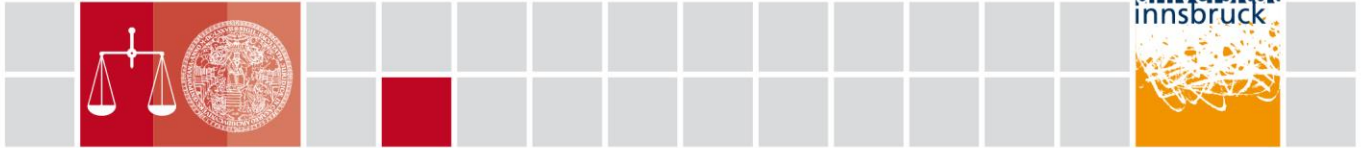


**Universität Innsbruck**

Rechtswissenschaftliche Fakultät

Institut für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie

Univ.-Prof. Dr. Klaus Schwaighofer - Univ.-Prof. Dr. Andreas Venier



## Stellungnahme zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem straf- und medienrechtliche Maßnahmen zur Bekämpfung von Hass im Netz getroffen werden (BMJ 2020-0.554.389)

Wir erlauben uns folgende Stellungnahme **zu einzelnen Punkten** des genannten Entwurfs zu übermitteln:

### I. Änderung des § 107c StGB

Der Entfall des Wortes „fortgesetzt“ in § 107 Abs 1 wird begrüßt. Diese Änderung stellt nunmehr – im Sinn der herrschenden Meinung – klar, dass auch der einmalige Upload eines Fotos im Internet den Tatbestand verwirklichen kann, wenn damit eine schwerwiegende, über längere Zeit andauernde Verletzung der Ehre oder Privatsphäre verbunden ist.

### II. Schaffung einer neuen Strafbestimmung „Unbefugte Bildaufnahmen“ (§ 120a StGB)

§ 120a Abs 1 Entw bestraft das **Fotografieren gewisser Körperstellen** (Genitalien, Schamgegend, Gesäß, weibliche Brust) oder **der diese Stellen bedeckenden Unterwäsche** einer anderen Person mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bis zu 720 Tagessätzen, wenn diese Person „diese Bereiche“ – gemeint sind die Körperstellen oder die durch Unterwäsche bedeckten Körperstellen – „durch Bekleidung oder vergleichbare Textilien vor Anblick geschützt hat“ oder sich in einem „gegen Einblick besonders geschützten Raum befindet“. Dem Täter kommt es darauf an (**Absicht**), das Opfer an einer Stelle zu fotografieren, die es auf die beschriebene Weise vor Anblick geschützt hat, und es kommt ihm darauf an, dass dies gegen den Willen des Opfers geschieht. Ob die betroffene Person auf dem Foto erkennbar ist, ob der Täter das Foto nur für sich oder auch für andere anfertigt, ist unerheblich. So ist strafbar auch derjenige, der auf diese Weise nur das Gesäß oder gar nur die Unterhose einer unbekannten, an keinem persönlichen Merkmal identifizierbaren Person abbildet, selbst wenn er das Foto nach der Herstellung sofort wieder löscht.

**Die vorgeschlagene Fassung des § 120a Abs 1 geht unseres Erachtens zu weit.** Gemäß dem im Strafrecht herrschenden Ultima-Ratio-Prinzip sollten nur Verhaltensweisen unter Strafe gestellt werden, die eine schwerwiegende und darum grundsätzlich strafwürdige Beeinträchtigung der Privatsphäre darstellen, denen man außerdem nur unter Einsatz des Strafrechts wirksam ent-

