



14.06.2007

### Stellungnahme

zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates der Europäischen Union zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie, BT-Drucksache 16/3439 v. 16.11.2006

Vorbemerkungen:

Die Änderungen von §§ 182, 184 b, 236 sind schon in der neuesten Auflage des Lackner/Kühl angekündigt und zwar ohne Kritik, da ein „Durchwinken“ zu erwarten war. Jetzt ist aber doch eine Anhörung von Sachverständigen angesetzt, wobei ich gleich einräume, dass ich mich nicht als Experte des „Sexualstrafrechts“ betrachte; ich muss mich vielmehr bei jeder Neuauflage wieder zwingen, mich mit der nicht zur Ruhe kommenden Materie zu beschäftigen. Die Rolle, die sich für die Anhörung anbietet, ist die eines „advocatus diaboli“, denn es geht bei den zur Prüfung anstehenden Gesetzesänderungen fast ausschließlich um **Gesetzeserweiterungen**, gerade wenn man die Änderungsvorschläge des Bundesrates zu §§ 176, 180, 182 StGB hinzunimmt.

Wie immer bei Neukriminalisierungen kommt es zu einer **Verschiebung der Grenzen der Freiheit** von Täter und Opfer. Der Täter bekommt neue Grenzen aufgezeigt, die Freiheit des Opfers wird weitergehend als bisher geschützt. Konkret an zwei Beispielen: Der Täter des

sexuellen Missbrauchs von Jugendlichen nach § 182 I StGB muss nicht mehr über 18 Jahre alt sein, als Opfer sollen auch 16- und 17-Jährige geschützt werden. Oder – um bei § 182 I zu bleiben -: Zum Täter wird derjenige, der – wie bisher – das Opfer durch ein „Entgelt“ motivierte, aber jetzt auch derjenige, der ihm einen „sonstigen Vorteil“ bietet.

Bei jeder Neukriminalisierung stellt sich die Frage nach ihrer Berechtigung. Sie kann deshalb zu verneinen sein, weil es schon an der **Strafwürdigkeit** des neu inkriminierten Verhaltens fehlt. Dies dürfte im vorliegenden Zusammenhang eher die Ausnahme sein, denn die vorgeschlagenen Änderungen passen sich in Vorschriften ein, die anerkannte Rechtsgüter wie die sexuelle Selbstbestimmung schützen oder dem Kinder- und Jugendschutz dienen. Fraglich ist hinsichtlich des Rechtsgüterschutzes aber etwa, wieweit er nach vorne verlagert werden darf: in den Versuchsbereich, der seit dem 6. Strafrechtsreformgesetz weitgehend ein strafbarer Bereich ist und jetzt auch bei § 182 StGB n.F. zu einem Strafbarkeitsbereich werden soll, oder auch in den Vorbereitungsbereich (z.B. beim Vorschlag des Bundesrates zum fremdbestimmten „Posieren“).

Die Berechtigung einer neuen Strafvorschrift kann aber auch deshalb zu verneinen sein, weil es an der **Strafbedürftigkeit** des inkriminierten Verhaltens fehlt. Während im vorliegenden Zusammenhang die Regelungsalternative des Ordnungswidrigkeitenrechts oder auch des Zivil- und öffentlichen Rechts eher fern liegen, erscheint die **Subsidiarität** des Strafrechts hier insofern einschlägig, als es um die Möglichkeit des **Selbstschutzes** der Opfer geht. Opfer, die sich selbst schützen können, bedürfen nicht des staatlichen Schutzes mittels Strafe. Mit der Sanktion 'Strafe' sollte sparsam umgegangen werden, denn diese besonders schwere Sanktion enthält nicht nur ein empfindliches Übel, sondern auch eine sozialetische Missbilligung mit diskriminierenden Folgen. Konkret ist also etwa zu fragen, ob auch 16- und 17-Jährige den strafrechtlichen Schutz vor sexuellem Missbrauch nach § 182 StGB brauchen.

I. Zur Verschiebung der Schutzaltersgrenzen in §§ 182, 184 b StGB des Regierungsentwurfs

#### 1) Allgemeines zu Altersgrenzen

Auch Altersgrenzen sind ein Thema, das einen Strafrechtswissenschaftler – wenn ich von mir auf andere schließen darf – wenig reizt. Sie sind zum einen bis zu einem gewissen Grad willkürlich, zum anderen sind sie in der Regel zu starr. Dennoch kann auf sie auch im

Strafrecht nicht verzichtet werden, zumal sie der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit dienen. Also gilt es die Vorwürfe der Willkürlichkeit und Starrheit zu entkräften.

