

ABSCHLUSSBERICHT

der
Reformkommission
zum
Sexualstrafrecht

dem Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz

Heiko Maas

am 19. Juli 2017 vorgelegt

Inhaltsverzeichnis

Eröffnungsrede der ehemaligen Staatssekretärin Stefanie Hubig	7
Überblick über die Empfehlungen	13
A. Einleitung	21
B. Der Verlauf der Beratung	37
I. Themenkomplex 1	
Reformbedarf bei § 177 StGB – Das Für und Wider einer Einverständnislösung und von alternativen Regelungsmöglichkeiten	37
II. Themenkomplex 2	
Reformbedarf bei § 179 StGB (Sexueller Missbrauch widerstandsunfähiger Personen)	90
III Themenkomplex 3	
Reformbedarf bei den Straftatbeständen des sexuellen Missbrauchs von Kindern und Jugendlichen und des sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen	102
IV. Themenkomplex 4	
Reformbedarf bei den übrigen Missbrauchstatbeständen (§§ 174a bis 174c StGB)	150
V. Themenkomplex 5	
Neuordnung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches sowie Wertungswidersprüche	171
VI. Themenkomplex 6	
Reformbedarf bei den Strafvorschriften zur Prostitution	192
VII. Themenkomplex 7	
Begriffsbestimmungen und sonstige Vorschriften	218
VIII. Themenkomplex 8	
Reformbedarf bei § 183 StGB (Exhibitionistische Handlungen) und § 183a StGB (Erregung öffentlichen Ärgernisses)	229
IX. Themenkomplex 9	
Reformbedarf bei den §§ 184 ff. StGB (Pornographiedelikte)	233
X. Themenkomplex 10	
Materielle und prozessuale Folgeänderungen	267
C. Die Empfehlungen	291
I. Die Empfehlungen zu Themenkomplex 1	293
II. Die Empfehlungen zu Themenkomplex 3	315
III. Die Empfehlungen zu Themenkomplex 4	344
IV. Die Empfehlungen zu Themenkomplex 5	355
V. Die Empfehlungen zu Themenkomplex 6	359

VI. Die Empfehlungen zu Themenkomplex 7	367
VII. Die Empfehlungen zu Themenkomplex 8	369
VIII. Die Empfehlungen zu Themenkomplex 9	372
D. Anlagen	381
I. Sitzungsprotokolle	381
1. Sitzung am 20. Februar 2015	381
2. Sitzung am 13. März 2015	389
3. Sitzung am 8. Mai 2015	396
4. Sitzung am 12. Juni 2015	404
5. Sitzung am 10. Juli 2015	410
6. Sitzung am 20. August 2015	422
7. Sitzung am 21. August 2015	436
8. Sitzung am 25. September 2015	446
9. Sitzung am 30. Oktober 2015	459
10. Sitzung am 4. Dezember 2015	473
11. Sitzung am 21. Januar 2016	486
12. Sitzung am 22. Januar 2016	496
13. Sitzung am 17. März 2016	515
14. Sitzung am 18. März 2016	530
15. Sitzung am 14. April 2016	546
16. Sitzung am 15. April 2016	563
17. Sitzung am 20. Mai 2016	580
18. Sitzung am 10. Juni 2016	595
19. Sitzung am 21. Juli 2016	622
20. Sitzung am 22. Juli 2016	643
21. Sitzung am 9. September 2016	662
22. Sitzung am 14. Oktober 2016	685
23. Sitzung am 11. November 2016	709
24. Sitzung am 2. Dezember 2016	726
25. Sitzung am 12. Januar 2017	752
26. Sitzung am 13. Januar 2017	776
27. Sitzung am 27. Januar 2017	804
28. Sitzung am 23. Juni 2017	837
II. Impulsreferate	841
1. Dr. Garonne Bezjak	
a. Der Reformbedarf beim Straftatbestand des sexuellen Missbrauchs von Kindern	841

b. Neuere Entwicklungen zum sexuellen Missbrauch von Kindern und Jugendlichen mittels Informations- und Kommunikationsmitteln	857
2. Dr. Leonie Freifrau von Braun	
Stellungnahme zur Reform der §§180a und 181a StGB	874
3. Birgit Cirullies	
Reformbedarf bei den Tatbeständen Ausübung der verbotenen Prostitution (§ 184f StGB) und jugendgefährdende Prostitution (§ 184g StGB)	879
4. Christina Clemm	
a. Einige in der Praxis bestehende Probleme verfahrensrechtlicher und materiel- ler Art aus Sicht der Vertretung von Geschädigten im Strafverfahren	886
b. Schutzlücken im Sexualstrafrecht	891
5. Monika Egli-Alge	
Stellungnahme aus fachpsychologischer Sicht zur Frage, inwieweit geistig be- hinderte Personen strafrechtlich vor sexuellen Übergriffen geschützt werden soll- ten, wenn sie zwar zum Widerstand fähig wären, aber keinen Widerstand leisten, sondern - scheinbar- einvernehmlich an der sexuellen Handlung mitwirken	897
6. Prof. Dr. Jörg Eisele	
a. Cybergrooming und Strafraumen bei Besitzstrafbarkeit	901
b. Der Schriftenbegriff im StGB	907
c. Ist die „Einverständnislösung“ zwingend vor dem Hintergrund der Istanbul- Konvention?	913
d. Posing und der Begriff der Kinderpornographie in § 184b StGB nach dem 49. Strafrechtsänderungsgesetz	920
e. Reform der Strafvorschriften betreffend die Prostitution	933
f. Straftaten aus Gruppen (§184j StGB)	947
g. Zur Umsetzung von Art. 36 der Istanbul-Konvention	956
7. Dagmar Freudenberg, Martina Lörch	
Stellungnahme zum Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuch- buches – Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht des Bun- desministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz	967
8. Prof. Dr. Michael Günter	
Vortrag vor der Reformkommission zur Überarbeitung des 13. Abschnitts des besonderen Teils des Strafgesetzbuches am 10.07.2015	984
9. Dr. Anne Herrmann	
a. Benötigen wir einen Straftatbestand der sexuellen Belästigung	989
b. Missbrauchsgefahr durch Falschanzeigen	1007
10. Prof. Dr. Tatjana Hörnle	
a. Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestim- mung	1016

b. Dogmatische Einordnung von § 179 StGB auch mit Blick auf den Strafrahmen	1036
c. Dogmatische Einordnung von § 179 StGB (Handout)	1040
d. Geschütztes Rechtsgut des 13. Abschnitts und Verhältnis zu den geschützten Rechtsgütern der einzelnen Vorschriften	1041
e. Sexualekontakte in Institutionen – Thesenpapier	1043
f. Wie § 177 StGB ergänzt werden sollte	1046
11. Stephanie Klee	
Vorlage für die Sitzung der Reformkommission im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Berlin, 21. Januar 2016	1057
12. Christian Kohle	
a. Einbeziehung der Sexualdelikte in § 138 StGB (Nichtanzeige geplanter Straftaten)	1066
b. Reformbedarf bei den übrigen Missbrauchstatbeständen (§§ 174a-174c StGB)	1077
13. Dr. Benjamin Krause	
Pornographiedelikte der §§ 184 ff. StGB	1098
14. Prof. Dr. Klaus Laubenthal	
a. Der Begriff der sexuellen Handlungen in § 184h StGB	1107
b. Führungsaufsicht bei Straftaten des 13. Abschnitts des Strafgesetzbuchs	1119
c. Kriminologische Aspekte zu Vergewaltigung und sexueller Nötigung – unter besonderer Berücksichtigung des Auseinanderfallens von Strafanzeigen und Verurteilungen	1128
d. Sinnhafte Neuordnung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs	1144
15. Johanna Nelles	
Artikel 36 der Istanbul-Konvention des Europarats: Überlegungen zur Umsetzung	1165
16. Peter Marx	
a. Auswirkungen von § 177 -neu- StGB auf die übrigen Missbrauchstatbestände	1171
b. Kinder- und Jugendpornographie	1183
17. Heike Rabe	
Völkerrechtliche Verpflichtungen aus der Europäischen Menschenrechtskonvention bei geschlechtsspezifischer Gewalt	1202
18. Andrea Röhrig	
a. Reformbedarf bei dem Tatbestand des § 184a StGB – Verbreitung gewalt- oder tierpornographischer Schriften	1213
b. Schwierigkeiten beim Tatnachweis	1219

19. Dr. Ursula Schneider	
a. Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen	1223
b. Strafbarkeitslücken bei sexuellen Handlungen zum Nachteil von eingeschränkt widerstandsfähigen Personen?	1252
20. Prof. Dr. Axel Schölmerich	
Stellungnahme Reformkommission Sexualstrafrecht: Entwicklungspsychologische Aspekte	1263
21. Dr. Eric Simon	
Wertungswidersprüche und Systemwidrigkeiten im 13. Abschnitt des StGB	1272
22. Jürgen Thiele	
a. Pädosexuelles Einwirken auf Kinder – Strafbarkeit gem. § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB in Fällen des Irrtums über die Tauglichkeit des Objekts	1290
b. Schwierigkeiten bei der polizeilichen Ermittlungsarbeit	1304
c. Reformbedarf des § 100a StPO bzgl. Sexualstraftaten	1309
23. Elke Thom-Eben	
Reformbedarf des § 184 Abs. 1 StGB (Verbreitung pornographischer Schriften)	1335
24. Andreas Wittlake	
Strafbarkeit im Zusammenhang mit Prostitution	1343
25. Prof. Dr. Gereon Wolters	
a. Die Verjährung im dreizehnten Abschnitt des Strafgesetzbuchs	1349
b. Fragmentarischer Charakter des Strafgesetzbuchs auch im dreizehnten Abschnitt (?) – Überlegungen zur Zeitgemäßheit einzelner Strafvorschriften	1360
c. Wertungswidersprüche bei den Schutzaltersgrenzen im dreizehnten Abschnitt des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs (?)	1370
26. Prof. Dr. Julia Zinsmeister	
Stellungnahme zur Umsetzung von Art. 36 Istanbul-Konvention und Art. 16 (5) VN-BRK	1382

Eröffnungsrede der Staatssekretärin Dr. Stefanie Hubig vom 20. Februar 2015

Auftakt der Reformkommission „Überarbeitung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches“

Meine Damen und Herren,

ich möchte Sie im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz ganz herzlich willkommen heißen. Ich freue mich, dass Sie der Einladung von Herrn Minister Heiko Maas gefolgt sind. Leider ist es Herrn Minister aus Termingründen heute nicht möglich, Sie persönlich zu begrüßen. Er hat mich aber darum gebeten, Ihnen seine besten Wünsche für ein gutes Gelingen der Reformkommission zu übermitteln. Es liegt ihm genauso wie mir am Herzen, mit der Reformkommission einen Raum für einen offenen, lebhaften, fachlichen Austausch über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung zu eröffnen.

Einigkeit dürfte darüber bestehen, dass eine Überarbeitung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches unerlässlich ist. Die zahlreichen punktuellen Änderungen, die das Sexualstrafrecht insbesondere nach dem Vierten Strafrechtsreformgesetz aus dem Jahr 1973 erfahren hat, haben ihre Spuren hinterlassen und den Abschnitt unübersichtlich, kompliziert und zum Teil auch inkonsistent werden lassen. Auch müssen wir uns die Frage stellen, ob es Schutzlücken gibt, die es zu schließen gilt. Der lückenlose Schutz muss dabei für Kinder und Jugendliche gleichermaßen gewährleistet sein wie für erwachsene Menschen. Andererseits muss ein Nachdenken auch darüber gestattet sein, ob tatsächlich alle Straftatbestände in ihrer jetzigen Form noch eine sachliche Berechtigung haben. In Zweifel gezogen wird dies etwa für den Straftatbestand der Erregung öffentlichen Ärgernisses oder bei der Verbreitung tierpornographischer Schriften. Schließlich steht das Sexualstrafrecht auch im Hinblick auf die fortschreitende Technisierung vor neuen Herausforderungen, denen unsere Begrifflichkeiten vielleicht nicht immer mühelos gerecht werden. Man denke etwa an den Begriff der Schrift, der weit davon entfernt ist, die moderne Medienkommunikation zufriedenstellend abzubilden. Ja, meine Damen und Herren, das Sexualstrafrecht ist in die Jahre gekommen. Es wird Zeit, sich seiner anzunehmen und den 13. Abschnitt aus einem Guss neu zu erdenken.

Hierfür ist es wichtig, dass wir diesen Abschnitt im gemeinsamen Dialog zwischen Fachleuten und juristisch interessierter Öffentlichkeit in den Blick nehmen. Es gehört zum Stil dieses Ministeriums, dass Reformvorhaben nicht isoliert in der Amtsstube vorbereitet werden, son-

dern in einem offenen Diskurs ohne Denkverbote. Die Sexualdelikte werden wie kaum ein anderes strafrechtliches Gebiet von der Gesellschaft wahrgenommen. In ihnen spiegelt sich der Respekt wider, den unsere Gesellschaft der sexuellen Selbstbestimmung entgegenbringt. Sie dienen dem Schutz dieses Rechtsgutes, wo dieser Schutz erforderlich ist. Gleichzeitig soll jedem Menschen ohne moralische Wertung Raum für eine eigene selbstbestimmte Sexualität bleiben. Sexualdelikte sind aber auch Ausdruck von Geschlechtergerechtigkeit. Daran zeigt sich, wie sehr das Sexualstrafrecht mit gesellschaftspolitischen Themen verknüpft ist. Es ist daher wichtig, dass die Reformdebatte der Fachleute auch von der interessierten Öffentlichkeit wahrgenommen wird.

Ich meine, dass wir mit der Zusammensetzung der Reformkommission eine hervorragende Auswahl getroffen haben. Benannt sind durchweg Fachleute, die sich den Problemfeldern des Sexualstrafrechts auf der Grundlage ihrer jeweiligen Fachkompetenz annähern. Jede und jeder Einzelne von Ihnen wird die Kommission mit Ihren wertvollen Erfahrungen aus Ihrem spezifischen Blickwinkel heraus bereichern.

Meine Damen und Herren,

die Aufgabe, die an Sie herangetragen wurde, ist vielfältig. Zu nennen sind etwa die europä- und völkerrechtlichen Vorgaben und hier insbesondere die Istanbul-Konvention. Unabhängig davon, ob aus ihr ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf resultiert, hat die Istanbul-Konvention in Deutschland eine beachtliche Debatte angestoßen. Dabei geht es im Kern um die Frage, inwieweit jede nicht einvernehmliche sexuelle Handlung strafwürdig ist. Die Kriminalisierung des nicht einverständlichen Sexualkontaktes käme einem Paradigmenwechsel im Sexualstrafrecht gleich, der zahlreiche Folgeänderungen nach sich zöge. Mit der Umsetzung einer solchen sogenannten Einverständnislösung hat sich Frau Professor Hörnle von der Humboldt-Universität Berlin bereits eingehend auseinandergesetzt. Mit ihrem unlängst vorgelegten Gutachten im Auftrag des Deutschen Instituts für Menschenrechte setzt sie sich mit dem Gesetzentwurf des Deutschen Juristinnenbundes auseinander und entwickelt konsequent eigene Umsetzungsmöglichkeiten. Frau Hörnle, ich freue mich, Sie in dieser Runde begrüßen zu dürfen.

Nun kann man sich der Problematik der nicht einvernehmlichen sexuellen Handlungen natürlich auch auf einer weniger eingriffsintensiven Ebene annähern. Ein solches Vorgehen könnte sich anbieten, wenn man zeitnah den Schutz der Opfer, und hier insbesondere der Frauen, vor sexuellen Übergriffen verbessern möchte. Frauenverbände wie der Verein Frauen gegen Gewalt haben darauf hingewiesen, dass zahlreiche Fälle mit einer Einstellung des Ermittlungsverfahrens enden, obwohl der Beschuldigte bei der Vornahme der sexuellen

Handlung erkannt hatte, dass die Frau keinen sexuellen Verkehr mit ihm wollte. Die Frau weinte oder teilte dem Beschuldigten sogar ausdrücklich mit, dass sie keine sexuellen Handlungen wolle. Der Beschuldigte setzte sich über diesen entgegenstehenden Willen wissentlich hinweg. Gleichwohl blieb der Beschuldigte straffrei, weil er kein oder kein hinreichendes Nötigungsmittel zur Erreichung seines Zieles einsetzte. Frauen und auch Männer, die sexuelle Handlungen hinnehmen müssen, obwohl sie erklärt haben, diese nicht zu wollen und die aus Angst vor der Übermacht des Täters oder auch der Täterin zu Widerstand nicht fähig sind, muss der Einstellungsbescheid wegen fehlender Strafbarkeit als Zumutung erscheinen. Für einige der in Rede stehenden Handlungen, erscheint mir die Straflosigkeit nicht hinnehmbar.

Meine Damen und Herren,

ich will es ganz klar sagen: Es gibt hier Schutzlücken und es spielt aus der Sicht des Opfers keine Rolle, ob diese durch die Rechtsprechung oder durch den Gesetzestext veranlasst sind. Es gilt, diese Schutzlücken möglichst zeitnah zu schließen. Einen entsprechenden Ansatz, der ohne einen weitreichenden Paradigmenwechsel auskommt, hat Herr Professor Jörg Eisele von der Universität Tübingen vorgelegt. Mit seiner Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung zu Artikel 36 der Istanbul-Konvention hat er einen wertvollen Diskussionsbeitrag geliefert, über den Sie sicher reden werden. Ich freue mich daher, dass Sie, Herr Professor Eisele, zugesagt haben, an der Reformkommission teilzunehmen.

Auf wissenschaftlicher Ebene wird die Reformkommission darüber hinaus von Herrn Professor Gereon Wolters von der Ruhr-Universität Bochum sowie von Professor Klaus Laubenthal von der Universität Würzburg unterstützt. Beide beschäftigen sich seit langer Zeit mit dem Sexualstrafrecht. Herr Professor Wolters kommentiert die einschlägigen Vorschriften im Systematischen Kommentar. Herr Professor Laubenthal beschäftigt sich sowohl unter strafrechtsdogmatischen als auch unter kriminologischen Gesichtspunkten mit den Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung. Lassen Sie mich den Aspekt der Kriminologie kurz gesondert hervorheben. Ich glaube, dass eine verantwortliche Kriminalpolitik nicht ohne ein solides empirisches Fundament auskommt. Strafe erfordert Augenmaß. Kriminologische Erkenntnisse auf Täter- und auf Opferseite sind hierfür die Voraussetzung. Ich bin froh, dass wir beide Experten für die Kommission gewinnen konnten. Herr Professor Wolters ist heute leider verhindert. Ich begrüße aber ganz herzlich Herrn Professor Laubenthal.

Meine Damen und Herren,

nun ist die Wissenschaft die eine Seite der Medaille, mit deren Hilfe sich dogmatisch-theoretische Probleme einfangen und bestimmte strafwürdige Verhaltensweisen in einer ma-

teriell-strafrechtlichen Norm abbilden lassen. Die andere Seite der Medaille ist die Praxis. Denn erst die Praxis füllt das Strafrecht mit Leben. Sie stellt die Vorschriften auf den Prüfstein ihrer Anwendbarkeit. Hinter den Vorschriften, die in ihrer abstrakten Ausgestaltung zunächst trocken und nüchtern anmuten mögen, verbergen sich in der Praxis reale Fallgestaltungen. Den ersten Kontakt mit diesen Fällen hat zumeist die Polizei. Sie ist es, die die Anzeige aufnimmt und die ersten Ermittlungen durchführt. Ein wesentlicher Teil ihrer Aufgabe besteht darin, die Beweise zu sichern und einer ersten Auswertung zu unterziehen. Dabei gilt es insbesondere Opfer von Sexualstraftaten sachorientiert und gleichzeitig einfühlsam zu vernehmen, ohne dabei die Möglichkeit einer Falschbeschuldigung aus den Augen zu verlieren. Inwieweit kann die Neufassung von Sexualdelikten diese ohnehin nicht leichte Aufgabe erschweren oder sogar vereiteln? Antworten auf derartige Fragen erhoffen wir uns von Herrn Kriminaldirektor Jürgen Thiele, der als Leiter des zuständigen Dezernats für Sexualdelikte im Landeskriminalamt Berlin seine polizeilichen Erfahrungen in die Reformkommission einbringen wird. Herr Thiele, seien Sie mir herzlich willkommen!

Ebenso willkommen heißen, möchte ich die Leitende Oberstaatsanwältin der Staatsanwaltschaft Dortmund Birgit Cirullies. Als Staatsanwältin repräsentieren Sie das Ermittlungsverfahren. Sie sind erfahren, wenn es um die Klippen des Tatnachweises geht und können aus der Sicht der Strafverfolgungsbehörde beurteilen, inwieweit bestimmte tatbestandliche Voraussetzungen einem Beweis in der Praxis zugänglich sind. Im Hinblick auf die Strafbarkeit von nicht einverständlichen sexuellen Handlungen haben Sie uns bereits mit Ihrer Stellungnahme in der öffentlichen Anhörung vom 28. Januar 2015 zu Artikel 36 der Istanbul-Konvention einen Eindruck zu den Beweisproblemen vermittelt. Ich bin auf den weiteren Diskussionsverlauf gespannt und begrüße Sie in dieser Runde.

Die gerichtliche Seite wird von der Vorsitzenden Richterin am Landgericht Darmstadt Andrea Röhrig sowie von der Richterin am Bundesgerichtshof Dr. Ursula Schneider vertreten. Mit Ihnen gehören im Sexualstrafrecht erfahrene Richterinnen der Kommission an. Ihre Diskussionsbeiträge werden sowohl die erstinstanzliche Sicht als auch die revisionsrechtliche Sicht widerspiegeln und sind damit ebenfalls von großem Wert. Die gerichtliche Praxis ist zum einen mit der konkreten Anwendung der Sexualstrafvorschriften konfrontiert, wobei es dabei maßgeblich auch um die gerichtliche Auslegung dieser Vorschriften geht. Zum anderen spielt auch hier der Tatnachweis in der Praxis eine herausragende Rolle. Liebe Frau Röhrig, liebe Frau Dr. Schneider – ich freue mich auf Ihre Mitarbeit.

Meine Damen und Herren,

lassen Sie uns nicht vergessen, dass im Zentrum des Ermittlungs- und des Gerichtsverfahrens zum einen das Opfer und zum anderen der Täter steht. Während die Täterin oder der Täter ein Recht auf Verteidigung und ein Recht auf die Wahrung der Unschuldsvermutung hat, wo der Tatnachweis nicht erbracht wird, kann sich das Opfer eigener Rechte bedienen, wenn es sich dazu entschließt, als Nebenklägerin oder Nebenkläger aufzutreten. Die unterschiedlichen Rechtspositionen befinden sich naturgemäß in einem Spannungsverhältnis, weil sie von unterschiedlichen Interessenlagen geleitet werden. Die Vertretung der unterschiedlichen Interessenlagen ist auch für die Arbeit der Reformkommission im Hinblick auf die materiell-rechtlichen Vorschriften von Bedeutung. Ich bin daher glücklich darüber, dass wir Frau Rechtsanwältin Christina Clemm und Frau Rechtsanwältin Elke Thom-Eben – beide sind Fachanwältinnen für Strafrecht – für die Kommission gewinnen konnten. Frau Clemm ist in der Praxis vielfach als Nebenklagevertreterin tätig. Sie hat bereits in der Anhörung zu Artikel 36 der Istanbul-Konvention einen erhellenden Überblick aus der anwaltlichen Praxis vermittelt und ihre Auffassung zu dem Erfordernis der Strafbarkeit zu nicht einverständlichen sexuellen Handlungen mitgeteilt. Frau Thom-Eben nimmt als Strafverteidigerin in ihrer Praxis unter anderem die Interessen von Personen wahr, die eines Sexualdeliktes beschuldigt werden. Ich heiße Sie beide herzlich willkommen.

Die Reformkommission wäre jedoch nicht vollständig, wenn nicht auch Vertreter der Landesjustizverwaltungen an ihr teilnehmen würden. Mit Herrn Christian Kohle aus dem Sächsischen Staatsministerium der Justiz und für Europa sowie mit Frau Dr. Anne Herrmann aus dem Ministerium der Justiz und für Verbraucherschutz Rheinland-Pfalz haben wir Fachleute gewinnen können, die der Diskussion um den 13. Abschnitt des Strafgesetzbuches zweifellos gut tun werden. Sie stehen uns mit Ihren Erfahrungen aus der Arbeit im Ministerium aber auch aus der Justizpraxis zur Verfügung, die Aufschluss über einen konkreten Reformbedarf geben können. Herr Kohle ist heute leider an der Teilnahme verhindert. Ich begrüße ganz herzlich Frau Dr. Herrmann in unserer Runde.

Meine Damen und Herren,

bevor Sie nun Ihre Arbeit aufnehmen, ist es mir ein Anliegen, noch einmal die Bedeutung der Reformkommission hervorzuheben. Die Forderung nach einer Überarbeitung der Vorschriften gegen die sexuelle Selbstbestimmung ist wahrhaftig nicht neu. Aber jetzt und hier haben wir die Gelegenheit diese Herausforderung anzunehmen und die Arbeit endlich anzugehen. Es wird gewiss keine einfache Aufgabe sein. Aber ich bin überzeugt davon, dass das Vorhaben mit Ihrer Hilfe zu einem guten und fruchtbaren Ergebnis geführt werden kann.

Ich würde mir wünschen, dass die Reformkommission nach etwa einjähriger Tätigkeit ihre Vorschläge präsentiert und Empfehlungen ausspricht. Die Empfehlungen könnten dann wesentliche Anregungen für einen Gesetzentwurf noch in dieser Legislaturperiode geben. Ich weiß, dass dieser Zeitplan ehrgeizig ist. Lassen Sie uns trotzdem zuversichtlich starten und gemeinsam zu einem gerechten, wirkungsvollen und praxistauglichen Sexualstrafrecht beitragen.

Ich bedanke mich für Ihre Aufmerksamkeit!

Überblick über die Empfehlungen

1. Die Reformkommission ist sich darin einig, dass § 177 StGB a. F. wegen Strafbarkeitslücken reformbedürftig war. Allerdings hält sie es für erforderlich, § 177 StGB in der Fassung des 50. StrÄndG zu überarbeiten. Im Übrigen empfiehlt die Reformkommission die Bewährung der „Nein-heißt-Nein“-Lösung in der Praxis kritisch zu verfolgen.
2. Die Reformkommission empfiehlt, die Nötigungstatbestände und die Übergriffstatbestände des § 177 StGB in getrennten Vorschriften zu regeln.
3. Die Reformkommission empfiehlt, die Tatvariante des § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB (erhebliche Einschränkung der Willensbildung oder –äußerung) zu streichen.
4. Die Reformkommission empfiehlt, den Qualifikationstatbestand des § 177 Abs. 4 StGB, wonach die Unfähigkeit einen Willen zu bilden oder zu äußern straferschwerend wirken soll, wenn sie auf einer Krankheit oder Behinderung des Opfers beruht, zu streichen.
5. Die Reformkommission empfiehlt, den Qualifikationstatbestand des § 177 Abs. 5 Nr. 3 StGB (Ausnutzen der schutzlosen Lage) zu streichen.
6. Die Reformkommission empfiehlt, § 177 Abs. 7 Nr. 1 StGB (Beisichführen einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges) soweit es um das Beisichführen eines anderen gefährlichen Werkzeuges geht, auf die Fälle zu beschränken, in denen der Täter Gewalt anwendet oder droht.
7. Die Reformkommission hält die hohen Strafraumen für § 177 Abs. 7 Nr. 1 und Nr. 2, und Abs. 8 Nr. 1 StGB nur für Nötigungsfälle angemessen. Die Reformkommission empfiehlt, für den Fall, dass § 177 StGB nicht in zwei Vorschriften aufgeteilt werden sollte, für die Qualifikationen aus § 177 Abs. 7 Nr. 1 und Nr. 2 und Abs. 8 Nr. 1 StGB einen geringeren Strafraumen vorzusehen, wenn der Täter keine Gewalt anwendet und auch nicht mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben droht.
8. Die Reformkommission empfiehlt, den Straftatbestand der sexuellen Belästigung beizubehalten.
9. Die Reformkommission empfiehlt, das Tatbestandsmerkmal „in sexuell bestimmter Weise“ in dem Straftatbestand des § 184i Abs. 1 StGB zu objektivieren.

- 10.** Die Reformkommission empfiehlt, die Subsidiaritätsklausel des Straftatbestandes des § 184i Abs. 1 StGB („...wenn nicht die Tat in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist.“) dahingehend zu modifizieren, dass sie nur greift, wenn die Tat nicht in einer anderen Vorschrift des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des StGB mit schwererer Strafe bedroht ist.
- 11.** Die Reformkommission empfiehlt, § 184i Abs. 2 StGB (besonders schwerer Fall) zu streichen.
- 12.** Die Reformkommission empfiehlt, § 184j StGB (Straftaten aus Gruppen) zu streichen.
- 13.** Die Reformkommission empfiehlt, für den absoluten Schutz vor sexuellen Handlungen an der bestehenden Schutzaltersgrenze festzuhalten (Personen unter 14 Jahren).
- 14.** Die Reformkommission empfiehlt, mit einer Regelung im StGB sicherzustellen, dass eine jugendliche Person nicht wegen des sexuellen Missbrauchs von Kindern bestraft werden muss, wenn der Altersunterschied zwischen Täter und Opfer gering ist.
- 15.** Die Reformkommission empfiehlt, die Grundtatbestände des sexuellen Missbrauchs von Kindern nach § 176 Abs. 1 und 2 StGB um einen minder schweren Fall zu ergänzen.
- 16.** Die Reformkommission empfiehlt, § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB dahingehend zu ergänzen, dass sich auch strafbar macht, wer vor einem Kind sexuelle Handlungen durch einen Dritten an sich vornehmen lässt.
- 17.** Die Reformkommission empfiehlt, die Tatbestandsvarianten der §§ 176 Abs. 4 Nr. 3 („Grooming“) und Nr. 4 (Einwirken auf ein Kind durch Vorzeigen pornographischer Abbildungen etc.) StGB aus den in § 176 Abs. 5 StGB (Anbieten bzw. Nachweisen eines Kindes bzw. Verabredung zum sexuellen Kindesmissbrauch) genannten Bezugstaten zu entfernen.
- 18.** Die Reformkommission empfiehlt, die Tatbestandsvariante von § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB dahingehend zu erweitern, dass sich auch als Täter der Qualifikation strafbar macht, wer über 18 Jahre alt ist und das Kind zum Beischlaf mit einer Person unter 18 Jahren bestimmt.

19. Die Reformkommission empfiehlt, den Qualifikationstatbestand des § 176a Abs. 3 StGB (Begehung des sexuellen Kindesmissbrauchs zur Herstellung einer pornographischen Schrift) um einen minder schweren Fall zu ergänzen.

20. Die Reformkommission empfiehlt, den Wiederholungsfall jedenfalls als verbrechensbe gründendes Merkmal (§ 176a Abs. 1 StGB) abzuschaffen.

21. Die Reformkommission empfiehlt, den Straftatbestand des § 174 StGB (Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen) und den Straftatbestand des § 180 Abs. 3 StGB (Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger) in einer Vorschrift zusammenzuführen.

22. Die Reformkommission empfiehlt, den Straftatbestand des § 174 StGB (Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen) um Tathandlungen mit oder vor Dritten zu erweitern.

23. Die Reformkommission empfiehlt, § 174 Abs. 3 StGB dahingehend zu ändern, dass sich das Erfordernis der Erregungsabsicht nicht auf die Nummer 2 bezieht.

24. Die Reformkommission empfiehlt, die Tatbestandsvarianten des § 174 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB nach der Maßgabe neu zu fassen, dass

erstens: einheitlich Personen unter 18 Jahren erfasst werden, die dem Täter zur Erziehung, oder zur Betreuung anvertraut sind, wobei zugleich auf das Erfordernis des Missbrauchs einer mit dem Erziehungs-, oder Betreuungsverhältnis verbundenen Abhängigkeit verzichtet wird und

zweitens: einheitlich Personen unter 18 Jahren erfasst werden, die dem Täter im Rahmen eines Dienst-, Ausbildungs- oder Arbeitsverhältnisses untergeordnet sind und bei denen der Täter zusätzlich eine mit dem Dienst-, Ausbildungs- oder Arbeitsverhältnis verbundene Abhängigkeit missbraucht.

25. Die Reformkommission empfiehlt, die Tatbestandsvariante des § 174 Abs. 2 Nr. 1 StGB zu streichen und aus dem verbleibenden Tatbestand des § 174 Abs. 2 StGB die Ausbildungsverhältnisse herauszunehmen.

26. Die Reformkommission empfiehlt, den Tatbestand des § 180 Abs. 1 StGB (Kuppeleiverbot) zu streichen.

27. Die Reformkommission empfiehlt, es bei den Altersgrenzen des Tatbestandes des § 182 Abs. 3 StGB (Ausnutzen der fehlenden Fähigkeit des Opfers zur sexuellen Selbstbestimmung) sowohl auf Opfer- als auch auf Täterseite zu belassen.

28. Die Reformkommission empfiehlt, die Tathandlungen, die mit dem sexuellen Missbrauch von Minderjährigen gegen Entgelt im Zusammenhang stehen (§§ 180 Abs. 2 und 182 Abs. 2 StGB), in einem Straftatbestand neu zu regeln.

29. Die Reformkommission empfiehlt, die bisher in § 182 Abs. 2 StGB enthaltene Altersbeschränkung auf Täterseite in dem neuen Straftatbestand zum sexuellen Missbrauch von Minderjährigen gegen Entgelt zu streichen und den neuen Tatbestand um sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt zu erweitern.

30. Die Reformkommission empfiehlt, die Straftatbestände der §§ 174a-c StGB (Sexueller Missbrauch in bestimmten Abhängigkeitsverhältnissen) um Tathandlungen mit Dritten zu erweitern.

31. Die Reformkommission empfiehlt, § 174a Abs. 1 StGB (Sexueller Missbrauch Gefangener oder auf behördliche Anordnung verwahrter Personen) auf Opferseite dahingehend zu erweitern, dass auch Personen vom Schutzbereich erfasst werden, die stationär in einer Jugendhilfeeinrichtung untergebracht sind.

32. Die Reformkommission empfiehlt, § 174a Abs. 1 StGB (Sexueller Missbrauch Gefangener oder auf behördliche Anordnung verwahrter Personen) auf Täterseite dahingehend zu erweitern, dass auch das Anstaltspersonal erfasst wird, welchem das Opfer nicht persönlich anvertraut ist.

33. Die Reformkommission empfiehlt, § 174a Abs. 1 StGB (Sexueller Missbrauch Gefangener oder auf behördliche Anordnung verwahrter Personen) und § 174b Abs. 1 StGB (Sexueller Missbrauch unter Ausnutzung einer Amtsstellung) auf Opferseite dahingehend zu erweitern, dass auch Personen vom Schutzbereich erfasst werden, die mit gerichtlicher Genehmigung untergebracht sind.

34. Die Reformkommission empfiehlt, bei § 174c Abs. 1 StGB tatbestandliche Einschränkungen vorzusehen soweit es um Personen geht, die nur wegen einer körperlichen Krankheit oder körperlichen Behinderung zur Beratung, Behandlung oder Betreuung anvertraut sind.

- 35.** Die Reformkommission empfiehlt, in § 174c StGB das Anvertrautsein wegen einer Vorsorge- oder Nachsorgeuntersuchung dem Anvertrautsein wegen einer körperlichen Krankheit oder körperlichen Behinderung gleichzustellen.
- 36.** Die Reformkommission empfiehlt, § 174c Abs. 2 StGB (Sexuelle Handlungen an einer Person, die zur psychotherapeutischen Behandlung anvertraut ist) dahingehend klarzustellen, dass der Tatbestand bei psychotherapeutischer Behandlung unabhängig davon eingreift, ob der Täter Psychotherapeut nach dem Psychotherapeutengesetz ist.
- 37.** Die Reformkommission empfiehlt, § 174c Abs. 2 StGB (Sexuelle Handlungen an einer Person, die zur psychotherapeutischen Behandlung anvertraut ist) dahingehend klarzustellen, dass auch psychotherapeutische Behandlungen erfasst werden, die nicht als solche anerkannt sind.
- 38.** Die Reformkommission empfiehlt, den 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB vollständig neu zu ordnen und zu systematisieren.
- 39.** Die Reformkommission empfiehlt, die §§ 176a Abs. 2 Nr. 2 und 177 Abs. 6 Nr. 2 StGB dahingehend zu verschärfen, dass es für deren Erfüllung ausreicht, wenn die Tat wie in § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB „...mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich...“ begangen wird.
- 40.** Die Reformkommission empfiehlt, den Strafraumen des § 176a Abs. 2 Nr. 3 StGB (Gefahr der schweren Gesundheitsschädigung – 2 Jahre bis 15 Jahre Freiheitsstrafe) bei § 177 Abs. 7 Nr. 3 StGB (Gefahr der schweren Gesundheitsschädigung – derzeit 3 Jahre bis 15 Jahre Freiheitsstrafe) zu übernehmen.
- 41.** Die Reformkommission empfiehlt, den minder schweren Fall in § 177 Abs. 9 StGB (minder schwere Fälle) bezüglich § 177 Abs. 8 StGB auf die Fälle der Nummer 1 (Verwendung einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeuges) zu beschränken.
- 42.** Die Reformkommission empfiehlt, die Vorschriften aus dem 13. und 18. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB, die die Prostitution betreffen, im 13. Abschnitt zusammenzuführen.
- 43.** Die Reformkommission empfiehlt, § 180a StGB (Ausbeutung von Prostituierten) und § 181a StGB (Zuhälterei) in einer Vorschrift zusammenzufassen.

- 44.** Die Reformkommission empfiehlt, die Strafbarkeit der dirigistischen Zuhälterei tatbestandlich neu zu fassen und auf die Weisungen zu reduzieren, die nicht nach dem ProstG bzw. nach dem ProstSchG legal sind.
- 45.** Die Reformkommission empfiehlt, in § 181a StGB (Zuhälterei) das einschränkende Tatbestandsmerkmal zu streichen, nach dem der Täter zu dem Opfer Beziehungen unterhalten muss, die über den Einzelfall hinausgehen (sogenannte Beziehungsklausel).
- 46.** Die Reformkommission spricht sich für die Freierstrafbarkeit in den Fällen der Zwangsprostitution aus.
- 47.** Die Reformkommission lehnt eine allgemeine Freierstrafbarkeit (schwedisches Modell) ab.
- 48.** Die Reformkommission empfiehlt, § 184f StGB (Ausübung der verbotenen Prostitution) als Straftatbestand zu streichen.
- 49.** Die Reformkommission empfiehlt, § 184g StGB (Jugendgefährdende Prostitution) als Straftatbestand zu streichen.
- 50.** Die Reformkommission empfiehlt, die Begriffe „Telemedien oder Rundfunk“ in den Vorschriften des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des StGB durch die Begriffe „Informations- oder Kommunikationstechnologie“ zu ersetzen.
- 51.** Die Reformkommission empfiehlt, § 181b StGB (Führungsaufsicht) um §§ 184b, 184d und 184e StGB zu erweitern, allerdings nur soweit sich die Anlassstrafat auf Kinderpornographie bezieht.
- 52.** Die Reformkommission empfiehlt, § 183 StGB (Exhibitionistische Handlungen) aus dem StGB zu streichen.
- 53.** Die Reformkommission empfiehlt für den Fall, dass § 183 StGB (Exhibitionistische Handlungen) nicht gestrichen wird, diesen auf Täterseite geschlechtsneutral zu fassen.
- 54.** Die Reformkommission empfiehlt, § 183a StGB (Erregung öffentlichen Ärgernisses) zu streichen.

- 55.** Die Reformkommission empfiehlt, den Regelungsgehalt von § 184 StGB (Verbreitung pornographischer Schriften) zu modernisieren und auf Tathandlungen zu reduzieren, die dem Jugendschutz dienen.
- 56.** Die Reformkommission empfiehlt, aus dem Straftatbestand des § 184a StGB (Verbreitung gewalt- oder tierpornographischer Schriften) die Tathandlungen betreffend die Tierpornographie zu streichen.
- 57.** Die Reformkommission empfiehlt, in § 184b Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b StGB das Wort „unnatürlich“ durch das Wort „aufreizend“ zu ersetzen.
- 58.** Die Reformkommission empfiehlt, den Strafraum des § 184b Abs. 3 StGB (Besitz oder Besitzverschaffung von Kinderpornographie) nicht im Höchstmaß anzuheben.
- 59.** Die Reformkommission empfiehlt, die Definition für die jugendpornographischen Schriften in § 184c Abs. 1 Nr. 1 StGB entsprechend zu der Definition für die kinderpornographischen Schriften zu fassen.
- 60.** Die Reformkommission empfiehlt, den Regelungsgehalt des § 184d StGB (Zugänglichmachen pornographischer Inhalte mittels Rundfunk oder Telemedien; Abruf kinder- und jugendpornographischer Inhalte mittels Telemedien) in die einschlägigen Vorschriften der §§ 184 bis 184c StGB zu überführen.
- 61.** Die Reformkommission empfiehlt, §§ 184b und 184c StGB (Verbreitung, Erwerb und Besitz kinder- bzw. jugendpornographischer Schriften) dahingehend einzuschränken, dass fiktive Kinder- und Jugendpornographie nicht erfasst wird.

A. Einleitung

I. Auftrag der Reformkommission

Im Februar 2015 setzte der Bundesminister der Justiz und für Verbraucherschutz Heiko Maas eine Reformkommission zur Überarbeitung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs ein. Ihre Aufgabe war es, das gesamte Sexualstrafrecht einer kritischen Prüfung zu unterziehen. Der vorliegende Bericht ist das Ergebnis dieser Prüfung. Mit den Empfehlungen will die Reformkommission eine Grundlage schaffen, die es erlaubt, das Sexualstrafrecht aus einem Guss neu zu gestalten. Eine solche grundlegende Überarbeitung des Sexualstrafrechts ist überfällig, nachdem die Vorschriften zum Schutz vor Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung durch viele, überwiegend punktuelle Änderungen inkonsistent geworden sind und zahlreiche Wertungswidersprüche aufweisen. Dieser Umstand beruht nicht zuletzt auf einer bewegten Geschichte des Sexualstrafrechts.

II. Entwicklungen im Sexualstrafrecht

Lange Zeit stellten sich sexuelle Verfehlungen als rein private Angelegenheit dar, die insbesondere geeignet waren, die Rechte des Vormundes (Vater oder Ehemann) einer Frau oder eines Mädchens zu verletzen und deren Ahndung unter diesem Aspekt zwischen den betroffenen Familien erfolgte. Entsprechend wiesen für das Frühmittelalter zahlreiche Stammesrechte Kompensationssysteme mit konkreten, von dem Schädiger zu zahlenden Bußsätzen auf. Die Strafbarkeit der dort dargestellten Delikte knüpften häufig an das Bestehen einer Ehe an. Nur die Ehe konnte sexuelle Verbindungen legitimieren. Sexuelle Verbindungen außerhalb einer bestehenden Ehe oder ohne Eheschließung stellten sich demgegenüber als sexuelle Verfehlungen dar (z. B. Ehebruch und sexuelle Handlungen mit einer unverheirateten Frau). Da die Kirche das Eherecht für sich beanspruchte, oblag ihr auch die Definitionsmacht über zulässige und unzulässige sexuelle Aktivitäten sowie die entsprechende Sanktionierung von Verfehlungen. Erst im Hochmittelalter verschob sich das kirchliche Sexualstrafrecht nach und nach zu Gunsten eines weltlichen Sexualstrafrechtes. Nachdem in der frühen Neuzeit der Wunsch nach einer einheitlichen Kriminalordnung aufgetreten war, beschloss der Reichstag im Jahr 1532 die *Constitutio Criminalis Carolina* (Peinliche Gerichtsordnung Karls V.), die im Wesentlichen das Sexualstrafrecht des Mittelalters übernahm. Die Carolina sah sich der christlichen Tradition verpflichtet und bestrafte Sodomie, Homosexualität, Inzest, Entführung von Frauen, Notzucht, Ehebruch, Kuppelei, Anbieten der Ehefrau oder des Kindes zu sexuellen Dienstleistungen gegen Entgelt und Beihilfe zum Ehebruch.¹ Die Carolina galt bis zum Strafgesetzbuch des Norddeutschen Bundes von 1870, welches am 15. Mai

¹ Vgl. Artikel 116 ff. der *Constitutio Criminalis Carolina* von 1532, in: Textbuch zur Strafrechtsgeschichte der Neuzeit. Die klassischen Gesetze, hrsg. v. Arno Buschmann, München 1998, S. 141 ff.

1871 als Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich verkündet wurde, als subsidiäre Rechtsquelle in Bezug auf das jeweilige Partikularrecht fort.

Als Partikularrecht ist insbesondere das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794 (ALR) aus der Zeit des Spätabolutismus zu nennen, welches bereits Elemente der Aufklärung enthält. Der 12. Abschnitt des 20. Titels im 2. Teil des ALR handelt „von den fleischlichen Verbrechen“ und enthält u. a. Regelungen zur Hurerei, Verführung, Blutschande, Notzucht, zu Ehebruch, Bigamie und unnatürlichen Sünden. Hier finden sich bereits Vorläufer zur Strafbarkeit der Zwangsprostitution, zum Schutz von Minderjährigen vor sexuellen Handlungen gegen Entgelt, zum sexuellen Missbrauch unter Ausnutzung von Abhängigkeitsverhältnissen sowie zur sexuellen Nötigung, Vergewaltigung und zum sexuellen Missbrauch von Kindern (Personen unter 12 Jahren). Das ALR stellte in Bezug auf die drei letztgenannten Straftaten ausdrücklich klar, dass es in Ansehung der Strafe keinen Unterschied mache, ob das Verbrechen gegen eine verheiratete oder unverheiratete Person verübt worden sei.²

In der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts folgte die Begründung der modernen Strafrechtswissenschaft. Wegweisend war das von Anselm von Feuerbach entworfene Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern von 1813 (BayStGB), mit dem moralische Aspekte weitestgehend verbannt werden sollten. Das BayStGB enthielt im 2. Buch Vorschriften zur Notzucht, zum sexuellen Missbrauch von Kindern (Personen unter 12 Jahren), zur Entführung, zum Inzest und zur Kuppelei.³ Darüber hinaus enthielt das BayStGB im 3. Buch Straftatbestände zur Verführung zum Beischlaf, zum Beischlaf mit Unzurechnungsfähigen und zum Beischlaf mit Unmündigen.⁴

Im Jahr 1851 entstand das Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten (PrStGB), welches sich wesentlich an das BayStGB, aber auch an den französischen Code Pénal von 1810 anlehnte. In seinem 2. Teil, 12. Titel enthielt es die Verbrechen und Vergehen gegen die Sittlichkeit. Strafrechtlich sanktioniert wurden Bigamie, Ehebruch, Blutschande, Unzucht mit Abhängigen, Widernatürliche Unzucht, Schwere Unzucht (Vorläufer der sexuellen Nötigung, des sexuellen Missbrauchs widerstandsunfähiger Personen bzw. des sexuellen Missbrauchs unter Ausnutzung der Unfähigkeit zur Willensbildung oder -äußerung und des sexuellen Missbrauchs von Kindern als Personen unter 14 Jahren), Verleitung von Frauen zum Beischlaf durch Täuschung, Gewerbsmäßige Unzucht, Kuppelei, Verführung Minderjähriger (14-

² Vgl. §§ 992 ff., 2. Buch, 12. Abschnitt des Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794, a. a. O., S. 382 ff.

³ Vgl. Artikel 178 des Bayerischen Strafgesetzbuches von 1813, a. a. O., S. 485 ff.

⁴ Vgl. Artikel 367 des Bayerischen Strafgesetzbuches von 1813, a. a. O., S. 520 ff.

bis 16jähriger Mädchen), Erregung öffentlichen Ärgernisses und der Verkauf unzüchtiger Schriften.⁵

Das PrStGB bildete wiederum eine wesentliche Grundlage für das Reichsstrafgesetzbuch vom 15. Mai 1871 (RStGB), welches für das gesamte, am 1. Januar 1871 gegründete Deutsche Reich Geltung beanspruchte. Die Sexualstraftaten rückten unter der Überschrift „Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit“ in den 13. Abschnitt des RStGB, in welchem sie sich – mit Ausnahme des § 173 StGB (Beischlaf zwischen Verwandten) – noch bis heute befinden. Im 13. Abschnitt fanden sich Regelungen zur Doppelehe, zum Ehebruch, zum Inzest, zur männlichen Homosexualität, zur gewaltsamen Vornahme unzüchtiger Handlungen oder außerehelicher Beischlafshandlungen an Frauen bzw. zur Nötigung durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben zur Duldung unzüchtiger Handlungen, zur Vornahme unzüchtiger Handlungen mit Personen unter 14 Jahren, zum Missbrauch von willenlosen oder bewusstlosen Personen, zur Verleitung von Frauen zum Beischlaf durch Täuschung, zur Kuppelei, zur Verführung eines Mädchens unter 16 Jahren zum Beischlaf, zur Erregung öffentlichen Ärgernisses und zur Verbreitung etc. von unzüchtigen Schriften, Abbildungen oder Darstellungen.

Im Jahr 1900 kamen Straftatbestände der Zuhälterei und weitere Pornographieverbote hinzu.⁶ Während der NS-Diktatur kam es zu einer Ausweitung der Strafbarkeit von homosexuellen Handlungen in den §§ 175, 175a RStGB⁷. Mit dem Gesetz zur Änderung des Reichsstrafgesetzbuches vom 4. September 1941 verfielen Sittlichkeitsverbrecher (§§ 176 bis 178 des RStGB) der Todesstrafe, wenn der Schutz der Volksgemeinschaft oder das Bedürfnis nach gerechter Sühne es erforderten.⁸ Mit Artikel 2 Nr. 2 des Kontrollratsgesetzes Nr. 11 wurde diese Vorschrift nach dem Ende der NS-Diktatur aufgehoben.⁹ Im Übrigen behielt das RStGB – nunmehr als Strafgesetzbuch (StGB) – seine Grundstrukturen bis zur Ersten Großen Strafrechtsreform in den 1960er Jahren im Wesentlichen bei.

Die Erste Große Strafrechtsreform bewegte sich im Spannungsfeld zwischen konservativen und liberalen Kräften. Während erstere es für eine „unbestreitbare Erkenntnis“ hielten, dass „die Reinheit und Gesundheit des Geschlechtslebens eine außerordentlich wichtige Voraussetzung für den Bestand des Volkes und die Bewahrung der natürlichen Lebensordnung“¹⁰ sei, hielten letztere es für erstrebenswert, moralische Bewertungen im Zuge der Reformie-

⁵ Vgl. §§ 139 ff. des Preußischen Strafgesetzbuches von 1851, a. a. O., S. 567 ff.

⁶ Vgl. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches vom 25. Juni 1900, RGBl S. 301.

⁷ Vgl. RGBl. S. 839 ff.

⁸ Vgl. RGBl. S. 549.

⁹ Vgl. Kontrollratsamtsblatt 55.

¹⁰ Vgl. BT-Drs. IV / 650, S. 359.

rung unberücksichtigt zu lassen und das Strafrecht allein auf sozialschädliches Verhalten zu fokussieren.¹¹ Seit dem 1. Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 25. Juni 1969 (1. StrRG)¹² wurden zunehmend Strafnormen, die im Widerspruch zu sich ändernden Moralvorstellungen standen, aufgehoben, ohne dass aber die Bedeutung von sexueller Selbstbestimmung systematisch ausgelotet wurde. Homosexuelle Handlungen unter Männern wurden zunächst weiterhin – jedoch unter der Voraussetzung eines bestimmten Alters oder eines Abhängigkeitsverhältnisses oder bei gewerbsmäßiger Handlung – nach § 175 StGB bestraft. Die gewaltsame Vornahme unzüchtiger Handlungen bzw. die Vornahme unzüchtiger Handlungen unter Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben konnte nun auch zum Nachteil von Männern begangen werden. Die Straftatbestände des Ehebruchs, der Verleitung von Frauen zum Beischlaf durch Täuschung und der widernatürlichen Unzucht zwischen Menschen und Tieren wurden aufgehoben.

Dem 4. Gesetz zur Reform des Strafrechts ging ein schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform voraus.¹³ Der Sonderausschuss hatte zahlreiche Sachverständige zu ausgewählten Fragen des Sexualstrafrechts angehört, die sich u. a. mit der sexuellen Reife von jungen Menschen sowie mit den Auswirkungen von sexuellen Handlungen bzw. von pornographischen Schriften auf Kinder, Jugendliche und Erwachsene befassten.¹⁴ Vor diesem Hintergrund brachte das 4. Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 23. November 1973 (4. StrRG) zahlreiche Änderungen im Sexualstrafrecht mit sich.¹⁵ Die neue Überschrift des 13. Abschnitts erhielt seine gegenwärtige Fassung „Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung“. Zugleich ersetzte der Begriff der „sexuellen Handlung“ den Begriff der „unzüchtigen Handlung“. Der Gesetzgeber wollte damit noch deutlicher zum Ausdruck bringen, dass das Strafrecht allein dem Rechtsgüterschutz dient und nicht der Durchsetzung bestimmter sexualmoralischer Vorstellungen.¹⁶ Das 4. StrRG differenzierte die Vorschriften des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des StGB aus. Neu hinzu kamen § 174 StGB (Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen), § 174a StGB (Sexueller Missbrauch von Gefangenen, behördlich Verwahrten oder Kranken in Anstalten) und § 174b StGB (Sexueller Missbrauch unter Ausnutzung einer Amtsstellung). Soweit § 176 des RStGB noch eine einzige Vorschrift für die sexuelle Nötigung, für die sexuelle Handlung zum Nachteil von willenlosen oder bewusstlosen Frauen und für den sexuellen Missbrauch von Kindern vorsah, sah das 4. StrRG eine detaillierte Regelungsstruktur vor: § 176 StGB regelte den sexuellen Missbrauch von Kindern, § 177 StGB die außereheliche Vergewaltigung zum

¹¹ Vgl. LK-Hörnle, StGB, 12. Auflage, Vor § 174 Rn. 5 m. w. N.

¹² Vgl. BGBl. I S. 645 ff.

¹³ Vgl. Beratungen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, 6. Wahlperiode, S. 1 ff.

¹⁴ Vgl. Beratungen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, 6. Wahlperiode, Anlagen 1 und 2 zur 23. Sitzung, S. 759 ff. und Protokolle der 28. bis 30. Sitzung, S. 843 ff.

¹⁵ Vgl. BGBl. I S. 1725 ff.

¹⁶ Vgl. auch BT-Drs. VI / 1552, S. 15.

Nachteil von Frauen (Mindestfreiheitsstrafe von 2 Jahren), § 178 StGB die sexuelle Nötigung zu außerehelichen sexuellen Handlungen (Mindestfreiheitsstrafe von 1 Jahr), § 179 StGB den außerehelichen sexuellen Missbrauch Widerstandsunfähiger (Strafrahmen Freiheitsstrafe bis 5 Jahre oder Geldstrafe, beim außerehelichen Beischlaf 3 Monate bis 5 Jahre Freiheitsstrafe). An die Stelle der Vorschriften über die Kuppelei traten § 180 StGB (Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger), § 180a StGB (Förderung der Prostitution) und § 181 StGB (Menschenhandel). Zu den Prostitutionsdelikten kamen ergänzend § 181a StGB (Zuhälterei), § 184a StGB (Ausübung der verbotenen Prostitution) und § 184b StGB (Jugendgefährdende Prostitution) hinzu. Der Straftatbestand der Exhibitionistischen Handlung (§ 183 StGB) trat eigenständig neben den Straftatbestand der Erregung eines öffentlichen Ärgernisses (§ 183a StGB). Beibehalten wurden in geänderter Form die §§ 175 StGB (Homosexuelle Handlungen), 182 StGB (Verführung) und 184 StGB (Verbreitung pornographischer Schriften). Schließlich führte der Gesetzgeber mit § 184c StGB die heute aus § 184h StGB bekannten Begriffsbestimmungen ein. Dabei scheute der Gesetzgeber mit dem 4. StrRG nicht die teilweise Absenkung der Strafrahmen (so z. B. bei § 174 StGB).

Es folgten zahlreiche kleinere Änderungen: Mit dem 26. Strafrechtsänderungsgesetz – Menschenhandel vom 14. Juli 1992 (26. StrÄndG)¹⁷ wurde die Regelung zur Strafbarkeit des Menschenhandels unter Aufhebung von § 180a Abs. 3 bis 5 StGB in der Fassung des 4. StrRG in § 180b StGB (Menschenhandel) grundlegend neu gefasst und zusätzlich § 181 StGB (schwerer Menschenhandel) zum Verbrechen aufgestuft. Die Vorschriften wurden mit dem 37. Strafrechtsänderungsgesetz – §§ 180b, 181 StGB vom 11. Februar 2005 (37. StrÄndG) aufgehoben und ihr Regelungsgehalt inhaltlich verändert als §§ 232 bis 233b StGB in den 18. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB überführt.¹⁸ Mit dem 27. Strafrechtsänderungsgesetz – Kinderpornographie vom 23. Juli 1993 (27. StrÄndG)¹⁹ wurde § 184 StGB (Verbreitung pornographischer Schriften) ergänzt und dabei die Strafrahmen für die Herstellung und Verbreitung kinderpornographischer Schriften erhöht sowie die Strafbarkeit des Besitzes tatsächlicher kinderpornographischer Schriften eingeführt. Mit dem 29. Strafrechtsänderungsgesetz – §§ 175, 182 StGB vom 31. Mai 1994 (29. StrÄndG)²⁰ wurde der Straftatbestand des § 175 StGB (Homosexuelle Handlungen) aufgehoben und die ehemalige Verführungsstrafnorm des § 182 StGB als sexueller Missbrauch von Jugendlichen grundlegend neu gefasst.

¹⁷ Vgl. BGBl. I, S. 1255.

¹⁸ Vgl. BGBl. I, S. 239 ff.

¹⁹ Vgl. BGBl. I, S. 1346.

²⁰ Vgl. BGBl. I, S. 1168.

Politisch besonders bedeutsam ist das 33. Strafrechtsänderungsgesetz – §§ 177 bis 179 StGB vom 1. Juli 1997 (33. StrÄndG).²¹ Der Gesetzgeber führte die §§ 177, 178 StGB in der Fassung des 4. StrRG dergestalt in § 177 StGB (Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung) zusammen, dass die Strafbarkeit mit einer Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr unabhängig von dem Vorliegen einer Ehe und gleichermaßen bei weiblichen und männlichen Opfern eintrat. § 177 Abs. 2 StGB gestaltete die Vergewaltigung als Regelbeispiel mit einem Mindeststrafrahmen von zwei Jahren aus. Ferner stellte der Gesetzgeber mit dem 33. StrÄndG auch das Ausnutzen einer Lage, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist, unter Strafe. Damit sollten Fälle erfasst werden, in denen „die Schutz- und Verteidigungsmöglichkeit des Opfers in einem Maß vermindert sind, dass es dem ungehemmten Einfluss des Täters preisgegeben ist.“²² § 179 StGB galt nun ebenfalls unabhängig vom Bestehen einer Ehe und wurde um einen unbenannten besonders schweren Fall (Freiheitsstrafe von 1 bis zu 10 Jahren) ergänzt.

Das 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 26. Januar 1998 (6. StrRG)²³ verfolgte u. a. das Ziel, die Strafrahmen zu harmonisieren, den strafrechtlichen Schutz zu verbessern und die Rechtsanwendung zu erleichtern.²⁴ Mit dem 6. StrRG führte der Gesetzgeber § 174c StGB (Sexueller Missbrauch unter Ausnutzung eines Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses) sowie die Anordnungsmöglichkeit der Führungsaufsicht (§ 181b StGB) neu ein. § 176 StGB (Sexueller Missbrauch von Kindern) in der Fassung des 4. StrRG wurde nunmehr zum Grunddelikt, dem mit § 176a StGB (Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern) unter Aufnahme des vormals als besonders schwerer Fall in § 176 StGB in der Fassung des 4. StrRG geführten Regelungsgehaltes und § 176b StGB (Sexueller Missbrauch von Kindern mit Todesfolge) Qualifikationen beigefügt wurden. § 177 StGB wurde um Qualifikationen ergänzt, die aus dem Raubtatbestand bekannt waren. Die sexuelle Nötigung und Vergewaltigung mit Todesfolge regelte der Gesetzgeber nunmehr in § 178 StGB gesondert. Die Änderungen gingen insgesamt vielfach mit einer Anhebung der Strafrahmen einher. So erhielt auch das Grunddelikt des § 179 StGB (Sexueller Missbrauch widerstandsunfähiger Personen) nunmehr einen erhöhten Strafrahmen von sechs Monaten bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe. Strafrahmenerhöhungen erfuhren auch die Vorschriften zur Gewalt- und Tierpornographie sowie die gewerbsmäßige bzw. bandenmäßige Verbreitung von Kinderpornographie (§ 184 StGB).

²¹ Vgl. BGBl. I, S. 1607.

²² Vgl. BT-Drs. 13 / 2463, S. 6.

²³ Vgl. BGBl. I., S. 164 ff.

²⁴ Vgl. BT-Drs. 13 / 8587, S. 1.

Die Tendenz zur Strafrahmenerhöhung setzte sich mit dem Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften vom 27. Dezember 2003 (SexualdelÄndG)²⁵ fort. Die Straftatbestände der §§ 174 bis 174c StGB erhielten im Grunddelikt ihren gegenwärtigen Strafrahmen von 3 Monaten bis zu 5 Jahren Freiheitsstrafe. Im Bereich des sexuellen Missbrauchs von Kindern strich der Gesetzgeber im Grunddelikt des § 176 StGB den minder schweren Fall, führte erneut einen besonders schweren Fall ein und hob den Strafrahmen für sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt ebenfalls auf Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren an. Gleichzeitig wurde in § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB das Einwirken auf ein Kind durch Schriften in sexueller Absicht unter Strafe gestellt, um die Fälle der Kontaktaufnahme zu Kindern im Internet zu erfassen. Neu eingefügt wurde mit § 176 Abs. 5 StGB auch die Strafbarkeit des Anbietens bzw. des Versprechens eines Nachweises eines Kindes für sexuelle Zwecke sowie des Verabredens zu einem sexuellen Kindesmissbrauch. § 179 StGB (Sexueller Missbrauch widerstandsunfähiger Personen) wurde um einen besonders schweren Fall mit einem Mindeststrafrahmen von 1 Jahr Freiheitsstrafe ergänzt. Gleichzeitig wurde die Mindestfreiheitsstrafe für die Qualifikation um 1 Jahr auf 2 Jahre Freiheitsstrafe angehoben. Schließlich differenzierte der Gesetzgeber bei den Pornographiedelikten nunmehr zwischen § 184a StGB (Verbreitung gewalt- oder tierpornographischer Schriften), § 184b StGB (Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften) und § 184c StGB (Verbreitung pornographischer Darbietungen durch Rundfunk, Medien- oder Teledienste).

Mit dem Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates der Europäischen Union zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie vom 31. Oktober 2008²⁶ setzte der Gesetzgeber in § 182 StGB (Sexueller Missbrauch von Jugendlichen) und mit § 184c StGB (Verbreitung, Erwerb und Besitz jugendpornographischer Schriften) europäische Vorgaben um. Während in § 182 Abs. 2 StGB die Schutzaltersgrenze heraufgesetzt wurde, erfasst § 184c StGB nunmehr auch pornographische Darstellungen von Personen, die zwar 14, aber noch nicht 18 Jahre alt sind.

