht, sie sexuell, durch eine rechtswidrige Organentnahme oder ihre Arbeitskraft auszubeuten [...] an-  
wirbt [...]“ könnte verbessert werden, indem der Wechsel des Objekts im Nebensatz (zuerst „sie“, dann „ihre Arbeitskraft“) vermieden wird; zu denken wäre etwa an die folgende Formulierung: „Wer eine Person in der Absicht, sie sexuell, durch eine

rechtswidrige Organentnahme oder durch Ausnützung ihrer Arbeitskraft auszubeuten [...] anwirbt [...]".

Zu Abs. 4:

§ 104a Abs. 4 sieht eine erhöhte Strafdrohung u.a. für den Fall vor, dass dem Opfer durch die Tat ein „besonders schwerer Nachteil“ zugefügt wird; damit soll Art. 3 Abs. 2 lit. c 2. Fall des Rahmenbeschlusses des Rates zur Bekämpfung des Menschenhandels umgesetzt werden, der in diesem Zusammenhang von „particularly serious harm“ spricht. Die Auslegung dieses Begriffes könnte nach Ansicht des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst jedoch Probleme aufwerfen: In den Erläuterungen wird dazu ausgeführt, dass unter besonders schweren Nachteilen etwa Körperverletzungen mit schweren Dauerfolgen oder Vermögensschäden von mehr als 40 000 Euro zu verstehen seien; Nachteile „anderer Art“ müssten in ihren Auswirkungen für den Betroffenen sowie dem Ausmaß der Rechtsgutbeeinträchtigung diesen Tatfolgen vergleichbar sein. Nach der Rechtsprechung zu § 99 Abs. 2 StGB, der als Voraussetzung für die Qualifikation des Vergehens der Freiheitsentziehung als Verbrechen ebenfalls „besonders schwere Nachteile“ nennt, scheinen hingegen schon weniger schwerwiegende Folgen auszureichen; eine feste Wertgrenze für finanzielle Nachteile kann dieser Judikatur – soweit ersichtlich – nicht entnommen werden (vgl. dazu z.B. Schwaighofer im WrK<sup>2</sup> zu § 99, Rz 41 f.).

Auch die Systematik des § 104a selbst scheint dafür zu sprechen, für die Qualifikation schon geringere Nachteile genügen zu lassen; der Tatbestand des Grunddelikts – mit einem Strafrahmen von bis zu drei Jahren – verlangt keinerlei spezielle Folgen der Tat, sodass es nicht von vornherein einsichtig ist, dass für die Qualifikation – mit einem Strafrahmen von einem bis zu zehn Jahren – nur schwerste, nicht aber „bloß“ schwere Schäden tatbestandsmäßig sein sollen. Im Textzusammenhang des in den Erläuterungen bezogenen Rahmenbeschlusses stellt sich die Frage, ob nicht überhaupt eine andere Bedeutung des Wortes „besonders“ („particularly“) nahe liegt: Es könnte nämlich weniger im Sinne einer Steigerung von schwer (serious), als vielmehr im Sinne von „außergewöhnlich“ gegenüber den mit dem Menschenhandel normalerweise verbundenen – und daher schon vom Grunddelikt erfassten – schädlichen Auswirkungen zu verstehen sein.

Eine nähere Umschreibung des Tatbestandsmerkmals „besonders schwerer Nachteil“ wären im Hinblick auf die Erfordernisse der Rechtssicherheit jedenfalls wünschenswert. Dieses Dokument wurde mit Hilfe eines Rechtsberaters der Verfassungskontrollen-Richter und Vollständigkeit des Inhaltes wird von der Parlamentsdirektion keine Haftung übernommen.

schenswert. Zumindest in den Erläuterungen sollte ferner klargestellt werden, ob etwa auch schwere psychische Belastungen, die wohl gerade im Zusammenhang mit einem Delikt wie dem Menschenhandel in der Praxis häufig vorliegen werden, unter diesen Begriff subsumiert werden können.

Entsprechendes gilt für die Bedeutung des Begriffs „besonders schwerer Nachteil“ in § 104b Abs. 3, § 106 Abs. 2 und § 215a Abs. 2.

