

**BUNDESMINISTERIUM
FÜR
AUSWÄRTIGE ANGELEGENHEITEN**

VÖLKERRECHTSBÜRO
A-1014 Wien, Ballhausplatz 2
Tel.: 0501150-0, FAX: 53185-212 und 312

E - M A I L

GZ: 1055.233/0002e-I.2/2003

Datum: 12. September 2003

Seiten: 5

An: BMJ, e-mail: post@bmj.gv.at

CC: Parlamensdirektion; e-mail:
begutachtungsverfahren@parlinkom.gv.at

Von: Ges. Dr. H. Tichy

SB: Reiterer/Pech/Spadinger

DW: 3568/4542/3242

**BETREFF: Strafrechtsänderungsgesetz 2003; Begutachtungsverfahren;
Stellungnahme des BMaA**

zu do. GZ 318.016/6-II 1/2003-09-12
vom 1. Juli 2003

Insgesamt begrüßt das Bundesministerium für auswärtige Angelegenheiten die im oz. Entwurf vorgeschlagenen Änderungen des Sexualstrafrechts und der damit zusammenhängenden Materien sowie die Einführung des neuen § 104a StGB „Menschenhandel“ und die Einführung der inländischen Gerichtsbarkeit für bestimmte dieser Delikte, wenn sie im Ausland begangen wurden.

Einzelne der vorgeschlagenen Bestimmungen geben jedoch zu Bemerkungen Anlass:

1. Zu § 104a Abs. 1, 2. Zeile:

Nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch könnte die „Arbeitskraft“ nur dann ausgebeutet werden, wenn das Wort im betriebswirtschaftlichen/volkwirtschaftlichen Sinne zu verstehen ist. Dies ist bei der ggst. Bestimmung wohl nicht der Fall, weil „Arbeitskraft“ im Sinne von „Arbeitsleistung“ gemeint ist. Da das Wort „ausbeuten“ sich in den anderen beiden Zusammenhängen (sexuell, Organentnahme) auf das Objekt

„Person“ bezieht, erscheint die Zusammenfassung nicht korrekt und sollte nach ho. Auffassung durch „... Organentnahme oder (durch) **Ausnützung ihrer Arbeitskraft**, auszubeuten...“ ersetzt werden. Die Arbeitskraft (als Kapazität verstanden), wird so neutral ausgenützt, die Person aber wertend ausgebeutet.

2. Zu § 104a Abs. 1, 3. Zeile:

Auch wenn die Formulierung mit anderen Bestimmungen des Sexualstrafrechts korreliert, wären Fälle denkbar, in denen ebenso wie eine psychische Krankheit auch das Bestehen einer physischen Krankheit ausgenützt wird, um jemand zu einem Opfer des Menschenhandels zu machen. Nachdem Art. 3 des VN-Zusatzprotokolls in diesem Zusammenhang allgemein und weit gefasst ist, wird angeregt, die Einschränkung auf „psychische Krankheit“ durch „**Krankheit**“ zu ersetzen.

3. Zu § 217, Überschrift:

Als Überschrift der aufrechterhaltenen früheren Menschenhandelsbestimmung würde sich nach ho. Ansicht am besten „**Grenzüberschreitender Handel mit Prostituierten**“ anbieten. Diese Form ist im Plural geschlechtsneutral und stellt das Wort Handel in korrektem Zusammenhang mit einem geeigneten Objekt. Anders als beim Handel mit „Pornographie“, die sowohl das Phänomen als auch „pornographische Erzeugnisse“ darstellt, bezeichnet „Prostitution“ nur das Phänomen, nicht aber eine Allgemeinheit oder Gesamtheit der Ausübenden, oder irgend etwas, was einen konkreten Gegenstand eines „Handels“ darstellen würde.