Mit dem 49. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches vom 21. Januar 2015²⁷ setzte der Gesetzgeber weitere europäische bzw. völkerrechtliche Vorgaben zum Sexualstrafrecht um und nahm zugleich sonstige Änderungen vor: Mit den Ergänzungen in § 174 Abs. 1 Nr. 3 StGB sollte der strafrechtliche Schutz von Jugendlichen vor Tätern, die aus dem sozialen Umfeld des Opfers heraus agieren, verbessert werden. Gleichzeitig erfasste er mit der Neufassung des § 174 Abs. 2 StGB nunmehr auch den Vertretungslehrer als Täter, dem der Ju-

²⁵ Vgl. BGBl. I, S. 3007 ff.

²⁶ Vgl. BGBl. I, S. 2149 ff.

²⁷ Vgl. BGBl. I, S. 10 ff.

gendliche nicht im Rahmen eines Obhutsverhältnisses zur Erziehung anvertraut ist. § 176 Abs. 4 Nr. 3 und Nr. 4 StGB wurden um die Tatbegehung durch Informations- und Kommunikationstechnologien ergänzt. Vergleichbares gilt für § 184d StGB (Zugänglichmachen pornographischer Inhalte mittels Rundfunk oder Telemedien; Abruf kinder- und jugendpornographischer Inhalte mittels Telemedien). Die §§ 184b und 184c StGB differenzierte der Gesetzgeber erheblich aus und passte sie an die Vorgaben des Übereinkommens des Europarats zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch (Lanzarote-Konvention) sowie an die Richtlinie 2011/93/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI des Rates (RL 2011/93/EU) an. Gleichzeitig wurde der Strafrahmen für den Besitz von Kinderpornographie in § 184b Abs. 3 StGB auf Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder Geldstrafe angehoben. Den Vorgaben der RL 2011/93/EU entsprechend führte der Gesetzgeber ferner § 184e StGB (Veranstaltung und Besuch kinder- und jugendpornographischer Darbietungen) neu ein.

Einen vorläufigen Schlusspunkt hat der Gesetzgeber mit dem 50. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung vom 4. November 2016 (50. StrÄndG) gesetzt.²⁸ Mit diesem Gesetz hat der Gesetzgeber den Straftatbestand des § 177 StGB grundlegend verändert und als „Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung“ ausgestaltet. Dabei hat er die Nötigung als zwingende Tatbestandsvoraussetzung aufgegeben und eine Strafbarkeit bereits dann vorgesehen, wenn die sexuelle Handlung gegen den erkennbaren Willen des Opfers erfolgt (sogenannte „Nein-heit-Nein“-Lösung). Darüber hinaus sind die neuen Straftatbestände der §§ 184i StGB (Sexuelle Belästigung) und 184j StGB (Straftaten aus Gruppen) hinzugetreten.

Außerhalb des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des StGB hat der Gesetzgeber mit dem 30. Strafrechtsänderungsgesetz vom 23. Juni 1994²⁹ (30. StrÄndG) eine allein auf bestimmte Sexualstraftatbestände bezogene Vorschrift zum Ruhen der Verjährung geschaffen. Nach § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB in der Fassung des 30. StrÄndG ruhte die Verjährung bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres des Opfers bei Straftaten nach den §§ 176 bis 179 StGB. Inzwischen wurde die Vorschrift mehrfach erweitert. So wurde die Altersgrenze auf das 30. Lebensjahr des Opfers angehoben und die Straftatbestände über das Sexualstrafrecht hinaus erweitert.

²⁸ Vgl. BGBl. I, S. 2460 ff.

²⁹ Vgl. BGBl. I, S. 1310.

III. Bedeutung der Gesetzesänderungen für die Arbeit der Reformkommission

Wie sich aus der dargestellten Entwicklung des Sexualstrafrechts ergibt, hat es in den letzten Jahrzehnten aus unterschiedlichen Gründen zahlreiche punktuelle Änderungen im 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB gegeben. Betrachtet man deren Auswirkungen auf die Gesamtheit dieses Abschnittes, so lässt sich feststellen, dass diese Änderungen neben den Verbesserungen, die mit ihnen beabsichtigt waren, auch zur Inkonsistenz und zu Wertungswidersprüchen innerhalb des Sexualstrafrechts beigetragen haben.

Eine wesentliche Aufgabe der Reformkommission bestand daher darin, diese Nachteile aufzudecken, zu benennen und Lösungen vorzuschlagen. Außerdem hatte die Reformkommission zu prüfen, ob trotz der vielen punktuellen Änderungen im Sexualstrafrecht Strafbarkeitslücken verblieben sind. Auf der anderen Seite zeigt sich, dass die zahlreichen Änderungen teilweise Bereiche ausgespart haben, die angesichts geänderter gesellschaftlicher Vorstellungen und Wertungen eine strafrechtliche Reaktion aus heutiger Sicht fragwürdig erscheinen lassen. Insoweit musste sich die Reformkommission auch mit der Frage beschäftigen, inwieweit die betreffenden Straftatbestände in einem modernen Sexualstrafrecht noch Raum haben sollten. Die Reformkommission hat sich dabei stets von der Prämisse leiten lassen, zwar einerseits einen hinreichenden Schutz gegen sexuelle Übergriffe zu Lasten von Kindern, Jugendlichen und Erwachsenen zu gewährleisten, aber dabei andererseits auch zu berücksichtigen, dass Raum für selbstbestimmte sexuelle Betätigung verbleiben muss und es nicht Aufgabe des Staates ist, bestimmte sexual-moralische Vorstellungen strafrechtlich durchzusetzen.

Das 50. StrÄndG mit seiner grundlegenden Neuausrichtung des Sexualstrafrechts ist am 10. November 2016 und damit nach der 22. Sitzung der Reformkommission in Kraft getreten. Einige Stellungnahmen, Impulsreferate und Diskussionen beruhen daher noch auf der alten Rechtslage zu § 177 StGB, wie sie sich aus dem 6. StrRG und dem 33. StrÄndG ergeben hatte. Soweit dies der Fall ist, wird dies im Bericht mit dem Zusatz „a. F.“ für „alte Fassung“ kenntlich gemacht. Angesichts der grundlegenden Änderungen, die der Gesetzgeber mit dem 50. StrÄndG für wichtige Teilbereiche des Sexualstrafrechts vorgenommen hat, musste die Reformkommission zum Teil bereits geführte Diskussionen erneut aufgreifen und die erfolgten Änderungen in die Überlegungen einbeziehen.

In die Arbeitsphase der Reformkommission fällt darüber hinaus die Verabschiedung des Gesetzes zur Verbesserung der Bekämpfung des Menschenhandels und zur Änderung des Bundeszentralregistergesetzes sowie des Achten Buches Sozialgesetzbuch vom

11. Oktober 2016.³⁰ Dieses Gesetz ist am 15. Oktober 2016 in Kraft getreten und hat im Wesentlichen die Vorschriften zum Menschenhandel in den §§ 232 ff. StGB – unter Einführung einer beschränkten Freierstrafbarkeit in § 232a Abs. 6 StGB – neu ausgestaltet. Darüber hinaus hat der Gesetzgeber das Gesetz zur Regulierung des Prostitutionsgewerbes sowie zum Schutz von in der Prostitution tätigen Personen vom 21. Oktober 2016 (ProstSchG) verabschiedet.³¹ Das Gesetz ist am 1. Juli 2017 vollumfänglich in Kraft getreten. Die beiden letztgenannten Gesetze haben zwar keine unmittelbaren Auswirkungen auf den 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB, wohl aber gibt es, insbesondere in Bezug auf die Prostitutionsdelikte, mittelbare Auswirkungen, die die Reformkommission in Betracht gezogen hat.

IV. Die Arbeitsweise der Reformkommission

Die Reformkommission hat mit der Auftaktsitzung am 20. Februar 2015 ihre Arbeit aufgenommen. Sie hat sich zunächst mit der Frage beschäftigt, welche Themenbereiche zu behandeln sein werden, um das Ziel, die Erarbeitung von Empfehlungen für ein modernes und widerspruchsfreies Sexualstrafrecht, erreichen zu können. Die folgenden Themenkomplexe hat die Reformkommission herausgearbeitet:

- Themenkomplex 1: Reformbedarf bei § 177 StGB – Das Für und Wider einer Einverständnislösung und von alternativen Regelungsmöglichkeiten
- Themenkomplex 2: Reformbedarf bei § 179 StGB (Sexueller Missbrauch widerstandsunfähiger Personen)
- Themenkomplex 3: Reformbedarf bei den Straftatbeständen des sexuellen Missbrauchs von Kindern und Jugendlichen und des sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen
- Themenkomplex 4: Reformbedarf bei den übrigen Missbrauchstatbeständen (§§ 174a bis 174c StGB)
- Themenkomplex 5: Neuordnung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafbuches sowie Wertungswidersprüche

³⁰ Vgl. BGBl. I, S. 2226 ff.

³¹ Vgl. BGBl. I, S. 2372 ff.

- Themenkomplex 6: Reformbedarf bei den Strafvorschriften zur Prostitution
- Themenkomplex 7: Begriffsbestimmungen und sonstige Vorschriften
- Themenkomplex 8: Reformbedarf bei § 183 StGB (Exhibitionistische Handlungen) und § 183a StGB (Erregung öffentlichen Ärgernisses)
- Themenkomplex 9: Reformbedarf bei den §§ 184 ff. StGB (Pornographiedelikte)
- Themenkomplex 10: Materielle und prozessuale Folgeänderungen

In 28 Sitzungen, die in den Räumen des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz stattgefunden haben, hat die Reformkommission die vorbenannten Themenkomplexe kontrovers diskutiert. Regelmäßig wurde zur Einführung in bestimmte Themen von einem Teilnehmer oder einer Teilnehmerin der Reformkommission oder von einem Mitarbeiter oder einer Mitarbeiterin des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz ein Impulsreferat gehalten, um sowohl einen Überblick über die Materie zu geben als auch die besonderen Problemstellungen aufzuzeigen. Soweit die Reformkommission dies für erforderlich hielt, hat sie Sachverständige angehört. Die wesentlichen Inhalte der Impulsreferate und der Anhörungen sowie der sich daran anschließenden Diskussionen sind in den Protokollen der Sitzungen der Reformkommission niedergelegt. Den Abschluss der Diskussionen zu den einzelnen Themenkomplexen bildeten stets die Abstimmungen zu den von der Reformkommission aufgeworfenen Fragestellungen. Diese Diskussionen und Abstimmungen wurden am Ende, nachdem alle Themenbereiche behandelt waren, erneut aufgegriffen und mündeten schließlich in konkrete Empfehlungen der Reformkommission.

V. Die Mitglieder der Reformkommission

Die Reformkommission setzt sich aus Vertreterinnen und Vertretern von Wissenschaft und Praxis zusammen, die alle in ihrer jeweiligen Tätigkeit mit dem Sexualstrafrecht befasst sind. Auf diese Weise konnte das Sexualstrafrecht von verschiedenen Standpunkten ausgehend einem kritischen Blick unterworfen werden. Im Einzelnen haben die folgenden Expertinnen und Experten an der Reformkommission mitgewirkt:

- Leitende Oberstaatsanwältin a. D. Birgit Cirullies hat bis zu ihrer Pensionierung Mitte 2016 die Staatsanwaltschaft Dortmund geleitet. Sie beriet den Gesetzgeber mehrfach als Sachverständige für das Sexualstrafrecht.

- Rechtsanwältin Christina Clemm ist Fachanwältin für Strafrecht in Berlin. Sie vertritt häufig als Nebenklagevertreterin Opfer von Sexualstraftaten. Sie war Mitverfasserin der vom Bundesverband Frauenberatungsstellen und Frauennotrufe Frauen gegen Gewalt e. V. (bff) herausgegebenen Studie „Was Ihnen widerfahren ist, ist in Deutschland nicht strafbar“ und beriet den Gesetzgeber mehrfach als Sachverständige für das Sexualstrafrecht.
- Prof. Dr. Jörg Eisele ist Professor für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Computerstrafrecht an der Eberhard Karls Universität Tübingen. Er kommentiert das Sexualstrafrecht in dem Standardkommentar für das Strafgesetzbuch „Schönke / Schröder“, zuletzt erschienen in der 29. Auflage im Jahr 2014, und beriet den Gesetzgeber mehrfach als Sachverständiger für das Sexualstrafrecht.
- Dr. Anne Herrmann hat der Reformkommission als Referatsleiterin für das Referat Strafrecht am Landesjustizministerium Rheinland-Pfalz bis einschließlich zur 7. Sitzung der Reformkommission am 21. August 2015 angehört. Nach ihrem Ausscheiden aufgrund beruflicher Veränderungen, wurde Herr Peter Marx mit Wirkung zur 7. Sitzung Mitglied in der Reformkommission.

Prof. Dr. Tatjana Hörnle ist Professorin für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsphilosophie an der Humboldt-Universität zu Berlin. Sie kommentiert Vorschriften des Sexualstrafrechts im Leipziger Kommentar für das Strafgesetzbuch, zuletzt erschienen in der 12. Auflage im Jahr 2010, und im Münchner Kommentar für das Strafgesetzbuch, zuletzt erschienen in der 3. Auflage im Jahr 2017. Sie beriet den Gesetzgeber mehrfach als Sachverständige für das Sexualstrafrecht

- Staatsanwalt als Gruppenleiter Christian Kohle ist Referent in dem Referat, welches sich u. a. mit Strafrecht- und Strafverfahrensrecht im Sächsischen Staatsministerium der Justiz und dort mit dem Sexualstrafrecht befasst.
- Prof. Dr. Klaus Laubenthal ist Professor für Kriminologie und Strafrecht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg. Er befasst sich als Autor des Standardwerkes „Handbuch Sexualstraftaten“ seit Jahren mit dem Sexualstrafrecht. Bis März 2017

war Prof. Laubenthal sieben Jahre lang als Missbrauchsbeauftragter für das Bistum Würzburg tätig.

- Peter Marx ist Leiter des Referats für das materielle Strafrecht im Ministerium der Justiz und für Europa Baden-Württemberg, wo er seit dem 27. StrÄndG auch mit den zahlreichen Gesetzentwürfen zum Sexualstrafrecht befasst war. Herr Marx hat Frau Dr. Herrmann nach ihrem Ausscheiden aus der Reformkommission ersetzt.
- Andrea Röhrig ist Richterin am Oberlandesgericht Frankfurt am Main. In ihrer Zeit als Vorsitzende Richterin am Landgericht Darmstadt war sie langjährig in einer Großen Strafkammer mit Sexualdelikten befasst.
- Dr. Ursula Schneider ist Richterin am Bundesgerichtshof und als Mitglied des 5. Strafsenats mit den revisionsrechtlichen Aspekten von Sexualstraftaten befasst. Sie ist Mitglied des Strafrechtsausschusses des Deutschen Juristinnenbundes.
- Kriminaldirektor Jürgen Thiele leitet das Dezernat Sexualdelikte im Landeskriminalamt Berlin und ist Lehrbeauftragter für Kriminalistik an der Hochschule für Wirtschaft und Recht in Berlin.
- Rechtsanwältin Elke Thom-Eben ist Fachanwältin für Strafrecht in Düsseldorf. Sie tritt u. a. als Verteidigerin in Sexualstrafsachen auf.
- Prof. Dr. Gereon Wolters ist Professor für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und internationales Strafrecht an der Ruhr-Universität Bochum. Er bearbeitet das Sexualstrafrecht im Systematischen Kommentar zum Strafgesetzbuch, zuletzt erschienen in der 9. Auflage im Jahr 2017.

Im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz war für die Reformkommission das Referat II A 7 zuständig. Mit der inhaltlichen und organisatorischen Sitzungsvorbereitung, der Durchführung der Sitzungen, der Protokollführung und der Erstellung des Abschlussberichts waren betraut: Ministerialrätin Susanne Bunke (Referatsleiterin), Regierungsdirektorin Dr. Garonne Bezjak (Referentin), Richter am Landgericht Dr. Eric Simon (Referent), Tatjana Windgassen, Jenny Barthel und Amtsinspektorin Angelika Boldt.

VI. Externer Sachverstand

Die Reformkommission hat während ihrer Beratungen die folgenden Sachverständigen angehört

- Staatsanwältin Dr. Leonie Freifrau von Braun
(Staatsanwaltschaft Berlin, Schwerpunktdezernat „Sexuelle Ausbeutung und Menschenhandel“) zur Reform der §§ 180a StGB (Ausbeutung von Prostituierten) und 181a StGB (Zuhälterei)
- Monika Egli-Alge
(Geschäftsführerin am forensischen Institut Ostschweiz) aus fachpsychologischer Sicht zur Frage, inwieweit Personen mit geistiger Behinderung eines gesonderten strafrechtlichen Schutzes vor sexuellen Übergriffen bedürfen
- Staatsanwältin Dagmar Freudenberg und Rechtsanwältin Martina Lörsch
(Vertreterinnen des Strafrechtsausschusses des Deutschen Juristinnenbundes) zu den Vorschlägen des Deutschen Juristinnenbundes für eine Einverständnislösung
- Prof. Dr. Michael Günter
(Ärztlicher Direktor der Klinik für Kinder- und Jugendpsychiatrie und Psychotherapie des Klinikums Stuttgart) zu den Schutzaltersgrenzen und den Folgen sexuellen Missbrauchs bei Kindern
- Andrea Hitzke
(Geschäftsführende Leiterin der Dortmunder Mitternachtsmission, Sozialarbeiterin) zur Situation von Prostituierten und zu den Straftaten im Zusammenhang mit der Prostitution
- Stephanie Klee, Elke Winkelmann und Simone Goretzki
(Vertreterinnen des Bundesverbandes sexuelle Dienstleistungen e. V.) zum Reformbedarf bei den Strafvorschriften zur Prostitution
- Staatsanwalt Dr. Benjamin Krause
(Generalsstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main – Zentralstelle zur Bekämpfung der Internetkriminalität) zum Reformbedarf bei den §§ 184 ff. StGB (Pornographiedelikte)

- Johanna Nelles
(Referentin in der Abteilung „Gewalt gegen Frauen“ des Europarats) zu Artikel 36 des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Istanbul-Konvention)
- Heike Rabe
(Stellvertretende Leiterin der Abteilung „Menschenrechtspolitik Inland/Europa“ des Deutschen Instituts für Menschenrechte, unter anderem auch zuständig für „Geschlechtsspezifische Gewalt und Zugang zum Recht“) zu den völkerrechtlichen Verpflichtungen aus der Europäischen Menschenrechtskonvention
- Prof. Dr. Axel Schölmerich
(Rektor der Ruhr-Universität Bochum) zu den Auswirkungen von Pornographie auf Kinder und Jugendliche aus entwicklungspsychologischer Sicht
- Kriminalrat Andreas Wittlake
(Dezernent im LKA Berlin, zuständig für Menschenhandel unter Einbeziehung der Prostitution Erwachsener und Minderjähriger) zum Umgang mit Prostitutionsdelikten aus polizeilicher Sicht
- Prof. Dr. Julia Zinsmeister
(TH Köln, Lehrgebiete u. a. Rehabilitations-, Teilhabe- und Pflegerecht, Antidiskriminierungsrecht, Rechtsschutz bei Gewalt) zur Umsetzung von Artikel 36 der Istanbul-Konvention und Artikel 16 Abs. 5 des Übereinkommens der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (VN-BRK)

Darüber hinaus hat die Reformkommission den Unabhängigen Beauftragten für Fragen des sexuellen Kindesmissbrauchs Johannes Wilhelm Rörig sowie die Beauftragte der Bundesregierung für die Belange von Menschen mit Behinderung Verena Bentele angehört. Die Reformkommission hat sich auch mit den Forderungen des Betroffenenrates beim Unabhängigen Beauftragten für Fragen des sexuellen Kindesmissbrauchs auseinandergesetzt, soweit diese den 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB betrafen.

Am 27. November 2015 haben sich Vertreterinnen und Vertreter des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz mit der in Schweden eingerichteten Kommission zur

Reformierung des Sexualstrafrechts (Sexual Offences Commission of 2014) ausgetauscht. Die schwedische Kommission, die am 13. November 2014 vom schwedischen Parlament eingesetzt worden ist, überarbeitet vergleichbar zur deutschen Kommission das Sexualstrafrecht, wobei allerdings ein Schwerpunkt die Ausgestaltung des Straftatbestandes der Vergewaltigung darstellt. Die Ergebnisse der Besprechung hat das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz in einer Sitzung der Reformkommission vorgestellt.

B. Der Verlauf der Beratung

Die Mitglieder der Reformkommission haben insgesamt 10 Themenkomplexe herausgearbeitet, die das Sexualstrafrecht im Wesentlichen ausmachen, und diese intensiv diskutiert. Nachfolgend werden der Beratungsverlauf und die zentralen Positionen, die von den Mitgliedern der Reformkommission und den angehörten Sachverständigen vertreten wurden, wiedergegeben. Die Einzelheiten lassen sich den Protokollen, den Impulsreferaten und den schriftlichen Ausführungen der Sachverständigen entnehmen. Die Darstellung des Beratungsverlaufs wird jeweils mit den Ergebnissen der erfolgten Abstimmungen abgeschlossen.³²

I. Themenkomplex 1: Reformbedarf bei § 177 StGB – Das Für und Wider einer Einverständnislösung und von alternativen Regelungsmöglichkeiten

Nachdem der Gesetzgeber zuletzt mit dem 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 26. Januar 1998 (6. StrRG) Änderungen in § 177 StGB vorgenommen hatte³³, setzte vor dem Hintergrund von Artikel 36 des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Istanbul-Konvention) eine rechtspolitische Debatte ein, die insbesondere von Frauenverbänden unter dem Schlagwort „Nein-heißt-Nein“ öffentlichkeitswirksam geführt wurde. Damit verbunden war die Forderung, jede nicht einverständliche sexuelle Handlung unter Strafe zu stellen. Demgegenüber wurde vielfach zwar anerkannt, dass § 177 StGB in der Fassung des 6. StrRG reformbedürftig sei, weil einige sexuelle Handlungen straffrei blieben, obwohl sie die sexuelle Selbstbestimmung des Opfers verletzen. Allerdings sollte nach dieser Auffassung anstelle der „Nein-heißt-Nein“-Lösung eine weniger weitreichende Änderung vorgenommen werden, die Artikel 36 der Istanbul-Konvention gleichwohl Rechnung tragen sollte.

Die zuletzt genannte Lösung verfolgte zunächst auch das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV). Um möglichst zeitnah den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung zu verbessern, legte BMJV Ende 2015 einen Gesetzentwurf vor, den die Bundesregierung im April 2016 als Regierungsentwurf in den Bundestag einbrachte.³⁴ Mit dem Gesetzentwurf sollte durch eine kasuistisch-punktueller Lösung zügig ein verbesserter Rechtsgüterschutz realisiert werden. Im Hinblick auf mögliche weitergehende Lösungsansätze sollten die Empfehlungen der Reformkommission abgewartet werden. Obwohl sich zeitgleich zahlreiche Frauenverbände mit einer groß angelegten Kampagne für die Aufnahme der

³² Aus Gründen der Lesbarkeit wird im Bericht häufig nur die männliche oder weibliche Form gewählt. Die Ausführungen beziehen sich gleichwohl auch auf das jeweils andere Geschlecht bzw. auf Menschen, die sich nicht im binären Spektrum verorten.

³³ BGBl. I S. 164 (174).

³⁴ Vgl. BT-Drs. 18 / 8210.

„Nein-heit-Nein“-Lösung in das Sexualstrafrecht einsetzten und Wissenschaftler und Verbände hierzu konkrete Regelungsvorschläge vorlegten, veränderte sich das politische Klima erst nach der Silvesternacht zum 1. Januar 2016 grundlegend. In der Silvesternacht war es in Köln und in anderen deutschen Großstädten zu zahlreichen sexuellen Übergriffen gekommen. Damit war der Weg zu einer „Nein-heit-Nein“-Lösung geebnet. Vor diesem Hintergrund legte der Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz im Juli 2016 zu dem oben genannten Regierungsentwurf eine Beschlussempfehlung vor, mit der u. a. unter grundlegender Neugestaltung des § 177 StGB die „Nein-heit-Nein“-Lösung sowie ein Straftatbestand der sexuellen Belästigung (§ 184i StGB) und ein Straftatbestand der Begehung von Straftaten aus Gruppen (§ 184j StGB) in das Sexualstrafrecht aufgenommen werden sollten.³⁵ Am 7. Juli 2016 verabschiedete der Deutsche Bundestag mit dem 50. StrÄndG zur Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung einstimmig diese Änderungen, welche seit dem 10. November 2016 in Kraft sind.³⁶

Für die Arbeit der Reformkommission hatte die Gesetzesänderung erhebliche Bedeutung. Nachdem die Mitglieder zunächst diskutiert hatten, ob und ggf. wie eine Reform im Zusammenhang mit § 177 StGB aussehen könnte und ob ein Straftatbestand der sexuellen Belästigung Eingang in den 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB erhalten sollte, sah sich die Reformkommission nunmehr einer grundlegend veränderten Rechtslage gegenüber gestellt. Diese machte es erforderlich, die Diskussion neu zu eröffnen. Insbesondere im Hinblick auf die „Nein-heit-Nein“-Lösung ging es nun nicht mehr darum, ob diese eingeführt werden soll, sondern darum, ob sie im Gesetz verbleiben soll bzw. wie sie ggf. besser ausgestaltet werden kann. In der Konsequenz kann man den Beratungsverlauf für den Reformbedarf im Zusammenhang mit § 177 StGB in zwei Zeitabschnitte aufteilen. Die Diskussionen vor und nach dem Inkrafttreten des 50. StrÄndG werden im Folgenden gesondert dargestellt.

Soweit sich die Vorträge und Diskussionen auf § 177 StGB in der Fassung des 6. StrRG bezogen, wird dies im Folgenden durch den Zusatz „a. F.“ für „alte Fassung“ deutlich gemacht. Soweit von § 177 StGB in der Fassung des 50. StrÄndG die Rede ist, wird das durch „n. F.“ für „neue Fassung“ angezeigt. Insgesamt hat sich die Reformkommission unter dem Themenkomplex 1 in der 2. bis 4. Sitzung, in der 7. und 8. Sitzung und in der 19. bis 25. Sitzung sowohl mit den Einzelheiten der Reform zu § 177 StGB alter und neuer Fassung als auch mit den §§ 184i und 184j StGB beschäftigt.

³⁵ Vgl. BT-Drs. 18 / 9097. Die Beschlussempfehlung enthält eine eigene Begründung, die als Gesetzesmaterial für die Auslegung der Neuregelung heranzuziehen ist.

³⁶ Vgl. BGBl. I, S. 2460 ff.

1. Reformbedarf im Zusammenhang mit § 177 StGB in der Fassung des 6. StrRG (Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung)

Die Reformkommission beschäftigte sich in ihrer 2. bis 4. und 7. bis 8. Sitzung damit, ob Änderungen des § 177 StGB a. F. angezeigt sind und wie diese ggf. aussehen sollten. Obwohl das BMJV zu diesem Zeitpunkt bereits einen Gesetzentwurf zur Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung angekündigt hatte, mit dem zeitnah Strafbarkeitslücken geschlossen werden sollten, hat sich die Reformkommission ganz unabhängig hiervon mit der Materie beschäftigt.

Zu diesem Zweck hörte die Reformkommission in der 2. Sitzung *Rabe* (Deutsches Institut für Menschenrechte) zu den völkerrechtlichen Verpflichtungen aus der Europäischen Menschenrechtskonvention an. Darüber hinaus hörte sie *Nelles* (Referentin in der Abteilung „Gewalt gegen Frauen“ des Europarats) zu den Verpflichtungen aus Artikel 36 der Istanbul-Konvention an. Der Deutsche Juristinnenbund stellte, vertreten durch *Freudenberg* und *Lörsch*, in derselben Sitzung seine Vorschläge für eine „Nur-ja-heißt-ja“-Lösung vor. Ferner hielt *Eisele* ein Impulsreferat zu der Frage, ob die Nichteinverständnislösung (auch „Nein-heißt-Nein“-Lösung genannt) zwingend durch die Istanbul-Konvention vorgegeben sei. *Clemm* stellte die Strafbarkeitslücken dar, die aus ihrer Sicht im Zusammenhang mit § 177 StGB a. F. bestünden. In der 3. Sitzung erläuterte *Hörnle*, wie ihrer Meinung nach der § 177 StGB a. F. durch eine Nichteinverständnislösung ergänzt werden könnte, um bestehende Strafbarkeitslücken zu schließen. *Eisele* stellte demgegenüber ein Alternativmodell vor, mit dem Artikel 36 der Istanbul-Konvention ohne Nichteinverständnislösung umgesetzt werden könnte. *Thiele* zeigte in der 4. Sitzung auf, welche besonderen Schwierigkeiten sich bei Taten wie sexuelle Nötigung und Vergewaltigung bei der polizeilichen Ermittlungsarbeit ergeben. Dieser Vortrag wurde in der 7. Sitzung ergänzt durch die Impulsreferate von *Röhrig* („Schwierigkeiten beim Tatnachweis“), von *Herrmann* („Missbrauchsgefahr durch Falschanzeigen“) und von *Laubenthal* („Kriminologische Aspekte zu Vergewaltigung und sexueller Nötigung – unter besonderer Berücksichtigung des Auseinanderfallens von Strafanzeigen und Verurteilungen“).

Darüber hinaus besuchten *Böhm*, *Bunke* und *Bezjak* (BMJV) am 27. November 2015 die schwedische Kommission zum Sexualstrafrecht im Justizministerium in Stockholm und berichteten in der 10. Sitzung der Reformkommission über die wesentlichen Inhalte der dortigen Überlegungen zur Reform des schwedischen Sexualstrafrechts.

a) Völkerrechtliche Verpflichtungen

Die Mitglieder der Reformkommission warfen eingangs die Frage auf, ob sich – unabhängig von bestehenden Strafbarkeitslücken – ein Reformbedarf für § 177 StGB a. F. zwingend aus völkerrechtlichen Vorgaben ergebe.

Zu diesem Zweck hörte die Reformkommission in ihrer 2. Sitzung zunächst *Rabe* zu der Frage an, inwieweit die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) Deutschland dazu verpflichtet, über das bestehende Recht hinaus weitere sexuelle Handlungen unter Strafe zu stellen. *Rabe* führte in ihrem Vortrag „Völkerrechtliche Verpflichtungen aus der Europäischen Menschenrechtskonvention“ aus, dass Deutschland die EMRK ratifiziert habe und deshalb die hier maßgeblichen Artikel 3 EMRK (Verbot von Folter, unmenschlicher und erniedrigender Behandlung) und Artikel 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) unmittelbar innerstaatliche Geltung entfalteteten.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) habe in seiner Entscheidung *M. C. gegen Bulgarien*³⁷ ein Grundsatzurteil zu den Anforderungen an die konventionskonforme Ausgestaltung der Strafverfolgung von Vergewaltigungen getroffen. Die Mitgliedstaaten seien auf der Grundlage von Artikel 3 und 8 EMRK verpflichtet, alle nicht einvernehmlichen sexuellen Handlungen zu kriminalisieren und eine effektive Strafverfolgung sicherzustellen. Dies gelte auch für die Fälle, bei denen das Opfer keine physische Gegenwehr leiste. Den Mitgliedstaaten werde für die Umsetzung jedoch ein weiter Beurteilungsspielraum zugestanden. So sei es zwar nicht ausgeschlossen, Begriffe wie „Gewalt“ oder „Drohung“ in der nationalen Gesetzgebung zu verwenden. Die Tatbestandsmerkmale müssten allerdings dergestalt interpretiert werden, dass gleichwohl alle nicht einverständlichen Sexualakte unter Strafe gestellt und eine effektive Strafverfolgung gewährleistet sei. Die Urteile des EGMR würden zwar gemäß Artikel 46 Abs. 1 EMRK unmittelbar nur zwischen den Parteien gelten. Wie aber schon das Bundesverfassungsgericht im sogenannten Görgülü-Beschluss³⁸ erkannt habe, müsse die Rechtsprechung des EGMR von den Gerichten zur Kenntnis genommen und bei der Auslegung der nationalen Vorschriften berücksichtigt werden. Eine völkerrechtskonforme Auslegung des § 177 StGB a. F. sei jedoch bislang durch die deutschen Gerichte nicht erfolgt und teilweise wegen der Wortlautgrenze des § 177 Abs. 1 StGB a. F. auch nicht möglich. Es bestehe daher gesetzgeberischer Handlungsbedarf.

Daran anschließend legte *Nelles* in ihrem Referat „Artikel 36 der Istanbul-Konvention des Europarats: Überlegungen zur Umsetzung“ dar, dass die Entscheidung des EGMR im Fall *M. C. gegen Bulgarien* den Anstoß für Artikel 36 der Istanbul-Konvention gegeben habe.

³⁷ Vgl. EGMR, Urteil vom 15. Mai 2012, Beschwerde-Nr. 53519 / 07.

³⁸ Vgl. BVerfG, Urteil vom 22. November 2001 – 2 BvE 6 / 99.

Gemäß Artikel 36 der Istanbul-Konvention sei jede nicht einvernehmliche sexuelle Handlung unter Strafe zu stellen (Absatz 1). Das Einverständnis mit einer sexuellen Handlung müsse Ausdruck einer freiverantwortlichen Willensbildung sein, was im Lichte der Begleitumstände zu beurteilen sei (Absatz 2). Ferner seien auch nicht einverständliche sexuelle Handlungen, die innerhalb von intimen Beziehungen stattfänden, unter Strafe zu stellen (Absatz 3). Die Strafbarkeit dürfe daher nicht von Gewalt, Drohung oder Zwang abhängen, was bei § 177 StGB a. F. aber der Fall sei. *Nelles* legte dar, dass einige Vertragsstaaten den Anforderungen von Artikel 36 der Istanbul-Konvention Rechnung trügen, indem sie entweder ihre bestehende Rechtslage weit auslegten (z. B. Frankreich) oder eine Rechtslage geschaffen hätten, die ausdrücklich das Einverständnis mit der sexuellen Handlung ins Zentrum rücke (z. B. Spanien und auch Kroatien als Nicht-Vertragsstaat). In Schweden werde die Thematik diskutiert. Ob ein Vertragsstaat sein nationales Recht an die Vorgabe von Artikel 36 der Istanbul-Konvention umfassend angepasst habe, werde abschließend durch die Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence (GREVIO) beurteilt. Ergänzend sehe die Istanbul-Konvention Verbesserungen im Bereich der Strafverfolgung und bei den Gerichten vor, bei denen im Zuge von Schulungen die frauenspezifischen Gewaltformen und die Lebensrealitäten von Frauen stärker in das Bewusstsein der Akteure gerückt werden müssten.

Vor dem Hintergrund der durch *Rabe* und *Nelles* vorgenommenen völkerrechtlichen Einordnung nahm sich *Eisele* der Frage an, ob Artikel 36 der Istanbul-Konvention zwingend eine „Nein-heißt-Nein“-Lösung im nationalen Recht voraussetze. In seinem Impulsreferat „Ist die ‚Einverständnislösung‘ zwingend vor dem Hintergrund der Istanbul-Konvention?“ sprach sich *Eisele* gegen eine wortlautgetreue Umsetzung aus. Eine solche Verpflichtung bestehe nicht. Die Konventionen forderten generell keine wortlautgetreue Umsetzung. Die Vertragsstaaten müssten vielmehr die Verhaltensweisen, die nach der Konvention zu kriminalisieren seien, durch ihre nationale Gesetzgebung strafrechtlich erfassen. Dabei könnten die Vertragsstaaten z. B. auch mehr umsetzen als nach der Konvention erforderlich sei. Gemäß Artikel 31 ff. des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge seien Konventionen grundsätzlich nach völkerrechtlichen Regeln auszulegen. Für die Istanbul-Konvention sei Nr. 193 des Erläuternden Berichtes heranzuziehen, aus dem hervorgehe, dass der spezifische Gesetzeswortlaut dem nationalen Gesetzgeber überlassen sei. Anderes ergebe sich auch nicht aus dem Urteil des EGMR in Sachen *M. C. gegen Bulgarien*. Zwar müssten die Mitgliedstaaten danach jede nicht einverständliche sexuelle Handlung unabhängig davon unter Strafe stellen, ob das Opfer zum Tatzeitpunkt physische Gegenwehr geleistet habe. § 177 StGB a. F. setze insbesondere in Absatz 1 Nummer 3 aber keine Gegenwehr voraus. Ferner räume der EGMR den Mitgliedstaaten einen weiten Beurteilungsspielraum ein. Im Ergebnis

müsse der deutsche Gesetzgeber – wie bereits dargelegt – zwar keine Regelung schaffen, die an den Wortlaut von Artikel 36 der Istanbul-Konvention angelehnt sei. Er müsse aber inhaltlich die Fälle der nicht einverständlichen sexuellen Handlungen erfassen. Diesbezüglich gebe es in der deutschen Rechtslage Lücken in Bezug auf Überraschungs- und „Klima-der-Gewalt“-Fälle. Diese Lücken könnten durch eine positiv-kasuistische Gesetzesformulierung geschlossen werden. Die Umsetzung der „Nein-heißt-Nein“-Lösung gebe Artikel 36 der Istanbul-Konvention hingegen nicht vor.

b) Strafbarkeitslücken

Die Mitglieder der Reformkommission beschäftigten sich mit der Frage, ob es unabhängig von völkerrechtlichen Vorgaben Handlungen gebe, die straffrei seien, obwohl sie die sexuelle Selbstbestimmung des Opfers verletzen und die aus kriminalpolitischen Erwägungen unter Strafe zu stellen seien. *Clemm* hielt dazu ein Impulsreferat mit dem Titel „Schutzlücken im Sexualstrafrecht“. Nach ihrer Auffassung weise die gegenwärtige Rechtslage Strafbarkeitslücken auf, die sich maßgeblich in der Ausgestaltung des § 177 Abs. 1 StGB a. F. manifestierten. Gemäß § 177 Abs. 1 StGB a. F. wird mit Freiheitsstrafe nicht unter 1 Jahr bestraft, wer eine andere Person mit Gewalt (Nr. 1), durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben (Nr. 2) oder unter Ausnutzung einer Lage, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist (Nr. 3), nötigt, sexuelle Handlungen des Täters oder eines Dritten an sich zu dulden oder an dem Täter oder einem Dritten vorzunehmen. Es sei damit stets Voraussetzung, dass ein erfolgter oder erwarteter Widerstand des Opfers zur Durchführung der sexuellen Handlung überwunden werden müsse. Denn erforderlich sei immer eine Nötigung. Nicht erfasst seien Fälle, bei denen der Täter keine oder keine hinreichenden Nötigungsmittel anwende oder diese nicht zum Zwecke der Vornahme einer sexuellen Handlung eingesetzt werde, obwohl der Täter erkenne, dass die sexuelle Handlung gegen den Willen des Opfers vorgenommen würden. Ferner greife § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB a. F. nicht ein, wenn das Opfer lediglich subjektiv von dem Vorliegen einer schutzlosen Lage ausgehe, die aus objektiver Sicht nicht bestehe. Auf der Grundlage des Impulsreferates von *Clemm* und der anschließenden Diskussion katalogisierten die Vertreterinnen des BMJV die folgenden Fallgruppen, bei denen eine Strafbarkeit nach § 177 StGB a. F. nicht eintrete, obwohl die sexuelle Selbstbestimmung des Opfers verletzt werde:

- Es besteht kein finaler Zusammenhang zwischen Gewalt bzw. der Drohung mit Gewalt und der sexuellen Handlung

Beispiel: Das Opfer lehnt die sexuelle Handlung zwar ausdrücklich ab, setzt sich aber nicht dagegen zur Wehr, weil es nachvollziehbar befürchtet, dass der Täter gewalttä-

tig werden könnte, was in der Vergangenheit auch mehrfach der Fall gewesen war („Klima-der-Gewalt“-Fälle). *Oder:* Der Täter setzt die Gewalt zunächst zu anderen Zwecken ein und nimmt dann sexuelle Handlungen am verängstigten Opfer gegen dessen Willen vor.

- Das Opfer befindet sich nur in einer subjektiv schutzlosen Lage
Beispiel: Das Opfer geht irrig davon aus, dass schutzbereite Dritte nicht zugegen sind und wehrt sich gegen die sexuelle Handlung nicht, da es sich keine Hilfe verspricht, weint aber während des Vorganges.
- Furcht vor einem Übel, das kein Körperverletzungs- oder Tötungsdelikt darstellt
Beispiel: Das Opfer befürchtet, dass der Täter das Wohnungsmobiliar zerstört oder das Haustier tötet, wenn das Opfer sich sexuell verweigert. § 240 StGB greift nur, wenn der Täter mit dem empfindlichen Übel droht. Eine Drohung muss jedoch nicht zwingend vorliegen, wenn sich das empfindliche Übel aus dem Kontext ergibt (z. B. bei Verlust des Arbeitsplatzes, Vornahme ausländerrechtlicher Maßnahmen).
- Ausnutzen eines Überraschungsmomentes
Beispiel: Der Täter greift einer Frau in der überfüllten U-Bahn unter den Rock und betastet ihre Scheide, ohne dass sie mit einer solchen sexuellen Handlung rechnen konnte.

c) Rechtliche Lösungsansätze zur Schließung der Strafbarkeitslücken

Um die aufgezeigten Strafbarkeitslücken zu schließen, diskutierte die Reformkommission die folgenden drei Lösungsmodelle:

aa) Die sogenannte „Nur-Ja-heißt-Ja“-Lösung

Der Deutsche Juristinnenbund e. V. hatte im Mai und Juli 2014 auch vor dem Hintergrund von Artikel 36 der Istanbul-Konvention einen Gesetzentwurf vorgelegt, in dem die Vornahme sexueller Handlungen ohne Einverständnis einer anderen Person den Grundtatbestand bilden sollte. Ein neuer Straftatbestand § 174 StGB-E sollte wie folgt lauten:

§ 174 Abs. 1 StGB-E.

Wer ohne Einverständnis einer anderen Person

- a) sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt oder an sich von dieser Person vornehmen lässt oder
 - b) diese Person zur Vornahme oder Duldung einer sexuellen Handlung an oder mit einem Dritten bestimmt,
- wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren bestraft.

Freudenberg und *Lörsch* stellten diesen Entwurf in der 2. Sitzung der Reformkommission im Einzelnen vor. Danach sei es erforderlich, dass die andere Person ausdrücklich oder konkludent zustimmen müsse. Sexuelle Handlungen, die ohne dieses Einverständnis vorgenommen würden, seien strafbar („Nur-ja-heißt-ja“-Lösung).

Die Arbeit der schwedischen Kommission zum Sexualstrafrecht ging ausweislich des Berichtes von *Bezjak* in dieselbe Richtung. Schweden habe die Istanbul-Konvention bereits ratifiziert und prüfe nun die gesetzliche Umsetzung der Einverständnislösung. Die schwedische Kommission wolle eine gesetzliche Regelung vorschlagen, mit der die Strafbarkeit für die Ausübung des Beischlafes bzw. beischlafähnlicher Handlungen davon abhängt, ob die Beteiligten freiwillig derartige sexuelle Handlungen aneinander vornehmen. Die Freiwilligkeit müsse als ein „Ja“ ausdrücklich oder konkludent mitgeteilt werden. Darüber hinaus sei eine Vorschrift vorgesehen, aus der hervorgehe, wann trotz des erklärten „Ja“ keine Freiwilligkeit vorliege. Dies sei etwa bei Drohung, List und Angst der Fall. Daneben werde erwogen, eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit für den Fall vorzuschlagen, dass der Beschuldigte die Unfreiwilligkeit des Opfers pflichtwidrig (grob fahrlässig) nicht erkenne. Bei den schwedischen Praktikern stoße dieser Ansatz wegen zu befürchtender Beweisschwierigkeiten zwar auf Ablehnung. Die Kommission wolle aber gleichwohl an der Freiwilligkeit und der Fahrlässigkeit festhalten. Allerdings verbinde die schwedische Kommission damit nicht die Hoffnung, dass es in der Folge zu mehr Verurteilungen kommen werde.

bb) Die „Nein-heißt-Nein“-Lösung

Hörnle setzte der „Nur-Ja-heißt-Ja“-Lösung in ihrem Impulsreferat „Wie § 177 StGB ergänzt werden sollte“ das Konzept der „Nein-heißt-Nein“-Lösung entgegen. Danach ist eine sexuelle Handlung strafbar, wenn sie gegen den ausdrücklich oder konkludent erklärten Willen des Opfers erfolgt. Die andere Person muss sich also nicht vorab mit einer sexuellen Handlung einverstanden erklären. Ihr wird vielmehr die Obliegenheit auferlegt, einen der sexuellen Handlung entgegenstehenden Willen nach außen zu erklären. Eine Obliegenheit zur Gegenwehr bestehe demgegenüber nicht. Das Motiv für den entgegenstehenden Willen sei unerheblich.

Daneben bedürfe es nach *Hörnle* weiterer Regelungen für die Fälle, bei denen die andere Person einen entgegenstehenden Willen zwar nicht erkläre, aber gleichwohl davon ausgegangen werden müsse, dass die sexuelle Handlung gegen den Willen dieser Person erfolge. Dabei handele es sich um Fälle, bei denen die Äußerung eines entgegenstehenden Willens etwa aufgrund einer überraschenden Vornahme der sexuellen Handlung gar nicht möglich sei oder aber Umstände vorlägen, bei denen offensichtlich sei, dass der sexuellen Handlung kein tragfähiges Einverständnis zugrunde liege. Letzteres sei z. B. der Fall, wenn der Täter auf eine bettlägerige ältere Frau ejakuliere.

Schließlich müssten als 3. Variante die Fälle erfasst werden, bei denen der Täter über Sonderwissen verfüge und daher positiv Kenntnis davon habe, dass die sexuelle Handlung dem Willen des Opfers nicht entspreche, auch wenn sich dies nicht offensichtlich aus der Situation ergebe. Hieran sei etwa zu denken, wenn es sich um eine durch Gewalt und kontinuierliche Missachtung des entgegenstehenden Willens des schwächeren Teils geprägte Beziehung handele.

Vor diesem Hintergrund könne eine neue Vorschrift wie folgt aussehen:

§ 177 Abs. 1 StGB-E

Wer gegen den erklärten Willen einer anderen Person oder unter Umständen, in denen fehlende Zustimmung offensichtlich ist, oder wissend, dass dies dem Willen der anderen Person widerspricht, sexuelle Handlungen an dieser vornimmt oder an sich vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlung an oder mit einem Dritten bestimmt, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

In Bezug auf die „Nein-heißt-Nein“-Lösung setzten sich die Mitglieder der Reformkommission gesondert mit der Frage des Tatnachweises und der Möglichkeit von Falschbeschuldigungen auseinander. Diese Fragen sind zunächst vor dem Hintergrund des Impulsreferates von *Laubenthal* mit dem Titel „Kriminologische Aspekte zu Vergewaltigung und sexueller Nötigung – unter besonderer Berücksichtigung des Auseinanderfallens von Strafanzeigen und Verurteilungen“ zu sehen, aus dem sich ergab, dass viele Anzeigen wegen einer Straftat nach § 177 StGB a. F. nicht zu einer Verurteilung führten.

Im Einzelnen führte *Laubenthal* aus, dass sich ohnehin mehr als 80 % der Opfer von Sexualdelikten gegen eine Anzeige der Straftat entschieden. Dies gelte insbesondere für Taten im sozialen Nahbereich. Die Motive hierfür seien vielfältig (z. B. Angst davor,

dass nicht geglaubt wird; schuldig gefühlt, weil nicht genug gewehrt; emotionale Überforderung; Reaktionen des sozialen Umfelds; mangelndes Vertrauen in Behörden, Polizei etc.; Sozialisation). Im verbleibenden Hellfeld ergebe sich eine Diskrepanz, wenn man die Polizeiliche Kriminalstatistik (PKS) einerseits und die Strafverfolgungsstatistik andererseits betrachte. Ausweislich der PKS seien im Jahr 2014 wegen sexueller Nötigung und Vergewaltigung nach § 177 StGB a. F. insgesamt 11.967 Straftaten³⁹ und 9.649 Tatverdächtige ab 14 Jahren⁴⁰ registriert worden. Die Zahl der Abgeurteilten habe ausweislich der Strafverfolgungsstatistik im Jahr 2013 nur 1.680 und die Zahl der Verurteilten nur 1.129 betragen. Der Vergleich zwischen Tatverdächtigten und Abgeurteilten bzw. Verurteilten weise trotz des Umstandes, dass die Zahlen aus der PKS nicht ohne Weiteres mit den Zahlen aus der Strafverfolgungsstatistik vergleichbar seien, eine augenfällige Diskrepanz auf. Soweit es Untersuchungen zur Ursache der Diskrepanz gebe, lasse sich tendenziell feststellen, dass staatsanwaltschaftlichen Selektions- und Definitionsprozessen die größte Relevanz zukomme. Zum einen würden Straftaten, die von der Polizei als sexuelle Nötigung oder Vergewaltigung bezeichnet worden seien, zwar zunächst als solche in der PKS geführt, später aber häufig von der Staatsanwaltschaft als anderes (Sexual-)Delikt gewertet und nach entsprechender Verurteilung mit einer anderen Deliktsbezeichnung in der Strafverfolgungsstatistik eingetragen. Eine große Anzahl von Verfahren werde aber auch von der Staatsanwaltschaft nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellt, weil die Ermittlungen keinen genügenden Anlass zur Erhebung der öffentlichen Klage böten. Ursache seien in der Regel Beweisschwierigkeiten wegen widersprüchlicher oder unglaubhafter Aussagen des Opfers, fehlende Bereitschaft zur Mitwirkung bei der Tataufklärung oder die Tatsache, dass geschilderte Sachverhalte nicht alle Tatbestandsmerkmale verwirklichten.

Auf dieser Grundlage betrachteten die Mitglieder der Reformkommission die Frage der Beweisschwierigkeiten im Hinblick auf die „Nein-heißt-Nein“-Lösung gesondert wie folgt:

Thiele hielt ein Impulsreferat, welches sich aus polizeilicher Sicht mit Beweisschwierigkeiten bei der „Nein-heißt-Nein“-Lösung auseinandersetzte. Die polizeiliche Ermitt-

³⁹ Vgl. Polizeiliche Kriminalstatistik, Jahrbuch 2014, Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung, Tabelle 01, Schlüssel 111000 und 112000. Im Jahr 2015 waren es ausweislich der Polizeilichen Kriminalstatistik, Jahrbuch 2015, Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung, Tabelle 01, Schlüssel 111000 und 112000 insgesamt 11.808 Straftaten.

⁴⁰ Vgl. Polizeiliche Kriminalstatistik, Jahrbuch 2014, Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung, Tabelle 20, Schlüssel 11100 und 112000. Im Jahr 2015 waren es ausweislich der Polizeilichen Kriminalstatistik, Jahrbuch 2015, Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung, Tabelle 20, Schlüssel 111000 und 112000 insgesamt 9.530 Tatverdächtige.

lungensarbeit sei auf die Erlangung von Beweismitteln gerichtet. Dabei stünden der Personalbeweis (Beschuldigter, Zeuge, Sachverständiger) und der Sachbeweis (Augenscheinsobjekt, Urkunde) zur Verfügung. Das Vorliegen eines entgegenstehenden Willens oder eines Einverständnisses lasse sich durch diese Beweismittel kaum belegen, weil es in erster Linie subjektiv geprägt sei und sich dadurch von Tatbestandsmerkmalen wie „Gewalt“, „Bedrohung“, „Gegenwehr“, „Flucht“ etc. unterscheide. Denn diese Tatbestandsmerkmale setzten eine objektive Aktion in der Außenwelt voraus, die Spuren, wie etwa Verletzungen oder lautstarke von Dritten wahrnehmbare Auseinandersetzung etc., nach sich zögen.

Röhrig ergänzte die Frage der Beweisbarkeit durch ihr Impulsreferat „Schwierigkeiten beim Tatnachweis“ aus richterlicher Sicht. Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung seien häufig dadurch geprägt, dass sie zwischen zwei Personen ohne weitere Zeugen stattfinden und daher „Aussage gegen Aussage“ stehe oder der Beschuldigte von seinem Recht zu schweigen Gebrauch mache. Der Bundesgerichtshof verlange in Fällen, bei denen Aussage gegen Aussage stehe, eine Aussageanalyse. Ausgangspunkt der Aussageanalyse sei die sogenannte „Nullhypothese“. Diese bedeute, dass am Anfang die Vermutung stehen müsse, dass die belastende Aussage unwahr sei. Erst wenn diese Annahme sich mit den erhobenen Fakten nicht mehr in Einklang bringen lasse, könne die Nullhypothese verworfen werden. Hierzu müssten die Angaben der Auskunftsperson inhaltlich konsistent sein. Sie müssten Realkennzeichen enthalten (z. B. nebensächliche Details, abgebrochene Handlungsabläufe, unerwartete Komplikationen oder unverstandene Handlungselemente) und konstant sein. Eine erfundene Aussage beschränke sich demgegenüber eher auf einen wesentlichen, zentralen Handlungsablauf. Die „Nein-heißt-Nein“-Lösung weise jedoch keine ausreichende Grundlage dafür auf, dass anhand einer erlebnisfundierten Aussage das Vorliegen der genannten Kriterien überprüft werden könnte. Denn die Aussage erschöpfe sich darin, dass ein entgegenstehender Wille vorgelegen habe. Es sei daher nicht möglich, eine solche Aussage auf ihren Wahrheitsgehalt zu überprüfen.

Schließlich hielten die Mitglieder der Reformkommission es für relevant, ob mit der „Nein-heißt-Nein“-Lösung die Gefahr von Falschbeschuldigungen steigen würde. *Herrmann* beleuchtete diese Problematik in ihrem Impulsreferat „Missbrauchsgefahr durch Falschanzeigen“. Einleitend führte sie aus, dass nach der damaligen Rechtslage etwa bei 5 % bis 7,5 % der angezeigten Fälle von sexueller Nötigung oder Vergewaltigung eine falsche Verdächtigung gemäß § 164 StGB oder das Vortäuschen einer Straftat gemäß § 145d StGB vorliege. Dabei seien in etwa 2/3 der Fälle das vermeintli-

che Opfer und der Tatverdächtige tatsächlich gar nicht zusammengetroffen. In etwa 1/3 der Fälle sei es entgegen der späteren Aussage tatsächlich zu einvernehmlichen sexuellen Handlungen gekommen. Die meisten Fälle seien von dem vermeintlichen Opfer selbst angezeigt worden, wobei dies häufig erst nach der Einflussnahme durch Dritte erfolgt sei. In ca. 5 % der Fälle der §§ 164, 145d StGB sei eine gezielte Falschanzeige aus Rache erfolgt. In 45 % der Fälle hätten die vermeintlichen Opfer den Einsatz leichter Gewaltformen durch den angeblichen Täter beschrieben; in 20 % der Fälle starke oder extreme körperliche Gewalt.

Nach *Herrmann* bestehe im Ergebnis keinen Grund zu der Annahme, dass sich der aufgezeigte faktische Rahmen des Hellfeldes durch die Aufnahme der „Nein-heißt-Nein“-Lösung wesentlich verschieben werde. Zwar müsse die Falschaussage nur in einem Detail vom tatsächlichen Geschehen abweichen, da eine Person nach einer einvernehmlichen sexuellen Handlung lediglich behaupten müsse, diese habe gegen ihren erklärten Willen stattgefunden. Dem sei aber entgegenzuhalten, dass sich die Motivlage der vermeintlichen Opfer durch die „Nein-heißt-Nein“-Lösung nicht verändern werde, so dass ein Mehr an Falschanzeigen nicht zu erwarten sei. Ferner sei nicht davon auszugehen, dass vermeintliche Opfer aufgrund eines geänderten Tatbestandes den Inhalt der Falschanzeige an diesen anpassen würden. Vielmehr sei zu vermuten, dass die Mehrheit der vermeintlichen Opfer nach wie vor Gewalthandlungen schildern würde, da dies mit einer klischeehaften Vorstellung über Sexualdelikte korrespondiere. Eine Falschanzeige als solche zu erkennen, werde daher durch eine neue Rechtslage nicht schwieriger oder einfacher; zumal bereits gegenwärtig in 1/3 der Fälle tatsächlich einvernehmliche sexuelle Handlungen zugrunde lägen.

cc) Die kasuistisch-punktueller Lösung

Eisele stellte in seinem Impulsreferat „Zur Umsetzung von Art. 36 der Istanbul-Konvention“ ein Konzept vor, mit dem die Strafbarkeitslücken durch neue Straftatbestände punktuell erfasst würden, ohne auf das Fehlen des Einverständnisses oder den erklärten Willen abzustellen. Eine solche Lösung sei hinreichend bestimmt und decke sich im Ergebnis weitgehend mit der „Nein-heißt-Nein“-Lösung. Ein entsprechender Tatbestand könne wie folgt lauten:

„Wer unter Ausnutzung einer Lage [alternativ: Wer in einer Lage], in der Widerstand für das Opfer nicht möglich ist [Variante 1] oder eine Lage, in der dem Opfer ein erheblicher Nachteil droht [Variante 2] oder das Opfer einen erheblichen

Nachteil befürchtet [Variante 3], dieses dazu bringt, sexuelle Handlungen des Täters oder eines Dritten an sich zu dulden oder an dem Täter oder einem Dritten vorzunehmen, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren [alternativ: sechs Monate bis zu zehn Jahren] bestraft.“

Mit der Variante 1 würden die Fälle des § 179 StGB in der Fassung vom 27. Dezember 2003 (§ 179 StGB a. F.) erfasst und darüber hinaus die Überraschungsfälle sowie Fälle, bei denen der Täter sein sexuelles Ansinnen durch Täuschung verbirgt. § 179 StGB a. F. könnte im Gegenzug aufgehoben werden.

Mit der Variante 2 und 3 würden die Fälle erfasst, bei denen dem Opfer ein empfindliches Übel entweder objektiv drohe oder es ein solches Übel befürchte. Damit würden auch Fälle erfasst, bei denen zwischen Nötigungsmittel und Nötigungserfolg kein Finalzusammenhang bestehe. Dies seien vor allem die „Klima-der-Gewalt“-Fälle. Da der Täter wisse, dass er gegenüber dem Opfer in der Vergangenheit bereits aggressiv aufgetreten sei, dürfte der Nachweis des Vorsatzes auch bei einer subjektiven Fassung der Norm unproblematisch sein. Ferner seien die Fälle erfasst, bei denen das Opfer keine Körperverletzungs- oder Tötungsdelikte befürchte, sondern andere Rechtsgutsbeeinträchtigungen wie z. B. die Beeinträchtigung des Eigentums oder der Freiheit.

Im Gegenzug könnte § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB a. F. gestrichen oder unter Verzicht auf das Element der Nötigung zur Qualifikation aufgestuft werden. § 240 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 StGB a. F.⁴¹ könne ebenfalls gestrichen werden, da die einfache Nötigung durch die Neuregelung erfasst wäre. Alternativ könne die Regelung in das Sexualstrafrecht verschoben werden, wenn man wegen der Nötigung einen höheren Strafrahmen vorsehen möchte.

Bezjak stellte den Gesetzentwurf des BMJV vor, der – wie der Vorschlag von *Eisele* – als Grundtatbestand neue Straftatbestände vorsah, um die Strafbarkeitslücken zu schließen. Dieser Vorschlag stellte sich in der Fassung des Regierungsentwurfes⁴² wie folgt dar:

§ 179 StGB-E

(1) Wer unter Ausnutzung einer Lage, in der eine andere Person

1. aufgrund ihres körperlichen oder psychischen Zustands zum Widerstand unfähig ist,

⁴¹ Der Gesetzgeber hat § 240 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 StGB im Zuge des 50. StrÄndG gestrichen.

⁴² Vgl. BT-Drs. 18 / 8210, S. 3.

2. aufgrund der überraschenden Begehung der Tat zum Widerstand unfähig ist oder

3. im Fall ihres Widerstandes ein empfindliches Übel befürchtet,

sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt oder an sich von dieser Person vornehmen lässt, wird mit Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 10 Jahren, in minder schweren Fällen der Nummern 2 und 3 mit Freiheitsstrafe von 3 Monaten bis zu 5 Jahren bestraft.

d) Diskussion

Die Mitglieder der Reformkommission waren mehrheitlich der Auffassung, dass Artikel 36 der Istanbul-Konvention zwar gesetzgeberischen Handlungsbedarf auslöst, diesem aber mit einer kasuistisch-punktuellen Lösung hinreichend Rechnung getragen werden kann. Einigkeit bestand darin, dass unabhängig von der Istanbul-Konvention Strafbarkeitslücken vorliegen. Es stellte sich damit die Frage, welchem Lösungsansatz unabhängig von der Istanbul-Konvention der Vorzug zu geben ist.

Die „Nur-Ja-heißt-Ja“-Lösung wurde von der Reformkommission für lebensfremd erachtet, da jede einzelne sexuelle Handlung auch innerhalb eines einheitlichen Geschlechtsaktes vorab ausdrücklich verbal oder konkludent konsentiert werden müsste. Ferner bestünde die Gefahr, dass auch nicht strafwürdige – insbesondere ambivalente – Fälle strafrechtlich erfasst würden. Es sei auch unklar, wie z. B. mit einem „Ja“ umzugehen sei, welches durch Täuschung erschlichen worden sei.

Hinsichtlich der Frage, ob der „Nein-heißt-Nein“-Lösung oder der kasuistisch-punktuellen Lösung der Vorzug zu geben sei, gingen die Meinungen in der Reformkommission auseinander. In einer ausführlichen und über mehrere Sitzungstage hinweg geführten Diskussion wurden die unterschiedlichen Positionen ausgetauscht. Gegen die „Nein-heißt-Nein“-Lösung wurde vorgebracht, dass sie zu weitreichend sei. Dem Gesetzgeber komme kein sexualpädagogischer Auftrag zu. Ferner sei die Beweisführung erheblich erschwert, so dass im Ergebnis noch weniger Anzeigen zu einer Verurteilung führten. Es bestünde die Gefahr, dass auch nicht strafwürdige Fälle erfasst würden. Zu denken sei dabei an Fallkonstellationen, bei denen die eine Person die sexuelle Handlung zunächst ablehne, die andere Person aber gleichwohl sexuelle Handlungen vornehme und es sodann zum einvernehmlichen Ge-

schlechtsverkehr komme. Die Tat sei dann aber bereits mit Vornahme der (ersten) sexuellen Handlung gegen den erklärten Willen vollendet, obwohl sie bei einer ex-post-Betrachtung nicht strafwürdig sei. Es sei zweifelhaft, ob dies mit dem Schuldprinzip vereinbar sei. Es sei ferner zweifelhaft, ob neben der kasuistisch-punktuellen Lösung überhaupt Fälle denkbar seien, die darüber hinausgehend von der „Nein-heißt-Nein“-Lösung erfasst würden.

