



Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Strafrecht

**zum Referentenentwurf des Bundesministeriums
der Justiz und für Verbraucherschutz**

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Umsetzung Europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht vom 07.04.2014

Stellungnahme Nr.: 50/2014

Berlin, im Oktober 2014

Mitglieder des Ausschusses

- RA Dr. Stefan König, Berlin (Vorsitzender)
- RA Dr. h. c. Rüdiger Deckers, Düsseldorf (Berichterstatter)
- RAin Dr. Margarete Gräfin von Galen, Berlin (Berichterstatterin)
- RAin Dr. Gina Greeve, Frankfurt am Main
- RA Prof. Dr. Rainer Hamm, Frankfurt am Main
- RA Eberhard Kempf, Frankfurt am Main
- RA Dr. Ali B. Norouzi, Berlin
- RAin Gül Pinar, Hamburg (Berichterstatterin)
- RA Michael Rosenthal, Karlsruhe (Berichterstatter)
- RA Martin Rubbert, Berlin
- RAin Dr. Heide Sandkuhl, Potsdam
- RA Dr. Rainer Spatscheck, München
- RA PD Dr. Gerson Trüg, Freiburg im Breisgau (Berichterstatter)

Deutscher Anwaltverein
Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel
Rue Joseph II 40
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- RAin Tanja Brexl, DAV-Berlin

Verteiler

- Bundesministerium des Innern
- Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
- Rechts- und Verbraucherschutzausschuss, Innenausschuss des Deutschen Bundestages
- Vorsitzender des Rechts- und Verbraucherschutzausschusses des Deutschen Bundestages, Renate Künast
- Vorsitzender des Innenausschusses des Deutschen Bundestages, Wolfgang Bosbach
- Landesjustizministerien
- Rechts- und Innenausschüsse der Landtage
- Bundesgerichtshof
- Bundesanwaltschaft

- Vorstand des Deutschen Anwaltvereins
- Landesverbände des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
- Strafrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins
- Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins
- Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer
- Vorsitzende des Strafrechtsausschusses des KAV, BAV
- Vorsitzende des FORUM Junge Anwaltschaft des DAV

- Deutscher Strafverteidiger e. V., Herr Mirko Roßkamp
- Regionale Strafverteidigervereinigungen
- Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen und -initiativen

- Arbeitskreise Recht der im Bundestag vertretenen Parteien
- Deutscher Richterbund
- Bund Deutscher Kriminalbeamter

- Strafverteidiger-Forum (StraFo)
- Neue Zeitschrift für Strafrecht, NStZ
- Strafverteidiger

- Prof. Dr. Jürgen Wolter, Universität Mannheim
- ver.di, Bereich Recht und Rechtspolitik
- Deutscher Juristentag (Präsident und Generalsekretär)
- Prof. Dr. Schöch, LMU München

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 67.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

A. Präambel

Das Sexualstrafrecht ist seit dem 4 StrRG aus dem Jahre 1973 mehrfach geändert worden: 33. StrAG, 1997; 6. StrRG, 1998. Auch seither sind die § 174 ff. StGB mehrfach erweitert worden (27.12.2003: Gesetz zur Änderungen der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung (...); 37. StÄG, 11.02.2005; Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rats der EU zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung und der Kinderpornographie, 31.10.2008; StORMG, 26.06.2013; 47. StÄG, 24.09.2013).

Fischer (StGB, 2014, Vor § 174 StGB Rn. 4) kritisiert:

"Der Zusammenhang zwischen Schutz-Zwecken und Wirksamkeit der strafrechtlichen Regelungen wird wohl nicht stets hinreichend bedacht. Die Regelungen haben einen Grad von Kompliziertheit und Unübersichtlichkeit erreicht, der ihr Verständnis für die Bürger praktisch ausschließt. Im praktischen Ergebnis der Veränderungen seit 1977 ist eine deutliche Erhöhung des Strafniveaus eingetreten. Als Königsweg der Strafrechtspolitik gilt die Strafdrohungsverschärfung als Teil eines repressiv orientierten Schutzkonzepts. Dass dies eine tatsächliche Erhöhung der Rechtsgutsicherheit bewirke, ist weiterhin unbewiesen."

Konnte sich noch der Gesetzgeber des 4. StrRG bezogen auf Delikte des sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen auf Einschätzungsprärogative von Sachverständigen berufen, die der Gesetzgeber selbst zur Überprüfung des Gesetzesvorhabens eingefordert hatte (vgl. BT-Drucks. VI/3521, S. 36), so liegen für das gegenwärtige Gesetzesvorhaben kriminologische, soziologische, sexualwissenschaftliche und rechtstatsächliche Erhebungen **nicht** vor. Dabei unterliegt

der Gesetzgeber einer Beobachtungs-, Prüfungs- und Nachbesserungspflicht, um einen Verstoß des Normenbestandes aber auch von Reformen gegen das Übermaßverbot – Grundsatz der Verhältnismäßigkeit – zu verhindern oder zu beheben (vgl. allgemein: BVerfGE 110, 141 (157); zur Substantiierungslast im Verfassungsbeschwerdeverfahren bezüglich des Jugendschutzes gegenüber Pornographie: BVerfG, Beschl. v. 24.09.2009 – 1 BvR 1231/04, 710/05, 1184/08; Sommer in: BVerfGE 90, 212, 216; zum Ganzen: Eschelbach: Erkenntnisse aus dem Bereich des Sexualstrafrechts am Beispiel der §§ 176 – 177 StGB – Vortrag beim Düsseldorfer Anwaltverein 2014).

