

## Der juristische Blick: Sexualität und Recht – zwischen Schutz und Bevormundung

*Helmut Graupner*

Dieser Beitrag ist dem normativen Teil des Themas gewidmet. Zu Beginn wird dargestellt, was Sexualität mit Menschenrechten zu tun hat und umgekehrt Menschenrechte mit Sexualität. Das ist ein Thema, das in der Rechtswissenschaft nicht so prominent ist und oft vernachlässigt wird – in der Politik erst recht. Anschließend richtet sich der Fokus auf das Sexualstrafrecht und den Jugendschutz, wie er sich derzeit darstellt, und danach – aus aktuellem Anlass - auf den Rahmenbeschluss der Europäischen Union zur Bekämpfung der Kinderpornografie und der sexuellen Ausbeutung von Kindern und dessen Umsetzung in Österreich und mittlerweile auch in Deutschland.

### *Sexualität und Menschenrechte*

Um etwas zu Sexualität und Menschenrechten sagen zu können, muss man zuerst wissen, was Menschenrechte sind und warum es Menschenrechte überhaupt gibt. Das deutsche Bundesverfassungsgericht hat das so zusammenfasst, dass der Kern der Menschenrechte in der menschlichen Würde liegt und diese der Kern jeder freiheitlich-demokratischen Rechtsordnung ist.<sup>7</sup> Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte sieht das Wesen der Menschenrechte im Respekt vor der menschlichen Würde.<sup>8</sup> Daraus ergibt sich die Frage: Was ist menschliche Würde? Frei nach Immanuel Kant liegt die menschliche Würde in einer freiheitlich demokratischen Rechtsordnung darin, dass ein Mensch nicht Mittel zum Zweck sein darf, sondern immer Zweck nur an sich, sie liegt in seiner Unverfügbarkeit, in der Freiheit und Autonomie als Persönlichkeitsqualität jedes Einzelnen, wobei man in unserer Gesellschaft davon ausgeht, dass alle Menschen gleichwertig sind.

Wenn man sich vor diesem Hintergrund ansieht, was die Aufgabe des Sexualstrafrechts sein kann, so ist zu bedenken, dass das Sexualstrafrecht den Menschenrechten und den Verfassungen, in denen die Menschenrechte festgelegt sind, genügen muss. In diesem Sinne ist es die Aufgabe des Sexualstrafrechts, die menschliche Würde im sexuellen Bereich vor Verletzungen zu schützen und zwar vor gravieren-

7 BVerfGE 7, 198; 48, 127 [163]; 49, 286 [298]

8 *Cossey vS. UK* 1990; *Goodwin vS. UK* 2002; *I. vS. UK* 2002.

den Verletzungen. Denn das Strafrecht ist die schärfste Waffe des Staates. Er hat keine schärfere Waffe als das Strafrecht, als Menschen die Freiheit zu nehmen, ihr Vermögen zu konfiszieren, Geldstrafen zu verhängen oder – bei uns mittlerweile nicht mehr, aber in einigen Staaten wird es noch praktiziert – ihnen das Leben zu nehmen. Das Strafrecht ist ultima ratio und dient dem Rechtsgüterschutz. Wenn das Strafrecht aber die sexuelle Autonomie, die Unverfügbarkeit der Person im Bereich des Sexuellen einschränkt - und zwar nicht zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer, sondern zugunsten anderer Ziele wie der Moral oder einer bestimmten Auffassung von Normalität - dann würde das heißen, dass die menschliche Würde im sexuellen Bereich verletzt ist, weil die Freiheit und Autonomie des Einzelnen zugunsten von Moralvorstellungen anderer, die eben nicht die Vorstellungen dieses Menschen sind, sondern anderer Menschen, eingeschränkt wird. Der Einzelne ist damit nicht mehr Subjekt, sondern wird zum Objekt (der moralischen Anschauungen anderer) degradiert.

Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung besteht grundsätzlich aus zwei Seiten. Die eine ist die *Freiheit zu* gewollter Sexualität. Die andere die *Freiheit von* ungewollter Sexualität, auf wirksamen Schutz vor Missbrauch und Gewalt. Dies sind die *zwei Seiten derselben Medaille*. Nur wenn ich beide Seiten schütze, schütze ich das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung tatsächlich umfassend. Beide Seiten der Medaille müssen berücksichtigt und keine darf vernachlässigt oder überbetont werden. Nur dann wird die menschliche Würde in einem der zentralsten Bereiche der Persönlichkeit, der Sexualität, umfassend respektiert.<sup>9</sup>

Dies ist das Verständnis von Menschenrechten im Bereich der Sexualität, das der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Strassburg entwickelt hat.<sup>10</sup> Gemäß der Judikatur des Gerichtshofs ist der zentrale Gedanke der Menschenrechte 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, wie es in Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) festgelegt ist. Es gibt in der Europäischen Menschenrechtskonvention kein ausdrücklich schriftlich festgelegtes Recht auf sexuelle Selbstbestimmung, sondern dieses Recht ist Teil des Rechts auf Privatleben (Art. 8). In seiner ständigen Judikatur sagt der Menschenrechtsgerichtshof, dass Sexualität und Sexualeben zum Kernbereich des Grundrechts auf Schutz des Privatlebens gehören und dass jegliche staatliche Regulierung gerechtfertigt sein muss. Es muss ein dringendes, soziales Bedürfnis vorliegen und außerdem muss die Maßnahme auch verhältnismäßig zum verfolgten Ziel sein. Einer der wesentlichsten Punkte dabei ist, dass die bloßen Ansichten und Werthaltungen einer Mehrheit einen Eingriff in das Privatleben nicht rechtfertigen können. Wenn Menschen etwas als nicht richtig oder