Gegen die kasuistisch-punktueller Lösung wurde vorgebracht, dass sie sich lediglich auf die Strafbarkeitslücken konzentriere und damit die Fälle nicht erfasse, bei denen der Täter schlicht gegen den Willen des Opfers eine sexuelle Handlung vornehme. Diese Fälle seien aber strafwürdig, weil sie die sexuelle Selbstbestimmung des Opfers verletzen. Es gebe Situationen, in denen das Opfer zwar einen entgegenstehenden Willen artikuliere, diesen aber nicht durchsetze. Die Gründe könnten vielfältig sein und in der körperlichen oder (situationsbedingten) psychischen Konstitution des Opfers ihren Ausgangspunkt haben. Es sei dem Täter im Übrigen ganz unabhängig von der Motivlage zumutbar, einen entgegenstehenden Willen zu akzeptieren. Die Rechtsordnung schütze auch an anderer Stelle Personen, deren Verhalten aus objektiver Sicht nicht nachvollziehbar sei (z. B. beim Betrug nach § 263 StGB). Die oben genannte Fallkonstellationen, bei denen die sexuelle Handlung zunächst abgelehnt werde, es im weiteren Verlauf aber doch zu dann einvernehmlichem Geschlechtsverkehr komme, würden in der Regel nicht zur Anzeige gebracht oder gemäß § 153 StPO eingestellt. Derartige Randbereiche der Strafbarkeit gebe es auch bei anderen Delikten wie z. B. kleinere Diebstähle zwischen Eheleuten oder Fälle des § 176 StGB, bei denen zwischen Täter und Opfer ein sehr geringer Altersunterschied besteht.⁴³

3. Abstimmung zum Reformbedarf des § 177 StGB a. F.

Die Mitglieder der Reformkommission haben auf der Grundlage der dargestellten Diskussionen die folgenden Fragen aufgeworfen und über diese wie folgt abgestimmt:

I. Lösungsansätze

Frage 1: Zwingt Artikel 36 der Istanbul-Konvention zu gesetzgeberischen Maßnahmen?

Abstimmung: Ja: 10 Mitglieder; Nein: 2 Mitglieder

⁴³ Vgl. hierzu Themenkomplex 3, Punkt III.1,a.bb.

Frage 2: Unterstellt, Frage 1 wird bejaht: Zwingt Artikel 36 der Istanbul-Konvention zur Einverständnislösung?

Abstimmung: Ja: 0 Mitglieder; Nein: 12 Mitglieder

Frage 3: Ist es unabhängig von der Istanbul-Konvention notwendig, die Strafbewehrung über den geltenden § 177 StGB hinaus zu erweitern (Strafbarkeitslücken)?

Abstimmung: Ja: 12 Mitglieder; Nein: 0 Mitglieder

Frage 4: Unterstellt, es wird erweitert. Welche Lösung wird bevorzugt?

- a) die „Ja-ist- Ja“-Lösung (Ansatz djb) oder
- b) die „Nein-ist-Nein“-Lösung (Ansatz Hörnle) oder
- c) die punktuelle Erweiterung (Ansatz Eisele)

Abstimmung: a): 0 Mitglieder; b): 4 Mitglieder, c): 8 Mitglieder

II. Kasuistisch-punktuelle Lösung

Halten Sie ausgehend von dem Lösungsansatz der punktuellen Erweiterung der Straftatbestände – folgende Änderungen für nötig?

Frage 1: Sollen sogenannte Überraschungsfälle strafrechtlich erfasst werden?

Abstimmung: Ja: 11 Mitglieder; Nein: 1 Mitglied

Frage 2: Sollen die sogenannten Klima-der-Gewalt-Fälle strafrechtlich erfasst werden?

Abstimmung: Ja: 11 Mitglieder; Nein: 1 Mitglied

Frage 3: Sollen die strafwürdigen Tathandlungen aus dem Nötigungskontext herausgelöst werden?

Abstimmung: Ja: 12 Mitglieder; Nein: 0 Mitglieder

Frage 4: Sollen auch Fälle erfasst werden, die gegenwärtig nicht strafbar sind, weil sich das Opfer lediglich subjektiv in einer schutzlosen Lage befindet?

Abstimmung: Ja: 8 Mitglieder; Nein: 3 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 5: Sollen auch Fälle erfasst werden, die gegenwärtig nicht strafbar sind, weil das Opfer Rechtsgutsbeeinträchtigungen befürchtet, die keine Körperverletzungs- oder Tötungsdelikte darstellen?

Abstimmung: Ja: 7 Mitglieder; Nein: 4 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 6: Änderung in Bezug auf § 240 Abs. 1, Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 StGB:

Sollen Fälle, in denen der Täter mit Rechtsgutsbeeinträchtigungen droht, die keine Körperverletzungs- oder Tötungsdelikte darstellen, im 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB erfasst werden?

Abstimmung: Ja: 11 Mitglieder; Nein: 1 Mitglied

Frage 7: Befürworten Sie einen Tatbestand, bei dem der Täter eine Situation ausnutzt, in der

a) das Opfer bei Widerstand ein empfindliches Übel (auch nur subjektiv) befürchtet oder

b) dem Opfer bei Widerstand ein empfindliches Übel (objektiv) droht oder aufgrund der Umstände zu drohen scheint oder

c) dem Opfer bei Widerstand ein empfindliches Übel (objektiv) droht oder

d) keine von den vorgenannten Varianten?

Abstimmung: a): 3 Mitglieder; b): 5 Mitglieder; c): 1 Mitglied; d): 3 Mitglieder

Frage 8: Soweit ein Änderungsbedürfnis im Sinne der Nummern 1 bis 7 gesehen wird: Halten Sie im Vergleich zu § 177 Abs. 1 StGB eine Absenkung des Strafrahmens für erforderlich?

Abstimmung: Ja: 11 Mitglieder; Nein: 1 Mitglied

2. Reformbedarf bei § 177 StGB (Sexueller Übergriff; Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung) in der Fassung vom 10. November 2016

Am 7. Juli 2016 verabschiedete der Deutsche Bundestag das 50. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung vom 9. November 2016 (50. StrÄndG), welches seit dem 10. November 2016 in Kraft ist.⁴⁴ Die beschlossene Gesetzesfassung weicht deutlich von dem ab, was ursprünglich im Regierungsentwurf vorgesehen war. Das Gesetz führte unter grundlegender Veränderung des § 177 StGB insbesondere die „Nein-heißt-Nein“-Lösung ein. Die Reformkommission musste sich der veränderten Rechtslage stellen und verstand ihre Aufgabe nunmehr darin, die Neufassung einer kritischen Prüfung zu unterziehen und ggf. Änderungsvorschläge zu unterbreiten.

Die Neufassung des § 177 StGB stellte *Bunke* in der 19. Sitzung der Reformkommission vor. Die kritische Würdigung erfolgte durch *Hörnle* mit dem Impulsreferat „Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung“ in der 21. Sitzung. In der 22. Sitzung befasste sich *Marx* mit der Frage, ob und inwieweit die Neugestaltung des § 177 StGB Auswirkungen auf die übrigen Missbrauchsbestände des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des StGB hat. Teilweise gibt es Überschneidungen mit dem Themenkomplex 2 (Reformbedarf bei § 179 StGB a. F.). Zu dem Themenkomplex 2 war die Beauftragte der Bundesregierung für die Belange von Menschen mit Behinderung – *Bentele* – am 3. Sitzungstag angehört worden. In der 4. Sitzung hörte die Reformkommission *Zinsmeister* (Professorin an der TH Köln) und *Egli-Alge* (Geschäftsführerin am forensischen Institut Ostschweiz) zu den Belangen von Menschen mit Behinderung im Rahmen des Themenkomplexes 2 an. *Simon* hielt in der 13. und 14. Sitzung der Reformkommission ein Impulsreferat zu den Wertungswidersprüchen und Systemwidrigkeiten des 13. Abschnitts des StGB, welches ebenfalls auf einzelne der nachfolgenden Aspekte einging.

a) Darstellung und Problematisierung der Neugestaltung des § 177 StGB n. F.

Zur Struktur des § 177 StGB n. F. führte *Bunke* aus, dass in § 177 StGB n. F. nunmehr Missbrauchs- und der Nötigungstatbestand zusammengeführt worden seien. Die Vorschrift nehme dabei den Regelungsgehalt des gestrichenen § 179 StGB a. F. (Sexueller Missbrauch widerstandsunfähiger Personen) und von § 240 Abs. 1 und Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 StGB (Nötigung im besonders schweren Fall) in sich auf. Ferner enthalte § 177 StGB n. F. darüberhinausgehende Straftatbestände, mit denen Strafbarkeitslücken geschlossen werden sollten. *Hörnle* stellte heraus, dass § 177 StGB n. F. (Sexueller Übergriff; Sexuelle Nötigung;

⁴⁴ Vgl. BGBl. I, S. 2460 ff.

Vergewaltigung) insgesamt über sechs Grundtatbestände verfüge. Neu erfasst seien dabei nunmehr auch sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt.

Mit großer Mehrheit sprach sich die Reformkommission dafür aus, die Nötigungstatbestände der Drohung und Gewalt einerseits und die Tatbestände des sexuellen Übergriffs bzw. Missbrauchs andererseits in zwei getrennten Vorschriften zu regeln. Durch eine solche Trennung könnten stimmigere Strafraumen und Qualifikationen geschaffen werden. Im Übrigen könne die Vergewaltigung wieder an die Nötigungshandlung gekoppelt werden.

aa) Die Überschrift des § 177 StGB n. F. (Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung)

Bunke wies darauf hin, dass von dem ursprünglichen Straftatbestand der sexuellen Nötigung aus § 177 StGB a. F. nicht viel übrig geblieben sei. So gebe es anders als noch in § 177 Abs. 1 Nr. 1 StGB a. F. keine Nötigung mittels Gewalt mehr. Allein die sexuelle Nötigung mittels Drohung gemäß § 177 Abs. 2 Nr. 5 StGB n. F. rechtfertige den Begriff der „sexuellen Nötigung“ in der Überschrift. Demgegenüber vertrat *Hörnle* den Standpunkt, dass es nicht überzeuge, den Begriff der sexuellen Nötigung auf Fälle des § 177 Abs. 2 Nr. 5 StGB n. F. zu beschränken. Vielmehr sei die Bezeichnung „Sexuelle Nötigung“ allgemein auf die Qualifikation des § 177 Abs. 5 StGB n. F. zu beziehen. § 177 Abs. 5 StGB n. F. setze zwar keine Nötigung voraus, sie werde aber gleichwohl meist vorliegen. Aus diesem Grund sollten Tat handlungen aus § 177 Abs. 5 StGB n. F. auch als sexuelle Nötigung tenoriert werden.

Die Mitglieder der Reformkommission vertraten zum Teil die Auffassung, dass die Streichung der sexuellen Nötigung aus der Überschrift sinnvoll sei. Es sei unklar, was der Gesetzgeber hiermit meine. Mehrheitlich wurden darunter nicht die Fälle des Absatzes 5 verstanden, da § 177 Abs. 5 StGB n. F. gerade keine Nötigung voraussetze.

Überwiegend wurde es für wichtig erachtet, dass jedenfalls der Begriff „Vergewaltigung“ in der amtlichen Überschrift verbleibe. Der Rechtsanwender suche diesen Begriff. Wenn am Ende nur der Begriff des sexuellen Übergriffs in der Überschrift verbleibe, wirke dies ver harmlosend. Die Bedeutung der Überschrift sei nicht zu unterschätzen, da sie für den Urteils tenor und den Eintrag im Bundeszentralregister wegweisend sei.

bb) § 177 Abs. 1 StGB n. F. (Sexuelle Handlungen gegen den erkennbaren Willen)

Gemäß § 177 Abs. 1 StGB n. F. wird mit Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 5 Jahren bestraft, wer gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt.

(1) Der erkennbar entgegenstehende Wille

Bunke wies darauf hin, dass der Gesetzgeber nicht auf die von *Hörnle* angedachte Formulierung „gegen den *erklärten* Willen“ zurückgegriffen habe, sondern auf den erkennbaren Willen abstelle. Hierzu ergänzte *Hörnle*, dass der entgegenstehende Wille allerdings nur dann erkennbar sei, wenn er ausdrücklich verbal oder konkludent erklärt werde. Es sei immer ein verbaler oder non-verbaler Kommunikationsbeitrag erforderlich. Es genüge daher nicht, wenn sich der entgegenstehende Wille aus dem sonstigen Kontext ergeben könne. Denn die Fälle fehlender Kommunikation seien bereits von § 177 Abs. 2 StGB n. F. erfasst. Wollte man annehmen, dass sich der entgegenstehende Wille auch aus sonstigen Umständen ergeben könne, seien § 177 Abs. 2 Nr. 5 StGB n. F. und § 177 Abs. 1 StGB n. F. nahezu deckungsgleich. Denn der entgegenstehende Wille sei auch im Falle einer Drohung aus objektiver Sicht erkennbar. Die gleichwohl erfolgende Vornahme einer sexuellen Handlung erfülle damit den Tatbestand des § 177 Abs. 1 StGB n. F.

(2) Sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt

Bunke wies darauf hin, dass die Vorschrift nunmehr auch sogenannte Hands-off-Delikte – also sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt des Opfers mit dem Täter oder einem Dritten – erfasse. Dabei habe es sich um eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers gehandelt, die durch das „an“ anstelle von „an sich“ zum Ausdruck gebracht werde. § 177 StGB n. F. sehe für sexuelle Handlungen mit und ohne Körperkontakt dieselben Strafrahmen vor.

Zwei Drittel der Reformkommission begrüßten die Erfassung von sexuellen Handlungen ohne Körperkontakt. Hands-off-Delikte könnten sehr demütigend sein und die sexuelle Selbstbestimmung unter Umständen sogar stärker beeinträchtigen als sexuelle Handlungen mit Körperkontakt (z. B. vom Täter veranlasste sexuelle Handlungen des Opfers mit einem Tier). Es sei daher auch nicht angezeigt, sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt mit einem geringeren Strafrahmen zu versehen als sexuelle Handlungen mit Körperkontakt. Soweit in Frage gestellt werde, dass Opfer überhaupt gegen ihren Willen sexuelle Handlungen an sich vornehmen würden, sei auf komplexe psychische Vorgänge zu verweisen, bei denen das

Opfer zwar ein „Nein“ klar kommuniziere, dann aber nicht die Kraft aufbringe, danach zu handeln.

(3) Das Verhältnis zu anderen Missbrauchsvorschriften

Marx führte aus, dass § 177 Abs. 1 StGB n. F. zu den übrigen Missbrauchstatbeständen in Tateinheit stehe. Die Vorschrift komme bei jedem Handeln gegen den erkennbaren Willen zur Anwendung, während die übrigen Missbrauchstatbestände nicht von einem entgegenstehenden Willen abhingen, sondern von dem Ausnutzen einer Schwächeposition des Opfers durch den Täter. Dies gelte auch im Verhältnis zu den §§ 176 ff. StGB. Denn wenn das Kind einen entgegenstehenden Willen erkennen lasse, verwirkliche der Täter ein über §§ 176 ff. StGB hinausgehendes Unrecht.

(4) Die „Nein-heißt-Nein“-Lösung

Die Mitglieder der Reformkommission diskutierten erneut über die „Nein-heißt-Nein“-Lösung. Der Umstand, dass diese zwischenzeitlich Eingang in das Gesetz gefunden hatte, führte zu einer neuen Ausgangssituation. Während ursprünglich darüber diskutiert worden war, ob die „Nein-heißt-Nein“-Lösung neu in das Gesetz eingeführt werden soll, hatte man sich nunmehr darüber Gedanken zu machen, ob sie im Gesetz beibehalten werden sollte. Die Reformkommission setzte sich mit der Veränderung der Situation auseinander und verständigte sich darauf, dass diese Veränderung ggf. auch eine Änderung im Abstimmungsverhalten der Reformkommissionsmitglieder rechtfertigen kann. So kann man nach Auffassung der Reformkommission z. B. grundsätzlich Sympathien für die punktuelle Lösung haben und nunmehr gleichwohl – etwa unter dem Aspekt der gesetzlichen Kontinuität - für die Beibehaltung der „Nein-heißt-Nein“-Lösung plädieren.

cc) § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB n. F. (Ausnutzen der Unfähigkeit des Opfers zur Willensbildung oder –äußerung)

Gemäß § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB n. F. wird mit Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 5 Jahren bestraft, wer sexuelle Handlungen an einer anderen Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt, wenn der Täter ausnutzt, dass die Person nicht in der Lage ist, einen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern.

(1) Übernahme des Regelungsgehaltes aus § 179 StGB a. F. (Sexueller Missbrauch widerstandsunfähiger Personen)

Bunke wies darauf hin, dass § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB n. F. im Wesentlichen den Regelungsgehalt aus § 179 StGB a. F. aufgreife, der im Gegenzug gestrichen wurde. Da die Vorschrift anders als § 179 StGB a. F. nicht auf geistige oder seelische Krankheit oder Behinderung abstelle, erfasse die Vorschrift Menschen mit und ohne Behinderung gleichermaßen. Auf diese Weise entfalle der Vorwurf, der gegen § 179 StGB a. F. erhoben worden sei, dass für Menschen mit Behinderung eine gesonderte Regelung mit einem – im Vergleich zu § 177 Abs. 1 StGB a. F. – geringeren Strafraumen gelte. Dieser Vorwurf war u. a. von der Beauftragten der Bundesregierung für die Belange von Menschen mit Behinderung erhoben worden.

Hörnle ergänzte, dass das Opfer zur Willensbildung oder –äußerung absolut unfähig sein müsse, wobei der Grund für diesen Zustand irrelevant sei (Alkohol, Drogen, Schlaf, Behinderung etc.). § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB n. F. solle dabei nach der Begründung der Beschlussempfehlung⁴⁵ auch zur Anwendung kommen, wenn sich das Opfer in einer schutzlosen Lage befinde und starr vor Furcht sei. Unklar sei, ob § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB n. F. auch greife, wenn der Täter Gewalt anwende und das Opfer aus diesem Grund zur Willensbildung oder –äußerung unfähig sei. Vorzugswürdig wäre es nach Auffassung von *Hörnle* gewesen, einen weiteren Grundtatbestand vorzusehen, der ausdrücklich die Anwendung von Gewalt erfasse. Es mute künstlich an, die Fälle, bei denen das Opfer wegen Gewaltanwendung starr vor Furcht sei, unter die Nummer 1 zu subsumieren.

Einige Mitglieder der Reformkommission vertraten die Auffassung, dass das Ausnutzen einer objektiv schutzlosen Lage nicht zwingend nur von § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB n. F. erfasst sei. Entscheidend sei allein, ob das Opfer aus objektiver Sicht absolut unfähig sei, einen Willen zu bilden oder zu äußern. Das Ausnutzen einer schutzlosen Lage oder auch die Anwendung von Gewalt könne abhängig vom Einzelfall auch die Grundtatbestände aus § 177 Abs. 2 Nr. 4 StGB n. F. (Drohen eines empfindlichen Übels) oder § 177 Abs. 2 Nr. 5 StGB n. F. StGB (Nötigung durch Drohung mit einem empfindlichen Übel) erfüllen.

(2) Einbeziehung von Kindern in den Schutzbereich des § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB n. F.

Marx führte aus, dass § 179 StGB a. F. bislang Kinder, die aufgrund ihres altersentsprechenden Entwicklungsstandes widerstandsunfähig seien, nicht in seinen Tatbestand einbe-

⁴⁵ Vgl. BT-Drs. 18 / 9097, S. 28.

zogen habe. Da § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB n. F. den Regelungsgehalt des § 179 StGB a. F. in sich aufnehme, liege die Annahme nahe, dass dies auch weiterhin gelte und zwar auch für § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB n. F.

Die Reformkommission wies darauf hin, dass der oben genannte Regierungsentwurf in seiner Fassung des § 179 Abs. 1 Nr. 1 StGB-E ausdrücklich auch Kinder erfasst habe.⁴⁶ Gleichwohl ging die Reformkommission davon aus, dass das für die Neufassung des § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB n. F. nicht der Fall sei. Anderenfalls würden für die Praxis Probleme entstehen. Es bestünde die Gefahr, dass jeweils durch Gutachten geklärt werden müsste, ob das Kind zum Tatzeitpunkt entwicklungsbedingt unfähig war, einen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern. Die Beschlussfassung enthalte daher zu Recht keine Ausführungen zu den Kindern im Rahmen der Begründung des § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB n. F. Der sexuelle Missbrauch von Kindern gemäß den §§ 176 ff. StGB stelle daher weiterhin eine den § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB n. F. ausschließende Spezialregelung dar. Allerdings stünden Kinder, die altersbedingt nicht zur Willensbildung oder –äußerung in der Lage sind, damit nicht unter dem (gleichwertigen) Schutz bestimmter Qualifikationstatbestände (§ 177 Abs. 5, 7 Nr. 1 und 2, 8 Nr. 1 StGB n. F.) bzw. nur mit einem reduzierten Strafraumen (§ 176a Abs. 2 Nr. 3 StGB im Vergleich zu § 177 Abs. 7 Nr. 3 StGB n. F.). Auch eine Tenorierung wegen Vergewaltigung sei in diesen Fällen nicht möglich. Im Übrigen stehe § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB n. F. zu den übrigen Missbrauchstatbeständen in Tateinheit.

(3) Der Strafraumen

Hinsichtlich des Strafraumens vertrat die Reformkommission mit großer Mehrheit die Auffassung, dass § 177 Abs. 1 und Abs. 2 StGB n. F. denselben Strafraumen aufweisen sollten. Denn in beiden Absätzen gehe es gleichermaßen um die Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung, die jeweils am Willen des Opfers ausgerichtet sei. Entweder handele der Täter gegen den erkennbaren Willen des Opfers (Absatz 1) oder er nutze aus, dass das Opfer keinen tragfähigen Willen bilden oder äußern könne bzw. in dieser Fähigkeit erhebliche Einschränkungen aufweise (Absatz 2).

dd) § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB n. F. (Ausnutzen der erheblichen Einschränkung in der Fähigkeit zur Willensbildung oder –äußerung)

Gemäß § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB n. F. wird mit Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 5 Jahren bestraft, wer sexuelle Handlungen an einer anderen Person vornimmt oder von ihr vorneh-

⁴⁶ Vgl. BT-Drs. 18 / 8210, S. 15.

men lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt, wenn er ausnutzt, dass die Person aufgrund ihres körperlichen oder psychischen Zustands in der Bildung oder Äußerung des Willens erheblich eingeschränkt ist, es sei denn, er hat sich der Zustimmung dieser Person versichert.

(1) Die „Nur-ja-heißt-ja“-Lösung

Zum Schutz von Personen mit erheblicher Einschränkung in der Willensbildung oder –äußerung (z. B. Menschen mit Behinderung, stark Betrunkene) werde laut *Bunke und Hörnle* das im Übrigen geltende „Nein-heißt-Nein“-Prinzip in das „Nur-Ja-heißt-Ja“-Prinzip verkehrt.⁴⁷ Der Sexualpartner müsse sich bei diesem Personenkreis der Zustimmung zu einer sexuellen Handlung versichern. Einen Filter stelle das Tatbestandsmerkmal des Ausnutzens dar. Ein Ausnutzen liege nach *Hörnle* grundsätzlich nicht vor, wenn *alle* Beteiligten stark betrunken oder Menschen mit erheblicher geistiger Behinderung seien. Einigkeit bestand darin, dass insbesondere diese Fälle, in denen alle Beteiligten zum Tatzeitpunkt betrunken seien, in der Praxis Probleme bereiten dürften.

(2) Die Auswirkungen auf Menschen mit Behinderung

Einige Mitglieder der Reformkommission vertraten die Auffassung, dass die Vorschrift Menschen mit erheblicher Einschränkung in der Willensbildung oder –äußerung zu Unrecht anders behandle als Menschen ohne diese Einschränkungen. Die Sachverständigen *Zinsmeister* und *Egli-Alge* vertraten die Auffassung, dass möglichst keine gesonderten Straftatbestände zum Schutz von Menschen mit Behinderung geschaffen werden sollten.⁴⁸ Menschen mit Behinderung hätten – wie jeder andere Mensch auch – sexuelle Bedürfnisse, die sie ausleben dürfen sollten. Sie könnten auf der Grundlage eines natürlichen Willens durchaus zum Ausdruck bringen, ob sie die sexuelle Handlung wollten oder nicht. Erstrebenswert sei insoweit lediglich eine verbesserte Sexualerziehung, um Menschen mit Behinderung entsprechend über Risiken von Sexualkontakten aufzuklären. Ein gesonderter strafrechtlicher Schutz sei hingegen nicht zwingend erforderlich. Vor diesem Hintergrund vertraten Teile der Reformkommission, dass Menschen mit erheblicher Einschränkung hinreichend von § 177 Abs. 1 StGB n. F. geschützt würden. Es sei nicht nachvollziehbar, dass der Gesetzgeber dem von § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB n. F. geschützten Personenkreis zwar zutraue, eine Zustimmung zu äußern, nicht aber einen entgegenstehenden Willen im Sinne des § 177 Abs. 1 StGB n. F. Soweit ihnen eine Willensäußerung oder –bildung gar nicht möglich sei, würden sie von § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB n. F. geschützt.

⁴⁷ Vgl. BT-Drs. 18 / 9097, S. 25.

⁴⁸ Vgl. hierzu im Einzelnen Themenkomplex 2, Punkt II.1.

Dagegen wurde eingewandt, dass Menschen mit erheblicher Behinderung gerade nicht im selben Maße wie Menschen ohne Behinderung fähig seien, von ihrer sexuellen Selbstbestimmung Gebrauch zu machen. Sie bedürften daher eines gesonderten Schutzes. Die Beauftragte der Bundesregierung für die Belange von Menschen mit Behinderung hatte in ihrer Anhörung ausgeführt, dass es zwar richtig sei, sexuelle Kontakte von Menschen mit Behinderung nicht komplett auszuschließen. Es müsse aber ein Einverständnis vorliegen, welches gegebenenfalls sogar unter Hinzuziehung einer Vertrauensperson eindeutig als solches zu erkennen sein müsse. Die Befürworter eines besonderen strafrechtlichen Schutzes für Menschen mit erheblicher Einschränkung sprachen sich überwiegend für die Gesetzesfassung des § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB n. F. aus. Vereinzelt wurde jedoch gefordert, nicht auf das Handeln des Täters in Form des „Versicherns“ abzustellen, sondern darauf, ob eine Zustimmung tatsächlich vorliege bzw. darauf, ob die sexuelle Handlung dem natürlichen Willen des Opfers entspreche.

(3) Das Verhältnis zu anderen Missbrauchsvorschriften

Aus § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB n. F. sei nach Auffassung von *Hörnle* und *Marx* nicht herauszulesen, dass die faktische Zustimmung nunmehr generell eine Strafbarkeit etwa nach §§ 174a, 174c oder 176 StGB ausschließe. So sei es etwa keine plausible Annahme, dass eine sexuelle Handlung, die aufgrund des Vorliegens einer Zustimmung nicht nach § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB n. F. strafbar sei, auch nicht nach den §§ 174a oder 174c StGB strafbar sein könne. Denn es sei nicht auszuschließen, dass die Zustimmung gerade aus einer Schwächeposition heraus erteilt worden sei. Es könne dann zwar die Strafbarkeit nach § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB n. F. entfallen, weil sich der Täter der Zustimmung versichert und damit seiner Obliegenheit genügt habe. Es bleibe aber gleichwohl bei einer Strafbarkeit z. B. nach § 174a Abs. 2 StGB, wenn der Täter unter den dort genannten Voraussetzungen sexuelle Handlungen mit einer hilfsbedürftigen Person vornehme.

Hörnle warf die Frage auf, ob sich im Zusammenspiel mit § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB n. F. gleichwohl der Schutzzweck der §§ 174a bis 174c StGB ändere und diese Vorschriften nur noch dem Schutz von Allgemeininteressen (z. B. Schutz öffentlicher Einrichtungen) dienten. Dies verneinte *Marx*. § 177 StGB n. F. fange nicht die Ausprägungen der Schutzbereiche der übrigen Missbrauchsdelikte auf. Der Individualschutz der übrigen Missbrauchsdelikte gegen Beeinträchtigungen der sexuellen Selbstbestimmung behielte neben § 177 StGB n. F. vielmehr seine eigenständige Berechtigung. § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB n. F. stehe – wie alle

Grunddelikte des § 177 Abs. 1 und 2 StGB n. F. – wegen der unterschiedlichen Schutzrichtungen in Tateinheit zu den übrigen Missbrauchsdelikten.

ee) § 177 Abs. 2 Nr. 3 StGB n. F. (Überraschungsfälle)

Gemäß § 177 Abs. 2 Nr. 3 StGB n. F. wird mit Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 5 Jahren bestraft, wer sexuelle Handlungen an einer anderen Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt, wenn der Täter ein Überraschungsmoment ausnutzt.

Hierzu führte *Hörnle* aus, dass die Willensbildung oder –äußerung für das Opfer unmöglich sei, wenn der Täter das Opfer überrumple und es auf die Vornahme der sexuellen Handlung nicht reagieren könne. Nach Auffassung von *Bunke* könne es diesbezüglich zu einer Doppelung mit § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB n. F. kommen.

Die Mitglieder der Reformkommission teilten größtenteils diese Auffassung. Denn das überraschte Opfer sei gleichzeitig nicht fähig, einen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern. Andererseits sehe die Beschlussbegründung Raum für einen eigenen Anwendungsbereich.⁴⁹ In jedem Fall schade es nicht, § 177 Abs. 2 Nr. 3 StGB n. F. beizubehalten.

ff) § 177 Abs. 2 Nr. 4 StGB n. F. (Ausnutzen des Umstandes, dass dem Opfer ein empfindliches Übel droht)

Gemäß § 177 Abs. 2 Nr. 4 StGB n. F. wird mit Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 5 Jahren bestraft, wer sexuelle Handlungen an einer anderen Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt, wenn der Täter eine Lage ausnutzt, in der dem Opfer bei Widerstand ein empfindliches Übel droht.

(1) Das Verhältnis zum Regierungsentwurf

Hörnle zeigte auf, dass § 177 Abs. 2 Nr. 4 StGB n. F. im Gegensatz zum oben genannten Regierungsentwurf objektiv gefasst sei.⁵⁰ Dem Opfer müsse also nunmehr aus objektiver

⁴⁹ Vgl. BT-Drs. 18 / 9097, S. 26.

⁵⁰ § 179 Abs. 1 Nr. 3 StGB in der Fassung des Regierungsentwurfes lautete: „Wer unter Ausnutzung einer Lage, in der eine andere Person im Fall ihres Widerstandes ein empfindliches Übel befürchtet,

Sicht ein empfindliches Übel drohen, was für die „Klima-der-Gewalt“-Fälle aus Sicht von *Hörnle* Beweisprobleme im Hinblick auf den Vorsatz mit sich bringen dürfte. Nach *Bunke* würden wegen der objektiven Fassung die Fälle nicht erfasst, in denen objektiv kein Übel drohe, bei denen der Täter aber wisse, dass das Opfer die sexuelle Handlung nur vornehme, weil es anderenfalls ein empfindliches Übel befürchte (z. B. wenn das Opfer davon überzeugt ist, im Falle der Weigerung einem Voodoo-Zauber anheim zu fallen und der Täter dies weiß und ausnutzt).

Mehrheitlich wurde es von der Reformkommission nicht als strafwürdig angesehen, wenn das Opfer das empfindliche Übel lediglich befürchte, ohne dass dieses tatsächlich drohe. Dem wurde teilweise widersprochen: Wenn das Opfer lediglich befürchte, dass ihm ein empfindliches Übel drohe, der Täter dies billigend in Kauf nehme und für seine Zwecke ausnutze, sei dies strafwürdig. Damit würden auch die „Klima-der-Gewalt“-Fälle zuverlässiger erfasst werden. Bei einer solchen subjektiv gefassten Variante sei es ausreichend, dass das Opfer die erneute Gewaltanwendung zum Tatzeitpunkt lediglich befürchte. Die Möglichkeit der Gewaltanwendung sei im Hinblick auf die vorangegangene Gewalt auch plausibel. Demgegenüber müsse bei der objektiven Fassung nachgewiesen werden, dass zum Tatzeitpunkt tatsächlich im Falle der Weigerung des Opfers die Gefahr der Gewaltanwendung bestanden habe. Allerdings müssten auch bei der subjektiven Fassung objektive Anknüpfungspunkte dafür vorliegen, dass das Opfer ein entsprechendes Übel befürchte. Denn anderenfalls sei weder das Ausnutzen noch der Vorsatz des Täters nachweisbar. Die Mehrheit der Vertreter, die auch das Befürchten eines empfindlichen Übels erfassen wollten, schränkte jedoch ein, dass vollkommen irrationale Befürchtungen – wie etwa der Glaube an einen Voodoo-Zauber – tatbestandlich ausgeschlossen sein müssten.

(2) Das Tatbestandsmerkmal „bei Widerstand“

Das Merkmal „bei Widerstand“ sei ausweislich des Vortrags von *Hörnle* im Sinne von „im Fall einer Weigerung“ zu verstehen. Nicht erfasst seien sexuelle Handlungen, die vorgenommen würden, um sich hierdurch einen Vorteil zu sichern (z. B. Verhinderung einer Kündigung). Denn es sei Bestandteil der positiven Freiheit, die Vornahme sexueller Handlungen zweckrational einzusetzen.

(3) Die Freierstrafbarkeit

sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt oder an sich von dieser Person vornehmen lässt, wird (...) bestraft.“ (vgl. BT-Drs. 18 / 8210, S. 3).

Erfasst seien Fälle, bei denen der Freier einer Zwangsprostituierten es mindestens billigend in Kauf nehme, dass der Zwangsprostituierten von dritter Seite ein empfindliches Übel drohe, wenn sie sich der sexuellen Handlung verweigere. Im Vergleich zu § 232a Abs. 6 StGB in der seit dem 15. Oktober 2016 geltenden Fassung, der ebenfalls eine Freierstrafbarkeit für Fälle der Zwangsprostitution enthalte, ergebe sich jedoch eine Strafraumeninkonsistenz. Denn § 232a Abs. 6 StGB sehe nur eine Freiheitsstrafe von 3 Monaten bis zu 5 Jahren vor.

gg) § 177 Abs. 2 Nr. 5 StGB n. F. (Nötigen durch Drohen mit einem empfindlichen Übel)

Gemäß § 177 Abs. 2 Nr. 5 StGB n. F. wird mit Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 5 Jahren bestraft, wer sexuelle Handlungen an einer anderen Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt, wenn der Täter die Person zur Vornahme oder Duldung der sexuellen Handlung durch Drohung mit einem empfindlichen Übel genötigt hat.

Nach Auffassung von *Hörnle* sei es überzeugend, dass § 240 Abs. 4 Nr. 1 StGB vor dem Hintergrund des § 177 Abs. 2 Nr. 5 StGB n. F. gestrichen worden sei. Denn es handele sich um eine Straftat gegen die sexuelle Selbstbestimmung, die im 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB richtig verortet sei.

Die Mitglieder der Reformkommission diskutierten, ob § 177 Abs. 2 Nr. 4 StGB n. F. neben § 177 Abs. 2 Nr. 5 StGB n. F. einen eigenständigen Anwendungsbereich habe. Es bestand Einigkeit, dass dies der Fall sei, wenn der Täter mit einem empfindlichen Übel drohe, auf dessen Eintritt der Täter tatsächlich keinen Einfluss habe. In diesen Fällen sei zwar die Nummer 5 wegen des Vorliegens der Drohung, nicht aber die Nummer 4 erfüllt. Denn die Nummer 4 setze das Vorliegen einer objektiv tatsächlich bestehenden Gefahrensituation voraus.

hh) § 177 Abs. 4 StGB n. F. (Qualifikation bei Krankheit oder Behinderung)

Gemäß § 177 Abs. 4 StGB n. F. ist auf Freiheitsstrafe nicht unter 1 Jahr zu erkennen, wenn die Unfähigkeit, einen Willen zu bilden oder zu äußern, auf einer Krankheit oder Behinderung des Opfers beruht.

Hörnle führte aus, dass die Qualifikation ausdrücklich auf § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB n. F. zugeschnitten sei. Personen, die etwa aufgrund einer Alkoholisierung oder wegen einer Vollnarkose von § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB n. F. erfasst seien, fielen nicht unter die Qualifikation.

Die Ratio dieser Qualifikation erschließe sich nicht. Die Differenzierung könne allenfalls auf dem Gedanken beruhen, dass bei Krankheit und Behinderung kein Eigenverschulden des Opfers vorliege, was ebenfalls nicht überzeugend sei. *Hörnle* schlug die Streichung dieser Vorschrift vor.

Die überwiegende Mehrheit der Mitglieder der Reformkommission teilte die Auffassung von *Hörnle*. Die Vorschrift sei insbesondere nicht erforderlich, um einer etwaigen Diskriminierung von Menschen mit Behinderung entgegen zu wirken. Die von den Behindertenverbänden und auch von *Bentele*⁵¹ in Bezug auf den Strafrahmen von § 179 StGB a. F. (Sexueller Missbrauch widerstandsunfähiger Personen) behauptete Diskriminierung sei jedenfalls bereits dadurch aufgehoben worden, dass nunmehr Menschen mit und Menschen ohne Behinderung gleichermaßen von § 177 StGB n. F. erfasst seien und sexuelle Handlungen zu ihrem Nachteil einem einheitlichen Strafrahmen unterfielen. Es sei auch sachlich nicht gerechtfertigt, dass Menschen ohne Behinderung, die gleichwohl – z. B. aufgrund Narkotisierung – vorübergehend bewusstlos seien, anders behandelt würden als Menschen mit Behinderung. Unklar sei auch, weshalb Menschen mit Behinderung, die ihren Willen äußern könnten und daher unter § 177 Abs. 1 StGB n. F. fielen, nicht von der Qualifikation erfasst seien (z. B. eine vollständig gelähmte Person, die die sexuelle Handlung verbal ablehnt).

ii) § 177 Abs. 5 StGB n. F. (Qualifikationstatbestände in Anlehnung an § 177 Abs. 1 StGB a. F.)

Gemäß § 177 Abs. 5 StGB n. F. ist auf Freiheitsstrafe nicht unter 1 Jahr zu erkennen, wenn der Täter gegenüber dem Opfer Gewalt anwendet (Nr. 1), dem Opfer mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben droht (Nr. 2) oder eine Lage ausnutzt, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist (Nr. 3).

Hörnle führte aus, dass sich die Vorschrift an § 177 Abs. 1 StGB a. F. anlehne, ohne jedoch auf das Erfordernis der Nötigung abzustellen, was zu begrüßen sei. Ein Finalzusammenhang zwischen Gewalt, Drohung oder Ausnutzen der schutzlosen Lage und der sexuellen Handlung sei damit nicht mehr erforderlich.⁵²

(1) Die qualifizierende Tathandlung gegenüber dem Opfer

Hörnle kritisierte, dass der Täter die Gewalt etc. unmittelbar gegen das Opfer richten müsse. Nicht erfasst würde daher der Fall, bei dem der Täter zunächst den Freund des Opfers er-

⁵¹ Vgl. Themenkomplex 2.

⁵² Vgl. BT-Drs. 18 / 9097, S. 27.

schieße und sodann sexuelle Handlungen an dem unter dem Eindruck der vorangegangenen Tötung stehenden Opfer vornehme. Die Formulierung „gegen das Opfer“ solle daher gestrichen werden.

Die Reformkommission diskutierte intensiv, ob es ausreichen sollte, wenn der Täter die Gewalt etc. gegen einen Dritten richte. Für eine solche Ausweitung wurde angeführt, dass der Einsatz von Gewalt gegenüber einem Dritten denselben Unrechtsgehalt aufweisen könne, wie der Einsatz von Gewalt gegenüber dem Opfer selbst. Das sei etwa der Fall, wenn der Täter die Gewalt gegenüber einem Kind einsetze, um die Mutter zu sexuellen Handlungen zu bringen. Gegen eine generelle Ausweitung auf Dritte wurde angeführt, dass § 177 Abs. 5 StGB n. F. anders als § 177 Abs. 1 StGB a. F. nicht mehr auf Nötigungen zugeschnitten sei. Ausreichend sei vielmehr die Gewalt bzw. die Drohung mit Gewalt an sich. Die Ausweitung auf den Dritten sei bei der Neufassung des § 177 StGB n. F. daher nicht erforderlich, um den Grundtatbestand bejahen zu können, weil dieser unabhängig von einer Nötigung gegeben sein könne. Einige Mitglieder vertraten die Auffassung, dass die Qualifikation jedenfalls dann anwendbar sein solle, wenn der Täter das Opfer nötige, indem er Gewalt zum Nachteil eines Dritten einsetze bzw. diesem mit Gewalt drohe.

(2) Zeitlicher Zusammenhang zwischen Qualifikation und sexueller Handlung

Gewalt und Drohung etc. müssten nach *Hörnle* im engen zeitlichen Zusammenhang zur sexuellen Handlung stehen. Ein Teil der Reformkommission sprach sich dafür aus, den Tatbestand des § 177 Abs. 5 StGB n. F. einzuschränken, damit der Einsatz von Gewalt etc. nicht bis zur Beendigung der Tat nach dieser Vorschrift strafbar sei.

(3) Streichung des § 177 Abs. 5 Nr. 3 StGB n. F.

Die in Nummer 3 genannte schutzlose Lage orientiere sich nach *Hörnle* inhaltlich an der Auslegung des § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB a. F. durch die Rechtsprechung (erforderlich ist danach eine objektiv schutzlose Lage und das Befürchten von Körperverletzungs- oder Tötungsdelikten). Mehrheitlich wurde das Festhalten an dem Tatbestandsmerkmal der schutzlosen Lage in § 177 Abs. 5 Nr. 3 StGB n. F. für überflüssig gehalten. Das Merkmal sei seinerzeit in § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB a. F. eingeführt worden, um Strafbarkeitslücken zu schließen. Dieses Erfordernis sei nunmehr aber durch die Neufassung des § 177 StGB entfallen.

(4) Die Tenorierung

Während *Hörnle* sich dafür aussprach, die Verwirklichung des § 177 Abs. 5 StGB n. F. als sexuelle Nötigung zu tenorieren, vertraten andere Mitglieder der Reformkommission, dass § 177 Abs. 5 StGB n. F. als „schwerer sexueller Übergriff“ zu tenorieren sei. Alternativ könne überlegt werden, den Regelungsgehalt des § 177 Abs. 5 StGB n. F. vergleichbar § 250 StGB (Schwerer Raub) als Qualifikation in einem eigenen Straftatbestand des schweren sexuellen Übergriffs zu fassen.

jj) § 177 Abs. 6 StGB n. F. (Besonders schwerer Fall)

Gemäß § 177 Abs. 6 StGB n. F. ist in besonders schweren Fällen auf Freiheitsstrafe nicht unter 2 Jahren zu erkennen. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter mit dem Opfer den Beischlaf vollzieht oder vollziehen lässt oder ähnliche sexuelle Handlungen an dem Opfer vornimmt oder von ihm vornehmen lässt, die dieses besonders erniedrigen, insbesondere wenn sie mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind (Nr. 1) oder wenn die Tat von mehreren gemeinschaftlich begangen wird (Nr. 2).

Hörnle und *Bunke* führten aus, dass sich für den Begriff der Vergewaltigung gravierende Änderungen ergeben hätten. Erfasst seien nunmehr auch sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt. Ferner sei eine Nötigung mit Gewalt oder Drohung mit Gewalt nicht mehr erforderlich. Als Vergewaltigung strafbar sei z. B. auch der Beischlaf mit dem Opfer gegen dessen erkennbaren Willen (§ 177 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 6 Nr. 1 StGB n. F.). Ferner sei es strafbar, wenn der Täter das Opfer unter den Voraussetzungen des § 177 Abs. 1 oder 2 StGB n. F. dazu veranlasse, selbst sexuelle Handlungen an sich vorzunehmen, die mit einem Eindringen verbunden sind oder das Opfer sonst besonders erniedrigen.

(1) Der Strafrahmen

Hinsichtlich des Strafrahmens bestand in der Reformkommission weitestgehend Einigkeit, dass dieser vor dem Hintergrund des geänderten Vergewaltigungsbegriffes zu hoch sei.

Diskutiert wurde, ob § 177 Abs. 5 und Abs. 6 StGB n. F. als Regelbeispiel zusammengefasst und dieses neue Regelbeispiel als Vergewaltigung bezeichnet werden könne. Es bleibe dann aber das Problem, dass der Begriff der Vergewaltigung im Vergleich zur bisherigen Rechtslage grundlegend verändert sei. So würde etwa eine Vergewaltigung vorliegen, wenn der Täter das Opfer an den Armen festhalte und das Opfer dergestalt an den Brüsten streichelte, dass eine sexuelle Handlung vorliege. Ferner weise der Regelungsgehalt des § 177 Abs. 5 StGB n. F. als besonders schwerer Fall keinen Verbrechenscharakter auf. Mehrheitlich wurde daher vertreten, dass eine Zusammenfassung der Absätze 5 und 6 als Qualifikation mit einer Mindestfreiheitsstrafe von 1 Jahr erfolgen solle.

(2) Die Vergewaltigung als eigener Straftatbestand

Die Reformkommission diskutierte intensiv, ob die Vergewaltigung in einem eigenen Straftatbestand geregelt werden solle. Es wurde teilweise als problematisch angesehen, dass der Gesetzgeber einem bislang klar definierten Begriff einen anderen Bedeutungsgehalt zuweise, indem nunmehr auch sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt und ohne Nötigung eine Vergewaltigung begründen könnten. Dies sei mit dem hergebrachten Verständnis von Vergewaltigung nicht zu vereinbaren. Dagegen wurde vereinzelt vorgetragen, dass dies ein rein semantisches Problem sei. Auch bislang habe nicht nur Gewalt und Drohung mit Gewalt eine Vergewaltigung begründen können, sondern auch das Ausnutzen einer schutzlosen Lage.

Die Hälfte der Mitglieder der Reformkommission vertrat die Meinung, dass nur der erzwungene Beischlaf im Sinne des § 177 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2, Abs. 2 StGB a. F. (Nötigung mit Gewalt oder Drohung mit Gewalt) als eigenständiger Straftatbestand der Vergewaltigung ausgestaltet werden sollte. Verbleibe es inhaltlich bei dem Begriff der Vergewaltigung im Sinne von § 177 Abs. 6 Nr. 1 StGB n. F., mit dem insbesondere auch Tathandlungen ohne Körperkontakt erfasst werden, komme ein eigenständiger Straftatbestand der Vergewaltigung nicht in Betracht. In diesem Fall sprach sich aber eine Mehrheit dafür aus, den Begriff „Vergewaltigung“ aus § 177 Abs. 6 Nr. 1 StGB n. F. und in der Konsequenz auch aus der Überschrift zu streichen. Zu einem ähnlichen Ergebnis kam *Simon*, der in seinem Impulsreferat zu den Wertungswidersprüchen bereits bezogen auf § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB a. F. die Auffassung vertrat, dass die Definition der „Vergewaltigung“ in einem Strafzumessungsgrund und die Aufnahme dieser Bezeichnung in der amtlichen Überschrift eine Fehlkonstruktion darstelle. So sei es nicht erklärlich, dass die nachfolgenden Qualifikationen keine Differenzierung zwischen sexueller Nötigung (jetzt auch sexuellem Übergriff) und Vergewaltigung vornehmen.

kk) § 177 Abs. 7 und Abs. 8 StGB n. F. (Weitere Qualifikationen)

Gemäß § 177 Abs. 7 StGB n. F. ist auf Freiheitsstrafe nicht unter 3 Jahren zu erkennen, wenn der Täter eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich führt (Nr. 1), sonst ein Werkzeug oder Mittel bei sich führt, um den Widerstand einer anderen Person durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden (Nr. 2), oder das Opfer in die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung bringt (Nr. 3). Gemäß § 177 Abs. 8 StGB n. F. ist auf Freiheitsstrafe nicht unter 5 Jahren zu erkennen, wenn der Täter bei der Tat eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug verwendet (Nr. 1) oder das Op-

fer bei der Tat körperlich schwer misshandelt (Nr. 2a) oder durch die Tat in die Gefahr des Todes bringt (Nr. 2b).

Die Qualifikationen entsprechen im Wesentlichen denen des § 177 Abs. 3 und 4 StGB a. F. Lediglich in der § 177 Abs. 3 Nr. 3 StGB a. F. entsprechenden Tatvariante wurden die Wörter „durch die Tat“ gestrichen. *Hörnle* führte aus, dass es nicht überzeugend sei, dass § 177 StGB n. F. teilweise Regelbeispiele (§ 177 Abs. 6 StGB n. F.) und teilweise Qualifikationen (§ 177 Abs. 4, 5, 7 und 8 StGB n. F.) enthalte. Problematisch seien auch die Strafraumen. So werde mit 3 Jahren Mindestfreiheitsstrafe bestraft, wer eine sexuelle Handlung gegen den erkennbaren Willen einer Person vornehme und dabei ein gefährliches Werkzeug bei sich führe. Dies sei sehr hoch.

Die Reformkommission teilte die Auffassung, dass die Qualifikationen in sich unstimmig seien. Insbesondere § 177 Abs. 7 Nr. 1 und 2 StGB n. F. passe im Grunde nur auf Nötigungsdelikte. Denn nur im Falle der Nötigung habe sich für das Opfer die Gefährlichkeit erhöht, wenn der Täter eine Waffe etc. bei sich führe oder diese gar verwende. Wenn der Täter aber nicht nötige und die Handlung z. B. lediglich gegen den erkennbaren Willen des Opfers vornehme, erhöhe sich durch das Beisichführen eines gefährlichen Werkzeuges etc. nicht zwangsläufig die Gefährlichkeit des Täters. Vor diesem Hintergrund wurde teilweise gefordert, dass die Qualifikationen nur greifen sollten, wenn der Täter nötige. Mehrheitlich wurde demgegenüber angenommen, dass sich die Gefährlichkeit des Täters auch ohne Nötigung durch das in den Qualifikationstatbeständen erfasste Verhalten erhöhe. Allerdings sei für die Fälle, bei denen der Täter nicht nötige, der Strafraumen zu hoch.

Einigkeit bestand darin, dass eine Mindestfreiheitsstrafe von 3 Jahren jedenfalls dann zu hoch sei, wenn eine sexuelle Handlung ohne Körperkontakt vorliege und der Täter z. B. ein Taschenmesser bei sich führe. Es wurde daher mehrheitlich die Auffassung vertreten, dass die Variante des Beisichführens eines gefährlichen Werkzeuges – nicht aber die Variante des Beisichführens einer Waffe – gestrichen werden solle. Wenn sich die Streichung nicht durchsetzen sollte, sprach sich die Mehrheit der Reformkommission dafür aus, für § 177 Abs. 7 Nr. 1 StGB n. F. einen geringeren Strafraumen vorzusehen als für § 177 Abs. 6 StGB n. F. Im Falle der Streichung sprach sich die Mehrheit der Reformkommission hingegen dafür aus, dass § 177 Abs. 7 Nr. 1 StGB n. F. und § 177 Abs. 6 StGB n. F. denselben Strafraumen aufweisen sollten.

Das Strafraumengefüge bedürfe insgesamt einer näheren Prüfung. So sei es etwa auch denkbar, sexuelle Handlungen mit und ohne Körperkontakt in zwei getrennten Straftatbe-

ständen zu regeln und dabei für die sexuellen Handlungen ohne Körperkontakt auf bestimmte Qualifikationen zu verzichten. Ferner wurde vorgeschlagen, den Nötigungstatbestand des § 177 Abs. 1 StGB a. F. als Qualifikation aufzunehmen. Dagegen wurde eingewandt, dass die Vorschrift in diesem Fall einen Finalzusammenhang zwischen Nötigungsmittel und sexueller Handlung voraussetze. Es gebe aber Handlungen, die denselben Unrechtsgehalt aufwiesen, obwohl kein Finalzusammenhang vorliege. Dies sei etwa der Fall, wenn der Täter das Opfer mit der Anwendung von Gewalt erniedrigen wolle.

b) Das Abstimmungsergebnis

Die Mitglieder der Reformkommission haben auf der Grundlage der dargestellten Diskussionen die folgenden Fragen aufgeworfen und zur Abstimmung gestellt:

III. Die Neuregelung des § 177 StGB

Frage 1: Soll die „Nein-heißt-Nein“-Lösung im Sexualstrafrecht wieder abgeschafft werden?

- a) Ja, und zwar zugunsten des bisherigen Regelungsansatzes in §§ 177, 179 StGB a. F., oder
- b) Ja, und zwar zugunsten des bisherigen Regelungsansatzes in §§ 177, 179 StGB a. F., aber unter punktueller Schließung bestehender Strafbarkeitslücken, oder
- c) Nein

Abstimmung: a): 0 Mitglieder; b): 6 Mitglieder; c): 6 Mitglieder

Frage 2: Sollen sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt aus dem Anwendungsbereich des § 177 StGB n. F. herausgenommen werden?

Abstimmung: Ja: 3 Mitglied; Nein: 9 Mitglieder

Frage 3: Soll sich die Höhe des Strafrahmens danach unterscheiden, ob die sexuellen Handlungen mit oder ohne Körperkontakt vorgenommen werden?

Abstimmung: Ja: 2 Mitglieder; Nein: 9 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 4: Sollen die Nötigungstatbestände (Drohung oder Gewalt) und die Tatbestände des sexuellen Übergriffs in zwei verschiedenen Vorschriften geregelt werden?

Abstimmung: Ja: 11 Mitglieder; Nein: 1 Mitglied

Frage 5: Soll § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB n. F. (erhebliche Einschränkung der Willensbildung oder –äußerung) gestrichen werden?

a) Ja oder

b) Nein, aber es soll nicht auf das Handeln des Täters abgestellt werden („sich der Zustimmung versichern“), sondern allein auf die Zustimmung des Opfers, oder

c) Nein, aber es soll nicht auf das Handeln des Täters abgestellt werden („sich der Zustimmung versichern“), sondern allein darauf, ob die Handlung dem erkennbaren natürlichen Willen des Opfers entspricht, oder

d) Nein

Abstimmung: a): 7 Mitglieder; b): 1 Mitglied; c): 1 Mitglied; d): 3 Mitglieder

Frage 6: Soll § 177 Abs. 2 Nr. 3 StGB n. F. (Überraschungsfälle) im Hinblick auf § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB n. F. (Unfähigkeit zur Willensbildung oder –äußerung) gestrichen werden?

Abstimmung: Ja: 5 Mitglieder; Nein: 7 Mitglieder

Frage 7: Soll § 177 Abs. 2 Nr. 4 StGB n. F. (Drohen eines empfindlichen Übels) subjektiv gefasst werden?

a) Ja und zwar durch „ein empfindliches Übel befürchtet“, oder

b) Ja, und zwar durch „ein empfindliches Übel befürchten muss“, oder

c) Nein

Abstimmung: a): 1 Mitglied; b): 3 Mitglieder; c): 8 Mitglieder

Frage 8: Soll § 177 Abs. 4 StGB n. F. (Qualifikation zu § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB n. F.) gestrichen werden?

Abstimmung: Ja: 10 Mitglieder; Nein: 2 Mitglieder

Frage 9: Soll § 177 Abs. 5 StGB n. F. (Gewalt, Drohen mit Gewalt oder Ausnutzen einer schutzlosen Lage) so gefasst werden, dass die Gewalt bzw. die Drohung mit Gewalt nicht zwingend gegenüber dem Opfer erfolgen muss?

a) Ja oder

b) Ja, aber nur für die Fälle, in denen die Gewalt oder die Drohung mit Gewalt gegenüber Dritten als Nötigungsmittel eingesetzt wird, oder

c) Nein

Abstimmung: a): 2 Mitglieder; b): 4 Mitglieder; c): 5 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 10: Soll § 177 Abs. 5 Nr. 3 StGB n. F. (Ausnutzen der schutzlosen Lage) gestrichen werden?

Abstimmung: Ja: 8 Mitglieder; Nein: 4 Mitglieder

Frage 11: Soll § 177 Abs. 5 StGB n. F. dahingehend eingeschränkt werden, dass die Gewalt oder Drohung mit Gewalt bis zum Abschluss der sexuellen Handlungen erfolgen muss und nicht bis zur Beendigung der Tat möglich ist?

Abstimmung: Ja: 4 Mitglieder; Nein: 7 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage: 12: Unterstellt, § 177 StGB n. F. wird nicht in zwei Vorschriften aufgeteilt: Soll der Begriff „Sexuelle Nötigung“ aus der Überschrift des § 177 StGB n. F. gestrichen werden?

a) Ja oder

b) Ja, in der Überschrift soll aber stattdessen der Begriff „schwerer sexueller Übergriff“ ergänzt werden, oder

c) Nein

Abstimmung: a): 4 Mitglieder; b): 4 Mitglieder; c): 4 Mitglieder

Frage 13: Soll die Vergewaltigung als eigener Tatbestand ausgestaltet werden?

a) Ja oder

b) Ja, aber nur für Nötigungsfälle im Sinne des § 177 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB a. F.,
oder

c) Nein

Abstimmung: a): 1 Mitglieder; b): 6 Mitglieder; c): 5 Mitglieder

Frage 14: Unterstellt, Frage 13 wird verneint: Soll der Begriff „Vergewaltigung“ im Straferschwerungsgrund und in der Folge auch aus der Überschrift des § 177 StGB n. F. herausgenommen werden?

Abstimmung: Ja: 7 Mitglieder; Nein: 4 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 15: Sollen die Tathandlungen, die gegenwärtig durch § 177 Abs. 6 Nr. 1 StGB n. F. bezeichnet werden, stärker eingegrenzt werden?

a) Ja, sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt sollen nicht erfasst sein, oder

b) Ja, der Erschwerungsgrund soll nur vorliegen, wenn der Täter Gewalt oder Drohung mit Gefahr für Leib oder Leben einsetzt, oder

c) Ja, der Erschwerungsgrund soll nur vorliegen, wenn der Täter mit den Mitteln des § 177 Abs. 5 StGB n. F. nötigt, oder

d) Ja, es sollen die Voraussetzungen aus den Antworten a) und b) kumulativ vorliegen, oder

e) Ja, es sollen die Voraussetzungen aus den Antworten a) und c) kumulativ vorliegen, oder

f) Nein

Abstimmung: a): 2 Mitglieder; b): 0 Mitglieder; c): 0 Mitglieder; d): 1 Mitglied; e): 3 Mitglieder; f): 6 Mitglieder

Frage 16: Soll § 177 Abs. 7 Nr. 1 StGB n. F. (Beisichführen einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges) gestrichen werden?

a) Ja oder

b) Nein, es soll nur die Variante des Beisichführens eines gefährlichen Werkzeuges gestrichen werden, oder

c) Nein

Abstimmung: a): 2 Mitglieder; b): 7 Mitglieder; c): 3 Mitglieder

Frage 17: Unterstellt, Frage 16 wird verneint: Soll das Verhältnis der Strafraumen des § 177 Abs. 6 StGB n. F. (Regelbeispiel: 2 Jahre bis 15 Jahre) zu § 177 Abs. 7 Nr. 1 StGB n. F. (Qualifikation durch Beisichführen einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges mit Strafraumen von 3 Jahren bis 15 Jahren) beibehalten werden?

a) Ja oder

b) Nein, die Qualifikation des § 177 Abs. 7 Nr. 1 StGB n. F. soll gleich bestraft werden wie die Vergewaltigung bzw. die gemeinschaftliche Tatbegehung, oder

c) Nein, die Qualifikation des § 177 Abs. 7 Nr. 1 StGB n. F. soll geringer bestraft werden als die Vergewaltigung bzw. die gemeinschaftliche Tatbegehung

Abstimmung: a): 3 Mitglied; b): 0 Mitglieder; c): 9 Mitglieder

Frage 18: Unterstellt, das gefährliche Werkzeug wird aus § 177 Abs. 7 Nr. 1 StGB n. F. gestrichen: Soll das Verhältnis der Strafraumen des § 177 Abs. 6 StGB n. F. (Regelbeispiel: 2 Jahre bis 15 Jahre) zu § 177 Abs. 7 Nr. 1 StGB n. F. (Qualifikation durch Beisichführen einer Waffe mit Strafraumen von 3 Jahren bis 15 Jahren) beibehalten werden?

a) Ja oder

b) Nein, die Qualifikation des § 177 Abs. 7 Nr. 1 StGB n. F. soll gleich bestraft werden wie die Vergewaltigung bzw. die gemeinschaftliche Tatbegehung, oder

c) Nein, die Qualifikation des § 177 Abs. 7 Nr. 1 StGB n. F. soll geringer bestraft werden als die Vergewaltigung bzw. die gemeinschaftliche Tatbegehung

Abstimmung: a): 5 Mitglieder; b): 7 Mitglieder; c): 0 Mitglieder

Frage 19: Sollen die Qualifikationen aus § 177 Abs. 7 Nr. 1 und Abs. 7 Nr. 2 und Abs. 8 Nr. 1 StGB n. F. (Verwendung und Beisichführen von Waffen, Werkzeugen etc.) dahingehend eingeschränkt werden, dass sie nur zur Anwendung kommen, wenn der Täter das Opfer nötigt?

- a) Ja oder
- b) Nein oder
- c) Nein, aber in den Fällen ohne Nötigung soll der Strafraumen geringer sein

Abstimmung: a): 4 Mitglieder; b): 2 Mitglieder, c): 6 Mitglieder

Frage 20: Soll § 177 Abs. 1 StGB n. F. einen geringeren Strafraumen als § 177 Abs. 2 StGB n. F. aufweisen?

Abstimmung: Ja: 2 Mitglieder; Nein: 10 Mitglieder

Frage 21: Sollen § 177 Abs. 5 und Abs. 6 StGB n. F. in einen Absatz zusammengefasst werden?

- a) Ja, und zwar als Qualifikation mit einer Mindestfreiheitsstrafe von 1 Jahr, oder
- b) Ja, und zwar als Regelbeispiel für einen besonders schweren Fall mit einer Freiheitsstrafe nicht unter 1 Jahr, oder
- c) Nein, es soll aber der Strafraumen in Absatz 6 auf nicht unter 1 Jahr Freiheitsstrafe abgesenkt werden, oder
- d) Nein, es soll aber § 177 Abs. 6 Nr. 2 StGB n. F. in Absatz 5 aufgenommen werden, oder
- e) Nein

Abstimmung: a): 5 Mitglieder; b): 1 Mitglied; c): 1 Mitglied; d): 1 Mitglied; e): 2 Mitglieder; Enthaltung: 2 Mitglieder

3. Reformbedarf bei § 184i StGB (Sexuelle Belästigung)

Mit dem 50. StrÄndG hat der Gesetzgeber mit § 184i StGB einen Straftatbestand der sexuellen Belästigung neu eingeführt. Die Vorschrift ist seit dem 10. November 2016 in Kraft.⁵³

Bereits vor Inkrafttreten der Vorschrift hatte sich die Reformkommission mit der Frage beschäftigt, ob die Einführung eines Straftatbestandes der sexuellen Belästigung angezeigt sei. *Herrmann* hielt hierzu in der 4. Sitzung ein Impulsreferat mit dem Titel „Benötigen wir einen Straftatbestand der sexuellen Belästigung?“. Nach Inkrafttreten des § 184i StGB diskutierte die Reformkommission über die neue Vorschrift auf der Grundlage des Impulsreferates von *Bezjak* mit dem Titel „Der Straftatbestand der sexuellen Belästigung“ in der 20. Sitzung.