Den Eindruck einer gewissen **Willkürlichkeit** erweckt schon die wichtigste Altersgrenze der Strafmündigkeit, die nach § 19 StGB bei „vierzehn Jahren“ liegt. Zumindest spricht die Diskussion um ihre Herabsetzung für ihre „Verfügbarkeit“. Dass der Vorwurf der „Willkürlichkeit“ entkräftet wird, setzt voraus, dass die empirischen und normativen Gründe für die Strafmündigkeit offen gelegt und diskutiert werden. Das gilt im vorliegenden Zusammenhang auch für die Heraufsetzung der Schutzaltersgrenze in den §§ 182, 184 b StGB. Dass dies in § 182 I StGB um 2 Jahre, in § 184 b I StGB gleich um 4 Jahre geschehen soll, spricht nicht gerade für diese neuen Regelungen, sondern erweckt – zumindest auf den ersten Blick – den Eindruck der **Beliebigkeit**. Als ein Zeichen der Konsequenz und Widerspruchsfreiheit könnte man immerhin den Umstand anführen, dass nun in beiden Vorschriften die Schutzaltersgrenze bei 18 Jahren liegt; - im unveränderten § 182 II StGB bleibt sie freilich bei 16 Jahren.

Oft sind die Altersgrenzen **starr**, wie etwa bei der Strafmündigkeit mit 14 Jahren; nach § 19 StGB ist schuldunfähig, „wer bei Begehung der Tat noch nicht vierzehn Jahre alt ist“. Flexibel ist hingegen die Regelung der §§ 1 II und 105 JGG für Heranwachsende, d.h. Personen, die „achtzehn, aber noch nicht einundzwanzig Jahre alt“ sind. Sie können unter bestimmten Voraussetzungen materieller Art nach Jugendstrafrecht – also dem Strafrecht für Personen, die „vierzehn, aber noch nicht achtzehn Jahre alt“ sind – behandelt werden, obwohl sie zivilrechtlich Erwachsene sind. Dies lässt den Gedanken aufkommen, ob man nicht – umgekehrt – bestimmte Jugendliche aus dem Schutz des § 182 I StGB herausnehmen sollte, etwa weil sie die Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung haben, auf die aber nur § 182 II StGB abstellt.

## 2) Zur Schutzaltersgrenze des § 182 I StGB-Regierungsentwurf

Wie bereits in den Vorbemerkungen angesprochen, vergrößert sich durch die Heraufsetzung der Schutzaltersstufe in § 182 I StGB von 16 auf 18 Jahre nicht nur der Kreis der geschützten Opfer, sondern auch der der Täter. Hinzukommt, dass jetzt Jedermann Täter sein kann, weil auch die Altersgrenze für Täter – bisher in § 182 I StGB „eine Person über achtzehn Jahre“ –

fallen soll. Nebenbei ist es bemerkenswert, dass sowohl die Altersgrenze für Täter als auch die Schutzaltersgrenze für Opfer in § 182 II StGB erhalten bleiben sollen (21 bzw. 16 Jahre).

Schon der Umstand, dass Täter des § 182 I StGB jetzt **Jedermann** sein kann, erweckt Bedenken, denn nach bisherigem Recht war der Altersunterschied zwischen Täter und Opfer ein das Unrecht mit-bestimmender Umstand. In den Worten der Gesetzesbegründung verliert der bisher verlangte Altersunterschied zwischen Täter und Opfer durch den Verzicht auf ein Mindestalter des Täters und die Heraufsetzung der Schutzaltersgrenze des Opfers seinen „Sinn, wonach zwischen Täter und Opfer aufgrund des Altersunterschiedes regelmäßig ein Erfahrungs- und Machtgefälle besteht“ (BT-Dr 16/3439, S. 8). Dieser sog. Sinnverlust ist ein das Unrecht bereffender Umstand, da er ein Machtgefälle zwischen Täter und Opfer und damit unterschiedliche Freiheitspositionen aufzeigt. Aber dieser Umstand ist nur ein das **Unrecht mit-bestimmender Umstand**, so dass sich die Frage stellt, ob er ein unverzichtbarer Unrechtsbestandteil ist. Das aber wird man nicht annehmen können, wenn man sieht, dass § 182 I StGB für den sexuellen Missbrauch Jugendlicher das Bestimmen des Opfers zu sexuellen Handlungen unter Ausnutzung einer Zwangslage verlangt. Das ist genug Unrecht, um die Strafwürdigkeitsgrenze zu überschreiten, auch wenn kein Altersgefälle zwischen Täter und Opfer besteht. Der Freiheitsraum wird auch von Personen, die nicht über 18 Jahre alt sind, einseitig zu Lasten der Opfer überschritten, wenn so massiv auf ihre sexuelle Selbstbestimmung eingewirkt wird. Auch der Begriff „Missbrauch“ verlangt nicht zwingend eine Überlegenheit des Täters gegenüber dem Opfer hinsichtlich der sexuellen Entwicklung. Dass das Machtgefälle in § 182 II StGB weiterhin im Altersunterschied seinen Niederschlag findet, lässt sich damit erklären, dass dort – anders als in Absatz 1 – keine Zwangslage ausgenutzt werden muss.