4. Zu § 74 Abs. 1, 9. Prostitution (im Zusammenhang mit den §§ 106 Abs. 3, 215, 215a, 216 und 217):

Die vorgeschlagene Begriffsbestimmung der Prostitution geht davon aus, dass die Person, die der Prostitution nachgeht, **dies mit der Absicht tut, sich eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen.**

Demnach müsste die Person, die sich prostituiert, selbst die Absicht haben, sich eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen.

Diese Formulierung erscheint einer (fiktiven) Strafbestimmung nachgebildet („mit der Absicht“) und geht laut Erläuterungen auf die Übernahme der Definition der Gewerbsmäßigkeit aus § 70 StGB zur Überführung des Begriffes „gewerbsmäßige Unzucht“ in den Begriff „Prostitution“ zurück.

Weiters wird in den Erläuterungen zu § 74 Abs. 1 Z 9 angeführt, dass sich die vorgeschlagene Definition von Prostitution an den in verschiedenen landesgesetzlichen Bestimmungen verwendeten Formulierungen orientiert. Diese landesgesetzlichen Bestimmungen haben jedoch eine polizeiliche und ordnungspolitische Zielrichtung, die die Ausübung der Prostitution durch bestimmte Personengruppen (z. B. Minderjährige) verbieten, oder ihre Anbahnung und Ausübung gewissen Beschränkungen unterwerfen (Meldepflichten etc.) und Zuwiderhandeln unter Verwaltungsstrafe stellen. In diesen Zusammenhängen macht die Qualifikation der Erwerbsmäßigkeit Sinn.

Keine der Strafbestimmungen in den vorgeschlagenen §§ 215, 215a, 216 und 217 StGB stellt jedoch die Prostitution selbst unter Strafe, sondern Taten, die die Prostitution fördern oder Prostituierte ausbeuten.

Dementsprechend erscheint die Einschränkung, „**dies mit der Absicht tut, sich eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen**“ entbehrlich bzw. in einzelnen Zusammenhängen sinnstörend. Sie würde sich sogar dahingehend auswirken, dass **keine Prostitution vorliegt**, wenn das Opfer **nicht** die Absicht hat, sich aus seinem Verhalten eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen, z. B. weil es unter Zwang steht, sich zu prostituieren. Es erscheint zweifelhaft, ob diese Wirkung beabsichtigt ist. Bestimmungen wie etwa § 215a Abs. 2 die den Strafraumen erhöhen, wenn eine unmündige Person unter Anwendung schwerer Gewalt zur Ausübung der Prostitution angeworben wird, oder der neu eingeführte Untertatbestand zu schwerer Nötigung (§ 106 Abs. 3) erscheinen in sich widersprüchlich, wenn man an einer Absicht des Opfers als Tatbestandsmerkmal festhält, was geradezu die Mitwirkung des Opfers voraussetzen würde, um Strafbarkeit zu begründen.

Ein Abstellen auf eine Absicht des Opfers, sich aus der Prostitution eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen, steht auch nicht im Einklang mit den Intentionen der internationalen Instrumente, die insbesondere den Menschenhandel oder sexuelle Ausbeutung ächten.

So hält etwa Art. 3 lit. b des Protokolls über Menschenhandel zum VN-Übereinkommen gegen grenzüberschreitende Kriminalität fest, dass die Zustimmung des Opfers zu Formen der Ausbeutung, wie sie in lit. a des selben Artikels definiert werden, darunter Prostitution und sexuelle Ausbeutung, **irrelevant** ist.

Das Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend den Verkauf von Kindern, die Kinderprostitution und die Kinderpornographie, das derzeit dem Parlament zur Genehmigung vorliegt, bestimmt in seinem Art. 2 lit. b), dass "Kinderprostitution die Benutzung eines Kindes bei sexuellen Handlungen **gegen Bezahlung oder jede andere Art der Gegenleistung**" im Sinne dieses Protokolls bedeutet. Auch diese Vorgabe wäre nur mit einer Qualifizierung von Prostitution als **entgeltlich**, aber **nicht als erwerbsmäßig** erfüllt.

