#### **Helmut Graupner**

# Das 17jährige Kind

Europäisches Sexualstrafrecht zwischen Schutz und Bevormundung

Universität Bielefeld Zentrum für Kindheits- und Jugendforschung

1. Dezember 2021

www.graupner.at

## Die Aufklärung

#### 1789 Französische Revolution

erstmals Entkriminalisierung von allen einverständlichen sexuellen Kontakten

(Vaginalverkehr zwischen Unverheirateten & zwischen Christen und Ungläubigen, Oral-/Analverkehr, Homosexualität, Selbstbefriedigung, Prostitution etc.)

"Die Menschen werden frei und gleich an Rechten geboren und bleiben es." "Die Freiheit besteht darin, alles tun zu dürfen, was einem anderen nicht schadet"

(Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte 1789, Artikel 1 & 4)

#### Sexualität als Menschenrecht

- Bundesverfassungsgericht (Deutschland)
  - → menschliche Würde Kern und zentrales Schutzgut jeder freiheitlich demokratischen Rechtsordnung
  - → menschliche Würde = Unverfügbarkeit, Freiheit , Autonomie, Personsqualität (Kant: Mensch nicht Mittel zum Zweck, immer Zweck an sich)
- Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung:
  - → Freiheit zu gewollter Sexualität
  - → Freiheit von ungewollter Sexualität (Missbrauch, Gewalt)
  - → Zwei Seiten derselben Medaille (umfassender Schutz der menschlichen

Würde im Sexuellen)

## Aufgabe des Gesetzgebers

- → angemessene Balance
- → zwischen beiden Seiten der "sexuellen Autonomie"
- → nobel, schwierig & wichtig zugleich
- → insb. im Hinblick auf junge Menschen
- → denen wir unsere Ideale und Werte weitergeben (wollen):
  - Respekt für die menschliche Würde und Autonomie

### Europäischer Menschenrechtsgerichtshof

- zentraler Gedanke der Menschenrechte ist der Respekt vor der menschlichen Würde und Freiheit,
- die Anerkennung der persönlichen Autonomie ist ein bedeutendes Auslegungsprinzip in der Anwendung des Rechts auf Achtung des Privatlebens.
- Sexualität und Sexualleben gehören zum Kernbereich des Grundrechts auf Schutz des Privatlebens. Staatliche Regulierung sexuellen Verhaltens greift in dieses Recht ein; und solche Eingriffe sind nur dann gerechtfertigt, wenn sie in einer demokratischen Gesellschaft nachweislich notwendig sind, um von anderen Schaden abzuwenden (dringendes soziales Bedürfnis, Verhältnismässigkeit).

- Ansichten und Werthaltungen einer Mehrheit können Eingriffe in das Recht auf Privatleben (wie auch in andere Grundrechte) jedenfalls nicht rechtfertigen.
- Unvereinbar mit den grundlegenden Werten der Europ. Menschenrechtskonvention, wenn die Konventionsrechte von (sexuellen) Minderheiten abhängig gemacht würden von ihrer Akzeptanz durch die Mehrheit

(Dudgeon vs. UK 1981, Norris vs. Ireland 1988, Modinos vs. Cyprus 1993, Laskey, Brown & Jaggard vs. UK 1997, Lustig-Prean & Beckett vs. UK 1999; Smith & Grady vs. UK 1999; A.D.T. vs. UK 2000, Christine Goodwin vs. UK 2002, I. vs. UK 2002, Fretté vs. France 2002, L. & V. v. Austria 2003, S.L. v. Austria 2003, Alekseyev vs. RUS 2010)

