

Oberstaatsanwalt beim Bundesgerichtshof

Brauerstraße 30

76135 Karlsruhe

**Stellungnahme zur Vorbereitung der öffentlichen Anhörung des
Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags am 18. Juni 2007
zu dem
Gesetzentwurf der Bundesregierung
Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses des
Rates der Europäischen Union zur Bekämpfung der sexuellen Aus-
beutung von Kindern und der Kinderpornographie
- BT-Drucksache 16/3439 -**

Die Stellungnahme beschränkt sich auf solche Bereiche des Entwurfs der Bundesregierung und der Stellungnahme des Bundesrates, die hinsichtlich der Anwendung und Auslegung des Gesetzes Schwierigkeiten bereiten könnten.

I. Zur Neuregelung des § 182 Abs. 1 StGB

1. Die Erhöhung des Schutzalters von 16 auf 18 Jahre wird rechtspolitisch sicher nicht nur Zustimmung finden. Gegen die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Erweiterung der Strafbarkeit sehe ich allerdings keine durchgreifenden Bedenken¹, da der Erhöhung des Schutzalters nachvollziehbare Erwägungen zu Grunde liegen. Diese dürften darin zu sehen sein, dass auch Jugendliche zwischen 16 und 18 Jahren vor einer Beeinträchtigung ihrer sexuellen Entwicklung geschützt werden sollen. Das Gesetz geht davon aus, dass ihr psychischer Reifeprozess häufig noch nicht abgeschlossen und ihre Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung häufig noch nicht voll ausgebildet sein werden². Es geht weiterhin davon aus, dass solche Beeinträchtigungen zu befürchten sind, wenn die Ausnutzung einer Zwangslage oder die Gewährung eines Entgelts kausal für die Vornahme oder Duldung einer sexuellen Handlung sind. Diese Annahme ist nahe liegend, denn eine Zwangslage im Sinne der Strafnorm ist eine ernste persönliche oder wirtschaftliche Be-

¹ Zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an den Einsatz des Strafrechts als ultima ratio des Schutzes der Grundlagen eines geordneten Gemeinschaftslebens, insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit vgl. BVerfGE 39, 1, 45f.; 57, 250, 270f.; 73, 206, 253; 88, 203, 258ff.

² Dies wird in der Begründung des Entwurfs zwar nicht explizit zum Ausdruck gebracht, ist aber dem Regelungszusammenhang zu entnehmen.

drängnis des Opfers, sie setzt Umstände von Gewicht voraus, denen die spezifische Gefahr anhaftet, den Widerstand des Jugendlichen gegen sexuelle Übergriffe herabzusetzen³, ist mithin durch eine Beeinträchtigung der Willensfreiheit des Tatopfers gekennzeichnet. Sexuelle Handlungen gegen Entgelt wiederum bringen die Gefahr eines Abgleitens in die Prostitution mit sich⁴.

2. Der Vorschlag des Bundesrats, den Tatbestand auch auf die Gewährung „sonstiger Vorteile“ auszuweiten, erscheint als nicht unbedenklich. Der Unbestimmtheit und Weite dieses Begriffs kann nicht durch den Hinweis auf §§ 331 ff. StGB begegnet werden. Bei den Korruptionsdelikten ist nämlich grundsätzlich von einem geschäftlich bzw. dienstlich geprägten Verhältnis zwischen Vorteilsgeber und Amtsträger auszugehen, während bei § 182 StGB der zwischenmenschliche Nähebereich mit all seinen motivatorischen und situativen Ambivalenzen im Vordergrund steht. Der soziale Bedeutungsgehalt immaterieller Vorteile aber stellt sich in diesen beiden Lebensbereichen regelmäßig verschieden dar. Im Übrigen erscheint ein faktisches Bedürfnis für eine solche Strafbarkeitserweiterung als fraglich, da der Begriff des Entgelts (§ 11 Abs. 1 Nr. 9 StGB: jede in einem Vermögensvorteil bestehende Gegenleistung) bereits weit reicht und von der Rechtsprechung extensiv ausgelegt wird (z.B. Wohnungsgewährung, Naturalleistungen, Süßigkeiten etc.⁵).

