



Maxingstraße
22-24/4/9
1130 Wien

Telefon/Fax
+43(0)1/876 61 12
Mobiltelefon +43
(0)676/309 47 37

E-Mail
hg@graupner.at
www.graupner.at

Dr. Helmut Graupner

Rechtsanwalt, Verteidiger in Strafsachen

auch zugelassen in der Tschechischen Republik

Stellungnahme

für die öffentliche Anhörung des
Rechtsausschusses des Bundestages am 18.06.2007

zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur
Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates der Europäischen Union zur
Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornografie
(BT-Drs. 16/3439)

(15.06.2007)

Die vorliegende Stellungnahme beschränkt sich auf die vorgeschlagenen Änderungen der §§ 182 und 184b StGB (Anhebung der Altersgrenzen von 16 auf 18 Jahre).

I. Sexualität & Menschenrecht

Kern und zentrales Schutzgut jeder freiheitlich-demokratischen Rechtsordnung ist die menschliche Würde. Eine Würde, die in der Unverfügbarkeit, Freiheit, Autonomie und Personsqualität jedes Menschen Ausdruck findet. Oder, wie es das deutsche Bundesverfassungsgericht mit Immanuel Kant so treffend formulierte: ein Mensch darf nicht Mittel zum Zweck, sondern muß immer Zweck an sich sein.¹

Aufgabe des Sexualstrafrechts, als der schärfsten Waffe des Staates, ist es daher, diese menschliche Würde im Sexuellen vor gravierenden Verletzungen zu schützen. Schränkt es hingegen die sexuelle Autonomie zu Gunsten anderer Ziele (wie etwa dem Schutz moralischer Anschauungen oder gesellschaftlicher Normalitätsvorstellungen) ein, so verletzt es selbst diese Würde.

Wesentlich ist bei allen Überlegungen im Zusammenhang mit Recht und Sexualität, dass das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung aus zwei Seiten besteht. Richtig verstanden beinhaltet es sowohl die Freiheit zu gewollter Sexualität als auch die Freiheit von ungewollter Sexualität, von sexuellem Missbrauch und sexueller Gewalt. Beide Seiten der Medaille müssen berücksichtigt und keine darf vernachlässigt werden. Nur dann wird die menschliche Würde in einem der zentralsten Bereiche der Persönlichkeit, der Sexualität, umfassend respektiert.

Es ist genau dieses Verständnis sexueller Rechte, das auch der ständigen Rechtsprechung des *Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte* zu Grunde liegt. Der Gerichtshof sieht das zentrale Element („very essence“) der Europäischen Menschenrechtskonvention im

¹ Vgl. eingehend zum Ganzen samt ausführlichen Nachweisen *Graupner, Sexualität, Jugendschutz und Menschenrechte*, Band 1, S. 44ff, Fft./M. u. .a.: Peter Lang (1997)

Respekt vor der Freiheit und der Menschenwürde und betont in seinem Verständnis des Rechts auf Privatleben das bedeutende Prinzip der persönlichen Autonomie des Einzelnen.²

In diesem Sinne verpflichtet der Gerichtshof die Staaten zu effektivem Schutz vor sexuellem Missbrauch und Gewalt³ ebenso wie zur wirksamen Gewährleistung der Freiheit zu gewollter Sexualität⁴; und er stellt dabei klar, dass diese Rechte nicht nur Erwachsenen zukommen, sondern auch Minderjährigen.⁵ Im Fall *S. L. gegen Österreich* verurteilte der Gerichtshof im Jahre 2003 die Republik Österreich zu EUR 5.000,-- Schadenersatz (zuzüglich Anwaltskosten) dafür, dass sie den Jugendlichen, der sich stets für ältere Partner interessierte, von seinem 14. bis zu seinem 18. Geburtstag (durch § 209 öStGB)⁶ davon abgehalten hatte, erfüllende intime Beziehungen einzugehen, die seiner Neigung (zu erwachsenen Partnern) entsprachen.⁷

Dem Sexualstrafgesetzgeber kommt sohin die Aufgabe zu, bei allen seinen Überlegungen, beide Seiten des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung zu berücksichtigen, beide Seiten zu wahren: sowohl die Freiheit zu gewollter Sexualität als auch die Freiheit von ungewollter Sexualität, von sexuellem Missbrauch und sexueller Gewalt. Es ist seine ureigenste Aufgabe, eine angemessene Balance zwischen den beiden Ausprägungen desselben Grundrechts „sexuelle Selbstbestimmung“ zu finden. Jede einseitige Betonung einer der beiden Freiheiten läuft Gefahr, die menschliche Würde in einem der zentralsten Bereiche der Persönlichkeit, der Sexualität, zu verletzen.

Unter dieser grundlegenden menschenrechtlichen Prämisse erfolgen die nachstehenden Ausführungen zum EU-Rahmenbeschluss und dem vorliegenden Gesetzentwurf der Bundesregierung.

² Vgl. statt vieler *Christine Goodwin vs. UK* (28957/95), judg. 11.07.2002 [GC] (par. 90); *I. vs. UK* (25680/94), judg. 11.07.2002 [GC] (par. 70)

³ Vgl. statt vieler *Z. & Others vs. UK* (29392/95), judg. 10.05.2001 [GC] (par. 73); *E. & Others vs. UK* (33218/96), judg. 26.11.2002; *X. & Y. vs. NL* (8978/80), 26.03.1985 (par. 27).

⁴ Vgl. statt vieler *L. & V. v. Austria* (39392/98, 39829/98), judg. 09.01.2003; *S.L. v. Austria* (45330/99), judg. 09.01.2003; *A.D.T. vs. UK* (35765/97), judg. 31.07.2000.

⁵ *S.L. vs. Austria* (45330/99), judg. 09.01.2003.

⁶ Der 2002 aufgehobene § 209 öStGB war das österreichische Pendant zu dem vormaligen (1994 aufgehobenen) § 175 dtStGB.

⁷ *S.L. vs. Austria* (45330/99), judg. 09.01.2003 (par. 49, 52).

II. Der Rahmenbeschluss

Der Rahmenbeschluss⁸ definiert als „Kind“ jede Person, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat (Art. 1 lit. a). Er unterscheidet dabei nicht zwischen verschiedenen Altersgruppen oder Altersstufen; im besonderen nicht zwischen Kindern auf der einen Seite und Jugendlichen auf der anderen. Ein 17 ½ jähriger junger Mann wird grundsätzlich in der gleichen Weise behandelt wie ein 5jähriges Kind.

Diese Gleichsetzung von Kindern und Jugendlichen und die unterschiedslose Anwendung derselben Vorschriften auf diese beiden unterschiedlichen Altersgruppen, zeitigt absurde und gefährliche Folgen.

Der Rahmenbeschluss definiert als „Kinder“-Pornografie alle bildlichen Darstellungen eindeutig sexueller Handlungen unter Einbeziehung einer Person unter 18 Jahren. Eindeutig sexuelle Handlungen inkludiert dabei sogar „aufreizende Zurschaustellung der Genitalien oder der Schamgegend“.

Diese Formulierung wurde, wie die gesamte Definition von „Kinder“-Pornografie, wortwörtlich aus dem § 2256 des US-amerikanischen Federal Criminal Code übernommen. Wie extensiv diese Formulierungen sind kann man an der Entwicklung in den USA ersehen.

1994 hat der Kongress in Reaktion auf eine Entscheidung des Obersten Gerichtshofs der USA ausdrücklich erklärt dass er bei der Beschlussfassung des Gesetzes⁹ beabsichtigte, dass der Anwendungsbereich der Wendung ‚Zurschaustellung der Genitalien oder der Schamgegend‘ nicht auf Nacktbilder beschränkt sein sollte oder auf Abbildungen auf denen die Genitalien unter Kleidung erkennbar sind; bei Videoaufnahmen sollte es, um unter diese Bestimmung zu fallen, außerdem nicht notwendig, dass die Genitalien oder die Schamgegend auf dem Video zu sehen ist oder dass die minderjährige Person lasziv handelt oder posiert.¹⁰

⁸ Rahmenbeschluss 2004/68/JHA vom 22 Dezember 2003 zur Bekämpfung sexueller Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornografie, ABI 13 L/44-48, 20.01.2004, http://europa.eu.int/eur-lex/de/archive/2004/l_01320040120de.html.

