

**Entwurf für einen neuen § 207a Abs 3a StGB
in Bezug auf den
Zugriff auf pornographische Darstellungen Minderjähriger im Internet
samt Erläuterungen**

Text:

Im § 207a wird nach dem Abs. 3 folgender Abs. 3a eingefügt:

„(3a) Nach Abs. 3 wird auch bestraft, wer im Internet wissentlich auf eine pornographische Darstellung Minderjähriger zugreift.“

Erläuterungen (in Form eines Textbausteins für einen Abänderungsantrag)

Zu Art. XX Z YY (§ 207a Abs 3a StGB):

1. Als § 207a StGB mit der Strafgesetznovelle 1994, BGBl Nr 622, in das Strafgesetzbuch eingefügt wurde, erläuterte der Bericht des Justizausschusses des Nationalrats, 1848 BlgNR XVIII. GP, 3, die Tatbegehungsformen des Sichverschaffens und des Besitzes von pornographischen Darstellungen mit Unmündigen (seit dem Strafrechtsänderungsgesetz 2004, BGBl I Nr 15, pornographische Darstellungen Minderjähriger) wie folgt: „Ein Tatobjekt verschafft sich, wer daran (durch eigenes) Zutun Gewahrsam erlangt. Ein Tatobjekt besitzt, wer daran allein oder gemeinsam mit anderen Gewahrsam hat, also die tatsächliche und unmittelbare Herrschaft über den Tatbestand ausüben kann. (...) Beide Tathandlungen setzen einen Bezug zu einem körperlich fassbaren Gegenstand voraus. Wer sich etwa bloß in ein Computernetz einschaltet, um sich Zugang zu einer darin verfügbaren bildlichen Darstellung zu verschaffen, verwirklicht das Tatbild (...) nicht. Strafbar soll nur der Besitz sein oder eine auf einen solchen ausgerichtete Verschaffungshandlung sein, nicht aber das bloße Betrachten (der „Konsum“). Wer jedoch eine zunächst nur im Arbeitsspeicher seines Datenverarbeitungsgeräts vorhandene bildliche Darstellung auf Diskette oder Festplatte abspeichert (und damit ein mögliches Objekt für unerlaubten Besitz oder unerlaubte Weitergabe schafft), verschafft sich bzw. besitzt bereits ein Tatobjekt.“

2. Diese vom Justizausschuss getroffene Auslegung entspricht nach wie vor der herrschenden Meinung in Schrifttum und Judikatur (vgl *Schick* in WK StGB², Rn 20 zu § 207a, *Hinterhofer* in SbgK, Rn 57 ff zu § 207a, jeweils mwN; für die Judikatur s OGH 15 Os 190/98).

3. Im Kontext des „Surfens“ im Internet wurde im Schrifttum jedoch auch die Meinung vertreten, dass die Auffassung insgesamt zu undifferenziert sei (*Hinterhofer* aaO, Rn 61). Besitz liege zwar dann nicht vor, wenn sich Dateien nur kurzfristig im Arbeitsspeicher des Computers befinden und etwa nach dem Ausschalten des Rechners nicht mehr verfügbar sind. In solchen Fällen werde kein Besitzverhältnis begründet, es handle sich um bloßen, nicht tatbildmäßigen Konsum. Würden jedoch die Bilder oder Filme, die im Internet betrachtet werden, auf die Festplatte des betreffenden Computers in einem Zwischenspeicher („Cache“) automatisch gespeichert, liege objektiv Besitz vor, da die Dateien in diesem Fall längerfristig verfügbar seien und jederzeit eingesehen werden könnten, ohne sich erneut in das Internet einwählen zu müssen. Unter dieser Voraussetzung würden auch Betrachter von einschlägigen Internetseiten letztendlich Gewahrsam über die jeweiligen Darstellungen erlangen und diese im Sinne des Abs. 3 besitzen. Ob eine derartige Zwischenspeicherung im Cache-Modus erfolgt, sei im Übrigen von der (individuell adaptierbaren) Konfiguration des Internet-Browsers abhängig. Ob der auf diese Weise in den Besitz pornographischer Darstellungen mit minderjährigen gelangte Internetnutzer nach Abs. 3 bestraft werden können, sei letztlich eine Frage des Vorsatzes, der bei erfahrenen Computeranwendern eher zu bejahen sein werde als bei diesbezüglich nicht versierten Internet-Usern.