Ob die in der Stellungnahme des Bundesrates genannten Beispielfälle immaterieller Vorteile (Zugehörigkeit zu einer Gruppe oder Teilnahme an deren Aktivitäten) quantitativ eine solche Bedeutung haben, dass gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht, ist nicht erkennbar. Darüber hinaus erschließt sich der Bezug dieser Beispiele zu dem Schutzziel „Verhindern des Abgleitens in die Prostitution“ nicht ohne weiteres.

II. Zur Neuregelung des § 184b StGB

1. Durch die im Entwurf vorgesehene völlige Gleichsetzung von kinder- und jugendpornographischen Schriften tritt in Bezug auf Jugendliche die Frage auf, ob insoweit der Pornographie-Begriff des § 184 StGB gilt oder ob - wie bei Kindern - die Darstellung jeglicher sexueller Handlung i.S.d. § 184f Nr. 1 StGB als pornographische Schrift anzusehen ist.

³ BGHSt 42, 399, 400f.

⁴ vgl. Tröndle/Fischer StGB 54. Aufl. § 180 Rdnr. 14 m.w.N.

⁵ vgl. die Nachweise bei Tröndle/Fischer a.a.O. § 182 Rdnr. 10

- a) Nach ganz herrschender Auffassung ist als Pornographie i.S.d. § 184 StGB nicht jegliche Darstellung sexueller Handlungen anzusehen, sondern nur eine solche, die vergrößert, emotional-individualisierte Bezüge weitgehend ausklammert, den Menschen zum bloßen (auswechselbaren) Objekt geschlechtlicher Begierde oder Betätigung macht (sog. einfache Pornographie)⁶. Demgegenüber wird bei einer Beteiligung von Kindern i.S.d. § 176 Abs. 1 StGB, also Personen unter 14 Jahren, jegliche Darstellung sexueller Handlungen als Pornographie angesehen (Fall der sog. harten Pornographie)⁷, was in dem in §§ 176 ff. StGB verankerten absoluten Tabu von sexuellen Handlungen mit Kindern begründet⁸ liegt. Wäre der Begriff der Jugend-Pornographie im selben weiten Sinne wie bei Kindern zu verstehen, hätte dies eine erhebliche Erweiterung der vom Tatbestand erfassten Sachverhalte zur Folge. Da nämlich sexuelle Handlungen mit Jugendlichen - anders als mit Kindern - grundsätzlich zulässig sind und zudem auf Grund der im Alter von 14 bis 18 Jahren stattfindenden sexuellen Reifeentwicklung auch in der Lebenswirklichkeit häufig vorkommen, ist die Anzahl entsprechender Schriften sehr hoch. Deren Zahl wird noch dadurch erhöht, dass dieser Lebensabschnitt und seine Schwierigkeiten sich als Gegenstand dramatischer oder aufklärender Darstellung geradezu aufdrängt. Würde für Jugendliche derselbe Pornographiebegriff gelten wie bei Kindern und nicht der des § 184 StGB, würden etwa die Berührung der Brüste, seien sie bekleidet oder nicht, der Entkleidungsversuch, im bekleidetem Zustand vorgenommene beischlafähnliche Bewegungen, viele Sachverhalte des Petting, unter Umständen auch der Zungenkuss⁹ tatbestandlich dem § 184b StGB unterfallen. Soweit die Schriften dem Schutzbereich der Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG) unterfallen, hat nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in jedem Einzelfall eine Abwägung zwischen den Schutzgütern des § 184b StGB und der Kunstfreiheit stattzufinden¹⁰. Eine erhebliche Mehrbelastung der Strafverfolgungsbehörden ist damit absehbar.
- b) Eine Auslegung, nach der jegliche Jugendpornographie als „harte“ Pornographie anzusehen wäre, liegt nach dem Wortlaut des Regierungsentwurfs eher nahe¹¹,

⁶ vgl. Tröndle/Fischer a.a.O. § 184 Rdnr. 7 m.w.N.