Bedenken bestehen aber gegen die **Heraufsetzung des Schutzalters** des Opfers auf 18 Jahre. Diese Bedenken kann man nicht schon dadurch entkräften, dass man – an sich durchaus zutreffend – darauf hinweist, dass es sich „nur“ um eine Heraufsetzung um zwei Jahre handelt und dass sich diese Heraufsetzung innerhalb der Gruppe der Jugendlichen abspielt. Denn auch zwei Jahre sind keine geringe Zeit und die Erfassung aller Jugendlichen als schützenswerte Opfer ist begründungsbedürftig.

Die neue Erfassung der 16- und 17-Jährigen mag mit der Verpflichtung zur Umsetzung europarechtlicher Vorgaben, die ich nicht geprüft habe, begründet werden. Wie zwingend

eine solche Verpflichtung ist und wie sie erfüllt werden muss, will ich hier nicht diskutieren. Mit leuchtet es aber nicht ein, dass man die Kompetenz der Europäischen Union zum Erlass von Strafvorschriften verneint, dann aber die Erweiterung von Strafvorschriften ungeprüft aus Richtlinien der Kommission oder Rahmenbeschlüssen des Rates übernimmt. Ein **Spielraum** muss dem deutschen Gesetzgeber auch **bei der Umsetzungsgesetzgebung** bleiben (auch das Bundesverfassungsgericht geht von „Umsetzungsspielräumen“ aus, NJW 2005, 2289, 2291).

Konkret stellt sich die Frage, ob der Schutz Jugendlicher vor sexuellem Missbrauch auch dann schon ausreichend gewährleistet ist, wenn er – wie bisher – die 14- und 15-Jährigen betrifft, oder nur dann, wenn er alle Jugendlichen – auch die 16- und 17-Jährigen - erfasst. Diese Frage macht es erforderlich, das von § 182 StGB geschützte Rechtsgut in den Blick zu nehmen. Dieses Rechtsgut ist in der sexuellen Selbstbestimmung und der ungestörten sexuellen Entwicklung von Jugendlichen zu sehen (*Lackner/Kühl*, StGB-Kommentar, 26. Aufl. 2007, § 182 Rdn. 1 mit Nachweisen auch zu abweichenden Auffassungen). In der Begründung des § 182 StGB heißt es im Bericht des Rechtsausschusses treffend, dass bei Jugendlichen zwischen 14 und 16 Jahren ein sexueller Missbrauch durch Erwachsene deshalb „zu nachteiligen Folgen für die sexuelle Entwicklung“ führen kann, weil bei ihnen der sexuelle Reifeprozess in sozialer und psychischer Hinsicht noch nicht so abgeschlossen ist, dass von ihrer Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung ausgegangen werden kann (vgl. BT-Dr 12 /4584, S. 6).

Wenn man dem zustimmt, so bleibt die Frage, ob das auch für die 16- und 17-Jährigen behauptet werden kann. Muss auch bei diesen Jugendlichen von der fehlenden Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung ausgegangen werden, müssen auch sie – in den Worten *Amelungs* (GA 1999, 182) – vor der „Ausnutzung“ ihrer „Unfreiheit“ durch Strafrecht geschützt werden. Das erfordert eine schwierige kriminalpolitische Entscheidung, bei der empirische Daten eingebracht werden müssen, aber das Ergebnis allein nicht vorwegnehmen können.

Europäische Vorgaben scheinen mir im vorliegenden Zusammenhang auch deshalb zweifelhaft, weil von einer homogenen sexuellen Entwicklung in den inzwischen sehr unterschiedlichen Mitgliederstaaten der Europäischen Union wohl kaum ausgegangen werden kann. Ist das aber so, so ist es sinnvoll, es den einzelnen Staaten zu überlassen, alle Jugendliche oder nur Teile von ihnen vor sexuellem Missbrauch durch Strafrecht zu schützen.