Zu Art. I Z 15 (§ 207a StGB):

Zu Abs. 4 Z 4:

Mit der Neufassung des § 207a StGB soll u.a. die so genannte virtuelle Kinderpornographie kriminalisiert werden. Unter die vorgeschlagenen Straftatbestände fallen sowohl virtuell veränderte Abbildungen tatsächlicher Vorgänge als auch rein künstlich generierte Darstellungen. Voraussetzung der Strafbarkeit ist in beiden Fällen, dass der Eindruck der Beteiligung minderjähriger Personen an geschlechtlichen Handlungen vermittelt wird. Für den Fall, dass es sich um die Abbildung eines realen Geschehens handelt, muss außerdem danach unterschieden werden, ob der Eindruck der Beteiligung einer minderjährigen Person durch Manipulationen an der realen Person bzw. durch eine entsprechende Auswahl gewonnen worden ist oder ob dieser Eindruck erst durch eine Manipulation der Abbildung erzeugt worden ist; nur der letztgenannte Fall ist tatbestandsmäßig (vgl. Abs. 4 Z 4: „zufolge Veränderung einer Abbildung“; auch die Erläuterungen weisen ausdrücklich auf diese Differenzierung hin. Im Übrigen darf angeregt werden, im Sinne der für eine Strafbestimmung erforderlichen Klarheit, die Wortfolge in der Paranthese zu überdenken.).

Der Straflosigkeit von Handlungen, deren Objekt Darstellungen erwachsener, nur den Eindruck der Minderjährigkeit erweckender Personen sind, stehen zwar keine internationalen Verpflichtungen entgegen; in der Ausnahme liegt aber ein Wertungswiderspruch, der auf verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf das aus dem Gleichheitssatz abzuleitende Sachlichkeitsgebot stoßen könnte: Die sexuelle und psychische Integrität der abgebildeten Minderjährigen ist nämlich nicht das einzige durch die Bestimmungen über die Strafbarkeit der Kinderpornographie geschützte Rechtsgut; vielmehr geht es, wie die Einbeziehung der virtuell, d.h. ohne tatsächliche Mitwirkung von Minderjährigen generierten Darstellungen zeigt, darüber hinaus offenbar auch darum, durch kinderpornographische Darstellungen angeregte sexuelle Übergriffe auf Kinder und Jugendliche zu verhindern. Dem zuletzt genannten

Schutzzweck würde es widersprechen, Darstellungen von der Strafbarkeit auszunehmen, die den Eindruck einer Abbildung von Minderjährigen erwecken, mögen auch tatsächlich nur Erwachsene beteiligt gewesen sein.

Es ist zwar einzuräumen, dass nach dem derzeit geltenden § 207a StGB die Unmündigkeit der abgebildeten Personen Tatbestandsvoraussetzung ist, dass also der bloße Eindruck der Unmündigkeit nicht genügt; nach der aktuellen Rechtslage fällt aber auch rein virtuelle Pornographie unter keinen Straftatbestand, sodass als allgemeine Regel gilt, dass es auf die tatsächliche Beteiligung des geschützten Personenkreises ankommt. Die Einbeziehung virtueller kinderpornographischer Darstellungen in die Straftatbestände stellt ein Abgehen von dieser Regel dar – es kann nicht mehr allgemein gesagt werden, dass nur pornographische Darstellungen echter Unmündiger bzw. Minderjähriger strafbar sind; wenn es in gewissen Fällen dennoch auf die tatsächliche Beteiligung Minderjähriger ankommen soll, so bedürfte dies vor diesem Hintergrund einer besonderen sachlichen Rechtfertigung.

Im Übrigen stellt sich die Frage, warum etwa die Herstellung eines pornographischen Videos mit Erwachsenen strafbar ist, wenn im Zuge der digitalen Aufbereitung z.B. den Gesichtszügen ein kindliches Aussehen verliehen wird, nicht aber dann, wenn die Darsteller vor der Aufnahme entsprechend geschminkt worden sind.

Zu Abs. 6:

In den Erläuterungen zu Abs. 6 wird ausgeführt, dass die in diesem Absatz vorgesehene Ausnahme nur bezüglich solcher - virtueller - pornographischer Darstellungen bestehen soll, die mündige Minderjährige zeigen und bei deren Herstellung keinerlei realpornographisches Material verwendet worden ist. Es wird darauf hingewiesen, dass diese Einschränkungen dem Gesetzestext nicht zu entnehmen sind.

Zu Art. I Z 24 (§ 218):

Sowohl der Gesetzestext als auch die Erläuterungen lassen die Frage offen, ob nur jene Handlungen tatbestandsmäßig sind, die unter den Begriff der geschlechtlichen Handlung i.S.d. §202 StGB (geschlechtliche Nötigung) subsumiert werden – dies würde voraussetzen, dass unmittelbar geschlechtsspezifische Körperpartien des Opfers oder des Täters betroffen sind und dass es sich um eine nicht bloß geringfügige sexualbezogene (Selbst-)Berührung handelt; die Erläuterungen erwähnen zwar diese Voraussetzungen, allerdings nur allgemein in der Vorbemerkung zu § 218 und ohne direkten Bezug zu dem neu zu schaffenden Tatbestand. Im Hinblick auf das verfas-

sungsrechtliche Gebot, Straftatbestände präzise zu formulieren, sollte diesbezüglich jedenfalls eine Klarstellung erfolgen. Nach dem Gesetzestext in der vorgeschlagenen Fassung ist z.B. schon fraglich, ob das (bloße) Betasten des Gesäßes tatbestandsmäßig ist.