Diese Anforderungen sind namentlich an die Teile des Referentenentwurfs anzulegen, die nicht lediglich die Vorgaben der Lanzarote-Konvention und der Istanbul-Konvention sowie der Richtlinie 2011/93/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern in innerstaatliches Recht umsetzen.

B. Im Einzelnen:

I. Zu Artikel 1 Nr. 4 Referentenentwurf:

Anhebung der Altersgrenze in der verjährungsrechtlichen Ruhensregelung des § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB auf das 30. Lebensjahr des Opfers und Aufnahme der Straftaten nach §§ 182 und 237 StGB in diese Vorschrift

Der Referentenentwurf sieht vor, die Altersgrenze des § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB auf die Vollendung des 30. Lebensjahres des Opfers anzuheben. Diese Altersgrenze wurde bereits durch das am 30.06.2013 in Kraft getretene Gesetz zur Stärkung der Rechte von Opfern sexuellen Missbrauchs (StORMG, BGBl. 2013 I S. 1805) vom 18. auf das 21. Lebensjahr des Opfers erhöht.

Nach dem Referentenentwurf soll diese Ausdehnung um lediglich drei Jahre aus dem Jahr 2013 nicht weit genug gehen, um den Opfern von sexuellem

Missbrauch eine hinreichend lange Zeit für die Verarbeitung des Erlebten und für die Entscheidung einzuräumen, ob sie eine Strafanzeige erstatten wollen. Nicht wenige Opfer seien erst nach vielen Jahren oder gar Jahrzehnten – gegebenenfalls erst nach einer Therapie oder zumindest einem vollständigen Lösen aus einem Abhängigkeitsverhältnis zum Täter – in der Lage, über das Geschehene zu sprechen und gegen den Täter vorzugehen (Referentenentwurf, S. 16).

1. Zunächst wird der Katalog der Straftaten, für die das Ruhen der Verjährung nach § 78b Abs. 1 Nr. 1 gelten soll, erweitert.

Soweit dies § 237 StGB (Zwangsheirat) betrifft, entspricht das der Umsetzung von Art. 58 der Istanbul-Konvention und ist mit den in der Entwurfsbegründung genannten Ergebnissen einer Studie nachvollziehbar, derzufolge 2,2 % der Opfer 13 Jahre oder jünger seien, so dass bei regulärem Lauf die Verjährung bereits vor Erreichen der Volljährigkeit eintreten könnte.

2. Darüber hinaus soll § 182 StGB in die Ruhensvorschrift einbezogen werden (sexueller Missbrauch von Jugendlichen).

Dieses Vorhaben ist nicht nur **nicht** international vorgegeben, sondern auch umstritten (dagegen: LK-Schmitt, StGB, § 78b Rn. 1a; Fischer, StGB, § 78 Rn. 3). Zunächst ist festzuhalten, dass die Ruhensvorschrift das Gesamtsystem der Verjährung insgesamt tangiert und diese von der Anknüpfung an den Strafrahmen entkoppelt.

Dem Ausnahmecharakter einer solchen Vorschrift müsste entsprechen, dass für die Hereinnahme einer jeden neuen Katalogtat eine fundierte, durch Rechtstatsachen legitimierte Begründung abgegeben wird. Daran fehlt es bezogen auf § 182 StGB.

Allgemeinen Petita von Renzikowski (MüKo-StGB, § 182 Rn. 81) und Hörnle (Loewe-Rosenberg, StGB, § 182, Rn. 83) auch bei § 182 StGB sei vorstellbar, *"dass Minderjährige erst nach Erreichen der Volljährigkeit*

genügend Distanz gewonnen haben, um sich mit dem Geschehen auseinanderzusetzen", ist entgegenzuhalten, dass bei einer Verjährungsfrist von 5 Jahren eben diese Volljährigkeit stets erreicht wird; denn die Betroffenen müssen ein Mindestalter von 14 Jahren erreicht haben.

Ein partielles Legitimationsdefizit besteht bereits darin, dass die Behauptung der fehlenden Fähigkeit von **Kindern** zur Selbstbestimmung vor Erreichen der Schutzaltersgrenze und die regelmäßig anzunehmende Störung der Gesamtentwicklung in jüngerer Zeit nicht mehr empirisch überprüft worden sind (Hörnle, FS-Eisenberg, S. 321 ff.; 327 ff.).

Um so weniger ist empirisch die Vermutung belegt, **Jugendliche** seien nicht oder nur eingeschränkt in der Lage, erlittene sexuelle Übergriffe anzuzeigen. Es erscheint – bezogen auf diese Vorschrift – unverhältnismäßig, die Verjährungssystematik zu durchbrechen. Anders als bei anderen Katalogtaten dieses Kanons beträgt die Strafandrohung "nur" Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe.

3. Gleiches gilt für die Heraufsetzung des in der Ruhensvorschrift bestimmten Lebensalters von 21 auf 30 Jahre. War noch 2013 das Lebensalter von 18 auf 21 angehoben worden, steht nun eine neuerliche Novelle an. Für die Tatbestände, die eine Höchststrafe von mehr als 10 Jahren androhen, läuft die Verjährungsfrist demnach bis zum 50. Lebensjahr der betroffenen Person. Man fragt sich, welche Verarbeitungsprozesse zwischen dem 18. und dem 50. Lebensjahr überwunden werden müssen, um die Bereitschaft und/oder Fähigkeit zur Anzeige erst in diesem späten Lebensstadium zu erlangen?