Erwägenswert wäre auch, angesichts der wohl **unterschiedlichen Ausbildung der Fähigkeit** zur sexuellen Selbstbestimmung von **weiblichen** und **männlichen Jugendlichen** nach Geschlecht zu differenzieren. Jedenfalls wurde zum bisherigen § 182 StGB die Ansicht vertreten, dass die Schutzaltersgrenze von 16 Jahren zumindest für männliche Jugendliche zu niedrig sei (Nachweise bei *Lackner/Kühl* a.a.O.). Für diese könnte die jetzt geplante Heraufsetzung des Schutzalters auf 18 Jahre sinnvoll sein, für weibliche dagegen nicht.

Ist davon auszugehen, dass auch nur bei einer Teilgruppe von Jugendlichen die Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung vorhanden ist, so kann bei Ihnen vom Täter kein Rechtsgut verletzt werden, der Täter kann bei ihnen keine „Unfreiheit“ ausnutzen. Solche **gereifte Personen können sich** gegen sexuelle Angriffe **selbst schützen**, so dass es des subsidiären Strafrechts nicht bedarf. Aus Sicht der Täter bedeutet dies, dass ihnen gegenüber eine Strafandrohung nicht gerechtfertigt ist. Sie verwirklichen zwar durch ihren Versuch des Missbrauchs Handlungsunrecht, aber kein Erfolgsunrecht. Durch das Merkmal des „Missbrauchs“ können „frühreife“ Jugendliche wie der 17-jährige erfahrende „Callboy“ nicht aus dem Tatbestand herausgehalten werden, da dieses keine eigenständige Bedeutung hat.

Erwogen werden sollte, ob es unbedingt eine generalisierende und damit pauschale Entscheidung für bestimmte Opfergruppen geben muss. Man könnte sich auch eine **individualisierende Entscheidung** vorstellen, die bei bestimmten Opfergruppen (z.B. weibliche „ältere“ Jugendliche) im Einzelfall den Nachweis verlangt, dass es bei ihnen entwicklungsbedingt an der Widerstandsfähigkeit fehlt. Einen solchen Nachweis verlangt etwa § 182 II StGB, wenn er voraussetzt, dass „die fehlende Fähigkeit des Opfers zur sexuellen Selbstbestimmung“ vom Täter ausgenutzt worden sein muss. Diese Eigenschaft des Opfers ist vom Gericht in jedem Einzelfall festzustellen (vgl. BGHSt 42, 399, 402 und *Lackner/Kühl* a.a.O. § 182 Rdn. 6).

3) Zur Schutzaltersgrenze des § 184 b StGB-Regierungsentwurf

Die Heraufsetzung der Schutzaltersgrenze in § 184 b StGB scheint auf den ersten Blick noch problematischer. Zum einen wird das Schutzalter der Opfer von 14 auf 18 Jahre, also um vier Jahre, heraufgesetzt; bisher war „nur“ die pornografische Darstellung von Personen unter 14 Jahren erfasst. Zum anderen spielt sich diese Veränderung nicht innerhalb der Gruppe der Jugendlichen ab, sondern jetzt werden neben Kindern, d.h. Personen unter vierzehn Jahren (§ 176 I StGB) auch **alle Jugendlichen**, d.h. Personen unter achtzehn Jahren (§ 184 b I StGB in der Fassung des Regierungsentwurfs; BT-Dr 16/3439, S. 5), geschützt. Statt den schon bisher von § 184 b StGB erfassten „Kinderpornographischen Schriften“ werden jetzt „Kinder- und jugendpornographischen Schriften“ unter Strafe gestellt. Im Ergebnis freilich werden dadurch alle Nicht-Erwachsenen dagegen geschützt, dass ihr Missbrauch Gegenstand pornographischer Darstellungen wird. Das ist auch nach der Erweiterung des sexuellen Missbrauchs von Jugendlichen durch den neuen § 182 I StGB so, wenn man § 176 StGB in seiner bisherigen Gestalt hinzunimmt, denn diese Vorschrift ergänzt den Schutz von Jugendlichen durch den Schutz von Kindern gegen sexuellen Missbrauch. Allerdings gehen die §§ 176 und 182 StGB differenzierter vor als der neue § 184 b, der Kinder und Jugendliche „über einen Kamm schert“.