⁹ Diese Gesetzgebung wurde 1978 mit einer Altersgrenze von 16 Jahren eingeführt (Pub.L. 95-225, § 2(a), Feb. 6, 1978, 92 Stat. 7, 8). 1984 ist die Altersgrenze dann auf 18 angehoben worden (Pub.L.98-292, §§ 4, 5, 7(2), May 21, 1984, 98 Stat. 204, 205, 206).

¹⁰ §§ 2251-2256 Federal Criminal Code; Confirmation of Intent of Congress in Enacting Section 2252 and 2256 (Section 160003 of Pub.L. 103-322)

Die nunmehr in das europäische Recht übernommene Formulierung erfasst also potentiell alle denkbaren Arten erotischer Darstellungen von Personen unter 18 Jahren; sogar solche, auf denen ein junger Mann oder eine junge Frau voll bekleidet ist.

Auch fiktive Darstellungen sind erfasst. Zudem, soll es nicht notwendig sein das wahre Alter der abgebildeten Personen festzustellen; es soll genügen, dass sie dem Betrachter wie unter 18 Jahre („kindlich“) erscheinen (Art. 1 lit. a Z. ii.).¹¹ Vergewagt man sich die mögliche Bandbreite in der Alterseinschätzung und beachtet man, dass angesichts dieser großen Bandbreite möglicher Schätzungen nahezu jede Person von 18, 19 oder Anfang 20 als unter 18 eingeschätzt werden kann, ist es leicht nachzuvollziehen, dass unter den neuen Bestimmungen ein guter Teil der handelsüblichen Standardpornografie der Gefahr ausgesetzt ist, zum Gegenstand polizeilicher Ermittlungen und Maßnahmen sowie strafrechtlicher Anklagen zu werden.

Der Vorschlag der Kommission zielte aber nicht nur auf eine massive Ausdehnung der Strafbestimmungen im Bereich der Pornografie. Er wollte die Mitgliedstaaten auch verpflichten, sexuelle Kontakte mit Personen unter 18 Jahren zu kriminalisieren, wenn sie – nicht nur gegen Geld oder andere Dinge von wirtschaftlichem Wert sondern sogar – gegen „sonstige“, also nicht-ökonomische, Vergütung erfolgen (Art. 2 lit. b ii des Kommissionsvorschlags), was das auch immer sein mag. Damit noch nicht genug, sollte auch die „Verleitung“ von jungen Männern und Frauen unter 18 zu sexuellen Handlungen zum Sexualverbrechen werden (Art. 2 lit. b ii des Kommissionsvorschlags). Die Kommission definierte „Verleitung“¹² nicht und gab nicht die geringste Begründung für diese vorgeschlagene Kriminalisierung aller Sexualkontakte von Jugendlichen, die nicht sie selbst, sondern ihre Partner, initiiert haben.¹³

Der Rahmenbeschluss beinhaltet keine Ausnahme für jugendliche Täter; dh sogar Jugendliche selbst können Täter dieser Delikte sein. Und auch die festgelegten

¹¹ MITTEILUNG DER KOMMISSION AN DEN RAT UND DAS EUROPÄISCHE PARLAMENT - Bekämpfung des Menschenhandels und Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie, S. 23, 22.01.2001, http://europa.eu.int/eur-lex/de/com/pdf/2000/de_500PC0854_01.pdf

¹² In einigen Sprachfassungen war „Verleitung“ sogar als „Überreden“ übersetzt, während es in der französischen und spanischen Fassung überhaupt fehlte.

¹³ MITTEILUNG DER KOMMISSION AN DEN RAT UND DAS EUROPÄISCHE PARLAMENT - Bekämpfung des Menschenhandels und Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie, S. 23f, 22.01.2001, http://europa.eu.int/eur-lex/de/com/pdf/2000/de_500PC0854_01.pdf

(Mindesthöchst)Strafen differenzieren nicht zwischen jugendlichen und erwachsenen Tätern (Art. 5). Als Opfer werden Jugendliche sohin mit Kindern, und als Täter mit Erwachsenen gleichgesetzt.

Grundsätzlich erfasst der Rahmenbeschluss auch einen 15jährigen, wenn er von seiner gleichaltrigen Freundin ein Foto im knappen Bikini, der die „Schamgegend“ (wenn auch nicht die Genitalien) erkennen lässt, schießt und in erotischer (oder in den Worten des Rahmenbeschlusses: „aufreizender“) Pose. Das gleiche gilt für einen 14jährigen, der, im Privaten, eine nackte junge Schönheit in „aufreizenden“ Posen zeichnet. Ebenso für 17jährige, die intime Bilder von sich selbst austauschen, oder einander über Webcams betrachten und dabei ihre „Schamgegend“ (oder gar ihre Genitalien) „aufreizend“ entblößen, ganz zu schweigen, wenn sie einander bei sexuellen Handlungen betrachten („webcam-sex“). Nach dem ursprünglichen Vorschlag der Kommission riskierten sogar Jugendliche eine Anklage, die andere Jugendliche um Sex fragen, schließlich „verleiten“ sie ja ein „Kind“ zu Sex. Das galt nach diesem Vorschlag umso mehr, wenn sie dem anderen Jugendlichen irgendeinen Vorteil (wenn auch immaterieller Art; auch Liebe, Zuneigung?) für den Fall versprechen, dass sie erhört werden.

III. Die Kritik am Rahmenbeschluss

Unter Experten allerdings löste der Entwurf der Kommission heftige Kritik aus. Im Besonderen haben die *World Association for Sexual Health (WAS)*,¹⁴ die *Österreichische Gesellschaft für Sexualforschung (ÖGS)*¹⁵ und *alle drei deutschen sexualwissenschaftlichen Vereinigungen*¹⁶ als auch die *Europäische Region der International Lesbian and Gay Association (ILGA-Europe)*¹⁷ und der deutsche *Lesben- und Schwulenverband (LSVD)*¹⁸ diese weitgehende Kriminalisierung jugendlicher Sexualität entschieden abgelehnt.

¹⁴ Brief an die Europäische Kommission (17.09.2001), http://www.rklambda.at/eu_plan_en.htm

¹⁵ Brief an die Europäische Kommission (29.05.2001), http://www.rklambda.at/eu_plan_en.htm

¹⁶ Deutsche Gesellschaft für Sozialwissenschaftliche Sexualforschung (DGSS), Brief an die Europäische Kommission (27.06.2001); Deutsche Gesellschaft für Sexualforschung (DGfS), Brief an die Europäische Kommission (Juli 2001); Deutsche Gesellschaft für Sexualwissenschaft (GSW), Brief an die Europäische Kommission (06.11.2001); alle drei auf http://www.rklambda.at/eu_plan_en.htm

¹⁷ “Combating sexual exploitation of children”, Ilga-Europe-Newsletter, vol. 1, issue 3, 15f, November 2001, www.ilga-europe.org

¹⁸ Brief an die Europäische Kommission (03.08.2001), http://www.rklambda.at/eu_plan_en.htm

Die *Deutsche Gesellschaft für Sexualforschung (DGfS)* sprach sogar von „moralischem Kolonialismus“, ist doch die Definition von „Kinder“-Pornografie wortwörtlich aus § 2256 des US Federal Criminal Code übernommen worden.¹⁹ In einer öffentlichen Expertenanhörung des *österreichischen Parlaments* kritisierten die gehörten Sachverständigen (aus den Bereich der Rechtswissenschaft, der Kinder- und Jugendpsychiatrie, der Psychotherapie und der sexuellen Ausbeutung von Kindern) einhellig den Rahmenbeschluß und die zur Umsetzung desselben geplanten österreichischen Strafbestimmungen für ihre extensive und überbordende Kriminalisierung.²⁰

Die genannten Vereinigungen forderten die Respektierung der sexuellen Autonomie Jugendlicher durch Senkung der Altersgrenze von 18 Jahren, und, vor allem, durch differenzierte Regelungen für Kinder auf der einen und Jugendliche auf der anderen Seite.

