

# Sexualität, Jugendschutz und Menschenrechte – Die rechtliche Situation bei Kindern und Jugendlichen in Österreich und Deutschland\*

Helmut Graupner

## Sexuality, Youth Protection and Human Rights – The Legal Situation of Children and Adolescents in Austria and Germany

### Abstract

Human rights guarantee sexual self-determination: both the freedom to practice wanted sexuality and the freedom from unwanted sexuality, from sexual abuse and violence. Both freedoms, as the two sides of one coin, must be equally protected and guaranteed. Legislators are called upon to find an acceptable balance between the two: No side may be accentuated to the detriment of the other, and no side neglected in favor of the other. Laws must be consistent and coherent; the age of sexual consent and the age of criminal responsibility must therefore be the same. Against this constitutional background the article outlines the solutions Austrian, German and EU legislators have found regarding child and adolescent sexuality.

Keywords: European Court of Human Rights, Human rights, European Union, Sexual self-determination, Child and adolescent sexuality, Age of consent, Age of criminal responsibility, Child pornography, § 175, § 176 dStGB, § 206, § 207, § 209 öStGB

### Zusammenfassung

Unsere Grundrechtsordnung schützt die sexuelle Selbstbestimmung umfassend: Sowohl die Freiheit zu gewollter Sexualität als auch die Freiheit von nicht gewollter Sexualität, von sexuellem Missbrauch und Gewalt. Beide Freiheiten müssen, als zwei Seiten ein und derselben Medaille, gleichermaßen geschützt und gewährleistet werden. Der Gesetzgeber muss eine angemessene Balance finden und darf keine Seite zu Lasten der anderen überbetonen und keine zu Gunsten der anderen vernachlässigen. Gesetze müssen zudem stimmig und widerspruchsfrei sein, weshalb das sexuelle Mündigkeitsalter und das Strafmündigkeitsalter übereinstimmen sollten. Vor diesem verfassungsgesetzlichen Hintergrund wird dargestellt, welche Lösungen die österreichischen, deutschen und EU

\* Vortrag gehalten auf dem Seminartag „Sexualmedizin im Prozess“ der Österreichischen Akademie für Sexualmedizin am 21. Oktober 2017 in Salzburg.

Gesetzgeber im Bereich der Kinder- und Jugendsexualität konkret gefunden haben.

Schlüsselwörter: Europäischer Menschenrechtsgerichtshof, Menschenrechte, Europäische Union, sexuelle Selbstbestimmung, Kinder- und Jugendsexualität, sexuelle Mündigkeit, Strafmündigkeitsalter, Kinderpornografie, § 175, § 176 dStGB, § 206, § 207, § 209 öStGB

## Einleitung – Die menschlichen Grundrechte

Die französische *Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte* von 1789 hat zwei grundlegende Rechte proklamiert. Das eine: Die Menschen werden frei und gleich an Rechten geboren und bleiben es, also das Gleichheitsrecht. Und das andere, das Freiheitsrecht: Jeder Mensch hat das gleiche Maß an Freiheit, das darin besteht, alles tun zu dürfen, solange es anderen nicht schadet. Genau dieses Verständnis finden wir auch in der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) im geografischen Europa, also auch über die Europäische Union hinaus. In ständiger Rechtsprechung judiziert dieser Gerichtshof, dass der Respekt vor der menschlichen Würde und Freiheit der zentrale Gedanke der Menschenrechte ist. Artikel 1 im deutschen Grundgesetz lautet auch: „Die menschliche Würde ist unantastbar.“ Das deutsche Bundesverfassungsgericht interpretiert – so wie auch der Europäische Menschenrechtsgerichtshof – die Menschenwürde anhand von Kant: Ein Mensch darf immer nur Zweck an sich sein, aber nie Mittel zum Zweck.