Dabei geht die Aufklärung fraglicher zeitlich lang zurückliegender sexueller Erinnerungen mit größten Schwierigkeiten und Zweifeln an der Zuverlässigkeit der Aussage des Betroffenen einher. Aus aussagepsychologischer Sicht tut sich das Problem von Pseudoerinnerungen und autosuggestiven Prozessen in einem Maße auf, dass mit Belastungsaussagen über lang zurückliegende Ereignisse äußerst selten die für den

bestreitenden oder schweigenden Beschuldigten streitende Unschuldsvermutung aus Art. 6 Abs. 2 EMRK überwunden werden kann. Renate Volbert (Psychotherapie im Dialog, 2014, S. 82 ff.) resümiert:

"Die Frage möglicher Scheinerinnerungen an sexuellen Missbrauch oder andere traumatische Ereignisse beschäftigt die Psychologie (...) seit mehr als 2 Jahrzehnten intensiv: Ende der 1980er-Jahre berichteten zuerst in den USA, später auch in anderen Ländern viel mehr Menschen als zuvor, sich an einen sexuellen Missbrauch in der Kindheit zu erinnern an dem Sie jahre- oder jahrzehntelang keine Erinnerung gehabt hatten – und wie wir heute wissen, auch viel mehr Menschen als danach (Mc Hugh et al, 2004, from refusal to reconciliation: Family relationships after an accusation based on recovered memories. INervMentDis. 2004, 192: 525-531)."

Das zentrale Problem wird nicht darin gesehen, dass der/die Zeuge(in) sich nicht an lang zurückliegende Ereignisse erinnern könnte, sondern an die zahlreichen und variablen Einflüsse, die auf den Gedächtnisinhalt im Laufe der Jahr eingewirkt haben können und die es dem Zeugen hochgradig erschweren können, die Quellen der Erinnerung zu diskriminieren (i.S.v. "unterscheiden"; vgl. dazu: Vortrag Dr. Dipl.-Psych. Retz-Junginger (Institut für Gerichtliche Psychologie und Psychiatrie, Universitätsklinikum des Saarlandes) die Autorin fasst zusammen:

*"- Es ist grundsätzlich möglich, Erlebnisse über einen längeren Zeitraum im Gedächtnis zu bewahren und sie zu schildern
- Einhergehend mit längerem Erinnerungsintervall müssen mehr Einflüsse auf die erinnerten Inhalte bei aussagepsychologischen Beurteilungen geprüft und berücksichtigt werden
- unter Zugrundelegung der Nullhypothese wird es zunehmend unwahrscheinlicher, Einflussfaktoren negieren zu können.)"*

Dieses Einflussfeld autosuggestiver (1) oder fremdsuggestiver (2) Prozesse hat für die USA Elisabeth Loftus beschrieben (1: Über das Phänomen der

imagination inflation: "Memories of Things Unseen" in: Current Direction in Psychological science 13, 2004, S. 145 ff.; 2: Loftus/Ketcham "The Myth of Repressed Memory, 1994; Köhnken, Fehlerquellen in aussagepsychologischen Gutachten, in: Deckers/Köhnken (Hrsg.) Die Erhebung von Zeugenaussagen im Strafprozess, 2007, S. 1 ff. 12,13) über die epidemischen Vorgänge in den 80er und 90er Jahren des vorherigen Jahrhunderts in den USA haben die Sozialpsychologen Tavis/Aronson in ihrem Buch "Ich habe recht, auch wenn ich mich irre", 2010, berichtet (S. 144 ff.):

"In den achtziger und neunziger Jahren geriet das Thema des sexuellen Missbrauchs von Kindern und Frauen ins Scheinwerferlicht des öffentlichen Interesses und löste in zweifacher Hinsicht epidemisch-hysterische Reaktionen aus. Da war zum einen der therapeutische Ansatz, der nach verlorenen Erinnerungen suchte. Immer mehr Erwachsene begaben sich in Therapie, obwohl es keinerlei Anzeichen für eventuell verdrängte traumatische Erfahrungen gab, nur um am Ende festzustellen, dass sie als Kind von ihren Eltern missbraucht oder von Satansanhängern gefoltert worden waren und zwar jahrelang, ohne dass sich dies in irgendeiner Form gezeigt hätte oder Geschwister, Freunde oder der Hausarzt etwas davon bemerkt hätten. Unter Hypnose, so hieß es, könnten sie unter Anleitung ihrer Therapeuten ihr Gedächtnis wiederfinden, die Erinnerung an die schrecklichen Erfahrungen, die sie als Kleinkinder zu Hause oder in der Kinderkrippe gemacht hatten, mitunter sogar an Erfahrungen aus einem früheren Leben. Eine Frau erinnerte sich daran, dass ihre Mutter immer Spinnen in ihre Vagina getan habe. Eine andere meinte, ihr Vater habe sie zwischen ihrem fünften und 23. Lebensjahr regelmäßig missbraucht, ja, sie noch ein paar Tage vor ihrer Hochzeit vergewaltigt. Die Erinnerung daran habe sie stets unterdrückt – bis die Therapie ihr geholfen habe. Andere behaupten, Verbrennungen erlitten zu haben, obwohl ihr Körper keinerlei Spuren zeigte. Oder dass man sie geschwängert und zur Abtreibung gezwungen habe, obwohl die charakteristischen physischen Anzeichen dafür fehlten. Diejenigen aber, die vor Gericht gingen, um ihre angeblichen

Peiniger ihrer gerechten Strafe zuzuführen, erhielten Schützenhilfe von einer ganzen Reihe von Experten, die meist beeindruckende Referenzen im Hinblick auf ihre therapeutischen Erfahrungen als Psychologen und Psychiater aufweisen konnten. Diese Experten sagten aus, dass die wiedergewonnenen Erinnerungen klare Beweise für einen Missbrauch darstellten."