Sie verlangten den völligen Entfall des Tatbestandes der „Verleitung“ von Personen unter 18 Jahren und die Streichung des Tatbestandes sexueller Kontakte gegen nicht ökonomische Vergütungen. Darüber hinaus wiesen sie darauf hin, dass die Gewährung eines Entgelts nicht notwendigerweise Prostitution bedeutet, sondern auch die Einladung zu einem Kinobesuch oder Abendessen bedeuten kann;²¹

Die Vereinigungen gaben auch zu bedenken, dass die kriminalstrafrechtlichen Ermittlungen und Untersuchungen, ob ein Vorteil nun kausal für intime Kontakte war oder nicht, mehr Schaden als Nutzen stiften würde. Sogar im Bereich der wirklichen Jugendprostitution würde die Kriminalisierung gerade die Sozialarbeit mit jugendlichen Prostituierten erheblich beeinträchtigen, die sich als die einzige wirksame Unterstützung und Hilfe für sie erweist.²²

Diese Bedenken, die auch von einigen Mitgliedstaaten erhoben worden sind, haben bis zu einem gewissen Grad in die Beratungen des Ministerrates Eingang gefunden, der über den Rahmenbeschluß zu entscheiden hatte.

¹⁹ Deutsche Gesellschaft für Sexualforschung (DGfS), Brief an die Europäische Kommission (Juli 2001); http://www.rklambda.at/eu_plan_en.htm

²⁰ Österreichischer Nationalrat, Justizausschuß, öffentliche Expertenanhörung, 11.12.2003 (Protokoll demnächst auf http://www.rklambda.at/eu_plan.htm).

²¹ Aus diesem Grund hat Dänemark förmlich erklärt, die Bestimmung nur auf Kontakt mit Prostituierten anzuwenden („Person unter 18 Jahren, die ihren Lebensunterhalt ganz oder teilweise durch Prostitution verdient“: Anlagen zu Rat der Europäischen Union, COREPER 29.11.2001, 148647/01 DROIPEN 104 MIGR 93, ADD 1, 05.12.2001; und zu Gruppe „Materielles Strafrecht“, 7536/02 DROIPEN 18 MIGR 20, 27.03.2002, <http://register.consilium.eu.int>).

²² Vgl. ausführlich und eingehend hierzu Graupner (1997, vol. 1, 260-308, 357-414)

Das Delikt der „Verleitung“ von Personen unter 18 Jahren zu sexuellen Kontakten und die Bezugnahme auf nichtökonomische Vergütungen sind bereits in den ersten Beratungen des Ministerrats gestrichen worden.²³

Der Tatbestand sexueller Kontakte gegen Entgelt wurde so abgeändert,²⁴ daß die Vergütung oder Gegenleistung dafür geboten werden muß, dass sich das „Kind“ (also die Person unter 18 Jahren) zu den sexuellen Kontakten bereit findet.²⁵ Diese Formulierung scheidet jene Fälle aus der Verpflichtung zur Strafbarkeit aus, in denen die Jugendlichen den Kontakt selbst initiieren oder bereitwillig auf ein Angebot eingehen. Aus unbekanntem Gründen ist die englische (und die italienische) Fassung des Textes wieder zu der ursprünglichen Formulierung zurück gekehrt, die wieder alle Fälle sexueller Kontakte gegen Entgelt zu erfassen scheint.²⁶ Die deutsche,²⁷ die französische,²⁸ die spanische,²⁹ die portugiesische³⁰

²³ Rat der Europäischen Union, Gruppe „Materielles Strafrecht“, 8112/01, DROIPEN 35, MIGR 36, 27.04.2001, <http://register.consilium.eu.int>

²⁴ Vornehmlich auf Grund von Vorbehalten Frankreichs. Siehe Rat der Europäischen Union, Gruppe „Materielles Strafrecht“, 8112/01, DROIPEN 35, MIGR 36, 27.04.2001, <http://register.consilium.eu.int>

²⁵ Rat der Europäischen Union, Gruppe „Materielles Strafrecht“, 10458/01, DROIPEN 59, MIGR 58, 02.07.2001, <http://register.consilium.eu.int> („Vergütungen oder Gegenleistungen dafür geboten werden, dass sich das Kind zu den sexuellen Handlungen bereitfindet“); Rat der Europäischen Union, Vorsitz, 10854/01, DROIPEN 68, MIGR 61, 13.07.2001, <http://register.consilium.eu.int> („Vergütungen oder Gegenleistungen dafür geboten werden, dass sich das Kind zu den sexuellen Handlungen bereitfindet“); Rat der Europäischen Union, Vorsitz, 11311/01, DROIPEN 72, MIGR 66, 30.07.2001, <http://register.consilium.eu.int> („Vergütungen oder Gegenleistungen dafür geboten werden, dass sich das Kind zu den sexuellen Handlungen bereitfindet“).

²⁶ Council of the European Union, COREPER, 14864/01, DROIPEN 104, MIGR 93, 04.12.2001; Council of the European Union, Council (06./07.12.2001), 5298/02, DROIPEN 2, MIGR 4, 17.01.2002; Council of the European Union, Working Party on Substantive Criminal Law, 7536/02, DROIPEN 18, MIGR 20, 27.03.2002, <http://register.consilium.eu.int>; Council Framework Decision 2004/68/JHA, OJ 13 L/44-48, 20.01.2004, http://europa.eu.int/eur-lex/it/archive/2004/l_01320040120it.html („dia in pagamento denaro, o ricorra ad altre forme di remunerazione o compenso in cambio del coinvolgimento del bambino in attività sessuali“); http://europa.eu.int/eur-lex/en/archive/2004/l_01320040120en.html („given as payment in exchange for the child engaging in sexual activities“).

²⁷ Rat der Europäischen Union, Gruppe „Materielles Strafrecht“, 7536/02, DROIPEN 18, MIGR 20, 27.03.2002, <http://register.consilium.eu.int> („Geld oder sonstige Vergütungen oder Gegenleistungen dafür geboten werden, dass sich das Kind zu den sexuellen Handlungen bereit findet“); Rahmenbeschluß des Rates 2004/68/JHA, ABl 13 L/44-48, 20.01.2004, http://europa.eu.int/eur-lex/de/archive/2004/l_01320040120de.html („Geld oder sonstige Vergütungen oder Gegenleistungen dafür geboten werden, dass sich das Kind an den sexuellen Handlungen beteiligt“).

²⁸ Council Framework Decision 2004/68/JHA, OJ 13 L/44-48, 20.01.2004, http://europa.eu.int/eur-lex/fr/archive/2004/l_01320040120fr.html („en offrant de l'argent ou d'autres formes de rémunération ou de paiement pour les activités sexuelles auxquelles se livre l'enfant“).

²⁹ Council Framework Decision 2004/68/JHA, OJ 13 L/44-48, 20.01.2004, http://europa.eu.int/eur-lex/es/archive/2004/l_01320040120es.html („ofrecer al niño dinero u otras formas de remuneración o de atenciones a cambio de que se preste a practicar actividades sexuales“).

³⁰ Council Framework Decision 2004/68/JHA, OJ 13 L/44-48, 20.01.2004, http://europa.eu.int/eur-lex/pt/archive/2004/l_01320040120pt.html („se ofereça dinheiro ou outras formas de remuneração ou pagamento, em troca da prática de actividades sexuais pela criança“).

und die niederländische³¹ Sprachfassung beinhalten allerdings nach wie vor das Element der Verführung.³²

Was Pornografie anbelangt wurden verschiedene Ausnahmen geschaffen, die die Mitgliedstaaten vorsehen können, aber nicht müssen.