5. Zu § 106 StGB, Erläuterungen:

In Bezug auf die sprachliche Angleichung des Abs. 2 wird in den Erläuterungen von „Gleichschaltung“ gesprochen. Dieser historisch belastete Begriff sollte aus ho. Sicht vermieden werden. Statt dessen wäre etwa „Angleichung“ möglich.

6. Zu § 212 Abs. 1, 2. Missbrauch eines Autoritätsverhältnisses unter Geschwistern:

Es wird zur Überlegung gestellt, hier ähnlich wie in den bestehenden §§ 206 und 207 Alterstoleranzklauseln oder andere Zusatzkriterien einzuführen. Eine strafgerichtliche Behandlung von „Doktorspielen“ etwa zwischen 15- und 13jährigen Geschwistern wird wohl keinem der Beteiligten zuträglich sein, zumal die Strafdrohung von bis zu 3 Jahren relativ hoch ist und eine Gleichbehandlung mit analogen Taten eines Elternteils

gegenüber einem Kind oder eines Arztes gegenüber einem Patienten unverhältnismäßig erscheint.

7. Zu § 212 Abs. 2, Missbrauch eines Autoritätsverhältnisses gegenüber Patienten oder Zöglingen:

Angesichts der nunmehr neu einzuführenden Kategorien des Missbrauchs durch Psychiater oder Psychotherapeuten sowie von im Gesundheits- oder Krankenpflegeberuf tätigen Personen stellt sich die Frage, ob damit auch das Personal etwa von Pflegeheimen (Altersheime, Behindertenheime) umfasst ist. Es wird jedoch davon ausgegangen, dass dies grundsätzlich wünschenswert, weil im wesentlichen gleichgelagert, wäre.

8. Zu § 207a Pornographische Darstellung Minderjähriger:

Die Erhöhung der Strafdrohung auf das Beschaffen und den Besitz von pornographischen Darstellungen Minderjähriger wird grundsätzlich begrüßt.

Die Erläuterungen zur vorgeschlagenen Neufassung des § 207 StGB halten zwar fest, dass (Übertragungs-)Medium oder der Bildträger grundsätzlich gleichgültig sind. In der darauf folgenden Aufzählung fehlt jedoch ein ausdrücklicher Hinweis auf die Verbreitung und Benutzung von Kinderpornographie im und aus dem Internet. Angesichts des enormen Verbreitungspotentials und der vergleichswisen Anonymität des Konsums von kinderpornographischen Darstellungen, die sich aus den Eigenschaften des Internets ergeben, erschiene jedoch in rechtspolitischer Hinsicht und im Hinblick auf Art. 9 Cybercrime-Konvention des Europarates ein Eingehen in den Erläuterungen auf dieses Spezifikum wünschenswert.

9. Zu §§ 41 Abs. 1, 162a und 393 Abs. 3 StPO

Aus menschenrechtlicher Sicht wird im Hinblick auf Art. 6 Abs. 3 lit. c der Europäischen Menschenrechtskonvention

(„Jeder Angeklagte hat mindestens (englischer Text) insbesondere (französischer Text) die folgenden Rechte: ... c. sich selbst zu verteidigen oder den Beistand eines Verteidigers seiner Wahl zu erhalten und, falls er nicht über die Mittel zur Bezahlung eines Verteidigers verfügt, unentgeltlich den Beistand eines Pflichtverteidigers zu erhalten, wenn dies im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist“)

die Einführung einer notwendigen Verteidigung des Beschuldigten bei einer kontradiktorischen Vernehmung nach § 162a StPO ausdrücklich begrüßt.

10. Zu § 33 Abs. 3 Auslieferungs- und Rechtshilfegesetz

Es stellt sich die Frage, ob die ausdrückliche Nennung des „Gebiets des Asylrechts“ im Zusammenhang mit Voraussetzungen und Hindernissen für die Auslieferung einer Person **zweckmäßig ist, vor allem solange eine Nennung von Art. 2 und 3 der**

Europäischen Menschenrechtskonvention sowie des 6. Zusatzprotokolls zu dieser Konvention (Verbot der Todesstrafe) unterbleibt.