Insgesamt beschäftigte sich die Reformkommission in der 4., 7., 20., 23. und 25. Sitzung mit dem Straftatbestand der sexuellen Belästigung.

a) Zur Notwendigkeit eines Straftatbestandes der sexuellen Belästigung

Herrmann untersuchte auf der Grundlage der alten Rechtslage, ob der Straftatbestand der sexuellen Belästigung eine sinnvolle Ergänzung zur Implementierung einer kasuistisch-punktuellen Lösung im Zusammenhang mit der Reform des § 177 StGB a. F. darstellen könne. Der Straftatbestand der sexuellen Belästigung könne ein Auffangtatbestand sein, mit dem nicht einverständliche sexuelle Handlungen erfasst werden könnten. Zudem könnten belästigende Handlungen erfasst werden, die unterhalb der Erheblichkeitsschwelle des § 184h Nr. 1 StGB liegen und daher keine sexuellen Handlungen im Sinne dieser Norm darstellen.

Herrmann stellte fest, dass der Gesetzgeber mit § 183 StGB (Exhibitionistische Handlungen), § 183a StGB (Erregung öffentlichen Ärgernisses), § 174 Abs. 3 Nr. 1 StGB (Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen) und § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB (Sexueller Missbrauch von Kindern) Erwachsene, schutzbefohlene Minderjährige und Kinder vor der Konfrontation mit sexuellen Handlungen schütze, die der Täter vor dem Opfer vornehme. Auch vor der Konfrontation mit Pornographie schütze der Gesetzgeber Erwachsene und Kinder mit § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB (Sexueller Missbrauch von Kindern) bzw. § 184 StGB (Verbreitung pornographischer Schriften). Ferner werde der Betrachter vor unerwünschter Konfrontation mit Darstellungen sexuellen Inhalts durch das Ordnungswidrigkeitenrecht geschützt. Demge-

⁵³ BGBl. I, S. 2460 ff.

genüber seien unerwünschte sexuelle Handlungen *an* einer Person, die weder ein Nötigungs- noch ein Missbrauchselement enthielten, nur in den Grenzen des § 185 StGB als Beleidigung strafbar. Dies gelte selbst dann, wenn die sexuelle Handlung belästigend sei, ein Ärgernis erzeuge oder die Würde der Person verletze. Aus der unterschiedlichen Behandlung von sexuellen Handlungen mit und ohne Körperkontakt ergebe sich ein Wertungswiderspruch. Denn grundsätzlich gehe die Wertung des Gesetzgebers dahin, sexuelle Handlungen mit Körperkontakt als gravierender anzusehen als sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt. Diese Wertung spiegele sich in der (damaligen) Rechtslage im Hinblick auf die sexuelle Belästigung mit Körperkontakt jedoch nicht wieder. Es bestehe daher ein gesetzlicher Regelungsbedarf für einen Tatbestand der sexuellen Belästigung, der nur die unerwünschten körperlichen Berührungen mit Sexualbezug erfasse. Dieser solle zugleich Handlungen mit Sexualbezug erfassen, die noch unterhalb der Erheblichkeitsschwelle des § 184h Nr. 1 StGB lägen und deshalb keine sexuellen Handlungen darstellten. Der folgende Formulierungsvorschlag wurde von *Herrmann* zur Diskussion gestellt:

„Wer eine andere Person in sexuell bestimmter Weise [*unter Umständen, die geeignet sind, ein Ärgernis zu erregen,*] körperlich berührt und dadurch [*absichtlich oder wissentlich*] belästigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, [*sofern die Tat nicht nach § 185 StGB oder in einer anderen Vorschrift des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches mit Strafe bedroht ist*]. Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt.“

Das von *Herrmann* gefundene Ergebnis fand im Wesentlichen die Zustimmung der Reformkommission. Dabei wurde bekräftigt, dass Tathandlungen ohne Körperkontakt für einen Straftatbestand der sexuellen Belästigung ausgeklammert werden sollten. Darüber hinaus wurde überwiegend vertreten, dass der Straftatbestand eine Belästigungskomponente enthalten müsse, um die Handlungen auszuschneiden, die dem Opfer gleichgültig seien. Das Merkmal der Belästigung sei der Rechtsprechung auch bereits bekannt. Gegen dieses Merkmal wurde angeführt, dass es wertend sei. Das Tatbestandsmerkmal des Erregens eines Ärgernisses wurde zum Teil für überkommen gehalten.

Vor diesem Hintergrund stimmten die Mitglieder der Reformkommission über die folgende Frage ab, die ursprünglich im Kontext mit den Fragen zu § 177 StGB a. F. gestellt wurde:⁵⁴

⁵⁴ Siehe oben, Punkt I.3.

Frage 5: Wird (unabhängig von Frage 4⁵⁵) die Schaffung eines Tatbestandes der sexuellen Belästigung auch unterhalb der Erheblichkeitsschwelle der sexuelle Belästigung jedenfalls in Fällen mit Körperkontakt bejaht?

Abstimmung: Ja: 10 Mitglieder; Nein: 2 Mitglieder

b) Der Straftatbestand der sexuellen Belästigung gemäß § 184i StGB

Nach Inkrafttreten des § 184i StGB am 10. November 2016 verglich *Bezjak* die von *Herrmann* vorgeschlagene Vorschrift mit dem neuen § 184i StGB. Gemäß § 184i Abs. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu 2 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer eine andere Person in sexuell bestimmter Weise körperlich berührt und dadurch belästigt, wenn nicht die Tat in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist. § 184i Abs. 2 StGB sieht einen besonders schweren Fall vor. Gemäß § 184i Abs. 3 StGB wird die Tat nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, dass die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält.

Die von *Herrmann* vorgeschlagene Vorschrift zur sexuellen Belästigung, sollte ebenso wie § 184i Abs. 1 StGB nur Handlungen mit Körperkontakt erfassen. Der tatbestandliche Erfolg – die Belästigung – orientiere sich nach *Bezjak* bei beiden Vorschriften an § 183 StGB (Exhibitionistische Handlungen). Sowohl die Vorschrift von *Herrmann* als auch § 184i Abs. 1 StGB setzten Eventualvorsatz voraus, wobei *Herrmann* für ihre Vorschrift alternativ entsprechend § 183a StGB (Erregung öffentlichen Ärgernisses) „absichtlich oder wissentlich“ angedacht hatte. Durch die Subsidiaritätsklausel, die sich in den beiden Varianten unterscheiden, werde jeweils zum Ausdruck gebracht, dass es sich um einen Auffangtatbestand handele. Während sich die Norm von *Herrmann* als absolutes Antragsdelikt an §§ 185, 194 StGB orientiert habe, sei das Antragserfordernis in § 184i Abs. 3 StGB so ausgestaltet, dass unter bestimmten Voraussetzungen auch von Amts wegen ermittelt werden könne. Die Strafraumen seien jeweils identisch mit dem Strafraumen der tätlichen Beleidigung aus § 185 StGB. Mit beiden Varianten solle das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung geschützt werden, so dass die Verortung jeweils im 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB erfolgt sei. Den von *Herrmann* hervorgehobenen Aspekten sei mit § 184i StGB Rechnung getragen (Körperkon-

⁵⁵ Frage 4 lautete: Unterstellt, es wird erweitert. Welche Lösung wird bevorzugt?

- a) die „Ja ist Ja“-Lösung (Ansatz djb) oder
- b) die „Nein ist Nein“-Lösung (Ansatz Hörnle) oder
- c) die punktuelle Erweiterung (Ansatz Eisele)

takt, Belästigung aus § 183 StGB, Vorsatz, Subsidiaritätsklausel, Strafraumen und Regelungsstandort).⁵⁶

(1) Streichung des § 184i StGB

Die Mitglieder der Reformkommission sprachen sich mit großer Mehrheit gegen eine Streichung des § 184i StGB aus. Zwar erfasse § 177 Abs. 2 Nr. 3 StGB n. F. nunmehr die Überraschungsfälle. Nach dieser Vorschrift wird mit Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 5 Jahren bestraft, wer für die Vornahme einer sexuellen Handlung ein Überraschungsmoment ausnutzt. Außerdem sei in § 177 Abs. 1 StGB n. F. die Strafbarkeit für sexuelle Handlungen gegen den erkennbaren Willen vorgesehen. Ein Bedürfnis für den Straftatbestand der sexuellen Belästigung bestehe aber dennoch. Denn die Tatvarianten des § 177 StGB n. F. setzen sexuelle Handlungen voraus. Demgegenüber erfasse die sexuelle Belästigung auch Tathandlungen, die unterhalb der Erheblichkeitsschwelle des § 184h Nr. 1 StGB liegen. Es lasse sich auch nicht ohne Weiteres darauf spekulieren, dass die Rechtsprechung die Anforderungen an die Erheblichkeit im Zuge der Neuregelung des § 177 StGB n. F. neu definieren werde.

(2) „In sexuell bestimmter Weise“

Die Reformkommission diskutierte darüber, was das Tatbestandsmerkmal „in sexuell bestimmter Weise“ in § 184i Abs. 1 StGB genau meine. Ausweislich der Beschlussbegründung erfolge die körperliche Berührung in sexuell bestimmter Weise, wenn sie sexuell motiviert sei. Das sei naheliegend, wenn der Täter das Opfer an den Geschlechtsorganen berühre oder Handlungen vornehme, die typischerweise eine sexuelle Intimität zwischen den Beteiligten voraussetzten (z. B. Küssen des Mundes oder des Halses, „Begrapschen“ des Gesäßes).⁵⁷ Überwiegend wurde vertreten, dass die Formulierung im Zusammenhang mit der Begründung nahe lege, dass es aus subjektiver Sicht zu beurteilen sei, ob die körperliche Berührung in sexuell bestimmter Weise erfolgt sei. Dafür spreche insbesondere die Wendung, dass die körperliche Berührung „sexuell motiviert“ sein müsse.

Dagegen wurde vorgebracht, dass das Vorliegen einer körperlichen Berührung in sexuell bestimmter Weise aus der Sicht eines objektiven Dritten beurteilt werden müsse. Die sexuelle Intention des Täters könne hingegen nicht maßgeblich sein, da dann jede Form der körperlichen Annäherung erfasst wäre. Liege aus der Sicht eines objektiven Dritten eine sexuelle Motivation vor, müsse die in sexuell bestimmter Weise vorgenommene Berührung in einem zweiten Schritt aus objektiver Sicht zu einer sexuellen Belästigung des Opfers führen. Dabei

⁵⁶ Vgl. BT-Drs. 18 / 9097, S. 30 ff.

⁵⁷ Vgl. BT-Drs. 18 / 9097, S. 31.

müsse die sexuelle Selbstbestimmung des Opfers verletzt werden. Dies sei laut Beschlussbegründung z. B. bei einem schlichten Kuss auf die Wange nicht ohne Weiteres der Fall. Damit sei gleichzeitig klar, dass bloße Alltagshandlungen nicht erfasst seien. Hiergegen wurde zu Bedenken gegeben, dass die Frage der Belästigung z. B. in § 183 StGB (Exhibitionistische Handlungen) subjektiv auszulegen sei.

(3) Die Belästigung

Vereinzelt wurde vorgeschlagen, anstelle von „belästigt“ von „sexuell belästigt“ zu sprechen. Dies wurde jedoch ganz überwiegend nicht für erforderlich gehalten. Es bestand Einigkeit, dass das Wort „belästigt“ lediglich einen weiteren tatbestandlichen Filter darstelle. Ausweislich der Beschlussbegründung setze die Belästigung voraus, dass die Handlung das Opfer in seinem Empfinden nicht unerheblich beeinträchtige.⁵⁸ Dies sei hinreichend konkret, so dass eine Erweiterung auf „sexuell belästigt“ nicht erforderlich sei.

(4) Die Subsidiaritätsklausel

Die Mehrheit der Reformkommission schlug vor, die Subsidiaritätsklausel auf den 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB zu beschränken. Soweit die ursprüngliche Fassung von *Herrmann* zusätzlich eine Bezugnahme auf § 185 StGB (Beleidigung) vorgesehen habe, mache dies für § 184i StGB, dessen Subsidiaritätsklausel auf das Bedrohen mit einer schwereren Strafe abstelle, keinen Sinn. Denn § 185 StGB weise ebenso wie § 184i StGB einen Strafraum von Geldstrafe bis zu Freiheitsstrafe von 2 Jahren auf. Die Tat handlung könne daher nicht nach § 185 StGB mit schwererer Strafe bedroht sein. Die Einschränkung der Subsidiaritätsklausel begründete die Reformkommission damit, dass es anderenfalls nicht überzeugend sei, wenn eine Bestrafung z. B. nur wegen Raubes erfolge, wenn der Täter einen Raub verübe und gleichzeitig eine sexuelle Belästigung vornehme.⁵⁹

c) Der besonders schwere Fall gemäß § 184i Abs. 2 StGB

Bezjak führte aus, dass § 184i Abs. 2 StGB einen besonders schweren Fall enthalte. Als Regelbeispiel werde in § 184i Abs. 2 Satz 2 StGB die gemeinschaftliche Tatbegehung genannt. Die Aufnahme des besonders schweren Falles sei aus Sicht von *Bezjak* diskussionswürdig. Dagegen spreche, dass die sexuelle Belästigung für sich genommen nur eine gering-

⁵⁸ Vgl. BT-Drs. 18 / 9097, S. 31.

⁵⁹ Vgl. hierzu aber BT-Drs. 18 / 9097, S. 31: „§ 184i StGB-E greift nur subsidiär ein, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften, die eine vergleichbare Schutzrichtung aufweisen, mit schwerer Strafe bedroht ist.“

fügige Rechtsgutsverletzung darstelle und die gemeinschaftliche Tatbegehung hinreichend über die allgemeinen Strafzumessungsregeln nach § 46 StGB (Grundsätze der Strafzumessung) berücksichtigt werden könne. Ferner sähen auch vergleichbare Regelungen, wie etwa § 185 StGB (Beleidigung), keinen besonders schweren Fall vor.

Teile der Reformkommission sprachen sich für den Erhalt des besonders schweren Falles aus, weil mit einer gemeinschaftlichen Tatbegehung ein größeres Bedrohungspotenzial einhergehe. Die von mehreren Tätern durchgeführte sexuelle Belästigung belaste das Opfer auch deswegen besonders schwer, weil es sich bei mehreren Tätern besonders ausgeliefert fühle und nicht einschätzen könne, ob es bei der sexuellen Belästigung bleibe oder dies nur der Einstieg zu schwerwiegenderen Straftaten sei. Im Unterschied zur Beleidigung und exhibitionistischen Handlung gehe es ferner um ein Delikt mit Körperkontakt.

Dagegen wurde argumentiert, dass der besonders schwere Fall nach § 184i Abs. 2 StGB systematisch nicht passe. Auch bei anderen Delikten wie z. B. § 123 StGB (Hausfriedensbruch) und § 185 StGB (Beleidigung) komme man ohne einen besonders schweren Fall aus. Der Umstand, dass das Opfer nicht wisse, ob die von mehreren gemeinschaftlich begangene sexuelle Belästigung nur ein Einstieg in schwerwiegenderere Straftaten sei, begründe die Beibehaltung des § 184i Abs. 2 StGB nicht. Denn auch bei der gemeinschaftlichen Tatbegehung anderer Delikte könne das Opfer nicht sicher sein, ob weitere Rechtsgutsverletzungen folgen. Außerdem sei es schwer vorstellbar, welche weiteren Tathandlungen ein unbenanntes Regelbeispiel begründen könnten, ohne dass die Handlung gleichzeitig die Erheblichkeit einer sexuellen Handlung erreiche. Die sexuelle Belästigung tangiere das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung lediglich in seinem Randbereich. Daran ändere auch der Übergriff durch mehrere Täter nichts. Der durch die gemeinschaftliche Tatbegehung entstehende erhöhte Unrechtsgehalt der Tat könne durch allgemeine Strafzumessungsregeln gemäß § 46 StGB hinreichend berücksichtigt werden. Teilweise wurde vertreten, dass es sich aber vor diesem Hintergrund anbiete, den Strafraumen des Grundtatbestandes zu erhöhen und nur im Gegenzug auf den besonders schweren Fall zu verzichten.

Die Überlegung, den besonders schweren Fall durch die Qualifikation der gemeinschaftlichen Tatbegehung zu ersetzen, wurde verworfen. Denn eine Qualifikation biete in Bezug auf die Anwendbarkeit nicht dieselbe Flexibilität wie der Strafzumessungsaspekt des besonders schweren Falles. Vereinzelt wurde erwogen, den besonders schweren Fall zwar beizubehalten, für diesen aber einen geringeren Strafraumen vorzusehen.

d) Das Antragserfordernis gemäß § 184i Abs. 3 StGB

Bezjak erläuterte, dass § 184i Abs. 3 StGB ein Antragserfordernis enthalte, wobei ein Antrag nicht erforderlich sei, wenn die Strafverfolgungsbehörde aufgrund des besonderen öffentlichen Interesses ein Einschreiten von Amts wegen für geboten halte. Damit unterscheide sich Absatz 3 von der tatbestandlichen Fassung von *Herrmann*, die ein absolutes Antragsdelikt vorgesehen hatte. Nach *Bezjak* sei die Möglichkeit der Strafverfolgung von Amts wegen im Kontext zu § 184i Abs. 2 StGB zu sehen. Offenbar gehe der Gesetzgeber – ggf. vor dem Hintergrund der Ereignisse in der Silvesternacht zum 1. Januar 2016 – von der Begehung einer sexuellen Belästigung mit Öffentlichkeitsbezug aus.

Teile der Reformkommission vertraten, dass Absatz 3 für den Fall der Streichung des Absatzes 2 auf ein absolutes Antragsdelikt zurückgeführt werden sollte. Denn die Tathandlung weise nur einen schwachen Unrechtsbezug auf, so dass das Opfer allein entscheiden solle, ob es die Strafverfolgung wünsche. Es sei auch nicht nachvollziehbar, dass § 184i StGB im Gegensatz zu § 185 StGB von Amts wegen verfolgt werden könnte, wenn die Vorschriften tateinheitlich erfüllt seien. Die Reformkommission sprach sich demgegenüber mehrheitlich für den Erhalt des § 184i Abs. 3 StGB in seiner jetzigen Fassung aus. Insbesondere könne ein besonderes öffentliches Interesse auch unabhängig von § 184i Abs. 2 StGB gegeben sein. Außerdem spreche für die Beibehaltung der Möglichkeit des Einschreitens von Amts wegen, dass Ermittlungen damit auch dann eingeleitet werden könnten, wenn zwar das Opfer nicht bekannt, die Tat aber z. B. durch eine Kamera dokumentiert sei.

e) Das Abstimmungsergebnis

Die Mitglieder der Reformkommission haben auf der Grundlage der dargestellten Diskussionen zum § 184i StGB die folgenden Fragen aufgeworfen und zur Abstimmung gestellt:

IV. § 184i StGB (Sexuelle Belästigung)

Frage 1: Soll das Tatbestandsmerkmal aus § 184i Abs. 1 StGB „in sexuell bestimmter Weise“ tatbestandlich objektiviert werden?

- a) Ja und zwar durch die Formulierung „sexuell berührt“, oder**
- b) Nein**

Abstimmung: a): 9 Mitglieder, b): 2 Mitglied; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 2: Soll das Tatbestandsmerkmal aus § 184i Abs. 1 StGB „belästigt“ durch „sexuell belästigt“ ersetzt werden?

Abstimmung: Ja: 1 Mitglied; Nein: 10 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 3: Soll die Subsidiaritätsklausel aus § 184i Abs. 1 StGB gestrichen werden?

a) Ja oder

b) Nein, sie soll aber dahingehend modifiziert werden, dass sie nur eingreift, wenn die Tat nicht in einer anderen Vorschrift des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des StGB mit schwererer Strafe bedroht ist, oder

c) Nein

Abstimmung: a): 0 Mitglieder; b): 11 Mitglieder; c): 0 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 4: Soll der besonders schwere Fall in § 184i Abs. 2 StGB gestrichen werden?

a) Ja oder

b) Ja, aber die Höchststrafe in Absatz 1 soll auf 3 Jahre angehoben werden, oder

c) Nein oder

d) Nein, der Strafraum in Absatz 2 soll aber auf Freiheitsstrafe von 3 Monaten bis zu 3 Jahren abgesenkt werden

Abstimmung: a): 5 Mitglieder; b): 4 Mitglieder; c): 2 Mitglieder; d): 1 Mitglied

Frage 5: Soll § 184i StGB als absolutes Antragsdelikt ausgestaltet werden?

a) Ja oder

b) Ja, wenn § 184i Abs. 2 StGB gestrichen wird, oder

c) Nein

Abstimmung: a): 3 Mitglieder; b): 2 Mitglieder; c): 7 Mitglieder

Frage 6: Soll § 184i StGB gestrichen werden?

Abstimmung: Ja: 2 Mitglieder; Nein: 10 Mitglieder

4. Reformbedarf bei § 184j StGB (Straftaten aus Gruppen)

Der Straftatbestand der Straftaten aus Gruppen ist mit dem 50. StrÄndG als § 184j StGB eingeführt worden und am 10. November 2016 in Kraft getreten. *Eisele* hat hierzu in der 22. Sitzung ein Impulsreferat gehalten.

Gemäß § 184j StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu 2 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer eine Straftat dadurch fördert, dass er sich an einer Personengruppe beteiligt, die eine andere Person zur Begehung einer Straftat an ihr bedrängt, wenn von einem Beteiligten der Gruppe eine Straftat nach den §§ 177 oder 184i StGB begangen wird und die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist.

Eisele führte aus, dass die Vorschrift eine Reaktion auf die Ereignisse der Kölner Silvesternacht 2015 / 2016 darstelle. § 184j StGB liege die Vorstellung des Gesetzgebers zugrunde, dass Sexualstraftaten, die aus Gruppen heraus begangen würden, ein erhöhtes Gefahrenpotenzial aufwiesen, da die Verteidigungs- und Fluchtmöglichkeiten des Opfers bei einer Vielzahl von Personen stark eingeschränkt seien. Ferner führe die Gruppendynamik dazu, dass beim einzelnen Beteiligten Hemmungen gar nicht erst entstünden oder überwunden würden.⁶⁰ Der Gesetzgeber habe vor allem die Fälle vor Augen gehabt, bei denen die Gruppe ein Opfer bedränge, um einen Diebstahl oder Raub zu begehen, es dann aber zu Sexualstraftaten komme.

a) Begriff der Personengruppe

Die Personengruppe müsse sich ausweislich der Beschlussbegründung aus mindestens 3 Personen zusammensetzen.⁶¹ Damit würde zukünftig ein Mittäterexzess auch in relativ gängigen Drei-Personenverhältnissen den übrigen beiden Beteiligten entgegen der allgemeinen Beteiligungsregeln zugerechnet werden (z. B. 3 Personen führen mittäterschaftlich einen Raub durch. Ein Mittäter nimmt zusätzlich eine sexuelle Belästigung zum Nachteil des Opfers vor. Die Tat nach § 184i StGB n.F. werde den anderen beiden Mittätern zugerechnet, auch wenn die sexuelle Belästigung nicht von ihrem Vorsatz erfasst gewesen sei.)

b) Bedrängen

Ein Bedrängen liege ausweislich der Beschlussbegründung vor, wenn das Opfer von der Gruppe mit Nachdruck an der Ausübung seiner Bewegungsfreiheit oder seiner sonstigen

⁶⁰ Vgl. BT-Drs. 18 / 9097, S. 32.

⁶¹ Vgl. BT-Drs. 18 / 9097, S. 32.

freien Willensbetätigung gehindert werde. Das bloß kurzfristige Versperren des Weges oder kurzfristiges Einschüchtern durch lautstarke Präsenz reiche nicht aus.⁶²

c) Beteiligung an einer Personengruppe

Der Täter müsse sich an der Gruppe beteiligen, wobei der Gruppenzweck bei objektiver Betrachtung auf die Begehung einer Straftat gerichtet sein müsse. Eine bloße Ansammlung von Menschen – z. B. in einer überfüllten U-Bahn – reiche nicht aus. Andererseits sei ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken nicht erforderlich. Der Täter müsse sich an der Gruppe beteiligen.⁶³ Die bloße Anwesenheit in einer Gruppe sei nicht ausreichend, denn der Gesetzgeber habe kein echtes Unterlassungsdelikt schaffen wollen. Ferner stelle die bloße Anwesenheit selbst bei vorhandenem deliktischen Vorsatz grundsätzlich kein strafwürdiges Unrecht dar, so dass eine gleichwohl erfolgende Bestrafung Bedenken im Hinblick auf das Schuldprinzip hervorrufen würde. Entsprechend führe der Gesetzgeber in der Beschlussbegründung aus, dass der Täter es mindestens billigend in Kauf nehmen müsse, dass er durch seinen Beitrag die Begehung einer Straftat ermöglicht oder erleichtert. Der Täter müsse also auf objektiver Ebene einen aktiven Beitrag am Bedrängen leisten.⁶⁴ Daraus folge allerdings, dass es neben den allgemeinen Beteiligungsregeln keinen eigenständigen Anwendungsbe- reich gebe. Denn nach ständiger Rechtsprechung genüge als Gehilfenhandlung bereits jede Tätigkeit, die die Haupttat irgendwie fördert, ohne dass es einer Ursächlichkeit des Gehilfenbeitrags für die Vollendung der Haupttat bedürfe.

d) Fördern einer Straftat

Nach Auffassung von *Eisele* sei es unklar, ob den Worten „wer eine Straftat dadurch fördert“ eine eigenständige unrechtsbegründende Bedeutung zukomme. Unklar sei auch, ob eine solche Straftat tatsächlich begangen bzw. versucht sein müsse. Erschwerend komme hinzu, dass die Straftat dreifach in der Norm genannt werde, ohne dass diese zueinander in Beziehung stünden: 1. Fördern einer Straftat durch den Täter, 2. Bedrängung einer Person zur Begehung einer Straftat durch die Gruppe und 3. die tatsächliche Begehung einer Straftat nach § 184i StGB oder nach § 177 StGB n.F.

Nach Auffassung von *Eisele* komme den Worten „wer eine Straftat dadurch fördert“ eine eigenständige Bedeutung zu. Anderenfalls hätte der Gesetzgeber formulieren können „Wer sich an einer Personengruppe beteiligt, die...“. Eine solche Formulierung sei zwar im Ge-

⁶² Vgl. BT-Drs. 18 / 9097, S. 32.

⁶³ Vgl. BT-Drs. 18 / 9097, S. 32.

⁶⁴ Vgl. BT-Drs. 18 / 9097, S. 32.

setzgebungsverfahren erwogen, aber dann verworfen worden. Der Täter müsse daher entweder eine Straftat fördern, die von der Gruppe intendiert ist oder eine Straftat nach § 177 StGB n. F. bzw. nach § 184i StGB fördern.

Ferner stelle sich die Frage, ob die geförderte Straftat tatsächlich begangen bzw. versucht werden müsse. Diesbezüglich kam *Eisele* zu dem Ergebnis, dass der Täter lediglich günstigere Bedingungen für die Begehung der geförderten Straftat schaffen müsse. Kriminalisiert werde daher bereits die versuchte Beihilfe, wenn die objektive Bedingung der Strafbarkeit tatsächlich eintrete.

e) Vorsatz

Der Täter müsse es mindestens billigend in Kauf nehmen, dass eine Person durch die Gruppe zum Zwecke der Begehung einer Straftat bedrängt werde und dass der Täter durch seinen Beitrag die Begehung einer Straftat ermöglicht oder erleichtert.⁶⁵ Der Vorsatz müsse sich dabei auf die Begehung irgendeiner Straftat aus der Gruppe heraus beziehen, nicht aber auf die Taten nach § 177 StGB n.F. bzw. nach § 184i StGB, weil diese nur objektive Bedingung der Strafbarkeit seien. Es ergebe sich dadurch eine – allerdings minimale – Erweiterung zur Gehilfenstrafbarkeit, weil der Täter keine bestimmte Straftat in Bezug nehmen müsse.

f) Objektive Bedingung der Strafbarkeit

Irgendein Gruppenmitglied müsse eine Straftat nach § 177 StGB n. F. oder nach § 184i StGB begehen. Mit der Aufnahme einer objektiven Bedingung der Strafbarkeit würden allerdings die in der Silvesternacht zutage getretenen Beweisschwierigkeiten nicht behoben. Denn auch § 184j StGB erfordere, dass dem Täter eine aktive Tathandlung der Beteiligung am Bedrängen nebst Vorsatz zur Begehung einer Straftat aus der Gruppe heraus sowie deren Förderung nachgewiesen werden müsse.

g) Formelle Subsidiarität

Der Straftatbestand sei formell subsidiär, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht sei. Dies sei insbesondere im Hinblick auf eine mittäterschaftliche Tatbegehung nach § 177 StGB n. F. der Fall. Ferner sei auch der nach § 27 Abs. 2 Satz 2

⁶⁵ Vgl. BT-Drs. 18 / 9097, S. 32.

StGB in Verbindung mit § 49 Abs. 1 StGB gemilderte Strafraumen des § 177 StGB n. F. höher als der Strafraumen des § 184j StGB n.F.

h) Konkurrenzverhältnis zwischen § 184j StGB n.F. und § 184i StGB n.F.

Beide Vorschriften wiesen denselben Strafraumen auf, so dass die formelle Subsidiarität nach Auffassung von *Eisele* nicht einschlägig sei. Begehe ein Täter eine Beihilfe zu § 184i StGB und verwirkliche er gleichzeitig § 184j StGB, liege gleichwohl nicht Tateinheit vor. Zwar liege das besondere Unrecht des § 184j StGB in der Gefährdung des Opfers durch die Gruppendynamik, was grundsätzlich für eine tateinheitliche Tatbegehung spreche. Dieselbe Überlegung müsste dann aber auch in Bezug auf § 177 StGB n. F. greifen. Richtigerweise werde das Unrecht bereits vollständig von § 184i StGB erfasst, so dass nach allgemeinen Regeln der Gesetzeskonkurrenz § 184j StGB hinter § 184i StGB in Verbindung mit § 27 StGB zurücktrete.

Abschließend schlug *Eisele* vor, § 184j StGB n. F. zu streichen. Der Vorschrift komme de facto kaum ein eigenständiger Anwendungsbereich zu, so dass es sich um bloßes Symbolstrafrecht handele.

Die von *Eisele* vorgetragene Einschätzung wurde mit großer Mehrheit von der Reformkommission geteilt. § 184j StGB werfe verfassungsrechtliche Bedenken auf und löse keine Beweisprobleme.

i) Das Abstimmungsergebnis

Die Mitglieder der Reformkommission haben auf der Grundlage der dargestellten Diskussionen zum § 184j StGB die folgende Frage aufgeworfen und zur Abstimmung gestellt:

Frage: Soll § 184j StGB gestrichen werden?

Abstimmung: Ja: 11 Mitglieder; Nein: 0 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

II. Themenkomplex 2: Reformbedarf bei § 179 StGB (Sexueller Missbrauch widerstandsunfähiger Personen)

Die Reformkommission beschäftigte sich mit § 179 StGB in der Fassung vom 27. Dezember 2003 (§ 179 StGB a. F.) in der 3., 4., 6. und 8. Sitzung. *Hörnle* hielt in der 6. Sitzung ein Impulsreferat mit dem Titel „Dogmatische Einordnung von § 179 StGB auch mit Blick auf den Strafraumen“. *Schneider* nahm ebenfalls in der 6. Sitzung mit ihrem Impulsreferat „Strafbarkeitslücken bei sexuellen Handlungen zum Nachteil von eingeschränkt widerstandsfähigen Personen?“ Stellung. Die Reformkommission hatte bereits in der 4. Sitzung die Professorin für Sozialrecht *Zinsmeister* von der Fachhochschule Köln zur Umsetzung von Artikel 36 des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt vom 11. Mai 2001 (Istanbul-Konvention) und von Artikel 16 Abs. 5 des Übereinkommens der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderung (UN-Behindertenrechtskonvention) angehört. In derselben Sitzung hatte sie die Psychologin *Egli-Alge* zu der Frage angehört, inwieweit geistig behinderte Personen strafrechtlich vor sexuellen Übergriffen geschützt werden sollten, wenn sie zwar zum Widerstand fähig wären, aber keinen Widerstand leisten, sondern anscheinend einvernehmlich an der sexuellen Handlung mitwirken. Darüber hinaus wurde die Beauftragte der Bundesregierung für die Belange von Menschen mit Behinderung – *Bentele* – in der 3. Sitzung der Reformkommission angehört. Der Psychiater *Günter* ist von der Reformkommission in der 5. Sitzung im Hinblick auf den sexuellen Missbrauch von Kindern angehört worden. In diesem Rahmen äußerte er sich am Rande auch zu Kindern mit Behinderung.

Die Diskussion um § 179 StGB a. F. ist im Kontext zum Themenkomplex 1 (Reformbedarf bei § 177 StGB – Das Für und Wider einer Einverständnislösung und von alternativen Regelungsmöglichkeiten) zu sehen. Nachdem im Zusammenhang mit § 177 StGB (Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung) in der Fassung vom 13. November 1998 (§ 177 StGB a. F.) Strafbarkeitslücken erkannt worden waren, wurden mehrere Lösungsansätze zur Schließung dieser Lücken diskutiert. Von diesen Lösungsansätzen sind im Rahmen des Themenkomplexes 2 die sogenannte „Nein-heißt-Nein“-Lösung und die kasuistisch-punktueller Lösung hervorzuheben. Während mit der „Nein-heißt-Nein“-Lösung auf den Willen des Opfers abgestellt wird und jede sexuelle Handlung unter Strafe gestellt werden sollte, die gegen den erklärten Willen des Opfers erfolgt, strebte die kasuistisch-punktueller Lösung die Schließung der Strafbarkeitslücken durch ihre positive Beschreibung in einzelnen Straftatbeständen an.⁶⁶ Bei beiden Ansätzen sollte § 179 StGB a. F. in die neue Systematik integriert werden. So hatte das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz einen Gesetzentwurf zur Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung vorgelegt, mit dem § 179

⁶⁶ Vgl. im Einzelnen Themenkomplex 1, Punkt I.1.

StGB a. F. im aufgezeigten Sinne einer kasuistisch-punktuellen Lösung neu gefasst werden sollte.

Der Gesetzgeber verabschiedete schließlich – zeitlich nach der Diskussion der Reformkommission zu Themenkomplex 2 – das 50. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung vom 4. November 2016 (50. StrÄndG), mit welchem unter Streichung von § 179 StGB a. F. ein neuer § 177 StGB geschaffen wurde, der die „Nein-heißt-Nein“-Lösung in das Strafgesetzbuch einführte und neben der Schaffung weiterer Grundtatbestände auch den Regelungsgehalt von § 179 StGB a. F. auffing.

1. Die Ausgangslage aus der Sicht von Menschen mit Behinderung

Die Reformkommission hörte eingangs die Sachverständigen *Zinsmeister* und *Egli-Alge* sowie die Beauftragte der Bundesregierung *Bentele* an, um sich einen Überblick über die spezifischen Probleme von Menschen mit Behinderung mit Hinblick auf Sexualität zu verschaffen.

Zinsmeister legte ihrem Impulsreferat Artikel 16 Abs. 5 der UN-Behindertenrechtskonvention zugrunde. Nach dieser Vorschrift verpflichten sich die Vertragsstaaten, wirksame Rechtsvorschriften und politische Konzepte zu schaffen, um sicherzustellen, dass Fälle von Ausbeutung, Gewalt und Missbrauch gegenüber Menschen mit Behinderungen erkannt, untersucht und ggf. strafrechtlich verfolgt werden.⁶⁷ Dieser Vorgabe sei auch bei der Umsetzung von Artikel 36 der Istanbul-Konvention Rechnung zu tragen. Dies erfordere, dass behinderungsbedingte Beeinträchtigungen des Tatopfers in Bezug auf Willensbildung, Willensartikulation und Selbstschutz vom Strafrecht angemessen berücksichtigt werden müssten. Ferner müssten die spezifischen Lebenslagen und Beeinträchtigungen von Menschen mit Behinderung bei der Bewertung von Tatumständen aus der Perspektive des objektiven Beobachters, wie sie etwa zur Beurteilung der Sozialadäquanz einer sexuellen Handlung erforderlich sei, einbezogen werden.

Nach *Zinsmeister* würden Frauen mit Behinderungen und Beeinträchtigungen in Deutschland zwei- bis dreimal häufiger Opfer eines sexuellen Missbrauchs in ihrer Kindheit oder Jugend als der weibliche Bevölkerungsdurchschnitt.⁶⁸ Typische Viktimisierungsrisiken seien u. a. das

⁶⁷ Deutschland hat die UN-Behindertenrechtskonvention am 24. Februar 2009 ratifiziert.

⁶⁸ Vgl. Schröttle, M. / Honber, C. / Glammeier, S. / Sellach, B. / Kavemann, B. / Puhe, H. / Zinsmeister, J., Lebenssituation und Belastungen von Frauen mit Behinderungen und Beeinträchtigungen in Deutschland. Ergebnisse der quantitativen Befragung. Endbericht, Berlin / Bonn 2003, S. 264 f.

Geschlecht (in der Regel seien die Opfer Frauen und die Täter Männer), die begünstigte Gelegenheit zu sexuellen Übergriffen in Betreuungs- und Pflegeverhältnissen, die Möglichkeit zur Ausnutzung der spezifischen Behinderung (z. B. Wegnahme des Hilfsmittels, Wegschieben des Rollstuhls), soziale Isolation von Menschen mit Behinderung insbesondere in Einrichtungen, fehlende Möglichkeit zur spontanen Einschätzung der Situation wegen intellektueller oder psychischer Beeinträchtigungen, mangelndes Selbstwertgefühl wegen Behinderung (das Gefühl „weniger Wert“ oder „keine richtige Frau“ zu sein) oder Unterlassen von Anzeigen infolge von Absprechen der Glaubhaftigkeit der Aussage des Opfers oder wenn der Täter ein Mitbewohner mit Behinderung ist, der fälschlich für schuldunfähig gehalten wird. Ein wichtiges Viktimisierungsrisiko sei auch darin zu sehen, dass Menschen mit Behinderung häufig im erheblichen Maß auf Pflege und Unterstützung angewiesen seien. Hierdurch entstehe nach *Zinsmeister* der Eindruck, dass jeder die Betroffenen körperlich berühren dürfe. Entsprechend werde die Intimsphäre von Menschen mit Behinderung weniger respektiert und Berührungen durch andere Menschen seien im Wesentlichen akzeptiert. Darüber hinaus stellte *Zinsmeister* heraus, dass die Einrichtungen der Behindertenhilfe den Betroffenen im Alltag für einvernehmliche sexuelle Kontakte wenig Raum lassen (z. B. zu wenig Privatsphäre, Einzelbetten, Unterbinden von sexuellen Kontakten). Dies führe teilweise dazu, dass sexuelle Handlungen im (halb-)öffentlichen Raum wie etwa im Kino vorgenommen würden, was unter den gegebenen Umständen nachvollziehbar sei, aber als inadäquat empfunden werde.

In Bezug auf § 179 StGB a. F. führte *Zinsmeister* aus, dass die Gerichte die Frage des Vorliegens der absoluten Widerstandsunfähigkeit häufig nur an medizinischen Faktoren bemessen würden. Dies greife zu kurz. Nach Artikel 1 Satz 2 der UN-Behindertenrechtskonvention zählen zu Menschen mit Behinderungen Menschen, die langfristige körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, welche sie in Wechselwirkung mit verschiedenen Barrieren an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können. Eine Behinderung entstehe daher aus der negativen Wechselwirkung zwischen einem Individuum, seiner funktionalen Gesundheit und seiner sozialen und ökologischen Umwelt. Auf dieser Grundlage sei etwa die Bewertung, die sexuelle Handlung zum Nachteil einer gehörlos geborenen Frau sei weder unter Ausnutzung einer schutzlosen Lage im Sinne des § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB a. F. noch im Zustand der Widerstandsunfähigkeit im Sinne des § 179 StGB a. F. erfolgt, weil hilfsbereite Dritte in der Nähe gewesen seien und das Opfer hätte schreien können, nicht zutreffend. Zwar sei es medizinisch korrekt, dass ein gehörloser Mensch aus rein physischer Sicht schreien könne. Ein von Geburt an gehörloser Mensch werde aber dahingehend sozialisiert, laute Artikulationen zu unterlassen und könne auch selbst die Hörweite seiner Artikulation nicht gut einschätzen. Aus diesem Grund dränge

sich die Schutzmaßnahme für das gehörlose Opfer in der konkreten Situation nicht auf. Für die Einbeziehung von Faktoren, die außerhalb des medizinischen Bereiches liegen, spreche auch Artikel 36 Abs. 2 der Istanbul-Konvention. Nach dieser Vorschrift muss das Einverständnis freiwillig als Ergebnis des freien Willens der Person, der im Zusammenhang der jeweiligen Begleitumstände beurteilt wird, erteilt werden.

Zinsmeister unterteilte die Menschen mit Behinderung, die grundsätzlich schutzbedürftig sind, in drei Gruppen:

- Personen, die aufgrund einer schweren Bewusstseinsstörung außerstande sind, einen natürlichen Willen zu bilden oder zu äußern (z. B. Wachkomapatienten oder Patienten mit fortgeschrittener Muskelerkrankung)
- Personen, die nur eingeschränkt in der Lage sind, das Ansinnen des Täters realistisch zu erfassen, zu beurteilen oder zu bewerten (z. B. Wahrnehmung und Urteilsvermögen des Opfers sind in einer Einrichtung von der Abhängigkeit zum Täter geprägt oder eine blinde Frau willigt in die sexuelle Handlung nur ein, weil sie nicht sieht, dass der Täter die sexuelle Handlung filmt)
- Personen, die zwar einen natürlichen Willen bilden, diesen aber nicht angemessen zum Ausdruck bringen können (z. B. das bereits benannte Beispiel der erlernten Sprachlosigkeit bei angeborener Gehörlosigkeit oder sozialbedingte Überzeugung, dass es auf den eigenen Willen nicht ankomme oder fehlende körperliche Fähigkeit den Raum zu verlassen)

Andererseits müsse nach *Zinsmeister* aber darauf geachtet werden, dass die Willensbekundungen von Menschen mit seelischer oder geistiger Behinderung nicht missachtet und einverständliche sexuelle Handlungen nicht kriminalisiert werden. Krankheiten und Behinderungen führten nur selten zu einem vollständigen Ausschluss der Willensbildung. Weitaus häufiger seien Fälle, bei denen die Fähigkeit der betroffenen Person zur freien Selbstbestimmung lediglich vermindert sei.

Egli-Alge unterstützte diesen Ansatz: Als Grundsatz gelte, dass Menschen mit Lernbehinderungen oder geistigen Behinderungen dieselben (sexuellen) Grundbedürfnisse wie Menschen ohne Behinderung hätten. Menschen mit Behinderung seien dabei durchaus in der Lage zu wissen, was sie wollen und was nicht. Weder die Fähigkeit zur Einsicht in Recht und Unrecht noch die Fähigkeit auf der Grundlage von Informationen und Aufklärung in eine se-

xuelle Handlung einzuwilligen (informed consent), sei einzig von der kognitiven Fähigkeit eines Menschen abhängig. Die Fähigkeit zur Bildung eines informed consent sei vielmehr entscheidend beeinflusst von der Entwicklungsstufe der Moral, Persönlichkeitszügen sowie von komorbiden psychiatrischen Erkrankungen oder Verhaltensstörungen. Das Problem bestehe nach *Egli-Alge* vielmehr darin, dass es Menschen mit Behinderung häufig an sozialen Kenntnissen und Kommunikationsfertigkeiten fehle, um ihren Wünschen und Bedürfnissen Ausdruck zu verleihen. Es bestehe daher in erster Linie Bedarf an Präventions- und Schutzkonzepten, damit auch Menschen mit Behinderung ihre Sexualität in jeder Hinsicht risikoarm leben könnten.

Zinsmeister, *Egli-Alge* und *Bentele* waren sich darin einig, dass Menschen mit Behinderung durch strafrechtliche Regelungen nicht die Möglichkeit genommen werden dürfe, Sexualität zu leben. Anderenfalls würden sie zu Gunsten einer – vielleicht auch nur unterstellten Vulnerabilität – sexuell entmündigt. *Zinsmeister* und *Egli-Alge* betonten dabei, dass die sexuelle Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderung auch dann zu respektieren sei, wenn aus objektiver dritter Sicht voraussehbar sei, dass mit dem sexuellen Kontakt schmerzhaft Erfahrungen verbunden sein werden. Dies könne etwa der Fall sein, wenn sich die Person mit Behinderung mit einer Person ohne Behinderung sexuell einlasse, die erkennbar nur an sexuellen Handlungen ohne das Eingehen einer Partnerschaft interessiert sei. Derartige schlechte Erfahrungen gehörten bei jedem Menschen zum Leben, ohne dass Menschen mit Behinderung diesbezüglich in besonderem Maße schutzwürdig seien.

Entscheidend sei lediglich, dass es sich um einvernehmlichen sexuellen Verkehr handele. Ein solcher liege nach *Zinsmeister* und *Egli-Alge* vor, wenn der Mensch mit Behinderung auf der Grundlage eines „rudimentären natürlichen Willens“ mit der sexuellen Handlung einverstanden sei. Dieser faktische Wille sei für das Einverständnis ausreichend. Selbst das Vorliegen eines informed consent, über den Menschen mit Behinderung teilweise auch aufgrund von mangelhafter Sexualaufklärung nicht verfügten, sei darüber hinaus nicht erforderlich. Das Fehlen eines informed consent könne lediglich zu einer Art Motivirrtum führen, wie er bei jedem Menschen vorkommen könne. Gleichwohl müssten die Bestrebungen dahingehen, Menschen mit Behinderung in ihrer Sexualität pädagogisch zu begleiten. Auch der Sachverständige *Günter* sprach sich dafür aus, Personen mit Behinderung besser sexualpädagogisch zu begleiten.

Bentele führte aus, dass es schwierig sein könne zu erkennen, ob ein Einverständnis der Person mit Behinderung vorliege oder nicht. In diesen Fällen könne eine Vertrauensperson weiterhelfen, die etwa eine non-verbale Kommunikation deuten könne. Entscheidend sei,

dass Transparenz geschaffen werde, indem die Willensentscheidung des Menschen mit Behinderung nachvollziehbar gemacht werde. Die Vertrauensperson solle dabei in der Kommunikation die Brücke zwischen der Person mit Behinderung und dem potenziellen Sexualpartner bilden.

2. Die Diskriminierung von Menschen mit Behinderung durch § 179 StGB a. F.

Gemäß § 179 Abs. 1 StGB a. F. wurde mit Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 10 Jahren bestraft, wer eine andere Person, die wegen einer geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung einschließlich einer Suchtkrankheit oder wegen einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung (Nr. 1) oder körperlich (Nr. 2) zum Widerstand unfähig ist, dadurch missbrauchte, dass er unter Ausnutzung der Widerstandsunfähigkeit sexuelle Handlungen an ihr vornahm oder an sich von ihr vornehmen ließ.

a) Der Vergleich zu § 177 Abs. 1 StGB a. F.

§ 179 StGB a. F. schützte Personen, die absolut zum Widerstand unfähig waren und daher keinen entgegenstehenden Willen bilden oder äußern oder durchsetzen konnten.⁶⁹ Der Täter des § 179 StGB a. F. musste daher das Opfer nicht nötigen, mithin keinen entgegenstehenden Willen des Opfers durch Zwang brechen. Demgegenüber setzte § 177 StGB a. F. voraus, dass der Täter das Opfer zusätzlich nötigte. Gemäß § 177 StGB a. F. wurde mit Freiheitsstrafe nicht unter 1 Jahr bestraft, wer eine andere Person mit Gewalt (Nr. 1), durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben (Nr. 2) oder unter Ausnutzung einer Lage, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert war (Nr. 3), *nötigte*, sexuelle Handlungen des Täters oder eines Dritten an sich zu dulden oder an dem Täter oder einem Dritten vorzunehmen. Insbesondere Behindertenverbände sahen hierin eine Diskriminierung, da sie annahmen, dass Menschen mit Behinderung vorrangig unter das Vergehen des § 179 StGB a. F. fielen und daher für sie nur dessen geringerer Strafrahmen von 6 Monaten bis 10 Jahren Freiheitsstrafe zur Anwendung komme, während Menschen ohne Behinderung von dem Verbrechenstatbestand des § 177 Abs. 1 StGB a. F. mit einem Strafrahmen von 1 Jahr bis 15 Jahren Freiheitsstrafe geschützt seien.

Bentele stellte entsprechend heraus, dass der sexuelle Missbrauch Widerstandsunfähiger genauso bestraft werden müsse wie die Vergewaltigung nach § 177 Abs. 1 StGB a. F. Die Widerstandsunfähigkeit eines Menschen dürfe nicht den Ausschlag dafür geben, welche Strafe ein Täter bekomme. Obwohl vor dem Grundgesetz alle Menschen gleich seien, weise

⁶⁹ Vgl. Fischer, StGB, 63. Auflage, § 179 Rn. 8a.

die geltende Rechtslage eine Ungleichbehandlung zwischen widerstandsunfähigen Personen und nicht widerstandsunfähigen Personen auf. Denn nur letztere könnten Opfer einer Vergewaltigung werden, obwohl das Ausnutzen der Widerstandsunfähigkeit kein Weniger zur Nötigung darstelle.

Hörnle hielt die Ausführungen von *Bentele* aus dogmatischer Sicht mit der Mehrheit der Mitglieder der Reformkommission nicht für überzeugend. Denn der Täter des § 177 Abs. 1 StGB a. F. verwirkliche grundsätzlich größeres Unrecht, weil er anders als bei § 179 StGB a. F. einen entgegenstehenden Willen des Opfers durch Zwang brechen müsse, was infolge der Widerstandsunfähigkeit oder gar dem Einverständnis des Opfers bei § 179 Abs. 1 und 2 StGB a. F. nicht erforderlich sei. Der sachliche Grund für den unterschiedlichen Strafrahmen sei jedoch nach *Hörnle* insbesondere dann schwer vermittelbar, wenn sich der Täter des § 179 Abs. 1 und 2 StGB a. F. zusätzlich über den ausdrücklich erklärten, entgegenstehenden Willen des Opfers hinwegsetze. In diesen Fällen unterscheide sich der Unwert der Tat nicht wesentlich von dem Unrechtsgehalt einer Tat nach § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB a. F. (Ausnutzen einer schutzlosen Lage).

Hörnle führte in ihrem Impulsreferat aus, dass das Problem darin bestehe, dass § 179 StGB a. F. als zentrales Merkmal die Unfähigkeit zum Widerstand benenne. Der Gesetzgeber bringe damit zum Ausdruck, dass Personen grundsätzlich zum Widerstand verpflichtet seien, wenn sie eine sexuelle Handlung ablehnten. Diese Haltung widerspreche jedoch dem Grundgedanken des Artikels 36 der Istanbul-Konvention.⁷⁰ Im Rahmen einer Neuregelung solle der Begriff des Widerstandes daher aufgegeben werden. Ein einheitlicher Straftatbestand müsse vielmehr unabhängig von dem Vorliegen einer Behinderung 1. alle Personen erfassen, die einen entgegenstehenden Willen äußern, 2. alle Personen erfassen, bei denen die fehlende Zustimmung etwa wegen Schlafes oder Alkoholisierung offensichtlich sei und könne ggf. 3. alle Personen erfassen, bei denen wegen geistiger Behinderung, Demenz oder Rauschzuständen Zweifel an der Wirksamkeit der faktisch erklärten Zustimmung bestünden. Ein solcher einheitlicher Tatbestand würde auch der Kritik der Behindertenverbände entgegenkommen, weil die Erfüllung des Tatbestandes in keiner Weise von dem Vorliegen einer Behinderung abhängig gemacht ist.

In Bezug auf die Personengruppe aus Punkt 3 müsse man jedoch nach *Hörnle* vorab die Frage klären, ob nicht der faktisch erklärte Wille einer eingeschränkt widerstandsfähigen Person für einen einvernehmlichen Sexualkontakt die Strafwürdigkeit der sexuellen Hand-

⁷⁰ Vgl. hierzu Themenkomplex 1, Punkt I.1.a.

lung entfallen lasse.⁷¹ In diesem Fall seien die in Punkt 3 genannten Personen nicht in den Schutzbereich der neuen Norm einzubeziehen, wofür große Teile der Reformkommission auch im Kontext der Anhörung von *Zinsmeister* und *Egli-Alge* Sympathien zeigten.

b) Der sexuelle Übergriff gegen den faktisch entgegenstehenden Willen

Die Reformkommission diskutierte darüber, ob der faktisch entgegenstehende Wille von Menschen mit Behinderung oder widerstandsunfähigen Menschen einen besonders schweren Fall oder eine Qualifikation darstellen sollte. Der Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD zur 18. Legislaturperiode enthält eine entsprechende Vorgabe, die in der Reformkommission erörtert wurde.⁷² Die Reformkommission war sich darüber einig, dass die Vorgabe aus dem Koalitionsvertrag auf der Grundlage des § 179 StGB a. F. sinnvoll sei. Denn der Grundtatbestand des § 179 Abs. 1 und 2 StGB a. F. setze keinen entgegenstehenden Willen des Opfers voraus. Der Tatbestand sei daher grundsätzlich auch einschlägig, wenn ein Einverständnis des Opfers vorliege. Werde der Grundtatbestand aber erfüllt, obwohl sogar ein faktisch entgegenstehender Wille des Opfers erklärt werde, sei die Tat besonders schwerwiegend. Es sei plausibel anzunehmen, dass Tathandlungen, bei denen sich das Opfer nicht wehren könne, aber einen entgegenstehenden Willen geäußert habe, denselben Tatumwert aufweisen wie Tathandlungen nach § 177 Abs. 1 StGB a. F. In diesen Fällen solle die Mindeststrafe daher jeweils 1 Jahr Freiheitsstrafe betragen, weil es sich um ein im Gewicht der Nötigung ähnliches Unrecht handele. Die Mitglieder der Reformkommission gingen in diesem Kontext auch auf den Gesetzentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zur Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung ein, der zum Zeitpunkt der Diskussion als Referentenentwurf vorlag. Dieser Entwurf sah in § 179 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StGB-E vor, dass ein besonders schwerer Fall mit einer Mindestfreiheitsstrafe von 1 Jahr in der Regel vorliege, wenn die Widerstandsunfähigkeit auf einer Behinderung des Opfers beruhe. Gegen diese Regelung wurde vorgebracht, dass der Umstand, dass das Opfer behindert sei, für sich genommen das Unrecht der Tat nicht steigere.

3. Der strafrechtliche Schutz von Menschen mit eingeschränkter Fähigkeit zum Widerstand

Schneider stellte in ihrem Impulsreferat auf der Grundlage der Auswertung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zunächst fest, dass § 179 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 StGB a. F. für Per-

⁷¹ Vgl. hierzu sogleich unter Punkt 3.

⁷² Vgl. Koalitionsvertrag, S. 71: „Wir stellen ausdrücklich klar, dass ein sexueller Übergriff gegen den faktisch entgegenstehenden Willen eines behinderten oder sonst widerstandsunfähigen Opfers als besonders schwerer Fall des sexuellen Missbrauchs widerstandsunfähiger Personen anzusehen ist.“

sonen, die in ihrer Widerstandsfähigkeit gegenüber sexuellen Ansinnen eingeschränkt sind, keinen strafrechtlichen Schutz bieten. Nach der Rechtsprechung müsse das Opfer bei § 179 StGB a. F. unfähig sein, einen ausreichenden Widerstandswillen gegen das sexuelle Ansinnen zu bilden, zu äußern oder durchzusetzen. Dabei sei es zwar ausreichend, wenn die Widerstandsunfähigkeit in diesem Sinne nur vorübergehender Natur sei. Demgegenüber lasse die bloß eingeschränkte Fähigkeit, Widerstand gegen das sexuelle Ansinnen zu leisten, den Tatbestand des § 179 StGB a. F. entfallen. *Zinsmeister* führte demgegenüber aus, dass die Praxis trotz der Vorgaben des Bundesgerichtshofs häufig Fälle unter § 179 StGB a. F. subsumiere, bei denen die Fähigkeit des Opfers zur freien Selbstbestimmung lediglich vermindert sei.⁷³ Dies gelte selbst dann, wenn der Widerstandswille erkennbar geäußert worden sei oder gar Widerstand geleistet worden sei, so dass eine Verurteilung nach § 177 StGB a. F. mitunter näher gelegen hätte.

Schneider führte weiter aus, dass sich ein strafrechtlicher Schutz von Personen mit eingeschränkter Fähigkeit zum Widerstand auch nicht umfassend durch § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB a. F. erzielen lasse. Gemäß § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB a. F. wurde mit Freiheitsstrafe nicht unter 1 Jahr bestraft, wer eine andere Person unter Ausnutzung einer Lage, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist, nötigt, sexuelle Handlungen des Täters oder eines Dritten an sich zu dulden oder an dem Täter oder einem Dritten vorzunehmen. Es sei auf eine restriktive Auslegung der Vorschrift durch die Rechtsprechung zurückzuführen, dass Personen mit eingeschränkter Fähigkeit zum Widerstand nicht per se erfasst würden. Strafflos könnten danach Fälle bleiben, bei denen die betroffene Person zwar in die sexuelle Handlung einwillige, die Einwilligung aber mit einer Willensschwäche verbunden sei oder die betroffene Person die Risiken (z. B. Schwangerschaft, Krankheitsübertragung) nicht abschätzen könne. Ferner würden Fälle gegen den Willen der betroffenen Person nicht erfasst, bei denen diese lediglich aufgrund einer Befürchtung, die sich nicht auf eine Gewalteinwirkung bezieht, Widerstand unterlasse.

Für einige Konstellationen lasse sich nach *Schneider* aber mit § 174a Abs. 2 StGB (Sexueller Missbrauch von Gefangenen, behördlich Verwahrten oder Kranken und Hilfsbedürftigen in Einrichtungen) und § 174c StGB (Sexueller Missbrauch unter Ausnutzung eines Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses) ein strafrechtlicher Schutz erzielen. Der Strafraum der §§ 174a und 174c StGB (jeweils 3 Monate bis 5 Jahre Freiheitsstrafe) bleibe dabei jedoch hinter dem Strafraum des § 179 Abs. 1 StGB a. F. (6 Monate bis 10 Jahre Freiheitsstrafe) zurück. Ferner enthalte § 174a StGB keine dem § 179 Abs. 2 StGB a. F. ver-

⁷³ Vgl. Oberlies, D., Selbstbestimmung und Behinderung – Wertungswidersprüche im Sexualstrafrecht?, in: Zinsmeister, J. (Hrsg.): Sexuelle Gewalt gegen behinderte Menschen und das Recht. Gewaltprävention und Opferschutz zwischen Behindertenhilfe und Strafjustiz, Opladen 2003.

gleichbare Regelung (sexuelle Handlungen mit Dritten).⁷⁴ Darüber hinaus komme Personal, das für Verwaltungsaufgaben oder technische Aufgaben zuständig ist, in Ermangelung eines institutionellen Abhängigkeitsverhältnisses nicht als Täter des § 174a Abs. 2 StGB in Betracht. Dasselbe gelte für sexuelle Handlungen, die durch Nichtbetreuer (z. B. Mitpatienten oder Personen aus dem sozialen Nahraum) vorgenommen würden, da diese Personen weder von § 174a StGB noch von § 174c StGB als Tätergruppe erfasst würden. Schließlich schützten weder § 174a StGB noch § 174c StGB vor sexuellen Handlungen ohne Körperkontakt.⁷⁵ *Schneider* stellte auf dieser Grundlage zur Diskussion, die §§ 174a und 174c StGB entsprechend zu erweitern. Für eine Kriminalisierung spreche, dass sich Menschen mit Behinderung – auch außerhalb von Einrichtungen – oft in einer von Abhängigkeit geprägten Situation befänden, die von anderen Personen für sexuelle Handlungen missbraucht werden könne. Allerdings könne eine strafrechtliche Ausweitung des Missbrauchs zur Folge haben, dass auch einvernehmliche sexuelle Kontakte zunehmend kriminalisiert würden, was mit einer Einschränkung der sexuellen Selbstbestimmung einhergehe. Gegenwärtig lasse das Vorliegen einer tragfähigen Einwilligung den Tatbestand des § 174a Abs. 2 StGB und des § 174c StGB in Ermangelung eines Missbrauches entfallen.

Zinsmeister vertrat hierzu die Auffassung, dass die sexuelle Handlung strafwürdig sei, wenn dem sexuellen Kontakt ein Abhängigkeitsverhältnis zugrunde liege. Diese Schwelle zur Strafwürdigkeit sei nach Auffassung von *Zinsmeister* aber z. B. noch nicht erreicht, wenn der Sexualpartner ohne Behinderung dem Menschen mit Behinderung z. B. in Aussicht stelle, ihn nicht mehr zu besuchen, wenn er die Vornahme sexueller Handlungen ablehne. Denn es gebe in vielen Beziehungen Ungleichgewichte, die einen einvernehmlichen Sexualverkehr gleichwohl nicht ausschließen.

Die Reformkommission diskutierte die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Vornahme sexueller Handlungen mit Menschen, die nur eingeschränkt widerstandsfähig seien, tatsächlich strafwürdig sei. Die Mehrheit der Teilnehmer der Reformkommission sprach sich gegen das Erfordernis einer Strafnorm aus, wenn die eingeschränkt widerstandsfähige Person faktisch ihr Einverständnis mit der sexuellen Handlung erkläre. Zur Begründung beriefen sich die Anhänger dieser Auffassung auf die Ausführungen von *Zinsmeister*, *Egli-Alge* und *Bentle*, nach denen bei Vorliegen eines faktischen Einverständnisses das Recht auf Ausübung der sexuellen Selbstbestimmung selbst dann überwiege, wenn mit der sexuellen Handlung eine schlechte Lebenserfahrung einhergehe. Als weiteres Argument wurde angeführt, dass Menschen mit Behinderung auch in anderen Lebensbereichen zugunsten ihrer Selbstbestimmung nicht vollumfassend geschützt würden. So dürften sie etwa grundsätzlich Verträge

⁷⁴ Vgl. hierzu Themenkomplex 4, Punkt IV.1.b.

⁷⁵ Vgl. hierzu Themenkomplex 4, Punkt IV.1.c.

abschließen, auch wenn dabei ihre mangelhafte Erfahrung im Geschäftsleben ausgenutzt werde. Ferner sei es schwierig, einem Täter den Vorsatz nachzuweisen, wenn er mit dem erklärten faktischen Einverständnis der Person mit Behinderung sexuelle Handlung vorgenommen habe. Wichtig sei allerdings eine nachhaltige Verbesserung der Vermittlung von Wissen über Sexualität.