IV. Ausnahmen

Während nach dem Vorschlag der Kommission die Strafbarkeit immer durch den Beweis ausgeschlossen werden konnte, dass die abgebildete Person über 18 Jahre alt war (Art. 3 Abs. 2 des Vorschlags), hat der Rat diese Ausnahme in das Belieben der Mitgliedstaaten gestellt (Art. 3 Abs. 2 lit. a). Diese können auch vorsehen, dass der bloße Eindruck eines Alters unter 18 Jahren für eine Verurteilung reicht, ohne dass der Gegenbeweis zulässig ist. Einige Mitgliedstaaten (darunter Deutschland) wollten weiter gehen, die Ausnahme völlig streichen und so die Mitgliedstaaten zu verpflichten, auch Abbildungen (nachweisbar) erwachsener Personen unter Strafe zu stellen, die wie unter 18 aussehen.³³ Das ungeachtet des Umstands, dass der Oberste Gerichtshof der USA entschieden hat, dass die Kriminalisierung von fiktiver oder virtueller Kinderpornografie das Grundrecht auf Informationsfreiheit verletzt (Ashcroft vs. Free Speech Coalition 2002). Angesichts der Übernahme der Definition von „Kinder“-Pornografie aus dem US-amerikanischen Recht hätte man erwarten können, dass ein solches grundlegendes höchstgerichtliches Urteil Auswirkung auf die Endfassung des Rahmenbeschlusses hätte. Es hatte nicht.

Eine weitere Ausnahme, die der Rat einfügte, besteht darin, dass die Mitgliedstaaten von der Strafbarkeit ausnehmen können (aber wieder: nicht müssen) die Produktion und den Besitz von Abbildungen von Personen oberhalb des sexuellen Mündigkeitsalters, sofern die Bilder mit ihrem Einverständnis und ausschließlich zu ihrer persönlichen Verwendung hergestellt oder besessen werden (Art. 3 Abs. 2 lit. b). Diese Ausnahme ist viel zu eng. Sie nimmt nur

³¹ Council Framework Decision 2004/68/JHA, OJ L 13 L/44-48, 20.01.2004, http://europa.eu.int/eur-lex/nl/archive/2004/l_01320040120nl.html („geld of andere vormen van beloning of vergoeding, aangeboden in ruil voor seksuele gedragingen van het kind“).

³² Die dänische, schwedische, finnische und griechische Sprachfassung habe ich nicht geprüft.

³³ Die Niederlande, Belgien, Portugal und Deutschland. Siehe Rat der Europäischen Union, Gruppe „Materielles Strafrecht“, 8112/01, DROIPEN 35, MIGR 36, 27.04.2001; Rat der Europäischen Union, Gruppe „Materielles Strafrecht“, 10458/01, DROIPEN 59, MIGR 58, 02.07.2001; Rat der Europäischen Union, Vorsitz, 10854/01, DROIPEN 68, MIGR 61, 13.07.2001, <http://register.consilium.eu.int>.

Herstellung und Besitz³⁴ von Abbildungen aus, die ausschließlich der Verwendung durch den abgebildeten Jugendlichen dienen. Es erscheint daher höchst fraglich, ob andere Personen als bloße Fotografen oder Verwahrer ohne Eigeninteresse an dem Bild von dieser Ausnahme profitieren können. Kann dies etwa ein 15jähriger, der ein „anstößiges“ Bild seiner Freundin zum gemeinsamen (!) Gebrauch mit ihr besitzt oder als Erinnerungsfoto für seinen Nachttisch oder sein Fotoalbum? Oder ein (sogar selbst jugendlicher) „Webcamsex-Partner“ eines/einer Jugendlichen, auf dessen Computer das Bild des/der Jugendlichen angezeigt wird, primär zu seiner Verwendung, und erst in zweiter Linie zur Verwendung des Jugendlichen, der das Bild hauptsächlich deshalb schickt, um seinerseits den anderen über die Cam betrachten zu können? In all diesen Fällen wird das Bild nicht ausschließlich (!) zur Verwendung durch den abgebildeten Jugendlichen hergestellt oder besessen.³⁵ Durchaus außerhalb der Ausnahme erscheint ein Jugendlicher, der ein „anstößiges“ Bild von sich selbst jemand anders übergibt oder auch nur zeigt; ein 15- oder 16jähriger, der dies tut, muß mit Freiheitsstrafe bedroht werden, weil er „Kinder“-Pornografie verbreitet bzw.

³⁴ Griechenland, Österreich und Finnland wollten auch „Verschaffen“ in die Ausnahme übernehmen, aber waren nicht erfolgreich. Siehe Rat der Europäischen Union, Vorsitz, 10854/01, DROIPEN 68, MIGR 61, 13.07.2001; Rat der Europäischen Union, Vorsitz, 11311/01, DROIPEN 72, MIGR 66, 30.07.2001, <http://register.consilium.eu.int>.

³⁵ Anfänglich war die Ausnahme nicht auf die ausschließliche Verwendung durch den (mit)abgebildeten Minderjährigen beschränkt. Erst im Oktober 2002 wurde die Ausnahme, auf Grund des anhaltenden Widerstandes Italiens gegen diese Ausnahme, so verengt (Rat der Europäischen Union, Gruppe „Materielles Strafrecht“, 10458/01, DROIPEN 59, MIGR 58, 02.07.2001 [„sofern alle Beteiligten die sexuelle Mündigkeit erreicht und ihre Zustimmung zu der Herstellung gegeben haben und die Bilder ausschließlich zur persönlichen Verwendung der beteiligten Personen bestimmt sind und nur so verwendet werden“]; Rat der Europäischen Union, Vorsitz, 10854/01, DROIPEN 68, MIGR 61, 13.07.2001 [„die abgebildeten Personen die sexuelle Mündigkeit erreicht haben und ihre Zustimmung zu der Herstellung und dem Besitz der Bilder gegeben haben und sofern die Bilder ausschließlich zu ihrer persönlichen Verwendung bestimmt sind“]; Rat der Europäischen Union, Vorsitz, 11311/01, DROIPEN 72, MIGR 66, 30.07.2001 [„die abgebildeten Personen die sexuelle Mündigkeit erreicht und ihre Zustimmung zu der Herstellung und dem Besitz der Bilder gegeben haben und die Bilder ausschließlich zu ihrer persönlichen Verwendung bestimmt sind“]; Rat der Europäischen Union, Gruppe „Materielles Strafrecht“, 7536/02 DROIPEN 18 MIGR 20, 27.03.2002, [„die abgebildeten Personen die sexuelle Mündigkeit erreicht und ihre Zustimmung zu der Herstellung und dem Besitz der Bilder gegeben haben und die Bilder ausschließlich zu ihrer persönlichen Verwendung bestimmt sind“]; Rat der Europäischen Union, COREPER, 8135/02 DROIPEN 26 MIGR 35, 19.04.2002 [„die abgebildeten Personen die sexuelle Mündigkeit erreicht und ihre Zustimmung zu der Herstellung und dem Besitz der Bilder gegeben haben und die Bilder ausschließlich zu ihrer persönlichen Verwendung bestimmt sind“]; Rat der Europäischen Union, Council, 9140/1/02 DROIPEN 32 MIGR 43, 27.05.2002 [„die abgebildeten Personen die sexuelle Mündigkeit erreicht und ihre Zustimmung zu der Herstellung und dem Besitz der Bilder gegeben haben und die Bilder ausschließlich zu ihrer persönlichen Verwendung bestimmt sind“]; Rat der Europäischen Union, Vorsitz, 12413/02, DROIPEN 68 MIGR 92 07.10.2002, [„die abgebildeten Kinder die sexuelle Mündigkeit erreicht und ihre Zustimmung zu der Herstellung und dem Besitz der Bilder gegeben haben und die Bilder ausschließlich zu ihrer persönlichen Verwendung bestimmt sind“], <http://register.consilium.eu.int>).

Die niederländische Sprachfassung des Endtextes beschränkt die Ausnahme nach wie vor nicht auf die ausschließliche Verwendung durch den (mit)abgebildeten Minderjährigen (Council Framework Decision 2004/68/JHA, OJ 13 L/44-48, 20.01.2004, http://europa.eu.int/eur-lex/nl/archive/2004/l_01320040120nl.html („indien die afbeeldingen met instemming van de betrokkenen en uitsluitend voor persoonlijk gebruik worden vervaardigd en in bezit worden gehouden“)).

zugänglich macht. Auch nicht unter die Ausnahme fallen zwei 17jährige, die intime Bilder von sich tauschen,³⁶ geschweige denn, wenn sie diese Bilder Freunden zeigen.