3.1. Auch für Deutschland wird allgemein vertreten, dass das schlichte Ansehen unter alleiniger Zuhilfenahme des Arbeitsspeichers den Tatbestand (des § 184b dStGB) nicht erfülle, während beim (automatischen) Übertragen in den Cachespeicher eine ausreichende Dauerhaftigkeit (objektiv) schon gegeben sein dürfte, da dann ein Betrachten im Offlinebetrieb ermöglicht werde, die Daten sohin nicht mehr nur flüchtig gespeichert seien, wobei es aber in der Regel an der inneren Tatseite mangeln dürfte, zumal der Speichervorgang für den normalen Computeranwender unbemerkt vonstatten gehe (*Wolters* in SK-StGB, Rn 13 zu § 184b dStGB).

3.2. Nach Auffassung des Justizausschusses liegt darin allerdings keine Abweichung von der bisherigen Auslegung, zumal das passagere Vorhandensein einer Datei im Arbeitsspeicher nach der hier vertretenen Auffassung offenbar ebenso wenig genügen soll wie ein nicht von einem entsprechenden Vorsatz getragenes (automatisches) Abspeichern im Cache.

4. Die am 25.10.2007 erstmals zur Unterzeichnung aufgelegte – und von Österreich auch bereits an diesem Tag auch tatsächlich unterzeichnete – Übereinkommen des Europarats zum Schutz von Kindern vor sexueller

Ausbeutung und sexuellem Missbrauch, ETS Nr 201, sieht in Art. 20 Abs. 1 neben dem Sichverschaffen (lit d erster Fall) und dem Besitz (lit e) nunmehr auch den wissentlichen Zugriff auf Kinderpornographie mit Hilfe der Informations- und Kommunikationstechnologien (lit f) als eigene Tatbestandsalternative vor.

4.1. Nach den Erläuterungen zur Konvention (vgl den Explanatory Report zur Konvention, Abs. 140) solle mit diesem neuen Element jene Personen erfasst werden, die entsprechende bildliche Darstellungen online betrachten, indem sie auf Kinderpornographiesites zugreifen, ohne abzuspeichern, und deswegen nicht wegen Sichverschaffens oder Besitzes belangt werden können. Um die strafrechtliche Verantwortlichkeit zu begründen müsse die betreffende Person vorsätzlich auf eine Website zugreifen, auf der Kinderpornographie verfügbar ist, und wissen, dass derartige bildliche Darstellungen dort gefunden werden können. Keine Sanktionen sollten danach Personen drohen, die unabsichtlich auf eine Website mit kinderpornographischem Inhalt zugegriffen haben. Die subjektive Tatseite sollte auch aus den Umständen abgeleitet werden können, so dass es sich beispielsweise um einen wiederholten Zugriff handelt oder dass für den Dienst ein Entgelt entrichtet werden musste.

4.2. Die Kriminalisierungsverpflichtung ist in Art. 20 Abs. 1 lit. f der Europaratskonvention festgelegt. Sie ist aber nicht zwingend. Art. 20 Abs. 4 erlaubt es den Mitgliedstaaten, diesbezüglich einen gänzlichen oder teilweisen Vorbehalt einzulegen. Die Konvention wurde bislang zwar von 33 der 47 Europaratsmitgliedstaaten unterzeichnet, aber noch von keinem Mitgliedstaat ratifiziert, sodass auch keine Aussagen hinsichtlich des allfälligen Vorbehaltsverhaltens der Mitgliedstaaten in Bezug auf Art. 20 Abs. 1 lit. f getroffen werden können. Österreich soll in der Bekämpfung der Kinderpornographie indes eine führende Rolle einnehmen.