9 Für eine ausführliche Darstellung siehe *Graupner* (1997).

10 Vgl. *Graupner* (2005a).

unmoralisch erscheint, darf der Staat bloß deshalb anderen Menschen das nicht verbieten, schon gar nicht mit den Mitteln des Strafrechts.<sup>11</sup>

Was mittlerweile auch klargestellt ist in der Rechtsprechung des Europäischen Menschenrechtsgerichtshofs ist, dass Diskriminierung aufgrund sexueller Orientierung unzulässig ist, inakzeptabel und ebenso schwerwiegend beurteilt wird wie Diskriminierung aufgrund von Rasse, ethnischer Herkunft, Religion und Geschlecht.<sup>12</sup>

In diesem Sinne haben die Mitgliedsstaaten der Europäischen Menschenrechtskonvention die Pflicht, einerseits zu effektivem Schutz vor sexuellem Missbrauch und Gewalt<sup>13</sup>, andererseits zu wirksamer Gewährleistung des Rechts auf gewollte Sexualität.<sup>14</sup> Und dieses Recht haben nicht nur Erwachsene, dieses Recht haben auch Minderjährige. Im Fall *S. L. gegen Österreich* hat der Europäische Menschenrechtsgerichtshof einem Jugendlichen Schadenersatz zugesprochen, weil er zwischen seinem 14. und 18. Lebensjahr keine einvernehmlichen, sexuellen Kontakte mit erwachsenen Männern eingehen konnte, ohne seine Partner der Gefahr der Strafverfolgung auszusetzen. S.L. hat sich für gleichaltrige Jugendliche nicht interessiert, sondern immer für ältere, erwachsene Männer. Sexuelle Kontakte zwischen 14 bis 18jährigen Männern einerseits und über 19jährigen Männern andererseits waren in Österreich damals auf Grund einer sexualstrafrechtlichen Bestimmung verboten, die der Menschenrechtsgerichtshof für menschenrechtswidrig erachtete. Dem Jugendlichen hat er Schadenersatz zugesprochen.

Zusammengefasst: Der Sexualstrafgesetzgeber muss beide Seiten des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung wahren, er muss eine angemessene Balance finden und die beiden Freiheiten gegeneinander abwägen. Er darf nicht von vornherein sagen, mich interessiert nur die Freiheit der Sexualität oder mich interessiert nur der Schutz. Er muss eine angemessene Balance finden. Würde er eine Seite überbetonen, dann würde er die Menschenwürde in diesem zentralen Bereich des menschlichen Lebens verletzen.<sup>15</sup>

Speziell bezüglich Jugendlichen lohnt ein Blick auf die Judikatur des deutschen Bundesverfassungsgerichtes.<sup>16</sup> Der Minderjährige ist eine von vornherein und mit

11 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.

12 Lustig-Prean & Beckett vS. UK 1999; Smith & Grady vS. UK 1999; Salgueiro da Silva Mouta vS. Portugal 1999; L. & V. v. Austria 2003, S. L. v. Austria 2003, E.B. vS. France 2008

13 Z. & Others vS. UK 2001, E. & Others vS. UK 2002, X. & Y. vS. NL 1985.

14 L. & V. vS. Austria 2003, S. L. vS. Austria 2003; A.D.T. vS. UK 2000.

15 Vgl. Graupner (1997); Vgl. Graupner (2005a).

16 Vgl. Graupner (1997).

zunehmenden Alter immer stärker durch das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit und Achtung der Menschenwürde geschützte Persönlichkeit.<sup>17</sup> Die Entscheidungsbefugnis des Minderjährigen wächst mit seinem zunehmenden Alter. Sie wächst in dem Maße, in dem die Selbstbestimmungsfähigkeit die Erziehungsbedürftigkeit übersteigt.<sup>18</sup> Es wäre menschenrechtlich unzulässig, eine »Käseglocke« über Jugendliche bis zum 18. Lebensjahr zu stülpen, sie dann zu entfernen, und dann erst Jugendliche in den Genuss aller Freiheiten der Erwachsenenwelt kommen zu lassen. Das wäre nicht nur unsinnig vom pädagogischen Standpunkt, sondern es ist auch menschenrechtlich unzulässig, weil eben die Entscheidungsfähigkeit schon vor dem 18. Geburtstag besteht. Und gerade höchstpersönliche Rechte sollten auch schon Minderjährige eigenverantwortlich wahrnehmen können<sup>19</sup> – was gibt es für einen höchstpersönlicheren Lebensbereich als die Sexualität.