## Sexuelle Mündigkeit

- Mitgliedstaaten: Pflicht zu
  - → effektivem Schutz vor sexuellem Missbrauch & Gewalt (Z. & Others vs. UK 2001, E. & Others vs. UK 2002, X. & Y. vs. NL 1985)
  - → wirksamer Gewährleistung Freiheit zu gewollter Sexualität (L. & V. vs. Austria 2003, S.L. vs. Austria 2003; A.D.T. vs. UK 2000)
  - → nicht nur bei Erwachsenen, auch bei Minderjährigen Fall S.L. gg. Österreich (2003): Schadenersatz für Jugendlichen wegen Verbots (zwischen 14 und 18) sexueller Kontakte mit Erwachsenen (par. 49, 52)
- Sexualstrafgesetzgeber muss beide Seiten des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung wahren
  - → Freiheit zu gewollter Sexualität
  - → Freiheit von ungewollter Sexualität (Missbrauch, Gewalt)
  - → angemessene Balance
  - → einseitige Betonung einer Seite: Gefahr der Verletzung der menschlichen Würde im zentralen Bereich der Sexualität

#### Bundesverfassungsgericht:

- → der Minderjährige ist eine von vornherein und mit zunehmendem Alter in immer stärkerem Maß durch das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit iVm dem Recht auf Achtung der Menschenwürde geschützte Persönlichkeit (BVerfGE 47, 46 (74) = NJW 1978, 807)
- → Die Entscheidungsbefugnis des Minderjährigen wächst in dem Maß, in dem die Selbstbestimmungsfähigkeit die Erziehungsbedürftigkeit übersteigt (ebendort)
- → Gerade höchstpersönliche Rechte soll der schon urteilsfähige Minderjährige eigenverantwortlich wahrnehmen können (BVerfGE in NJW 1982, 1375 [1378])

### Strafrechtliches sexuelles Mindestalter

- →Deutschland (§ 176 dtStGB) & Österreich (§§ 206f öStGB): 14 Jahre
- →Einvernehmliche sexuelle Kontakte ab 14 straffrei in etwa der Hälfte der europäischen Rechtsordnungen
- →Standard in jenen Strafrechtsordnungen mit Legalitäts- und Offizialprinzip

## Sexuelle Mündigkeit

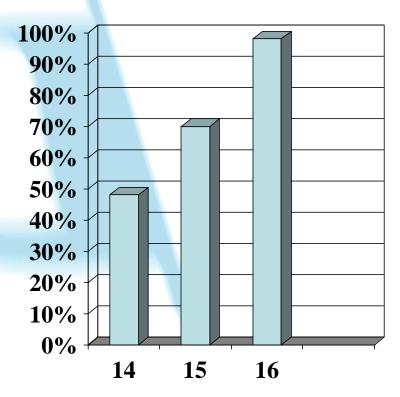
(ausserhalb von Autoritätsverhältnissen, Prostitution und Pornografie)

legal at the age of

14: 48% (28 out of 59)

15: 70% (41 out of 59)

16: 98% (58 out of 59)



Europe

- → grundlegende Anforderung an Gerechtigkeit: stimmige und widerspruchsfreie Gesetze (EGMR: X. & Y. vs. NL 1985; B. & L. vs. UK 2005, X et. al. 2013)
- → alt und reif genug, um für Vergewaltigung einer Frau verurteilt und bestraft zu werden aber zu jung und zu unreif, um mit der gleichen Frau einverständlichen Sex zu haben?
- → Strafmündigkeit 14 & sexuelle Mündigkeit 15: einverständlicher Sex zwischen 14jährigen -> beide Sexualstraftäter und beide Opfer zugleich und zueinander

- → kein angemessener Ausgleich sondern absurd und unvereinbar mit individueller Autonomie und Selbstbestimmung
- → große Mehrheit der Staaten Europas: Sexuelle Mündigkeit nicht höher als Strafmündigkeit, meist gleiches Alter
- → <u>Kinderpornografie</u>: gleiche Altersgrenze
  (Übereinstimmung mit allg. Verständnis von "Kind", Abbildung von Straftaten)
  - → bis zum Beginn des 21. Jahrhunderts

## EU-Kinderpornografie-Rahmenbeschluss

(RB 2004/68/JHA 22.12.2003 zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornografie)