5. Wie schon seinerzeit bei der Einführung des § 207a StGB, als es um die Grundsatzfrage der Strafbarkeit des Besitzes gegangen ist, soll auch nunmehr ein (weiterer) Schritt zur Bekämpfung der Kinderpornographie (im Internet) gesetzt werden. Die Staatengemeinschaft des Europarats hat mit der Annahme des zusätzlichen Tatbestands Neuland betreten, aber eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass (auch) diese Tatbegehungsvariante strafwürdig erscheint.

6. Strafbar soll also bereits der Zugriff auf eine pornographische Darstellung Minderjähriger im Internet sein, auch wenn der Täter keine zumindest bedingt vorsätzliche Speicherung über den Arbeitsspeicher hinaus vornimmt (sei es im Cache, sei es sonstwo), in welchem Fall ja bereits Besitz vorläge. Der Zugriff muss, um Strafbarkeit nach sich ziehen zu können, unmittelbar auf die pornographische Darstellung erfolgen, sei es dass etwa schon die Startseite einer Website, die geöffnet wird, eine solche Darstellung enthält (und der Täter dies weiß), sei es dass (wissentlich) ein Link zu einer solchen Darstellung geöffnet wird. Hingegen reicht es nicht aus, wenn der Täter auf eine Website zugreift, die ihrerseits (lediglich) Links zu pornographischen Darstellungen Minderjähriger enthält, wenn sich der Täter also pornographische Darstellungen selbst lediglich zugänglich macht (während das Übersenden eines Links an eine *dritte* Person durchaus Strafbarkeit nach § 207a Abs. 1 Z 3 StGB begründen kann – vgl. 11 Os 21/08k). Nach wie vor nicht strafbar sein soll auch das Betrachten einer einschlägigen Darstellung auf einer von einer vom Betrachter verschiedenen Person und ohne dessen Zutun aufgerufenen Internetadresse sein.

Der Zugriff muss, um strafbar sein zu können, wissentlich (§ 5 Abs. 3 StGB) erfolgen, das heißt, dass der Täter den Umstand, dass er auf eine pornographische Darstellung Minderjähriger zugreift, nicht bloß für möglich, sondern für gewiss halten muss.

6.1. Durch den Verweis auf Abs. 3 wird dessen gesplittete Strafdrohung übernommen: bis ein Jahr Freiheitsstrafe bei mündigen Minderjährigen, bei unmündigen Minderjährigen Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahre. Der Justizausschuss geht davon aus, dass der Verweis auf Abs. 3 auch für die mündige Minderjährige betreffenden Fälle des neu vorgeschlagenen Abs. 3a die Konsequenz des § 30 Abs. 1 Z 9 StPO nach sich zieht, nämlich auch für diesen Fall Eigenzuständigkeit des Einzelrichters des Landegerichts, ohne dass es einer Anpassung dieser Bestimmung in der StPO selbst bedürfte.

6.2. Der Justizausschuss bekräftigt die seinerzeit in Bezug auf Erwerb und Besitz bzw. Weitergabe genannten Rechtfertigungsgründe (siehe dazu neuerlich den Bericht des Justizausschusses 1848 BlgNR XVIII. GP, 3) auch für den Zugriff auf Websites mit pornographischen Darstellungen Minderjähriger. Danach soll ein solcher Zugriff insbesondere dann nicht strafbar sein, wenn er der rechtmäßigen Berufsausübung dient (etwa im Rahmen von Strafverfolgungsmaßnahmen, der wissenschaftlichen Forschung, der ernsthaften journalistischen Recherche oder der verantwortungsbewussten medialen Berichterstattung).

6.3. Eine Anpassung der Ausnahmetatbestände des Abs. 5 im Sinne einer Erweiterung auf den neu vorgeschlagenen Abs. 3a erscheint im Hinblick auf die ratio dieser Ausnahmebestimmungen nicht indiziert.