⁷ Tröndle/Fischer a.a.O. Rdnr. 5

⁸ vgl. Frommel in NK StGB 2. Aufl. §§ 184 - 184c Rdnr. 7

⁹ vgl. die Nachweise der Rechtsprechung zu den genannten und anderen Fällen bei Tröndle/Fischer a.a.O. § 184f Rdnr. 6 m.w.N.

¹⁰ vgl. Tröndle/Fischer a.a.O. § 184 Rdnr. 8 m.w.N..

¹¹ In diesem Sinne auch die Ministererklärung vom 24.Mai 2007 zur Verstärkung der internationalen Bekämpfung der Kinderpornographie (G8 Justiz- und Innenministertreffen) S.5: „...dass sexueller Missbrauch von Kindern, Kinderpornographie und eindeutige sexuelle Abbildungen von Kindern ein und daselbe sind“. ..“alle jungen Menschen unter 18 Jahren...“

auch die Begründung spricht eine mögliche Differenzierung zwischen Kinder- und Jugendpornographie nicht an. Sie könnte auch den weit reichenden, nicht differenzierenden Begriff des Kindes im Rahmenbeschluss für sich in Anspruch nehmen. Eine gegenläufige Auslegung wäre teleologisch damit zu begründen, dass der weite Begriff der Kinderpornographie an die Regelungen der §§ 176 ff. StGB anknüpft, während der Schutz Jugendlicher bei Geltung des engen Pornographiebegriffs i.S.v. § 184 StGB ausreichend gewährleistet wird. Dieser wirkt in seiner Anwendung durch die Rechtsprechung wie eine Art bereichsspezifischer Sozialadäquanzklausel und sichert damit eine Anbindung an die Lebenswirklichkeit.

- c) Sollte rechtspolitisch eine Auslegung i.S.d. letztgenannten Alternative erwünscht sein, wäre zumindest ein Hinweis in der Gesetzesbegründung, noch mehr eine differenzierende Darstellung im Gesetzestext hilfreich. So könnte etwa bezüglich der kinderpornographischen Schriften wie bei der bisherigen Gesetzesfassung auf §§ 176 bis 176b StGB Bezug genommen werden, bezüglich der jugendpornographischen Schriften dagegen auf § 184 StGB.
- d) Eine solche Differenzierung zwischen kinder- und jugendpornographischen Schriften wäre wohl mit dem Rahmenbeschluss vereinbar. Dieser legt sie zwar nicht nahe, schließt sie aber auch nicht aus. Dies ergibt sich aus Artikel 1 Buchstabe b, nachdem nicht jegliches Material mit bildlichen Darstellungen von Kindern, die an einer sexuellen Handlung beteiligt sind, als Kinderpornographie definiert wird, sondern nur solches, das pornographisch ist. Der Rahmenbeschluss definiert mithin den Begriff der Pornographie nicht, sondern setzt ihn voraus¹².
- e) Eine Definition der Kinderpornographie entsprechend der derzeitigen Gesetzesfassung begegnet dann keinem Vorwurf der Lückenhaftigkeit in Bezug auf die Fälle des Posierens in sexuell aufreizender Weise, wenn die entsprechende Lücke in § 176 StGB¹³ geschlossen wird wie in der Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrats angekündigt.