Das ist der menschenrechtliche Rahmen, den wir beachten müssen, wenn wir über Sexualstrafrecht, und da insbesondere über den Jugendschutz, sprechen<sup>20</sup>.

### *Sexualstrafrecht und Jugendschutz*

In Deutschland und auch in Österreich haben wir – das ist nicht, wie man vielleicht glaubt, eine Erfindung der Moderne – seit dem 19. Jahrhundert<sup>21</sup> eine Mindestaltersgrenze von 14 Jahren für sexuelle Beziehungen (§ 176 dtStGB; § 206f öStGB). Darunter sind alle sexuellen Kontakte verboten, darüber sind sie grundsätzlich erlaubt und nicht strafbar. Das ist so in etwa der Hälfte der europäischen Rechtsordnungen, insbesondere in den Strafrechtsordnungen, die ein strenges Legalitäts- und Officialprinzip haben. Es gibt auch europäische Länder, die die Altersgrenze mit 12 Jahren ansetzen, wie Malta und der Vatikan oder mit 13, wie Spanien.<sup>22</sup>

Legalitätsprinzip heißt, dass Polizei, Staatsanwälte, Gerichte, wenn sie Kenntnis erlangen von einem Straftatbestand - in unserem Fall von einem sexuellen Kontakt mit einer Person unterhalb der Altersgrenze - dann müssen sie verfolgen, dann müssen sie anklagen, dann müssen sie verurteilen. Sie können keine Opportunitätserwägungen walten lassen, ob im konkreten Fall wirklich eine Verurteilung und Bestrafung geboten ist, wie das in vielen europäischen Ländern der Fall ist. In Deutschland und Österreich gilt das Legalitätsprinzip. Was strafbar ist, muss auch verfolgt werden. Officialprinzip wiederum heißt, die Verfolgung ist nicht abhängig vom Willen des Opfers. Es ist nicht maßgebend, ob ein Antrag oder Wunsch des Opfers auf Strafverfolgung vorliegt oder nicht.

17 BVerfGE 47, 46 (74) = NJW 1978, 807.

18 Ebenda.

19 BVerfGE in NJW 1982, 1375 [1378].

20 Für eine ausführliche Diskussion siehe Graupner (1997); Graupner (2005a).

21 Davor galten niedrigere Altersgrenzen oder die individuelle Geschlechtsreife.

22 Ausführlich siehe Graupner (1997); Graupner (2004a).

Jene Staaten, in denen das Opportunitätsprinzip gilt, haben höhere Altersgrenzen von 15 oder 16 Jahren – wie Frankreich, Belgien, Holland oder Großbritannien. In Europa gibt es nur eine einzige Rechtsordnung, die ein höheres generelles Mindestalter hat als 16 Jahre: Nordirland mit 17 Jahren. So hohe (oder noch höhere) Altersgrenzen sind ansonsten eine Besonderheiten der USA, Europa sind sie fremd. Und es gibt nur eine Rechtsordnung in Europa, die ein Mindestalter von 16 Jahren kombiniert mit einem Legalitäts- und Offizialprinzip: die Schweiz. Alle anderen Staaten mit einer Altersgrenze von 16 Jahren (oder 17 wie im Falle Nordirlands) haben entweder Opportunitätsprinzip oder binden die Strafverfolgung (ab einem bestimmten Alter) an einen Antrag oder eine Ermächtigung.<sup>23</sup>

In Deutschland und Österreich gab es Sonderaltersgrenzen für männlich, homosexuelle Kontakte – jeweils 18 Jahre.<sup>24</sup> In Deutschland wurde diese Sonderaltersgrenze 1994 gestrichen, in Österreich erst 2002. In beiden Ländern wurden die Bestimmungen allerdings nicht ersatzlos gestrichen. Es wurden Ersatzbestimmungen eingeführt<sup>25</sup>, die politisch wie auch fachlich umstritten waren. Es gab dazu in Deutschland Bundestags- und Bundesratsanhörungen und v.a. die nichtjuristischen Sachverständige sprachen sich gegen diese Ersatzbestimmungen aus. Kritisiert wurde die Gefahr der moralisierenden Handhabung und der grundsätzliche Kriminalitätsverdacht, der damit auf jugendlichen Beziehungen lastet, ausgehend davon, dass es hier ja nicht mehr um Kinder geht, sondern um Jugendliche (über 14 Jahren).<sup>26</sup> Im deutschen Strafgesetzbuchparagrafen 182 werden bis zum 16. Lebensjahr unter Strafe gestellt: sexuelle Kontakte gegen Entgelt, unter Ausnutzung einer Zwangslage und - ein dritter Tatbestand, der besonders unbestimmt ist – die Ausnutzung einer »fehlenden Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung«.

### *Der Rahmenbeschluss*

Im Jahr 2003 hat die Europäische Union dann den Rahmenbeschluss zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie<sup>27</sup> verabschiedet. Dieser Beschluss wurde von den damals noch 15 Mitgliedsstaaten einstimmig gefasst.<sup>28</sup>

Der Vorschlag der Kommission geht auf das Jahr 2001 zurück. Er definiert »Kind« erstmals in der europäischen Geschichte als jede Person bis zur Vollendung des 18. Lebensjahrs. Das Jugendalter wurde damit praktisch aufgehoben. Es gab in diesem Entwurf keine Differenzierung nach verschiedenen Altersgruppen. Ein 17,5

23 Ebenda.

24 § 175 dtStGB; § 209 öStGB.