Sie fragen (146/148):

*"Wohin aber verziehen sich solche Epidemien, wenn sie abklingen? Wie kommt es, dass in jüngster Zeit keine Berühmtheiten in Talkshows darüber berichten, wie sie durch »freigelegte Erinnerungen« herausgefunden haben, dass sie als Kinder gefoltert wurden? Haben all die sadistischen Pädophilen ihre Kindergärten geschlossen? Die meisten Kindergärtner und -pfleger, die in diesen Fällen verurteilt wurden, erhielten Bewährung. Doch einige von ihnen sitzen heute noch im Gefängnis, stehen unter Hausarrest und müssen ein Leben mit dem Stigma des Sexualstraftäters führen. Der Höhepunkt der Hysterie um die freigelegten Erinnerungen ist vorüber, doch bis dahin wurden viele Leben zerstört, zahlreiche Familien haben danach nicht wieder zusammengefunden. Auch heute noch findet der eine oder andere ähnlich gelagerte Fall seinen Weg in den Gerichtssaal und damit in die Nachrichten. Auch in Filmen und Büchern wird diese Geschichte immer wieder aufgegriffen. In Martha Becks Buch *Leaving the Saints* erfahren wir zwar, dass ihr Mormonenvater sie über Jahre hinweg zu sexuellen Ritualen zwang, doch über die Tatsache, dass sie sich daran erst erinnerte, als ein Therapeut ihr die Selbsthypnose beibrachte, schweigt sie sich aus.*

Die Epidemie ebbt allmählich ab, ihre Auslöser aber bleiben Teil der Massenkultur: Wenn Sie als Kind wiederholt traumatischen Erfahrungen gemacht haben, werden Sie diese Erinnerungen vermutlich verdrängt haben. Wenn Sie diese Erinnerungen verdrängt haben, kann Hypnose Ihnen helfen, sie wieder freizulegen. Wenn Sie vollkommen überzeugt sind, dass die wiedergefundenen Erinnerungen wahr sind, dann sind sie das auch. Wenn

Sie sich war nicht an einen Missbrauch erinnern, aber den Verdacht hegen, so etwas könnte Ihnen in der Kindheit widerfahren sein, dann ist das wahrscheinlich auch so. Wenn Sie von Missbrauchserfahrungen träumen oder in kurzen Augenblicken Bilder davon vor Ihrem inneren Auge aufblitzen sehen, dann sind Sie dabei, eine Erinnerung an tatsächliche Ereignisse freizulegen. Kinder lügen nie, wenn es um sexuelle Dinge geht. Wenn Ihr Kind Alpträume hat, nachts ins Bett macht, nicht ohne Licht schlafen will oder gar masturbiert, dann sind dies Zeichen dafür, dass Ihr Kind missbraucht wurde.

Diese Überzeugungen kommen nicht von ungefähr. Sie schossen nicht einfach wie Pilze über Nacht aus dem Boden und wuchsen zu fundamentalen Glaubenssätzen unserer Kultur heran. Vielmehr wurden sie von Menschen verbreitet, die sich beruflich um die Gesundheit anderer Menschen kümmerten. Sie wurden in Vorträgen, Fachzeitschriften, in den Medien und in zahlreichen Bestsellern gleichsam unters Volk gebracht. Sie entstanden aus dem Fetzen Freud'scher (und Pseudo-Freud'scher) Erkenntnisse über Verdrängung, Gedächtnis, sexuelle Traumata und die Bedeutung von Träumen, die unsere Kultur durchziehen. Und aus dem Vertrauen in die eigenen diagnostischen Fähigkeiten. Die Idee dieser Therapeuten wurden seitdem gründlich wissenschaftlich untersucht. Es stellte sich heraus, dass sie weitgehend falsch sind."

Für die forensische Bearbeitung solcher Fälle, in denen Zeugen über weit zurückliegende Ereignisse berichten, wächst die Notwendigkeit, aussagepsychologischen Sachverstand hinzuzuziehen. Dies weniger aus gedächtnispsychologischen Aspekten, aber um so dringlicher zur Aufarbeitung möglicher Einflussfaktoren im Prozess der Wahrnehmung, Speicherung, Erinnerung und Reproduktion des historischen Sachverhalts.

Die Komplexität einer solchen Untersuchung wird – regelmäßig – mit erheblichen Belastungen für den Zeugen bei hoher Wahrscheinlichkeit einer fremd- oder autosuggestiven Erinnerungsverzerrung mich sich bringen.

Diese Prozesse werden das Leid der fraglichen Opfer eher vertiefen und verstärken.