Es ist nicht ganz eindeutig, was konkret mit dem „Gebiet des Asylrechts“ gemeint ist. Aufgrund des Zusammenhangs („Zwischenstaatliche Vereinbarungen“) dürfte im wesentlichen die Genfer Flüchtlingskonvention gemeint sein. Falls dies zutrifft, wäre die Bezeichnung „Flüchtlingsrecht“ angebrachter. Art. 2 und 3 der EMRK sowie das 6. Zusatzprotokoll zur EMRK gewähren jedoch auch in gewissen Fällen, in denen nach Art. 33 der Genfer Flüchtlingskonvention ein „refoulement“ zulässig wäre, Schutz vor Auslieferung. In Anbetracht dessen, dass die wesentlichen Asylgründe bereits in § 19 ARHG aufgezählt sind, stellt sich die Frage, welche Wirkung die neuerliche Hervorhebung des „Gebiets des Asylrechts“ entfalten soll, zumal eine parallele Hervorhebung der relevanten Bestimmungen der EMRK nicht erfolgt.

Die Erläuterungen zu § 33 ARHG erwähnen den bereits bisher in § 19 ARHG normierten „Kernbestand“ der EMRK. Es fällt auf, dass § 19 ARHG Bezug auf Art. 3 und 6 EMRK, nicht aber auf Art. 2 EMRK und auf das 6. Zusatzprotokoll zur EMRK nimmt. Mit diesem „Kernbestand“ der EMRK wird auf Dauer nicht das Auslangen zu finden sein.

Die in den Erläuterungen vorgenommene Differenzierung zwischen einem „Kernbestand“ der EMRK, den § 19 ARHG festlegt, und anderen Bestimmungen der EMRK im Hinblick auf die Vor- oder Nachrangigkeit in Bezug auf Verpflichtungen aus bilateralen oder multilateralen Auslieferungsvereinbarungen erscheint in dieser schematisierten Form problematisch, u. a. auch aufgrund der Tatsache, dass **die gesamte EMRK** in Österreich im Verfassungsrang steht.

Auch die Ausführung, dass „Auslieferungshindernisse, die sich möglicherweise aus anderen Bestimmungen der EMRK oder ihrer Zusatzprotokolle ergeben, (...) vom Gericht bei der Prüfung der Zulässigkeit **nur dann** zu berücksichtigen (sind), wenn die Hindernisse nach der Rechtsprechung des EGMR einer Auslieferung entgegenstehen“, erscheinen nicht unproblematisch. Einerseits werden eventuelle Auslieferungshindernisse auf der Grundlage von Art. 3 oder 6 EMRK in ihrer Tragweite ebenfalls im Lichte der Rechtsprechung des EGMR zu beurteilen sein, andererseits scheint die Berücksichtigung anderer Bestimmungen der EMRK als Auslieferungshindernis **nur dann** wenn sie nach der (bestehenden) Rechtsprechung des EGMR entgegenstehen, auf die mehr oder weniger bewusste Inkaufnahme einer möglichen nachfolgenden Verurteilung Österreichs durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte wegen Menschenrechtsverletzungen hinauszulaufen. In der Annahme, dass dies nicht beabsichtigt ist, wäre eine entsprechende Präzisierung der Erläuterungen wünschenswert.

Den Ausführungen der Erläuterungen zu Auslieferungen im Verhältnis zu Vertragsparteien der EMRK kann in dieser Form nicht gänzlich gefolgt werden. Insbesondere wenn eine Konventionswidrigkeit bei einer Auslieferung in einen anderen Konventionsstaat u. a. aufgrund der Rechtsprechung des EGMR absehbar sein sollte, wird die Frage, ob die betroffene Person die von ihr geltend gemachte Konventionsverletzung auch bereits im ersuchenden Staat bekämpft hat bzw. aus welchen Gründen sie dies unterlassen hat, irrelevant sein.

Für die Bundesministerin:
H. Tichy