## Schutz des Privatlebens als Grundlage für das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung

Weder in der Europäischen Menschenrechtskonvention, die 1953 in Kraft getreten ist, noch in anderen frühen internationalen Menschenrechtskonventionen ist explizit ein Recht auf sexuelle Selbstbestimmung festgeschrieben. Das ist damals, als diese Instrumente verfasst wurden, niemandem als ein gesondert anzuführendes Grundrecht

erschienen, aber es gab traditionell das Recht auf Gleichberechtigung, Nichtdiskriminierung und Achtung des Privatlebens – und darunter subsumiert folgerichtig der Menschenrechtsgerichtshof auch die Sexualität und das Sexualleben. Diese gehören zum Kernbereich des Grundrechts auf Schutz des Privatlebens, der im Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention verankert ist (EMRK, 1953a). Um nach der Menschenrechtskonvention gerechtfertigt zu sein, muss jede – egal welche – staatliche Regulierung zwei Kriterien erfüllen: Jeder Eingriff muss in einer demokratischen Gesellschaft für ein legitimes Ziel „notwendig“ sein, zum Beispiel für den „Schutz der Rechte und Freiheiten anderer“ (ebd). Was heißt „notwendig“? Hier sagt der Menschenrechtsgerichtshof: Es muss ein dringendes soziales Bedürfnis danach geben und die Maßnahmen müssen auch verhältnismäßig sein.

Einer der wesentlichsten Punkte, der zu wenig Aufmerksamkeit auf sich zieht, ist – und diesbezüglich ist der Menschenrechtsgerichtshof aber ganz klar –, dass Ansichten und Werthaltungen einer Mehrheit Eingriffe in das Recht auf Privatleben nicht rechtfertigen können. Das heißt, nur weil eine Mehrheit der Meinung ist, das Verhalten einer Minderheit sei unsittlich und sollte bestraft werden, rechtfertigt dies nicht, in das Privatleben und damit in das Sexualleben eines Menschen einzugreifen. Es muss ein Eingriff in die „Rechte und Freiheiten anderer“ (Art. 8,2 der EMRK) vorliegen. Moral allein, moralische und sittliche Anschauungen, können somit keine Grundlage für Einschränkungen der sexuellen Freiheit bilden. Sind aber tatsächlich Rechte und Freiheiten anderer massiv beeinträchtigt, so muss deren Schutz wirksam gewährleistet werden. Die Mitgliedstaaten des Europarates sind also dazu verpflichtet, einerseits effektiven Schutz *vor* sexuellem Missbrauch und *vor* sexueller Gewalt, andererseits die Freiheit *zu* gewollter Sexualität sicherzustellen.

## Recht auf Gleichbehandlung – Freiheit von Diskriminierung

Neben dem Freiheitsrecht gilt auch das Recht auf Freiheit von Diskriminierung, das Recht auf Gleichbehandlung (Art. 14 der EMRK). Diskriminierung aufgrund sexueller Orientierung wertet der Europäische Menschenrechtsgerichtshof als ebenso schwerwiegend wie Diskriminierung aufgrund von Rasse, ethnischer Herkunft, Religion und Geschlecht. Das gilt nicht nur für Erwachsene, sondern auch für Minderjährige. Menschenrechte gelten für alle Menschen, egal welchen Alters.<sup>1</sup> Wenn also Gesetzgeber

sexualstrafrechtliche Bestimmungen erlassen, müssen sie beide Seiten des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung wahren. Sie stehen dabei vor der zugegebenermaßen schwierigen Aufgabe, diesbezüglich eine angemessene Balance zu finden und nicht die eine Seite gegenüber der anderen überzubetonen bzw. zu vernachlässigen.

## Sexuelle Mündigkeit und Strafmündigkeit

Entsprechend dieser grund- und menschenrechtlichen Anforderung haben die Gesetzgeber in Deutschland und in Österreich ein strafrechtliches Mindestalter von 14 Jahren festgelegt (sexuelle Mündigkeit) (§ 176 dStGB; § 206f öStGB). Damit kommt Jugendlichen – mit Ausnahme von Autoritätsverhältnissen (Pfadfinderführer und Pfadfinder, Lehrer und Schüler etc.) und von Pornografie und Prostitution (18 Jahre) – in beiden Ländern ab 14 Jahren die sexuelle Selbstbestimmung zu. In ungefähr der Hälfte der Rechtsordnungen Europas sind in diesem Sinn einvernehmliche sexuelle Kontakte ab dem 14. Lebensjahr straflos; in etwa drei Viertel ab 15, und in ganz Europa (außer Zypern, dem einzigen Staat Europas, in dem ein generelles Mindestalter von 17 gilt) ab 16 (Graupner, 2017b, 8). In den USA findet man Altersgrenzen zwischen 16 und 18 Jahren, in manchen Bundesstaaten sogar noch darüber hinaus.