Teilweise wurde die Vornahme sexueller Handlungen zum Nachteil von Personen mit Behinderung demgegenüber auch dann als strafwürdig empfunden, wenn sich die Person mit Behinderung tatsächlich mit der sexuellen Handlung einverstanden erklärt, so dass § 179 StGB a. F. auch in diesem Fall seine Berechtigung habe. Darüber hinaus wurde teilweise sogar gefordert, eine Regelung zu schaffen, die Personen schützt, die nur eingeschränkt widerstandsunfähig sind. Personen mit Behinderung wiesen eine besondere Schutzbedürftigkeit auf, die man nicht ignorieren könne. Die §§ 174a bis 174c StGB seien nicht ausreichend, um diesem Schutzbedürfnis Rechnung zu tragen. Denn die §§ 174a bis 174c StGB beschränkten sich auf den sexuellen Missbrauch im Rahmen von Institutionen bzw. bestimmten Verhältnissen, bei denen unabhängig von dem Einverständnis des Opfers eine Strafbarkeit eintrete. Man müsse aber darüber hinaus überlegen, in welchen Schutzräumen außerhalb der Institutionen eine sexuelle Handlung unabhängig vom Einverständnis strafbar sein solle. So komme z. B. die Familie als ein solcher Schutzraum in Betracht. Zu bedenken sei auch, dass es Menschen ohne Behinderung einfacher möglich sei, schlechte Erfahrungen zu vermeiden. Der Vergleich mit der beschränkten geschäftlichen Erfahrung greife nicht, weil sich Menschen mit Behinderung in geschäftlichen Dingen – anders als im Hinblick auf das höchstpersönliche Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung – vertreten lassen könnten.

2. Das Abstimmungsergebnis

Die Mitglieder der Reformkommission haben auf der Grundlage der dargestellten Diskussionen die folgenden Fragen aufgeworfen und über diese wie folgt abgestimmt:

Frage 1: Sollen sexuelle Handlungen mit aufgrund geistiger Behinderung widerstandsunfähigen Personen, die sich mit der sexuellen Handlung tatsächlich einverstanden erklären, bestraft werden?

Abstimmung: Ja: 2 Mitglieder; Nein: 10 Mitglieder

Frage 2: Soll die Mindeststrafe bei § 179 Abs. 1 StGB an die Mindeststrafe von § 177 Abs. 1 StGB angeglichen werden?

Abstimmung: Ja: 3 Mitglieder; Nein: 9 Mitglieder

Frage 3: Soll bei § 179 StGB der Umstand des Handelns gegen den erklärten Willen strafrahmenschärfend wirken (Qualifikation oder Regelbeispiel)?

Abstimmung: Ja: 10 Mitglieder; Nein: 2 Mitglieder

Frage 4: Soll bei § 179 StGB der Umstand, dass das Opfer ein Mensch mit Behinderung ist, strafrahmenschärfend wirken (Qualifikation oder Regelbeispiel)?

Abstimmung: Ja: 0 Mitglieder; Nein: 11 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 5: Soll über den Tatbestand des § 179 StGB hinaus eine spezielle Regelung geschaffen werden, die Personen schützt, die nur eingeschränkt widerstandsunfähig sind?

Abstimmung: Ja: 4 Mitglieder; Nein: 8 Mitglieder

III. Themenkomplex 3: Reformbedarf bei den Straftatbeständen des sexuellen Missbrauchs von Kindern und Jugendlichen und des sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen

Mit dem Themenkomplex 3 hat sich die Reformkommission der Straftatbestände des Sexuellen Missbrauchs von Kindern (§§ 176 bis 176b StGB) und Jugendlichen (§§ 180 und 182 StGB) und des sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen (§ 174 StGB) angenommen. Darüber hinaus hat die Reformkommission erörtert, ob die rasante Entwicklung in der digitalen Welt Änderungen im Strafgesetzbuch erfordert, um etwa auch virtuell vorgenommene Handlungen hinreichend erfassen zu können.

Die Diskussionen haben einen breiten Raum eingenommen. Der Themenkomplex hat die Reformkommission in der 5. bis zur 10. Sitzung, in der 12. bis zur 14. Sitzung, in der 16. bis zur 17. Sitzung und in der 25. Sitzung beschäftigt.

1. Der sexuelle Missbrauch von Kindern

Die Reformkommission befasste sich in der 5. bis zur 8. Sitzung, in der 10. Sitzung und in der 12. bis zur 14. Sitzung mit dem sexuellen Missbrauch von Kindern.

a) Der Diskussionsverlauf zu den einzelnen Vorschriften zum sexuellen Missbrauch von Kindern

Bezjak (BMJV) hielt in der 5. Sitzung ein Impulsreferat zum Reformbedarf beim Straftatbestand des sexuellen Missbrauchs von Kindern. *Wolters* ergänzte den Impuls in der 6. Sitzung mit seinem Impulsreferat „Wertungswidersprüche bei den Schutzaltersgrenzen im dreizehnten Abschnitt des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs (?)“. Die Reformkommission hat sich ferner in der 5. Sitzung durch *Günter* sachverständig zu den Schutzaltersstufen aus psychiatrischer Sicht beraten lassen. Ebenfalls in der 5. Sitzung war der Unabhängige Beauftragte für Fragen des sexuellen Kindesmissbrauchs (UBSKM), *Rörig*, zu Gast und brachte seine Vorschläge und Ideen in die Diskussion ein. Der Betroffenenrat beim USKM vertrat seine Anliegen schriftlich mit E-Mail vom 1. Dezember 2015. Zu berücksichtigen war ferner das Impulsreferat „Wertungswidersprüche und Systemwidersprüche im 13. Abschnitt des StGB“, welches *Simon* (BMJV) in der 13. und 14. Sitzung der Reformkommission gehalten hatte.

Das Thema Cybergrooming wurde mit dem Impulsreferat „Cybergrooming und Strafraumen bei Besitzstrafbarkeit“ von *Eisele* in der 8. Sitzung der Reformkommission und von *Thiele* mit

einem Vortrag zum Cybergrooming in der 10. Sitzung der Reformkommission gesondert behandelt. Darüber hinaus berichteten die Vertreterinnen und Vertreter des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz von dem Besuch bei der Reformkommission zum Sexualstrafrecht in Schweden und über die dabei geführte Diskussion zum Thema Cybergrooming.

aa) Die Schutzaltersgrenze von 14 Jahren

Den Vorschriften zum sexuellen Missbrauch von Kindern gemäß §§ 176 ff. StGB liegt das Konzept zu Grunde, dass Personen unter 14 Jahren ausnahmslos nicht mit sexuellen Handlungen behelligt werden sollen. Dies gilt auch dann, wenn die sexuellen Handlungen einvernehmlich vorgenommen werden. Für Kinder besteht damit ein absoluter strafrechtlicher Schutz vor sexuellen Handlungen.

Wolters sprach sich in seinem Impulsreferat dafür aus, an der Schutzaltersgrenze von 14 Jahren festzuhalten. Eine generelle Absenkung der Schutzaltersgrenze etwa auf 12 oder 13 Jahre sei nicht angezeigt, weil in dieser Altersgruppe die Fähigkeit des Kindes zur sexuellen Selbstbestimmung ganz überwiegend noch unzureichend entwickelt sei. Eine allgemeine Anhebung der Altersgrenze auf 16 Jahre sei ebenfalls nicht in Betracht zu ziehen, weil der Prozess der sexuellen Reifung in dieser Phase häufig bereits so weit fortgeschritten sei, dass ein rigoroses Verbot weder tunlich noch alltagsgerecht sei.

Zuletzt hatte sich der Sonderausschuss für die Strafrechtsreform zum 4. StrRG der Frage angenommen, welche Aussagen die Wissenschaft über das sexuelle Verhalten und die sexuelle Reifung junger Menschen treffen kann und welche Wirkungen von sexuellen Handlungen bei einem Kind zu erwarten sind bzw. wie hoch die Wahrscheinlichkeit des Eintritts eines dauernden Schadens ist.⁷⁶ Der Sonderausschuss hatte zu diesem Thema in seiner 28., 29. und 30. Sitzung im November 1970 mehrere Sachverständige angehört.⁷⁷ Er führte seinerzeit auf der Grundlage der Sachverständigenanhörung aus, dass er sich der Problematik der Schutzaltersgrenze von 14 Jahren bewusst sei, gleichwohl aber an ihr festhalte.⁷⁸ Darüber hinaus führte der Sonderausschuss aus: „Die von verschiedenen Seiten gegebene Anre-

⁷⁶ Vgl. Beratungen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, 6. Wahlperiode, Anlage 1, S. 759 und Anlage 2, S. 761.

⁷⁷ Vgl. Beratungen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, 6. Wahlperiode, S. 843 ff. Das wesentliche Ergebnis der Anhörungen der Sachverständigen ist in BT-Drs. IV / 3521, S. 34 ff. zusammengefasst.

⁷⁸ Vgl. BT-Drs. VI / 3521, S. 35.

gung, nach einer Reihe von Jahren die Frage der Altersgrenze auf Grund der dann vorliegenden Forschungsergebnisse erneut zu überprüfen, wird zu beachten sein.“⁷⁹

Die Reformkommission hat diese Anregung aufgegriffen und *Günter* als Sachverständigen zur Schutzaltersgrenze im Hinblick auf Kinder und Jugendliche angehört. *Günter* führte aus, dass sich zwar das durchschnittliche Alter für den ersten Geschlechtsverkehr in den letzten 30 Jahren deutlich nach unten bewegt habe. Ferner nähmen Jugendliche bereits sehr früh vor allem im Internet sexuelle Kontakte vorwiegend mit Gleichaltrigen auf. Diese Entwicklung führe jedoch nicht dazu, dass die Fähigkeit zur vollen sexuellen Selbstbestimmung ebenfalls früher einsetze. *Günter* verwies allerdings auch darauf, dass für das ungestörte Durchlaufen der einzelnen Entwicklungsphasen ein Freiraum sexueller Selbsterprobung mit Gleichaltrigen erforderlich sei, der nicht von Erwachsenen kontaminiert werden dürfe. Denn die psychosexuellen Interessen von Jugendlichen unterschieden sich essentiell von der psychischen Bedeutung, die Sexualität für einen Erwachsenen habe. Kinder und Jugendliche müssten daher vor dem Macht- und Kompetenzgefälle, wie es beim sexuellen Verkehr mit deutlich älteren Personen zu vermuten sei, geschützt werden.

Die im StGB geregelten Schutzaltersgrenzen stünden mit dem psychosexuellen Entwicklungsstand zwar nicht immer im Einklang. Denn die körperliche und psychische Reifeentwicklung sei individuell sehr variabel. Gleichwohl sollten die Schutzaltersstufen beibehalten und nicht nach unten verschoben werden. Denn die Selbstbestimmungskompetenzen seien insbesondere gegenüber älteren Personen noch wenig entwickelt. Vor allem im Internet seien Kinder und Jugendliche weitgehend schutzlos gegenüber sexuellen Übergriffen. Die vom Gesetzgeber gewählten Schutzaltersgrenzen seien aus psychiatrischer Sicht nicht zu beanstanden.

Die Reformkommission sprach sich nach ausführlicher Diskussion vor dem Hintergrund der Anhörung des Sachverständigen *Günter* dafür aus, es bei der Schutzaltersgrenze von 14 Jahren zu belassen. Dafür spreche auch, dass die Bekanntheit der Altersgrenze in der Bevölkerung eine generalpräventive Wirkung entfalte.

bb) Die starre Altersgrenze – Umgang mit nicht strafwürdigen tatbestandlichen Handlungen

§ 176 Abs. 1 und 2 StGB erfasst Personen unter 14 Jahren ausnahmslos. *Bezjak* sprach sich dafür aus, an diesem Konzept einer starren Altersgrenze festzuhalten, da es sich hierbei

⁷⁹ Vgl. BT-Drs. VI / 3521, S. 36.

um ein objektives Kriterium handele, welches dem Beweis zugänglich sei. Das einzelfallbezogene Anknüpfen an der individuellen Einwilligungsfähigkeit des Kindes zum Tatzeitpunkt führe zu Rechtsunsicherheiten und würde eine Strafverfolgung deutlich erschweren. Halte man an einer starren Altersgrenze fest, blieben jedoch Tathandlungen strafbar, bei denen das Unrecht der Tat gering oder gar nicht vorhanden sei. So könne etwa die Vornahme sexueller Handlungen zwischen einer 14jährigen und einer 13jährigen Person Ausdruck einer zunehmenden sexuellen Selbstbestimmung sein, so dass die Annahme eines Missbrauches fernliege.

Diese Einschätzung wurde von den Ausführungen von *Günter* insoweit gestützt, als dass er die Auffassung vertrat, dass es für das ungestörte Durchlaufen der einzelnen Entwicklungsphasen erforderlich sei, Kindern und Jugendlichen einen Freiraum sexueller Selbsterprobung mit Gleichaltrigen zuzugestehen.

Um in den Fällen, in denen zwischen Täter und Opfer nur ein geringer Altersunterschied besteht, nicht bestrafen zu müssen, stünde gegenwärtig nur die Möglichkeit einer prozessualen Einstellung nach den §§ 153 oder 153a der Strafprozessordnung (StPO) bzw. nach den §§ 45, 47 Jugendgerichtsgesetz (JGG) zur Verfügung. Dabei handele es sich nach *Bezjak* zwar um einen gangbaren Weg. Vorzugswürdig sei jedoch eine materiell-rechtliche Lösung, um strafunwürdige tatbestandliche Handlungen, die dem Tatbestand des § 176 StGB untrennbar anhafteten, deliktsspezifisch aussondern zu können. Die vergleichbare Situation sei für § 174 StGB anerkannt worden. Gemäß § 174 Abs. 5 StGB könne das Gericht von Strafe absehen, wenn das Unrecht der Tat gering sei. Eine vergleichbare Regelung käme auch für § 176 StGB in Betracht.

Dagegen führte *Wolters* in seinem Impulsreferat aus, dass sich eine solche Lösung kaum von der prozessualen Lösung unterscheide und das Gesetz weiterhin von einem unrechten Verhalten ausgehe, welches in diesen Fällen nicht vorliege. *Wolters* schlug daher vor, die unwiderlegliche Vermutung eines sexuellen Missbrauchs von dem zusätzlichen Erfordernis eines Altersunterschiedes (z. B. mehr als 2 Jahre) oder Machtgefälles (z. B. Ausnutzen einer Zwangslage bzw. Entgeltleistung) zwischen Opfer und Täter tatbestandlich abhängig zu machen. Ggf. könne der Tatbestand zusätzlich auch dahingehend ergänzt werden, dass der Täter die ihm gegenüber fehlende Fähigkeit des Opfers zur sexuellen Selbstbestimmung ausnutzen müsse (angelehnt an § 182 Abs. 3 StGB).

Die Reformkommission begrüßte teilweise den Vorschlag von *Wolters*, einen tatbestandlichen Ausschluss für Fälle zu finden, die aufgrund des geringen Altersunterschiedes zwi-

schen Täter und Opfer nicht strafwürdig seien. Hierdurch könnten „Teenagerknutschereien“ wirksam ausgeschlossen werden. Zum Teil wurde eine Lösung, die an einen bestimmten Altersunterschied anknüpft, jedoch kritisch gesehen. Denn auch ein normierter Altersunterschied stelle eine starre Grenze dar, die ihrerseits nicht mit jeder individuellen Entwicklung des Opfers kompatibel sei. Es könne daher nicht ausgeschlossen werden, dass sexuelle Handlungen mit einem z. B. knapp 2 Jahre älteren Täter die ungestörte sexuelle Entwicklung des Kindes gefährdeten. Eine Regelung, die sich an § 174 Abs. 5 StGB orientiere, sei daher flexibler. Außerdem gehe die klare Botschaft, dass sexuelle Handlungen mit Personen unter 14 Jahren verboten seien, durch die Tatbestandslösung verloren. Einigkeit bestand jedoch darin, eine materiell-rechtliche Regelung zu schaffen, die dem tatbestandsimmanenten Problem Rechnung trägt.

cc) § 176 Abs. 1, 2. Variante StGB: Das „An sich Vornehmen lassen“ der sexuellen Handlung durch Unterlassen

Gemäß § 176 Abs. 1, 2. Variante StGB macht sich strafbar, wer sexuelle Handlungen von einer Person unter 14 Jahren an sich vornehmen lässt. *Bezjak* vertrat die Auffassung, dass § 176 Abs. 1, 2. Variante StGB weder ein echtes noch ein unechtes Unterlassungsdelikt darstelle. So ergebe sich insbesondere aus dem Vergleich der Vorschrift mit der Vorgängervorschrift des § 176 Abs. 1 Nr. 3 StGB in der Fassung von 1953, welche von einem *Verleiten* des Kindes zu sexuellen Handlungen sprach, dass auch § 176 Abs. 1, 2. Variante StGB eine Aktivität des Täters voraussetze. Daher seien Fälle nicht strafbar, in denen das Kind eigeninitiativ eine sexuelle Handlung an dem „Täter“ vornehme und dieser sie lediglich passiv dulde. Das sei zwar selten, aber nach Ansicht von *Bezjak* strafwürdig, da die ungestörte sexuelle Entwicklung und die ungestörte Gesamtentwicklung des Kindes gefährdet würden. Denn das Kind bleibe entgegen der Wertung des Gesetzgebers nicht frei von sexueller Interaktion.

Die Mehrheit der Mitglieder der Reformkommission sprach sich gegen eine tatbestandliche Erfassung dieser Tathandlung aus. Der Täter müsse ein Mindestmaß an Aktivität entfalten, damit der Vorgang strafwürdig sei.

dd) Der Strafraum des § 176 StGB

Gemäß § 176 Abs. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 10 Jahren bestraft, wer sexuelle Handlungen an einer Person unter 14 Jahren (Kind) vornimmt oder an sich von dem Kind vornehmen lässt. Ebenso wird gemäß § 176 Abs. 2 StGB bestraft, wer ein Kind dazu bestimmt, dass es sexuelle Handlungen an einem Dritten vornimmt oder von einem

Dritten an sich vornehmen lässt. Für den sexuellen Missbrauch von Kindern ohne Körperkontakt sieht § 176 Abs. 4 StGB Freiheitsstrafe von 3 Monaten bis zu 5 Jahren vor. *Rörig* kritisierte, dass die in der Praxis verhängten Strafen zu gering ausfielen. So sei etwa die Verhängung einer Geldstrafe unter 90 Tagessätzen dem Opfer nur schwer vermittelbar.⁸⁰ Er sprach sich daher für die Verhängung einer Mindestfreiheitsstrafe mit einer Therapieaufgabe aus. Die Aufstufung des § 176 StGB zum Verbrechen forderte *Rörig* – im Gegensatz zu dem Betroffenenrat beim UBSKM – jedoch ausdrücklich nicht.

Die Mitglieder der Reformkommission sahen keinen gesetzgeberischen Handlungsbedarf. Die vorhandenen Strafrahmen gäben den Gerichten ein hinreichendes Instrumentarium an die Hand, um für den Einzelfall eine tat- und schuldangemessene Strafe verhängen zu können. Eine Aufstufung zum Verbrechen hätte zur Folge, dass in Fällen mit geringem Unrechtsgehalt eine Einstellung nach den §§ 153, 153a StPO nicht mehr möglich sei (siehe hierzu auch die Ausführungen zum Umgang mit der starren Altersgrenze). Gegen die Einführung einer Standardtherapieaufgabe spreche, dass eine wirksame Therapie Freiwilligkeit voraussetze. Es sei ferner zu bedenken, dass nicht jeder Täter therapiebedürftig sei. Bei vielen Tätern handele es sich um Gelegenheitstäter. Es sei auch nur ein gewisser Anteil der Täter pädophil.

Soweit der Betroffenenrat beim UBSKM unabhängig von seinen Forderungen zu den gesetzlichen Strafrahmen eine veränderte gerichtliche Strafzumessung fordert bzw. sich gegen die Verhängung von Bewährungsstrafen wendet, obliegt beides der Rechtsprechung durch die unabhängigen Gerichte und war nicht von der Reformkommission zu bewerten.

ee) Der minder schwere Fall

Bezjak wies darauf hin, dass § 176 Abs. 1 und 2 StGB keine Möglichkeit der Bestrafung von minder schweren Fällen des Grunddeliktes vorsehe. Sie sehe das kritisch, weil es sexuelle Handlungen gebe, die nur einen verminderten Unrechtsgehalt aufwiesen, wenn die Tathandlung z. B. nur unwesentlich über der Erheblichkeitsgrenze des § 184h Nr. 1 StGB liege. Ferner ergäben sich Friktionen mit dem minder schweren Fall des schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern gemäß § 176a Abs. 1 und 4 StGB, die dazu führten, dass der Rückfalltäter gegenüber dem Ersttäter privilegiert werde. Gemäß § 176a Abs. 1 StGB wird der sexuelle Missbrauch von Kindern in den § 176 Abs. 1 und 2 StGB mit Freiheitsstrafe nicht unter 1 Jahr bestraft, wenn der Täter innerhalb der letzten 5 Jahre wegen einer solchen Straftat rechtskräftig verurteilt worden ist. Gemäß § 176a Abs. 4 StGB ist in minder schweren Fällen

⁸⁰ Gemeint dürfte die Verhängung einer Geldstrafe im Zusammenhang mit § 47 StGB (Kurze Freiheitsstrafe nur in Ausnahmefällen) sein.

des Absatzes 1 auf Freiheitsstrafe von 3 Monaten bis zu 5 Jahren zu erkennen. Obwohl es sich bei § 176a Abs. 1 und 4, 1. Variante StGB also um ein Verbrechen handele, belaufe sich der Strafraum beim Vorliegen eines minder schweren Falles auf 3 Monate bis 5 Jahre Freiheitsstrafe, während der Strafraum beim Vergehen des § 176 Abs. 1 und 2 StGB von 6 Monaten bis 10 Jahre reiche und damit höher sei.

Vor dem aufgezeigten Hintergrund schlug *Bezjak* vor, den minder schweren Fall für § 176 Abs. 1 und 2 StGB wieder einzuführen. *Simon* führte in seinem Impulsreferat aus, dass der Vorschlag zwar vernünftig, wohl aber politisch nicht durchsetzbar sei. Dasselbe gelte für den Vorschlag, § 176a Abs. 1 und Abs. 4, 1. Variante StGB ganz zu streichen,⁸¹ was die Friktion zu dem Strafraum des § 176 Abs. 1 und 2 StGB ebenfalls auflösen würde. Es sei daher zu überlegen, § 176a Abs. 1 StGB als Regelbeispiel in § 176 Abs. 3 StGB zu überführen.⁸² Darüber hinaus bleibe nur, den Strafraum des § 176a Abs. 4, 1. Variante StGB auf 6 Monate bis 10 Jahre Freiheitsstrafe anzuheben.

Die Reformkommission sprach sich überwiegend dafür aus, den minder schweren Fall in § 176 Abs. 1 und 2 StGB wieder einzuführen.

ff) § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB: Die Vornahme sexueller Handlungen vor einem Kind

Gemäß § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB wird bestraft, wer sexuelle Handlungen vor einem Kind vornimmt. *Bezjak* führte aus, dass § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB zwar einschlägig sei, wenn der Täter die sexuelle Handlung an einem Dritten vor dem Kind vornehme. Vom Wortlaut nicht erfasst sei aber der Fall, dass der Täter vor einem Kind sexuelle Handlungen an sich von einem Dritten vornehmen lässt. In beiden Fällen verwirkliche der Beschuldigte dasselbe Unrecht, so dass auch in Bezug auf den gegenwärtig nicht erfassten Fall eine täterschaftliche Begehung vorgesehen werden solle. Gegenwärtig könne die Person, die die sexuelle Handlung an sich vornehmen lasse, nur als Anstifter oder Gehilfe zu der Tat des Dritten nach § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB bestraft werden. Der Gesetzgeber habe jedoch mit § 176 Abs. 1 StGB für sexuelle Handlungen mit Körperkontakt zum Ausdruck gebracht, dass das Vornehmenlassen der sexuellen Handlung ebenso eine täterschaftliche Bestrafung begründe wie das aktive Vornehmen der sexuellen Handlung. Es sei daher unbefriedigend, wenn die Person, die die sexuelle Handlung von dem Dritten an sich vor dem Kind vornehmen lasse, nur als Teilnehmer bestraft werden könne, obwohl sie dasselbe Tatunrecht verwirkliche wie die Person, die die sexuelle Handlung an einem Dritten vornehme. Dabei sei auch zu beachten, dass *Günter* in seinem Gutachten zu den Folgen eines sexuellen Missbrauchs ausgeführt habe, dass eine

⁸¹ Zur Streichung von § 176a Abs. 1 StGB siehe unten Buchstabe j).

⁸² So noch BT-Drs. 15 / 350, S. 6, 17 in Bezug auf § 176a Abs. 1 Nr. 4 StGB in der Fassung von 1998.

Konfrontation mit sexuellen Handlungen typischerweise geeignet sei, eine Schädigung beim Kind hervorzurufen. Das gelte sowohl für Missbrauchshandlungen mit als auch ohne Körperkontakt. Entscheidend sei, dass Kinder aus psychiatrischer Sicht vor der Sexualität Erwachsener zu schützen seien.

Die Reformkommission sprach sich vor diesem Hintergrund ganz überwiegend für eine Ergänzung des § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB aus.

gg) § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB: Das Einwirken auf ein Kind durch Schriften

Gemäß § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB macht sich strafbar, wer auf ein Kind mittels Schriften oder Informations- oder Kommunikationstechnologie (IuK) einwirkt, um es entweder zu bestimmten sexuellen Handlungen zu bringen (Buchstabe a) oder um eine Tat nach § 184b Abs. 1 Nr. 3 (Herstellung einer tatsächlichen kinderpornographischen Schrift) oder nach § 184b Abs. 3 (Besitzverschaffung an einer tatsächlichen oder wirklichkeitsnahen kinderpornographischen Schrift) zu begehen (Buchstabe b). Die Vorschrift hat mit dem SexualdelÄndG von 2003 Eingang in das StGB erhalten, um Pädophile strafrechtlich zu belangen, die sich in Chaträumen in das Vertrauen von Kindern einschlichen, um sexuelle Handlungen an ihnen vorzunehmen.⁸³ Die Änderung im 49. StrÄndG ergänzte die Vorschrift um das Einwirken mittels IuK, um eine vollständige Umsetzung von Artikel 6 Abs. 1 der RL 2011/93/EU und Artikel 23 der Lanzarote-Konvention zu gewährleisten. Gleichzeitig hat der Gesetzgeber das Absichtserfordernis mit § 176 Abs. 4 Nr. 3 Buchstabe b StGB auf die Herstellung bzw. Besitzverschaffung von Kinderpornographie erweitert. Die Vorschrift birgt in der gegenwärtigen konkreten Ausgestaltung zahlreiche Probleme, die von der Reformkommission beleuchtet wurden:

(1) Die Tatbegehung zum Nachteil von sogenannten Scheinkindern

Eisele und *Bezjak* führten in ihren Impulsreferaten zum Thema Cybergrooming aus, dass der Versuch des § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB nicht strafbar sei. Aus diesem Grund mache sich z. B. nicht strafbar, wer mit dem in den Buchstaben a oder b genannten Absichtserfordernis im Internet tatsächlich auf eine erwachsene Person, z. B. auf einen sich als Kind ausgebenden Polizeibeamten, einwirke, dabei aber irrig davon ausgehe, es handele sich um ein Kind. Da es sich tatsächlich nicht um eine Person unter 14 Jahren, sondern nur um ein „Scheinkind“ handele, liege ein strafloser untauglicher Versuch vor.

⁸³ Vgl. BT-Drs. 15 / 350, S. 17.

Um Personen, die irrtümlich auf ein Scheinkind einwirken, strafrechtlich zu erfassen, wird teilweise die Einführung der Versuchsstrafbarkeit gefordert. Diese Forderung wurde auch *Rörig* in seiner Anhörung sowie vom Betroffenenrat beim UBSKM erhoben. Es bestehe auch insoweit ein Strafbedürfnis, weil es nur vom Zufall abhängig sei, ob der Täter, der eigentlich Kontakt zu einem realen Kind aufnehmen wollte, um dieses sexuell zu missbrauchen, tatsächlich an einen Erwachsenen geraten sei.⁸⁴

Eisele und *Bezjak* äußerten gegen eine Erweiterung des § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB um eine Versuchsstrafbarkeit die folgenden Bedenken: Durch die Einführung der Versuchsstrafbarkeit für § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB in seiner jetzigen Fassung würden Handlungen strafrechtlich erfasst, die sich noch weiter im Vorfeld der eigentlichen Rechtsgutsgefährdung bewegten als dies bei § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB ohnehin schon der Fall sei.⁸⁵ Die Vorschrift kriminalisiere bereits das bloße Einwirken auf das Kind mittels Schriften, ohne dass dem Kind die Absicht des Täters erkennbar sein müsse. Durch das bloße Einwirken mit Schriften, die ihrerseits keinen Sexualbezug aufweisen müssten, werde die Tathandlung weit in das Vorfeld der eigentlichen Rechtsgutsgefährdung gerückt. Durch die Versuchsstrafbarkeit verstärke sich dieser Effekt. Soweit es nicht lediglich um Schriften ohne Sexualbezug geht, sondern der Täter mit pornographischen Darstellungen etc. auf das Kind einwirke, werde eine solche Tathandlung bereits nach § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB bestraft. Auch insoweit sei eine Vorverlagerung daher nicht erforderlich. In der Praxis komme § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB ohnehin nur eine geringe Bedeutung zu. Dies sei darauf zurückzuführen, dass es in der Regel nicht zur Strafverfolgung komme, wenn der Kontakt zwischen Täter und Opfer auf das Internet beschränkt bleibe, ohne dass sich die eigentliche Absicht des Täters für das Opfer oder dessen Eltern offenbare. Daran würde auch die Versuchsstrafbarkeit nichts ändern. Ferner sei zu beachten, dass auch bei noch schwereren Delikten, wie etwa den Tötungsdelikten nach den §§ 212 ff. StGB, entsprechende Vorbereitungshandlungen straflos seien.

Ähnlich habe sich die schwedische Reformkommission geäußert. Eine schwedische Vorschrift zum Cybergrooming existiere seit dem Jahr 2009. Sie weise jedoch keine praktische Relevanz auf. Die Strafvorschrift sei stark an Artikel 23 der Lanzarote-Konvention angelehnt und verlange entsprechend, dass der Beschuldigte ein Treffen vorschlage und Handlungen im Hinblick auf dieses Treffen vornehme. Eine Versuchsstrafbarkeit sei nicht gegeben und werde auch nicht für erforderlich gehalten. Das Chatten mit einem nur vermeintlichen Kind werde strafrechtlich nicht erfasst, da kein Kind Schaden nehmen könne.

⁸⁴ Vgl. BR-Drs. 422/1/14, S. 3.

⁸⁵ Siehe auch die Ausführungen von *Simon* zur Systemwidrigkeit in Themenkomplex 5, Punkt V.3.a.aa.

Darüber hinaus biete der Sachverhalt aus Sicht von *Eisele* und *Bezjak* bei einem Einwirken auf ein Scheinkind eine ausreichende Grundlage, um Ermittlungsmaßnahmen – wie Hausdurchsuchungen oder die Beschlagnahme des Computers des Beschuldigten – ergreifen zu können. Denn der Beschuldigte mache sich durch sein Verhalten verdächtig, in vorangegangenen Fällen bereits erfolgreich Kontakt im Sinne des § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB mit Kindern aufgenommen und auf diese eingewirkt zu haben. Dies gelte insbesondere vor dem Hintergrund der Entscheidung des BVerfG im Fall Edathy.⁸⁶ Das Bundesverfassungsgericht habe ausgeführt, dass der für den Erlass eines Durchsuchungsbeschlusses erforderliche Anfangsverdacht auf konkreten Tatsachen beruhen müsse. Vage Anhaltspunkte und bloße Vermutungen seien dabei nicht ausreichend. Ein Verstoß gegen diese Anforderungen liege aber erst vor, wenn sich „sachlich zureichende, plausible Gründe für eine Durchsuchung nicht finden lassen“.⁸⁷ Die Edathy-Entscheidung nehme dabei Bezug auf eine vorangegangene Entscheidung, in der das BVerfG ausgeführt habe, dass die Anordnung einer Durchsuchung gegen Artikel 3 des Grundgesetzes verstoße, wenn sich für sie sachlich zureichende plausible Gründe nicht mehr finden lassen, so dass ihr Ergebnis bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz beherrschenden Gedanken nicht mehr verständlich ist und sich somit der Schluss auf Willkür aufdrängt.⁸⁸ Anders als im Fall Edathy handele der Beschuldigte bei dem Einwirken mit Schriften auf einen Erwachsenen (Scheinkind) sogar in der Absicht, eine Straftat nach § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB zu begehen. Nach der Darstellung von *Bezjak* seien keine Beschlüsse bekannt, mit denen in entsprechenden Fällen eine Hausdurchsuchung oder Beschlagnahme abgelehnt worden sei. Im Hinblick auf den Abschreckungseffekt sei es zielführender, Ermittlungsmaßnahmen zu ergreifen oder auf der Grundlage der Polizeigesetze der Länder eine Gefährderansprache durchzuführen. Denn es sei insbesondere die Angst vor Entdeckung, die potenzielle Straftäter abschrecke.

Thiele vertrat demgegenüber in seinem Impulsreferat den Standpunkt, dass die Einführung einer Strafbarkeit für das Einwirken auf sogenannte Scheinkinder geboten sei. Das Argument, diese verlagere die Strafbarkeit zu weit in das Vorfeld der eigentlichen Rechtsgutsgefährdung, sei nicht überzeugend. Bei der Kommunikation des Täters mit einem tatsächlichen Kind versuche er, es zu täuschen, zu korrumpieren etc., um es zu den in § 176 Abs. 4 Nr. 3 Buchstaben a oder b StGB genannten Handlungen zu bringen. Damit sei bereits eine erhebliche Gefährdung gegeben, die nicht sehr weit im Vorfeld verortet sei, denn bei ungehinderter Fortentwicklung des Geschehens komme es zu einem Schadenseintritt. Dies gelte insbesondere, soweit es der Täter anstrebe, das vermeintliche Kind dazu zu bringen, kinderpor-nographisches Material zu übersenden. Nach der Vorstellung des Täters solle diese Rechts-

⁸⁶ BVerfG, Beschluss vom 15. August 2014 – 2 BvR 969/14.

⁸⁷ BVerfG, Beschluss vom 15. August 2014 – 2 BvR 969/14, Rn. 38, zitiert nach juris.

⁸⁸ BVerfG, Beschluss vom 10. November 1981 – 2 BvR 1118/80, Rn. 5, zitiert nach juris.

gutsverletzung bereits zum Zeitpunkt der Kommunikation mit dem vermeintlichen Kind eintreten. Es sei zwar zutreffend, dass es keine objektive Gefährdung des Kindes gebe, wenn der Täter sich im Hinblick auf das Tatobjekt irre. Eine Rechtsgutsgefährdung sei aber auch bei einem untauglichen Versuch immer ausgeschlossen. Gleichwohl kenne unsere Rechtsordnung dieses Modell. Das Verhalten sei strafwürdig, weil der Beschuldigte nach seiner Vorstellung von der Tat alles tue, um den Tatbestand zu erfüllen.

Die geringen Fallzahlen zu § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB ließen sich auf eine niedrige Anzeigebereitschaft zurückführen, die auf Scham, Furcht vor Unverständnis und Bestrafung durch die Eltern, empfundene Mitschuld etc. zurückzuführen sei. Es sei von einem erheblichen Dunkelfeld auszugehen. Ferner seien die zu schützenden Rechtsgüter der gefährdeten Kinder hoch. Zu berücksichtigen sei dabei auch, dass kinderpornographisches Material für immer im Internet abrufbar sei. Eine Kriminalisierung sei daher im Einklang mit den europäischen Vorgaben erforderlich. Die Strafbarkeit des Chattens mit einem Erwachsenen (Scheinkind) sei schließlich auch deswegen erforderlich, weil sich Eingriffsmaßnahmen auf solche Fälle nicht stützen ließen. In der Praxis seien entsprechende Beschlüsse (Durchsuchungen, Sicherstellungen von Computern etc.) nicht zu erlangen. Auch Gefährderansprachen seien nicht ausreichend. Sie würden bereits in anderen Fallkonstellationen wie z. B. bei rückfallgefährdeten Sexualstraftätern, die unter Führungsaufsicht stehen, durchgeführt. Dennoch seien Rückfälle dieser Personen feststellbar. Gefährderansprachen könnten nur durchgeführt werden, wenn der Proband diese freiwillig akzeptiere. Sie müssten daher durch strafrechtliche Maßnahmen ergänzt werden.

Die Erheblichkeit der abzuwehrenden Schäden, die Schutzlosigkeit von Kindern gegenüber erwachsenen Pädosexuellen, die tatbegünstigenden Umstände der Kommunikation im Internet, das immense Dunkelfeld, der Mangel an sonstigen hinreichend wirksamen Möglichkeiten erfordere die Beendigung der Straflosigkeit des Pädosexuellen beim Einwirken auf sogenannte Scheinkinder, was im Ergebnis auch die gegenwärtige Bedeutungslosigkeit der Norm reduzieren würde.

Rörig vertrat tendenziell dieselbe Auffassung wie *Thiele*. Der Beschuldigte bringe durch sein Verhalten seine kriminelle Energie voll zum Ausdruck und sei daher auch dann nach den Regeln des Versuchs zu bestrafen, wenn er tatsächlich mit einer erwachsenen Person im Internet chatte.

Die Reformkommission diskutierte die Frage der Notwendigkeit der Einführung einer Versuchsstrafbarkeit insbesondere im Hinblick auf die Vornahme weitergehender Ermittlungsmaßnahmen kontrovers.

Ganz überwiegend wurde die Auffassung vertreten, dass die Erweiterung der Strafbarkeit gemäß § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB auf den Kontakt mit einem Scheinkind– unabhängig davon, ob dies für sinnvoll erachtet wurde – jedenfalls nicht durch die bloße Einführung der Versuchsstrafbarkeit in Bezug auf den gegenwärtigen § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB erfolgen dürfe.

Eisele schlug vor, den Tatbestand des § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB stärker an die internationalen Vorgaben aus Artikel 23 der Lanzarote-Konvention bzw. Artikel 6 Abs. 1 der RL 2011/93/EU anzubinden und dadurch einzuschränken. Der Tatbestand müsste zusätzlich voraussetzen, dass der Täter seine Absicht nach außen durch eine Handlung dokumentiert habe. Gemäß Artikel 6 Abs. 1 der RL 2011/93/EU solle sich strafbar machen, wer einem Kind mittels LuK in der Absicht, einen sexuellen Kindesmissbrauch zu begehen oder Kinderpornographie herzustellen, ein Treffen vorschlägt, wenn auf diesen Vorschlag auf ein solches Treffen hinführende konkrete Handlungen gefolgt sind (z. B. die Buchung eines Hotelzimmers). Vergleichbares finde sich in Artikel 23 der Lanzarote-Konvention. An einen derart angereicherten Tatbestand könne nach Auffassung von *Eisele* und *Bezjak* eine Versuchsstrafbarkeit anknüpfen (vgl. auch § 208 Abs. 1 des Österreichischen Strafgesetzbuches).

Thiele schlug demgegenüber vor, den Tatbestand des § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB um eine entsprechende Regelung zum sogenannten Scheinkind zu ergänzen (z.B. „...Person, die er für eine Kind hält...“). Hierdurch könnte auf die Einführung der Versuchsstrafbarkeit und damit auf eine Vorverlagerung der Strafbarkeit verzichtet werden.

(2) Die Einwirkungsformen

Eisele stellte dar, dass es in der Literatur teilweise als problematisch angesehen werde, dass zwar das Einwirken auf das Kind mit Schriften und LuK strafbar sei, nicht aber das Einwirken mit z. B. Süßigkeiten, Geschenken etc. oder das rein verbale Einwirken. So knüpfe etwa das österreichische Recht an eine Einwirkung „sonstiger Art unter Täuschung über die Absicht“ an. Gegen eine entsprechende tatbestandliche Erweiterung spreche aber insbesondere, dass es nicht plausibel sei, dass es etwa bei Tötungsdelikten eine entsprechende – über die Versuchsstrafbarkeit hinausgehende – Vorverlagerung der Strafbarkeit nicht gebe, wenn der Täter das Opfer in eine Falle locke. Ferner seien Tathandlungen in der realen Welt bereits

gemäß § 176 Abs. 1, 2 und 6 StGB (versuchter sexueller Missbrauch von Kindern) strafbar, sobald der Täter zum eigentlichen Missbrauch unmittelbar ansetze.

Simon bezeichnete demgegenüber die Nichterfassung des Einwirkens mittels Gesprächen auch vor dem Hintergrund als inkonsistent, dass § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB weitere Einwirkungsformen erfasse. Der Gesetzgeber habe nicht dargelegt, warum er das Einwirken auf ein Kind mit pornographischen Reden nach § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB für strafwürdig halte, jedoch die Einwirkung mittels Gesprächen auf ein Kind im Rahmen des § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB straffrei lasse. Der Wertungswiderspruch lasse sich entweder durch die Streichung des § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB oder durch seine Ausweitung auf weitere Einwirkungshandlungen auflösen.

Die Reformkommission diskutierte die Frage der Erweiterung der Einwirkungsformen kontrovers. Teilweise wurde vertreten, dass der Täter sich dem Kind im Internet ganz anders annähern könne als in der realen Welt. Der Täter habe im Internet effizientere Möglichkeiten zur Täuschung und Manipulation des Kindes. Vor diesem Hintergrund schlugen einige Mitglieder der Reformkommission vor, § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB auf IuK zu beschränken und das Einwirken mittels Schriften zu streichen. Das Einwirken mit pornographischen Schriften könne im Gegenzug in § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB ergänzt werden.

(3) Der Strafraumen

Die Reformkommission diskutierte, ob der Strafraumen des § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB im Vergleich zu den Nummern 1, 2 und 4 des § 176 Abs. 4 StGB angemessen sei. Während Nummer 1 (sexuelle Handlung vor einem Kind), Nummer 2 (sexuelle Handlungen des Kindes vor dem Täter oder einem Dritten) und Nummer 4 (Einwirken auf das Kind mit pornographischen Abbildungen, Tonträgern etc.) das Kind jeweils unmittelbar mit Sexualität konfrontierten, umfasse § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB lediglich eine Vorbereitungshandlung, die objektiv gar keinen Sexualbezug aufweisen müsse. Es genüge, dass der Täter die Absicht habe, das Kind sexuell zu missbrauchen bzw. Kinderpornographie herzustellen etc. Teilweise wurde vertreten, dass sich die geringere Rechtsgutsgefährdung der in § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB normierten Tathandlung in einem geringeren Strafraumen niederschlagen müsse.

(4) Das Absichtserfordernis

Gemäß § 176 Abs. 4 Nr. 3 Buchstabe a StGB muss der Täter in der Absicht auf das Kind einwirken, das Kind zu sexuellen Handlungen zu bringen, die es an oder vor dem Täter oder

einer dritten Person vornehmen oder von dem Täter oder einer dritten Person an sich vornehmen lassen soll. *Bezjak* führte aus, dass sich das Absichtserfordernis damit auf die folgenden Tathandlungen beziehe:

- § 176 Abs. 1, 1. Variante StGB: Sexuelle Handlungen, die das Kind von dem Täter an sich vornehmen lassen soll,
- § 176 Abs. 1, 2. Variante StGB: Sexuelle Handlungen, die das Kind an dem Täter vornehmen soll,
- § 176 Abs. 2, 1. Variante StGB: Sexuelle Handlungen, die das Kind von einem Dritten an sich vornehmen lassen soll,
- § 176 Abs. 2, 2. Variante StGB: Sexuelle Handlungen, die das Kind an einem Dritten vornehmen soll,
- § 176 Abs. 4 Nr. 2 StGB: Sexuelle Handlungen, die das Kind vor dem Täter oder einem Dritten vornehmen soll.

Nicht erfasst werde demgegenüber die Tathandlung des § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB, mithin die Absicht, dass der Täter selbst sexuelle Handlungen vor einem Kind an sich selbst oder einem Dritten vornimmt. *Bezjak* sprach sich dafür aus, das Absichtserfordernis in § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB insoweit zu ergänzen. Denn die Vornahme sexueller Handlungen des Kindes vor dem Täter (§ 176 Abs. 4 Nr. 2 StGB) weise denselben Unrechtsgehalt auf wie die Vornahme sexueller Handlungen des Täters vor dem Kind (§ 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB). Es sei nicht einzusehen, dass sich einerseits nicht strafbar mache, wer das Kind dazu bringen wolle, mit dem Täter über eine Internetkamera in Kontakt zu treten, damit der Täter vor dem Kind sexuelle Handlungen an sich oder einem Dritten vornehmen könne, andererseits aber strafbar sei, wer in dieser Situation die Absicht habe, das Kind dazu zu bringen, dass es sexuelle Handlungen vor dem Täter oder einem Dritten vornimmt.

hh) § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB: Einwirken auf das Kind mit einem ungebildeten, geschriebenen, pornographischen Text

Gemäß § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB macht sich strafbar, wer auf ein Kind durch Vorzeigen pornographischer Abbildungen oder Darstellungen, durch Abspielen von Tonträgern pornographischen Inhalts, durch Zugänglichmachen pornographischer Inhalte mittels LuK oder durch entsprechende Reden einwirkt. *Bezjak* stellte zur Diskussion, auch den ungebildeten, geschriebenen, pornographischen Text in den Tatbestand einzubeziehen. Es seien Fälle denkbar, bei denen dem Kind ein Text entsprechenden Inhalts vorgehalten und es hierdurch zum Lesen des Textes gebracht werde.

Die Mehrheit der Mitglieder der Reformkommission sprach sich gegen eine Erweiterung des § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB um ungebildete, geschriebene, pornographische Texte aus. Dabei wurde teilweise bestritten, dass ein Kind dazu gezwungen werden könne, einen Text zu lesen. Zudem sei ein Text nicht, vergleichbar einem Bild, „auf den ersten Blick“ wahrnehmbar. Andererseits wurde vertreten, dass das geschützte Rechtsgut bei Vorhalten eines Textes ebenso betroffen sei wie etwa bei dem Vorspielen eines pornographischen Liedes der Fall. Dabei sei es nicht erforderlich, dass das Kind zum Lesen gezwungen werde. Ausreichend sei vielmehr, dass das Kind den Text lese, weil es vom Täter darum gebeten werde.

ii) § 176 Abs. 5 StGB: Vorbereitungshandlungen

Gemäß § 176 Abs. 5 StGB macht sich strafbar, wer ein Kind für eine Tat nach den Absätzen 1 bis 4 anbietet oder nachzuweisen verspricht oder wer sich mit einem anderen zu einer solchen Tat verabredet. Mit dieser Vorschrift werde – so *Simon* in seinem Impulsreferat – das Prinzip der allgemeinen Regelung des § 30 Abs. 2 StGB ausgeweitet. Gemäß § 30 Abs. 2 StGB macht sich strafbar, wer sich bereit erklärt, wer das Erbieten eines anderen annimmt oder wer mit einem anderen verabredet, ein *Verbrechen* zu begehen oder zu ihm anzustiften. Demgegenüber beziehe sich § 176 Abs. 5 StGB auf Tathandlungen, die im Vorfeld des *Vergehens* des sexuellen Missbrauchs von Kindern erfolgten. Hierin sei nach *Simon* jedoch kein Wertungswiderspruch zu sehen, weil der Gesetzgeber Ausnahmen von dem Prinzip des § 30 Abs. 2 StGB formulieren dürfe, wenn er dies für geboten halte.

§ 176 Abs. 5 StGB weise jedoch die folgenden Probleme auf:

(1) Das nicht ernst gemeinte Versprechen und das nicht ernst gemeinte Angebot

Der Gesetzgeber hat § 176 Abs. 5 StGB mit dem SexualdelÄndG im Jahre 2003 eingeführt. Ausweislich der Gesetzesbegründung erfordere der Tatbestand nicht die Ernsthaftigkeit des Versprechens. Für eine Strafbarkeit sei es ausreichend, dass es der Täter mindestens billigend in Kauf nehme, dass der Adressat das Versprechen ernst nimmt.⁸⁹ Der Gesetzgeber wollte damit dem sogenannten Rosenheimer Fall Rechnung tragen. Der Gerichtsentscheidung lag ein Sachverhalt zugrunde, bei dem die Angeklagten gegenüber einem Dritten telefonisch versprochen hatten, ein Kind für sadomasochistische Handlungen zu beschaffen. Die Angeklagten ließen sich dahingehend ein, dass dieses Versprechen nicht ernst gemeint gewesen sei. Diese Einlassung ließ sich nicht zur Überzeugung des Gerichtes widerlegen. Eine

⁸⁹ Vgl. BT-Drs. 15 / 350, S. 18.

Strafbarkeit nach § 30 StGB in Verbindung mit § 176a StGB schied in Ermangelung der Ernstlichkeit aus. Ferner war auch § 111 StGB (Öffentliche Aufforderung zu Straftaten) nicht einschlägig, weil die Angeklagten das Kind nicht öffentlich angeboten hatten.⁹⁰

Bezjak kritisierte die vom Gesetzgeber gewollte Erfassung des nicht ernst gemeinten Versprechens des Nachweises eines Kindes und des nicht ernst gemeinten Anbietens eines Kindes in § 176 Abs. 5 StGB. Eine Rechtsgutsgefährdung könne durch ein solches Verhalten nicht eintreten, da durch eine nicht ernst gemeinte Erklärung kein Kind in Gefahr gerate. Es bestünden daher gegen die Einbeziehung der Fälle der Nichternstlichkeit vor dem Hintergrund des Ultima-Ratio-Prinzips verfassungsrechtliche Bedenken. In Betracht käme eine Gesetzesänderung, die nicht ernst gemeinte Erklärungen vom Tatbestand ausschliesse.

Die Mitglieder der Reformkommission sahen den Vorschlag überwiegend kritisch und sprachen sich mehrheitlich gegen ihn aus. So sei es nicht auszuschließen, dass der Erklärungsempfänger dem Erklärenden Geld für die Beschaffung des Kindes anbiete, so dass der Erklärende nunmehr doch geneigt sein könne, das eigene Angebot ernst zu nehmen. Ferner sei zu befürchten, dass die Schutzbehauptung des Täters, er habe seine Erklärung nicht ernst gemeint, unwiderlegbar sei. Dagegen wurde allerdings angeführt, dass das Anbieten von Geld eine neue Situation begründe. Bekunde derjenige, der sein Angebot zunächst nicht ernst gemeint habe, in Anbetracht der Geldzahlung nunmehr im Ernst, das Kind beschaffen zu wollen, verwirkliche er den Tatbestand des § 176 Abs. 5 StGB ohne Weiteres.

(2) Die Bezugstaten des § 176 Abs. 5 StGB

§ 176 Abs. 5 StGB bezieht sich auf Taten nach den Absätzen 1 bis 4 (Bezugstaten). Erfasst werden daher auch die Nummern 3 und 4 des § 176 Abs. 4 StGB. *Bezjak* schlug vor, § 176 Abs. 4 Nr. 3 und Nr. 4 StGB als Bezugstaten aus § 176 Abs. 5 StGB herauszunehmen, da anderenfalls die Strafbarkeit eines Vorbereitungsdeliktes noch weiter ins Vorfeld verlagert werde (§ 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB) bzw. die Strafbarkeit überzogen sei, weil der Täter das Kind nicht mit Sexualität konfrontiere, die zum Zeitpunkt des Betrachtens tatsächlich vor dem Kind vorgenommen werde, sondern lediglich mit Darstellungen von Pornographie (§ 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB). Im Gegensatz dazu würden bei den Bezugstaten des § 176 Abs. 4 Nr. 1 und Nr. 2 StGB reale sexuelle Handlungen vorgenommen, mit denen das Kind interagiere.

jj) Abschaffung der Qualifikation nach § 176a Abs. 1 StGB für Rückfalltäter

⁹⁰ Vgl. BGH, Urteil vom 7. April 1998 – 1 StR 801/97, in: NStZ 1998, 403, 404.

Gemäß § 176a Abs. 1 StGB wird der sexuelle Missbrauch von Kindern in den Fällen des § 176 Abs. 1 und 2 StGB mit Freiheitsstrafe nicht unter 1 Jahr bestraft, wenn der Täter innerhalb der letzten 5 Jahre wegen einer solchen Straftat rechtskräftig verurteilt worden ist. Die Mitglieder der Reformkommission hoben hervor, dass der Umstand üblicherweise im Rahmen der Strafzumessung nach § 46 StGB Berücksichtigung finde und – abgesehen von § 176a Abs. 1 StGB – keine Qualifikation begründe. Es wurde daher überwiegend der Standpunkt vertreten, dass § 176a Abs. 1 StGB zu streichen sei. Hiergegen wurde teilweise angeführt, dass der Schutz von Kindern vor sexuellem Missbrauch die von der übrigen Systematik des StGB abweichende Regelung rechtfertige und auch die Anordnung der Sicherungsverwahrung vereinfache. So seien die Möglichkeiten, die sich aus der Klassifizierung als Verbrechen ergeben, für spezialpräventive Maßnahmen zur erneuten Verwirklichung des durch Wiederholung zum Ausdruck gebrachten kriminellen Unrechts erforderlich. Zum Teil wurde daraus der Schluss gezogen, dass § 176a Abs. 1 StGB zu erhalten sei. Teilweise wurde die Auffassung vertreten, dass die Qualifikation nur zu Gunsten eines Regelbeispiels für den besonders schweren Fall gemäß § 176 Abs. 3 StGB gestrichen werden könne.

kk) Der Täterkreis der Qualifikation nach § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB in Verbindung mit § 176 Abs. 2 StGB

Gemäß § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB wird der sexuelle Missbrauch von Kindern in den Fällen des § 176 Abs. 1 und 2 StGB mit Freiheitsstrafe nicht unter 2 Jahren bestraft, wenn eine Person über 18 Jahren mit dem Kind den Beischlaf vollzieht oder ähnliche sexuelle Handlungen an ihm vornimmt oder an sich von ihm vornehmen lässt, die mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind. *Simon* sah in dem Umstand, dass die Qualifikation des § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB anders als der Grundtatbestand nur Täter über 18 Jahre erfasse, keinen Wertungswiderspruch. Der Gesetzgeber habe „geschlechtliche Beziehungen, möglicherweise Liebesverhältnisse, zwischen einem körperlich und geistig-seelisch weit über den altersgemäßen Zustand hinaus entwickelten nicht 14 Jahre alten Mädchen und einem noch jugendlichen Täter aus dem Anwendungsbereich des Verbrechenstatbestandes herausnehmen“⁹¹ wollen. Die Bewertung möge fragwürdig sei, sie stelle aber keinen Wertungswiderspruch dar.

Unabhängig davon führte *Wolters* in seinem Referat zu den Wertungswidersprüchen bei den Schutzaltersgrenzen aus, dass sich im Hinblick auf § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB in Verbindung mit § 176 Abs. 2 StGB die folgende Ungereimtheit ergebe:

⁹¹ BT-Drs. 13 / 8587, S. 32.

Gemäß § 176 Abs. 2 StGB macht sich strafbar, wer ein Kind dazu bestimmt, dass es sexuelle Handlungen an einem Dritten vornimmt oder von einem Dritten an sich vornehmen lässt. Da § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB lediglich darauf abstelle, dass die Person, die den Beischlaf etc. mit dem Kind vollziehe, selbst über 18 Jahre alt sein müsse, sei das Alter der Person, die das Kind zu dem Beischlaf etc. mit einem Dritten im Sinne von § 176 Abs. 2 StGB bestimme, für eine Strafbarkeit nach § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB unerheblich. Daraus folge zum einen, dass sich etwa ein Jugendlicher, der das Kind zum Beischlaf mit einem erwachsenen Dritten bestimme, nach § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB strafbar mache (Variante 1), während sich zum anderen ein Erwachsener, der das Kind zum Beischlaf mit einem jugendlichen Dritten bestimme, nicht strafbar mache (Variante 2).

Nach Auffassung von *Wolters* sei die qualifizierte Strafbarkeit des Jugendlichen in Variante 1 verfehlt. Denn das mit § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB verfolgte Ziel, jugendliche Täter im Hinblick auf den Beischlaf etc. zu privilegieren, werde gerade nicht erreicht. Ferner sei der den Beischlaf vollziehende Erwachsene seinerseits bereits nach § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB in Verbindung mit § 176 Abs. 1 StGB aus der Qualifikation zu bestrafen, so dass die Strafbarkeit nach § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB in Verbindung mit § 176 Abs. 2 StGB im Hinblick auf den bestimmenden Jugendlichen nicht geboten sei.

Demgegenüber unterbleibe in der Variante 2 zu Unrecht die Qualifikationsstrafbarkeit nach § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB in Verbindung mit § 176 Abs. 2 StGB für den bestimmenden Erwachsenen. Die Qualifikation verfolge den Zweck, Kinder davor zu bewahren, sich aufgrund des Machtgefälles zwischen Täter und Kind auf Beischlaf oder beischlafähnliche Handlungen einzulassen. Dieser Zweck werde nicht erfüllt, wenn die Person, die das Kind zum Beischlaf mit einem Jugendlichen bestimme, zwar erwachsen sei, aber von § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB nicht erfasst werde. Denn im Vordergrund stehe die Veranlassung zum Beischlaf etc. als ein Akt der Fremdbestimmung innerhalb des Machtgefälles. Eine Strafbarkeit des bestimmenden Erwachsenen biete sich auch deswegen an, weil hierdurch ein Gleichklang zu § 182 Abs. 3 StGB erzeugt werden könne. Gemäß § 182 Abs. 3 StGB macht sich eine Person über 21 Jahren strafbar, die eine Person unter 16 Jahren dadurch missbraucht, dass sie sexuelle Handlungen an ihr vornimmt oder an sich von ihr vornehmen lässt (Nummer 1) oder diese dazu bestimmt, sexuelle Handlungen an einem Dritten vorzunehmen oder von einem Dritten an sich vornehmen zu lassen (Nummer 2) und dabei die ihr gegenüber fehlende Fähigkeit des Opfers zur sexuellen Selbstbestimmung ausnutzt. § 182 Abs. 3 StGB stelle damit allein auf den Altersunterschied zwischen Täter und Opfer ab, ohne dass das Alter des Dritten eine Rolle spiele.

II) Gesetzgeberische Klarstellung zur gemeinschaftlichen Tatbegehung nach § 176a Abs. 2 Nr. 2 StGB

Gemäß § 176a Abs. 2 Nr. 2 StGB wird der sexuelle Missbrauch von Kindern in den Fällen des § 176 Abs. 1 und 2 StGB mit Freiheitsstrafe nicht unter 2 Jahren bestraft, wenn die Tat von mehreren gemeinschaftlich begangen wird.⁹² *Wolters* führte aus, dass § 176a Abs. 2 Nr. 2 StGB nach dem Wortlaut auch dann erfüllt sei, wenn ein Täter den Straftatbestand des § 176 Abs. 1 StGB erfülle und der andere Täter den Straftatbestand nach § 176 Abs. 2 StGB. *Wolters* regte eine gesetzgeberische Klarstellung an, aus der eindeutig hervorgehe, dass die Täter entweder gemeinschaftlich den § 176 Abs. 1 StGB oder gemeinschaftlich den § 176 Abs. 2 StGB verwirklichen müssten. Denn nur in diesen Fällen sei das Kind mit mindestens zwei Tätern konfrontiert, so dass sich die Gefährdungslage erhöhe. Dies sei demgegenüber nicht im gleichen Maße der Fall, wenn ein Täter das Kind zu sexuellen Handlungen mit einem Dritten bestimme (§ 176 Abs. 2 StGB) und der Dritte daraufhin sexuelle Handlungen an dem Kind vornehme (§ 176 Abs. 1 StGB).

mm) Ergänzung von § 176a Abs. 3 StGB um einen minder schweren Fall

Gemäß § 176a Abs. 3 StGB wird mit Freiheitsstrafe nicht unter 2 Jahren bestraft, wer in den Fällen des § 176 Abs. 1 bis 3, 4 Nr. 1 oder Nr. 2 oder des § 176 Abs. 6 StGB als Täter oder anderer Beteiligter in der Absicht handelt, die Tat zum Gegenstand einer pornographischen Schrift (§ 11 Abs. 3 StGB) zu machen, die nach § 184b Abs. 1 oder 2 StGB verbreitet werden soll. § 176a Abs. 4 StGB sieht zwar einen minder schweren Fall für die Qualifikationen aus § 176a Abs. 1 und 2 StGB vor, nicht aber für die Qualifikation des § 176a Abs. 3 StGB. Die Mitglieder der Reformkommission hielten diesen Umstand nicht für nachvollziehbar. Denn die Qualifikationen der Absätze 2 und 3 des § 176a StGB sähen dieselbe Strafdrohung vor und kennzeichneten somit gleiches Unrecht. Es sei daher konsequent auch für Absatz 3 einen minder schweren Fall vorzusehen. Die umgekehrte Überlegung, den minder schweren Fall bezüglich § 176a Abs. 2 StGB zu streichen, wurde verworfen. Es bestand weitestgehend Einigkeit, dass die Vorschrift mit einer Mindestfreiheitsstrafe von 2 Jahren eine erhebliche Strafdrohung vorsehe und der minder schwere Fall insbesondere im Hinblick auf sexuelle Handlungen, die nur knapp oberhalb der Erheblichkeitsschwelle des § 184h Nr. 1 StGB lägen, erforderlich sei.

b) Das Abstimmungsergebnis

⁹² Vgl. zur gemeinschaftlichen Tatbegehung auch Themenkomplex 5, Punkt V.3.a).dd).

Die Mitglieder der Reformkommission haben auf der Grundlage der dargestellten Diskussionen die folgenden Fragen aufgeworfen und über diese wie folgt abgestimmt:

Frage 1: Reformbedarf bei § 176 StGB (Sexueller Missbrauch von Kindern) und § 176a StGB (Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern)

a) Welches Alter soll für die Schutzaltersgrenzen beim sexuellen Missbrauch von Kindern maßgeblich sein?

aa) Es sollten wie bislang Personen unter 14 Jahren erfasst sein.

bb) Das Alter sollte abgesenkt werden.

cc) Das Alter sollte angehoben werden.

Abstimmung: aa) 12 Mitglieder; bb) 0 Mitglieder; cc) 0 Mitglieder

b) Wie soll mit den Fällen des geringen Altersunterschieds umgegangen werden?

aa) Es soll wie bislang keine Ausnahmen geben.

bb) Es soll für den Grundtatbestand des § 176 Abs. 1 und 2 StGB ein minder schwerer Fall vorgesehen werden.

cc) Es soll eine materiell-rechtliche Regelung geschaffen werden, mit der Tathandlungen bei geringem Altersunterschied bereits tatbestandlich ausgenommen werden, die nur geringes Unrecht aufweisen.

dd) Es soll eine Regelung vorgesehen werden, nach der von Strafe abgesehen werden kann, wenn die Tathandlung nur geringes Unrecht aufweist (vergleichbar § 174 Abs. 5 StGB).

ee) Es soll eine Regelung vorgesehen werden, nach der von Strafe abgesehen werden kann, wenn der Täter bei der Tatbegehung das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet hat und die Tathandlung nur geringes Unrecht aufweist (vergleichbar § 174 Abs. 5 StGB).

Abstimmung: aa) 0 Mitglieder; bb) 2 Mitglieder; cc) 6 Mitglieder; dd) 0 Mitglieder; ee) 4 Mitglieder

c) Soll – unabhängig von der Antwort auf Frage 1b) – für den Grundtatbestand des § 176 Abs. 1 und 2 StGB ein minder schwerer Fall vorgesehen werden?

Abstimmung: Ja: 10 Mitglieder; Nein: 2 Mitglieder

d) Soll § 176 Abs. 1 StGB um eine dritte Variante des „An sich Duldens“ ergänzt werden (neben Variante 2: „An sich vornehmen lässt“)?

Abstimmung: Ja: 4 Mitglieder; Nein: 8 Mitglieder

e) Soll bei § 176 Abs. 3 StGB der Umstand des Handelns gegen den erklärten Willen strafrahmenschärfend wirken (Regelbeispiel oder Qualifikation)?