6.4. Im Verhältnis zu Abs 3 geht der Justizausschuss davon aus, dass der Zugriff gegenüber dem (unmittelbar anschließenden) Sichverschaffen der Darstellung, auf die zugegriffen wurde, stillschweigend subsidiär ist (wobei der anschließende Besitz seinerseits hinter das Sichverschaffen zurücktritt [s dazu *Hinterhofer* aaO, Rn 90; *Kienapfel/Schmoller* BT III Rn 29 zu § 207a]) und dass umgekehrt der Zugriff auf eine Darstellung, die ohne Zutun des Täters in seinen Gewahrsam gelangt ist, vom Besitz konsumiert wird.

§ 207a StGB würde danach insgesamt lauten wie folgt:

Pornographische Darstellungen Minderjähriger

§ 207a. (1) Wer eine pornographische Darstellung einer minderjährigen Person (Abs. 4)

1. herstellt oder
 2. zum Zweck der Verbreitung einführt, befördert oder ausführt oder
 3. einem anderen anbietet, verschafft, überlässt, vorführt oder sonst zugänglich macht,
- ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen.

(2) Mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren ist zu bestrafen, wer die Tat gewerbsmäßig begeht. Mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren ist zu bestrafen, wer die Tat als Mitglied einer kriminellen Vereinigung oder so begeht, dass sie einen besonders schweren Nachteil der minderjährigen Person zur Folge hat; ebenso ist zu bestrafen, wer eine pornographische Darstellung einer minderjährigen Person (Abs. 4) unter Anwendung schwerer Gewalt herstellt oder bei der Herstellung das Leben der dargestellten minderjährigen Person vorsätzlich oder grob fahrlässig gefährdet.

(3) Wer sich eine pornographische Darstellung einer mündigen minderjährigen Person (Abs. 4 Z 3 und 4) verschafft oder eine solche besitzt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr zu bestrafen. Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren ist zu bestrafen, wer sich eine pornographische Darstellung einer unmündigen Person (Abs. 4) verschafft oder eine solche besitzt.

(3a) Nach Abs. 3 wird auch bestraft, wer im Internet wissentlich auf eine pornographische Darstellung Minderjähriger zugreift.

(4) Pornographische Darstellungen Minderjähriger sind

1. wirklichkeitsnahe Abbildungen einer geschlechtlichen Handlung an einer unmündigen Person oder einer unmündigen Person an sich selbst, an einer anderen Person oder mit einem Tier,

2. wirklichkeitsnahe Abbildungen eines Geschehens mit einer unmündigen Person, dessen Betrachtung nach den Umständen den Eindruck vermittelt, dass es sich dabei um eine geschlechtliche Handlung an der unmündigen Person oder der unmündigen Person an sich selbst, an einer anderen Person oder mit einem Tier handelt,

3. wirklichkeitsnahe Abbildungen

a) einer geschlechtlichen Handlung im Sinne der Z 1 oder eines Geschehens der Z 2, jedoch mit mündigen Minderjährigen, oder

b) der Genitalien oder der Schamgegend Minderjähriger,

soweit es sich um reißerisch verzerrte, auf sich selbst reduzierte und von anderen Lebensäußerungen losgelöste Abbildungen handelt, die der sexuellen Erregung des Betrachters dienen;

4. bildliche Darstellungen, deren Betrachtung - zufolge Veränderung einer Abbildung oder ohne Verwendung einer solchen - nach den Umständen den Eindruck vermittelt, es handle sich um eine Abbildung nach den Z 1 bis 3.

(5) Nach Abs. 1 Z 1 und Abs. 3 ist nicht zu bestrafen, wer

1. eine pornographische Darstellung einer mündigen minderjährigen Person mit deren Einwilligung und zu deren eigenem Gebrauch herstellt oder besitzt oder

2. eine pornographische Darstellung einer mündigen minderjährigen Person nach Abs. 4 Z 4 zu seinem eigenen Gebrauch herstellt oder besitzt, sofern mit der Tat keine Gefahr der Verbreitung der Darstellung verbunden ist.