Es ist angezeigt, die amerikanischen Erfahrungen mit "recovered memories" und "imagination infation" auszuwerten (vgl. Tavis/Aronson a.a.O. S. 176 f.) und nachzulesen aus welchen Gründen die "Epidemie" in den USA längst abgeebbt ist.

Es kommt hinzu, dass es für solcher Taten Beschuldigte in den meisten Fällen nahezu unmöglich ist, Entlastungsbeweise anzutreten, etwa Beweismittel dafür zu benennen oder vorzulegen, dass sie sich zum behaupteten Tatzeitpunkt oder in behaupteten Tatzeiträumen an anderen Orten aufhielten. Ein faires Verfahren zur Aufklärung der erhobenen Vorwürfe ist daher in den vielen, wenn nicht den meisten Fällen lange zurückliegender angeblicher Taten nicht zu gewährleisten. Die Gerichte werden, auch wenn sie sich der Hilfe von Sachverständigen auf dem Gebiet der Aussagepsychologie bedienen, vor kaum zu bewältigende Probleme bei der Würdigung der Glaubhaftigkeit von Aussagen gestellt.

Der DAV spricht sich in der dargestellten Form **gegen** die Verlängerung der Ruhensfrist in § 78b Abs. 1 Nr. 1 E-StGB aus.

II. Zu Artikel 1 Nr.8 ff.

1. Die Erweiterung von § 174 Abs. 1 Nr. 3 StGB u. Abs. 2

Die in der praktischen Anwendung wenig bedeutsame Vorschrift (vgl. NK-Frommel, § 174 Rn. 7; Eisenberg, Kriminologie, 2005, § 45 Rn. 62) gehört zu jenen, die mit ihren frequenten Änderungen zunehmend unübersichtlicher wird.

Ratio legis dieser Norm ist namentlich der Schutz von Jugendlichen unter 16 bzw. 18 Jahren, die sich gegenüber Erwachsenen in einem bestimmten Abhängigkeitsverhältnis befinden.

Während die noch h.M. als Rechtsgut **die ungestörte sexuelle Entwicklung** von Kindern und Jugendlichen innerhalb solcher Obhutsverhältnisse definiert (BGH NStZ 2001, 194; Lackner/Kühl 2014, § 174 Rn. 1) stellt eine stärker werdende Mindermeinung dem den Eingriff in das **Recht auf sexuelle Selbstbestimmung des Minderjährigen** entgegen (LK-Hörnle, Rn. 2; MK-Rezinkowski Rn. 1; AnwK-Deckers, 2010 Rn. 1; vermittelnd: Fischer, 2014, Rn. 2; auch S/S-Eisele, 2014, Rn. 1).

Bei dieser Differenz geht es – auch – darum, auf der Basis soziologischer, sexualwissenschaftlicher und kriminologischer Erhebungen die Entwicklung Jugendlicher zur Fähigkeit zur Sexualautonomie und der damit verbundenen Entscheidungs- und Abgrenzungsfähigkeit zu ermitteln und erst dann die Frage zu behandeln, ob der oben dargestellte Sinnzusammenhang der Norm wirklich aufgebrochen werden muss.

2. Dies gilt für Abs. 1 Nr. 2 wie Abs. 2.

Obhutsverhältnis und Anvertrautsein als Kernbegriffe der Norm knüpfen gerade daran an, dass der fragliche Schädiger an der Entwicklung zur sexuellen Selbstbestimmung im allgemeinen Sinne teilhat, indem er Mitverantwortung für die Persönlichkeitsentwicklung im Ganzen trägt. Die Eingrenzungen der gegenwärtigen Gesetzes- und Rechtsprechungslage knüpfen an eben diesen Umstand an:

Der – temporäre – Lebensgefährte der Mutter, der nicht in die Erziehung des Schutzbefohlenen integriert ist, mag zwar in "gefährlicher Nähe" leben, nutzt aber gerade nicht das besondere – inhaltlich ausgestaltete – Erziehungsverhältnis aus. Es fehlt an dem Zusammenhang zwischen übertragener gesellschaftlicher Aufgabe und deren Missbrauch.

Das gilt **auch** für die Differenzierung zwischen Klassen- und Fachlehrer einerseits und solchem Lehrpersonal, das nur der Institution Schule angehört und dem Schüler/der Schülerin sporadisch begegnet.

Soweit die Entwurfsbegründung von struktureller Macht in der Institution Schule spricht, bleibt sie – ebenso wie für die Phänomene moderner Lebensverhältnisses in Patchwork-Familien – den empirischen Beleg schuldig, dass die betroffenen Minderjährigen allein bei Nähe oder durch eine Institution begünstigt in ihrer Sexualautonomie beschränkt, in ihrer Abgrenzungsfähigkeit geschwächt seien. Gesetzesinterpretation und Rechtsprechung *de lege lata* – wie in der Entwurfsbegründung zitiert (BGH 4 StR 74/12 = StV 2012, 531; OLG Koblenz NJW 2012, 629) – lehnen im Übrigen keineswegs für solche Fallkonstellationen schematisch die Anwendung des § 174 StGB ab, verlangen aber eine Einzelfallprüfung mit einer Gesamtwürdigung aller Umstände, die den Konnex zwischen dem Abhängigkeitsverhältnis im Rahmen der Mitverantwortung für die Persönlichkeitsbildung des Schutzbefohlenen und dem Missbrauchsakt auf den Prüfstand stellt.