Abstimmung: Ja: 6 Mitglieder; Nein: 6 Mitglieder

f) Soll § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB dahingehend ergänzt werden, dass sich auch strafbar macht, wer sexuelle Handlungen durch einen Dritten an sich vornehmen lässt?

Abstimmung: Ja: 11 Mitglieder; Nein: 1 Mitglied

g) Soll das Absichtserfordernis des § 176 Abs. 4 Nr. 3a StGB dahingehend ergänzt werden, dass auch die Absicht des Täters erfasst wird, selbst Handlungen vor dem Kind vorzunehmen?

aa) Ja, wobei sowohl die Absicht des Täters, selbst sexuelle Handlungen vor einem Kind (an sich oder an einem Dritten) vorzunehmen als auch die Absicht des Täters, sexuelle Handlungen vor einem Kind durch einen Dritten an sich vornehmen zu lassen (siehe Frage f), erfasst werden soll, oder

bb) Ja, aber nur bezüglich der Absicht des Täters selbst sexuelle Handlungen vor einem Kind (an sich oder an einem Dritten) vorzunehmen, oder

cc) Nein

Abstimmung: aa) 7 Mitglieder; bb) 1 Mitglied; cc) 4 Mitglieder

h) Soll § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB um das Einwirken mit einem ungebildeten, geschriebenen, pornographischen Text ergänzt werden?

Abstimmung: Ja: 5 Mitglieder; Nein: 6 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

i) Soll § 176 Abs. 5, 1. Variante StGB dahingehend ergänzt werden, dass nur das ernst gemeinte Angebot tatbestandsmäßig ist?

Abstimmung: Ja: 3 Mitglieder; Nein: 9 Mitglieder

j) Soll § 176 Abs. 5, 2. Variante StGB dahingehend ergänzt werden, dass nur das ernst gemeinte Versprechen des Nachweises eines Kindes tatbestandsmäßig ist?

Abstimmung: Ja: 3 Mitglieder; Nein: 9 Mitglieder

k) Sollen die Bezugstaten des § 176 Abs. 5 StGB eingeschränkt werden?

aa) Ja, § 176 Abs. 5 StGB sollte keinen Bezug auf Taten nach § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB nehmen, oder

bb) Ja, § 176 Abs. 5 StGB sollte keinen Bezug auf Taten nach § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB nehmen, oder

cc) Ja, § 176 Abs. 5 StGB sollte weder auf Taten nach § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB noch auf Taten nach § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB Bezug nehmen, oder

dd) Nein, die Bezugstaten des § 176 Abs. 5 StGB sollen unverändert bleiben

Abstimmung: aa): 0 Mitglieder; bb): 1 Mitglied; cc): 10 Mitglieder; dd): 1 Mitglied

l) Soll § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB dahingehend geändert werden, dass sich auch als Täter der Qualifikation strafbar macht, wer über 18 Jahre alt ist und das Kind zum Beischlaf etc. mit einer Person unter 18 Jahren bestimmt?

Abstimmung: Ja: 9 Mitglieder; Nein: 3 Mitglieder

m) Soll eine Person, die nicht über 18 Jahre alt ist und das Kind zum Beischlaf etc. mit einer Person, die über 18 Jahre alt ist, bestimmt, aus dem Täterkreis des § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB ausgeschlossen werden?

Abstimmung: Ja: 7 Mitglieder; Nein: 5 Mitglieder

n) Soll § 176a Abs. 2 Nr. 2 StGB dahingehend eingeschränkt werden, dass sich die gemeinschaftliche Tatbegehung entweder auf eine Tat nach § 176 Abs. 1 StGB oder auf eine Tat nach § 176 Abs. 2 StGB beziehen muss (und damit nicht – wie bislang – auch eine gemeinschaftliche Tatbegehung erfasst, bei der ein Täter § 176 Abs. 1 StGB und der andere Täter § 176 Abs. 2 StGB verwirklicht)?

Abstimmung: Ja: 4 Mitglieder; Nein: 8 Mitglieder

o) Soll § 176a Abs. 3 StGB um einen minder schweren Fall ergänzt werden?

Abstimmung: Ja: 11 Mitglieder; Nein: 1 Mitglied

p) Soll § 176a Abs. 1 StGB abgeschafft werden?

aa) Ja, und zwar ersatzlos, oder

bb) Ja, unter der Voraussetzung, dass die Vorschrift als Regelbeispiel in § 176 Abs. 3 StGB angeführt wird, oder

cc) Nein

Abstimmung: aa): 6 Mitglieder; bb): 3 Mitglieder; cc): 3 Mitglieder

Cybergrooming

Frage 1. Soll das in § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB geregelte sogenannte Grooming auf das Einwirken des Täters auf ein Kind mittels Informations- oder Kommunikationstechnologie beschränkt werden (Streichen der Worte „mittels Schriften [§ 11 Absatz 3]“)?

Abstimmung: Ja: 5 Mitglieder; Nein: 7 Mitglieder

Frage 2: Soll über den geltenden § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB hinaus auch das Einwirken auf das Kind ohne Informations- oder Kommunikationstechnologie oder Schriften (offline – z. B. verbal und / oder mit Geschenken) strafrechtlich erfasst werden?

- a) Ja oder
- b) Ja, aber nur mit zusätzlichen tatbestandlichen Einschränkungen oder
- c) Nein

Abstimmung: a): 2 Mitglieder; b): 4 Mitglieder; c): 6 Mitglieder

Frage 3: Soll eine Einschränkung beim objektiven Tatbestand des § 176 Abs. 4 Nr. 3a) StGB erfolgen, um einen stärkeren Bezug zum geschützten Rechtsgut herzustellen, und zwar durch Anlehnung an Artikel 23 der Lanzarote-Konvention bzw. Artikel 6 der RL 2011/93/EU (Tatbestandsvoraussetzung: Vorschlagen eines Treffens und Vornahme konkreter Handlungen, die zu einem solchen Treffen hinführen)?

Abstimmung: Ja: 4 Mitglieder; Nein: 7 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 4: Soll das Einwirken mittels Informations- und Kommunikationstechnologie auf einen Erwachsenen, von dem der Beschuldigte irrig annimmt, es handele sich um ein Kind, strafrechtlich erfasst werden?

Abstimmung: Ja: 6 Mitglieder; Nein: 4 Mitglieder; Enthaltung: 2 Mitglieder

Frage 5: Unterstellt Frage 4 wird bejaht: Wie soll die Strafbarkeit erreicht werden?

- a) Der objektive Tatbestand des § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB wird dahingehend erweitert, dass die unter Frage 4 benannte Konstellation tatbestandlich erfasst wird (z.B. „... auf ein Kind oder eine Person, die er für ein Kind hält, einwirkt...“).
- b) Für den geltenden § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB wird die Versuchsstrafbarkeit eingeführt.
- c) Es wird eine Versuchsstrafbarkeit für § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB nur unter der Voraussetzung der Einschränkung des Straftatbestandes im Sinne der Frage 3 eingeführt.

Abstimmung: a): 7 Mitglieder; b): 1 Mitglied; c): 3 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 6: Sollte sich – ausgehend vom geltenden Recht – der Strafraumen des § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB von dem Strafraumen des § 176 Abs. 4 Nr. 1, 2 und 4 StGB unterscheiden?

Abstimmung: Ja: 7 Mitglieder; Nein: 5 Mitglieder

2. Der sexuelle Missbrauch von Schutzbefohlenen

Die Reformkommission beschäftigte sich in der 6., 7., 13., 16. und 17. Sitzung mit dem sexuellen Missbrauch von Schutzbefohlenen.

a) Der Diskussionsverlauf zu den einzelnen Vorschriften zum sexuellen Missbrauch von Schutzbefohlenen

Schneider hielt in der 7. Sitzung der Reformkommission ein Impulsreferat zum sexuellen Missbrauch von Schutzbefohlenen. Bereits zuvor waren einige Aspekte hierzu von *Wolters* in der 6. Sitzung zu den Wertungswidersprüchen bei den Schutzaltersgrenzen im 13. Abschnitt des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches angesprochen worden. Relevant waren ferner die schon in der 5. Sitzung erfolgten Anhörungen des Kinderpsychiaters *Günter* zu den Schutzaltersstufen sowie des Unabhängigen Beauftragten für Fragen des sexuellen Kindesmissbrauchs (UBSKM), *Rörig*. Der Betroffenenrat beim USBKM vertrat seine Anliegen in einem gesonderten Schreiben mit E-Mail vom 1. Dezember 2015.

aa) Die Schutzaltersstufen in § 174 Abs. 1 StGB

Gemäß § 174 Abs. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe von 3 Monaten bis zu 5 Jahren bestraft, wer sexuelle Handlungen an einer Person unter 16 Jahren, die ihm zur Erziehung, zur Ausbildung oder zur Betreuung in der Lebensführung anvertraut ist (Nr. 1), oder an einer Person unter 18 Jahren, die ihm zur Erziehung, zur Ausbildung oder zur Betreuung in der Lebensführung anvertraut oder im Rahmen eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses untergeordnet ist, unter Missbrauch einer mit dem Erziehungs-, Ausbildungs-, Betreuungs-, Dienst- oder Arbeitsverhältnis verbundenen Abhängigkeit (Nr. 2) oder an einer Person unter 18 Jahren, die sein leiblicher oder rechtlicher Abkömmling ist oder der seines Ehegatten, seines Lebenspartners oder einer Person, mit der er in eheähnlicher oder lebenspartnerschaftlicher Gemeinschaft lebt (Nr. 3) vornimmt oder an sich von dem Schutzbefohlenen vornehmen lässt.

Schneider stellte zur Diskussion, die Schutzaltersstufe in § 174 Abs. 1 Nr. 1 StGB auf Personen unter 18 Jahren anzuheben, so dass in der Folge der gesamte § 174 Abs. 1 StGB Personen unter 18 Jahre schütze. *Wolters* warf die Frage ebenfalls auf, wobei er gleichzeitig vorschlug, die Missbrauchsklausel nur in Bezug auf gewöhnliche Dienst- und Arbeitsverhältnisse aufrechtzuerhalten. *Schneider* ergänzte diese Gruppe um die Ausbildungsverhältnisse. Bei den übrigen Tatmodalitäten sei es hingegen weder bei Personen unter 16 Jahren noch bei Personen unter 18 Jahren einsichtig, weswegen der Straftatbestand zusätzlich voraussetze, dass das bestehende Abhängigkeitsverhältnis missbraucht worden sei. Dabei sei zu

berücksichtigen, dass § 174 StGB im Gegensatz zu den §§ 174a bis 174c StGB, die ebenfalls einen Missbrauch bzw. eine Ausnutzung besonderer Umstände verlangen, nicht erwachsene, sondern minderjährige Personen schütze. Bei Minderjährigen bestehe grundsätzlich die Gefahr, dass sie allein aufgrund des bestehenden Abhängigkeitsverhältnisses keine hinreichende Selbstbehauptung aufbringen könnten, um sich gegenüber einem sexuellen Ansinnen abzugrenzen. Durch Verzicht auf das Tatbestandsmerkmal des Missbrauchs des Abhängigkeitsverhältnisses könne auch ein Einklang zwischen § 174 Abs. 1 Nr. 2 StGB und § 174 Abs. 1 Nr. 3 StGB hergestellt werden. In der gegenwärtigen Fassung erschließe sich nicht, warum nach der Nummer 3 ein striktes Abstinenzgebot gelte, was für die Nummer 2 nicht der Fall sei. Das Abhängigkeitsverhältnis könne zum Beispiel zwischen Pflegevater und junglichem Pflegekind (Nummer 2: „zur Erziehung anvertraut“) stärker ausgeprägt sein als zwischen dem Lebensgefährten der Mutter und dem nicht im selben Haushalt lebenden Jugendlichen (Nummer 3: „eheähnliche Gemeinschaft“). Soweit die vorgeschlagenen Änderungen im Einzelfall zu Taten mit geringem Unrechtsgehalt führten, könne das Gericht nach § 174 Abs. 5 StGB von Strafe absehen. Der Betroffenenrat beim UBSKM hatte sich demgegenüber für eine einheitliche Schutzaltersstufe für Personen unter 18 Jahren unter Verzicht auf die Missbrauchsklausel ausgesprochen, so dass diese auch nicht für Dienst-, Arbeits- und Ausbildungsverhältnisse beibehalten werden solle.

Die Reformkommission teilte demgegenüber die Auffassung von *Schneider* und *Wolters*. Ausweislich der Ausführungen von *Günter* seien die in § 174 StGB genannten Schutzaltersstufen zwar nicht zu beanstanden. Daraus folge aber nicht zwingend, dass die Unterscheidung zwischen 16jährigen und 18jährigen Personen beibehalten werden müsse. Die Vereinheitlichung der Altersgrenze vereinfache die Rechtslage. Es gebe aus juristischer Sicht keinen sachlichen Grund, die Gruppe der unter 16jährigen in Bezug auf bestimmte Abhängigkeitsverhältnisse anders zu behandeln als die Gruppe der unter 18jährigen. Entscheidend sei vielmehr das Bestehen eines solchen Abhängigkeitsverhältnisses. Dabei bedürfe es für die Strafbarkeit bei Erziehungs- und Betreuungsverhältnissen keines zusätzlichen Missbrauchs des hierdurch begründeten Abhängigkeitsverhältnisses, weil ein solcher hier regelmäßig zu vermuten sei und zwar auch in Bezug auf Personen unter 18 Jahren. Diese Verhältnisse sollten daher von Sexualkontakten prinzipiell freigehalten werden. Demgegenüber könne es innerhalb eines Dienst-, Ausbildungs- oder Arbeitsverhältnisses durchaus zu nicht strafwürdigen einvernehmlichen Sexualkontakten kommen, weshalb die Strafbarkeit dort – wiederum übereinstimmend mit dem Schutz von Personen unter 18 Jahren – durch das zusätzliche Kriterium des Missbrauchs des Verhältnisses begrenzt werden sollte. In Bezug auf das Ausbildungsverhältnis war die Reformkommission der Auffassung, dass dieses im Rahmen des § 174 Abs. 1 StGB mit dem Arbeitsverhältnis gleichzusetzen sei. Auch aus arbeitsrechtlicher

Sicht würden Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie Auszubildende weitgehend gleichbehandelt und die Situation der jungen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie der Auszubildenden unterschieden sich in der Praxis kaum.

bb) Zusammenführung von § 174 Abs. 1 Nr. 2 StGB (Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen) und § 180 Abs. 3 StGB (Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger)

Während § 174 Abs. 1 Nr. 2 StGB sexuelle Handlungen umfasst, die der Täter *an* der Person unter 18 Jahren vornimmt bzw. *an sich* von dem Schutzbefohlenen vornehmen lässt, muss der Täter des § 180 Abs. 3 StGB den Schutzbefohlenen dazu bestimmen, sexuelle Handlungen *mit* oder *vor einem Dritten* vorzunehmen. Gemäß § 180 Abs. 3 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer eine Person unter 18 Jahren, die ihm zur Erziehung, zur Ausbildung oder zur Betreuung in der Lebensführung anvertraut oder im Rahmen eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses untergeordnet ist, unter Missbrauch einer mit dem Erziehungs-, Ausbildungs-, Betreuungs-, Dienst- oder Arbeitsverhältnis verbundenen Abhängigkeit dazu bestimmt, sexuelle Handlungen an oder vor einem Dritten vorzunehmen oder von einem Dritten an sich vornehmen zu lassen. Daneben regelt § 174 Abs. 3 StGB den Umgang mit sexuellen Handlungen zwischen Täter und Opfer *ohne* Körperkontakt. Gemäß § 174 Abs. 3 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer unter den Voraussetzungen des § 174 Abs. 1 oder 2 StGB sexuelle Handlungen vor dem Schutzbefohlenen vornimmt (Nr. 1) oder den Schutzbefohlenen dazu bestimmt, dass er sexuelle Handlungen vor ihm vornimmt (Nr. 2), um sich oder den Schutzbefohlenen hierdurch sexuell zu erregen.

Schneider und *Wolters* waren sich darin einig, dass § 174 Abs. 1 Nr. 2 und § 180 Abs. 3 StGB einen engen Sachzusammenhang aufweisen und ihr Gehalt daher nicht durch unterschiedliche Vorschriften erfasst werden sollte. Ein Vergleich der Vorschriften ergebe jedoch die folgenden Widersprüche, die bei einer Zusammenführung bereinigt werden müssten:

Zunächst sei auf die unterschiedlichen Strafraumen hinzuweisen. So weise § 174 Abs. 1 StGB für sexuelle Handlungen mit Körperkontakt einen Strafraumen von 3 Monaten bis 5 Jahre Freiheitsstrafe auf. § 174 Abs. 3 StGB sehe für sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt einen Strafraumen von Geldstrafe bis zu 3 Jahren Freiheitsstrafe vor, während § 180 Abs. 3 StGB für sexuelle Handlungen mit und ohne Körperkontakt einen Strafraumen von Geldstrafe bis 5 Jahre Freiheitsstrafe aufweise.

Ferner sei festzustellen, dass § 174 Abs. 3 StGB (sexuelle Handlungen zwischen Täter und Opfer ohne Körperkontakt) eine Erregungsabsicht voraussetze, die § 180 Abs. 3 StGB für sexuelle Handlungen zwischen Drittem und Opfer ohne Körperkontakt nicht verlange.

Zudem sei es nach Auffassung *Wolters* nicht plausibel, dass in Bezug auf Personen unter 16 Jahren das Bestimmen zu der Vornahme sexueller Handlungen mit einem Dritten nur strafbar sei, wenn der Täter das Abhängigkeitsverhältnis für seine Tat missbrauche. Denn § 180 Abs. 3 StGB lehne sich an den Wortlaut des § 174 Abs. 1 Nr. 2 StGB mit Missbrauchsklausel an und verkenne, dass § 174 Abs. 1 Nr. 1 StGB hinsichtlich der unter 16jährigen Schutzbefohlenen eine Missbrauchsklausel gerade nicht vorsehe.

Schneider und *Wolters* schlugen vor, eine Regelung aufzunehmen, die mit § 176 Abs. 2 StGB vergleichbar sei. Gemäß § 176 Abs. 2 StGB wird bestraft, wer ein Kind dazu bestimmt, dass es sexuelle Handlungen *an einem Dritten* vornimmt oder *von einem Dritten* an sich vornehmen lässt. Die Strafandrohung solle mit dem Strafrahmen des § 174 Abs. 1 StGB (3 Monate bis 5 Jahre Freiheitsstrafe) identisch sein. Wird der Schutzbefohlene dazu bestimmt, sexuelle Handlungen *vor einem Dritten* vorzunehmen, so solle sich der Täter zukünftig ebenfalls strafbar machen. Eine entsprechende Regelung solle in den Regelungsgehalt des § 174 Abs. 3 StGB aufgenommen werden. Dabei solle der Strafrahmen des § 174 Abs. 3 StGB mit Geldstrafe bis zu 3 Jahren Freiheitsstrafe beibehalten bleiben und – so der Vorschlag von *Schneider* – gleichzeitig ein besonders schwerer Fall für den neuen Regelungsgehalt des § 174 Abs. 3 Nr. 2 StGB (Bestimmen des Schutzbefohlenen zur Vornahme sexueller Handlungen *vor dem Täter* oder dem *Dritten*) vorgesehen werden. Im Gegenzug könne § 180 Abs. 3 StGB gestrichen werden. Zukünftig solle für sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt eine Erregungsabsicht nicht erforderlich sein. Denn es sei nicht weniger strafwürdig, wenn der Täter z. B. in der Absicht handle, eine pornographische Schrift herzustellen.

Die Reformkommission sprach sich einstimmig dafür aus, § 174 StGB und § 180 Abs. 3 StGB zusammenzuführen. Soweit *Wolters* zur Diskussion gestellt hatte, § 174 Abs. 1 Nr. 1 StGB dahingehend zu erweitern, dass sich der Täter auch dann strafbar machen soll, wenn er das Opfer dazu bestimmt, sexuelle Handlungen *mit einem Dritten* vorzunehmen, sprach sich die Reformkommission einstimmig dafür aus, dass ein solches Bestimmen für sämtliche Tathandlungen des § 174 Abs. 1 StGB strafbar sein soll. Einigkeit bestand in der Reformkommission auch insoweit, dass sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt (§ 174 Abs. 3 StGB) auch dann strafbar sein sollten, wenn der Täter das Opfer dazu bestimmt, sexuelle Handlungen *vor einem Dritten* vorzunehmen. Hinsichtlich des Strafrahmens einer Vorschrift, die den Regelungsgehalt von § 174 StGB und § 180 Abs. 3 StGB miteinander vereint, waren

die Mitglieder der Reformkommission überwiegend der Auffassung, dass für sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt der niedrigere Strafrahmen aus § 174 Abs. 3 StGB (Geldstrafe bis 3 Jahre Freiheitsstrafe) übernommen werden sollte. Auf diese Weise ließe sich eine Unrechtsabstufung zu § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB herstellen. Nach dieser Vorschrift wird mit Freiheitsstrafe von 3 Monaten bis zu 5 Jahren bestraft, wer sexuelle Handlungen vor einem Kind – also einer Person unter 14 Jahren – vornimmt.

Die Frage der Notwendigkeit des Tatbestandsmerkmals der Erregungsabsicht in § 174 Abs. 3 StGB diskutierte die Reformkommission kontrovers. Das Merkmal lasse sich zwar in keinem anderen vergleichbaren Tatbestand (mehr) finden. Andererseits habe das Merkmal den Sinn, z. B. sexuelle Handlungen zwischen Erwachsenen (z. B. Eltern) in beengten Wohnverhältnissen tatbestandlich auszuschließen. Dieses Argument greife aber nur im Hinblick auf § 174 Abs. 3 Nr. 1 StGB. Denn in § 174 Abs. 3 Nr. 1 StGB nehme *der Täter* sexuelle Handlungen vor dem Schutzbefohlenen vor, während in § 174 Abs. 3 Nr. 2 StGB *der Schutzbefohlene* zur Vornahme sexueller Handlungen vor dem Täter bestimmt werde. Ferner wurde in Bezug auf § 174 Abs. 3 Nr. 1 StGB zusätzlich angemerkt, dass es nicht darauf ankommen könne, ob der Täter den Schutzbefohlenen erregen wolle. Entscheidend sei, ob der Täter sich selbst erregen wolle. Vor diesem Hintergrund sprach sich die Mehrheit der Mitglieder der Reformkommission dafür aus, die Erregungsabsicht in § 174 Abs. 3 Nr. 2 StGB zu streichen und gleichzeitig für die Nummer 1 darauf zu beschränken, dass der Täter sich selbst durch die Tathandlung sexuell erregen will.

cc) Erweiterung des § 174 Abs. 1 Nr. 3 StGB auf die häusliche Gemeinschaft

Schneider begrüßte es, dass § 174 Abs. 1 Nr. 3 StGB seit dem 49. StrÄndG nunmehr auch Abstammungs- oder abstammungsähnliche Verhältnisse erfasse. Es sei wichtig, dass nunmehr auch Großväter als Täter erfasst werden könnten, weil diese Fallkonstellation in der Praxis nicht selten vorkomme. Zu begrüßen sei auch, dass nunmehr familienähnliche Konstellationen erfasst würden, in denen zum Beispiel der Lebenspartner der Mutter keine Erziehungsverantwortung übernommen habe und ihre Tochter missbrauche.

Weiterhin nicht erfasst sei nach *Schneider* die häusliche Gemeinschaft. Ein Fraktionsentwurf der CDU/CSU und SPD habe ursprünglich vorgesehen, die häusliche Gemeinschaft zu erfassen, so dass sich strafbar machen sollte, wer an einer mit ihm in häuslicher Gemeinschaft lebenden Person unter 16 Jahren sexuelle Handlungen vornehme oder an sich von ihr vornehmen lasse und dabei ihre ihm gegenüber fehlende Fähigkeit zur sexuellen Selbstbe-

stimmung ausnutze.⁹³ Damit sollte erreicht werden, dass sexuelle Handlungen an Schutzbefohlenen auch dann unter Strafe stehen, wenn der Täter mit dem Opfer in häuslicher Gemeinschaft lebt, aber keine Erziehungsverantwortung für das Opfer übernimmt.⁹⁴

Schneider vertrat jedoch die Auffassung, dass bereits § 182 Abs. 3 StGB die insoweit strafwürdigen Fälle abdecke. Gemäß § 182 Abs. 3 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer als Person über 21 Jahre eine Person unter 16 Jahren dadurch missbraucht, dass er sexuelle Handlungen an ihr vornimmt oder an sich von ihr vornehmen lässt (Nr. 1) oder diese dazu bestimmt, sexuelle Handlungen an einem Dritten vorzunehmen oder von einem Dritten an sich vornehmen zu lassen (Nr. 2) und dabei die ihr gegenüber fehlende Fähigkeit des Opfers zur sexuellen Selbstbestimmung ausnutzt. Die übrigen Teilnehmer der Reformkommission teilten diese Auffassung überwiegend. Insbesondere solle § 174 Abs. 1 Nr. 3 StGB nicht auf Mitglieder einer Wohngemeinschaft erweitert werden.

dd) Die Vertretungslehrerregelung des § 174 Abs. 2 StGB

Gemäß § 174 Abs. 2 StGB wird eine Person mit Freiheitsstrafe von 3 Monaten bis zu 5 Jahren bestraft, der in einer dazu bestimmten Einrichtung die Erziehung, Ausbildung oder Betreuung in der Lebensführung von Personen unter 18 Jahren anvertraut ist, und die sexuelle Handlungen an einer Person unter 16 Jahren, die zu dieser Einrichtung in einem Rechtsverhältnis steht, das ihrer Erziehung, Ausbildung oder Betreuung in der Lebensführung dient, vornimmt oder an sich von ihr vornehmen lässt (Nr. 1) oder unter Ausnutzung ihrer Stellung an einer Person unter 18 Jahren, die zu dieser Einrichtung in einem Rechtsverhältnis steht, das ihrer Erziehung, Ausbildung oder Betreuung in der Lebensführung dient, vornimmt oder an sich von ihr vornehmen lässt (Nr. 2).

Schneider führte aus, dass ein Obhutsverhältnis zwischen Täter und Opfer im Gegensatz zu § 174 Abs. 1 Nr. 1 und 2 StGB nicht bestehen müsse, weil bei Jugendlichen die Gefahr bestehe, dass sie den im Tatbestand genannten, sozial überlegenen erwachsenen Personen auch dann nicht auf gleicher Ebene begegneten und hinsichtlich ihrer sexuellen Selbstbestimmung nicht hinreichend gefestigt seien, wenn kein Obhutsverhältnis im Sinne des § 174 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 StGB zwischen ihnen bestehe. Mit § 174 Abs. 2 StGB würden unter anderem die Fälle des Vertretungslehrers erfasst, der nicht Klassen- oder Fachlehrer des Opfers sei und daher nicht unter § 174 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 StGB falle. Nach Auffassung von *Schneider* dürften die Fälle grundsätzlich auch von § 182 Abs. 3 StGB erfasst werden, so

⁹³ Vgl. BT-Drs. 18 / 2601, S. 7.

⁹⁴ Vgl. BT-Drs. 18 / 2601, S. 26.

dass es der Regelung nicht zwingend bedurft hätte. Andererseits müsse man sehen, dass § 182 Abs. 3 StGB gegenüber § 174 Abs. 3 StGB zusätzliche Kriterien erfordere, namentlich das Ausnutzen der dem Täter gegenüber fehlenden Fähigkeit des Opfers zur sexuellen Selbstbestimmung. Dieses Tatbestandsmerkmal sei in der Praxis regelmäßig nicht nachweisbar.

Die Reformkommission sprach sich daher einstimmig dafür aus, § 174 Abs. 2 StGB nicht zu streichen. Kontrovers diskutiert wurde, ob die Schutzaltersgrenze – vergleichbar § 174 Abs. 1 StGB – in § 174 Abs. 2 StGB einheitlich auf 18 Jahre angehoben werden solle und ob in der Konsequenz der Täter zusätzlich seine Stellung zu der Person unter 18 Jahren ausnutzen müsse, wie dies derzeit in § 174 Abs. 2 Nr. 2 StGB für die unter 18jährigen vorgesehen sei. Die Mehrheit der Mitglieder der Reformkommission sprach sich für die Streichung des § 174 Abs. 2 Nr. 1 StGB aus, so dass die Strafbarkeit in Bezug auf Personen unter 16 Jahren, bei denen ein Ausnutzen der Stellung nach § 174 Abs. 2 Nr. 1 StGB gegenwärtig nicht erforderlich sei, eingeschränkt würde. Durch das Erfordernis des Ausnutzens der Stellung in Hinblick auf alle Personen unter 18 Jahre werde auch für Personen unter 16 Jahren sichergestellt, dass zwischen Täter und Opfer ein asymmetrisches Verhältnis vorliegen müsse. Anderenfalls würden auch Fälle kriminalisiert, in denen die Partner sich erst außerhalb der Einrichtung kennengelernt hätten und unbeeinflusst von ihren Positionen in der Einrichtung eine sexuelle Beziehung eingegangen wären. Es solle aber nicht darum gehen, die in § 174 Abs. 2 StGB genannten Einrichtungen generell von sexuellen Verbindungen frei zu halten.

Die Anmerkung von *Schneider*, dass es stringenter gewesen wäre, für § 174 Abs. 2 Nr. 2 StGB nicht das Ausnutzen, sondern den Missbrauch der Stellung zu verlangen, weil das Gesetz das Wort „Ausnutzen“ überwiegend im Kontext zur der Lage des Opfers und das Wort „Missbrauch“ im Kontext zur Stellung des Täters verwende, fand keine Mehrheit. Es liege insoweit die Vermutung nahe, dass der Gesetzgeber beide -Wörter synonym benutze. Eine anderslautende Interpretation lasse sich den Gesetzesmaterialien jedenfalls nicht entnehmen.

ee) Erweiterung des Täterkreises in § 174 StGB auf nicht-pädagogisches Personal

Rörig und der Betroffenenrat beim UBSKM sprachen sich dafür aus, § 174 StGB im Hinblick auf den Kreis der möglichen Täter zu erweitern. So erfasse § 174 Abs. 2 StGB zwar den Lehrer der Schule, die der Schutzbefohlene besuche, nicht aber zum Beispiel den Hausmeister, den Gärtner oder die Reinigungskraft der Schule. Nach Auffassung von *Rörig* han-

dele es sich jedoch auch bei diesen Personen um Autoritäten mit der Folge eines Machtgefälles im Verhältnis zum Schutzbefohlenen. Es sei nicht akzeptabel, dass etwa ein Hausmeister mit einer 14 bzw. 15jährigen Schülerin eine straffreie sexuelle Beziehung unterhalten könne. Das Opfer könne in dieser Konstellation nicht freibestimmt sexuell agieren.

Die Reformkommission sprach sich gegen eine Erweiterung des Täterkreises aus. Das autoritäre Machtgefälle sei im Verhältnis zwischen Schüler und pädagogischem Personal stärker ausgeprägt als im Verhältnis zwischen Schüler und sonstigen Angestellten der Schule. Darüber hinaus würden sexuelle Handlungen der benannten Personen (Hausmeister etc.) mit Personen unter 16 Jahren hinreichend von § 182 Abs. 3 StGB (Sexueller Missbrauch von Jugendlichen) erfasst, soweit der Täter die ihm gegenüber fehlende Fähigkeit des Opfers zur sexuellen Selbstbestimmung ausnutzen sollte.

ff) Die Erweiterung des § 174 Abs. 5 StGB auf die Fälle des § 174 Abs. 1 Nr. 3 StGB

Gemäß § 174 Abs. 5 StGB kann das Gericht in den Fällen des § 174 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 oder in den Fällen des § 174 Abs. 3 in Verbindung mit § 174 Abs. 1 Nr. 1 oder mit Abs. 2 Nr. 1 von einer Bestrafung nach § 174 StGB absehen, wenn das Unrecht der Tat gering ist. *Wolters* schlug vor, § 174 Abs. 5 StGB auf die Fälle des § 174 Abs. 1 Nr. 3 StGB zu erweitern.

Die Reformkommission diskutierte insbesondere im Hinblick auf leibliche und rechtliche Abkömmlinge des Täters kontrovers, ob und inwieweit § 174 Abs. 1 Nr. 3 StGB Eingang in § 174 Abs. 5 StGB finden soll. Dabei wurde u. a. die Frage aufgeworfen, inwieweit zwischen leiblichen und rechtlichen Abkömmlingen differenziert werden müsse bzw. könne. Teilweise wurde ein Bedürfnis für eine Differenzierung gesehen, weil es ein Unterschied sei, ob sexuelle Handlungen mit einem leiblichen Abkömmling vorgenommen würden oder mit einem Kind oder Jugendlichen, dem gegenüber ein auf Adoption beruhendes Kindschaftsverhältnis bestehe oder das Kind oder Enkelkind des Ehe- oder Lebenspartners sei. Vor diesem Hintergrund sprach sich eine knappe Mehrheit dafür aus, § 174 Abs. 5 StGB mit Ausnahme der Fälle der leiblichen Abkömmlinge auf § 174 Abs. 1 Nr. 3 StGB zu erweitern.

gg) Einstellungen gemäß den §§ 153, 153a der Strafprozessordnung (StPO)

Rörig kritisierte, dass zu viele Strafverfahren mit dem Tatvorwurf des § 174 StGB in der Praxis nach § 153 StPO (Absehen von der Verfolgung bei Geringfügigkeit) oder § 153a StPO

(Absehen von der Verfolgung unter Auflagen und Weisungen) eingestellt würden.⁹⁵ Gemäß § 153 StPO kann die Staatsanwaltschaft bzw. das Gericht unter bestimmten Voraussetzungen bei Vergehen von der Verfolgung absehen, wenn die Schuld des Täters als gering anzusehen wäre und kein öffentliches Interesse an der Verfolgung besteht. Gemäß § 153a StPO kann die Staatsanwaltschaft bzw. das Gericht unter bestimmten Voraussetzungen bei einem Vergehen vorläufig von der Verfolgung absehen und zugleich dem Beschuldigten Auflagen und Weisungen erteilen, wenn diese geeignet sind, das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zu beseitigen und die Schwere der Schuld nicht entgegensteht. Durch die Einstellungspraxis werde gegenüber dem Beschuldigten ein falsches Signal gesetzt. Außerdem sei es nicht akzeptabel, dass kein Eintrag in das Bundeszentralregister erfolge. Dieser Entwicklung sei mit einer erhöhten Mindeststrafe entgegenzuwirken.

Die Reformkommission sprach sich dagegen aus, den Strafraumen mit dem Zweck zu erhöhen, Einstellungen zu verhindern bzw. Einträge in das Bundeszentralregister zu ermöglichen. Dabei sei zu beachten, dass der Strafraumen auch Fälle angemessen erfassen müsse, die im unteren Bereich der Strafwürdigkeit angesiedelt seien. Der geltende Strafraumen biete den Gerichten eine hinreichende Vorgabe, um im jeweiligen Einzelfall die schuld- und tatangemessene Strafe festsetzen zu können. Auch die Vornahme einer Einstellung nach den §§ 153, 153a StPO werde von der Staatsanwaltschaft und den Gerichten für jeden Einzelfall geprüft und könne gerechtfertigt sein.

b) Das Abstimmungsergebnis

Die Mitglieder der Reformkommission haben auf der Grundlage der dargestellten Diskussionen die folgenden Fragen aufgeworfen und über diese wie folgt abgestimmt:

Frage 2: Reformbedarf bei § 174 StGB (Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen)

a) Sollen die Vorschriften betreffend den sexuellen Missbrauch von Schutzbefohlenen (§ 174 und § 180 Abs. 3 StGB) in einer Norm geregelt werden?

Abstimmung: Ja: 12 Mitglieder; Nein: 0 Mitglieder

⁹⁵ Der Betroffenenrat beim UBSKM war darüber hinausgehend der Auffassung, dass auch Strafverfahren wegen Verdachts von Straftaten nach den §§ 176 ff. StGB zu häufig eingestellt würden.

b) Sollen die Tathandlungen des § 174 Abs. 1 StGB dahingehend erweitert werden, dass sich auch strafbar macht, wer den Schutzbefohlenen dazu bestimmt, sexuelle Handlungen an einem Dritten vorzunehmen oder von einem Dritten an sich vornehmen zu lassen?

Abstimmung: Ja: 12 Mitglieder; Nein: 0 Mitglieder

c) Sollen die Tathandlungen des § 174 Abs. 3 StGB dahingehend erweitert werden, dass sich auch strafbar macht, wer den Schutzbefohlenen dazu bestimmt, sexuelle Handlungen vor einem Dritten vorzunehmen?

Abstimmung: Ja: 12 Mitglieder; Nein: 0 Mitglieder

d) Unterstellt, Frage 2a wird bejaht: Welcher Strafrahmen soll in Bezug auf sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt in den neuen Tatbestand übernommen werden?

aa) Der Strafrahmen des § 174 Abs. 3 StGB (Geldstrafe bis 3 Jahre Freiheitsstrafe) soll übernommen werden.

bb) Der Strafrahmen des § 180 Abs. 3 StGB (Geldstrafe bis 5 Jahre Freiheitsstrafe) soll übernommen werden.

Abstimmung: aa): 9 Mitglieder; bb): 3 Mitglieder

e) Soll die Erregungsabsicht in § 174 Abs. 3 StGB beibehalten werden?

aa) Ja oder

bb) Ja, aber nur in Bezug auf Nummer 1, oder

cc) Ja, aber nur in Bezug auf Nummer 1 und unter Beschränkung auf die Absicht des Täters *sich* hierdurch sexuell zu erregen, oder

dd) Nein, allerdings bedarf es dann anderer tatbestandlicher Korrektive (z. B. Wissentlichkeit), oder

ee) Nein

Abstimmung: aa): 0 Mitglieder; bb): 0 Mitglieder; cc): 8 Mitglieder; dd): 1 Mitglied; ee): 3 Mitglieder

f) Soll § 174 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB dahingehend geändert werden, dass erstens: einheitlich Personen unter 18 Jahren erfasst werden, die dem Täter zur Erziehung, oder zur Betreuung anvertraut sind und zugleich auf das Erfordernis des Missbrauchs einer mit dem Erziehungs-, oder Betreuungsverhältnis verbundenen Abhängigkeit verzichtet werden und

zweitens: einheitlich Personen unter 18 Jahren erfasst werden, die dem Täter im Rahmen eines Dienst-, Ausbildungs- oder Arbeitsverhältnisses untergeordnet sind und bei denen der Täter zusätzlich eine mit dem Dienst-, Ausbildungs- oder Arbeitsverhältnis verbundene Abhängigkeit missbraucht?

Abstimmung: Ja: 12 Mitglieder; Nein: 0 Mitglieder

g) Soll § 174 Abs. 1 Nr. 3 StGB um Fälle erweitert werden, bei denen der Täter mit dem Opfer in häuslicher Gemeinschaft lebt?

Abstimmung: Ja: 2 Mitglieder; Nein: 10 Mitglieder

h) Soll § 174 Abs. 2 StGB im Hinblick auf die Regelung des § 182 Abs. 3 StGB gestrichen werden?

Abstimmung: Ja: 0 Mitglieder; Nein: 12 Mitglieder

i) Soll § 174 Abs. 2 StGB dahingehend geändert werden, dass Ausbildungsverhältnisse ausgenommen werden?

Abstimmung: Ja: 8 Mitglieder; Nein: 4 Mitglieder

j) Unterstellt Frage 2h wird verneint: Soll § 174 Abs. 2 StGB wie folgt geändert werden?

aa) § 174 Abs. 2 Nr. 2 StGB wird gestrichen und die Altersgrenze in § 174 Abs. 2 Nr. 1 StGB wird auf Personen unter 18 Jahren angehoben, oder

bb) § 174 Abs. 2 Nr. 1 StGB wird gestrichen, oder

cc) § 174 Abs. 2 StGB wird in der jetzigen Fassung belassen

Abstimmung: aa): 0 Mitglieder; bb): 8 Mitglieder; cc): 4 Mitglieder

k) Unterstellt, Frage 2h wird verneint: Soll in § 174 Abs. 2 Nr. 2 StGB das Tatbestandsmerkmal des Ausnutzens durch das Tatbestandsmerkmal des Missbrauchens ersetzt werden?

Abstimmung: Ja: 2 Mitglieder; Nein: 10 Mitglieder

l) Soll § 174 Abs. 5 StGB auch auf die Fälle von § 174 Abs. 1 Nr. 3 StGB zur Anwendung kommen?

a) Ja oder

b) Ja, mit Ausnahme der Fälle der leiblichen und rechtlichen Abkömmlinge, oder

c) Ja, mit Ausnahme der Fälle der leiblichen Abkömmlinge, oder

d) Nein

Abstimmung: a): 2 Mitglieder; b): 1 Mitglied; c): 5 Mitglieder; d): 4 Mitglieder

3. Der sexuelle Missbrauch von Jugendlichen

Die Reformkommission befasste sich mit sexuellen Handlungen zum Nachteil von Jugendlichen in der 6. und 17. Sitzung.

a) Die Vorschriften im Zusammenhang mit dem sexuellen Missbrauch von Jugendlichen

Wolters hielt in der 6. Sitzung einen Impulsbeitrag zu den Wertungswidersprüchen bei den Schutzaltersgrenzen im 13. Abschnitt des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches, in dem er unter anderem auf den Schutz von Personen unter 16 bzw. unter 18 Jahren vor sexuellen Handlungen einging. Die Reformkommission hat sich ferner in der 5. Sitzung durch *Günter* sachverständig zu den Schutzaltersstufen aus psychiatrischer Sicht beraten lassen. Ebenfalls in der 5. Sitzung war der Unabhängige Beauftragte für Fragen des sexuellen Kindesmissbrauchs (UBSKM), *Rörig*, zu Gast, der seine Vorschläge und Ideen in die Diskussion einbrachte. Der Betroffenenrat beim USBKM vertrat seine Anliegen in einem gesonderten Schreiben mit E-Mail vom 1. Dezember 2015. Im Hinblick auf die Ausführungen zu dem sexuellen Missbrauch von Jugendlichen gegen Entgelt kam es zum Teil zu thematischen Überschneidungen mit dem von *Eisele* in der 12. Sitzung zum Themenkomplex 6 (Prostitution) gehaltenen Impulsreferat „Reform der Strafvorschriften betreffend die Prostitution“.

aa) Die Schutzaltersgrenzen

Die Vorschriften der §§ 180, 182 StGB weisen unterschiedliche Schutzaltersgrenzen auf. Teilweise werden Personen unter 16 Jahren (§§ 180 Abs. 1, 182 Abs. 3 StGB) und teilweise Personen unter 18 Jahren (§§ 180 Abs. 2 und 3, 182 Abs. 1 und 2 StGB) geschützt. *Rörig* und der Betroffenenrat beim USBKM sprachen sich dafür aus, eine Aufstufung der Schutzaltersgrenze auf einheitlich 18 Jahre vorzusehen. *Günter* führte hierzu aus, dass die in den einzelnen Ländern gewählten Schutzaltersgrenzen stark von kulturellen Gewohnheiten und entsprechenden Vorstellungen abhingen.

Die Mitglieder der Reformkommission diskutierten, ob auf die Schutzaltersstufe von 16 Jahren zugunsten von 18 Jahren verzichtet werden könnte. Dabei wurde auch erwogen, dynamische Schutzaltersgrenzen etwa in Abhängigkeit vom Altersunterschied vorzusehen. Dies wurde jedoch im Ergebnis verworfen. Die Schutzaltersgrenzen bezweckten, der zunehmenden Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung stufenweise Rechnung zu tragen. Unter diesem Aspekt sei es nachvollziehbar, wenn der Gesetzgeber teilweise Personen unter 16 Jahren und teilweise Personen unter 18 Jahren schütze. Darüber hinaus sei es im

Ergebnis wichtig, dass es bei starren Altersgrenzen bleibe und keine dynamischen Schutzaltersgrenzen eingeführt würden, um auf diese Weise für ein hinreichendes Maß an Rechtssicherheit zu sorgen.

bb) Abschaffung des Kuppeleiverbotes in § 180 Abs. 1 StGB

Gemäß § 180 Abs. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer sexuellen Handlungen einer Person unter 16 Jahren an oder vor einem Dritten oder sexuellen Handlungen eines Dritten an einer Person unter 16 Jahren durch seine Vermittlung (Nummer 1) oder durch Gewähren oder Verschaffen von Gelegenheit (Nummer 2) Vorschub leistet.

Wolters sprach sich für die Streichung dieser Vorschrift aus. Der Normzweck bestehe darin, die ungestörte sexuelle Entwicklung des Minderjährigen zu bewahren. Das Kuppeleiverbot setze jedoch keine fremdbestimmte Sexualität voraus, sondern beziehe vielmehr diejenigen Personen in den Schutzbereich ein, die selbstbestimmt sexuell mit einer dritten Person agieren wollen und dies auch dürfen. Das sexuelle Verhalten des Jugendlichen korrespondiere mit der Zunahme an Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung, so dass das Kuppeleiverbot auch keiner sexuellen Fehlentwicklung des Jugendlichen entgegenwirke. Soweit es um fremdbestimmte Sexualität gehe, werde der Kuppler hinreichend über die Beihilfe zu Taten nach § 174 Abs. 1 Nr. 1, § 176 Abs. 2 und § 182 Abs. 3 StGB erfasst. Es sei auch unstimmg, dass der einvernehmliche sexuelle Kontakt zwischen dem Kuppler und dem Jugendlichen grundsätzlich straffrei bliebe, während das Vorschubleisten etc. zu einer solchen Handlung mit Strafe bewehrt sei. Die Mitglieder der Reformkommission teilten diese Auffassung.

cc) Die Altersdifferenzierungen in § 182 Abs. 3 StGB

Gemäß § 182 Abs. 3 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer als Person über 21 Jahre eine Person unter 16 Jahren dadurch missbraucht, dass er sexuelle Handlungen an ihr vornimmt oder an sich von ihr vornehmen lässt (Nummer 1) oder diese dazu bestimmt, sexuelle Handlungen an einem Dritten vorzunehmen oder von einem Dritten an sich vornehmen zu lassen (Nummer 2) und dabei die ihr gegenüber fehlende Fähigkeit des Opfers zur sexuellen Selbstbestimmung ausnutzt.

Wolters kritisierte die in § 182 Abs. 3 StGB aufgenommenen Altersbeschränkungen. So sei es nicht nachvollziehbar, warum der Täter 5 Jahre älter sein müsse als das Opfer. Für eine Strafbarkeit müsse vielmehr ausreichend sein, dass das Opfer gegenüber dem Täter keine

hinreichende Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung aufweise und der Täter dies ausnutze. Denn ein solches Vorgehen sei unabhängig vom Altersunterschied zwischen Täter und Opfer strafwürdig. Es seien daher alle Personen als Täter zu erfassen, die ihrerseits 16 Jahre oder älter seien und damit das Schutzalter überschritten hätten.

Darüber hinaus sei aber auch das Alter des Opfers in den Blick zu nehmen. Es sei nicht plausibel, dass nur Personen unter 16 Jahren Opfer sein könnten. Für einen umfassenden Jugendschutz sei es erforderlich, auch Personen im Alter von 16 und 17 Jahren in den Schutzbereich einzubeziehen. Auf diese Weise würden auch Minderjährige, die aufgrund geistiger, seelischer oder körperlicher Einschränkungen nicht in der Lage seien, eine hinreichende sexuelle Selbstbestimmung zu entwickeln oder nach ihr zu handeln, vollständig erfasst.⁹⁶

Die Reformkommission sah die Aufhebung der Altersbeschränkungen weitestgehend skeptisch. Die Altersbegrenzungen seien in der Bevölkerung bekannt und trügen so zur Rechtssicherheit bei. Das alleinige Abstellen auf die Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung bleibe demgegenüber vage und lasse sich insbesondere im Hinblick auf den Vorsatz nur schwer nachweisen. So habe auch *Günter* ausgeführt, dass es für einen Gutachter schwierig sei, die Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung zum Tatzeitpunkt zu definieren. In Bezug auf Opfer mit Behinderung gelte nach *Günter*, dass vorrangig eine verbesserte Sexualpädagogik erforderlich sei, damit Betroffene in die Lage versetzt würden, ihre Empfindungen und Wünsche auf der Grundlage eines natürlichen Willens mitzuteilen.

Die Altersbeschränkungen setzten demgegenüber einen Rahmen, bei dem bereits aufgrund des altersbedingten Machtgefälles eine größere Wahrscheinlichkeit dafür gegeben sei, dass das Opfer dem Täter gegenüber keine hinreichende Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung aufweise. Die Reformkommission hielt die Tatbestandsvoraussetzung für angemessen, dass dem Opfer die Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung *in Bezug auf den Täter* fehlen müsse.

dd) Sexuelle Handlungen zum Nachteil von Minderjährigen gegen Entgelt

Der 13. Abschnitt des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches enthält zwei Vorschriften, in denen es um die Vornahme sexueller Handlungen mit Minderjährigen gegen Entgelt geht. Gemäß § 180 Abs. 2 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder mit Geldstrafe be-

⁹⁶ Diese Personengruppen werden auf der Grundlage des 50. Strafrechtsänderungsgesetzes nunmehr von § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB n. F. erfasst, der zum Zeitpunkt der diesbezüglichen Diskussion noch nicht in Kraft war.

strafft, wer eine Person unter 18 Jahren bestimmt, sexuelle Handlungen gegen Entgelt an oder vor einem Dritten vorzunehmen oder von einem Dritten an sich vornehmen zu lassen, oder wer solchen Handlungen durch seine Vermittlung Vorschub leistet. Gemäß § 182 Abs. 2 StGB wird eine Person über 18 Jahre mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, die eine Person unter 18 Jahren dadurch missbraucht, dass sie gegen Entgelt sexuelle Handlungen an ihr vornimmt oder an sich von ihr vornehmen lässt. *Wolters* wies auf die folgenden Widersprüche zwischen den Vorschriften hin:

Zunächst wiesen die Vorschriften auf Täterseite unterschiedliche Voraussetzungen beim Alter auf (§ 180 Abs. 2 StGB: keine Altersvorgabe, § 182 Abs. 2 StGB: Täter muss über 18 Jahre alt sein). Dies habe zur Folge, dass etwa ein 17jähriger Täter ungestraft sexuelle Handlungen an einer Minderjährigen gegen Entgelt vornehmen dürfe, während er sich für das Bestimmen einer Minderjährigen zur Vornahme sexueller Handlungen gegen Entgelt an einem Dritten gemäß § 180 Abs. 2 StGB strafbar mache. Darüber hinaus sei § 182 Abs. 2 StGB auf sexuelle Handlungen mit Körperkontakt beschränkt, während § 180 Abs. 2 StGB sexuelle Handlungen mit und ohne Körperkontakt erfasse.

Zusätzlich nahm *Wolters* auf § 180a Abs. 2 Nr. 1 StGB (Ausbeutung von Prostituierten) Bezug. Nach dieser Vorschrift wird mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer einer Person unter 18 Jahren zur Ausübung der Prostitution Wohnung, gewerbsmäßig Unterkunft oder gewerbsmäßig Aufenthalt gewährt.

Nach Auffassung von *Wolters* müsse eine neue Vorschrift geschaffen werden, die die Aspekte der §§ 180 Abs. 2, 182 Abs. 2 und 180a Abs. 2 Nr. 1 StGB zusammenführe und darauf hinwirke, zu verhindern, dass Minderjährige in die Prostitution abglitten und hierdurch in prostitutionstypische Abhängigkeiten gerieten. Die Verengung auf die Gewährung von Wohnung etc. sei dabei jedoch verfehlt, weil etwa der zur Prostitution entschlossene Minderjährige hierdurch in die Straßenprostitution getrieben werde, die ein erhöhtes Gefahrenpotenzial mit sich bringe.

Aus staatsanwaltschaftlicher Sicht hielt *von Braun* § 180a Abs. 2 Nr. 1 StGB jedoch für wichtig, weil viele Täter minderjährige Prostituierte als Escort-Service über das Internet anböten. Die Täter müssten lediglich den Fahrdienst und die Wohnungsmiete finanzieren. Die erforderlichen Wohnungen würden häufig durch Dritte angemietet. Diese Dritten könne man über § 180a Abs. 2 StGB strafrechtlich zur Verantwortung ziehen. Die Vorschrift weise auch einen

eigenständigen Anwendungsbereich auf, weil sie Personen unter 18 Jahren und nicht nur – wie § 180 Abs. 1 Nr. 2 StGB – Personen unter 16 Jahren schütze.⁹⁷

Eisele teilte demgegenüber in seinem Impulsreferat zur Reform der Strafvorschriften betreffend die Prostitution die Auffassung, dass eine einheitliche Vorschrift betreffend die Förderung der Prostitution Minderjähriger zu schaffen sei. Dabei solle allerdings auch der Regelungsgehalt von § 232 Abs. 1 Satz 2 StGB in der Fassung vom 11. Februar 2005⁹⁸ (Bringen von Personen unter 21 Jahren zur Prostitution bzw. zur Fortsetzung der Prostitution – nunmehr § 233a Abs. 1, 2. Variante StGB) und von § 233a Abs. 1 StGB in der Fassung vom 11. Februar 2005 (Vorschubleisten des Menschenhandels nach § 232 StGB durch Beherbergen etc. – nunmehr § 232 Abs. 1, 2. Variante Nr. 1 StGB) Berücksichtigung finden.⁹⁹

Die neue Vorschrift solle nach Auffassung von *Wolters* sowohl sexuelle Handlungen mit als auch ohne Körperkontakt umfassen. Dabei müsse auch die Frage aufgeworfen werden, ob sexuelle Handlungen des Dritten vor dem Jugendlichen erfasst werden sollten, wie dies bei § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB der Fall ist. Täter solle nur sein können, wer volljährig sei.

Der letztgenannte Aspekt wurde von der Mehrheit der Mitglieder der Reformkommission kritisch gesehen. Bei sexuellen Handlungen mit Minderjährigen gegen Entgelt gehe es nicht darum, dem Opfer einen spielerischen Freiraum für das Sammeln von Erfahrungen mit Sexualität einzuräumen. Im Vordergrund stehe vielmehr die Entgeltlichkeit der sexuellen Handlung. Einigkeit bestand darin, die Schutzaltersstufe auf Opferseite nicht an die §§ 232, 232a StGB (21 Jahre) anzugleichen.

Uneinig waren sich die Mitglieder der Reformkommission darüber, ob § 180a Abs. 2 Nr. 1 StGB mit § 180 Abs. 2 und § 182 Abs. 2 StGB insoweit kompatibel sei, dass an eine Zusammenfassung dieser drei Vorschriften gedacht werden könne. Während sich die eine Hälfte der Reformkommission den Ausführungen von *Wolters* und *Eisele* anschloss, vertrat die andere Hälfte die Auffassung, dass sich nur § 180 Abs. 2 und § 182 Abs. 2 StGB sinnvoll zusammenfassen ließen. § 180a Abs. 2 Nr. 1 StGB sei ein Prostitutionsdelikt. Demgegenüber griffen § 180 Abs. 2 und § 182 Abs. 2 StGB unabhängig davon bereits bei der einmaligen Vornahme einer sexuellen Handlung gegen Entgelt, wobei die Tätigkeit nicht auf Dauer angelegt sein müsse. § 180 Abs. 2 und § 182 Abs. 2 StGB sollten lediglich ein Abgleiten von

⁹⁷ Vgl. Ausführungen von StA von Braun, in: Themenkomplex 6, zu § 180a Abs. 2 Nr. 1 StGB, Punkt VI.2.b.bb.

⁹⁸ Seit dem 15. Oktober 2016 ist das Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung des Menschenhandels und zur Änderung des Bundeszentralregistergesetzes sowie des Achten Buches Sozialgesetzbuch in Kraft, vgl. BGBl. I, S. 2226 ff.

⁹⁹ Vgl. auch Themenkomplex 6 zu § 180a Abs. 2 Nr. 1 StGB.

Minderjährigen in die Prostitution verhindern. Außerdem sei bei diesen Vorschriften ein anderes Täterklientel betroffen als bei § 180a Abs. 2 Nr. 1 StGB. Teilweise wurde auch vertreten, dass § 180a Abs. 2 Nr. 1 StGB besser zum Menschenhandel passe und daher zugunsten der Vorschriften zum Menschenhandel aus § 180a StGB herausgelöst werden solle.

ee) Strafbarkeit des Anwerbens eines Jugendlichen gemäß § 180 StGB

Rörig hat sich dafür ausgesprochen, dafür Sorge zu tragen, dass das Anwerben eines Jugendlichen zum Zwecke der Vornahme sexueller Handlungen, die mittels einer Internetkamera übertragen werden sollen, nach § 180 StGB strafbar werde.

Die Reformkommission hat diese Forderung nicht aufgegriffen: Soweit der Jugendliche dazu bestimmt wird, sexuelle Handlungen gegen Entgelt vor dem Dritten vorzunehmen, ist bereits nach geltendem Recht § 180 Abs. 2 StGB einschlägig. Darüber hinaus kommt eine Strafbarkeit nach § 180 Abs. 3 StGB in Betracht. Nach dieser Vorschrift macht sich strafbar, wer eine Person unter 18 Jahren, die ihm zur Erziehung, zur Ausbildung oder zur Betreuung in der Lebensführung anvertraut oder im Rahmen eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses untergeordnet ist, unter Missbrauch einer mit dem Erziehungs-, Ausbildungs-, Betreuungs-, Dienst- oder Arbeitsverhältnis verbundenen Abhängigkeit bestimmt, sexuelle Handlungen an oder vor einem Dritten vornehmen oder von einem Dritten an sich vornehmen zu lassen. Soweit weder ein Entgelt geleistet wird noch ein Abhängigkeitsverhältnis besteht, entfällt eine Strafbarkeit entsprechend der Wertung des Gesetzgebers, dass Jugendliche im größeren Maße als Kinder zur selbstbestimmten sexuellen Entscheidungen fähig sind. Demgegenüber ist das Kind absolut vor sexuellen Handlungen geschützt und das Anwerben zur Vornahme sexueller Handlungen, die durch eine Internetkamera übertragen werden, gemäß § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB strafbar. Diese Wertung des Gesetzgebers ist nicht zu beanstanden, so dass kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf ersichtlich ist.

b) Das Abstimmungsergebnis

Die Mitglieder der Reformkommission haben auf der Grundlage der dargestellten Diskussionen die folgenden Fragen aufgeworfen und über diese wie folgt abgestimmt:

Frage 3: Reformbedarf bei § 180 StGB (Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger)

Soll § 180 Abs. 1 StGB (sogenanntes Kuppelverbot) gestrichen werden?

Abstimmung: Ja: 12 Mitglieder; Nein: 0 Mitglieder

Frage 4: Reformbedarf bei § 182 StGB (Sexueller Missbrauch von Jugendlichen)

a) Soll § 182 Abs. 3 StGB dahingehend erweitert werden, dass die Opfereigenschaft auf Personen unter 18 Jahren festgelegt wird?

Abstimmung: Ja: 3 Mitglieder; Nein: 9 Mitglieder

b) Wie soll bei § 182 Absatz 3 StGB mit der Altersbeschränkung des Täters umgegangen werden?

aa) Die Altersbeschränkung wird aufgehoben, oder

bb) die Altersbeschränkung wird geändert, oder

cc) die Altersbeschränkung bleibt, wie sie ist.

Abstimmung: aa): 1 Mitglied; bb): 4 Mitglieder; cc): 7 Mitglieder

c) Unterstellt, bei Frage 4b) wird Antwort bb) bejaht: Wie soll die Altersgrenze des Täters bei § 182 Abs. 3 StGB gefasst werden?

aa) 18 Jahre oder

bb) mindestens das Alter des Opfers oder

cc) mindestens 5 Jahre älter als das Opfer

Abstimmung: aa): 6 Mitglieder; bb): 0 Mitglieder; cc): 4 Mitglieder; Enthaltung: 2 Mitglieder

Frage 5: Reformbedarf bei sexuellen Handlungen Minderjähriger gegen Entgelt

a) Soll es einen Straftatbestand geben, der die Tathandlungen, die mit sexuellen Handlungen Minderjähriger gegen Entgelt im Zusammenhang stehen, unter Aufhebung der §§ 180 Abs. 2 und 182 Abs. 2 StGB zusammenfasst?

aa) Ja oder

bb) Ja, und zwar unter Einbeziehung von § 180a Abs. 2 Nr. 1 StGB, oder

cc) Nein

Abstimmung: aa): 6 Mitglieder; bb): 6 Mitglieder; cc): 0 Mitglieder

b) Wie soll bei den Tathandlungen aus den §§ 180 Abs. 2, 182 Abs. 2 StGB mit dem Mindestalter auf Täterseite umgegangen werden?

aa) Streichung oder

bb) Festlegung auf 18 Jahre

Abstimmung: aa): 9 Mitglieder

bb): 3 Mitglieder

c) Soll die Schutzaltersgrenze in den §§ 180 Abs. 2 und 182 Abs. 2 StGB auf 21 Jahre angehoben werden?

Abstimmung: Ja: 0 Mitglieder; Nein: 12 Mitglieder

d) Welche Form der sexuellen Handlung soll für die Tathandlungen aus den §§ 180 Abs. 2, 182 Abs. 2 StGB bestimmt werden?

aa) Alle in den Vorschriften normierten Tathandlungen sollen nur sexuelle Handlungen mit Körperkontakt erfassen.

bb) Die in den Vorschriften normierten Tathandlungen sollen sexuelle Handlungen mit und ohne Körperkontakt erfassen.

cc) Die von den Vorschriften erfassten Tathandlungen sollen, wie gegenwärtig, teils Körperkontakt und teils keinen Körperkontakt erfordern.

Abstimmung: aa): 0 Mitglieder; bb): 12 Mitglieder; cc): 0 Mitglieder

4. Sexualstraftaten zum Nachteil von Kindern und Jugendlichen im Kontext virtueller Welten

Bezjak hielt in der 25. Sitzung der Reformkommission ein Impulsreferat zum Thema „Neuere Entwicklungen zum sexuellen Missbrauch von Kindern und Jugendlichen mittels Informations- und Kommunikationstechnologie“. Dabei befasste sie sich aus strafrechtlicher Sicht mit Phänomenen, die sich im Zuge der Digitalisierung herausgebildet haben und bei denen es auch um die Konfrontation von Kindern und Jugendlichen mit sexuellen Inhalten geht. Derartige Vorgehensweisen seien nach Auffassung von *Bezjak* hinreichend durch das StGB abgedeckt.

Ein besonderes Augenmerk richtete *Bezjak* auf die Frage des sexuellen Missbrauchs in virtuellen Welten. Darunter sei zu verstehen, dass Täter und Opfer sich jeweils unter Zuhilfenahme ihres Computers in einer virtuellen Computerwelt bewegten, in der sie Avatare dazu animierten, sexuelle Handlungen aneinander vorzunehmen. In Bezug auf den sexuellen Missbrauch in virtuellen Welten differenzierte *Bezjak* zwischen den Avataren, die sexuelle Handlungen aneinander vornehmen und daher wirklichkeitsnahes oder fiktives kinder- oder jugendpornographisches Material darstellen könnten und den realen Spielern, die die Avatare aktiv zu diesen Handlungen animieren. Letzteres könne abhängig vom Einzelfall einen sexuellen Missbrauch darstellen, wenn einer der Spieler ein Kind oder Jugendlicher sei.

a) Kinder- bzw. jugendpornographische Schriften durch virtuelle sexuelle Interaktion zwischen den Avataren

Bezjak stellte dar, dass es sich bei einer virtuellen sexuellen Interaktion um eine wirklichkeitsnahe oder fiktive kinder- bzw. jugendpornographische Schrift im Sinne von § 184b Abs. 1 Nr. 1 StGB bzw. im Sinne von § 184c Abs. 1 Nr. 1 StGB handeln könne.