25 § 182 dtStGB; § 207b öStGB.

26 *Graupner* (1997).

27 RB 2004/68/JHA 22.12.2003

28 ausführlich zur Geschichte und Problematik siehe *Graupner* (2004b); *Graupner* (2005b).

jähriger, junger Mann wird damit grundsätzlich gleich behandelt wie ein 5-jähriges Kind.

Unter Kinderpornographie sind alle bildlichen Darstellungen eindeutiger, sexueller Handlungen definiert, unter Einbeziehung einer Person unter 18 Jahren. Als eindeutige sexuelle Handlung definiert wird auch z.B. die aufreizende Zurschaustellung der Genitalien oder der Schamgegend.

Diese Definition der Kinderpornographie ist wortwörtlich übernommen worden aus dem US-amerikanischen Bundesstrafgesetzbuch.<sup>29</sup> Wenn wir uns anschauen, was in den U.S.A. mit diesem Gesetzestext gemacht wurde, dann sehen wir, dass der U.S.-Kongress sich im Jahre 1994 bemüht gefühlt hat, dieses Gesetz verbindlich zu interpretieren. Laut diesem Beschluss ist das Gesetz gegen Kinderpornografie nicht auf Aktbilder beschränkt. Es können auch voll bekleidete Personen sein, nicht einmal die Genitalien müssen sich abzeichnen. Und bei Videos sagt der Kongress, dass die Genitalien nicht zu sehen sein müssen. Es ist nicht einmal ein laszives Handeln oder Posieren erforderlich. D.h., es kann also nach dem U.S.-amerikanischen Recht die Darstellung einer voll bekleideten Person als Kinderpornographie definiert werden, wenn die Person 17 Jahre alt ist, wenn ein Richter meint, dass sie aufreizend zur Schau gestellt ist – wenn auch im Skianzug. Das geht dann so weit, dass es in der amerikanischen Rechtsprechung oft auch einen Unterschied macht, wer z.B. ein entsprechendes Foto besitzt. Besitzt eine pädophile Person dieses Foto, ist es Kinderpornographie, besitzt es ein honorierter Familienvater das gleiche Bild, ist das nicht der Fall.

Auch erfasst sind nach dem Vorschlag der Kommission fiktive Darstellungen. Es sind sogar Erwachsene erfasst, die wie Jugendliche aussehen. Man kann davon ausgehen, dass damit ein guter Teil der heute handelsüblichen Standardpornographie grundsätzlich unter Kriminalitätsverdacht gestellt wird.

Der zweite Aspekt dieses Rahmenbeschlusses betrifft, wie der Titel bereits sagt, neben der Kinderpornographie die sexuelle Ausbeutung von Kindern. Hier spielen Kontakte gegen Geld, aber nicht nur gegen Geld, sondern auch andere Dinge wirtschaftlichen Werts eine Rolle, Urlaubsreisen, Geschenke, oder sonstige nichtökonomische Gegenleistungen, was das auch immer sein mag. Dann waren auch noch im Vorschlag enthalten Kontakte unter »Verleitung« der Person unter 18 Jahren. Jugendliche Täter waren nicht ausgenommen von diesem Kommissionsvorschlag. Für sie gelten die gleichen Mindesthöchststrafen. Auch hier gibt es keine Altersdifferenzierungen. Ganz nach amerikanischem Vorbild werden Jugendliche als Opfer mit Kindern und als Täter mit Erwachsenen gleichgesetzt. Sie werden als schutzbedürftige Kinder angesehen, werden aber so bestraft wie Erwachsene.

29 U.S. -Federal- Criminal Code § 2256.

Wenn man diesen Rahmenbeschluss auf konkrete Fälle bezieht, beinhaltet er die Verpflichtung zu kriminalisieren, mit Strafe zu bedrohen, z.B.

- wenn ein 15jähriger seine gleichaltrige Freundin im knappen Bikini fotografiert, wenn dieses Foto die Schamgegend (wenn auch nicht die Genitalien) erkennen lässt und wenn das in »aufreizender« Pose passiert,
- wenn ein 14jähriger privat eine nackte, junge Schönheit in »aufreizenden« Posen auch nur zeichnet (fiktive Darstellung),
- wenn 17jährige im Rahmen von Webcam-Sex intime Fotos oder Videos austauschen und betrachten und dabei ihre Schamgegend (oder gar ihre Genitalien) »aufreizend« entblößen.

Da auch das Verleiten von unter 18jährigen strafbar sein sollte, würden auch Jugendliche mit Strafe bedroht, die die Initiative zum Sex mit anderen Jugendlichen ergreifen (wenn diese von alleine nicht auf die Idee gekommen wären), erst recht, wenn irgendwelche Gegenleistungen geboten werden, bis hin zu sogar immateriellen Vorteilen. Und wenn dann auch Liebe und Zuneigung hierunter (also unter immateriellen Vorteil) fällt, hätten wir Zustände wie sie in den U.S.A. der Fall sind, in denen in manchen Bundesstaaten jegliche sexuellen Kontakte unter 18 strafbar gestellt werden.