2. Hinsichtlich von Jugendlichen, die innerhalb einer sexuellen Beziehung pornographische Schriften herstellen und austauschen, gibt die Begründung des Entwurfs an, dass eine Bestrafung nach Auffassung des Gesetzgebers nicht erwünscht ist. Dies ist ein wertvoller

¹² so auch Baier ZUM 2004, 39, 42 zur gleichliegenden Regelung bei der Cybercrime-Konvention des Europarats

¹³ vgl. BGH NJW 2006, 1890

Hinweis für die Praxis, werden solche Fallgestaltungen doch vom Wortlaut der Norm ohne weiteres erfasst. Nicht eindeutig ist allerdings, wie eine Bestrafung zu vermeiden ist. Mit dem Hinweis auf Sinn und Zweck der Norm sowie darauf, dass der Abgebildete sich als Schutzobjekt nicht strafbar machen könne, legt die Begründung die Tatbestandslosigkeit nahe, während andererseits der Hinweis auf den Rechtsgedanken des § 182 Abs. 4 StGB die Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit des Verhaltens impliziert und ein Absehen von einer Bestrafung lediglich unter dem Gesichtspunkt geringer Schuld als angebracht erscheinen lässt.

Ich halte eine Auslegung der Norm, die im Wege der teleologischen Reduktion zu einer Tatbestandslosigkeit des genannten Verhaltens führt, für möglich. Bei aller Unsicherheit über den Bedeutungsgehalt des Schutzguts Jugendschutz im Einzelnen¹⁴ stehen doch bei § 184b StGB die Gesichtspunkte des Darstellerschutzes sowie der Nachfrageeindämmung im Vordergrund¹⁵. Beide Gesichtspunkte greifen hier nicht. Weder erfolgt die Aufnahme im Rahmen einer extern gesteuerten Pornographieproduktion (die negativen Einfluss auf eine noch nicht abgeschlossene sexuelle Entwicklung der Akteure haben könnte) noch gelangt die selbst gefertigte pornographische Schrift nach außen, so dass die Persönlichkeitsrechte der Akteure nicht beeinträchtigt werden. Verbleibt die Schrift in ihrem Besitz, scheidet auch jegliche nachfragesteigernde Wirkung aus¹⁶. Allerdings kann sich die bloße Existenz der Schrift im Besitz des anderen Partners später unter Umständen als Belastung darstellen, insbesondere wenn die Partnerschaft nicht fortbesteht. Diese Belastung ist aber nur von geringer Bedeutung, da § 184b StGB strafrechtlichen Schutz vor jeglicher Form der Verbreitung bietet. Ob der bloße Schutz vor der Peinlichkeit einer verkörperten Erinnerung den Einsatz des Strafrechts rechtfertigt, erscheint fraglich, zumal ein strafrechtlicher Schutz vor der Existenz anderer, unter Umständen weitaus peinlicherer Erinnerungsstücke (Liebesbriefe; Tätowierungen o. A.) nicht besteht.

Sollte die derart skizzierte restriktive Auslegung der Norm sich nicht durchsetzen, dürfte in der Strafverfolgungspraxis regelmäßig eine Einstellung wegen geringer Schuld (§§ 45, 47 JGG, § 153 StPO) in Betracht kommen.

Die genannten Schwierigkeiten der Rechtsauslegung und -anwendung könnten vermieden werden, wenn das Gesetz von der in Art. 3 Abs. 2 Buchst. b des Rahmenbeschlusses eingeräumte Möglichkeit der Tatbestandseinschränkung Gebrauch machen würde. Nach

¹⁴ vgl. Frommel a.a.O. Rdnr. 2; Tröndle/Fischer a.a.O. § 184 Rdnr. 2 ff. m.w.N.

¹⁵ vgl. BGHSt 47, 55, 61; Tröndle/Fischer a.a.O. § 184b Rdnr. 2

¹⁶ Vgl. Hörnle a.a.O. § 184b Rdnr. 29

dieser Bestimmung können die Mitgliedsstaaten Fälle der einvernehmlichen Herstellung und des Besitzes zur privaten Verwendung bei Kindern, die die sexuelle Mündigkeit erreicht haben, grundsätzlich von der Pönalisierung ausschließen¹⁷.