Über die ideale Höhe der Altersgrenze lässt sich trefflich diskutieren bzw. streiten. Eine grundrechtliche Anforderung an Gesetze ist es jedoch, dass sie stimmig und widerspruchsfrei sein sollten. Auf die sexuelle Mündigkeit angewandt, bedeutet dies: Sexuelle Mündigkeit sollte mit der Strafmündigkeit übereinstimmen, also mit jenem Alter, ab dem man für eigene strafrechtswidrige Handlungen bestraft werden kann.

(EGMR, 2003b). Es ging um die Sondermindestaltersgrenze für sexuelle Kontakte zwischen männlichen Personen, also für schwule Beziehungen von 18-Jährigen gegenüber der Mindestaltersgrenze von 14 Jahren für heterosexuelle und lesbische Beziehungen (siehe unten). Der EGMR hat Österreich diesbezüglich mehrfach verurteilt. In einem der Fälle habe ich einen 17-jährigen schwulen Jugendlichen vertreten, der sich beschwert hat, dass er nicht selbstbestimmt entscheiden darf, mit wem er intime Beziehungen eingeht. Und er hat sich für ältere Männer interessiert, nicht für Gleichaltrige. Daran war der Jugendliche durch diese Gesetzgebung gehindert, wenn er auch selbst nicht strafbar war. Denn er lief Gefahr, im Strafverfahren aussagen zu müssen – und zwar über intimste Details seines Sexuallebens –, und damit seine Partner ins Gefängnis zu bringen. Deshalb hat der Menschenrechtsgerichtshof Österreich dazu verpflichtet, dem besagten Jugendlichen, wegen dieser Beeinträchtigung seiner sexuellen Selbstbestimmung zwischen 14 und 18 Jahren, Schadenersatz zu leisten (EGMR, 2003a).

<sup>1</sup> Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat dies auch so judiziert – etwa im Fall S.L. gegen Österreich aus dem Jahr 2003

So ist es widersinnig, wenn bspw. ein 15-Jähriger einerseits für alt und reif genug erklärt wird, um für die Vergewaltigung einer 30jährigen Frau verurteilt oder bestraft zu werden, er andererseits aber als zu jung, zu unreif gilt, um mit der gleichen Frau einverständlichen Sex zu haben. Dies ist jedoch etwa der Fall, wenn die Strafmündigkeitsgrenze bei 14 Jahren liegt, aber die Grenze für sexuelle Mündigkeit bei 16. Eine ähnlich absurde Konsequenz hätte die Differenz zwischen der Strafmündigkeitsgrenze und der sexuellen Mündigkeit, wenn erstere bei 14 Jahren, letztere bei 15 liegen würde und zwei 14-Jährige einverständlich Sex miteinander hätten. Beide wären Sexualstraftäter und Opfer zugleich und zueinander – der eine 14-Jährige wäre Missbrauchstäter gegenüber dem anderen und gleichzeitig er selbst aber auch Opfer des anderen und umgekehrt. Das stellt keinen angemessenen Ausgleich dar wie ihn die Grundrechte erfordern, sondern eine Absurdität. Dementsprechend legt die große Mehrheit der europäischen Staaten die sexuelle Mündigkeit nicht höher als die Strafmündigkeit fest. In den meisten gilt das gleiche Alter für die sexuelle Mündigkeit und die Strafmündigkeit (vgl. Graupner, 1997, Bd. 2, 361–759; 2017b, 11).

## Die Sonderaltersgrenze und ihre Folgen

Traditionell ist die Ausnutzung von Autoritätsverhältnissen bei Jugendlichen bis zum 18. Lebensjahr strafbar. In der Vergangenheit hat es zusätzlich in Österreich, Deutschland und in vielen anderen europäischen Ländern noch eine Sonderaltersgrenze von 18 Jahren für männlich homosexuelle Kontakte gegeben (§ 209 öStGB; § 175 dStGB, Reform von 1973). Schwule Männer hatten also zwei Altersgrenzen: die allgemeine (für alle geltende) Altersgrenze von 14 Jahren (§ 176 dStGB; § 206f öStGB) und die zusätzliche von 18 Jahren, während für heterosexuelle und lesbische Paare nur 14 Jahre gegolten hat. Diese Sonderaltersgrenze ist 1994 im westdeutschen StGB mit der Aufhebung des § 175 weggefallen (in der DDR war dies schon 1989 mit der Streichung des § 151 StGB-DDR geschehen). Österreich folgte mit der Aufhebung von §209 (durch den Verfassungsgerichtshof) erst im Jahr 2002.