Der Strafrechtsausschuss lehnt mit diesen Gründen die beabsichtigte Reform des § 174 StGB ab.

3. Bezogen auf die beabsichtigte Änderung des § 182 Abs. 3 StGB berücksichtigt die Begründung des Entwurfs eben die Entwicklungen, die auch der Stellungnahme des DAV unterlegt sind, wenn sie formuliert:

"Dass Personen über 14 Jahren generell nicht in der Lage sind, Bedeutung und Tragweite sexueller Beziehungen angemessen zu erfassen, dürfte eher selten und nur unter bestimmten Umständen, etwa bei geistiger Behinderung oder Entwicklungsverzögerung, anzutreffen sein (LK-Hörnle, § 182 Rn. 62)."

Darin liegt – im Prinzip – die Begründung für die Abschaffung des geltenden § 182 Abs. 3 StGB.

Dass der Zuschnitt des Entwurfs auf Fallkonstellationen erfolgen soll, die durch ein Machtgefälle zwischen Jugendlichen und Erwachsenen gekennzeichnet sind, in dem die fehlende Fähigkeit **konkret gegenüber**

dieser Person gegenüber Tatbestandsmerkmal ist, kann als Einschränkung gegenüber der geltenden Gesetzeslage angesehen werden, wird aber bei Umsetzung der Reform in der Praxis in den meisten Fällen die Einholung eines Sachverständigengutachtens aus den Fachgebieten der Psychologie und Viktimologie erfordern.

4. Novellierung des § 184b StGBGing es bei der ursprünglichen Fassung dieser Norm aus dem Jahre 2003 um die Darstellung sexuellen Missbrauchs, sind bereits durch das Gesetz vom 31.10.2008 sexuelle Handlungen **von** Kindern, also auch solche, die ein Kind nicht an seinem Körper, sondern mit seinem Körper ausführt, erfasst.

Die Vorschrift zielt – bezogen auf den Kinderschutz – auf die Bestrafung einer unmittelbaren Förderung des sexuellen Missbrauchs von Kindern ab.

Einerseits sollen die Kinder, die zum Zwecke der Herstellung solcher pornographischer Schriften missbraucht werden, geschützt, andererseits soll ein Nachahmungseffekt vermieden werden (dazu und zur Kritik; Fischer, StGB, 2014, Rn. 3).

Von dieser ratio legis entfernt sich der Referentenentwurf jedenfalls dort, wo auch die Wiedergabe "unwillkürlich eingenommene Positionen des Kindes", das etwa im Schlaf eine geschlechtsbetonte Körperhaltung eingenommen hat, unter Strafe gestellt wird.

Damit geht der Entwurf über die bisherige Rechtsprechung zum sog. "Posing" hinaus. Eine sexuelle Handlung – wie sie das Gesetz in § 184b Abs. 1 StGB verlangt, ist beim schlafenden Kind – regelmäßig – nicht zu erkennen.

Es liegt allenfalls eine Persönlichkeitsverletzung bei der Verbreitung des persönlichen Bildes vor, die wegen des Ultima-Ratio-Prinzip des Strafrechts auf andere Weise unterbunden werden kann und sollte.

5. § 184d Abs. 2 StGB Zugänglichmachen pornographischer Inhalte mittels Rundfunk oder Telemedien; Abruf kinder- und jugendpornographischer Inhalte mittels Telemedien

§ 184d soll gemäß dem Entwurf einen zweiten Absatz erhalten, dessen Satz 1 der Klarstellung im Hinblick auf Artikel 4 Absatz 3 der Richtlinie 2011/93/EU¹ sowie **Artikel 20 Absatz 1 Buchstabe f der Lanzarote-Konvention² dienen soll. Damit soll der bisher umstrittene Fall des**

1

Art. 4 Abs. (3) Wer ein Kind zu einer Mitwirkung an pornografischen Darbietungen nötigt oder zwingt oder ein Kind für solche Zwecke bedroht, wird mit Freiheitsstrafe im Höchstmaß von mindestens acht Jahren bestraft, wenn das Kind das Alter der sexuellen Mündigkeit noch nicht erreicht hat, und von mindestens fünf Jahren, wenn das Kind älter ist.

Artikel 5

Straftaten im Zusammenhang mit Kinderpornografie

(1) Jeder Mitgliedstaat trifft die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass vorsätzliche Handlungen nach den Absätzen 2 bis 6 unter Strafe gestellt werden, wenn sie unrechtmäßig vorgenommen werden.

(2) Der Erwerb oder Besitz von Kinderpornografie wird mit Freiheitsstrafe im Höchstmaß von mindestens einem Jahr bestraft.

(3) Der bewusste Zugriff auf Kinderpornografie mittels Informations- und Kommunikationstechnologie wird mit Freiheitsstrafe im Höchstmaß von mindestens einem Jahr bestraft.

(4) Der Vertrieb, die Verbreitung oder Weitergabe von Kinderpornografie wird mit Freiheitsstrafe im Höchstmaß von mindestens zwei Jahren bestraft.

(5) Das Anbieten, Liefern oder sonstige Zugänglichmachen von Kinderpornografie wird mit Freiheitsstrafe im Höchstmaß von mindestens zwei Jahren bestraft.