#### Vorschlag der Europäischen Kommission (2001)

- "Kind": jede Person bis 18. Lebensjahr
  - → keine Differenzierung nach verschiedenen Altersgruppen
  - → 17 ½ jähriger junger Mann grundsätzlich behandelt wie 5jähriges Kind
- "Kinderpornografie":
  - → alle bildlichen Darstellungen
  - → eindeutig sexueller Handlungen
  - → unter Einbeziehung einer Person unter 18 Jahren
  - → auch: "aufreizende Zurschaustellung der Genitalien oder der Schamgegend"
- Definition der "Kinderpornografie" wortwörtlich aus § 2256 U.S.-Federal Criminal Code: US-Kongress (1994):
  - → nicht auf Nacktbilder beschränkt
  - → auch nicht auf Abbildungen mit Erkennbarkeit der Genitalien unter der Kleidung
  - → Videos: Genitalien oder Schamgegend muss nicht auf Abbildung zu sehen sein, laszives Handeln oder Posieren nicht erforderlich

- Auch erfasst:
  - → fiktive Darstellungen
  - → Erwachsene, die wie Jugendliche (unter 18) aussehen
  - Guter Teil handelsüblicher Standardpornografie unter Kriminalitätsverdacht
- Übernommene Definition erfasst also potentiell alle denkbaren Arten erotischer Darstellungen von Personen unter 18 Jahren (auch bei voller Bekleidung)
- "Sexuelle Ausbeutung"
  - Kontakte gegen Geld, andere Dinge wirtschaftlichen Werts oder "sonstige" (nicht-ökonomische) Gegenleistung
  - → Kontakte unter "Verleitung" der Person unter 18
- Jugendliche Täter:
  - → keine Ausnahmen
  - → gleiche Strafdrohungen (Mindesthöchststrafen)
  - → als Opfer mit Kindern, als T\u00e4ter mit Erwachsenen gleichgesetzt

### Verpflichtung zur Kriminalisierung von

- → 15jährigem, der Foto seiner gleichaltrigen Freundin im knappen Bikini schiesst, das die "Schamgegend" (wenn auch nicht die Genitalien) erkennen lässt und in "aufreizender" Pose
- → 14jährigem, der im Privaten eine nackte junge 17j Schönheit in "aufreizenden" Posen zeichnet
- → 17jährigen, die intime Bilder von sich austauschen oder einander über Webcams betrachten und dabei ihre "Schamgegend (oder gar Genitalien) "aufreizend" entblössen ("Webcam-Sex")
- → Jugendlichen, die Inititiative zu Sex mit anderen Jugendlichen ergreifen oder (immaterielle) Vorteile (Liebe, Zuneigung?) für intime Kontakte gewähren

## Die Kritik

#### Heftige Kritik:

- -> World Association for Sexual Health (WAS)
- -> Öst. Gesellschaft für Sexualforschung (ÖGS)
- -> Deutsche Gesellschaft für Sozialwissenschaftliche Sexualforschung (DGSS)
- -> Deutsche Gesellschaft für Sexualforschung (DGfS) ("moralischer Kolonialismus")
- -> Deutsche Gesellschaft für Sexualwissenschaft (GSW)
- -> Europäische Region der International Lesbian and Gay Association (ILGA)
- -> Lesben- und Schwulenverband Deutschlands (LSVD)

#### Anhörung im Nationalrat (2003) und im Bundestag (2008):

einhellige Ablehnung durch die gehörten Sachverständigen (Rechtswissenschaft, Kinder- und Jugendpsychiatrie, Psychotherapie, sexuelle Ausbeutung von Kindern)