### *Die Kritik*

Dieser Rahmenbeschluss-Vorschlag der Kommission hat heftige Kritik hervorgerufen. Breite Kritik kam insbesondere aus der Sexualwissenschaft. Die folgenden Gesellschaften und Gremien haben protestiert gegen diese überbordende und uferlose Kriminalisierung:

- World Association for Sexual Health (WAS),
- Österreichische Gesellschaft für Sexualforschung (ÖGS),
- Deutsche Gesellschaft für Sexualwissenschaftliche Sexualforschung (DGfS),
- Deutsche Gesellschaft für Sexualforschung (DGfS),
- Gesellschaft für Sexualwissenschaft (GSW),
- Europäische Region der International Lesbian and Gay Association (ILGA),
- Lesben- und Schwulenverband Deutschlands (LSVD)

Die DGfS hat den ganzen Vorgang am drastischsten kritisiert, ihn (wegen der Übernahme der US-amerikanischen Rechtslage) als »moralischen Kolonialismus« bezeichnet.

Auch eine Expertenanhörung im österreichischen Parlament (2003) ergab eine einhellige Ablehnung durch die gehörten Experten.

Die Kritikpunkte waren in erster Linie der Aspekt der »Verleitung«, dass man also die »Verführung« von Personen unter 18 unter Strafe stellt, dass man nichtöko-

nomische Vorteile mit einbezieht, die nicht messbar und fassbar sind. Schließlich wurde zu Bedenken gegeben, dass ein Entgelt, ein Vermögensvorteil ja nicht nur Prostitution erfasst, sondern auch ein Kinobesuch, ein Abendessen sein kann, weil es ja keine Wertuntergrenze für das Entgelt gibt.

Es wurde darauf hingewiesen, dass kriminalstrafrechtliche Ermittlungen darüber, ob Entgelte kausal für sexuelle Kontakte stehen, mehr Schaden als Nutzen für die betroffenen Jugendlichen bringen können. Schließlich wurde auch auf die Möglichkeit ungeschickter oder böswilliger Auslegung des Gesetzes hingewiesen: Eltern, die mit den Beziehungen ihrer jugendlichen Kinder nicht einverstanden sind, würden ein Instrument an die Hand bekommen, mit denen Existenzen zerstört werden könnten.

Hinsichtlich der Kriminalisierung der Jugendprostitution wurde zu Bedenken gegeben, dass niederschwellige Sozialarbeit in diesem Bereich behindert werden könnte, z.B. hinsichtlich der Aids-Prävention.

Und hinsichtlich der »Jugendpornographie« ist darauf hinzuweisen, dass im Gegensatz zur Kinderpornographie keine verbotenen sexuellen Handlungen, sondern legale Beziehungen dargestellt werden. Hier wird nicht nur etwas dargestellt, was man tun darf, sondern etwas, das der Staat nicht verbieten darf, etwas, das grundrechtlich geschützt ist. Da man in Deutschland wie in Österreich mit 16 heiraten darf<sup>30</sup>, wäre sogar der Besitz einer aufreizenden (»pornografischen«) Fotografie des Ehepartners strafbar. Es erscheint nicht nachvollziehbar, was am Erwerb oder Besitz von »aufreizenden« Bildern einer voll entwickelten 17jährigen Frau oder eines voll entwickelten 17jährigen Mannes strafbar sein soll.

Die EU hat zudem keine Zuständigkeit für diesen Rahmenbeschluss. Der Ministerrat hat außerhalb seiner Zuständigkeit agiert, weil die Vorschreibung von materiellen Straftatbeständen mit Rahmenbeschlüssen nur bei organisierter Kriminalität zulässig ist.<sup>31</sup>

### *Ausnahmen*

Diese Kritik ist nicht ungehört geblieben. Der Ministerrat hat den Kommissionsentwurf schließlich doch teilweise abgeändert. Das Kriterium der Verleitung wurde gestrichen, ebenso die nichtökonomischen Vergütungen und, ein ganz zentraler Punkt: das Entgelt muss dafür geboten werden, dass der Jugendliche sich zum sexuellen Kontakt bereit findet, es muss also ein Verführungselement gegeben sein.

30 Ehemündigkeit nach § 1303 Abs. 2 BGB.

31 Art. 29, 31 EUV.



Im Bereich der Pornographie hat der Ministerrat drei fakultative Ausnahmen eingefügt, die die Staaten anwenden können:

- Sie dürfen erwachsene Personen, auch wenn sie wie unter 18 aussehen, aus der Strafbarkeit ausnehmen.
- Sie dürfen zudem Produktion und Besitz von Abbildungen von Personen oberhalb des sexuellen Mündigkeitsalters<sup>32</sup> von der Strafbarkeit ausnehmen, wenn die Bilder mit ihrem Einverständnis hergestellt wurden und ausschließlich zu ihrer persönlichen Verwendung dienen.