(6) Die Herstellung von Kinderpornografie wird mit Freiheitsstrafe im Höchstmaß von mindestens drei Jahren bestraft.“

2

Article 20 – Offences concerning child pornography

1 Each Party shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the following intentional conduct, when committed without right, is criminalised:

- a producing child pornography;
- b offering or making available child pornography;
- c distributing or transmitting child pornography;
- d procuring child pornography for oneself or for another person;
- e possessing child pornography;
- f knowingly obtaining access, through information and communication technologies, to child pornography.

Ansehens pornographischer Inhalte ohne deren Speicherung auf Datenträger geregelt werden. Der Entwurf wählt dafür den Begriff des „Abrufens“.

Im Satz 2 soll der Versuch dieser Handlung unter Strafe gestellt werden.

Wir sehen keinen Änderungsbedarf, da das bereits geltende Recht diese Handlung im § 184b Abs. 4, § 184c Abs. 4 StGB unter Strafe stellt. Nach herrschender Meinung ist bereits das Betrachten solcher Inhalte auf dem Bildschirm des Computers für die Tatbestandsmäßigkeit ausreichend, da der Besitz auch dann bejaht wird, wenn die Inhalte auf dem Arbeitsspeicher des Nutzers³ oder bei automatischer Speicherung im Cache-Speicher vorhanden sind⁴.

Auch unter Berücksichtigung des Schutzes von Kindern und Jugendlichen ist die Strafbarkeit des „bloßen“ Ansehens so weitgehend, dass eine weitere Ausdehnung unverhältnismäßig ist, denn die Handlung selbst hat keinerlei Außenwirkung. Sie ist vielleicht unmoralisch aber fördert in keinem Fall die Ausbeutung von Kindern und Jugendlichen.

Hinsichtlich der Versuchsstrafbarkeit gelten unsere Bedenken umso mehr. Das wäre eine Verlagerung des kriminellen Unrechts auf einen Zeitpunkt, der noch vor der Vorbereitungshandlung liegen würde. Wer versucht, eine Seite aufzurufen und bereits an dem Server seines Anbieters scheitert, kann nicht nur wegen der damit zusammenhängenden Beweisprobleme verfolgt werden, sondern auch deswegen, weil unmittelbares Ansetzen eben erst zwischen dem Server und Arbeitsspeicher beginnt

3

Vgl. BGH 47, 55, 59f

4

Vgl. Fischer § 184 b RN 21

6. Zu Art.1 Nr. 18, Änderungen von § 201a StGB

Der strafrechtliche Schutz der Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen soll um weitere bislang nicht erfasste Bildaufnahmen und um Regelungen zur Verbreitung entsprechender Aufnahmen ergänzt werden.

a) Die neuen Regelungen

Während § 201a Abs. 1 bislang nur unbefugt hergestellte oder übertragene⁵ Bildaufnahmen in Wohnungen oder gegen Einblicke besonders geschützte Räumen schützt, wenn durch die Aufnahme der persönliche Lebensbereich verletzt wird, soll nun mit einem neuen Satz 2 der Schutz auf unbefugt hergestellte Aufnahmen ausgedehnt werden, die auch außerhalb solcher Räume hergestellt oder übertragen worden sein können, sofern sie bloßstellend sind oder eine unbedeckte Person abbilden. Die Verletzung des persönlichen Lebensbereichs wird in diesen Fällen unterstellt. Die Strafandrohung für alle Aufnahmen soll weiterhin Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr bleiben.

In Absatz 2 ist im Entwurf vorgesehen, in einem neuen Satz 2 die *Verbreitung* oder *Veröffentlichung* aller von Abs. 1 erfassten Bildaufnahmen mit einer erhöhten Strafandrohung von Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu ahnden. Damit wird nicht nur hinsichtlich der in Absatz 1 Satz 2 neu hinzugekommenen Aufnahmen eine höhere Strafandrohung geschaffen, sondern auch hinsichtlich der bislang bereits erfassten Aufnahmen in Räumen die Strafandrohung im Fall der Verbreitung und Veröffentlichung auf bis zu drei Jahre erhöht. Für alle Aufnahmen (einschließlich der neu erfassten) soll weiterhin gelten: Wenn die Aufnahme nur „gebraucht“ oder „*einer dritten Person* zugänglich gemacht

5

„Übertragen“ meint in diesem Zusammenhang Live-Übertragungen ohne dass eine Aufnahme fixiert oder gespeichert wird (Fischer, § 201a, Rn 13)

wird“ beträgt die Freiheitsstrafe für alle Abbildungen lediglich bis zu einem Jahr.

In einem neuen Absatz 3 sollen das wissentlich *unbefugte Zugänglichmachen* von befugt hergestellten Aufnahmen für eine andere Person, die Verbreitung und die Veröffentlichung der von Abs. 1 Satz 1 erfassten Aufnahmen, wenn durch die Weitergabe der höchstpersönliche Lebensbereich der abgebildeten Person verletzt wird, wie folgt unter Strafe gestellt werden:

- Freiheitsstrafe bis ein Jahr oder Geldstrafe bei Weitergabe an eine dritte Person,
- Freiheitsstrafe bis drei Jahre oder Geldstrafe bei Verbreitung oder Veröffentlichung

In einem neuen Abs. 4 sollen für befugt hergestellte Aufnahmen im Sinne des neuen Abs. 1 Satz 2 für die verschiedenen Formen der unbefugten Weitergabe der Aufnahmen die gleichen Strafen angedroht werden wie in Absatz 3, allerdings ohne ausdrücklich vorauszusetzen, dass dadurch der höchstpersönliche Lebensbereich der abgebildeten Person verletzt wird. Auch hier geht der Gesetzgeber davon aus, dass diese Verletzung „automatisch“ wegen der vorausgesetzten Eigenschaften der Aufnahmen gegeben ist.