### Die darauffolgenden Ersatzbestimmungen im vereinten Deutschland und Österreich

Nach der Streichung der Paragraphen 175 bzw. 209 wurden in beiden Ländern Ersatzbestimmungen über den sexuellen Missbrauch von Jugendlichen eingeführt, in Deutschland § 182 StGB, in Österreich § 207b. Diese Ersatzbestimmungen sind geschlechtsneutral formuliert und gelten nun auch für lesbische und heterosexuelle Kontakte.

In beiden Ländern waren die Ersatzbestimmungen heftig umstritten. Die Kritik, die in Bundsrats- und Bundestagsanhörungen geäußert wurde, wies darauf hin, dass die

Notwendigkeit der Strafverschärfung im heterosexuellen und lesbischen Bereich erst artikuliert wurde, nachdem die Sonderaltersgrenze für männlich homosexuelle Kontakte beseitigt wurde. Vorher hatte über Jahrzehnte hinweg niemand eine Schutzlücke wahrgenommen, die es zu schließen gegolten hätte. Kritisiert wurden v.a. die unbestimmten Gesetzesbegriffe, befürchtet wurden eine moralisierende Handhabung und Gerichtspraxis sowie der grundsätzliche Kriminalitätsverdacht, unter den man Kontakte von über 14-jährigen Jugendlichen mit ihren Partnerinnen und Partnern stellt, nicht zuletzt auch aufgrund der unbestimmten Gesetzesbegriffe. In der Folge werden die Ersatzbestimmungen am Beispiel Österreich erläutert.

### Paragraph 207b öStGB

Paragraph 207b, der 2003 in Kraft trat, trägt den Namen „Sexueller Missbrauch von Jugendlichen“ – im Gegensatz zu §206 und §207 (sexueller Missbrauch von Unmündigen). Jugendliche sind 14- bis 18-Jährige. Strafbar sind drei Tatbestände:

- (1) Ein unmittelbares Verleiten zu sexuellen Handlungen durch ein Entgelt, oder gegen sonstige Vermögenswerte, es kann auch eine Urlaubsreise sein oder der sprichwörtliche Pelzmantel oder – sofern es kausal verknüpft ist – auch eine Einladung zu einem luxuriöseren Abendessen. Daraus folgte einer der Kritikpunkte: Kann es Aufgabe der Strafjustiz sein, mit dem groben Klotz des Strafrechts solche Differenzierungen zu untersuchen, bei Jugendlichen über 14 Jahren?
- (2) Das Ausnutzen einer persönlichen oder wirtschaftlichen Zwangslage. Gedacht wird hier nicht an Zwangslagen, die der Täter schafft, denn dann wäre es ohnehin Nötigung und Gewalt bis hin zur Vergewaltigung. Stattdessen geht es um eine Zwangslage, die der Täter vorfindet und ausnutzt. Man denkt hier zum Beispiel an obdachlose oder wohnungslose Jugendliche, denen man einen Schlafplatz anbietet, für den es eine Gegenleistung geben muss.
- (3) Das Ausnutzen mangelnder Reife. Das ist der unbestimmteste Tatbestand, der auch seit der Einführung im Jahr 2003 nie vollzogen wurde. Er wäre gegeben, wenn ein Jugendlicher zwischen 14 und 18 aus bestimmten Gründen noch nicht reif genug ist, die Bedeutung der sexuellen Handlung, die an ihm vorgenommen wird oder die er vornimmt, einzusehen oder sich entsprechend dieser Einsicht zu verhalten. D.h., hier geht es um entwicklungsverzögerte Jugendliche, die psychosexuell nicht einem üblichen 14-/15-Jährigen entsprechen. Wenn mangelnde Reife und altersbedingte Überlegenheit vom Täter ausgenutzt werden, dann wäre dieser Tatbestand erfüllt. Was hier kritisiert wurde, ist einerseits, dass eine ge-

richtspsychiatrische Untersuchung mit einem Sachverständigengutachten nötig wäre, denn ohne dieses Gutachten kann man den Tatbestand nicht erweisen. Wie soll nun der Täter in der Situation des sexuellen Kontakts das Vorliegen dieser Entwicklungsverzögerung erkennen und realisieren, wenn der Richter nachher, um das festzustellen, selbst ein Sachverständigengutachten braucht. Zu beachten ist auch die Belastung der Jugendlichen durch ihre sexualpsychologische Untersuchung, Befundung und Beurteilung.