Italien hat sogar gegen diese außerordentlich enge Ausnahme anhaltenden Widerstand geleistet.³⁷ Es wurde daher schlußendlich, als Kompromiß,³⁸ ein Absatz eingefügt, der besagt, dass „[e]ine Zustimmung [...] auch dann, wenn sie nachweislich erteilt wurde, nicht als gültig betrachtet [wird], wenn beispielsweise höheres Alter, Reife, Stellung, Erfahrung oder Abhängigkeit des Opfers vom Täter zur Einholung der Zustimmung missbraucht worden sind“ (Art. 3 Abs. 2 lit. b). Es ist nicht schwer, sich zu vergegenwärtigen, dass in jeder zwischenmenschlichen Beziehung zumindest eines dieser Elemente vorliegt: entweder einer der Partner ist älter als der andere, oder reifer, oder in höherer Stellung, oder er hat mehr Erfahrung als der andere. Auf diese Weise, unter Berücksichtigung der Unbestimmtheit des Begriffs „Missbrauchen“, wird die Anwendung dieser für Jugendliche essentiellen Ausnahme, die ohnehin bereits extrem eng formuliert ist, in das freie Ermessen der Polizei- und Anklagebehörden und der Gerichte gelegt, ohne jede Rechtssicherheit für die Jugendlichen und ihre Partner.

Die dritte Ausnahme betrifft fiktive und virtuelle Bilder. Der Rat (anders als die Kommission) beschränkte den Anwendungsbereich des Rahmenbeschlusses auf fiktive Darstellungen, die „realistisch“ sind, und bestimmte, dass die Mitgliedstaaten Hersteller und Besitzer von der Strafbarkeit ausnehmen können (wieder: nicht müssen), wenn Herstellung und Besitz ausschließlich zur persönlichen Verwendung des Herstellers dienen (Art. 3 Abs. 2 lit. c). Auch hier hatte das erwähnte Urteil des US-amerikanischen Obersten Gerichtshofs keinen, oder nur begrenzte, Auswirkung. Der vorhin erwähnte 14jährige, darf nun (wenn sein Mitgliedstaat diese Ausnahme überhaupt übernimmt) die nackte junge Schönheit in „anstößiger“ Pose zwar zeichnen, macht sich aber des Zugänglichmachens von „Kinder“-

³⁶ Merkwürdigerweise fallen die beiden Jugendlichen aber dann unter die Ausnahme, wenn sie beide auf den Bildern, die sie tauschen, abgebildet sind. Denn dann werden die Bilder ja ausschließlich für die Verwendung abgebildeter „Kinder“ hergestellt und besessen. Ein 17jähriger macht sich also strafbar, wenn er ein „aufreizendes“ Bild seiner 17jährigen Freundin auf seinem Nachttisch aufstellt, aber er würde nicht mit dem Strafgesetz in Konflikt kommen, wenn auf dem Bild auch er „aufreizend“ posiert. Aber auch in letzterem Fall dürfte er das Bild niemandem andern zeigen als seiner Freundin. Wenn er nicht die Gefahr völlig ausschließt, dass irgendjemand (und seien es nur seine Eltern) die in sein Zimmer kommen, das Bild sehen könnte, so macht er sich wegen Zugänglichmachens von „Kinder“-pornografie strafbar.

³⁷ Rat der Europäischen Union, Rat (06./07.12.2001), 5298/02, DROIPEN 2, MIGR 4, 17.01.2002; Rat der Europäischen Union, Gruppe „Materielles Strafrecht“, 7536/02 DROIPEN 18 MIGR 20, 27.03.2002; Rat der Europäischen Union, COREPER, 8135/02 DROIPEN 26 MIGR 35, 19.04.2002; Rat der Europäischen Union, Council, 9140/1/02 DROIPEN 32 MIGR 43, 27.05.2002; <http://register.consilium.eu.int>.

Pornografie strafbar, wenn er diese Zeichnung einem Freund zeigt. Italien hat auch gegen diese Ausnahme anhaltend opponiert.³⁹ Und auch hier wurde, als Kompromiß, die Ausnahme noch weiter eingengt.⁴⁰ Die Ausnahme wurde⁴¹ von der Bedingung abhängig gemacht, dass zur Herstellung der virtuellen Darstellung keine Abbildung einer realen Person (unter 18jährige oder über 18jährige, die wie unter 18 aussieht) verwendet wurde und dass mit der Herstellung und dem Besitz keine Gefahr der Verbreitung des Materials verbunden ist (Art. 3 Abs. 2 lit. c). Eine 17jährige darf sohin (wenn ihr Mitgliedstaat diese Ausnahme überhaupt übernimmt)⁴² auf ihrem Computer eine „aufreizende“ virtuelle Animation eines Jugendlichen generieren und diese abspeichern, sie macht sich jedoch der Herstellung von „Kinder“pornografie strafbar, wenn sie der Animation ein Bild ihres 16jährigen Freundes zu Grunde legt oder die Animationsdatei nicht wirksam mit einem Passwort sichert.

All das erscheint absurd und angesichts der grundrechtlichen Anforderungen (oben 1.) höchst bedenklich.

Eine restriktive Umsetzung des Rahmenbeschlusses scheint daher geboten, weshalb in der Folge anhand des Beispiels Österreich gezeigt werden soll, welche Möglichkeiten diesbezüglich bestehen.

³⁸ Rat der Europäischen Union, Vorsitz, 12413/02, DROIPEN 67, MIGR 86, 02.10.2002, <http://register.consilium.eu.int>.

³⁹ Siehe Rat der Europäischen Union, Gruppe „Materielles Strafrecht“, 7536/02 DROIPEN 18 MIGR 20, 27.03.2002; Rat der Europäischen Union, COREPER, 8135/02 DROIPEN 26 MIGR 35, 19.04.2002; Rat der Europäischen Union, Rat, 9140/1/02 DROIPEN 32 MIGR 43, 27.05.2002; <http://register.consilium.eu.int>.

⁴⁰ Interessanterweise hat Italien anfänglich, wie Dänemark und Finnland, gegen die Kriminalisierung virtueller Pornographie Vorbehalte angemeldet und diesbezügliche Ausnahmen gefordert (Rat der Europäischen Union, Gruppe „Materielles Strafrecht“, 8112/01, DROIPEN 35, MIGR 36, 27.04.2001; Rat der Europäischen Union, Gruppe „Materielles Strafrecht“, 10458/01, DROIPEN 59, MIGR 58, 02.07.2001; Rat der Europäischen Union, Vorsitz, 10854/01, DROIPEN 68, MIGR 61, 13.07.2001, <http://register.consilium.eu.int>).

⁴¹ Im Mai 2002. Siehe Rat der Europäischen Union, Rat, 9140/1/02 DROIPEN 32 MIGR 43, 27.05.2002; <http://register.consilium.eu.int>.

⁴² Fünf Mitgliedstaaten (Vereintes Königreich, Belgien, Deutschland, Irland, Griechenland) haben anlässlich der Annahme des Rahmenbeschlusses offiziell erklärt, daß sie „keinen Unterschied zwischen echten und virtuellen Kinderbildern“ sehen und „ihrer Auffassung nach (...) in beiden fallen strenge Sanktionen ergriffen werden“ sollten. Sie werden daher die Ausnahme des Art. 3 par. 2 lit. c nicht anwenden. Portugal hingegen hat erklärt, daß „es nicht hinnehmbar (sei), dass durch die Gleichstellung mit virtuellen Abbildungen der Schutz des Kindes an Bedeutung einbüßt“, es wird daher „alle Handlungen mit Kindern oder sonstigen Personen schärfer ahnden als Fälle virtueller Pornografie“ (Rat der Europäischen Union, Meeting 22.12.2003, Anhang zum Protokoll Rat der Europäischen Union, Sekretariat, 15992/03, DROIPEN 87 MIGR 110, 12.12.2003, <http://register.consilium.eu.int>).