#### Zu Art. II Z 1:

Es wird auf das fehlende Anführungszeichen nach dem Zitat „(§ 181c StGB)“ hingewiesen.

#### Zu Art. IV Z 6 (§ 31 ARHG):

Die Bedeutung der Verweisung auf § 114 StPO in § 31 Abs. 6 ist unklar. Sollte beabsichtigt sein, den in § 114 Abs. 1 StPO geregelten Ausschluss der aufschiebenden Wirkung auch auf Beschwerden gegen Beschlüsse über die Zulässigkeit der Auslieferung auszudehnen, so läge darin, soweit es sich um Beschwerden des von der Auslieferung Betroffenen handelt, eine verfassungsrechtlich bedenkliche Einschränkung der Effizienz des Rechtsschutzes: Nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes ist es unzulässig, den Rechtsschutzsuchenden generell einseitig mit allen Folgen einer potentiell rechtswidrigen behördlichen Entscheidung solange zu belasten, bis sein Rechtsschutzgesuch endgültig erledigt ist. Zu berücksichtigen sind in diesem Zusammenhang allerdings nicht nur seine Position, sondern auch Zweck und Inhalt der Regelung, ferner die Interessen Dritter sowie schließlich das öffentliche Interesse. Der Gesetzgeber hat unter diesen Gegebenheiten einen Ausgleich zu schaffen, wobei aber dem Grundsatz der faktischen Effizienz eines Rechtsbehelfs der Vorrang zukommt und dessen Einschränkung nur aus sachlich gebotenen, triftigen Gründen zulässig ist (vgl. z.B. VfSlg. 11.196/1986, 13.305/1992, 14.374/1995, 14.548/1996, 15.508/1999). Im vorliegenden Fall wäre jedenfalls zu bedenken, dass die Konsequenzen einer Auslieferung für den Betroffenen sehr schwerwiegend und gegebenenfalls irreversibel sein können.

#### Zu Art IV Z 8 und Z 9 (§§ 33 und 34 ARHG):

Der Verfassungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 12. Dezember 2002, G 151/02, ausgesprochen, dass das in den §§ 33 und 34 ARHG i.d.g.F. vorgesehene Zusammenspiel von Gericht und Verwaltungsbehörde deshalb verfassungsrechtlich zulässig sei, weil dem Oberlandesgericht die ausschließliche Kompetenz zukomme, zu beurteilen, ob die Auslieferung den Zulässigkeitsvoraussetzungen der §§ 10 ff ARHG sowie den die Rechtssphäre des Betroffenen gestaltenden Bestimmungen

des in Betracht kommenden Auslieferungsübereinkommens und auch sonst den Grundrechten entspreche; dem Bundesminister hingegen obliege die Beurteilung aus dem Blickwinkel des Völkerrechts und letztlich die (mitunter allenfalls auch von politischen Fragen abhängende) Entscheidung, ob einem vom Oberlandesgericht für zulässig erklärten Auslieferungersuchen auch tatsächlich entsprochen werde solle.

In den Erläuterungen wird ausgeführt, dass die vorgeschlagene Neuregelung eine Klarstellung im Sinne dieses Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes bewirken solle. Entgegen dieser Absicht scheinen aber nach dem Gesetzeswortlaut das Gericht und der Bundesminister gleichermaßen zur Beurteilung des Auslieferungersuchens im Hinblick auf zwischenstaatliche Vereinbarungen zuständig zu sein. Zur Vermeidung dieses falschen Verständnisses und im Sinne der Rechtssicherheit müsste im Text des § 33 Abs. 3 – so wie dies etwa in den Erläuterungen geschieht – verdeutlicht werden, dass sich die Einschränkung „unter dem Gesichtspunkt der der betroffenen Person zukommenden subjektiven Rechte“ auch auf die Prüfung der sich aus zwischenstaatlichen Vereinbarungen ergebenden Voraussetzungen und Hindernisse bezieht; die Wortfolge „nach Gesetz und Bundesverfassung“ ist in diesem Zusammenhang missverständlich und sollte entfallen, wenngleich sich diese Wendung auch an einer Stelle des Erkenntnisses vom 12. Dezember 2002 findet. Auch § 34 Abs. 1 könnte klarer gefasst werden, etwa mit der in den Erläuterungen verwendeten Formulierung „aus der die Rechtsstellung der auszuliefernden Person nicht unmittelbar betreffenden völkerrechtlichen Erwägungen“ bzw. „nach Maßgabe der die Rechtsstellung der auszuliefernden Person nicht unmittelbar betreffenden völkerrechtlichen Verpflichtungen“.