Kritiker haben auch die Befürchtung geäußert, dass die Bestimmung § 207b, weil sie explizit als Nachfolgeersatzbestimmung für das aufgehobene homophobe Sonderstrafgesetz § 209 eingeführt wurde, auch unverhältnismäßig gegen sozial ungewöhnliche Beziehungen, wie homosexuelle Beziehungen, aber auch Beziehungen mit einem großen Altersunterschied, oder Inländerinnen mit Ausländern und ähnliche Konstellationen, die sozial weniger erwünscht sind, mit denen Eltern nicht einverstanden sind, angewendet wird, und solche sozial ungewöhnlichen Beziehungen eher zur Verfolgung führen als andere.

Jedenfalls bei den gleichgeschlechtlichen Beziehungen hat sich das in den Anfangsjahren des Gesetzes auch gezeigt. Wie Anfragebeantwortungen der Justizminister ergeben haben, ist § 207b bei gleichgeschlechtlichen Beziehungen öfter angewendet worden, als dem Anteil der gleichgeschlechtlichen Beziehungen entsprechen würde (Graupner, 2017a, 52). Seit 2005 verweigern die Justizminister derartige Auskünfte. Es wäre auch sinnvoll, was auch im Nationalen Aktionsplan Kinderrechte gefordert wurde, dass man § 207b, nachdem er nun über 15 Jahre existiert, evaluiert.

## Kinderpornografie – die EU-Gesetzgebung

Die Gesetzgebung zur Pornografie war lange Zeit von dem Grundsatz getragen: was eine Straftat ist, darf nicht gezeigt und verbreitet werden, schon gar nicht kommerziell. Die Altersgrenze für Kinderpornografie war genauso hoch wie das sexuelle Mündigkeitsalter. Kinderpornografie war also Pornografie mit Personen unter 14 Jahren. Diese Grenze ist 2004, aufgrund eines EU-Rahmenbeschlusses, auf 18 Jahre angehoben worden (Rat der EU, 2004). Der Beschluss hat – und das war ein wesentlicher Kritikpunkt daran – alle Personen bis zum 18. Lebensjahr unterschiedslos als Kinder bezeichnet (Art. 1), auch zwischen Kindern und Jugendlichen wurde kaum unterschieden.

## Vorschlag der Europäischen Kommission für eine neue Richtlinie

Im Jahre 2010 entwickelte die Europäische Kommission einen Vorschlag für eine Richtlinie, womit sie die Bekämpfung der Kinderpornografie und der sexuellen Ausbeutung von Kindern effektiver machen wollte (Europäische Kommission, 2010). Die vorgeschlagene Richtlinie beinhaltete eine Reihe wichtiger Bestimmungen, die dann auch Gesetz geworden sind. Aber die EU-Kommission wollte darüberhinaus, dass die Mitgliedstaaten erotische Darstellungen, sexuell explizite Darstellungen mit nachweislich erwachsenen, aber unter 18 aussehenden Darstellern kriminalisieren (Art. 2). Weiterhin sollten – verpflichtend in allen Mitgliedstaaten – die Herstellung und der Besitz auch rein fiktiver Darstellungen im privaten Bereich strafbar werden, z.B. ein 14-Jähriger zeichnet eine 17-jährige nackte Schönheit. Denn nach der Kinderpornografie-Gesetzgebung der EU ist nicht nur die Darstellung sexueller Handlungen strafbar, sondern auch aufreizende Darstellungen der nackten Person und der Genitalien.<sup>2</sup> Nach dem Vorschlag der Kommission sollte auch einverständlicher Webcam-Sex unionsweit strafbar werden, sowie beispielsweise die Fotos eines 19-Jährigen mit seiner 17-jährigen Freundin, wenn das Gericht ihnen keinen ähnlichen mentalen oder körperlichen Entwicklungsstand zugesteht (Art. 8).