Da über die Schutzbedürftigkeit von Kindern als spezielle Pornographiedarsteller kein Zweifel besteht, geht es um die Frage, **ob auch Jugendliche dieses Schutzes bedürfen**. Das wird man für Jugendliche unter 16 Jahren eher bejahen dürfen als für Jugendliche über 16 Jahren. Die **geplante Gleichbehandlung** von kinder- und jugendpornographischen Schriften ist für die Altersgruppe der 16- und 17-Jährigen jedenfalls zweifelhaft. Entscheidend darf hier nicht das Streben nach europäischer Vereinheitlichung sein, sondern die Frage, ob diese „älteren“ Jugendlichen entsprechenden Ansinnen widerstehen können. Sollte diese Frage nicht generalisierend für Altersgruppen bejaht oder verneint werden können, so ist auch hier an eine stärker **individualisierende Lösung** zu denken.

Sollte der bisherige Schutz von Kindern, die „Darsteller“ von sexuellem Missbrauch in kinderpornographischen Schriften sind (vgl. BGHSt 47, 55, 61 und *Lackner/Kühl* a.a.O. § 184 b Rdn. 1 m.w.N.), um den Schutz von Jugendlichen erweitert werden, so muss das mit deren Schutzbedürftigkeit begründet werden. Ansonsten verstößt diese Erweiterung des Strafrechts gegen das Subsidiaritätsprinzip.

Eine kaum denkbare Alternative wäre es, bei Erweiterung des Kindes- um den Jugendlingschutz die Anforderungen hinsichtlich der Jugendpornographie im Vergleich zur Kinderpornographie zu erhöhen oder nicht alle Begehungsalternativen – z.B. nicht den Besitz i.S. des § 184 b IV 2 StGB – für anwendbar zu erklären. Dann wäre die Kinderpornographie nicht pauschal mit der Jugendlingspornographie gleichgestellt.

Eher vorstellbar wäre es, für Jugendpornographie einen **niedrigeren** Strafraum vorzusehen oder in einem eigenen Absatz einen **minderschweren Fall** für Fälle der Jugendpornographie zu schaffen, denn die Jugendpornographie weist nicht einen gleich hohen Unrechtsgehalt wie die Kinderpornographie auf. Das bestätigen die unterschiedlichen Strafraum von § 176 – sexueller Missbrauch von Kindern – und § 182 – sexueller Missbrauch von Jugendlings.

## II. Zur Erweiterung des § 236 StGB-Regierungsentwurf

Auch diese Erweiterung erfolgt im Hinblick auf internationale Übereinkommen: einem der Vereinten Nationen von 1989, zu dem noch ein Fakultativprotokoll zu ratifizieren ist, und einem sog. Haager-Übereinkommen, beide zum Schutz der Rechte von Kindern bei Adoptionen. Danach sollen Zustimmungen zu Adoptionen unbeeinflusst von Geldzahlungen z.B. durch Vermittler erfolgen. Wie die Begründung des Regierungsentwurfs unter Anführung von §§ 235, 236 i.V. mit § 26 StGB und § 240 StGB zeigt, sind Einflussnahme durch Gewalt, Drohung und Täuschung schon nach geltendem Recht strafbar (BT-Dr 16/3439, S. 9f.). Die Anstiftungsstrafbarkeit greift wegen der Akzessorietät auch dieser Teilnahmeform nur, wenn auch die durch Zahlungen beeinflussten Personen wegen ihrer „gekauften“ Zustimmung Haupttäter sind. Das ist bei den Eltern, bei Vormündern und Pflégern nach § 236 I StGB der Fall, nicht aber bei anderen Personen, deren Zustimmung für die Adoption erforderlich ist; - etwa die Zustimmung des betroffenen Kindes. Diese „Lücke“ soll der neue Satz 2 des § 236 II StGB schließen. Wie bei Satz 1 geht es um die Vermittlung von Adoptionen, die Personen unter 18 Jahren betreffen, also neben Kindern auch Jugendlings. Wie schon in Satz 1 wird auch durch den neuen Satz 2 der Vermittler oder „Makler“ erfasst, jetzt aber nicht wegen der Vermittlung oder einer bestimmten Vermittlungstätigkeit (so § 236 II Satz 1 StGB), sondern für die Entgeltgewährung an eine Person, deren Zustimmung erforderlich ist.

Diese **Erweiterung** erscheint unter dem Schutzzweck des § 236 StGB **sinnvoll**, da dadurch, wie schon bisher durch § 236 II StGB – die ungestörte Entwicklung von Kindern und Jugendlichen gewährleistet wird bzw. werden soll. Eine Störung dieser Entwicklung ist bei „gekauften“ Zustimmungen zu befürchten. Die Abhängigkeit bzw. Akzessorität der Regelung von den Zustimmungsregelungen des jeweiligen Rechts macht die Rechtsanwendung für den Strafrechtler zwar schwierig, ist aber auch bei § 236 StGB nichts Neues.