Weiterhin strafbar ist jedoch, wenn solche Bilder anderen Personen gezeigt werden, selbst im privaten Bereich (die Ausnahme erfasst ja nur Herstellen und Besitz). Gleiches gilt für Jugendliche, die »aufreizende« Bilder von sich selbst zeigen, z.B. sie per E-Mail verschicken. Ein 16jähriger etwa, der sich selbst fotografiert und diese Bilder verschickt, würde sich strafbar machen; auch wenn ein 17jähriges Paar Fotos von sich, einem befreundeten Paar bloß zeigt.

- Und sie dürfen auch fiktive Darstellungen ausnehmen. Der Ministerrat beschränkte die Strafbarkeit auf realistische Darstellungen, auf wirklichkeitsnahe Darstellungen. Und hier können Herstellung und Besitz aus der Strafbarkeit ausgenommen werden, wenn sie ausschließlich der persönlichen Verwendung dienen und keine Gefahr der Verbreitung des Materials besteht.

D.h., wenn also ein Mitgliedsstaat von dieser Regelung Gebrauch macht, dann darf z.B. ein 14jähriger straffrei eine 17jährige Schönheit in anstößiger Pose zeichnen, er darf diese Zeichnung allerdings niemandem zeigen. Oder: eine 17jährige darf auf ihrem Computer eine aufreizende virtuelle Animation eines Jugendlichen generieren und speichern, darf dafür aber keine Abbildung ihres 16jährigen Freundes zugrunde legen und muss die Animationsdatei wirksam mit einem Passwort sichern (da ja ansonsten die Gefahr der Verbreitung bestünde).

Alle diese Ausnahmen dürfen die Mitgliedstaaten vornehmen, sie müssen aber nicht.

### *Umsetzungsvorschlag der deutschen Bundesregierung<sup>33</sup>*

Die deutsche Bundesregierung hat im Jahr 2006 einen Umsetzungsvorschlag für diesen Rahmenbeschluss vorgelegt. Darin wurde vorgeschlagen, das Schutzalter in § 182 von 16 auf 18 Jahre zu erhöhen, und zwar in Bezug auf Zwangslage und Entgelt – hinsichtlich der Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung sollte das Alter bei 16 Jahren bleiben.

32 In Deutschland & Österreich: 14 Jahre.

33 BT-DrS. 16/3439.

Die Strafbarkeit sollte, was vorher nicht der Fall war, auch auf jugendliche Täter ausgedehnt werden. Bislang ist es ja so, dass alle Tatbestandsvarianten grundsätzlich nur erwachsene Täter betreffen. Jugendliche untereinander können diese Delikte nicht begehen. Der Vorschlag war, bei Zwangslage und Entgelt auch Jugendliche einzubeziehen, also auch z.B. einen 14jährigen zu kriminalisieren, der einer 17jährigen Geld (oder einen anderen Vermögensvorteil) für Sex bietet.

Hinsichtlich der »Kinder«pornographie wurde vorgeschlagen, in §184 einfach die Altersgrenze von 14 auf 18 zu erhöhen. Das hätte geheißen: Fotos von 17jährigen werden ebenso behandelt wie Fotos von 5jährigen, oder auch bloße Zeichnungen, oder auch (was vom Rahmenbeschluss, der sich nur auf bildliche Darstellungen bezieht, nicht erfasst ist) bloße Schriften. Der Vorschlag der Bundesregierung hat weiterhin von keiner der oben dargestellten (ohnehin engen) Ausnahmeermächtigungen im Rahmenbeschluss Gebrauch gemacht. Das war eine erheblich über den Rahmenbeschluss hinausgehende Kriminalisierung. Die Bundesregierung wollte sogar Abbildungen sexueller Handlungen *vor* Jugendlichen kriminalisieren.

#### *Der österreichische Weg*

Der österreichische Weg war ein anderer. Österreich hat den Rahmenbeschluss bereits 2003 (also noch vor seinem Inkrafttreten) umgesetzt, wobei aber alle genannten Ausnahmen aufgegriffen wurden, die der Rahmenbeschluss bietet. Beim sexuellen Missbrauch von Jugendlichen liegt hinsichtlich des Ausnutzens einer Zwangslage die Altersgrenze bei 16 Jahren. Bei Entgelt liegt sie bei 18 Jahren, aber beschränkt auf das »unmittelbare Verleiten gegen Entgelt«. Es muss also ein Verführungselement gegeben sein. Das Österreichische Parlament hat parallel zur Gesetzesverabschiedung in einer Entschließung festgelegt, wie das Gesetz auszulegen ist. Darin wird betont, dass es das Ziel des Gesetzes ist, Jugendliche durch die neuen Bestimmungen in der Ablehnung unerwünschter Kontakte zu unterstützen, zu denen sie sich ohne Zwangslage oder ohne Verleitung durch Entgelt nicht bereit gefunden hätten. Es geht darum, wie der österreichische Gesetzgeber sagt, die Überwindung eines inneren Widerstandes des Jugendlichen durch bestimmte, unlautere Mittel<sup>34</sup> zu pönalisieren, nicht aber darum, erwünschte Kontakte zu unterbinden, betont der österreichische Gesetzgeber.