Ob ein ähnlicher mentaler körperlicher Entwicklungsstand besteht, kann aber erst im Nachhinein mit Gutachten verlässlich festgestellt werden. Die Rechtssicherheit für die Betroffenen in den jeweiligen intimen Situationen geht dabei natürlich gegen Null, ob sie sich strafbar machen oder nicht. Und selbst wenn ein solcher ähnlicher Entwicklungsstand zugestanden wird, dann könnte das Gericht – laut dem damaligen Vorschlag der Kommission – immer noch zum Ergebnis kommen, dass trotzdem im konkreten Fall ein Missbrauch indiziert ist, was das auch immer geheißen hätte.

Der Vorschlag der Kommission machte keinerlei Ausnahmen für Kunst und Wissenschaft und ähnliche Bereiche. Das heißt, auch Spielfilme, beispielsweise *Die Blechtrommel*, oder Pubertätskomödien wie *Eis am Stiel* oder auch Dokumentar- und Lehrfilme, Sexualerziehungsfilme, beispielsweise mit simulierten, von unter 18-jährigen Schauspielern ausgeführten Sexszenen, wären von diesem Vorschlag erfasst gewesen. Für den bloßen Privatbesitz dieser Filme – die nach Inkrafttreten dieses Gesetzes hätten sofort vernichtet werden müssen – war eine Mindest-

<sup>2</sup> Nach Art. 1 des EU-Rahmenbeschlusses von 2004 (Rat der EU, 2004); Art. 2 des Richtlinienvorschlags der Kommission Europäische Kommission, 2010), und Art. 2 der jetzt geltenden Richtlinie 2011/93/EU (s. unten).

höchststrafe von zwei Jahren vorgesehen. Hinzu kam eine Anzeigepflicht (für jeden Menschen, ohne Ausnahme für irgendeine Berufsgruppe) bei einem begründeten Verdacht auf Besitz derartigen Bildmaterials.

Am 7. Oktober 2010 haben die Justiz- und Innenminister der (damals) 27 Mitgliedstaaten im Ministerrat der Europäischen Union diese Bestimmungen einstimmig beschlossen. Die Richtlinie der Kommission sollte binnen zwei Jahren in allen Mitgliedstaaten umgesetzt werden. Die deutschsprachige Sexualwissenschaft ist daraufhin aktiv geworden und sechs Fachgesellschaften<sup>3</sup> haben im Februar 2011 eine gemeinsame Erklärung verfasst und an alle Abgeordneten des Europäischen Parlaments verschickt (Graupner, 2011; Kleinz, 2011; Der Spiegel, 2011). Die Richtlinie bedurfte nämlich auch der Zustimmung des Europäischen Parlaments. Auch die *Europäische Sexologische Vereinigung (EFS)* und die *World Association for Sexual Health (WAS)* haben Stellungnahmen abgegeben und vor diesen absurden Bestimmungen und Eingriffen gewarnt (WAS, 2011).

## Das heute geltende Gesetz

2011 ist der Richtlinienentwurf der Kommission im Europäischen Parlament behandelt worden. In der daraus hervorgehenden Richtlinie, die Richtlinie 2011/93/EU vom 13. Dezember 2011 (Europäische Union, 2011) – das heute geltende Gesetz in diesem Bereich für alle Mitgliedstaaten der Europäischen Union – sind all jene von der Kommission vorgeschlagenen und von den Innenministern der Mitgliedstaaten beschlossenen Absurditäten nicht mehr enthalten (Europäische Union, 2011). Die Parlamentarier haben sie samt und sonders gestrichen. Sie sind sogar noch ein Stück weit in die andere Richtung gegangen, indem sie die im alten Rahmenbeschluss (2004) enthaltene Ausnahme für einverständliche Sexualität von Jugendlichen erweitert haben.