**Gesetzestechnisch** ist zu beanstanden, dass über den Verbleib des bisherigen Satz 2 des § 236 II StGB nichts gesagt wird. Würde er zum Satz 3, weil nach Satz 1 ein neuer „Satz eingefügt“ wird (so BT-Dr 16/3439, S. 5), so könnte die in ihm enthaltene Verweisung auf Satz 1 zwar bestehen bleiben, seine strafscharfende Wirkung würde aber Fälle des Satzes 2 nicht erfassen.

### III. Zum Vorschlag des Bundesrates zu § 176 IV Nr. 2 StGB („Posieren“)

Der Vorschlag ist eine Reaktion auf eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs, der sich durch den bisherigen Wortlaut des § 176 IV Nr. 2 StGB, der das Bestimmen eines Kindes zur Vornahme von sexuellen Handlungen „an sich“ verlangt, gehindert sah, das Posieren in sexuell aufreizender Weise zu erfassen (BGHSt 50, 370). Dieses Posieren kann nach dem Vorschlag des Bundesrates erfasst werden, weil danach auch sexuelle Handlungen wie das Posieren **vor ihm** (= dem Täter) oder vor einem Dritten zur Strafbarkeit führen können. Damit wird ein weiteres Mal die Ausdehnung des Bereichs der Strafbarkeit vorgeschlagen, und damit in einem Bereich, von dem vor kurzem noch *Gössel* in einer umfassenden Darstellung des „neuen Sexualstrafrechts“ meinte, dass er nach den zahlreichen Reformen der letzten Jahre zur Ruhe gekommen sei (*Gössel*, Das neues Sexualstrafrecht, 2005, Einführung Rdn. 1-16); ich habe dem sogleich im Hinblick auf die geplanten Änderungen der §§ 182, 184 b StGB widersprochen (*Lackner/Kühl* a.a.O. 12 vor § 174 StGB) und fühle mich angesichts der jetzt noch zusätzlich vorgeschlagenen Erweiterung des § 176 StGB bestätigt.

Ruhe im Strafgesetzbuch ist zwar ein Wert an sich, aber kein Wert, der notwendige Reformen verhindern sollte. Auch ist die Erweiterung des Strafrechts kein Umstand, der für sich schon kritikwürdig ist. Es kommt auf die Berechtigung und Notwendigkeit der Gesetzeserweiterung an. Für die Notwendigkeit spricht beim Vorschlag zu § 176 IV Nr. 2 StGB, dass er eine **Lücke**, die die Rechtsprechung aufgedeckt hat, schließt. Allerdings ist die Schließung einer

Lücke in einem **fragmentarischen Strafrecht** noch keine ausreichende Begründung für die Erweiterung des Strafbarkeitsbereichs.

Entscheidend ist vielmehr, ob das neu inkriminierte Verhalten strafwürdig ist. Dafür spricht beim Posieren in sexuell aufreizender Weise, dass es sich – nach Ansicht der Stellungnahme des Bundesrates – um einen Eingriff in die „sexuelle Integrität des betroffenen Kindes“ handelt, „dessen **Entwicklung zur sexuellen Selbstbestimmungsfähigkeit** dadurch erheblich **beeinträchtigt** werden kann“ (BT-Dr 16/3439, S. 11). Damit wird das wichtigste Kriterium der Strafwürdigkeit – die Rechtsgutsverletzung oder Rechtsgutsgefährdung – behauptet. Diese Behauptung ist richtig, was den Schutzzweck des § 176 StGB betrifft. Die Vorschrift bezweckt, das Kind von vorzeitigen sexuellen Erlebnissen freizuhalten, um dadurch seine ungestörte geschlechtliche Entwicklung zu schützen (vgl. BGHSt 45, 131, 132; *Lackner/Kühl* a.a.O. § 176 Rdn. 1). Richtig war am bisherigen Absatz 4 der Vorschrift zudem, dass dieses Rechtsgut auch durch sexuelle Handlungen ohne unmittelbaren Körperkontakt gefährdet sein kann (vgl. *Lackner/Kühl* § 176 Rdn. 4); in diese kontaktlosen Handlungen reihen sich die neu erfassten Handlungen ein. Neben diesem Rechtsgutsbezug handelt es sich beim aufreizenden Posieren nach der Rechtsprechung um eine nicht unerhebliche sexuelle Handlung i.S. des § 184 f StGB.