## Kritikpunkte:

- → "Verleitung", "nichtökonomische" Vorteile
- → "Entgelt" (Vermögensvorteil) erfasst *nicht nur Prostitution*, sondern auch Kinobesuch oder Abendessen
- → Kriminalstrafrechtliche Ermittlungen (Kausalität von Vorteilen?) mehr Schaden als Nutzen, Kriminalitätsverdacht
- → Kriminalisierung der Jugendprostitution: Behinderung der nachgehenden, niederschwelligen Sozialarbeit
- → "Jugendpornografie": bildet keinen Missbrauch ab sondern legale (sogar grundrechtlich geschützte) Kontakte -> Kriminalisierung außerhalb der kommerziellen Pornografie sogar in privaten Beziehungen -> unverhältnismäßiger Eingriff in die sexuelle Selbstbestimmung
- → Ehemündigkeit 16 (§ 1303 Abs. 2 dtBGB, § 1 öEheG): sogar Strafbarkeit des Besitzes eines "aufreizenden" ("pornografischen") Bildes des Ehepartners
- → Strafbarkeit des Erwerbes oder Besitzes von "aufreizenden" ("pornografischen") Bildern einer vollentwickelten 17jährigen Frau oder eines vollentwickelten 17jährigen Mannes (in A und in einigen dt. Bundesländern wahlberechtigt; in A wehrpflichtig) nicht nachvollziehbar
- → Keine Sprache der Welt verwendete jemals den Begriff "Kind" für Personen jenseits der frühen Teenagerjahre
- → Gefährdung wirksamer Bekämpfung sexueller Ausbeutung; Verschwendung wertvoller Ressourcen zur Bekämpfung der wirklichen Kinderpornografie

## Konsequenz im Ministerrat:

- → "Verleitung" gestrichen
- → "nicht-ökonomische" Vergütungen gestrichen
- →"Entgelt": muss dafür geboten werden, dass Jugendlicher sich zu sexuellem Kontakt bereit findet (Verführungselement)

## Ausnahmen

Bei der Pornografie blieb es bei der Altersgrenze 18 und der Erfassung auch privater Beziehungen. Jedoch wurden drei *fakultative* Ausnahmen geschaffen:

- Erwachsene Darsteller: Mitgliedstaaten dürfen erwachsene Personen, die wie unter 18 aussehen, aus der Strafbarkeit ausnehmen (Art. 3 Abs. 2 lit. a)
- Sexuelles Mündigkeitsalter: Mitgliedstaaten dürfen von der Strafbarkeit ausnehmen:
  - → Produktion & Besitz
  - →Abbildungen von Personen oberhalb des sexuellen Mündigkeitsalters (D & A: 14 Jahre)
  - →mit ihrem Einverständnis & ausschließlich zu <u>ihrer</u> persönlichen Verwendung
  - →nicht erfasst: dritten Personen Bilder zu zeigen
  - →zB nicht erfasst: Jugendliche, die "aufreizende" ("pornografische") Bilder von sich selbst (alleine oder mit PartnerIn) zeigen (bspw.: 15j in A verurteilt, OLG-Innsbruck 16.01.2015, 6 Bs 309/14p)

#### **Fiktive Darstellungen:**

- Ministerrat beschränkte auf "realistische" Darstellungen.
- Mitgliedstaaten dürfen zudem von der Strafbarkeit ausnehmen:
  - → Produktion & Besitz
  - →ausschließlich zur persönlichen Verwendung des Herstellers
  - →wenn keine Abbildung einer realen (auch erwachsenen) Person verwendet
  - →und wenn keine Gefahr der Verbreitung des Materials
  - →14jähriger darf (wenn MG von der Ausnahme Gebrauch macht!) eine 17jährige Schönheit in "anstößiger" ("pornografischer") Pose zeichnen, diese Zeichnung aber niemanden zeigen
  - →17jährige darf (wenn MG von der Ausnahme Gebrauch macht!) am PC eine "aufreizende" ("pornografische") virtuelle Animation eines Jugendlichen generieren und abspeichern, darf dafür aber keine Abbildung ihres 16jährigen Freundes zu Grunde legen und muss die Animationsdatei wirksam mit einem Passwort sichern (ansonsten strafbar)

## Vorschlag für neue EU-Richtlinie

zur Bekämpfung von Kinderpornografie (KOM (2010)94)