§ 184b Abs. 1 Nr. 4 StGB bzw. § 184c Abs. 1 Nr. 4 StGB kämen in der Regel nicht zur Anwendung, weil der Täter nicht in der Absicht handele, die Interaktion der Avatare zu verbreiten, öffentlich zugänglich zu machen, einer anderen Person den Besitz daran zu verschaffen oder mittels Rundfunk oder Telemedien zugänglich zu machen. Dem Spieler komme es vielmehr auf die Betrachtung der sexuellen Animation im Zeitpunkt ihrer Vornahme an. Ferner sei auch das Vorliegen einer Besitzverschaffung im Sinne des § 184b Abs. 3 StGB bzw. § 184c Abs. 3 StGB zweifelhaft. Die Spieler stellten die sexuelle Interaktion überhaupt erst her, ohne dass es eine hinreichende Verkörperung daran bzw. einen Besitzverschaffungswillen gebe.

Darüber hinaus komme eine Strafbarkeit nach § 184d StGB nur in Bezug auf § 184d Abs. 1 Satz 1 StGB in Betracht, soweit die virtuelle Interaktion einem unbeteiligten betrachtenden dritten Spieler zugänglich gemacht werde. Im Übrigen würden die aktiven Spieler die virtuelle sexuelle Interaktion weder einander zugänglich machen (§ 184d Abs. 1 Satz 1 StGB) noch Kinderpornographie im Sinne des § 184d Abs. 2 Satz 1 StGB abrufen, da sie die virtuelle Sexualität überhaupt erst herstellten.

b) Sexueller Missbrauch von Kindern und Jugendlichen

In einem zweiten Schritt befasste sich *Bezjak* mit den aktiven Spielern. Hier könne es zu sexuellen Missbrauchshandlungen kommen, wenn einer der aktiven Spieler ein Kind sei. Sexuelle Missbrauchshandlungen mit Körperkontakt nach § 176 Abs. 1 StGB schloss *Bezjak* als Straftatbestand aus. Gemäß § 176 Abs. 1 StGB macht sich strafbar, wer sexuelle Handlungen an einer Person unter 14 Jahren (Kind) vornimmt oder an sich von dem Kind vornehmen lässt. Zwar sei es möglich, dass das Kind einen Anzug trage bzw. einen Gegenstand in sich eingeführt habe, welcher die Bewegungen, die die animierten Avatare an sich vornehmen, mittels Sensoren auf den Körper des Kindes übertrage. Diese Technik stelle aber im Ergebnis wohl keinen hinreichenden körperlichen Kontakt des erwachsenen Spielers am Körper des Kindes dar.

Hinsichtlich der sexuellen Missbrauchshandlungen ohne Körperkontakt schloss *Bezjak* § 176 Abs. 4 Nr. 1 und Nr. 2 StGB als mögliche Straftatbestände aus. Denn im Rahmen des Computerspieles werde der Täter nicht selbst sexuell vor dem Kind aktiv und auch das Kind agiere nicht selbst sexuell vor dem Täter.

Eine Strafbarkeit nach § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB komme in der Regel nur in Betracht, wenn der erwachsene Spieler den kindlichen Spieler auffordere, sexuelle Handlungen mit Hilfe der Avatare zu animieren und dabei die Absicht verfolge, das Kind später in der realen Welt sexuell zu missbrauchen. Eine Strafbarkeit nach § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB lehnte *Bezjak* eher ab, weil der erwachsene Spieler dem Kind die virtuelle Animation nicht zugänglich mache, sondern diese gemeinsam mit dem Kind erst herstelle.

Im Hinblick auf einen jugendlichen Spieler konnte *Bezjak* eine Strafbarkeit wegen des sexuellen Missbrauchs von Jugendlichen nicht ausmachen.

Die Reformkommission diskutierte, ob eine entsprechende Strafbarkeit angezeigt sei, wenn die virtuelle Animation körperlich spürbar auf das Kind übertragen werde. Teilweise wurde

vertreten, dass kein bedeutsamer Unterschied darin bestehe, ob der Täter unmittelbar am Körper des Kindes sexuelle Handlungen selbst vornehme oder ob er diese mittels einer Art Fernsteuerung am Kind vornehme.

Zu § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB wurde ganz überwiegend die Auffassung vertreten, dass dieser Tatbestand erfüllt sei, wenn ein erwachsener Spieler mit einem kindlichen Spieler virtuelle sexuelle Handlungen vornehme. Dem Kind werde der pornographische Inhalt mittels Informations- oder Kommunikationstechnologie zugänglich gemacht. Dagegen wurde vorgetragen, dass § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB ein Einwirken voraussetze, welches nahe lege, dass der Täter etwas zugänglich mache, was bereits hergestellt sei. Das gemeinsame virtuelle Agieren passe dazu nicht.

Davon ausgehend, dass § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB einschlägig sei, bestand weitestgehend Konsens, dass derzeit in Bezug auf das sexuelle Agieren in virtuellen Welten kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf bestehe.

c) Das Abstimmungsergebnis

Die Mitglieder der Reformkommission haben auf der Grundlage der dargestellten Diskussionen über folgende Feststellung abgestimmt:

Virtuelle Welten

Im Hinblick auf die Möglichkeiten sexualbezogenen Agierens in virtuellen Welten besteht jedenfalls derzeit kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf im Bereich des Sexualstrafrechts.

Abstimmung: Ja: 12 Mitglieder; Nein: 0 Mitglieder

IV. Themenkomplex 4: Reformbedarf bei den übrigen Missbrauchstatbeständen (§§ 174a bis 174c StGB)

Der Themenkomplex 4 umfasst die Missbrauchstatbestände aus § 174a StGB (Sexueller Missbrauch von Gefangenen, behördlich Verwahrten oder Kranken und Hilfsbedürftigen in Einrichtungen), § 174b StGB (Sexueller Missbrauch unter Ausnutzung einer Amtsstellung) und § 174c StGB (Sexueller Missbrauch unter Ausnutzung eines Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses). Die Reformkommission befasste sich mit der Thematik in der 9. und 10. sowie in der 15. und 16. Sitzung.

1. Der Diskussionsverlauf zu den einzelnen Vorschriften der §§ 174a bis 174c StGB

Das Grundlagenreferat mit dem Titel „Reformbedarf bei den übrigen Missbrauchstatbeständen (§§ 174a – 174c StGB)“ hielt *Kohle* in der 9. Sitzung. Darüber hinaus trug *Hörnle* in der 10. Sitzung zu der Frage vor, unter welchen Umständen Sexualkontakte innerhalb von Institutionen unter Strafe gestellt werden sollten.

a) Die §§ 174a bis 174c und paternalistische Strafzwecke

Die §§ 174a bis 174c StGB schützen das Opfer vor sexuellen Handlungen, die im Rahmen eines Über- und Unterordnungsverhältnisses stattfinden. Dabei geht der Gesetzgeber im Grundsatz davon aus, dass der Täter aufgrund seiner Tätigkeit, die bei den §§ 174a, 174b StGB zusätzlich im Kontext eines bestimmten institutionalisierten Zusammenhanges zu sehen ist, im Allgemeinen eine dem Opfer gegenüber überlegene Stellung einnimmt. Die sexuelle Selbstbestimmung des aufgrund bestehender Abhängigkeiten prinzipiell unterlegenen Opfers wird geschützt, weil für den Regelfall anzunehmen ist, dass das Opfer aufgrund seiner Position einer sexuellen Handlung nicht auf der Grundlage einer freiverantwortlichen Willensentschließung zuzustimmen vermag. Die Reformkommission diskutierte darüber, wie demgegenüber mit Fällen umzugehen sei, bei denen nachweislich eine echtes freiverantwortliches Einverständnis mit sexuellen Handlungen zwischen Täter und Opfer vorliegt. Bei diesen paternalistischen Fällen, bei denen das vermeintliche Opfer die sexuelle Handlung freiverantwortlich will, das Strafrecht sie aber verbietet, erschließt sich nicht ohne Weiteres, wie sich die Strafbarkeit begründen lässt.

Ein Ansatz wäre zu argumentieren, dass bestimmte Institutionen Tabuzonen begründeten, so dass dort vorgenommene sexuelle Handlungen unabhängig von einem Einverständnis per se strafbar sind (z. B. in einer Anstalt, nicht aber in einem Behandlungsverhältnis). Die §§ 174a bis 174c StGB dürften dann bei einvernehmlichen sexuellen Handlungen nur noch

eingreifen, wenn das staatliche Verhältnis z. B. aus Gründen der Sicherheit oder der staatlichen Integrität von Sexualität freigehalten werden soll. Geschütztes Rechtsgut wäre insoweit vordergründig z. B. die Integrität der Anstalt. Die sexuelle Selbstbestimmung würde nur noch als Reflex geschützt oder wenn das erteilte Einverständnis nicht auf einer freiverantwortlichen Willensentschließung beruht bzw. ein entgegenstehender Wille gegeben ist.

Hörnle ging auf der Grundlage der Diskussion der Frage nach, unter welchen Umständen Sexualkontakte, mit denen die Akteure aufgrund eines freiverantwortlichen Willens einverstanden sind, innerhalb von Institutionen unter Strafe gestellt werden sollten. Dabei wies sie eingangs darauf hin, dass eine Begründung, die sich ausschließlich auf eine Tabuisierung sexueller Handlungen innerhalb einer Institution stütze, keine tragfähige Begründung für eine Strafnorm darstelle. Ferner überzeuge es nicht, die Strafbarkeit mit der Funktionsfähigkeit der Institution als Ausdruck eines Gemeinwohlinteresses zu begründen. Es sei zwar nachvollziehbar, dass sexuelle Handlungen zwischen Personen, die einer Institution angehören, problematisch seien, weil etwa durch „Favoritenverhältnisse“ Zweifel an der Unparteilichkeit eines Mitarbeiters (z. B. Gefangenenaufseher) entstehen könnten. In diesen Fällen sei es jedoch ausreichend, arbeits- oder disziplinarrechtliche Maßnahmen zu ergreifen. Das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung werde demgegenüber bei einverständlichen sexuellen Handlungen nicht verletzt, so dass eine strafrechtliche Norm im 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB nicht gerechtfertigt wäre. Nach *Hörnle* müsse daher auch bei paternalistischen Fällen der Anknüpfungspunkt weiterhin der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung als Individualschutz sein. Das bedeute, dass eine Strafbarkeit nur in Betracht komme, wenn das erteilte Einverständnis defizitär sei. Dies sei bei Minderjährigen der Fall, wenn sie eine sexuelle Handlung mit einem Mitarbeiter einer Institution vornehmen, zu der sie sich in einer sozialen Abhängigkeit befänden.

Problematischer sei die Frage für Volljährige zu beantworten. Grundsätzlich sei das Einverständnis eines Volljährigen als Ausdruck seiner freiverantwortlichen Selbstbestimmung anzusehen, die beachtet werden müsse. Von dieser Regelfallvermutung solle nur in eng umgrenzten Fällen abgesehen werden. Eine Ausnahme von der Regelfallvermutung seien Entscheidungen, die unter den Bedingungen einer „totalen Institution“ getroffen würden. Der „totalen Institution“ liege ein engeres Verständnis als dem besonderen Gewaltverhältnis zugrunde. Es handele sich um Institutionen, die das gesamte Leben regulieren (z. B.: Heime, Gefängnisse, Klöster, bestimmte militärische Einrichtungen, die nicht verlassen werden können). In diesen Situationen sei es vertretbar, grundsätzlich davon auszugehen, dass das Einverständnis mit sexuellen Handlungen defizitär sei, weil es nicht in einem gleichberechtigten Verhältnis abgegeben werde. Inwieweit sich dieses Prinzip auf andere Institutionen (z. B.

Sekten) ausweiten lasse, müsse man diskutieren. Grenzfällen könne mit einem Antragserfordernis begegnet werden. Hiergegen wurde jedoch vorgebracht, dass Personen, die von Institutionen abhängig seien, einfach davon abgehalten werden könnten, einen entsprechenden Antrag zu stellen. Mit Blick auf § 174c Abs. 1 StGB führte *Hörnle* aus, dass eine Strafbarkeit gut gerechtfertigt werden könne, wenn das Opfer psychische Probleme habe, nicht jedoch, wenn es lediglich körperliche Einschränkungen aufweise.

Die Reformkommission stimmte den Ausführungen von *Hörnle* im Wesentlichen zu. Es müsse im Grundsatz gelten, dass einvernehmliche sexuelle Handlungen straffrei seien. Hierzu wurde angemerkt, dass nicht strafwürdige Fälle über das Tatbestandsmerkmal des Missbrauchs ausgeschieden bzw. die Fälle, denen ein echtes Liebesverhältnis zugrunde liege, eingestellt werden könnten. Die Rechtsprechung gehe allerdings vielfach auch bei freiverantwortlichen Sexualkontakten davon aus, dass ein Missbrauch vorliege. Die Mehrheit der Reformkommission sah das Tatbestandsmerkmal „unter Missbrauch“ gleichwohl als sinnvolles Korrektiv an und sprach sich gegen seine Streichung aus. Lediglich in Bezug auf § 174c Abs. 2 StGB wurde teilweise angenommen, dass jede sexuelle Handlung einen Missbrauch darstelle, da das Verhältnis im Rahmen einer psychotherapeutischen Behandlung besonders vulnerabel sei.

Zu der Frage, welche Institutionen „totale Institutionen“ seien, wurde vereinzelt die Auffassung vertreten, dass auch Erstaufnahmeeinrichtungen, bei denen eine Residenzpflicht für Asylbewerber bestehe, hierunter fallen könnten. Diesbezüglich bestanden jedoch Zweifel, ob in diesen Einrichtungen eine Regulierung des gesamten Lebens erfolge, was Voraussetzung für eine totale Institution sei. In Bezug auf Sekten wurde zwar die Auffassung vertreten, dass auch eine private Einrichtung, wie z. B. eine Sekte, eine totale Institution sein könne. Es handele sich dabei jedoch letztlich um freiwillige Zusammenkünfte. In diesem Rahmen könne man die betroffene Person nicht einfach vor sich selbst schützen. Das Problem trete erst auf, wenn die Person die Sekte nicht mehr verlassen könne. Ferner sei an rituelle Missbrauchshandlungen zu denken, bei denen sich das Opfer wegen der Abhängigkeit zur Sekte nicht gegen die sexuelle Handlung zur Wehr setze. Derartige Fallkonstellationen seien aber ggf. nach anderen Vorschriften strafbar, wobei etwa für den Fall des Gefangenhaltens des Opfers auch an die Vorschriften zum Menschenhandel zu denken sei.

Darüber hinaus überlegten die Mitglieder der Reformkommission, ob die §§ 174a bis 174b StGB weiterhin punktuell an bestimmte in den Strafvorschriften genannte Institutionen anknüpfen sollten oder ob ein offener Tatbestand zu etablieren sei, mit dem sexuelle Handlungen in bestimmten Institutionen grundsätzlich erfasst würden. Dies fand jedoch mehrheitlich

keine Zustimmung, weil Begriffe wie „Sekte“ und „totale Institution“ nicht hinreichend bestimmt seien. Auch das Anknüpfen an eine Zwangslage fand ganz überwiegend keine Mehrheit. Dieser Begriff sei zwar hinreichend bestimmt. Das Ausnutzen einer Zwangslage sei jedoch bereits in den Vorschriften zum Menschenhandel verortet, weshalb für eine zusätzliche Regelung zum Teil kein Bedarf gesehen werde.

b) Sexuelle Handlungen mit Dritten

Kohle trug in seinem Impulsreferat vor, dass die Vorschriften der §§ 174a bis 174c StGB sexuelle Handlungen nur erfassten, wenn sie im Zweipersonenverhältnis stattfinden. Vom Täter veranlasste Sexualkontakte des Opfers mit einem Dritten würden demgegenüber nicht erfasst. Dies sei nicht überzeugend. Zum einen gebe es andere Straftatbestände im 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB (sowohl Missbrauchs- als auch Nötigungstatbestände), die den Drittbezug erfassten. Eine unterschiedliche Behandlung sei daher nicht gerechtfertigt. Zum anderen unterscheide sich die Vornahme sexueller Handlungen mit dem Täter in der Eingriffsintensität nicht von der Vornahme sexueller Handlungen mit einem Dritten.

Die Reformkommission sprach sich mehrheitlich dafür aus, die §§ 174a bis 174c StGB um den Drittbezug zu erweitern. Dabei wurde allerdings angemerkt, dass die Erfassung sämtlicher sexueller Handlungen mit Drittbezug zu weit gehen könne. So seien Sexualkontakte mit Dritten in bestimmten Rahmen – etwa im Strafvollzug – erwünscht und würden dem Gefangenen, z. B. in Bezug auf die Ehefrau, sogar ermöglicht. Es bestünde die Gefahr, dass sich unter dem Aspekt des Drittbezuges der Vollzugsbeamte strafbar mache, der den Gefangenen auf diese Möglichkeit hinweist. Dagegen wurde angeführt, dass der Vollzugsbeamte in dem aufgezeigten Fall das Bestimmen nicht „unter Missbrauch seiner Stellung“ vornehme.

c) Die Hands-off-Delikte

Kohle führte aus, dass die §§ 174a bis 174c StGB nur sexuelle Handlungen mit Körperkontakt erfassten, während andere Vorschriften wie z. B. § 174 Abs. 3 StGB (Sexueller Missbrauch Schutzbefohler), § 176 Abs. 4 Nr. 1 und Nr. 2 StGB (Sexueller Missbrauch von Kindern) und § 180 Abs. 1 bis 3 StGB (Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger) auch sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt erfassten. Demgegenüber enthielten die §§ 177, 179 StGB a. F. keine sexuellen Handlungen ohne Körperkontakt, weil der Gesetzgeber die Eingriffsintensität in Bezug auf erwachsene Opfer wohl nicht als hinreichend gravie-

rend angesehen habe.¹⁰⁰ Die Aufnahme dieser sogenannten Hands-off-Delikte könne nach *Kohle* zumindest für § 174a Abs. 1 StGB und § 174b StGB erwogen werden. Denn diese Vorschriften schützten auch die störungsfreie Funktion von Vollzugseinrichtungen sowie das Vertrauen der Allgemeinheit in die Integrität der Ausübung staatlicher Macht. Diese Rechtsgüter würden durch sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt verletzt.

Die Reformkommission diskutierte, ob die Erfassung von sexuellen Handlungen ohne Körperkontakt für die §§ 174a bis 174c StGB erforderlich und unter Beachtung des Ultima-Ratio-Prinzips verhältnismäßig sei. Mit großer Mehrheit wurde ein hinreichend gravierender Bezug zwischen sexueller Handlung ohne Körperkontakt und dem Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung verneint. Als Argument wurde dabei herangezogen, dass auch die §§ 177, 179 StGB a. F., die sich wie die §§ 174a bis 174c StGB auf erwachsene Opfer bezögen, sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt nicht erfassten.¹⁰¹

Die Diskussion verengte sich danach auf die Frage, ob die Erweiterung des Schutzbereiches auf sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt nicht jedenfalls für § 174a Abs. 1 StGB und § 174b StGB erfolgen solle. Denn insoweit gehe es zumindest auch darum, Institutionen von sexuellen Handlungen frei zu halten bzw. um das Vertrauen der Allgemeinheit in die Integrität der staatlichen Machtausübung. Überwiegend wurde auch eine solche Erweiterung im Hinblick auf das Ultima-Ratio-Prinzip nicht für erforderlich gehalten.

Nur vereinzelt wurde eine Erweiterung des § 174c StGB auf Hands-off-Delikte gefordert, um das sensible Verhältnis zwischen Arzt und Patient zu schützen. Dieser Vorschlag wurde unter Hinweis auf die Verhältnismäßigkeit abgelehnt, da es bei § 174c StGB um Erwachsene gehe und auch keine staatliche Institution beeinträchtigt werde.

d) Strafraumen

Kohle führte aus, dass die aktuellen Strafraumen der §§ 174 ff. StGB auf dem Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften vom 27. Dezember 2003 (SexualdelÄndG) beruhten. Das SexualdelÄndG habe den Mindeststrafrahmen von Geldstrafe auf eine Mindestfreiheitsstrafe von 3 Monaten angehoben. Diese Strafraumenerhöhung habe darauf beruht, dass für das Grunddelikt des § 176 Abs. 1 und 2 StGB (Sexueller Missbrauch von Kindern) mit dem Se-

¹⁰⁰ Der Gesetzgeber hat § 177 StGB a. F. mit dem 50. StrÄndG mit Wirkung zum 10. November 2016 grundlegend geändert. Die Vorschrift erfasst nunmehr auch sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt. § 179 StGB wurde mit dem 50. StrÄndG gestrichen. Im Einzelnen siehe Einleitung und Themenkomplex 1.

¹⁰¹ Siehe zur Bestandskraft dieses Argumentes Fn. 1.

xualdelÄndG der minder schwere Fall gestrichen worden sei. Der Strafraumen des § 179 Abs. 1 und 2 StGB a. F. sei bereits mit dem 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 26. Januar 1998 (6. StrRG) auf Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 10 Jahren angehoben worden. Der Gesetzgeber habe in Bezug auf den Strafraumen Diskrepanzen zwischen § 176 Abs. 1 und 2 StGB und § 179 Abs. 1 und 2 StGB a. F. zu den §§ 174 ff. StGB vermeiden wollen. *Kohle* warf die Frage auf, ob die Strafraumen der §§ 174 ff. StGB wieder reduziert werden sollten bzw. ob ein minder schwerer Fall vorgesehen werden sollte. Denn es gebe auch Fälle mit geringem Unrechtsgehalt. Ein Zurückgehen auf den ursprünglichen Strafraumen (Geldstrafe bis zu Freiheitsstrafe von 5 Jahren) biete sich jedenfalls dann an, wenn für § 176 Abs. 1 und 2 StGB erneut ein minder schwerer Fall eingeführt werden sollte.

Für die vorgeschlagene Absenkung der Strafraumen fand sich in der Reformkommission keine Mehrheit. Vereinzelt wurde erwogen, stattdessen die Möglichkeit eines minder schweren Falles für die §§ 174a bis 174c StGB vorzusehen.

e) § 174a Abs. 1 StGB (Sexuelle Handlungen an gefangenen oder auf behördliche Anordnung verwahrten Personen)

Gemäß § 174a Abs. 1 StGB macht sich strafbar, wer sexuelle Handlungen an einer gefangenen oder auf behördliche Anordnung verwahrten Person, die ihm zur Erziehung, Ausbildung, Beaufsichtigung oder Betreuung anvertraut ist, unter Missbrauch seiner Stellung vornimmt oder an sich von der gefangenen oder verwahrten Person vornehmen lässt.

aa) Streichung der §§ 174a Abs. 1, 174b Abs. 1 StGB im Hinblick auf das 50. StrÄndG

Kohle stellte zur Diskussion, ob die §§ 174a Abs. 1, 174b Abs. 1 StGB gestrichen werden könnten, wenn § 179 Abs. 1 Nr. 3 StGB-E des Gesetzentwurfes der Bundesregierung zur Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung Gesetz werden sollte. § 179 Abs. 1 Nr. 3 StGB-E sah vor, dass mit Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 10 Jahren bestraft werde, wer unter Ausnutzung einer Lage, in der eine andere Person im Fall ihres Widerstandes ein empfindliches Übel befürchtet, sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt oder an sich von dieser Person vornehmen lässt.¹⁰² Diese Vorschrift ist im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens zeitlich nach der Diskussion in der Reformkommission verworfen worden. Gemäß § 177 Abs. 2 Nr. 4 StGB in der Fassung des 50. StrÄndG vom 4. November 2016 wird nunmehr mit Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis 5 Jahren bestraft, wer sexuelle Handlungen an einer anderen Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese

¹⁰² Vgl. BT-Drs. 18 / 8210, S. 3.

Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt, wenn der Täter eine Lage ausnutzt, in der dem Opfer bei Widerstand ein empfindliches Übel droht.¹⁰³ § 179 Abs. 1 Nr. 3 StGB-E wäre zur Anwendung gekommen, wenn der Täter dem Opfer z. B. eine Einschränkung der persönlichen Freiheit in Aussicht gestellt hätte, falls das Opfer sexuelle Handlungen verweigert. Dasselbe gilt für § 177 Abs. 2 Nr. 4 StGB n. F. Nach *Kohle* wären damit auch die Nachteile erfasst, die Verwahrten oder Gefangenen während des weiteren Vollzuges drohen könnten, falls sie sich der sexuellen Handlung entziehen. Allerdings sei zu bedenken, dass die §§ 174a Abs. 1, 174b Abs. 1 StGB anders als § 179 Abs. 1 Nr. 3 StGB-E – und anders als § 177 Abs. 2 Nr. 4 StGB n. F. – nicht nur die sexuelle Selbstbestimmung des Opfers schützten, sondern auch die im Allgemeininteresse stehende Integrität der betroffenen Institution bzw. der Tätigkeit der Amtsträger. Vor diesem Hintergrund kämen die §§ 174a Abs. 1, 174b Abs. 1 StGB grundsätzlich auch dann zur Anwendung, wenn die sexuelle Handlung auf der Grundlage eines freiverantwortlichen Einverständnisses vorgenommen werde. § 179 Abs. 1 Nr. 3 StGB-E komme in diesen Fällen demgegenüber nicht zur Anwendung, weil die sexuelle Selbstbestimmung bei einvernehmlichen sexuellen Handlungen nicht verletzt sei und der Täter die Situation nicht ausnutze. Vergleichbares gelte für § 177 Abs. 2 Nr. 4 StGB n. F. *Kohle* hielt eine Streichung der §§ 174a Abs. 1, 174b Abs. 1 StGB daher nicht für angezeigt.

Die Reformkommission teilte mit großer Mehrheit die Auffassung, dass die §§ 174a Abs. 1, 174b Abs. 1 StGB nicht gestrichen werden sollten. Neben den von *Kohle* vorgetragenen Argumenten sei dabei auch zu berücksichtigen, dass die §§ 174a Abs. 1, 174b Abs. 1 StGB auch in Bezug auf das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung im Vergleich zu § 179 Abs. 1 Nr. 3 StGB-E bzw. im Vergleich zu § 177 Abs. 2 Nr. 4 StGB n. F. einen eigenen Anwendungsbereich aufwiesen. Denn auch bei einvernehmlichen sexuellen Handlungen könne ein strafwürdiger Missbrauch im Sinne der §§ 174a Abs. 1, 174b Abs. 1 StGB vorliegen, ohne dass es auf das Vorliegen eines empfindlichen Übels ankomme. Die jeweiligen Vorschriften seien daher nicht deckungsgleich.

bb) Die Erfassung von stationären Jugendhilfeeinrichtungen

Kohle führte aus, dass der Bundesgerichtshof davon ausgehe, dass eine behördliche Anordnung nicht vorliege, wenn ein Minderjähriger nach § 34 Abs. 1 SGB VIII in einer stationären Jugendhilfeeinrichtung untergebracht werde. In diesen Fällen erfolge die Unterbringung auf der Grundlage der Entscheidung des Inhabers der Personensorge und nicht aufgrund einer behördlichen Anordnung. Auf behördliche Anordnung verwahrt sei nur, wer sich aufgrund

¹⁰³ Vgl. BGBl. I, S. 2460; vgl. zur Gesetzesgenese auch die Einleitung.

hoheitlicher Gewalt in staatlichem Gewahrsam befinde.¹⁰⁴ Auch die Genehmigung durch das Familiengericht stelle keine behördliche Anordnung dar. Der Gesetzgeber habe in Kenntnis der Problematik ausdrücklich darauf verzichtet, die Einrichtungen der freiwilligen Erziehungshilfe in den Schutzbereich des § 174a Abs. 1 StGB einzubeziehen.¹⁰⁵ Nach *Kohle* sei zu überlegen, ob die Unterbringung in der stationären Jugendhilfeeinrichtung tatbestandlich von § 174a Abs. 1 StGB erfasst werden solle oder ob bereits ein hinreichender Schutz durch die §§ 174, 176, 182 StGB gegeben sei.

Die Reformkommission plädierte mehrheitlich dafür, die Unterbringung in der stationären Jugendhilfeeinrichtung in § 174a Abs. 1 StGB zu erfassen. Personen, die in Jugendhilfeeinrichtungen stationär untergebracht seien, befänden sich dort ebenso in einem Über- und Unterordnungsverhältnis wie dies bei auf behördlicher Anordnung verwahrten Personen der Fall sei. Der Umstand, dass sich der Jugendliche faktisch aus der offenen Einrichtung entfernen könne, ändere daran nichts. Denn ausgehend von dem Entwicklungsstand eines Jugendlichen bestehe auch insoweit ein Autoritätsgefälle, welches eine Strafbarkeit rechtfertige. Ferner seien § 174a Abs. 1 StGB und § 174 StGB insbesondere im Hinblick auf 16- und 17jährige Personen nicht vollständig kongruent, so dass das Strafbedürfnis nicht hinreichend durch § 174 StGB abgedeckt werde.

Teile der Reformkommission sahen demgegenüber einen hinreichenden Schutz bereits durch § 174 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB für Personen unter 18 Jahren als gegeben an. Ein darüber hinausgehender gesonderter Schutz für Personen von 18 bis 24 Jahren sei aufgrund der zunehmenden Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung dieser Personen nicht erforderlich.

cc) Die Unterbringung mit gerichtlicher Genehmigung

Kohle erläuterte, dass nur Personen, die auf behördliche Anordnung untergebracht werden, vom Schutzbereich des § 174a Abs. 1 StGB erfasst seien. Personen, die etwa auf Anordnung ihres Betreuers geschlossen untergebracht werden, würden demgegenüber nicht erfasst, weil die Genehmigung der Freiheitsentziehung durch das Betreuungsgericht keine behördliche Anordnung sei. Für den Betroffenen mache es jedoch keinen Unterschied, ob die Verwahrung auf einer behördlichen Anordnung oder auf einer gerichtlich genehmigten Anordnung beruhe. Der Betroffene sei in beiden Fällen gleichermaßen seiner Freiheit entzogen und in seiner Abwehr gegen sexuelle Übergriffe beschränkt. Die meisten Sachverhalte der gerichtlich genehmigten Freiheitsentziehung würden zwar von § 174a Abs. 2 StGB und

¹⁰⁴ Vgl. BGH, Beschluss vom 28. April 2015 – 3 StR 532/14 Rn. 5, zitiert nach juris.

¹⁰⁵ Vgl. BT-Drs. VI / 3521, S. 26 f.

von § 174c Abs. 1 StGB hinreichend erfasst. Es gebe jedoch eine parallele Problematik für § 174b Abs. 1 StGB, die nicht durch andere Vorschriften aufgefangen werde.

Gemäß § 174b Abs. 1 StGB macht sich strafbar, wer als Amtsträger, der zur Mitwirkung an einem Strafverfahren oder an einem Verfahren zur Anordnung einer freiheitsentziehenden Maßregel der Besserung und Sicherung oder einer behördlichen Verwahrung berufen ist, unter Missbrauch der durch das Verfahren begründeten Abhängigkeit sexuelle Handlungen an demjenigen, gegen den sich das Verfahren richtet, vornimmt oder an sich von dem anderen vornehmen lässt. Auch insoweit werde die Unterbringung mit gerichtlicher Genehmigung nicht erfasst. Im Gegensatz zu der Problematik bei § 174a Abs. 1 StGB würden jedoch die fehlenden Fälle der gerichtlichen Genehmigung für das relevante Verfahrensstadium nicht durch § 174a Abs. 2 StGB oder durch § 174c Abs. 1 StGB erfasst. So werde etwa der Betreuungsrichter, der der betroffenen Person im Rahmen einer Anhörung in Aussicht stelle, die beantragte Genehmigung zur Unterbringung abzulehnen, wenn die betroffene Person mit ihm sexuell verkehre, nicht erfasst. *Kohle* sprach sich vor diesem Hintergrund dafür aus, sowohl § 174a Abs. 1 StGB als auch § 174b Abs. 1 StGB um die Unterbringung mit gerichtlicher Genehmigung zu ergänzen. Die Reformkommission schloss sich dieser Auffassung mit großer Mehrheit an.

dd) Das Anstaltspersonal, dem das Opfer nicht persönlich anvertraut ist

Kohle führte aus, dass Täter gemäß § 174a Abs. 1 StGB nur Personen sein könnten, denen das Opfer persönlich anvertraut sei. Dies sei nicht der Fall, wenn der betreffende Vollzugs- oder Polizeibeamte zu dem Gefangenen oder Verwahrten keinen dienstlichen Bezug aufweise. Teilweise werde daher in der Literatur kritisiert, dass diese Personengruppe nicht Täter des § 174a Abs. 1 StGB sein könne. Demgegenüber werde etwa in § 174 Abs. 2 StGB derjenige in den Täterkreis einbezogen, der an der Schule unterrichte, in der z. B. die jugendliche Schülerin sei, obwohl zwischen Lehrer und Jugendlicher kein Obhutsverhältnis bestehe, weil der Lehrer nicht Klassen-, sondern z. B. nur Vertretungslehrer sei. § 174a Abs. 1 StGB solle nach der Auffassung in der Literatur ebenfalls einschlägig sein, wenn kein konkretes Über- und Unterordnungsverhältnis zwischen Täter und Opfer bestehe. *Kohle* sprach sich jedoch gegen die Erfassung von Personen aus, die keinen dienstlichen Bezug zum Opfer aufwiesen. Denn anders als bei § 174 Abs. 2 StGB gehe es bei § 174a Abs. 1 StGB nicht um den Schutz von Jugendlichen. Es könne auch nicht zwingend davon ausgegangen werden, dass die Vornahme sexueller Handlungen zwischen einer etwa im Gefängnis angestellten Person (z. B. Sozialarbeiter) und einer inhaftierten Person, die der angestellten Person nicht

persönlich anvertraut ist, eine Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung darstelle. Vielmehr könne es sich dabei um eine freiverantwortliche Willensentschließung handeln.

Die Reformkommission sprach sich – anders als *Kohle* – mehrheitlich für die Erweiterung des § 174a Abs. 1 StGB auf Anstaltspersonal aus, dem das Opfer nicht persönlich anvertraut ist. Für das Opfer sei es grundsätzlich nicht erkennbar, ob ein persönliches Anvertrautsein vorliege oder nicht. Das Anstaltspersonal trete gegenüber dem Opfer grundsätzlich uniformiert auf, so dass das Opfer in der Regel davon ausgehe, von der Gunst des Anstaltspersonals abhängig zu sein. Vor diesem Hintergrund wurde erwogen, lediglich das uniformierte Wachpersonal in den erweiterten Täterkreis einzubeziehen. Hiergegen wurde jedoch angeführt, dass es in Justizvollzugsanstalten kein reines Wachpersonal gebe. Jede Tätigkeit sei zwangsläufig mit einem Behandlungs- und Sicherheitsauftrag verbunden. Das gelte etwa auch für die Angestellten, die das gemeinsame Kochen überwachten.

f) § 174a Abs. 2 StGB (Sexueller Missbrauch von kranken oder hilfsbedürftigen Menschen)

Mit Freiheitsstrafe von 3 Monaten bis zu 5 Jahren wird bestraft, wer eine Person, die in einer Einrichtung für kranke oder hilfsbedürftige Menschen aufgenommen und ihm zur Beaufsichtigung oder Betreuung anvertraut ist, dadurch missbraucht, dass er unter Ausnutzung der Krankheit oder Hilfsbedürftigkeit dieser Person sexuelle Handlungen an ihr vornimmt oder an sich von ihr vornehmen lässt.

aa) Ergänzung des § 174a Abs. 2 StGB um stationäre oder teilstationäre Einrichtungen

§ 174a Abs. 2 StGB erfasste ursprünglich ausdrücklich nur Personen, die in einer *stationären* Einrichtung aufgenommen waren. Der Gesetzgeber des SexualdelictG strich das Wort „stationären“, um deutlich zu machen, dass auch Personen, die sich in einer *teilstationären* Einrichtung befinden, vom Schutzbereich des § 174a Abs. 2 StGB erfasst seien. Nach *Kohle* hätten sich durch die Streichung jedoch neue Probleme aufgetan. Teile der Literatur seien der Auffassung, dass hierdurch die Kontur des Tatbestandes verschwommen sei und eine Abgrenzung zu § 174c StGB erschwert werde. Von § 174c StGB würden Beratungs-, Behandlungs- und Betreuungsverhältnisse von körperlich Kranken und Menschen mit Behinderung erfasst. Es komme nach dem Wortlaut zu Überschneidungen zwischen § 174c StGB und § 174a Abs. 2 StGB. Vor diesem Hintergrund stellte *Kohle* zur Diskussion, die Worte „stationär und teilstationär“ in den Tatbestand des § 174a Abs. 2 StGB aufzunehmen, um den Wortlaut des § 174a Abs. 2 StGB präziser gegen § 174c StGB abzugrenzen. Dagegen

spreche nach Auffassung von *Kohle* jedoch, dass auch das Wort „teilstationär“ letztlich unklar sei. Teilstationär werde auch die Person behandelt, die täglich eine Klinik aufsuche und damit letztlich ambulant behandelt werde. Zum anderen habe sich mittlerweile zu § 174a Abs. 2 StGB eine homogene Rechtsprechung herausgebildet, so dass die Praxis das Problem zufriedenstellend gelöst habe.

Die Reformkommission reduzierte die Diskussion auf die Wiederaufnahme des Wortes „stationär“ und sprach sich entsprechend der Argumentation von *Kohle* mehrheitlich dagegen aus, den Wortlaut des § 174a Abs. 2 StGB erneut auf eine stationäre Behandlung zuzuschneiden.

bb) Die Erweiterung des personellen Anwendungsbereiches auf Mitbewohner oder Patienten in der Einrichtung

Kohle wies darauf hin, dass § 174a Abs. 2 StGB Mitbewohner bzw. andere Patienten nicht in seinen potenziellen Täterkreis aufnehme. Man könne erwägen, den Schutzbereich insoweit zu erweitern, da es sich auch dieser Personenkreis für die Vornahme sexueller Handlungen zunutze machen könne, dass sich andere Patienten oder Bewohner, die in einer Einrichtung für kranke oder hilfsbedürftige Menschen aufgenommen sind, ihnen gegenüber in einer unterlegenen Position befinden. Dagegen spreche nach der Auffassung von *Kohle* jedoch, dass dem Verhältnis zwischen Mitbewohnern oder Mitpatienten kein institutionalisiertes Machtgefälle zugrunde liege, wie dies etwa zwischen Anstaltspersonal und Patienten der Fall sei. In Bezug auf sexuelle Handlungen zwischen Mitbewohnern oder Mitpatienten könne daher auf andere Vorschriften aus dem 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB zurückgegriffen werden. Die große Mehrheit der Reformkommission sprach sich entsprechend gegen eine Erweiterung des Täterkreises aus.

g) § 174b StGB (Sexueller Missbrauch unter Ausnutzung einer Amtsstellung)

Gemäß § 174b Abs. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe von 3 Monaten bis zu 5 Jahren bestraft, wer als Amtsträger, der zur Mitwirkung an einem Strafverfahren oder an einem Verfahren zur Anordnung einer freiheitsentziehenden Maßregel der Besserung und Sicherung oder einer behördlichen Verwahrung berufen ist, unter Missbrauch der durch das Verfahren begründeten Abhängigkeit sexuelle Handlungen an demjenigen, gegen den sich das Verfahren richtet, vornimmt oder an sich von dem anderen vornehmen lässt.

aa) Die tatbestandliche Beschränkung auf Freiheitsstrafen im Hinblick auf Strafverfahren

Kohle legte dar, dass es in der Literatur streitig sei, ob § 174b StGB in Bezug auf Strafverfahren nur zur Anwendung komme, wenn dem Opfer eine Freiheitsstrafe drohe oder auch, wenn dem Opfer nur eine Geldstrafe drohe. Für die Beschränkung auf die Freiheitsstrafe spreche der systematische Bezug zur freiheitsentziehenden Maßregel der Besserung und Sicherung sowie zur behördlichen Verwahrung. Teilweise werde ergänzt, dass es ferner nicht plausibel sei, wenn zwar das Drohen einer Geldstrafe erfasst sei, nicht aber die drohende Verhängung einer Geldbuße nach Ordnungswidrigkeitenrecht. Gegen die Beschränkung auf das Drohen einer Freiheitsstrafe würden jedoch zum einen der Wortlaut und zum anderen der Umstand sprechen, dass Betroffene sich im Strafverfahren stets in einer besonders abhängigen Position befänden, ohne dass es auf die konkret drohende Sanktion ankomme. Schließlich sei auch zu bedenken, dass die Schutzbehauptung des Täters, er habe gemeint, dass lediglich eine Geldstrafe drohe, kaum zu widerlegen sei. *Kohle* sprach sich daher für eine weite Auslegung aus und stellte eine entsprechende – von *Kohle* nicht für zwingend erforderlich gehaltene – gesetzgeberische Klarstellung zur Diskussion. Die Rechtsprechung habe sich der Thematik bislang noch nicht annehmen müssen.

Die Reformkommission sprach sich mit großer Mehrheit dafür aus, dass § 174b StGB im Hinblick auf Strafverfahren auch dann anwendbar sein solle, wenn für das Opfer eine Geldstrafe zu erwarten sei. Dies bedeute jedoch nicht, dass die Vorschrift auch auf drohende Geldbußen im Ordnungswidrigkeitenverfahren erweitert werden müsse. Der Unterschied zwischen Geldstrafe und Geldbuße bestehe darin, dass im Falle einer Zahlungsverweigerung bei ersterer Ersatzfreiheitsstrafe, bei letzterer hingegen allenfalls Erzwingungshaft angeordnet werden könne.

bb) Die Erfassung von Hilfspersonal mit Amtsträgereigenschaft auf Täterseite

Kohle führte aus, dass der Täter nach h. M. entscheidungserheblich am Verfahren mitwirken müsse (z. B. Richter, Staatsanwalt, Polizeibeamter, ggf. Sachverständiger). Nicht erfasst sei das sogenannte Hilfspersonal mit Amtsträgereigenschaft (z. B. Mitarbeiter der Geschäftsstelle). Teilweise werde vertreten, diesen Personenkreis in die Täter eigenschaft einzubeziehen, weil dem Betroffenen die Behördenstruktur und die Kompetenzen der einzelnen Amtsträger nur unzureichend bekannt seien. Entscheidend sei, dass die Person, die mit einem sexuellen Ansinnen an den Betroffenen herantrete, mit Hoheitsmacht ausgestattet sei und entsprechend auftrete. Nach Auffassung von *Kohle* liege aber, ebenso wenig wie im Hinblick auf die parallele Problematik zum Anstaltspersonal ohne dienstlichen Bezug zum Betroffenen in

§ 174a Abs. 1 StGB, ein generalisiertes Machtgefälle zwischen dem Hilfspersonal mit Amtsträgereigenschaft und dem Betroffenen nicht vor. Es könne daher auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Vornahme sexueller Handlungen in der Regel die sexuelle Selbstbestimmung des Betroffenen verletze. Die Reformkommission schloss sich der Auffassung von *Kohle* mit großer Mehrheit an und sprach sich gegen die Erweiterung des potenziellen Täterkreises aus.

cc) Die Erfassung von Angehörigen auf Opferseite

Kohle erläuterte, dass zum geschützten Personenkreis nur die Person gehöre, die selbst von dem jeweiligen Verfahren tangiert sei. Nicht erfasst seien hingegen dessen Angehörige. Eine Erweiterung auf Angehörige sei jedoch nicht erforderlich. Während der Betroffene des Verfahrens immer in einem Abhängigkeitsverhältnis zum zuständigen Amtsträger stehe, sei dies bei dessen Angehörigen nicht im selben Maße der Fall. Entscheidend sei vielmehr, in welchem persönlichen Näheverhältnis der Angehörige zu dem Betroffenen stehe. Dies wiederum richte sich nicht nach der rechtlichen Stellung als Angehöriger. Die Reformkommission teilte diese Auffassung ganz überwiegend.

h) § 174c StGB (Sexueller Missbrauch unter Ausnutzung eines Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses)

Gemäß § 174c Abs. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe von 3 Monaten bis zu 5 Jahren bestraft, wer sexuelle Handlungen an einer Person, die ihm wegen einer geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung einschließlich einer Suchtkrankheit oder wegen einer körperlichen Krankheit oder Behinderung zur Beratung, Behandlung oder Betreuung anvertraut ist, unter Missbrauch des Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses vornimmt oder an sich von ihr vornehmen lässt. Gemäß § 174c Abs. 2 StGB wird ebenso bestraft, wer sexuelle Handlungen an einer Person, die ihm zur psychotherapeutischen Behandlung anvertraut ist, unter Missbrauch des Behandlungsverhältnisses vornimmt oder an sich von ihr vornehmen lässt.

aa) Die Streichung der Tatbestandsmerkmale der körperlichen Krankheit oder Behinderung

Der Gesetzgeber hat § 174c Abs. 1 StGB mit dem SexualdelÄndG um die Fälle körperlicher Krankheit oder Behinderung erweitert. Zur Begründung führte der Gesetzgeber des SexualdelÄndG aus, dass die Ausklammerung von körperlich kranken oder behinderten Men-

schen aus dem Tatbestand des § 174c Abs. 1 StGB nicht der Erkenntnis gerecht werde, dass körperliche und seelische Krankheiten insbesondere bei mehrfach behinderten Patienten oft so eng miteinander verzahnt seien, dass eine Erkennung, Heilung oder Linderung nur unter einem Gesichtspunkt nicht möglich sei. Außerdem könne auch bei mehrfach behinderten Patienten eine Abhängigkeit bestehen, die durch Überlegenheit des Therapeuten und besonderes Vertrauen des hilfeschenden Patienten gekennzeichnet sei. Dieses Vertrauensverhältnis müsse ebenso wie bei psychischen Krankheiten oder Behinderungen vor Übergriffen geschützt werden.¹⁰⁶ Demgegenüber hatte der Gesetzgeber zuvor noch bewusst darauf verzichtet, Menschen mit körperlichen Leiden in den Schutzbereich einzubeziehen, weil diesbezügliche Vertrauensverhältnisse hinreichend durch die übrigen Vorschriften des Sexualstrafrechts geschützt seien.¹⁰⁷

Kohle führte aus, dass die Einbeziehung von Menschen mit körperlicher Krankheit oder Behinderung insbesondere dort überzogen sei, wo die Erkrankung einfacher oder kurzfristiger Natur sei (z. B. Erkältungskrankheiten oder Ohrenschmerzen). Diesbezüglich könne von einer reduzierten Fähigkeit zur Ausübung der sexuellen Selbstbestimmung keine Rede sein. Zwar könne man nicht strafwürdige Fälle grundsätzlich über das Tatbestandsmerkmal des Missbrauchs ausklammern. Hierdurch würden jedoch Widersprüche zum Missbrauchsbegriff im Vergleich zu Personen mit geistiger oder seelischer Krankheit oder Behinderung entstehen: In Bezug auf Personen mit geistiger oder seelischer Krankheit gehe die Literatur davon aus, dass ein Missbrauch bereits dann vorliege, wenn der Täter die Gelegenheit, die seine Vertrauensposition biete, unter Verletzung der mit dieser verbundenen Pflichten, für die sexuelle Handlung ausnutzt. Die Ausnutzung einer konkreten krankheits- oder behinderungsbedingten Abhängigkeit sei daneben nicht erforderlich. Demgegenüber lege die Literatur das Tatbestandsmerkmal des Missbrauchs für Menschen mit körperlicher Krankheit oder Behinderung wesentlich enger aus. Diesbezüglich werde bei körperlicher Krankheit oder Behinderung eine Prüfung aller Umstände des Einzelfalls verlangt und ein Missbrauch bei Vorliegen eines freiverantwortlichen Einverständnisses verneint. Vor diesem Hintergrund sprach sich *Kohle* dafür aus, Menschen mit körperlicher Krankheit oder Behinderung aus dem Schutzbereich des § 174c Abs. 1 StGB wieder zu streichen. Diese Personen seien hinreichend durch die übrigen Straftatbestände des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des StGB – namentlich durch die §§ 177, 179 StGB a. F. (nunmehr § 177 StGB n. F.) – geschützt.

Die Reformkommission teilte mehrheitlich die Auffassung, dass Menschen mit körperlicher Krankheit oder Behinderung der in § 174c Abs. 1 StGB beschriebenen Gefahrenlage grundsätzlich nicht in gleicher Weise ausgesetzt seien wie Menschen mit geistiger oder seelischer

¹⁰⁶ Vgl. BT-Drs. 15 / 350, S. 16.

¹⁰⁷ Vgl. BT-Drs. 13 / 8267, S. 11.

Krankheit oder Behinderung. Allerdings sei das Verhältnis zwischen Arzt und Patienten auch bei Menschen mit körperlicher Krankheit oder Behinderung durch ein besonderes Vertrauensverhältnis gekennzeichnet. Vor diesem Hintergrund sei es wünschenswert, dass diese Personengruppe weiterhin vor sexuellen Handlungen geschützt werde, die anlässlich einer Behandlung vorgenommen würden. So exponiere sich etwa eine Patientin bei einem Gynäkologen naturgemäß im besonderen Maße. Nutze der Gynäkologe den Behandlungsvorgang aus, um sexuelle Handlungen vorzunehmen, so sei dies strafwürdig. Für echte Liebesverhältnisse bliebe das Korrektiv über das Tatbestandsmerkmal „Missbrauch des Behandlungsverhältnisses“.

Vereinzelt wurde bezweifelt, dass die Vornahme einer sexuellen Handlung unter dem Vorwand der Behandlung zum Nachteil von Personen mit körperlicher Krankheit oder Behinderung weiterhin zwingend nach § 174c Abs. 1 StGB strafbar sein müsse. Dabei sei zu beachten, dass der strafrechtliche Schutz z. B. im Hinblick auf die überraschende Vornahme sexueller Handlungen mit § 177 StGB n. F. wesentlich erweitert worden sei.

Die Reformkommission vertrat ferner mehrheitlich die Auffassung, dass auch solche Untersuchungen erfasst werden sollen, welche unabhängig von einer körperlichen Krankheit oder Behinderung stattfänden, wie dies z. B. bei der Vor- oder Nachsorgeuntersuchung der Fall sei. In diesem Rahmen vorgenommene Missbrauchsfälle seien gegenwärtig nicht von § 174c Abs. 1 StGB erfasst, da die Vorschrift auf eine durch die Krankheit oder Behinderung veranlasste Behandlung abstelle.

bb) Die Erweiterung des Täterkreises in § 174c Abs. 2 StGB auf Personen, die alternative Therapieformen anbieten

Gemäß § 174c Abs. 2 StGB wird mit Freiheitsstrafe von 3 Monaten bis zu 5 Jahren bestraft, wer sexuelle Handlungen an einer Person, die ihm zur psychotherapeutischen Behandlung anvertraut ist, unter Missbrauch des Behandlungsverhältnisses vornimmt oder an sich von ihr vornehmen lässt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erfasst § 174c Abs. 2 StGB nur Täter, die zum Führen der Bezeichnung „Psychotherapeut“ nach dem Psychotherapeutengesetz berechtigt sind und sich bei der Behandlung wissenschaftlich anerkannter psychotherapeutischer Verfahren im Sinne des § 1 Abs. 3 des Psychotherapeutengesetzes bedienen.¹⁰⁸ Der Bundesgerichtshof stützt seine Auslegung auch auf die Entstehungsgeschichte der Norm. Zwar habe der Bundesrat in seinem Gesetzentwurf, der nicht verabschiedet wurde, in Bezug auf § 174c Abs. 2 StGB ausgeführt, dass darauf verzichtet

¹⁰⁸ Vgl. BGH, Beschluss vom 29. September 2009 – 1 StR 426 / 09, zitiert nach juris.

werden solle, den Täterkreis durch Berufsbezeichnung zu definieren, damit auch Behandlungen durch „Außenseiter“ erfasst werden könnten, die keinen anerkannten Heilberuf ausüben. Denn gerade diese Behandlungen würden die erhöhte Gefahr des Missbrauchs in sich bergen. Patienten, die sich in solche Verhältnisse begäben, seien oft von Ärzten oder anerkannten Heilpraktikern enttäuscht und wendeten sich umso vertrauensvoller dem „Außenseiter“ zu. Schließlich müsse auch die Therapie durch Scharlatane von der Vorschrift erfasst werden können.¹⁰⁹ Demgegenüber habe sich die Bundesregierung in ihrer Stellungnahme die Prüfung vorbehalten, ob § 174c StGB nicht enger gefasst werden sollte und Handlungsbedarf nur für den Bereich der psychotherapeutischen und vergleichbaren Behandlungen gesehen.¹¹⁰ Der Gesetzentwurf der Bundesregierung sprach dementsprechend lediglich von der „Konsultation eines Psychotherapeuten“¹¹¹. Darüber hinaus begründete der Bundesgerichtshof seine enge Auslegung damit, dass § 174c Abs. 2 StGB andernfalls konturenlos und „in einem nicht akzeptablen Maße unklar“ bleibe.¹¹²

Kohle wies darauf hin, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes vor dem Hintergrund der Ausführungen in der Begründung des Gesetzentwurfes des Bundesrates nahezu ausnahmslos kritisiert werde und nicht überzeuge. Andererseits sei eine gesetzliche Klarstellung, mit welcher der weiten Fassung der Vorzug gegeben würde, kaum sinnvoll möglich. Aufgrund der enormen Vielfalt der denkbaren Behandlungsmethoden ließe sich der Anwendungsbereich kaum positiv beschreiben. Demgegenüber werfe eine negative Abgrenzung, mit der ausdrücklich im Gesetzestext festgehalten würde, dass die Strafbarkeit nicht dadurch ausgeschlossen sei, dass der Täter zum Führen der Bezeichnung „Psychotherapeut“ nicht berechtigt sei bzw. sich bei der Behandlung keines wissenschaftlich anerkannten psychotherapeutischen Verfahrens bedient habe, neue Abgrenzungsprobleme auf. *Kohle* riet daher von der Änderung des Wortlautes des § 174c Abs. 2 StGB ab und regte eine Klarstellung im Rahmen der Gesetzesbegründung zu einem Reformgesetz an.

Die Reformkommission diskutierte die Frage der Erweiterung des Täterkreises kontrovers und sprach sich mehrheitlich dafür aus, auch Personen, die alternative Therapieformen anbieten sowie sogenannte Scharlatane, als potenzielle Täter zu erfassen. Der Vorschlag, künftig nur noch auf eine Behandlung – statt wie bisher auf eine *psychotherapeutische* Behandlung – abzustellen, stieß hingegen auf Bedenken. Denn dann wäre etwa auch der Facharzt, der gleichzeitig auch Psychotherapeut ist, von der Vorschrift erfasst, obwohl die Behandlung keine psychotherapeutische sei.

¹⁰⁹ Vgl. BT-Drs. 13 / 2203, S. 4.

¹¹⁰ Vgl. BT-Drs. 13 / 2203, S. 6.

¹¹¹ BT-Drs. 13 / 8267, S. 7.

¹¹² Vgl. BGH, Beschluss vom 29. September 2009 – 1 StR 426 / 09, Rn. 10 f., zitiert nach juris.

2. Das Abstimmungsergebnis

Die Mitglieder der Reformkommission haben auf der Grundlage der dargestellten Diskussionen die folgenden Fragen aufgeworfen und über diese wie folgt abgestimmt:

Frage 1: Sollen die Tatbestände der §§ 174a bis 174c StGB um sexuelle Handlungen ergänzt werden, die das Opfer vor dem Täter vornimmt bzw. die der Täter vor dem Opfer vornimmt („Hands-off“-Fälle)?

a) Ja oder

b) Ja, aber nur für § 174a Abs. 1 und für § 174b StGB, weil diese Vorschriften jedenfalls auch die störungsfreie Funktion von Vollzugseinrichtungen sowie das Vertrauen der Allgemeinheit in die Integrität der Ausübung staatlicher Macht schützen sollen, oder

c) Nein

Abstimmung: a): 1 Mitglied; b): 4 Mitglieder; c): 5 Mitglieder; Enthaltung: 2 Mitglieder

Frage 2: Sollen die Tatbestände der §§ 174a bis 174c StGB dahingehend erweitert werden, dass auch vom Täter veranlasste Sexualkontakte des Opfers mit einem Dritten strafrechtlich erfasst werden?

Abstimmung: Ja: 7 Mitglieder; Nein: 4 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 3: Soll in Abkehr von der gegenwärtigen Strukturierung der §§ 174a bis 174c StGB eine einheitliche Regelung geschaffen werden, mit der sexuelle Handlungen, die im Rahmen von „totalen Institutionen“ (z. B. Heime, Gefängnisse, Klöster, bestimmte militärische Einrichtungen) vorgenommen werden, kriminalisiert werden?

a) Ja oder

b) Ja, und zwar unter Einbeziehung von Sekten oder

c) Nein, es sollte stattdessen auf eine erhebliche Zwangslage abgestellt werden oder

d) Nein

Abstimmung: a): 0 Mitglieder; b): 1 Mitglieder; c): 1 Mitglied; d): 9 Mitglieder;

Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 4: Soll bei den §§ 174a bis 174c StGB das Tatbestandsmerkmal „unter Missbrauch ...“ jeweils gestrichen werden, um alle einvernehmlichen sexuellen Handlungen zu erfassen?

- a) Ja oder
- b) Ja, aber nur bei § 174c Absatz 2 StGB, oder
- c) Nein

Abstimmung: a): 1 Mitglied; b): 4 Mitglieder; c): 6 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 5: Soll der Strafraumen der §§ 174 bis 174c StGB auf Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe abgesenkt werden?

- a) Ja oder
- b) Ja, aber nur wenn man für § 176 StGB zukünftig einen minder schweren Fall vorsieht, oder
- c) Nein, der Strafraumen soll so bleiben, wie er ist, oder
- d) Nein, der Strafraumen soll sogar erhöht werden, oder
- e) Nein, aber die §§ 174 bis 174c StGB sollten um einen minder schweren Fall ergänzt werden

Abstimmung: a): 4 Mitglieder; b): 1 Mitglied; c): 5 Mitglieder; d): 0 Mitglieder; e): 1 Mitglied; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 6: Soll § 174a Abs. 1 StGB dahingehend erweitert werden, dass neben der gefangenen oder auf behördliche Anordnung verwahrten Person auch Personen erfasst werden, die stationär in einer Jugendhilfeeinrichtung untergebracht sind?

Abstimmung: Ja: 8 Mitglieder; Nein: 3 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 7: Sollen die §§ 174a Abs. 1 und 174b Abs. 1 StGB dahingehend erweitert werden, dass zusätzlich Personen erfasst werden, die mit gerichtlicher Genehmigung untergebracht sind?

- a) Ja oder
- b) Nein, es soll nur § 174a Abs. 1 StGB entsprechend erweitert werden, oder
- c) Nein, es soll nur § 174b Abs. 1 StGB entsprechend erweitert werden, oder
- d) Nein

Abstimmung: a): 11 Mitglieder; b): 0 Mitglieder; c): 0 Mitglieder; d): 0 Mitglieder;
Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 8: Sollen die §§ 174a Abs. 1 und 174b StGB gestrichen werden, falls § 179 Abs. 1 Nr. 3 StGB-E (Gesetzentwurf zur Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung) in Kraft tritt?

- a) Ja oder
- b) Nein, es soll nur § 174a Abs. 1 StGB gestrichen werden, oder
- c) Nein, es soll nur § 174b StGB gestrichen werden, oder
- d) Nein

Abstimmung: a): 1 Mitglied; b): 0 Mitglieder; c): 0 Mitglieder; d): 10 Mitglieder;
Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 9: Soll § 174a Abs. 1 StGB auf Täterseite zusätzlich das Anstaltspersonal erfassen, dem das Opfer nicht persönlich anvertraut ist?

Abstimmung: Ja: 8 Mitglieder; Nein: 3 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 10. Soll § 174a Abs. 2 StGB dahingehend eingeschränkt werden, dass es sich um *stationär* aufgenommene Personen handeln muss?

Abstimmung: Ja: 2 Mitglieder; Nein: 9 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 11: Soll der potenzielle Täterkreis des § 174a Abs. 2 StGB auf Mitbewohner bzw. Mitpatienten in der Einrichtung erweitert werden?

Abstimmung: Ja: 0 Mitglieder; Nein: 11 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 12: Soll § 174b StGB im Hinblick auf Strafverfahren nur dann anwendbar sein, wenn für das Opfer eine Freiheitsstrafe zu erwarten ist?

Abstimmung: Ja: 1 Mitglied; Nein: 10 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 13: Soll § 174b Abs. 1 StGB auf Täterseite auch das Hilfspersonal mit Amtsträgereigenschaft (z. B. Mitarbeiter der Geschäftsstelle) erfassen?

Abstimmung: Ja: 1 Mitglied; Nein: 10 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 14: Soll § 174b Abs. 1 StGB auf Opferseite auch Angehörige der Person, gegen die sich das Verfahren richtet, erfassen?

Abstimmung: Ja: 1 Mitglied; Nein: 10 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 15. Sollen die Tatbestandsmerkmale der „körperlichen Krankheit oder Behinderung“ aus § 174c Abs. 1 StGB entfernt werden?

a) Ja, und zwar ersatzlos, oder

b) Ja, aber nur, wenn in einem zusätzlichen Absatz die Fälle der körperlichen Krankheit oder Behinderung erfasst werden, in denen die Behandlung auch zur Vornahme sexueller Handlungen genutzt wird, oder

c) Nein

Abstimmung: a): 2 Mitglieder; b): 8 Mitglieder; c): 2 Mitglieder

Frage 16: Soll § 174c Absatz 1 StGB oder der neue Absatz – unterstellt bei Frage 15 wurde b) bejaht – dahingehend ergänzt werden, dass auch Vorsorge- und Nachsorgeuntersuchungen erfasst werden?

Abstimmung: Ja: 9 Mitglieder; Nein: 2 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 17: Soll § 174c Abs. 2 StGB erweitert werden mit dem Ziel, auch Personen, die nicht anerkannte, sondern „alternative“ Therapieformen anbieten sowie „Scharlatane“ mit zu erfassen?

Abstimmung: Ja: 8 Mitglieder; Nein: 3 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

V. Themenkomplex 5: Neuordnung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches sowie Wertungswidersprüche

Der 13. Abschnitt des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches hat in der Vergangenheit zahlreiche, teilweise auch nur punktuelle Änderungen erfahren. In der Konsequenz haben sich im Sexualstrafrecht einige Wertungswidersprüche ergeben, derer sich die Reformkommission gesondert angenommen hat.¹¹³ In diesem Kontext hat sie sich auch mit den Fragen einer sinnvollen Neuordnung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des StGB sowie mit der Frage des geschützten Rechtsguts dieses Abschnitts befasst. Im Einzelnen hat die Reformkommission die dargestellten Themen in ihrer 9., 13., 14., 22. und 24. Sitzung diskutiert.