Dem Bundesrat scheint aber die Begründung mit der Gefährdung des Rechtsguts nicht ausreichend zu sein, denn er stellt davor die These, dass durch die Erfassung des fremdbestimmten Posierens eine „notwendige Vorstufe zur Herstellung einer pornographischen Darstellung“ unter Strafe gestellt werde und dadurch der „Verbreitung von Kinderpornographie ... am wirkungsvollsten ... begegnet“ werden könne (BT-Dr 16, 3439, S. 11). Daran kann man zunächst aussetzen, dass Vorbereitungsstufen der Kinderpornographie bei der Strafvorschrift über die Pornographie, also in § 184 b StGB, geregelt werden sollten. Gravierender ist der Einwand, dass die **Vorverlagerungen** der Strafbarkeit auf „vorbereitende Handlungen“ (BT-Dr a.a.O.) den **Bezug zum geschützten Rechtsgut** so **lockern** können, dass sie nicht über die Rechtsgutsgefährdung zu legitimieren sind.

Bei § 184 b StGB gibt es schon etliche Vorverlagerungen der Strafbarkeit durch die Ausgestaltung von Absätzen als Unternehmensdelikte, die ja neben der Vollendung der Tat auch deren Versuch erfassen (vgl. § 11 I Nr. 6 StGB). Der Versuch ist freilich nach § 22 StGB eng an die Tatausführung gebunden und deshalb auf das unmittelbare Ansetzen zum

Verbreiten usw. pornographischer Schriften bezogen. Berücksichtigt man, dass Schriften durch den Verweis in § 184 b StGB auf § 11 Abs. 3 StGB „Ton- und Bildträgern, Datenspeichern, Abbildungen und andere Darstellungen“ gleichstehen, so müsste beim Posieren schon zum Abbilden angesetzt werden. Darüber will der Vorschlag des Bundesrates zu § 176 IV Nr. 2 StGB hinausgehen und das vor der Bildaufnahme liegende Posieren erfassen. In § 201 a StGB – bei unbefugten Bildaufnahmen – hat der Gesetzgeber erst vor kurzem anders entschieden und sogar auf die Strafbarkeit des Versuchs der Herstellung einer Bildaufnahme verzichtet. Dieses späte Einsetzen der Strafbarkeit bei § 201 a StGB erscheint deshalb richtig, weil das bloße Beobachten so vorübergehend ist wie die beobachtete Szene; erst mit der Bildaufnahme tritt die Perpetuierung ein, die den Kern des Unrechts ausmacht: das dauerhafte bildliche Festhalten einer momentanen, vergänglichen Erscheinung der Person. Die Beschränkung sollte auch für kinderpornographische Schriften bzw. Bildaufnahmen bei § 184 b StGB bedacht werden.

Ist dann aber nicht die Regelung des geplanten § 176 IV Nr. 2 StGB eine Umgehung dieser sinnvollen Beschränkung? Geht er nicht zu weit ins Vorfeld der Strafbarkeit? Diese Fragen kann man nur verneinen, wenn man – wie hier eingangs von III. geschehen – auf das Rechtsgut dieser Vorschrift – die ungestörte geschlechtliche Entwicklung von Kindern – abstellt. Diese Entwicklung wird durch pornographische Bildaufnahmen zwar mehr gestört als durch das nicht festgehaltene **Posieren** in sexuell aufreizender Weise. Letztes ist zwar vergänglich, wenn es nicht „festgehalten“ wird, aber doch schon so **entwicklungsstörend**, dass eine strafrechtliche Erfassung desjenigen legitim ist, der ein Kind dazu bestimmt.

#### IV. Zum Vorschlag des Bundesrates hinsichtlich §§ 180 II, 182 I StGB („sonstiger Vorteil“)

Für die Umsetzung dieses Vorschlags besteht schon keine Notwendigkeit. Mit dem „Entgelt“ ist der handfeste Anreiz bereits erfasst. Der Begriff „Vorteil“ könnte sich zwar an der Auslegung des Vorteilsbegriff in § 331 StGB orientieren, doch liegt auch dessen unbestrittener Kern in materiellen Vorteilen, während bei immateriellen Vorteilen fast alles umstritten ist (vgl. *Lackner/Kühl* a.a.O. § 331 Rdn. 5). Hinzukommt, dass die angeführten Beispielfälle wie die Aufnahme in eine Jugendgruppe angemessener durch die

**Nötigungsvorschrift** § 240 StGB erfasst werden können. Es handelt sich um Drohungen mit einem Unterlassen (des Aufnehmens in die Gruppe), das nach der Rechtsprechung dann kein Nötigungsverhalten ist, „wenn von diesem Bedrohten in seiner Lage erwartet werden kann, dass er der Drohung in besonnener Selbstbehauptung standhält“ (BGHSt 31, 195, 201; *Lackner/Kühl* a.a.O. § 240 Rdn. 13). Das wird man bei Jugendlichen zwar nicht generell ausschließen, aber auch nicht generell annehmen können, so dass eine sachgerecht differenzierende Strafbarkeitslösung im geltenden Recht bereits gegeben ist.