V. Der österreichische Weg

Im österreichischen Pendant zu § 182 StGB, § 207b öStGB, findest du hinsichtlich Entgelt zwar eine Altersgrenze von 18, allerdings wird der Tatbestand „Entgelt“, im Einklang mit der Letztfassung des Rahmenbeschlusses (siehe oben III.), auf „Verleiten“ gegen Entgelt beschränkt; zudem muss dieses „Verleiten gegen Entgelt“ „unmittelbar“ erfolgen, also in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Sexualkontakt.⁴³ Dies entspricht dem Umstand, dass diese Strafbestimmung „Situationen im Auge hat, in denen es dem Opfer unmöglich gemacht oder erheblich erschwert wird, sein sexuelles Selbstbestimmungsrecht dahin auszuüben, dass es einen von ihm nicht gewünschten Sexualkontakt (mit Erfolg) ablehnt“, nicht aber selbstbestimmte einvernehmliche Kontakte treffen will.⁴⁴ § 207b (3) öStGB trifft daher das zu pönalisierende Unrecht zielgenauer als die mit dem vorliegenden Gesetzentwurf vorgeschlagene Neufassung des § 180 (1) StGB.

Das Pendant zu § 184b StGB, § 207a öStGB, beschränkt die Strafbarkeit bei der Darstellung sexueller Handlungen über 14jähriger (= mündiger Minderjähriger) (sowie bei allen Altersgruppen hinsichtlich der Abbildung der Genitalien und der Schamgegend) auf reisserisch verzerrte, auf sich selbst reduzierte, und von anderen Lebenszusammenhängen losgelöste Abbildungen (Abs. 4 Z. 3). Damit sollen vor allem im Bereich der Jugendlichen (14-18jährigen) Abbildungen aus der Strafbarkeit ausgeschieden werden, die zwar erotisch nicht aber pornografisch sind. Diese Beschränkung findet sich auch in § 184b StGB. Allerdings betrachtet die deutsche Rechtsprechung bereits nackte Männerkörper mit erigiertem Penis als pornografisch während in Österreich der nackte Körper nicht pornografisch (oder „unzüchtig“) ist, auch nicht mit erigiertem Penis. Insofern ist der Tatbestand, trotz gleichlautender Beschränkung, in Deutschland deutlich weiter.

§ 207a öStGB ist jedoch (wie der Rahmenbeschluss auch) zur Gänze auf wirklichkeitsnahe bildliche Darstellungen beschränkt. Schriften und dergleichen sowie unrealistische bildliche Darstellungen sind nur nach dem Pornografiegesetz strafbar, das gewinnsüchtige Begehung erfordert (§ 1). Wenn schon der Tatbestand des § 184b StGB auf über 14jährige ausgedehnt werden sollte, so wäre eine solche Beschränkung durchaus angezeigt. Solche Schriften oder unrealistischen Darstellungen bergen keinen Unrechtsgehalt, zumal sie legales Geschehen

⁴³ Entschliebung des Nationalrates vom 10.07.2002 (E 152-NR/XXI. GP)

⁴⁴ Entschliebung des Nationalrates vom 10.07.2002 (E 152-NR/XXI. GP)

wiedergeben. Insoweit entwickelt der Gesetzentwurf eine vom Rahmenbeschluss gar nicht verlangte erschreckende und grundrechtlich wohl nicht haltbare Weite, wenn er sogar die schriftliche Schilderung einer völlig legalen (womöglich noch ehelichen, vgl. § 1303 Abs. 2 BGB) sexuellen Handlung eines 17jährigen kriminalisiert.

Die Strafdrohung für Besitz und Verschaffen ist bei über 14jährigen halb so hoch wie bei unter 14jährigen (§ 207a Abs. 3).

Österreich hat von allen oben unter IV. dargestellten Ausnahmemöglichkeiten (Art. 3 des Rahmenbeschlusses) Gebrauch gemacht.

Zum einen sind Abbildungen von über 18jährigen Personen nicht strafbar, auch wenn sie wie unter 18 aussehen (§ 207a Abs. 4 Z. 2, 4).⁴⁵ Zum anderen wird die Herstellung und der Besitz virtueller Darstellungen von über 14jährigen Personen aus der Strafbarkeit ausgeschlossen, wenn mit der Tat keine Gefahr der Verbreitung der Darstellung verbunden ist (§ 207a Abs. 5 Z. 2).

Schliesslich wird vor allem von der Ermächtigung Gebrauch gemacht, Jugendliche oberhalb des sexuellen Mündigkeits- (oder Mindest)alters (in Österreich wie in Deutschland: 14 Jahre, § 176 dtStGB, §§ 206, 207 öStGB) zumindest hinsichtlich der Herstellung und dem Besitz zum persönlichen Gebrauch der abgebildeten (unter 18jährigen) Person(en) auszunehmen (zur Enge dieser Ausnahme siehe oben IV.).

Der vorliegende Gesetzentwurf macht von keiner der drei Ermächtigungen Gebrauch, was bedenklich erscheint (insb. im Lichte der Ausführungen zu oben I.). Zwar findet sich in der Begründung der sehr richtige Hinweis, dass die Herstellung und der Austausch

⁴⁵ Regierungsvorlage zum Strafrechtsänderungsgesetz 2004, 294 Blg. XXII. GP-NR (S. 22: „Wenn demgegenüber schon die DarstellerInnen so „manipuliert“ wurden oder so gewählt wurden, dass sie aussehen, als ob sie unter der maßgeblichen Altersgrenze liegen würden, in Wahrheit aber diese Altersgrenze sehr wohl überschreiten, ist keine Strafbarkeit (nach Z 2 oder 4) gegeben. Dies entspricht einerseits der Ausnahmebestimmung nach Artikel 3 Abs. 2 lit. a des EU-Rahmenbeschluss-Entwurfes, zum anderen – wenn man die Intentionen des Gesetzgebers des § 207a StGB hinsichtlich der Erweislichkeit des Alters der abgebildeten bzw. dargestellten Person als tatbestandsausschließend versteht – dem geltenden Recht und deckt sich schließlich auch mit den Verpflichtungen aus der Cybercrime-Konvention des Europarates, wonach „sexually explicit conduct“ nicht nur „real conduct“, sondern auch „simulated conduct“ umfasst (vgl. Pkt. 100 des explanatory reports zur Konvention), während bezüglich der „Altersanscheinspornographie“ eine Vorbehaltsmöglichkeit besteht (vgl. Art. 9 Abs. 4 der Konvention in Bezug auf Artikel 9 Abs. 2 lit. b; nach der Cybercrime-Konvention wäre zwar auch die „vollkommen“ virtuelle Pornographie vorbehaltsbar, was aber nach dem Rahmenbeschlussentwurf nicht möglich wäre“)

pornografischer Schriften in gegenseitigem Einvernehmen innerhalb einer sexuellen Beziehung nicht strafbedürftig erscheint, im vorgeschlagenen Gesetzestext findet dies aber keinen Widerhall. Wenn in der Begründung auf den allgemeinen Rechtsgedanken verwiesen wird, wonach der jeweils Abgebildete sich als Schutzobjekt nicht strafbar machen kann, so gibt es einerseits keine Gewähr dafür, dass dies auch von der Rechtspraxis so verstanden wird, und zum anderen versagt diese Konstruktion, wenn der Hersteller oder der Besitzer selbst nicht abgebildet ist, sondern nur der Partner. Wenn der Gesetzgeber schliesslich „den Rechtsgedanken des § 182 Abs. 4“ angewendet haben möchte, so wird er auch dies in den verbindlichen Gesetzestext aufzunehmen haben, um sicherzustellen, dass diesem seinem Willen auch tatsächlich Folge geleistet wird.

Auf Grund der o.a. Problematik des Rahmenbeschlusses im Bereich der Jugendlichen sollte überlegt werden, diesen ähnlich restriktiv umzusetzen wie die Republik Österreich dies getan hat.