Was die pornographischen Darstellungen betrifft, so hat man in Österreich die Strafbarkeit auf wirklichkeitsnahe, bildliche Darstellungen beschränkt. Es gilt keine Strafbarkeit hinsichtlich jünger aussehender Erwachsener (Scheinjugendlicher), d.h. es muss tatsächlich immer nachgewiesen werden, dass die abgebildeten Personen unter 18 Jahren sind, wobei dafür jedes zulässige Beweismittel in Frage kommt,

34 Über die bereits zuvor erfassten Fälle von Gewalt, gefährlicher Drohung und Missbrauch eines Autoritätsverhältnisses hinaus.

incl. unter Umständen der Lebenserfahrung des Richters oder der Richterin. Bleibt das Alter aber offen, dann darf es keine Verurteilung geben.

Die sexuelle Mündigkeitsgrenze von 14 Jahren ist in mehrfacher Hinsicht relevant. Bei über 14jährigen sind lediglich auf sich selbst reduzierte, von anderen Lebenszusammenhängen losgelöste und reißerisch verzerrte Abbildungen strafrelevant. Ab 14 ist Herstellung und Besitz mit Einwilligung des Jugendlichen zu dessen eigenem Gebrauch straffrei. Und schließlich sind virtuelle Bilder von über 14jährigen Personen straffrei, wenn keine Gefahr der Verbreitung besteht. Österreich hat also von allen Ausnahmeregelungen des Rahmenbeschlusses Gebrauch gemacht und aufgrund der Expertenkritik nur das umgesetzt, was umgesetzt werden musste.

### *Anhörung im Bundestag*

In Deutschland wurde am 18.6.2007 zu dem o.a. Umsetzungsvorschlag der Bundesregierung eine Expertenanhörung im Rechtsausschuss des Bundestages durchgeführt. Dort wurde kritisiert, dass die Kriminalisierung weit über Kinderpornographie und Kinderprostitution hinausgeht, dass Jugendliche mit Kindern gleichgesetzt werden, dass dadurch Kinder nicht besser geschützt werden, sehr wohl aber das Selbstbestimmungsrecht von Jugendlichen eingeschränkt wird. Kein 10jähriger wird dadurch vor Missbrauch in Kinderpornographie geschützt, dass man einem 17jährigen verbietet, sich nackt zu fotografieren und das Bild anderen zu zeigen. Auch werden Strafverfolgungsbehörden unnötig belastet und können sich gar nicht mehr zielgerichtet der Verfolgung von wirklicher Kinderpornographie widmen, die viel schwieriger zu verfolgen ist. Oder aber das Gesetz wird im Bereich der Jugendlichen ignoriert oder willkürlich angewendet, was wiederum die Autorität des Gesetzgebers untergraben würde.

Ich selbst habe in dieser Anhörung den Vorschlag gemacht, die kommerzielle Herstellung und Verbreitung von Pornographie mit über 14jährigen Minderjährigen unter Strafe zu stellen, ebenso wie die Weitergabe pornographischer Darstellungen mündiger Minderjähriger ohne deren Einverständnis, wobei man letzteres durchaus auch in Bezug auf Erwachsene diskutieren könnte (Recht auf das eigene Bild). Wenn jemand sein Bild im Internet findet und dagegen vorgehen will, dann geht das derzeit lediglich zivilrechtlich, Wenn man aber nicht weiß, wer es dort hineingestellt hat, kann man nicht klagen. Die Polizei forscht hier keine Täter aus. Hier wäre ein strafrechtlicher Rahmen für die Ermittlungen durchaus nützlich.

### *Die Umsetzung in Deutschland*<sup>35</sup>

Die Umsetzung in Deutschland, beschlossen am 20.6.2008 im Bundestag, hat noch einige Expertenkritik aufgenommen.<sup>36</sup>

Beim § 182 StGB ist es bei der Anhebung der Altersgrenze von 14 auf 18 Jahre geblieben. Geändert hat man jedoch, dass die Ausdehnung der Strafbarkeit auf jugendliche TäterInnen nur bei Ausnutzung einer Zwangslage gilt. D.h., Jugendliche, die andere Jugendliche für Sex bezahlen oder ihnen einen anderen Vermögenswert gewähren, machen sich nicht strafbar. Nur über 18jährige.

Bei der Jugendpornographie (§ 184c StGB) bleibt es ebenfalls bei der Anhebung von 14 auf 18 Jahre. Man differenziert aber nun zwischen Kinder- und Jugendpornographie. So gelten hinsichtlich der Jugendpornographie geringere Strafdrohungen. Der Besitz (auch wirklichkeitsnaher) fiktiver Jugendpornographie ist nicht strafbar. Bei Darstellungen von über 14jährigen, die ein reales (nicht bloß wirklichkeitsnahes) Geschehen wiedergeben, ist der Besitz strafbar, allerdings gibt es eine (enge) Ausnahme: wenn der Hersteller selbst unter 18 ist und der/die Jugendliche in die Herstellung eingewilligt hat. Solche Bilder dürfen dann auch nach dem 18. Geburtstag behalten werden. Eine 18jährige, die ihren 17jährigen Freund fotografiert, ist jedoch strafbar. Zudem blieb es auch bei der Strafbarkeit des Besitzes von Abbildungen jünger aussehender Erwachsener (Scheinjugendlicher). Ebenso bei der Erfassung auch von Abbildungen sexueller Handlungen *vor* Jugendlichen.