gegentreten kann. Das **heimliche Fotografieren einer bestimmten Körperstelle** beeinträchtigt die Privatsphäre einer Person nicht wesentlich mehr als das heimliche Betrachten dieser Körperstelle mit einem Fernglas oder bloßem Auge. Und ein **heimlich hergestelltes Foto von der Unterwäsche auf dem Körper einer Person** beeinträchtigt deren Privatsphäre kaum mehr als ein heimliches Foto von ihrer Unterwäsche, die sie auf einer Wäscheleine hinter dem Haus oder einem Sichtschutz hängen hat. Keiner dieser Eingriffe in die Privatsphäre einer Person ist derart schwer, dass darauf mit Kriminalstrafe reagiert werden müsste, auch wenn die Betroffenen ein „ungutes Gefühl“ haben oder sich darüber ärgern, dass jemand ihren Intimbereich oder ihre Unterwäsche fotografiert hat. Zumindest sollte sich die Strafbarkeit auf Fälle beschränken, in denen jemand (absichtlich) ohne Zustimmung **Aufnahmen der Genitalien, der Schamgegend, des Gesäßes oder der weiblichen Brust herstellt**, obwohl die Person die betreffenden Körperstellen durch Kleidung oder Textilien bedeckt hat oder sich in einem besonders geschützten Raum aufhält. Dass Bildaufnahmen der Unterwäsche erfasst werden sollen, die diese Körperbereiche verdecken, erscheint uns unter dem Aspekt des ultima-ratio-Prinzips jedenfalls überschießend. Auch sollte das bloße Anfertigen eines Fotos (§ 120a Abs 1) **nicht mit doppelt so hoher Strafe** bedroht sein wie eine schwerwiegende Verletzung des verfassungsgesetzlich geschützten Brief- oder Telekommunikationsgeheimnisses (§ 118, § 119 StGB), für die höchstens Freiheitsstrafe bis zu einem halben Jahr oder Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen droht. § 120a Abs 1 ist – entgegen den Erläuterungen (S 5) – kein Gegenstück zur unbefugten Tonaufnahme durch Tonaufnahme- oder Abhörgeräte nach § 120 StGB. Das Anfertigen eines Fotos, das nur eine gewisse Körperstelle oder gar nur das diese Stelle bedeckende Kleidungsstück zeigt, ist mit verbotenen Abhör- oder Aufnahmepraktiken, die massiv in die Vertraulichkeit zwischenmenschlicher Kommunikation eingreifen, in keiner Weise vergleichbar.

**Systemwidrig** ist auch die Ausgestaltung der Tatbestände des § 120a **als reine Offizialdelikte**. Die bisher im StGB für strafbar erklärten Eingriffe in die Privatsphäre sind entweder Privatanklagedelikte oder nur mit Ermächtigung des Verletzten verfolgbar (§ 118, § 118a, § 119, § 119a, § 120 StGB), und zwar auch der Missbrauch von Tonaufnahme- und Abhörgeräten, der von den Erläuterungen (S 5) als „Pendant“ zu § 120a gesehen wird. Eine Ausnahme bildet lediglich der widerrechtliche Zugriff auf fremde Computersysteme „im Rahmen einer kriminellen Vereinigung“ (§ 118a Abs 4 StGB), der aber für § 120a Abs 1 und 2 kein Maßstab sein kann. § 120a sollte also zumindest als Ermächtigungsdelikt ausgestaltet werden.

### **III. Der Antrag des Opfers auf Anordnung von Ermittlungsmaßnahmen (§ 71 StPO) und die Kostenfolgen (§ 390 Abs 1, § 393 Abs 4a StPO)**

Nicht ausgereift erscheinen uns die Maßnahmen, mit denen der Entwurf die Rechte der Opfer von üblen Nachreden (§ 111 StGB) und Ehrenbeleidigungen (§ 115 StGB), die **„im Wege einer Telekommunikation oder unter Verwendung eines Computersystems“** begangen wurden, stärken will. Danach kann das Opfer einer solchen Tat einen Antrag an das Gericht auf Anordnung gewisser Ermittlungsmaßnahmen stellen, zB einer Auskunft über Daten einer Nachrichtenübermittlung (§ 135 Abs 2 StPO) oder einer Überwachung von Nachrichten (§ 135 Abs 3

StPO), wenn dies zur Ausforschung des Beschuldigten oder zur Sicherung von Beweisen erforderlich und verhältnismäßig ist (§ 5 Abs 1 StPO).