Die Neufassung des § 34 sollte ferner zum Anlass genommen werden, ausdrücklich zu normieren, dass die Entscheidung des Bundesministers für Justiz - wie der Verfassungsgerichtshof ebenfalls im Erkenntnis vom 12. Dezember 2002, G 151/02, ausgesprochen hat - in Form eines Bescheides zu ergehen hat.

#### Zu Art. IV Z 13 (§ 40 ARHG):

Es wird angeregt, das Schreibversehen in §40 in der geltenden Fassung (Großschreibung des Wortes „übergeben“ in der zweiten Zeile) zu korrigieren.

### III. Zu Vorblatt und Erläuterungen:

Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst weist auf seine Rundschreiben vom 13. November 1998, GZ 600.824/8-V/2/98 - betreffend Vorblatt und Erläuterungen zu Regierungsvorlagen; Aufnahme eines Hinweises auf Besonderheiten des Normerzeugungsverfahrens - und vom 19. Februar 1999, GZ 600.824/0-V/2/99, – betreffend Legistik und Begutachtungsverfahren; Auswirkungen von Rechtssetzungsvorhaben auf die Beschäftigungslage in Österreich und auf den Wirtschaftsstandort Österreich; Gestaltung von Vorblatt und Erläuterungen- hin, in dem insbesondere um die Aufnahme bestimmter zusätzlicher Hinweise in das Vorblatt und den Allgemeinen Teil der Erläuterungen ersucht wurde.

#### 1. Zum Vorblatt:

Nach dem Rundschreiben des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst vom 19. Februar 1999, GZ 600.824/0-V/2/99 - betreffend: Legistik und Begutachtungsverfahren; Auswirkungen von Rechtssetzungsvorhaben auf die Beschäftigungslage in Österreich und auf den Wirtschaftsstandort Österreich; Gestaltung von Vorblatt und Erläuterungen - hätte das Vorblatt

?? dem Zweck der Ermöglichung einer raschen Orientierung zu entsprechen; es sollte daher nicht länger als zwei Seiten sein und nicht mehr als 3000 Zeichen umfassen; die Darstellung von Einzelheiten sollte dem Allgemeinen Teil der Erläuterungen vorbehalten bleiben;

?? einen Abschnitt „Finanzielle Auswirkungen“ zu enthalten, gegliedert in

~~„Auswirkungen auf den Bundeshaushalt,~~

~~„Auswirkungen auf die Planstellen des Bundes und~~

~~„Auswirkungen auf andere Gebietskörperschaften,~~

sowie

?? einen mit „Auswirkungen auf die Beschäftigung und den Wirtschaftsstandort Österreich“ überschriebenen Abschnitt aufzuweisen.

Die nähere Darstellung der finanziellen Auswirkungen des Gesetzesvorhabens sollte dem Allgemeinen Teil der Erläuterungen vorbehalten bleiben (vgl. die Rundschreiben des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst vom 29. Oktober 1980, GZ 600.824/21-V/2/80, und vom 19. Februar 1999, GZ 600.824/0-V/2/99).

Unter „**Alternativen**“ wären andere Wege zur Erreichung der angestrebten Ziele als die im Gesetzesentwurf gewählten Lösungen anzugeben (vgl. das Rundschreiben des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst vom 29. Oktober 1980, GZ 600.824/21-V/2/80); in diesem Sinne kommt die Beibehaltung der geltenden Rechtslage nicht als zur Zielerreichung geeignete, und daher auch nicht als im Vorblatt anzugebende, Alternative in Frage.

## 2. Zu den Erläuterungen:

Der in den Erläuterungen zu § 218 StGB zitierte § 29 Abs. 3 UniStG ist mit In-Kraft-Treten der Novelle BGBl. I Nr. 167/1999 entfallen.

Es darf ferner darauf hingewiesen werden, dass die Überschrift zu Artikel IV Z 5 (§ 29 ARHG) im Besonderen Teil der Erläuterungen versehentlich „Zu Artikel IV Z 1 (§ 29 ARHG)“ lautet.

Dem Präsidium des Nationalrats werden unter einem 25 Ausfertigungen und eine elektronische Fassung dieser Stellungnahme übermittelt.

11. September 2003  
Für den Bundeskanzler:  
OKRESEK