Im alten Rahmenbeschluss war die Ausnahme unpraktikabel, weil sie ausschließlich auf den persönlichen Gebrauch der abgebildeten unter 18-jährigen Person, also auf Auftragsfotografie und Auftragsfilm, beschränkt war. Nach der neuen Richtlinie ist das anders, sodass mittlerweile die Mitgliedstaaten eine Ausnahme festlegen dürfen, wenn Personen über der jeweiligen nationalen Mindestaltersgrenze sind – im Fall von Österreich und Deutschland 14 Jahre –, wenn beide einverstanden sind

<sup>3</sup> Deutsche Gesellschaft für Sexualforschung (DGfS), Deutsche Gesellschaft für Geschlechterziehung (DGG), Deutsche Gesellschaft für Sexualmedizin, Sexualtherapie und Sexualwissenschaft (DGSMTW), Österreichische Gesellschaft für Sexualwissenschaften (ÖGS), Deutsche Gesellschaft für Sozialwissenschaftliche Sexualforschung (DGSS), Gesellschaft für Sexualwissenschaft (GSW).

und wenn die Herstellung und der Besitz eines solchen Bildes (von beiden oder nur von einem der beiden) für den persönlichen Gebrauch einer der beteiligten Personen erfolgt, also nicht verbreitet oder Dritten zugänglich gemacht wird. Das haben Deutschland und Österreich 2015 umgesetzt, unter anderem auf Forderung vieler österreichischer Kinderschutzorganisationen.

Seit 2015 stellt sich in Österreich die Gesetzeslage konkret so dar, dass in § 207a Absatz 5 des Strafgesetzbuches eine Ausnahme von der Strafbarkeit statuiert ist, wenn alle Beteiligten über 14 Jahre alt sind, alle einwilligen – insbesondere die Abgebildeten zwischen 14 und 18 Jahren –, und die Herstellung und der Besitz dem persönlichen Gebrauch einer der beteiligten Personen dient. Zuvor hatte es in Österreich Strafverfahren gegen Jugendliche gegeben, die Darstellungen von sich selbst weitergegeben haben, oder Webcam-Sex mit anderen praktiziert haben. Zum Teil wurden sie auch verurteilt; zum Beispiel im Fall eines 15-jährigen, der auf Ersuchen seiner Webcam-Partnerin Selbstbefriedigungsfotos von sich angefertigt und diese dann dem Mädchen geschickt hat. Die erste Instanz, das Landesgericht, hat das Strafverfahren noch eingestellt. Die Staatsanwaltschaft hat dagegen Beschwerde eingelegt. Und das Oberlandesgericht Innsbruck hatte dann entschieden, der Jugendliche müsse bestraft werden, denn er habe Kinderpornografie verbreitet (OLG Innsbruck 13.09.1989, 7 Bs 332/89; vgl. Graupner, 2017a, 17).

## Ausnahmen und ihre Konsequenzen

Eine Problematik besteht weiterhin. Wie oben dargestellt wurde, lässt die europäische Gesetzgebung unter bestimmten Bedingungen Ausnahmen von der grundsätzlichen Altersgrenze für Kinderpornografie von 18 zu. Ausnahmen sind vorgesehen, wenn erwachsene Darsteller agieren, wenn es sich um einverständliche Jugendsexualität im Privaten (siehe dazu oben), oder um bloß virtuelle Darstellungen, beispielsweise Computeranimationen, handelt. Ob die Mitgliedstaaten die Ausnahmen in Anspruch nehmen, ist aber fakultativ, d.h., sie können, müssen es aber nicht. Das hat Konsequenzen im Zusammenhang mit dem EU-Haftbefehl. Für die Überstellung zwischen den Gerichten der Europäischen Union ist in solchen Fällen nämlich keine beiderseitige Strafbarkeit notwendig. Italien beispielsweise hat diese Ausnahmen nicht umgesetzt. Wenn Italien von Österreich die Auslieferung einer Person verlangt, die etwas gemacht hat, was Österreich (zulässigerweise) nicht bestraft, dann muss Österreich nach dem EU-Haftbefehl die Person grundsätzlich trotzdem ausliefern, sofern in dem anderen Land mindestens drei Jahre Strafe drohen.