#### Mitgliedstaaten müssen kriminalisieren:

- Erotika mit nachweislich erwachsenen
  DarstellerInnen, die (in den Augen des Gerichtes) wie unter 18 aussehen
- Herstellung und Besitz rein fiktiver Darstellungen im Privaten (zB 14jähriger zeichnet "realistisch" eine 17jährige nackte Schönheit)
- Einverständlichen Webcamsex oder Herstellen von Fotos eines 19j mit seiner 17j Freundin, wenn das Gericht ihnen keinen "ähnlichen mentalen und körperlichen Entwicklungsstand" zugesteht oder (trotzdem) "Missbrauch" "indiziert" sieht

- Keine Beschränkung auf Pornografie und keine Ausnahme für Kunst, Wissenschaft etc.:
  - -> auch **Spielfilme** (wie "Die Blechtrommel" und die üblichen Pubertätskomödien á la "Eis am Stiel") oder **Dokumentar- und Lehrfilme** mit simulierten Sexszenen unter 18j erfasst, wenn die SchauspielerInnen unter 18 sind (unklar ob auch bei erwachsenen SchauspielerInnen)
- Bloßer privater Besitz: Mindesthöchststrafe 2 Jahre
- Anzeigepflicht für jede/n (!) bei "begründetem Verdacht" (auch AnwältInnen, TherapeutInnen etc.)
- Verbot jeden regelmäßigen Kontakts mit unter 18j (Obsorge, Beruf, privat, Bahn/Bus/Strassenbahn?)
- Schutz vor Kinder(!)pornografie?
- 07.10.10: Einigung der 27 Mitgliedstaaten, neue Tatbestände müssen binnen 2 Jahren (nach Inkrafttreten der RL) eingeführt werden

- -> Erklärung der deutschsprachigen sexualwissenschaftlichen Gesellschaften (DGfS, DGG, GSW, DGSMT, ÖGS, DGSS) "Jugendliche und junge Erwachsene sind keine Kinder" (13.02.2011) (versandt u.a. an alle EP-Abgeordneten)
- -> Erklärungen der World Association for Sexual Health (WAS) & der European Federation of Sexology (EFS)
- Behandlung des Richtlinienvorschlags im Europäischen Parlament

#### Richtlinie 2011/92/EU (13.12.2011)

- -> keine der von der Kommission vorgeschlagenen Absurditäten mehr enthalten
- -> Ausnahme für einverständliche Sexualität von Jugendlichen erweitert (keine Beschränkung mehr auf persönlichen Gebrauch <u>nur</u> der abgebildeten Person sondern nun aller beteiligten Personen)
- -> von D & A 2015 umgesetzt (§ 184c Abs 4 dtStGB; § 207a Abs 5 Z. 1 öStGB)

### Absurditäten abgewendet, aber Problematiken der bisherigen Rechtslage bleiben bestehen

- -> Ausnahmen (erwachsene Personen, einverständliche Jugendsexualität, virtuelle Darstellungen) bloß fakultativ
- -> EU-Haftbefehl: keine beiderseitige Strafbarkeit notwendig. Überstellung auch wenn ersuchter Unionsstaat von einer Ausnahme Gebrauch gemacht hat (zB Webcamsex zwischen 17j)
- -> 7 Monate unbedingt für Besitz von 5 Nacktbildern von "Vielleicht"-unter18jährigen (OGH 02.03.2010, 14 Os 73/09), Beischaffung der Altersnachweise verweigert

### Verurteilt: Sonderbehandlung SexualstraftäterInnen

- -> keine Weihnachtsamnestie
- -> längere Probezeiten
- -> längere Tilgungsfristen
- -> zwingender Amtsverlust (bei öff. Bediensteten)
- -> Berufs- & Tätigkeitsverbote
- -> keine "Fußfessel" statt Haft
- -> Sexualstraftäterdatei

### Freigesprochen:

- -> praktisch kein Ersatz der Verteidigungskosten
- => Für das Betrachten von Personen, mit denen man legal Sex haben darf, die man heiraten darf

## "Soll er strafen oder schonen Muß er Menschen menschlich sehen" (Johann Wolfgang von Goethe)