3. Nicht unerhebliche Probleme bereitet die Herabsetzung des Schutzalters in § 184b StGB im Hinblick auf Erwachsene, die wie Jugendliche aussehen, so genannte Scheinjugendliche. Artikel 1 Buchstabe b Ziffer ii des Rahmenbeschlusses erstreckt den Begriff der Kinderpornographie auf Darstellungen von „echten Personen mit kindlichem Erscheinungsbild“, nach der Begrifflichkeit des deutschen Rechts also dem Erscheinungsbild eines Kindes oder Jugendlichen. Es fragt sich daher, ob § 184b StGB die Darstellung jedes Erwachsenen erfasst, der nach seiner äußeren Erscheinung für einen Jugendlichen gehalten werden könnte (bloße Verwechslungsgefahr im Unterschied zum gezielten Vortäuschen), oder ob insoweit Einschränkungen gelten bzw. durch Auslegung zu bestimmen sind.
 - a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu der bis zum März 2004 geltenden Fassung des Strafgesetzbuchs (§ 184 Abs. 3 a.F.) war der Tatbestand der Kinderpornographie auch dann gegeben, wenn der Darsteller aus der Sicht eines objektiven Betrachters wie ein Kind wirkte¹⁸. Nach ganz herrschender Auffassung gilt dies auch für die derzeitige Fassung des Gesetzes¹⁹.
 - b) Die Problematik einer Übertragung dieser Rechtsanwendung auf Scheinjugendliche liegt auf der Hand: Die biologische und äußerlich wahrnehmbare Reifeentwicklung ist bis zur Volljährigkeit typischer Weise im Wesentlichen abgeschlossen. Während das - für einen objektiven Betrachter überzeugende - Auftreten von 18-Jährigen als 13-Jährige ohne erheblichen Aufwand der Schmincktechnik nur selten gelingen wird, ist die visuelle Ununterscheidbarkeit von jungen Erwachsenen und gereiften Jugendlichen die Regel. Hinzu kommt, dass aufgrund des in Mode, Werbung und den Medien vorherrschenden Ideals der Jugendlichkeit nicht nur Twens, sondern auch ältere Jahrgänge häufig nicht anders auftreten als Jugendliche. Im Unterschied zum kindlichen ist das jugendliche Erscheinungsbild von Erwachsenen allgegenwärtig. Zur Vermeidung einer Strafbarkeit kämen somit auch aus Sicht eines objektiven Betrachters nur noch sichtlich gealterte oder „auf alt getrimmte“ Akteure in Betracht.

¹⁷ vgl. Baier a.a.O. 50: „vernünftige Regelung“

¹⁸ BGHSt 47, 55, 62

¹⁹ Tröndle/Fischer a.a.O. § 184b Rdnr. 6; Hörnle in MK StGB § 184b Rdnr. 8 m.w.N.