Der Antrag setzt einen Anfangsverdacht voraus (Erläuterungen S 16) und muss als Beweisantrag gestellt werden (§ 104 Abs 1 sinngemäß). Für die gerichtliche Bewilligung („Anordnung“) der vorgesehenen Ermittlungsmaßnahmen sind aber bloße Anhaltspunkte (§ 1 Abs 3 StPO) wohl nicht ausreichend, dazu braucht es einen auf bestimmten Tatsachen gegründeten Verdacht, auch um dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu entsprechen. So ist es denkbar, dass das Gericht einen schlichten Anfangsverdacht nicht genügen lässt und den Antrag als unberechtigt abweist. Für den Beweisantrag wird der Antragsteller alle Voraussetzungen beachten müssen, die der OGH an Beweisanträge stellt. Anträge auf Durchführung von Erkundungsbeweisen wird das Gericht als unzulässig zurückweisen. Dass § 104 Abs 1 StPO sinngemäß anzuwenden ist (§ 71 Abs 1 letzter Satz Entw), wird dem Antragsteller die Begründung, warum die beantragte Ermittlungsmaßnahme geeignet sein könnte, das Beweisthema zu klären, nicht ersparen. So wird der Antragsteller im Sinn der herrschenden Rechtsprechung erklären müssen, warum eine bestimmte von ihm beantragte Maßnahme das von ihm behauptete Ergebnis erwarten lasse; und die Begründung wird umso eingehender sein müssen, je fraglicher die Brauchbarkeit der Maßnahme „im Lichte der übrigen Verfahrensergebnisse ist“ (*Fabrizy StPO-Kommentar*<sup>13</sup> § 55 Rz 8).

Das **Opfer** wird sich für einen **formal und inhaltlich korrekten Antrag** wohl eines Rechtsanwalts bedienen müssen. Dessen **Kosten** wird es sehr wohl bezahlen müssen (nur die dem Bund geschuldeten Kosten bleiben ihm nach § 390 Abs 1 Entwurf erspart). Auch der **Verdächtige** wird sich, wenn ihm der Antrag des Opfers zur Äußerung (§ 71 Abs 4 Entw) oder spätestens wenn ihm die gerichtliche Anordnung zugestellt wird, von einem Verteidiger beraten lassen müssen. Der Privatankläger muss – für das Privatanklageverfahren ungewöhnlich – diese Kosten dem **Freigesprochenen** oder außer Verfolgung Gesetzten offenbar nicht ersetzen (§ 393 Abs 4a Entwurf), weil ein Kostenersatz nach dem Wortlaut des § 393 Abs 4a nur „im Hauptverfahren“ vorgesehen ist.

Das schafft sowohl für das Opfer als auch für den Verdächtigen/Freigesprochenen eine **unbefriedigende kostenrechtliche Situation**. Auch dem Bund entstehen durch die vorgesehene richterliche Prüfung und die durch das Gericht angeordneten Ermittlungsmaßnahmen nicht unbeträchtliche Kosten, die sich wohl nur schwer abschätzen lassen (die von den Erläuterungen auf den S 10, 12ff bezifferten Personal- und anderen Kosten sind für uns leider nicht überprüfbar). Außerdem gelten diese Kostenfolgen (§§ 390 Abs 1, 390a Abs 1, 393 Abs 4a StPO) **für Strafverfahren wegen übler Nachrede (§ 111 StGB) und Beleidigung (§ 115 StGB) schlechthin**, also nicht nur für solche, die „im Wege einer Telekommunikation oder unter Verwendung eines Computersystems“ begangen wurden und darum zur Stellung eines Antrags im Ermittlungsverfahren nach § 71 Entwurf berechtigten. Einen Grund für diese Differenzierung können wir nicht erkennen. Wenn aber generell Strafverfahren wegen übler Nachrede und Beleidigung kostenrechtlich privilegiert (oder aus Sicht des Beschuldigten nicht privilegiert) sein sollen, dann stellt sich die Frage der Gleichbehandlung mit anderen Privatanklageverfahren. Sollten nicht für alle Privatanklageverfahren dieselben Kostenregeln gelten? Und sollten nicht alle Beschuldigten den Ersatz ihrer **gesamten** Verteidigerkosten durch den Privatankläger beanspruchen können, wenn

sie im Hauptverfahren freigesprochen oder außer Verfolgung gesetzt werden? Die vorgeschlagenen Regeln dürften gleichheitswidrig sein.

Das Problem der Ausforschung von Tätern, die sich hinter der Anonymität des Internets vor Strafverfolgung verstecken, bleibt leider auch nach dem Entwurf bestehen, solange (internationale) Diensteanbieter nicht verpflichtet sind, die Identität ihrer Kunden von sich aus festzustellen und auf (berechtigte) Anforderung der Strafverfolgungsbehörden oder der Privatankläger preiszugeben.

Innsbruck, am 14.10.2020

Univ.-Prof. Dr. Klaus Schwaighofer

Univ.-Prof. Dr. Andreas Venier