Mit der vorgeschlagenen Änderung von § 205 Abs. 1 StGB soll der gesamte (neue) Tatbestand des § 201 a StGB zum relativen Antragsdelikt werden. Dies wird damit begründet, dass abgebildete Kinder häufig nicht bekannt seien und daher bei einem Antragserfordernis die Strafbarkeit ins Leere gehen würde.

b) Regelungen im KunstUrhG

Daneben gibt es in § 33 Abs. 1 KunstUrhG für die Verbreitung oder

öffentliche Zur-Schau-Stellung eines Bildnisses unter den dort genannten Voraussetzungen und als reines Antragsdelikt unverändert eine Strafandrohung von Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr. Danach darf jegliches Bildnis – von den Ausnahmen des § 23 KunstUrhG abgesehen – nur mit Einwilligung des Abgebildeten verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden (§ 22,23,33 KunstUrhG).

c) Stellungnahme

- (1) Zunächst ist zu kritisieren, dass der Gesetzgeber den Sachverhalt der „Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen“ nicht in einem Gesetz regelt, sondern weiterhin Überschneidungen zwischen KunstUrhG und § 201 a StGB in Kauf nimmt. In Zeiten, in denen das Photographieren geradezu zum Reflex in allen Lebenssituationen geworden ist, sollte der Gesetzgeber es dem Bürger und der Bürgerin ermöglichen, auf einfache Weise zu erfahren, was verboten und was erlaubt ist. Das ist anhand des geplanten § 201 a StGB-E ohnehin schon schwer zu erfassen. Dieses Problem wird vertieft, wenn die Tatbestände der Aufnahme und Verbreitung von Bildnissen in zwei verschiedenen Gesetzen geregelt sind.
- (2) Unklar ist nach dem vorliegenden Entwurf die rechtspolitische Notwendigkeit der Einführung einer erhöhten Strafandrohung von bis zu drei Jahren für das Verbreiten und Veröffentlichen von Bildaufnahmen, die bislang bereits von § 201a StGB mit einer Strafandrohung von bis zu einem Jahr vor einem davor geschützt werden, Dritten zugänglich gemacht zu werden. In der Gesetzesbegründung findet sich nichts zur Frage der kriminalpolitischen Notwendigkeit, den Tatbestand zu erweitern und die Strafandrohung insoweit zu erhöhen.
- (3) Zu kritisieren ist eine fehlende Abgrenzung zwischen dem Tatbestandsmerkmal des Zugänglichmachens für eine dritte Person und dem Tatbestandsmerkmal des Verbreitens. Bislang ist auch das

Zugänglichmachen an mehrere dritte Personen vom Tatbestand des § 201a StGB erfasst und aus dem Gesetzesvorschlag erschließt sich nicht, wo nun die Grenze zum Verbreiten gezogen werden soll. Nachdem für das Verbreiten eine deutlich höhere Strafandrohung als für das Zugänglichmachen für Dritte vorgesehen ist, scheint es unerlässlich, dass der Gesetzgeber hier klare Vorgaben macht und diese Frage nicht etwa der Rechtsprechung überlässt.

- (4) Soweit „bloßstellende“ Aufnahmen besonders geschützt werden sollen, muss die Unbestimmtheit des Begriffs „bloßstellend“ erheblichen Bedenken begegnen. Nach der Gesetzesbegründung sollen solche Aufnahmen unter Schutz gestellt werden, *„die die abgebildete Person in peinlichen oder entwürdigenden Situationen oder in einem solchen Zustand zeigen, und bei denen angenommen werden kann, dass üblicherweise ein Interesse daran besteht, dass sie nicht hergestellt, übertragen oder Dritten zugänglich gemacht werden“*. Diese Erläuterung des Gesetzgebers verdeutlicht, dass das, was als „bloßstellend“ angesehen oder empfunden wird, stark subjektiv geprägt ist und einer objektiven Festlegung, was unter dem Begriff zu verstehen ist, kaum zugänglich ist. Hinzu kommt, dass es auch unverhältnismäßig erscheint und dem ultima –ratio- Prinzip widersprechen würde, wenn der Gesetzgeber so weit ginge, bereits die Herstellung von Aufnahmen, die dem Aufgenommenen „peinlich“ sind, mit Strafandrohung zu schützen.
- (5) Soweit das Herstellung oder Übertragen unbefugter Bildaufnahmen von unbedeckten Personen unter Strafe gestellt werden sollen, verfehlt der Entwurf das erklärte Ziel, insbesondere Kinder davor zu schützen, dass sie unbedeckt unbefugt aufgenommen oder solche Aufnahmen unbefugt weitergegeben werden; denn auf Kinder begrenzt der Gesetzesentwurf den Schutzbereich gerade nicht.

Die Gefahr, dass spontane, situationsgegebene Aufnahmen aller Art pönalisiert werden, liegt auf der Hand.

Der DAV spricht sich daher gegen die vorgeschlagene Erweiterung des § 201a StGB aus.