- c) Der Wortlaut des Gesetzesentwurfs legt eine derart weite Auslegung nicht nahe, schließt sie aber auch nicht aus, da er darauf abstellt, dass „Gegenstand“ der pornographischen Schrift sexuelle Handlungen von, an oder vor Personen unter 18 Jahren sein müssen. Verhält die Schrift sich nicht ausdrücklich oder konkludent zum Alter der jugendlich aussehenden Darsteller, sind sexuelle Handlungen „mit jungen Leuten“ ihr Gegenstand, die aus Sicht des Betrachters genauso gut 17 wie 18 Jahre oder älter sein können, also jugendlich wirken. „Gegenstand“ einer jugendpornographischen Schrift ist auf jeden Fall die Darstellung von Akteuren, die jugendlich sind, kann aber auch die Darstellung von Personen sein, die jugendlich „wirken“. Wird der Wortlaut des Rahmenbeschlusses zur Auslegung mit herangezogen (in Zusammenschau von Artikel 1 Buchstabe a und b Ziffer ii: das Erscheinungsbild einer Person unter 18 Jahren) mag das eher für eine weite Auslegung sprechen.
- d) Weiterführen dürfte die Auslegung anhand des Ziels des Gesetzes. Wie ausgeführt sind hinsichtlich des § 184b StGB grundsätzlich zwei Varianten des Jugendschutzgedankens von entscheidender Bedeutung: der Darstellerschutz und der präventive Schutz weiterer potenziell Betroffener vor der Gefährdung durch erhöhte Nachfrage nach einschlägiger Pornographie. Der Darstellerschutz kann aber für den Scheinjugendlichen (wie bislang das Scheinkind) keine Bedeutung haben, da er dem Schutzalter nicht unterfällt. Hinsichtlich der Nachfrageförderung besteht ein erheblicher Unterschied zwischen Scheinjugendlichen und Scheinkind. Während die „Kunden“ der Kinderpornographie gerade das kindliche Alter von Kindern schätzen (Pädophilie) und deshalb auch scheinkindliche Darstellungen die Nachfrage nach „echter“ Kinderpornographie zu steigern in der Lage sind, ist ein entsprechendes Interesse gerade bezüglich Jugendlicher nicht bekannt. Dem entsprechenden Konsumenten wird es um „ansehnliche“ Darsteller gehen, ob diese 17-jährig oder volljährig sind, ist für ihn ohne Bedeutung. Deshalb gibt es keinen Anhaltspunkt dafür, von einer Nachfragesteigerung für Jugendpornographie wegen scheinjugendlicher Darsteller auszugehen. Auch ein weiterer, von einigen Autoren erörterter (wenn auch in der Literatur mangels Nachweisbarkeit weitgehend abgelehnter²⁰) Schutzaspekt, nämlich eine denkbare Aufstachelung des Betrachters zur Vornahme eigener sexueller Handlungen an Kindern, kommt bezüglich Jugendlicher schon deshalb nicht als Strafgrund in Betracht, weil sexuelle Handlungen mit Jugendlichen nicht von vornherein unter Strafe stehen.

²⁰ vgl. Hörnle a.a.O. § 184b Rdnr. 1 ; Laufhütte in LK StGB 11. Aufl. § 184 Rdnr. 2

- e) Eine solche restriktive Auslegung würde auch nicht zu einer nur teilweisen Umsetzung des Rahmenbeschlusses führen, wie sich schon aus der fehlenden Pönalisierungspflicht gemäß dessen Art. 3 Abs. 2 Buchst. b ergibt. Der Praxis wäre allerdings sehr geholfen, wenn das Gesetz den insoweit fehlenden Bestrafungswillen zum Ausdruck bringen würde²¹. Dabei wäre es auch durchaus möglich, zwischen Schein-Jugendlichen und Schein-Kindern zu differenzieren, so dass es hinsichtlich der Letztgenannten bei der bisherigen Rechtslage (Strafbarkeit) bliebe.

III. Zur Änderung des § 176 StGB

Eine Ergänzung des § 176 StGB um die Fälle des sexuell aufreizenden Posierens, wie vom Bundesrat vorgeschlagen und in der Gegenäußerung der Bundesregierung angekündigt, erscheint als angezeigt. Die Bestrafung der bildhaften Darstellung solcher Handlungen wird vom Rahmenbeschluss gefordert (Art. 1 Buchst. b Ziffer i)) und durch die Neufassung des § 184b StGB für den Bereich der pornographischen Schriften umgesetzt. Wegen des inhaltlichen Zusammenhangs der Sanktionierung der Kinderpornographie mit der Regelung des § 176 StGB drängt es sich geradezu auf, die Änderung beider Vorschriften einheitlich vorzunehmen, da es ansonsten zu einem zumindest temporären Auseinanderklaffen der Schutzbereiche käme, für das ein Sachgrund nicht ersichtlich ist.

(Dr. Ralf Wehowsky)

Oberstaatsanwalt beim Bundesgerichtshof

²¹ vgl. Baier a.a.O. 49