Auch in der geschilderten eingeschränkten Form erscheinen die Bestimmungen jedoch aus den o.a. Gründen bedenklich. Die §§ 207a und 207b öStGB werden in Österreich, insb. auf Grund der Altersgrenze 18, weithin als überzogen angesehen.⁴⁶ Vor allem § 207b öStGB ist nach wie vor politisch höchst umstritten und wird dzt. durch das Bundesministerium für Justiz evaluiert.⁴⁷

V. Die (mangelhafte) Rechtsgrundlage des Rahmenbeschlusses

Vor diesem Hintergrund erscheint die Frage nach der Rechtsgrundlage des Rahmenbeschlusses interessant. Die Europäische Union dürfte tatsächlich, wie die *Deutsche Gesellschaft für Sexualforschung (DGfS)* in ihrer Stellungnahme (siehe oben III.) zutreffend ausführt, mit Teilen des Rahmenbeschlusses ihre Kompetenzen überschritten haben.

⁴⁶ Vgl. Schick in *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2. Auflage (2007) § 207a Rz 6 („Aber warum soll nicht auch in § 207a auf eine Altersgrenze von 16 Jahren zurückgegangen werden ...? Sind wir wirklich bei durchaus rational zu beurteilenden rechtspolitischen Entscheidungen an die Definitionen in internationalen Rechtsinstrumenten gebunden ...? 17- und 18jährige gelten in unserem Kulturkreis nun einmal nicht mehr als Kind“), § 207b Rz 9, 13, 17).

⁴⁷ http://www.rklambda.at/dokumente/news_2007/News-de-berger_PA-070312.pdf

Art. 29 and 31 des Vertrages über die Europäische Union [EUV], auf welche Artikel die Kommission und der Rat den Rahmenbeschluss stützen, erlauben eine Rechtsangleichung materieller Sexualstraftatbestände nur im Falle organisierter Kriminalität. Soweit der Rahmenbeschluss Tatbestände im Bereich nicht organisierter Kriminalität vorschreibt, scheint er keine Rechtsgrundlage in den Verträgen zu haben (Art. 29 dritter Gedankenstrich iVm Art. 31 Abs. 1 lit. e EUV).

Es wäre daher durchaus überlegenswert, ob diese Frage nicht einer Klärung durch den Europäischen Gerichtshof zugeführt werden sollte bevor der Rahmenbeschluss kritiklos in nationales Recht umgesetzt wird. Dies umso mehr als Deutschland sich bis in die Schlußphase des Gesetzgebungsprozesses gegen die unterschiedslose Altersgrenze von 18 Jahren ausgesprochen hat und der Definition des „Kindes“ in Art. 1 lit. a differenzierte Altersstufen anfügen wollte.⁴⁸

VI. Schluss

Die vom Entwurf vorgesehene Anhebung der Altersgrenze auf 18 Jahre sollte nicht erfolgen.

Hinsichtlich § 182 StGB ist aus sexualwissenschaftlicher Sicht darauf hinzuweisen, dass die Gewährung eines Entgelts nicht notwendigerweise Prostitution bedeutet, sondern auch die Einladung zu einem Kinobesuch oder Abendessen bedeuten und die Kriminalisierung sexuelle Beziehungen mit Jugendlichen einem grundsätzlichen Kriminalitätsverdacht aussetzen kann. Es ist auch zu bedenken, dass kriminalstrafrechtliche Ermittlungen und Untersuchungen, ob ein (Vermögens)Vorteil nun kausal für intime Kontakte war oder nicht, häufig mehr Schaden als Nutzen stiftet. Sogar im Bereich der wirklichen Jugendprostitution läuft Kriminalisierung Gefahr, gerade die Sozialarbeit mit jugendlichen Prostituierten erheblich zu beeinträchtigen, die sich oft als die einzige wirksame Unterstützung und Hilfe für sie erweist.⁴⁹

In Abwägung der Vor- und Nachteile einer solchen Strafbestimmung und in den Expertenanhörungen zum 29. Strafrechtsänderungsgesetz mit zahlreichen Stimmen für die

⁴⁸ Siehe Rat der Europäischen Union, Vorsitz, 11622/01 ADD1, DROIPEN 75, MIGR 71, 11.09.2001, <http://register.consilium.eu.int>.

⁴⁹ Siehe hierzu ausführlich die Stellungnahmen der sexualwissenschaftlichen Vereinigungen (oben III.)

ersatzlose Aufhebung der §§ 175, 182 StGB konfrontiert hat der Gesetzgeber 1994 schliesslich eine Altersgrenze von 16 Jahren für sachgerecht erachtet. Diese Balance zwischen der Freiheit zu gewollter Sexualität auf der einen Seite und der Freiheit von ungewollter Sexualität, von sexuellem Missbrauch und sexueller Gewalt, auf der anderen wird mit einer Anhebung der Altersgrenze auf 18 Jahre ohne sachlich-inhaltliche Notwendigkeit verlassen.

Auch die Ausdehnung der Regelungen für Kinder(!)-Pornografie (§ 184b StGB) auf Jugendliche ist mit einem sinnvoll verstandenen Rechtsgüterschutz, insb. Jugendschutz, nicht vereinbar.

Die für Unmündige gegebenen Schutzziele bestehen bei Mündigen nicht. Darstellerschutz kommt als Begründung für die vorgeschlagenen Regelungen nicht in Frage, weil die Verhinderung sexueller Kontakte bei über 14jährigen Personen keine zulässige staatliche Aufgabe ist. Mündige sind grundsätzlich selbstbestimmungsfähig⁵⁰ und ihre Kontakte sind nicht nur legal sondern ist ihre Freiheit zu sexuellen Kontakten ihrer Wahl auch grundrechtlich verbürgt.⁵¹ Aus diesem Grund kann auch im Zeigen oder Betrachten sexueller Handlungen mündiger Menschen nichts grundsätzlich Sozialschädliches erkannt werden; insb. ist eine Neigung zu jugendlichen (mündigen) Sexualpartnern weder rechtswidrig noch pathologisch oder sonst wie bedenklich.

Es erscheint als Unrecht und aus sexuellemanzipatorischer Sicht geradezu katastrophal, eine Person mit Kriminalstrafe dafür zu belegen, daß sie ein „aufreizendes“ Bild eines 17 1/2 jährigen vollentwickelten jungen Mannes oder einer 17 1/2 jährigen vollentwickelten jungen Frau erwirbt oder besitzt. Angesichts der mit 16 Jahren gegebenen Möglichkeit zu heiraten (§ 1303 Abs. 2 BGB), sind nach dem vorgeschlagenen Gesetzeswortlaut sogar Eheleute zu bestrafen, wenn sie ein „aufreizendes“ Bild ihres Ehepartners herstellen oder besitzen. Man kann dies nicht einmal als Rückfall in vergessen geglaubte Zeiten bezeichnen, weil es eine derartige Kriminalisierung noch nicht gegeben hat.

⁵⁰ BGH 23.01.1996, 1 StR 481/95; BGH 28.02.1996, 3 StR 309/9; für Österreich siehe insb. die Entschliebung des Nationalrates vom 10.07.2002 (E 152-NR/XXI. GP) (S. 3); für eine ausführliche Analyse siehe *Graupner, Sexualität, Jugendschutz und Menschenrechte*, Fft./M. u. .a.: Peter Lang (1997)

⁵¹ *S.L. vs. Austria* (45330/99), judg. 09.01.2003 (par. 9f, 49, 52).

Abzulehnen und von der Rechtsordnung hintanzuhalten sind hingegen selbstverständlich Gewalt, Zwang und Ausbeutung. In diesem Sinne wäre durchaus zu überlegen, in Ergänzung zu den bereits bestehenden Schutzbestimmungen, einen Tatbestand zu schaffen, der einerseits

- (a) *kommerzielle Herstellung, Vertrieb etc.* von Pornografie mit mündigen (= über 14j) Minderjährigen und andererseits
- (b) die *Weitergabe* pornografischer Darstellungen mündiger Minderjähriger *ohne* deren *Einverständnis* pönalisiert.