## Das Problem der Altersbestimmung

Abschließend noch ein Bereich, der nach wie vor problematisch ist: Es handelt sich um die Frage der Altersbestimmung. Wann sind Personen, die abgebildet sind, zum Beispiel auf Bildern, die man im Besitz hat, unter 18 oder über 18? Das ist grundsätzlich noch schwieriger zu beurteilen als bei Kindern. Diesbezüglich gab es einen frappierenden Fall im Jahr 2010, den der Oberste Gerichtshof Österreichs sogar bestätigt hat (OGH 02.03.2010, 14 Os 73/09): Verurteilung zu sieben Monaten unbedingter Freiheitsstrafe, also ohne Bewährung, für den Besitz von fünf Nacktbildern von Personen, die vielleicht unter 18 Jahren waren. Vielleicht deswegen, weil in diesem Verfahren ein zugezogener pädiatrischer Sachverständiger, der die Bilder beurteilt hat, zum Ergebnis gekommen ist, dass in etwa 10% der Maturanten so aussehen wie die Nackten auf den anklagegegenständlichen Bildern. Das Oberlandesgericht, bestätigt vom Obersten Gerichtshof, entschied dennoch: „Mag sein, für uns sind sie unter 18, und deshalb sieben Monate ins Gefängnis“ (Graupner, 2017a, 63). Die Beschaffung der Altersnachweise, die in den USA und anderen westlichen Ländern vorhanden waren, wurde beantragt, aber abgewiesen. Verurteilt wegen Kinderpornografie, obwohl die abgebildeten nackten Personen mit einer Wahrscheinlichkeit von 10% über 18 Jahre alt waren und die Prüfung vorhandener Altersnachweise verweigert wurde. Wir haben hier ein Fairness-Problem.

## Literatur

- Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK), 1953a. Art. 8, Privatsphäre und Familienleben. <https://www.menschenrechtskonvention.eu/privatsphaere-und-familienleben-9292/>
- Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK), 1953b. Art. 14, Diskriminierungsverbot. <https://www.menschenrechtskonvention.eu/diskriminierungsverbot-9298/>
- Europäische Kommission, 2010. Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI, 2010. COD 2010/0064. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0094:FIN:DE:PDF>
- Europäische Union, 2011. Richtlinie 2011/93/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI des Rates. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32011L0093&from=MT>
- Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR), 2003a. Kammer I, Beschwerdesache L. und V. gegen Österreich. Urteile vom 9.1.2003, Bsw. 39392/98 und Bsw. 39829/98. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-60876%22%5D%7D>
- Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR), 2003b. S. L. v. Austria. Rechtsprechung 45330/99. <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Text=45330/99>
- Graupner, H. 1997. Sexualität, Jugendschutz & Menschenrechte. 2. Bd. Peter Lang, Frankfurt/M., Berlin/Bern/New York/Paris/Wien.
- Graupner, H., 2011. Erwachsene Kinder und Harry Potter als Kinderporno? Eine neue EU-Richtlinie soll Pornografie, Kunst und Pubertätskomödien verbieten. *Z Sex-Forsch* 24 (1), 77–83. DOI: 10.1055/s-0031-1271388
- Graupner, H., 2017a. Sexualität & Recht. Sexuologische Basis-kompetenzen – Modul 1. <http://www.graupner.at/images/Graupner-171006.pdf>
- Graupner, H., 2017b. Sexualität, Jugendschutz & Menschenrechte. Die rechtliche Situation bei Kindern und Jugendlichen. (Wer darf, was, wann, mit wem?) im Kontext der Neuen Medien. <http://www.graupner.at/images/Graupner-171021.pdf>
- Klein, T., 2011. Jugendliche und junge Erwachsene sind keine Kinder. Erklärung der deutschsprachigen sexualwissenschaftlichen Gesellschaften zur bevorstehenden EU-Kinderpornographie-Richtlinie. *taz*, 11.3.2011.
- Rat der Europäischen Union, 2004. Rahmenbeschluss 2004/68/JI des Rates vom 22. Dezember 2003 zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornografie. *Amtsblatt der Europäischen Union* L 13/44. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX:32004F0068>.
- Der Spiegel, 2011. Kinderpornografie. Kritik an EU-Richtlinie, 05.03. 2011, <https://www.spiegel.de/spiegel/print/d-77299716.html>
- WAS, 2011. WAS-Erklärung zur EU-Kinderporno Richtlinie. <https://www.oegs.or.at/aktuelles/was-erklarung-zur-eu-kinderporno-richtlinie>

### Autor

Dr. jur. Helmut Graupner. Rechtsanwalt, Co-Präsident der Österreichischen Gesellschaft für Sexualwissenschaften (ÖGS), [www.oegs.or.at](http://www.oegs.or.at), Maxingstraße 22–24, 1130 Wien, [www.graupner.at](http://www.graupner.at), e-mail: [hg@graupner.at](mailto:hg@graupner.at)