Insgesamt erfolgt in Deutschland nach wie vor eine erheblich über den Rahmenbeschluss hinausgehende Kriminalisierung, u.a. durch die weite, über reale und realistische Bilder hinausgehende Definition pornografischen Materials, die auch z.B. Literatur und Tagebuchaufzeichnungen erfasst. Wenn z.B. ein 18jähriger in seinem Tagebuch den tatsächlich geschehenen Sex mit seiner 17jährigen Freundin oder Ehefrau »pornografisch« beschreibt, kann er dafür mit bis zu einem Jahr Gefängnis bestraft werden.

Die vormalige Justizministerin Zypries hat in ihrer Begründung der Gesetzesänderung hervorgehoben, dass man Jugendliche vor der Einbeziehung in die Porno- und Prostitutionsindustrie bewahren möchte, was die Frage aufwirft, warum der Gesetzestext dann nicht explizit so formuliert wurde. Sie hat auch darauf hingewiesen, dass bloße, erotische Nacktbilder, wie z.B. im »Playboy«, auch wenn sie Jugendliche betreffen, nicht erfasst würden. Daraus ergibt sich dann aber praktisch das Problem, dass der Begriff der Jugendpornographie auszulegen wäre wie bei Erwachsenen und nicht wie bei der Kinderpornographie, wo schon die Abbildung der nackten Person in aufreizender Stellung strafbar ist. Ob das geschehen wird, weist die Zukunft.

Wie sich die neue Gesetzeslage auswirkt, bleibt jedenfalls abzuwarten. Als Grundproblem der Gesetzesverschärfung bleibt, dass auch die Darstellung legaler

35 Beschlussempfehlung BT-DrS. 16/9646.

36 Veröffentlichung erfolgte am 4.11.2008/ BGBl I 50 2149; die Red..

und grundrechtlich geschützter sexueller Handlungen kriminalisiert wird; auch im privaten, nicht-kommerziellen Bereich bis hin zum bloßen Besitz.<sup>37</sup>

*Nachtrag:* Am 29.03.2010 hat die Europäische Kommission einen Vorschlag für eine Richtlinie zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie eingebracht.<sup>38</sup> Diese Richtlinie soll den Rahmenbeschluß aus 2004 ersetzen und den Mitgliedstaaten eine noch weitergehende Kriminalisierung vorschreiben. Die oben angeführten, im Rahmenbeschluß enthaltenen Ausnahmeermächtigungen sollen gänzlich gestrichen werden.

*Der Beitrag basiert auf einem Vortrag des Autors zur Fachtagung »Am Netz oder im Netz. Jugendsexualität und neue Medien« am 25.09.2008 an der Hochschule Merseburg in aktualisierter Fassung.*

37 Der nach der deutschen Rechtsprechung schon beim Aufrufen einer Webseite am PC gegeben ist.

38 (KOM 2010(94); [http://ec.europa.eu/justice\\_home/](http://ec.europa.eu/justice_home/)).

## Literaturverzeichnis

- Graupner, Helmut (2005a), Sexuality and Human Rights in Europe, in: Graupner, Helmut/Tahmidjis, Phillip (Hrsg.), Sexuality and Human Rights – A Global Overview, co-published simultaneously as Journal of Homosexuality, Vol. 48, No. 3/4 2005, S. 107-139.
- Graupner, Helmut (2005b), Das 17jährige Kind, Jüngste europarechtliche Rahmenbedingungen für Sexualität in den Neuen Medien, in: Seikowski, Kurt (Hrsg.), Sexualität und Neue Medien, Lengerich u.a.: Pabst Science Publishers, S. 54-79.
- Graupner, Helmut (2004a), Sexual Consent – The Criminal Law in Europe and Outside of Europe, in: Graupner, Helmut/Bullough, Vern (Hrsg.), Adolescence, Sexuality, and the Criminal Law: Multidisciplinary Perspectives, co-published simultaneously as Journal of Psychology & Human Sexuality, Vol. 16, No. 2/3 2004, S. 111-164.
- Graupner, Helmut (2004b), The 17-Year-Old-Child: An Absurdity of the Late 20th Century, in: Graupner, Helmut/Bullough, Vern (Hrsg.), Adolescence, Sexuality, and the Criminal Law: Multidisciplinary Perspectives, co-published simultaneously as Journal of Psychology & Human Sexuality, Vol. 16, No. 2/3 2004, S. 7-24.
- Graupner, Helmut (1997), Sexualität, Jugendschutz & Menschenrechte - Über das Recht von Kindern und Jugendlichen auf sexuelle Selbstbestimmung, 2 Bände, Frankfurt,M/Berlin/Bern/ New York/Paris/Wien: Peter Lang.

Weitere Literaturangaben können beim Autor angefordert werden.