Diesbezüglich scheinen durchaus Schutzlücken zu bestehen. Diese Lücken zielgenau zu schliessen wäre sinnvoller Jugendschutz, nicht aber ein uferloser Tatbestand, der die Gefahr in sich trägt, das sexuelle Selbstbestimmungsrecht von Jugendlichen und ihren PartnerInnen zu verletzen.

Um allfällige Missverständnisse zu vermeiden sei mit allem Nachdruck deutlich gemacht: Der Kampf gegen die sexuelle Ausbeutung von Kindern und die Kinderpornografie ist von allergrößter Bedeutung. In diesem Sinne sind sowohl der Rahmenbeschluß als auch der vorliegende Gesetzesentwurf sehr zu begrüßen. Beide gehen allerdings weit über die Bekämpfung der Kinderpornografie und der Kinderprostitution hinaus und greifen tief in das Sexualleben der Menschen ein. Insoweit sind beide zu kritisieren.

Keinem missbrauchten oder gefährdeten 10jährigen Kind ist damit gedient, dass (in Deutschland zT und in Österreich demnächst sogar generell wahlberechtigte) 17jährige junge Männer und Frauen unterschiedslos auf seine Stufe gestellt werden. Ganz im Gegenteil kann es passieren, dass derart unnötig belastete Strafverfolgungsbehörden nicht mehr in ausreichendem Masse die erforderlichen Ressourcen für den so dringenden und wichtigen effektiven Kampf gegen den wirklichen Kindesmissbrauch, die wirkliche Kinderprostitution und die wirkliche Kinderpornografie haben werden.

Der Gesetzentwurf bekräftigt zwar die „Grundentscheidung des Sexualstrafrechts (abgestufter Schutz nach zunehmender Reife)“⁵² und bekennt sich dazu (Anlage 3), tut aber im konkret vorgeschlagenen Gesetzestext das Gegenteil.

Dr. Helmut Graupner

Co-Präsident der Österreichischen Gesellschaft für Sexualforschung (ÖGS)

Mitglied der World Association for Sexual Health (WAS)

⁵² Das *Bundesverfassungsgericht* geht davon aus, daß der Minderjährige eine „von vornherein und mit zunehmendem Alter in immer stärkerem Maß [...] durch Art. 2 I [Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, Anm.d.Verf.] i.V.m. Art. 1 I GG [Achtung der Menschenwürde, Anm.d.Verf.] geschützte Persönlichkeit“ ist (BVerfGE 47, 46 (74) = NJW 1978, 807). Die Entscheidungsbefugnis des Minderjährigen wachse in dem Maß in dem die Selbstbestimmungsfähigkeit die Erziehungsbedürftigkeit übersteigt (ebendort). Gerade höchstpersönliche Rechte soll der schon urteilsfähige Minderjährige eigenverantwortlich wahrnehmen können (vgl. BVerfGE in NJW 1982, 1375 [1378]). In der *Schweiz* legt sogar das Gesetz selbst diese Formel fest. Gem. Art. 19 II SchwZGB können „urteilsfähige unmündige Personen“ ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters diejenigen Rechte ausüben, „die ihnen um ihrer Persönlichkeit willen zustehen“.

ANHANG

§ 74 öStGB „Andere Begriffsbestimmungen“

Im Sinn dieses Bundesgesetzes ist

1. unmündig: wer das vierzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hat;
2.
3. minderjährig: wer das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hat;
4.

§ 207a öStGB „Pornographische Darstellungen Minderjähriger“

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

(4) Pornographische Darstellungen Minderjähriger sind

- (3) 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 im Sinne 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
- (3) 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.

§ 207b öStGB „Sexueller Missbrauch von Jugendlichen“

(1) Wer an einer Person, die das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet hat und aus bestimmten Gründen noch nicht reif genug ist, die Bedeutung des Vorgangs einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln, unter Ausnützung dieser mangelnden Reife sowie seiner altersbedingten Überlegenheit eine geschlechtliche Handlung vornimmt, von einer solchen Person an sich vornehmen lässt oder eine solche Person dazu verleitet, eine geschlechtliche Handlung an einem Dritten vorzunehmen oder von einem Dritten an sich vornehmen zu lassen, ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.

(2) Wer an einer Person, die das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, unter Ausnützung einer Zwangslage dieser Person eine geschlechtliche Handlung vornimmt, von einer solchen Person an sich vornehmen lässt oder eine solche Person dazu verleitet, eine geschlechtliche Handlung an einem Dritten vorzunehmen oder von einem Dritten an sich vornehmen zu lassen, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen.

(3) Wer eine Person, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, unmittelbar durch ein Entgelt dazu verleitet, eine geschlechtliche Handlung an ihm oder einem Dritten vorzunehmen oder von ihm oder einem Dritten an sich vornehmen zu lassen, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen.

Art. 29 Vertrag über die Europäische Union [EUV]:

“Unbeschadet der Befugnisse der Europäischen Gemeinschaft verfolgt die Union das Ziel, den Bürgern in einem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ein hohes Maß an Sicherheit zu bieten, indem sie ein gemeinsames Vorgehen der Mitgliedstaaten im Bereich der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen entwickelt sowie Rassismus und Fremdenfeindlichkeit verhütet und bekämpft.

Dieses Ziel wird erreicht durch die Verhütung und Bekämpfung der – organisierten oder nicht organisierten – Kriminalität, insbesondere des Terrorismus, des Menschenhandels und

der Straftaten gegenüber Kindern, des illegalen Drogen- und Waffenhandels, der Bestechung und Bestechlichkeit sowie des Betrugs im Wege einer

- engeren Zusammenarbeit der Polizei-, Zoll- und anderer zuständiger Behörden in den Mitgliedstaaten, sowohl unmittelbar als auch unter Einschaltung des Europäischen Polizeiamts (Europol), nach den Artikeln 30 und 32,
- engeren Zusammenarbeit der Justizbehörden sowie anderer zuständiger Behörden der Mitgliedstaaten, auch unter Einschaltung der Europäischen Stelle für justizielle Zusammenarbeit (Eurojust), nach den Artikeln 31 und 32,
- *Annäherung der Strafvorschriften der Mitgliedstaaten nach Artikel 31 Buchstabe e), soweit dies erforderlich ist.*“

Art. 31 Vertrag über die Europäische Union [EUV]

„(1) Das gemeinsame Vorgehen im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen schließt ein:

- a) Erleichterung und Beschleunigung der Zusammenarbeit zwischen den zuständigen Ministerien und den Justizbehörden oder entsprechenden Behörden der Mitgliedstaaten, auch unter Einschaltung von Eurojust, wenn sich dies als zweckmäßig erweist, bei Gerichtsverfahren und der Vollstreckung von Entscheidungen;
- b) die Erleichterung der Auslieferung zwischen den Mitgliedstaaten;
- c) die Gewährleistung der Vereinbarkeit der jeweils geltenden Vorschriften der Mitgliedstaaten untereinander, soweit dies zur Verbesserung dieser Zusammenarbeit erforderlich ist;
- d) die Vermeidung von Kompetenzkonflikten zwischen Mitgliedstaaten;
- e) *die schrittweise Annahme von Maßnahmen zur Festlegung von Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen und die Strafen in den Bereichen organisierte Kriminalität, Terrorismus und illegaler Drogenhandel.*

(2) Der Rat fördert die Zusammenarbeit durch Eurojust auf folgende Weise:

- a) Er ermöglicht Eurojust, zu einer sachgerechten Koordinierung zwischen den für die Strafverfolgung zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten beizutragen;
- b) er fördert die Unterstützung durch Eurojust bei den Ermittlungen in Fällen, die mit schwerer grenzüberschreitender, namentlich organisierter Kriminalität zusammenhängen, insbesondere unter Berücksichtigung von Europol-Analysen;
- c) er erleichtert die enge Zusammenarbeit von Eurojust mit dem Europäischen Justiziellen Netz, insbesondere mit dem Ziel, die Erledigung von Rechtshilfe- und Auslieferungsersuchen zu erleichtern.“