Das Abgleiten in die Prostitution ist dann zu befürchten, wenn beim Opfer das Verständnis von „Sex als Ware“ entsteht. Dieses Verständnis wird wohl nur dann entstehen, wenn als Gegenleistung Geld fließt, nicht aber bei immateriellem Vorteil als Belohnung. Auch ist das „Entgelt“ fast schon ein Begriffsmerkmal der Prostitution. Andererseits sind gerade Jugendliche für immaterielle Vorteile wie die Zugehörigkeit zu einer Gruppe besonders empfänglich. Doch sind hier die Situationen und die gewährenden Personen singulär, wohingegen Geld von jedermann gewährt werden kann.

#### V. Schaffung und Ausdehnung der Versuchsstrafbarkeit in §§ 182, 184 b StGB

Bei § 182 StGB soll nach dem Regierungsentwurf ein neuer Absatz 3 den Versuch der Taten nach Abs. 1 und 2 unter Strafe stellen; das soll für § 182 I Nr. 1 StGB aus dem Rahmenbeschluss der EU folgen und sei „folgerichtig“ auf § 182 I Nr. 2 und II StGB auszudehnen (BT-Dr 16/3439, S. 8). Mit dieser neuerlichen Ausdehnung der Strafbarkeit gleicht der Entwurf § 182 StGB an zahlreiche Vorschriften aus dem Bereich des Sexualstrafrechts an. Diese Angleichung hätte auch anders oder **umgekehrt** erfolgen können, indem man in anderen Vorschriften die **Versuchsstrafbarkeit zurücknimmt**. Dieser Vorwurf ist auch schon gegenüber den neuen Versuchsstrafbarkeitsandrohungen des 6. Strafrechtsreformgesetzes erhoben worden, weil man einfach kein Konzept erkennen kann, aus dem sich ergibt, bei welchen Vergehen eine solche Strafbarkeit berechtigt und notwendig ist. Ein solches Konzept kann hier nicht entwickelt werden; der Sachverständige muss zudem einräumen, dass er kein solches Konzept aus der Strafrechtswissenschaft kennt.

**Allgemein** wird man in der hier gebotenen Kürze sagen können, dass das Problem der Versuchsstrafbarkeit nicht im Allgemeinen Teil liegt, denn die von § 22 StGB verlangte sog.

Handlungsunmittelbarkeit rückt den Versuchsbeginn mit der Ansetzensformel nahe an die Tatbestandsverwirklichung und damit an die Vollendung der Tat heran. Diese AT-Regelung steht freilich in Abhängigkeit von Tatbestand des jeweiligen Delikts. Erfasst dieser wie etwa beim Töten i.S. des § 212 StGB den Kern des jeweiligen Unrechts, so ist die Versuchsstrafbarkeitsandrohung unproblematisch. Erfasst hingegen der Tatbestand – materiell betrachtet – eine im Vorfeld des Unrechtskerns liegende Vorbereitungshandlung, so wird die Androhung der Versuchsstrafbarkeit problematisch, weil sie zu einer weiteren Vorverlagerung der Strafbarkeit führt.

Dies könnte man dem Vorschlag des Bundesrates, durch einen neuen § 184 b I a StGB die Versuchsstrafbarkeit für § 184 I StGB einzuführen, entgegenhalten. Denn diese soll speziell die für die Tatbestandsalternative der „Herstellung“ pornographischer Schriften fehlende Versuchsstrafbarkeit schaffen (BR-Dr 16/3439, S. 12). Das **Herstellen** ist aber im Vergleich zu den Tatbestandsalternativen des Vertriebs, der Verbreitung und der Weitergabe – materiell gesehen – eine „Vorbereitungshandlung“, bei der es durchaus vertretbar wäre, auf eine Versuchsstrafbarkeit zu verzichten; - aber bei der Urkundenfälschung verzichtet der Gesetzgeber auch nicht darauf, den Versuch des Herstellens einer unechten Urkunde unter Strafe zu stellen (§ 267 II StGB).