1. Das geschützte Rechtsgut im 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB

Einleitend trug *Hörnle* in der 9. Sitzung der Reformkommission aus ihrem Impulsreferat „Geschütztes Rechtsgut des 13. Abschnitts und Verhältnis zu den geschützten Rechtsgütern der einzelnen Vorschriften“ vor. Darüber hinaus hatte sich der Psychiater *Günter* bereits in der 5. Sitzung mit dem Schutz von Kindern vor Sexualität von Erwachsenen auseinandergesetzt und damit Hinweise zum geschützten Rechtsgut bei sexuellen Handlungen zum Nachteil von Kindern gegeben. Die Abstimmung erfolgte in der 22. Sitzung.

a) Das geschützte Rechtsgut

Der 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB ist mit „Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung“ überschrieben. Hieraus wird der Schluss gezogen, dass alle in diesem Abschnitt enthaltenen Straftatbestände das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung schützen sollen. Die Benennung des geschützten Rechtsgutes ist nicht ganz unbedeutend. So nimmt etwa § 184h Nr. 1 StGB ausdrücklich auf das jeweils geschützte Rechtsgut eines Straftatbestandes Bezug. Die Reformkommission ist daher der Frage nachgegangen, ob tatsächlich jede Vorschrift des 13. Abschnitts die sexuelle Selbstbestimmung schützt und ob dies jeweils der einzige Schutzzweck der Straftatbestände ist.

Nach *Hörnle* gebe es ein einheitliches Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung im weiteren Sinne. Dieses umfasse das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung im engeren Sinne und paternalistische Strafverbote.¹¹⁴ Die sexuelle Selbstbestimmung im engeren Sinne stelle sich als Abwehrrecht bei Vornahme einer sexuellen Handlung gegen den Willen des Opfers dar. Paternalistische Strafverbote lägen hingegen vor, wenn die sexuelle Handlung

¹¹³ Vgl. hierzu im Einzelnen die Einleitung, Punkt II.

¹¹⁴ Mit den Rechtsgütern der paternalistischen Strafverbote in §§ 174a und 174b StGB befasste sich die Reformkommission gesondert im Themenkomplex 4; vgl. hierzu Themenkomplex 4, Punkt 1.a.

zwar im gegenseitigen Einverständnis erfolge, aber gleichwohl strafbar sei (z. B. Schutz von Minderjährigen vor sexuellen Handlungen, die diese wollen [z. B. Pornographiekonsum], Verbot von sexuellen Handlungen mit Menschen mit geistiger Behinderung oder Prostitutionsdelikte nach den §§ 180a, 181a StGB). Die Missbrauchsdelikte differenzierten nicht zwischen dem Schutz der sexuellen Selbstbestimmung im engeren Sinne und den paternalistischen Strafverboten.

Neben der sexuellen Selbstbestimmung im weiteren Sinne gebe es noch weitere eigenständige Schutzzwecke, wie die Integrität der Amts- und Berufsausübung (§§ 174, 174a, 174b und 174c StGB), den Moralschutz, der sich in Ansätzen in § 184a StGB in Bezug auf die Verbreitung tierpornographischer Schriften und in § 181a StGB (Zuhälterei) vermuten lasse, den Schutz der Allgemeinheit vor Belästigung durch Prostitution (§ 184g StGB) oder den Schutz auswärtiger Beziehungen (§ 184 Abs. 1 Nr. 9 StGB). Kein eigenes Schutzgut sei die ungestörte Entwicklung von Minderjährigen, da es sich bei der konkreten Gefährdung oder den psychischen Folgen lediglich um einen Strafzumessungsgrund handele. Ferner sei auch die Menschenwürde kein eigenständiges Rechtsgut. Gleichwohl komme ihr eine besondere Bedeutung für die Bewertung der sexuellen Selbstbestimmung im engeren Sinne zu. Vergleichbares gelte für die Privat- und Intimsphäre bei sexuellen Handlungen ohne Körperkontakt, die Teil des sexuellen Selbstbestimmungsrechtes im weiteren Sinne seien (§ 183 StGB [Exhibitionistische Handlungen], § 183a StGB [Erregung öffentlichen Ärgernisses] und § 184 Abs. 1 Nr. 6 StGB [Konfrontation mit einer pornographischen Schrift]).

aa) Die ungestörte sexuelle Entwicklung von Minderjährigen

Hörnle sprach sich dafür aus, in der ungestörten Entwicklung Minderjähriger kein eigenständiges Rechtsgut zu sehen. Es handele sich vielmehr um einen Strafzumessungsgrund, wenn die ungestörte Entwicklung konkret gefährdet werde oder das Opfer psychische Folgen davontrage. Demgegenüber sah *Günter* die ungestörte sexuelle Entwicklung von Kindern und Jugendlichen aus psychiatrischer Sicht als ein schützenswertes Gut an.

Günter erläuterte, dass es für Kinder und Jugendliche wichtig sei, über einen Freiraum sexueller Selbsterprobung zu verfügen. Dieser dürfe von der Sexualität Erwachsener nicht kontaminiert werden. Kinder und Jugendliche durchliefen einzelne Phasen, an deren Ende die Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung stehe. Während dieser Entwicklungsphasen unterschieden sich die psychosexuellen Interessen insbesondere eines Kindes essentiell von der psychischen Bedeutung, die Sexualität für einen Erwachsenen habe. Es sei daher wichtig, Kinder vor Sexualität in Interaktion mit Erwachsenen zu schützen. Die Vornahme sexuel-

ler Handlungen durch einen Erwachsenen an einem Kind sei nach *Günter* typischerweise dazu geeignet, eine Schädigung beim Kind hervorzurufen. Das gelte für Missbrauchshandlungen mit und ohne Körperkontakt.

Zu den Folgen des sexuellen Missbrauchs führte *Günter* aus, dass es zwei Hauptmerkmale gebe, die die psychische Situation maßgeblich charakterisierten: Zum einen erlebten die Kinder Ohnmacht, Hilflosigkeit und Unterwerfung. Dies könne zu einer Identifikation mit dem Aggressor als Überlebensstrategie führen. Zum anderen sei das Schweigegebot essentieller Bestandteil der sexuellen Gewalt gegen Kinder. Hierdurch werde das Gefühl von Verlässlichkeit, Vertrauen und Realitätsorientierung maßgeblich beeinträchtigt. Die Symptome des sexuellen Missbrauchs seien unspezifisch. Einige psychiatrische Erscheinungen träten gehäuft auf (z. B. Borderline-Persönlichkeitsstörung, Depression). Auf der anderen Seite lasse sich sagen, dass abhängig vom Schweregrad der Gewalt bis zu 50% der Kinder die Traumatisierung ohne psychische Belastung überstünden (im Langzeittrend: bis zu 80 %). Nach umstrittener These gelte, je jünger das Kind, desto verletzlicher sei es. Eine genaue Zuordnung von der Art der Traumatisierung zur Schädigungsfolge lasse sich nicht vornehmen. Es lasse sich aber sagen, dass Jungen tendenziell externalisiert und Mädchen internalisiert auf sexuelle Übergriffe reagierten.

Einige Mitglieder der Reformkommission sahen in der ungestörten Entwicklung von Minderjährigen ein eigenständiges Rechtsgut. § 176 StGB (Sexueller Missbrauch von Kindern) schütze als abstraktes Gefährdungsdelikt das Kind vor der Konfrontation mit Sexualität, weil diese grundsätzlich dazu geeignet sei, die Entwicklung des Kindes negativ zu beeinflussen.

bb) Die Überschrift des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des StGB

Die Reformkommission diskutierte, ob die Überschrift „Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung“ geändert werden solle. Dabei bestand Einigkeit, dass die Bezeichnung „Sexuelle Selbstbestimmung“ ein Oberbegriff sei, der grundsätzlich auf alle Straftatbestände des 13. Abschnitts – ggf. mit Ausnahme des § 184f StGB (Ausübung der verbotenen Prostitution) und des § 184g StGB (Jugendgefährdende Prostitution) als Ordnungsvorschriften zur Prostitution – passe. Das Ersetzen der Überschrift sei daher nur sinnvoll, wenn sich wirklich ein besserer Begriff, der ebenfalls alle Straftatbestände erfasse, finden lasse.

Die Vorschläge, die Überschrift in „Sexualstraftaten“ oder „Straftaten gegen die sexuelle Freiheit“ zu ändern, wurden vor diesem Hintergrund abgelehnt. „Sexualstraftaten“ bezeichne für sich genommen kein Rechtsgut. Zwar gebe es im StGB zahlreiche Überschriften, die nur

die Tat an sich bezeichneten (z. B. 14. Abschnitt „Beleidigung“ oder 16. Abschnitt „Straftaten gegen das Leben“), es sei aber durchaus hilfreich, ein übergeordnetes Rechtsgut zu benennen, an dem sich z. B. die Auslegung der Vorschriften orientieren könne. Dies sei gerade bei den Sexualstraftaten wichtig, da diese besonders anfällig für moralische Wertungen seien.

b) Das Abstimmungsergebnis

Die Mitglieder der Reformkommission haben auf der Grundlage der dargestellten Diskussionen die folgende Frage aufgeworfen und über diese wie folgt abgestimmt:

I. Neuordnung des 13. Abschnitts und Geschütztes Rechtsgut

Frage 1: Soll die Überschrift des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches geändert werden?

a) Ja, die Überschrift soll zukünftig „Sexualstraftaten“ lauten, oder

b) Ja, die Überschrift soll zukünftig „Straftaten gegen die sexuelle Freiheit“ lauten, oder

c) Nein

Abstimmung: a): 0 Mitglieder; b): 1 Mitglied; c): 11 Mitglieder

2. Die sinnhafte Neuordnung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches

Laubenthal befasste sich in der 9. Sitzung in seinem Impulsreferat „Sinnhafte Neuordnung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches“ mit der Systematisierung der Straftatbestände des 13. Abschnitts. Bereits in der 5. Sitzung war der Unabhängige Beauftragte für Fragen des sexuellen Kindesmissbrauchs (*UBSKM*), *Rörig*, zu Gast. In diesem Rahmen äußerte sich *Rörig* zu dem Begriff des „sexuellen Missbrauchs“. Die Abstimmung erfolgte in der 22. Sitzung.

a) Die Neuordnung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches

Laubenthal wies in seinem Impulsreferat darauf hin, dass der 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB als Folge zahlreicher, im einleitenden Teil dargestellter Änderungen¹¹⁵ häufig als partiell kompliziert und ungeordnet wahrgenommen werde. Dies gelte vor allem für die Vorschriften zum Schutz von Minderjährigen. Dementsprechend verfolgte *Laubenthal* mit seinem Vorschlag einer neuen Systematisierung das Ziel, dem Normadressaten den Zugang zu der Regelungsmaterie zu erleichtern. Ferner wirke sich die Systematik auf die Auslegung einzelner Straftatbestände aus. Für die Neuordnung des 13. Abschnitts orientierte sich *Laubenthal* am Rechtsgüterschutz. Der 13. Abschnitt trage die Überschrift „Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung“ und meine damit ein übergeordnetes Rechtsgut im Sinne der Freiheit vor Fremdbestimmung auf sexuellem Gebiet. Diese sexuelle Selbstbestimmung im weiteren Sinne konkretisiere sich in den einzelnen Straftatbeständen des 13. Abschnitts in unterschiedlicher Weise.

Zum Zeitpunkt der Diskussion über die Neuordnung war das 50. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung vom 4. November 2016 (50. StrÄndG) noch nicht in Kraft, zum Zeitpunkt der Abstimmung über die Fragen am 14. Oktober 2016 zeichnete sich seine Verabschiedung jedoch bereits ab. Die Reformkommission kam daher in ihrer 22. Sitzung überein, den Neuordnungsvorschlag von *Laubenthal* für die Abstimmung entsprechend zu aktualisieren. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass einige der nachfolgend benannten Vorschriften auf der Grundlage der Empfehlungen der Reformkommission ihrerseits Änderungen unterliegen können. Die nachfolgende Systematisierung versteht sich daher lediglich als ein Schema, welches entsprechend angepasst werden muss. Dies vorausgeschickt schlug *Laubenthal* die folgende Neustrukturierung vor:

¹¹⁵ Vgl. Einleitung, Punkt I.

- **Tatbestände zum Schutz der Freiheit der sexuellen Selbstbestimmung im engeren Sinne**

Diesen Tatbeständen solle nach Auffassung *Laubenthal*s ein Grundtatbestand der sexuellen Nötigung vorangehen, wie er sich aus § 240 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 StGB in der Fassung vom 23. Juni 2011 ergab. Nach dieser Vorschrift machte sich strafbar, wer einen Menschen rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung zu einer sexuellen Handlung nötigte. Daran anschließend sollten nach *Laubenthal* die §§ 177, 178 StGB jeweils in der Fassung vom 13. November 1998 unter der Bezeichnung „Schwere sexuelle Nötigung; Vergewaltigung“ sowie der sexuelle Missbrauch Widerstandsunfähiger (§ 179 StGB in der Fassung vom 27. Dezember 2003)¹¹⁶ und die Ausnutzung anderer Widerstandsschwächen (§ 174a Abs. 2 StGB [Sexueller Missbrauch von Kranken und Hilfsbedürftigen in Einrichtungen] und § 174c StGB [Sexueller Missbrauch unter Ausnutzung eines Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses]) angeführt werden.

- **Tatbestände zum Schutz vor Ausnutzung einer durch staatliche Macht begründeter institutioneller Abhängigkeit**

Unter diesen Ordnungspunkt fielen nach *Laubenthal* § 174a Abs. 1 StGB (Sexueller Missbrauch von Gefangenen und behördlich Verwahrten) und § 174b StGB (Sexueller Missbrauch unter Ausnutzung einer Amtsstellung). Beide Vorschriften schützten einerseits die sexuelle Selbstbestimmung, andererseits schütze § 174a Abs. 1 StGB aber auch das Interesse der Allgemeinheit an der Erhaltung störungsfreier Anstaltsfunktionen, an einer Gleichbehandlung der untergebrachten Personen sowie das Vertrauen der Gesellschaft in die Objektivität des Betreuungspersonals. § 174b StGB schütze neben der sexuellen Selbstbestimmung das Vertrauen der Allgemeinheit in die Integrität staatlicher Macht bei den in der Norm genannten Verfahren durch die jeweiligen Behörden.

- **Tatbestände zum Schutz minderjähriger Personen**

Unter diesen Ordnungspunkt sollten nach *Laubenthal* die Normen zusammengefasst werden, die unmittelbar dem Schutz Minderjähriger dienen. Dabei sollen die Vorschriften vorangestellt werden, die ausschließlich den Schutz von Personen unter

¹¹⁶ Die Rechtslage hat sich mit dem Inkrafttreten des 50. StrÄndG zum 10. November 2016 wesentlich geändert: Der Gesetzgeber hat § 179 StGB in der Fassung vom 27. Dezember 2003 und § 240 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 StGB in der Fassung vom 23. Juni 2011 zugunsten des neuen § 177 StGB (Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung) gestrichen. Entsprechend fallen unter die Ordnungsstruktur gegenwärtig die §§ 177, 178 StGB und daran anschließend die §§ 174a Abs. 2 und 174c StGB.

14 Jahren bezwecken. Daran sollten sich die Normen anschließen, die darüber hinaus Jugendliche in ihren Schutzbereich einbezögen. Insgesamt sollte nach Auffassung von *Laubenthal* auf das Wort „Missbrauch“ in den amtlichen Überschriften verzichtet werden, da es einen rechtmäßigen sexuellen Gebrauch von Kindern und Jugendlichen nicht gebe. Alternativ sei an die Bezeichnung „Sexuelle Handlungen mit Kindern bzw. Jugendlichen“ zu denken.

Rörig sprach sich in der 5. Sitzung gegen den Verzicht auf den Begriff des sexuellen Missbrauchs aus. Zwar bestehe in der Tat die Interpretationsmöglichkeit, dass es einen legalen sexuellen Gebrauch gebe. Eine von *Rörig* wegen seiner eigenen Amtsbezeichnung veranlassten Rückfrage bei der Gesellschaft für Deutsche Sprache habe jedoch ergeben, dass es sich um einen inzwischen anerkannten Sprachgebrauch handele, der nicht verändert werden sollte. Die Mehrheit der Mitglieder der Reformkommission sprach sich entsprechend gegen den Verzicht auf den Begriff „Missbrauch“ aus. Darüber hinaus suggeriere die alternative Bezeichnung „sexuelle Handlung“, dass nur das aktive Agieren mit minderjährigen Personen erfasst sei. Die Bezeichnung könne ferner als verharmlosend angesehen werden.

Für den Ordnungspunkt „Tatbestände zum Schutz minderjähriger Personen“ schlug *Laubenthal* im Einzelnen die folgende Reihenfolge vor:

- **Schutz der Sexualentwicklung von Kindern**

Im Rahmen des absoluten Abstinenzgebotes, wie es sich in Bezug auf Personen unter 14 Jahren darstelle, sollten die Tathandlungen, die unmittelbar einen sexuellen Missbrauch darstellten, und die bloßen Vorbereitungshandlungen getrennt aufgeführt werden:

- § 176 Abs. 1 bis 4 Nr. 1, 2 und 4 StGB (Sexuelle Handlungen mit Kindern)
- § 176 Abs. 4 Nr. 3 und Abs. 5 StGB (Vorbereitungshandlungen)
- § 176a StGB (Schwere sexuelle Handlungen mit Kindern)
- § 176b StGB (Sexuelle Handlungen mit Kindern mit Todesfolge)

- **Schutz sowohl von Kindern als auch von Jugendlichen**

- § 174 StGB (Sexuelle Handlungen mit Schutzbefohlenen)
- § 180 Abs. 3 StGB (Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger – gehöre systematisch zu § 174 StGB und solle dort integriert werden)

- § 182 Abs. 1 StGB (Sexuelle Handlungen mit Jugendlichen unter Ausnutzung einer Zwangslage)
- Zusammenfassung des § 180 Abs. 2 StGB [Bestimmen einer Person unter 18 Jahren zu sexuellen Handlungen gegen Entgelt], des § 180a Abs. 2 Nr. 1 StGB [Gewährung von Wohnung etc. an eine Person unter 18 Jahren zur Ausübung der Prostitution] und des § 182 Abs. 2 StGB [Vornahme sexueller Handlungen einer Person über 18 Jahren an einer Person unter 18 Jahren gegen Entgelt] zu einem Tatbestand der sexuellen Handlungen mit Jugendlichen gegen Entgelt¹¹⁷
- § 182 Abs. 3 StGB (sexuelle Handlungen zwischen einer Person über 21 Jahren und einer Person unter 16 Jahren)

- **Tatbestände zum Schutz vor Straftaten im Zusammenhang mit der Prostitutionsausübung**

An den Tatbestand der sexuellen Handlungen mit Jugendlichen gegen Entgelt sollten sich nach *Laubenthal* die Prostitutionsdelikte anschließen, die nicht nur Minderjährige, sondern auch Erwachsene schützten. Die Vorschriften über den Menschenhandel, die der Gesetzgeber in den 18. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB verlagert habe, sollten nicht in den Regelungsbereich des 13. Abschnitts zurückgeführt werden. Es verblieben damit die folgenden Straftatbestände:

- § 180a Abs. 1 und 2 Nr. 2 StGB (Ausbeutung von Prostituierten)
- § 181a StGB (Zuhälterei)
 - In diese Vorschrift könne der einzige verbleibende Anwendungsbereich des § 181c StGB (Vermögensstrafe und Erweiterter Verfall) als zusätzlicher Absatz durch Verweis auf § 73d StGB (Erweiterter Verfall) integriert und § 181c StGB gestrichen werden.
- § 184f StGB (Ausübung der verbotenen Prostitution)
- § 184g StGB (Jugendgefährdende Prostitution)

- **Tatbestände zum Schutz vor Straftaten im Zusammenhang mit Pornographie**

Hinsichtlich der Pornographiedelikte warf *Laubenthal* die Frage auf, ob die Straftatbestände betreffend die Kinderpornographie (§ 184b StGB) in die Tatbestände zum

¹¹⁷ Bei der Abstimmung zu dieser Frage in der 22. Sitzung der Reformkommission wurden die §§ 180 Abs. 2 StGB und 182 Abs. 2 StGB unter dem Ordnungspunkt „Tatbestände zum Schutz vor Straftaten im Zusammenhang mit der Prostitutionsausübung“ geführt. Etwa die Hälfte der Mitglieder der Reformkommission hatte sich jedoch dafür ausgesprochen, die Vorschriften dem Ordnungspunkt „Tatbestände zum Schutz minderjähriger Personen“ zuzuordnen, wie dies ursprünglich von *Laubenthal* vorgeschlagen wurde.

Schutz minderjähriger Personen integriert werden sollten. Hierfür spreche zwar, dass Personen unter 14 Jahren durch § 184b StGB davor geschützt werden sollten, als Darsteller für kinderpornographisches Material Opfer sexueller Handlungen zu werden. Ferner solle potenziellen Tätern kein Anreiz zu sexualbezogenen Straftaten zum Nachteil von Kindern gegeben werden. Vergleichbares gelte für die §§ 184d und 184e StGB. Das geschützte Rechtsgut sei aber ferner auch im Schutz der Jugend zu sehen. Zudem stehe der Regelungsbereich der Kinderpornographie im Zusammenhang zur einfachen Pornographie nach § 184 StGB. Es liege daher nahe, die Vorschriften im Pornographiekontext zu belassen.

- § 184 StGB (Verbreitung pornographischer Schriften)
 - § 184 Abs. 1 Nr. 1, 2, 3a und 5 StGB sollten als explizit jugendschützende Vorschriften in einem neuen § 184 Abs. 1 StGB-E zusammengeführt werden.
 - § 184 Abs. 1 Nr. 3, 4, 6, 7 und 8 StGB sollten als sonstige strafbare Handlungen in einem neuen § 184 Abs. 2 StGB-E zusammengeführt werden.
 - § 184 Abs. 1 Nr. 9 StGB sollte in den 3. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB (Straftaten gegen ausländische Staaten) verlegt oder gestrichen werden.
- § 184a StGB (Verbreitung gewalt- oder tierpornographischer Schriften)
- § 184b StGB (Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften)
- § 184c StGB (Verbreitung, Erwerb und Besitz jugendpornographischer Schriften)
- § 184d StGB (Zugänglichmachen pornographischer Inhalte mittels Rundfunk oder Telemedien; Abruf kinder- und jugendpornographischer Inhalte mittels Telemedien)
- § 184e StGB (Veranstaltung und Besuch kinder- und jugendpornographischer Darbietungen)

Die Hälfte der Mitglieder der Reformkommission vertrat die Auffassung, dass § 184e StGB besser zu dem Ordnungspunkt „Tatbestände zum Schutz minderjähriger Personen“ passe, weil es sich insoweit um Live-Darbietungen handele und nicht um verkörperte pornographische Darbietungen.

- **Tatbestände zum Schutz vor Konfrontation mit sexuellen Handlungen**¹¹⁸

Die Vermeidung der Konfrontation mit sexuellen Handlungen bezweckten auch die §§ 184 ff., 174 Abs. 3 Nr. 1 und 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB, die jedoch in anderen Ordnungspunkten besser integriert seien. Es verbleibe danach hier bei den folgenden Vorschriften, die jeweils den Einzelnen vor ungewollter Konfrontation mit sexualbezogenen Vorgängen schützten:

- § 183 StGB (Exhibitionistische Handlungen)
- § 183a StGB (Erregung öffentlichen Ärgernisses)

- **Begriffsbestimmungen**

Laubenthal hatte ursprünglich vorgeschlagen, die Führungsaufsicht nach § 181b StGB und § 184h StGB (Begriffsbestimmungen) als sonstige Vorschriften aufzuführen. Vor dem Hintergrund des 50. StrÄndG kam die Reformkommission jedoch überein, an dieser Stelle nur § 184h StGB als Begriffsbestimmung zu führen und § 181b StGB an das Ende des 13. Abschnitts zu stellen.

- **Sexuelle Belästigung mit Körperkontakt**

Unter diesem Ordnungspunkt sei der mit dem 50. StrÄndG eingeführte § 184i StGB (Sexuelle Belästigung) einzufügen, der die sexuelle Belästigung mit Körperkontakt unter Strafe stelle. Die Vorschrift solle laut *Laubenthal* nach § 184h StGB eingefügt werden. Gemäß § 184h Nr. 1 StGB (Begriffsbestimmungen) seien sexuelle Handlungen nur solche, die im Hinblick auf das jeweils geschützte Rechtsgut von einiger Erheblichkeit seien. Demgegenüber müsse die sexuelle Belästigung gerade keine sexuelle Handlung im Sinne des § 184h Nr. 1 StGB darstellen, was durch den Standort deutlich gemacht werden solle.

- **Straftaten aus Gruppen**

Die Reformkommission verständigte sich darauf, an dieser Stelle den mit dem 50. StrÄndG eingeführten § 184j StGB (Straftaten aus Gruppen) zu führen.

- **Führungsaufsicht**

§ 181b StGB sollte nach Auffassung der Reformkommission an das Ende des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des StGB gestellt werden.

¹¹⁸ Der Ordnungspunkt wurde von *Laubenthal* ursprünglich als „Tatbestände zum Schutz vor sexueller Belästigung“ bezeichnet, was sich aber im Hinblick auf die Neueinführung von § 184i StGB n. F. als missverständlich erwies und daher die dargestellte Änderung erfuhr.

b) Das Abstimmungsergebnis

Die Mitglieder der Reformkommission haben auf der Grundlage der dargestellten Diskussion die folgende Frage aufgeworfen und über diese wie folgt abgestimmt:

I. Neuordnung des 13. Abschnitts und Geschütztes Rechtsgut

Frage 2: Soll die Struktur des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches im Grundsatz wie folgt ausgestaltet werden:

- **Tatbestände zum Schutz der Freiheit der sexuellen Selbstbestimmung im engeren Sinne**
 - §§ 177, 178 StGB (Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung [mit Todesfolge])
 - § 174a Abs. 2 (Sexueller Missbrauch von Kranken und hilfsbedürftigen Personen)
 - § 174c StGB (Sexueller Missbrauch unter Ausnutzung eines Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses)

- **Tatbestände zum Schutz vor Ausnutzung durch staatliche Macht begründeter institutioneller Abhängigkeit**
 - § 174a Abs. 1 StGB (Sexueller Missbrauch von Gefangenen, behördlich Verwahrten)
 - § 174b StGB (Sexueller Missbrauch unter Ausnutzung einer Amtsstellung)

- **Tatbestände zum Schutz minderjähriger Personen**
 - § 174 StGB (Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen)
 - § 176 StGB (Sexueller Missbrauch von Kindern)
 - § 176a StGB (Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern)
 - § 176b StGB (Sexueller Missbrauch von Kindern mit Todesfolge)
 - § 180 Abs. 3 StGB (Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger [Thematisch zu § 174 StGB gehörig])
 - § 182 Abs. 1 und 3 StGB (Sexueller Missbrauch von Jugendlichen)

- **Tatbestände zum Schutz vor Straftaten im Zusammenhang mit der Prostitutionsausübung**

- § 180 Abs. 2 StGB (Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger [gegen Entgelt])
 - § 180a StGB (Ausbeutung von Prostituierten)
 - § 181a StGB (Zuhälterei)
 - § 182 Abs. 2 StGB (Sexueller Missbrauch von Jugendlichen [gegen Entgelt])
 - § 184f StGB (Ausübung der verbotenen Prostitution)
 - § 184g StGB (Jugendgefährdende Prostitution)
- **Tatbestände zum Schutz vor Straftaten im Zusammenhang mit Pornographie**
 - § 184 StGB (Verbreitung pornographischer Schriften [mit Ausnahme von § 184 Abs. 1 Nr. 9 StGB, der in den 3. Abschnitt des BT StGB rücken könnte])
 - § 184a StGB (Verbreitung gewalt- oder tierpornographischer Schriften)
 - § 184b StGB (Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften)
 - § 184c StGB (Verbreitung, Erwerb und Besitz jugendpornographischer Schriften)
 - § 184d StGB (Zugänglichmachen pornographischer Inhalte mittels Rundfunk oder Telemedien; Abruf kinder- und jugendpornographischer Inhalte mittels Telemedien)
 - § 184e StGB (Veranstaltung und Besuch kinder- und jugendpornographischer Darbietungen)
- **Tatbestände zum Schutz vor Belästigung durch sexuelle Handlungen**
 - § 183 StGB (Exhibitionistische Handlungen)
 - § 183a StGB (Erregung öffentlichen Ärgernisses)
- **Begriffsbestimmungen**
 - **Sexuelle Belästigung**
 - **Straftaten aus Gruppen**
 - **Führungsaufsicht**
- (5 Antwortmöglichkeiten)

a) Ja oder

b) Ja, wobei aber § 184e StGB in der Ordnungsstruktur dem Punkt „Tatbestände zum Schutz minderjähriger Personen“ zugeordnet werden soll, oder

c) Ja, wobei aber §§ 180 Abs. 2, § 182 Abs. 2 StGB in der Ordnungsstruktur dem Punkt „Tatbestände zum Schutz minderjähriger Personen“ zugeordnet werden sollen, oder

d) Ja, wobei Antwort b und c kumulativ vorliegen sollen, oder

e) Nein

Abstimmung: a): 4 Mitglieder; b): 1 Mitglied; c): 2 Mitglieder; d): 5 Mitglieder; e): 0 Mitglieder

Frage 3: Soll hinsichtlich der Tatbestände zum Schutz von minderjährigen Personen auf die Bezeichnung „Missbrauch“ in der jeweiligen amtlichen Überschrift verzichtet werden?

a) Ja oder

b) Ja, der Begriff „Missbrauch“ soll darüber hinaus auch in den anderen amtlichen Überschriften nicht genannt werden, oder

c) Nein

Abstimmung: a): 2 Mitglieder; b): 2 Mitglieder; c): 8 Mitglieder

3. Wertungswidersprüche und Systemwidrigkeiten im 13. Abschnitt des StGB

Simon verschaffte den Mitgliedern der Reformkommission mit seinem Impulsreferat „Wertungswidersprüche und Systemwidrigkeiten im 13. Abschnitt des StGB“ in der 13. und 14. Sitzung einen Überblick zum Thema. Die Abstimmung zu den Fragen erfolgte in der 24. Sitzung.

a) Wertungswidersprüche und Systemwidrigkeiten im 13. Abschnitt des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches

Simon zeigte mit seinem Impulsreferat die gesetzlichen Konstellationen auf, bei denen der Gesetzgeber einer selbst getroffenen Wertung nicht treu geblieben sei, sondern vielmehr ein identisches Rechtsproblem oder eine gleiche Interessenlage ohne nachvollziehbare Gründe einer unterschiedlichen Lösung zugeführt habe.

Zum Zeitpunkt der Diskussion über die Wertungswidersprüche war das 50. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung vom 4. November 2016 (50. StrÄndG) noch nicht in Kraft, wohl aber zum Zeitpunkt der Abstimmung über die Fragen am 2. Dezember 2016. Die Reformkommission entschied daher, die zur Abstimmung gestellten Fragen an die neue Rechtslage anzupassen. Soweit sich einzelne Wertungswidersprüche mit dem 50. StrÄndG erledigt hatten, verzichtete die Reformkommission auf eine Abstimmung. Die Diskussion zu den erledigten Wertungswidersprüchen wird der Vollständigkeit halber gleichwohl im Folgenden kurz dargestellt.

Soweit die Wertungswidersprüche Straftatbestände betrafen, die ausführlich in anderen Themenkomplexen – namentlich in den Themenkomplexen 1 und 3 – behandelt werden, sind die Ausführungen von *Simon* sowie die Meinungsstände dort dargestellt, was sich jeweils den Fußnoten entnehmen lässt. In diesen Fällen wurde auch die Abstimmung im Rahmen des einschlägigen Themenkomplexes vorgenommen.

aa) Das Einwirken auf ein Kind durch Schriften gemäß § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB¹¹⁹

Gemäß § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB wird mit Freiheitsstrafe von 3 Monaten bis zu 5 Jahren bestraft, wer auf ein Kind mittels Schriften (§ 11 Abs. 3 StGB) oder mittels Informations- oder Kommunikationstechnologie einwirkt, um das Kind zu sexuellen Handlungen zu bringen, die es an oder vor dem Täter oder einer dritten Person vornehmen oder von dem Täter oder einer dritten Person an sich vornehmen lassen soll (Buchstabe a) oder um eine Tat nach

¹¹⁹ Vgl. insgesamt zu § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB auch Themenkomplex 3, Punkt III.1.a.gg.

§ 184b Absatz 1 Nummer 3 StGB oder nach § 184b Absatz 3 StGB zu begehen (Buchstabe b).¹²⁰ *Simon* führte aus, dass § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB einen Systembruch darstelle, weil das Strafgesetzbuch Vorbereitungshandlungen eines Einzeltäters auch bei schweren Delikten im Übrigen nicht unter Strafe stelle. Ein Systembruch liege vor, wenn der Gesetzgeber von einem selbst vorgebrachten Prinzip oder Regelungsmodell abweiche. Als mögliche Lösung komme nach *Simon* die Löschung der Vorschrift in Betracht.

bb) Fälle mit Drittbezug¹²¹

Simon führte aus, dass sich die sexuelle Nötigung nach § 177 Abs. 1 StGB in der Fassung vom 13. November 1998 (§ 177 StGB a. F.) anders als die Vergewaltigung nach § 177 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB a. F. auch auf sexuelle Handlungen des Opfers mit einem Dritten beziehe. Für diesen Widerspruch sei keine Rechtfertigung erkennbar. Ein vergleichbarer Wertungswiderspruch liege darin, dass § 179 Abs. 5 Nr. 1 StGB in der Fassung vom 27. Dezember 2003 (§ 179 StGB a. F. – Beischlaf etc. mit widerstandsunfähigen Personen) anders als der Grundtatbestand des § 179 Abs. 1 und 2 StGB a. F. und anders als der § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB Fälle des Drittbezugs nicht mit einschließe, wobei es sich um ein – nicht im Wege der Auslegung korrigierbares – Versehen des Gesetzgebers handele.¹²²

cc) Beischlaf und ähnliche Handlungen

Ein weiterer Wertungswiderspruch ergebe sich nach *Simon*, wenn man die Ausgestaltung der Straferschwerungsgründe des § 177 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB a. F.¹²³ und § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB miteinander vergleiche. Gemäß § 177 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB a. F. lag ein besonders schwerer Fall der sexuellen Nötigung in der Regel vor, wenn der Täter mit dem Opfer den Beischlaf vollzieht oder ähnliche sexuelle Handlungen an dem Opfer vornimmt oder an sich von ihm vornehmen lässt, die dieses besonders erniedrigen, insbesondere wenn sie mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind (Vergewaltigung). Gemäß § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB wird der sexuelle Missbrauch von Kindern in den Fällen des § 176 Abs. 1 und 2 StGB mit Freiheitsstrafe nicht unter 2 Jahren bestraft, wenn eine Person über 18 Jahren mit dem Kind den Beischlaf vollzieht oder ähnliche sexuelle Handlungen an ihm vornimmt oder an sich von ihm vornehmen lässt, die mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind.

¹²⁰ Soweit § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB im Vergleich zu § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB einen Wertungswiderspruch aufweist, weil die letztgenannte Vorschrift weitere Einwirkungsformen erfasst, die in § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB nicht genannt sind, siehe Themenkomplex 3, Punkt III.1.a.gg.(2).

¹²¹ Der Gesetzgeber des 50. StrÄndG hat diesen Wertungswiderspruch mit § 177 Abs. 6 Nr. 1 StGB bereinigt. Darüber hinaus hat er § 179 StGB a. F. zugunsten des § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB gestrichen.

¹²² Vgl. BT-Drs. 15 / 350, S. 20.

¹²³ Die Regelung findet sich nunmehr in § 177 Abs. 6 Satz 2 Nr. 1 StGB.

Simon stellte heraus, dass § 177 Abs. 2 StGB a. F. als Regelbeispiel und § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB als Qualifikation ausgestaltet sei, ohne dass es für die divergierende Regelungstechnik einen plausiblen Grund gebe. *Simon* schlug vor, den Wertungswiderspruch aufzuheben, indem auch § 177 Abs. 2 StGB a. F. als Qualifikation ausgestaltet werde.

Darüber hinaus machte *Simon* einen inhaltlichen Unterschied zwischen den Vorschriften aus. Während § 177 Abs. 2 StGB a. F. neben dem Beischlaf auf „ähnliche sexuelle Handlungen“ abstelle, die das Opfer „besonders erniedrigen, insbesondere wenn sie mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind“, benenne § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB lediglich „ähnliche sexuelle Handlungen (...), die mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind“. Auf den Aspekt der Erniedrigung komme es bei § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB nicht an. Nach *Simon* werde für die Unterscheidung teilweise als Begründung angeführt, dass § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB auch bei einverständlichen sexuellen Missbrauchshandlungen zur Anwendung komme. § 177 StGB a. F. sei demgegenüber auf die Nötigung zugeschnitten.¹²⁴ *Simon* schlug gleichwohl vor, den Wortlaut des § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB an den Wortlaut des § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB a. F. anzupassen und das Erniedrigen auch in § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB aufzunehmen. Dabei solle die Formulierung „ähnliche sexuelle Handlungen“ in „andere sexuelle Handlungen“ geändert werden.

Ein Teil der Mitglieder der Reformkommission vertrat die Auffassung, dass die Differenzierung einen Sinn habe, da § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB und § 177 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB a. F. unterschiedliche Rechtsgüter schützten. Die Vornahme sexueller Handlungen zum Nachteil von Kindern sei unabhängig von deren Willen strafbar. Anders als bei Erwachsenen rechtfertige bei Kindern daher auch jedes Eindringen die Qualifikation des § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB. Würde man alleine auf das Erniedrigen abstellen, dann wäre z. B. der Fall nicht erfasst, bei dem die 13jährige mit einem Erwachsenen den Oralverkehr ausübe und dabei der Meinung sei, es handele sich um echte Liebe. Tatsächlich würden Kinder oftmals erst später realisieren, dass sie sexuell ausgenutzt worden seien. Soweit ein Erniedrigen vorliege, ohne dass der Täter in das Kind eindringe (z. B. Beschmieren des Kindes mit Fäkalien), könne ein unbenannter besonders schwerer Fall im Sinne des § 176 Abs. 3 StGB angenommen werden.

Ein anderer Teil der Mitglieder der Reformkommission sah in dem unterschiedlichen Wortlaut von § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB und § 177 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB a. F. einen Wertungswiderspruch. In diesem Kontext diskutierte die Reformkommission darüber, das Tatbestandsmerkmal der Erniedrigung in § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB a. F. zu streichen, um eine Einheitlichkeit mit § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB herzustellen. Für die Streichung wurde angeführt, dass es

¹²⁴ § 177 Abs. 6 StGB setzt in Verbindung mit § 177 Abs. 1 und 2 StGB ganz überwiegend keine Nötigung mehr voraus.

sich bei einer Erniedrigung um eine subjektive Wahrnehmung handele. Aus diesem Grund könne eine Erniedrigung bei einvernehmlichen sexuellen Handlungen mit Kindern nicht vorliegen. Anders als Nötigungsfälle gingen Missbrauchsfälle nicht per se mit einer Erniedrigung einher. Liege im Einzelfall eine Erniedrigung vor, könne dies über die allgemeinen Strafzumessungserwägungen hinreichend berücksichtigt werden. Für tatbegleitende Umstände (z. B. Veranlassung des Opfers sich selbst zu beschimpfen) gelte das bereits nach gegenwärtiger Rechtslage, weil sich die Erniedrigung für den Straferschwerungsgrund auf die sexuelle Handlung selbst beziehen müsse. Schließlich sei das Merkmal der Erniedrigung für eine Qualifikation zu unbestimmt.

Gegen die Streichung des Merkmals der „Erniedrigung“ wurde demgegenüber angeführt, dass das Vorliegen der Voraussetzung nicht nach subjektiven, sondern nach objektiven Maßstäben zu beurteilen sei. Die Rechtsprechung habe hierzu eine gut nachvollziehbare Kasuistik herausgearbeitet, die mit der Streichung entfallen würde. Im Hinblick darauf sei das Merkmal auch nicht zu unbestimmt.

dd) Qualifikation durch die Beteiligung mehrerer Personen

Gemäß § 177 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 StGB a. F.¹²⁵ liegt ein besonders schwerer Fall vor, wenn die Tat von mehreren gemeinschaftlich begangen wird. Ebenso verhält es sich bei der Qualifikation des § 176a Abs. 2 Nr. 2 StGB.¹²⁶ Danach wird der sexuelle Missbrauch von Kindern in den Fällen des § 176 Abs. 1 und 2 StGB mit Freiheitsstrafe nicht unter 2 Jahren bestraft, wenn die Tat von mehreren gemeinschaftlich begangen wird. Dabei werde nach *Simon* davon ausgegangen, dass dieser Straferschwerungsgrund bei § 177 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 StGB a. F. und bei § 176a Abs. 2 Nr. 2 StGB jeweils Mittäterschaft voraussetze. Im Gegensatz dazu verwirklicht der Täter die Qualifikation des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB, wenn er die Körperverletzung mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich begeht. Die Vorschrift setze keine Mittäterschaft voraus. Ein sachlicher Grund für die weitere Fassung des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB im Vergleich zu § 177 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 StGB a. F. und zu § 176a Abs. 2 Nr. 2 StGB bestehe nach *Simon* nicht. Zu empfehlen sei, insgesamt einheitlich die weite Fassung zu verwenden, wobei das Wort „gemeinschaftlich“ durch das Wort „gemeinsam“ ersetzt werden solle.

Die Reformkommission sprach sich einhellig dafür aus, für etwaige diesbezügliche Änderungen jeweils den Wortlaut des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB zugrunde zu legen.

¹²⁵ Die Vorschrift findet sich nunmehr in § 177 Abs. 6 Satz 2 Nr. 2 StGB.

¹²⁶ Siehe hierzu im Einzelnen auch Themenkomplex 3, Punkt III.1.a.II.

ee) Ungleiche Strafraumen in § 177 Abs. 1 StGB a. F. (Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung) und § 179 Abs. 1 StGB a. F. (Sexueller Missbrauch widerstandsunfähiger Personen)¹²⁷

Simon konnte in den ungleichen Strafraumen von § 177 Abs. 1 StGB a. F. (1 Jahr bis 15 Jahre Freiheitsstrafe) und § 179 Abs. 1 StGB a. F. (6 Monate bis 10 Jahre Freiheitsstrafe) keinen Wertungswiderspruch ausmachen. Es handele sich vielmehr entgegen der Auffassung vieler Behindertenverbände um eine nachvollziehbare Differenzierung des Gesetzgebers. Denn während der Täter das Opfer im Rahmen des § 177 Abs. 1 StGB a. F. nötigen, also einen entgegenstehenden Willen brechen müsse, nutze der Täter bei § 179 StGB a. F. die Widerstandsunfähigkeit des Opfers aus, ohne einen entgegenstehenden Willen zu brechen.

ff) Ungleicher Strafraumensprung trotz nahezu identischer erschwerender Umstände¹²⁸

Die Grundtatbestände des § 176 StGB (Sexueller Missbrauch von Kindern) und des § 179 StGB a. F. (Sexueller Missbrauch widerstandsunfähiger Personen) sähen nach Auffassung von *Simon* zu Recht einen geringeren Strafraumen vor (6 Monate bis 10 Jahre Freiheitsstrafe) als der eine Nötigung voraussetzende Grundtatbestand des § 177 Abs. 1 StGB a. F. (1 Jahr bis 15 Jahre Freiheitsstrafe). Trotz dieser Stufung bei den Grundtatbeständen führe das Hinzutreten ähnlicher erschwerender Umstände (Beischlaf etc., gemeinschaftliche Tatbegehung) für alle Vorschriften zu einem einheitlichen Strafraumen von 2 bis 15 Jahren Freiheitsstrafe. Dieses Ergebnis sei nach *Simon* zumindest ungereimt. Eine Lösung könne erzielt werden, indem zum einen die ohnehin nicht überzeugenden Straferschwerungsvorschriften des § 176 Abs. 3 StGB und des § 179 Abs. 3 StGB a. F. (jeweils unbenannte besonders schwere Fälle) und § 176a Abs. 1 StGB (Qualifikation wegen Rückfalltat) gestrichen würden und zugleich die Mindeststrafe in § 176a Abs. 2 (Beischlaf etc.) und Abs. 3 StGB (Absicht der Herstellung kinderpornographischer Schriften) sowie in § 179 Abs. 5 StGB a. F. (Beischlaf etc.) auf 1 statt 2 Jahre Freiheitsstrafe abgesenkt würde.

¹²⁷ Der Gesetzgeber des 50. StrÄndG hat § 179 StGB a. F. zugunsten von § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB gestrichen, so dass sich die Problematik erledigt hat. Vgl. im Einzelnen auch Themenkomplex 2, Punkt II.2.a.

¹²⁸ Der Gesetzgeber des 50. StrÄndG hat den Strafraumen des nunmehr nicht mehr vorrangig auf die Nötigung abstellenden § 177 Abs. 1 und 2 StGB auf Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 5 Jahren abgesenkt. Darüber hinaus hat er § 179 StGB a. F. zugunsten von § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB gestrichen. Die Problematik hat sich im Zuge der Absenkung des Strafraumens bei § 177 Abs. 1 und 2 StGB erledigt.

gg) Ungleiche Behandlung der „Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung“

Simon stellte dar, dass gemäß § 177 Abs. 3 Nr. 3 StGB a. F.¹²⁹ auf Freiheitsstrafe nicht unter 3 Jahren zu erkennen sei, wenn der Täter das Opfer in die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung bringe. Demgegenüber werde gemäß § 176a Abs. 2 Nr. 3 StGB der sexuelle Missbrauch von Kindern in den Fällen des § 176 Abs. 1 und 2 StGB mit Freiheitsstrafe nicht unter 2 Jahren bestraft, wenn der Täter das Kind durch die Tat in die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung oder einer erheblichen Schädigung der körperlichen oder seelischen Entwicklung bringe. Das Bringen in die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung werde also einmal mit einer Mindestfreiheitsstrafe von 3 Jahren (§ 177 Abs. 3 Nr. 3 StGB a. F. und ebenso bei schwerem Raub gemäß § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe c StGB) und einmal mit einer Mindestfreiheitsstrafe von 2 Jahren (§ 176a Abs. 2 Nr. 3 StGB) geahndet. Für diese Differenzierung sei ein sachlicher Grund nach *Simon* nicht ersichtlich. Darüber hinaus sei der Strafrahmensprung zwischen § 176a Abs. 2 Nr. 3 StGB (2 Jahre Mindestfreiheitsstrafe) und § 176a Abs. 5 StGB (Bringen in Todesgefahr – 5 Jahre Mindestfreiheitsstrafe) beträchtlich. Dieser Wertungswiderspruch sei aber laut *Simon* nur dann aufzuheben, wenn man gleichzeitig die Normstrukturen des § 176a StGB weiter verkompliziere. Um dies zu vermeiden, könne der Wertungswiderspruch nach Auffassung von *Simon* hingenommen werden. Die Mehrheit der Mitglieder der Reformkommission sprach sich demgegenüber dafür aus, die Vorschriften einander anzugleichen und jeweils eine Mindestfreiheitsstrafe von 2 Jahren vorzusehen.

hh) Minder schwerer Fall der Qualifikation

Gemäß § 177 Abs. 4 Nr. 2 StGB a. F.¹³⁰ ist auf Freiheitsstrafe nicht unter 5 Jahren zu erkennen, wenn der Täter das Opfer bei der Tat körperlich schwer misshandelt (Buchstabe a) oder durch die Tat in die Gefahr des Todes bringt (Buchstabe b). In minder schweren Fällen des Absatzes 4 ist gemäß § 177 Abs. 5 StGB a. F.¹³¹ auf Freiheitsstrafe von 1 Jahr bis zu 10 Jahren zu erkennen. Ebenso wird gemäß § 176a Abs. 5 StGB mit Freiheitsstrafe nicht unter 5 Jahren bestraft, wer das Kind in den Fällen des § 176 Abs. 1 bis 3 StGB bei der Tat körperlich schwer misshandelt oder durch die Tat in die Gefahr des Todes bringt. *Simon* wies darauf hin, dass § 176a Abs. 5 StGB anders als § 177 Abs. 5 StGB a. F. für § 177 Abs. 4 Nr. 2 StGB a. F. keinen minder schweren Fall vorsehe. *Simon* sah hierin einen Wertungswiderspruch, der dadurch aufzulösen sei, dass auch für § 176a Abs. 5 StGB ein minder schwerer Fall vorzusehen sei.

¹²⁹ Die Vorschrift findet sich nunmehr in § 177 Abs. 7 Nr. 3 StGB.

¹³⁰ Die Vorschrift findet sich nunmehr in § 177 Abs. 8 Nr. 2 StGB.

¹³¹ Die Vorschrift findet sich nunmehr in § 177 Abs. 9 StGB.

Die Mehrheit der Mitglieder der Reformkommission hielt es demgegenüber für verfehlt, dass § 177 Abs. 5 StGB a. F. für § 177 Abs. 4 Nr. 2 StGB a. F. einen minder schweren Fall vorsieht. Die Strafraumenverschiebung nach § 177 Abs. 5 StGB a. F. habe lediglich für § 177 Abs. 4 Nr. 1 StGB a. F. (Verwendung einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges) ihre Berechtigung.

b) Das Abstimmungsergebnis

Die Mitglieder der Reformkommission haben auf der Grundlage der dargestellten Diskussion die folgenden Fragen aufgeworfen und über diese wie folgt abgestimmt:

II. Wertungswidersprüche

Frage 1: Soll der Straferschwerungsgrund des Beischlafs oder ähnlicher sexueller Handlungen in § 177 Abs. 6 Nr. 1 StGB n. F. wie in § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB auf das Eindringen beschränkt werden?

a) Ja oder

b) Nein oder

c) Nein, aber die Formulierung von § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB soll an die Formulierung in § 177 Abs. 6 Nr. 1 StGB n. F. angepasst werden

Abstimmung: a): 4 Mitglieder; b): 5 Mitglieder; c): 3 Mitglieder

Frage 2: Soll der qualifizierende Umstand der Beteiligung mehrerer in den §§ 176a Abs. 2 Nr. 2 StGB und 177 Abs. 6 Nr. 2 StGB n. F. („...die Tat von mehreren gemeinschaftlich begangen wird...“) an den Wortlaut des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB für die gefährliche Körperverletzung („...mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich...“) angeglichen werden?

Abstimmung: Ja: 12 Mitglieder; Nein: 0 Mitglieder

Frage 3: Soll der Strafraumen des § 177 Abs. 7 Nr. 3 StGB n. F. (3 Jahre bis 15 Jahre Freiheitsstrafe) an den Strafraumen des § 176a Abs. 2 Nr. 3 StGB (2 Jahre bis 15 Jahre Freiheitsstrafe) angeglichen werden?

- a) Ja, die Mindestfreiheitsstrafe soll jeweils 3 Jahre Freiheitsstrafe betragen, oder
- b) Ja, die Mindestfreiheitsstrafe soll jeweils 2 Jahre Freiheitsstrafe betragen, oder
- c) Nein

Abstimmung: a): 0 Mitglieder; b): 11 Mitglieder; c): 1 Mitglied

Frage 4: Sollen die Qualifikationen des § 176a Abs. 5 StGB – vergleichbar § 177 Abs. 8 Nr. 2 StGB n. F. – um einen minder schweren Fall ergänzt werden?

- a) Ja oder
- b) Nein oder
- c) Nein, der minder schwere Fall in § 177 Abs. 9 StGB n. F. soll bezüglich Absatz 8 auf die Fälle der Nummer 1 beschränkt werden

Abstimmung: a): 2 Mitglieder; b): 2 Mitglieder; c): 8 Mitglieder

VI. Themenkomplex 6: Reformbedarf bei den Strafvorschriften zur Prostitution

Die Reformkommission beschäftigte sich mit den Prostitutionsdelikten in ihrer 11. bis 13. sowie 17. bis 19. Sitzung.

1. Die Lebenswirklichkeit von sich prostituierenden Personen aus der Sicht von Praktikerinnen und Praktikern

Der Reformkommission war es wichtig, zunächst einen Einblick in die Lebenswirklichkeit von Menschen zu erlangen, die der Prostitution nachgehen. Auf diese Weise wollte sie ein Verständnis für spezifische Probleme und Risiken der Szene erlangen, um dieses für die Beurteilung der strafrechtlichen Ausgestaltung der Prostitutionsdelikte fruchtbar zu machen. Aus diesem Grund hörte die Reformkommission in ihrer 11. Sitzung den Bundesverband Sexuelle Dienstleistungen e. V. (*BSD*) und die Dortmunder Mitternachtsmission e. V. an.

Bei dem *BSD* handelt es sich um einen Verband der Prostitutionsbranche, der sowohl für die Interessen der Unternehmerinnen und Unternehmer bordellartiger Betriebe als auch für selbständige Prostituierte eintritt. Vertreten wurde der *BSD* durch die 1. Vorsitzende *Klee*, sowie durch *Winkelmann* und *Goretzki*.

Demgegenüber unterhält die Dortmunder Mitternachtsmission e. V. eine Beratungsstelle für Prostituierte und Opfer von Menschenhandel. Der Verein wurde durch seine Leiterin *Hitzke* vertreten.

Darüber hinaus befragte die Reformkommission in ihrer 12. Sitzung den Polizeibeamten *Wittlake* vom LKA Berlin, der zu diesem Zeitpunkt u. a. mit Ermittlungsverfahren zu Prostitutions- und Menschenhandelsdelikten befasst war. In der 13. Sitzung hörte die Reformkommission außerdem die für diese Delikte zuständige Staatsanwältin *von Braun* von der Staatsanwaltschaft Berlin an.

a) Das Meinungsbild der Strafverfolgungsbehörden

Wittlake stellte dar, dass ca. 400.000 Menschen in Deutschland der Prostitution in Bordellen, Clubs, privaten Wohnungen, auf der Straße oder als Escort-Service nachgingen. Davon seien in Berlin ca. 6.000 bis 8.000 Prostituierte tätig. Es sei anzunehmen, dass die Prostitution zu jährlichen Umsätzen in zweistelliger Milliardenhöhe führe. Davon würden in Berlin ca. 300 Millionen Euro erwirtschaftet. Die Steuer werde nur teilweise abgeführt.

Wittlake und *von Braun* berichteten übereinstimmend, dass die meisten Personen, die sich prostituierten, Frauen seien, was auch für die Mehrzahl der Opfer von Prostitutionsdelikten gelte.¹³² *Von Braun* teilte ergänzend mit, dass etwa die Hälfte der Opfer von Prostitutionsdelikten nach ihrer Einschätzung aus Deutschland stamme. Sie kämen häufig aus dissozialen Verhältnissen. Darüber hinaus kämen viele Opfer aus Osteuropa.

Nach Einschätzung von *Wittlake* sei die Anzahl derjenigen Akteure im Prostitutionsmilieu, die Straftaten begingen, überproportional hoch. Dabei sei zu beachten, dass es sich bei Prostitutionsdelikten um Kontrolldelikte handele. Die Straftaten seien nur im Zuge polizeilicher Kontrollen ermittelbar. Obwohl viele Prostituierte ausgebeutet würden, fühlten sie sich häufig gleichwohl nicht als Opfer, weil sie mit der Prostitution trotz der Ausbeutung mehr Geld verdienten als in ihren Heimatländern. Die meisten Delikte (insbesondere Gewalt- und Betäubungsmitteldelikte) würden im Milieu der Straßenprostitution begangen. *Von Braun* teilte mit, dass daneben auch Bordelle häufig in Kriminalität verstrickt seien. Dies gelte insbesondere für professionell geführte Bordelle.

b) Das Meinungsbild des BSD

Der *BSD* betonte, dass Sexarbeit als qualifizierte Dienstleistung anerkannt werden müsse, wobei gleichzeitig das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung geachtet werden solle. Die Prostitution werde zwar gedanklich häufig mit Kriminalität verknüpft. Tatsächlich bewege sie sich aber zum ganz überwiegenden Teil in der Legalität. Das Prostitutionsgewerbe unterscheide sich nicht wesentlich von anderen gewerblichen Bereichen wie etwa dem Baugewerbe. Anders als bei diesen gesellschaftlich akzeptierten Bereichen bestünde aber im Prostitutionsgewerbe ein großes Maß an Rechtsunsicherheit. Teilweise würden die bestehenden Regelungen einander widersprechen; teilweise würden sie aber auch in der Praxis unterschiedlich gehandhabt. Der *BSD* wünsche sich daher Rechtssicherheit als Grundlage für sichere und gute Arbeitsbedingungen und eine seriöse Dienstleistung. Zu diesem Zweck solle die Prostitution den übrigen gewerblichen Bereichen gleichgestellt werden. Auf diese Weise würde auch die Tätigkeit der Prostitution ein höheres Maß an gesellschaftlicher Akzeptanz erlangen.

Die Einführung des Gesetzes zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten vom 20. Dezember 2001 (ProstG) sei hierfür ein wichtiger Schritt gewesen. Erstmals sei Personen, die sich prostituieren, ein Anspruch auf Lohnzahlung zugestanden worden. Als zweiter

¹³² Im Nachfolgenden werden daher die weibliche Form der Prostituierten und die männliche Form des Freiers gewählt. Die Ausführungen gelten aber gleichermaßen für Prostituierte und Freier des jeweils anderen Geschlechts.

Schritt müssten nun die §§ 180a StGB (Ausbeutung von Prostituierten), 181a StGB (Zuhälterei), 184f StGB (Ausübung der verbotenen Prostitution) und 184g StGB (Jugendgefährdende Prostitution) sowie einschlägige Vorschriften aus dem OWiG aufgehoben werden. Die Vorschriften seien nicht mehr zeitgemäß. Die relevanten strafwürdigen Handlungen würden über § 177 StGB (Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung – jetzt § 177 StGB n. F.), § 253 StGB (Erpressung), § 240 StGB (Nötigung), § 291 StGB (Wucher) usw. hinreichend erfasst. Ferner müsse die Prostitutionsbranche, wie andere Gewerbe auch, im Gewerberecht, Baurecht etc. verankert werden, so dass Sondergesetze wie das ProstG aufgehoben werden könnten. Nach Auskunft des *BSD* sei der Grund für die Aufnahme der Prostitution nicht in desolaten Verhältnissen der Prostituierten zu sehen. Die Motive hierfür seien vielfältig und wurzelten z. B. auch in sexueller Neugierde oder Abenteuerlust.

Die Mehrheit der Reformkommission lehnte es ab, die Prostitutionsvorschriften aus dem Kernstrafrecht zu streichen und in gewerberechtliche Regelungen zu überführen. Soweit die Tathandlungen die sexuelle Selbstbestimmung der Prostituierten verletzen oder gefährden, sei eine Beibehaltung im 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB gerechtfertigt.

c) Das Meinungsbild der Dortmunder Mitternachtsmission e. V.

Hitzke führte aus, dass viele Personen wegen einer finanziellen Notlage in die Prostitution gingen und wegen der guten Verdienstmöglichkeiten entgegen ihres ursprünglichen Planes dabei blieben. Diese Frauen befänden sich freiwillig in der Prostitution. Ganz junge Mädchen würden häufig über die sogenannte „*Loverboy*-Methode“ in die Prostitution getrieben. Diese Mädchen gingen der Prostitution zwar zunächst freiwillig auf Wunsch ihres Freundes („*Loverboy*“) nach. Sobald sie jedoch die Prostitution verlassen wollten, übe der Freund Zwang aus, damit die Prostitution fortgesetzt werde.

Hitzke schickte voraus, dass die gesamte Stadt Dortmund seit 2011 Sperrbezirk sei. Daraus folge, dass es eine legale Straßenprostitution nicht mehr gebe. Die Straßenprostitution habe sich entsprechend seit dem Jahr 2011 erheblich reduziert, finde aber dennoch statt. Die betroffenen Prostituierten stünden wegen des Verbots der Straßenprostitution unter verstärkter polizeilicher Beobachtung. Die Folge sei, dass die Eigensicherheit der Prostituierten leide. Denn diese seien nun gezwungen, möglichst zügig zu einem Freier in das Auto zu steigen, um die Entdeckungsgefahr durch die Polizei zu minimieren. Die Prostituierte könne sich daher nicht vorab im Gespräch ein Bild über den Freier verschaffen, um das Gefährdungspotenzial einzuschätzen. Ferner würden die Eckpunkte der sexuellen Dienstleistung (Lohn, konkrete sexuelle Dienstleistung etc.) erst im Fahrzeug verhandelt. Häufig würden die Frau-

en nach der sexuellen Dienstleistung irgendwo ausgesetzt. Gingen die Prostituierten in die Wohnung des Freiers, bestünde die Gefahr, dass sie dort gefangen gehalten würden bzw. dass die Nutzung eines Kondoms verweigert werde. Vor diesem Hintergrund würden viele Frauen Opfer sexueller Gewalt und Misshandlung. Betroffen seien vor allem bulgarische Frauen und Minderjährige. Letztere seien aufgrund fehlender Lebenserfahrung besonders prädestiniert, in gefahrenträchtige Situationen zu gelangen.

Die Prostituierten zeigten, ausweislich der Ausführungen von *Hitzke*, zu ihrem Nachteil begangene Straftaten häufig nicht an, weil sie befürchteten, sich selbst illegal verhalten zu haben. Ferner rechneten sie oft damit, dass die Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen angezweifelt werde und zwar insbesondere dann, wenn sie drogenabhängig seien. Eine Rolle für die Nichtanzeige spiele auch, dass viele Beschuldigte nicht in Haft genommen würden, so dass die Prostituierte mit Vergeltungsmaßnahmen rechnen müsse. Zu berücksichtigen sei auch, dass Prostituierte zu einer stigmatisierten Randgruppe gehörten. Teilweise herrsche die Vorstellung vor, dass man eine Prostituierte gar nicht vergewaltigen könne. Als besonders demütigend werde es von den Prostituierten empfunden, wenn der Freier nach Abschluss der vereinbarten sexuellen Dienstleistung weitere, nicht vereinbarte (sexuelle) Handlungen an der Prostituierten vornehme (z. B. Greifen an die Brust).

In Bordellen seien Prostituierte im Vergleich zur Straßenprostitution – und auch im Vergleich zur Wohnungsprostitution – sicherer vor Übergriffen auf ihre sexuelle oder körperliche Integrität. Aus diesem Grund sprach sich *Hitzke* dafür aus, die Altersstufe von 18 Jahren als Voraussetzung für die legale Prostitution nicht anzuheben. Würde man die Altersstufe anheben, dürften die jungen Frauen nicht in Bordellen arbeiten und üben in der Konsequenz die unsicherere Straßenprostitution aus.

Nach *Hitzke* wäre es sinnvoll, die Straßenprostitution tendenziell nicht zu verbieten. Es habe sich gezeigt, dass sich die Prostitution anderenfalls in nicht transparente Bereiche verlagere. In diesen könne man den Prostituierten keinen Schutz gewähren. Darüber hinaus müssten die Arbeitsbedingungen in Bezug auf die Straßenprostitution verbessert werden. So müsse sichergestellt werden, dass die Frauen nicht durch Zuhälter ausgebeutet werden.

2. Die einzelnen Prostitutionsdelikte

Im Hinblick auf die einzelnen Prostitutionsdelikte hielt *Eisele* in der 12. Sitzung ein Impulsreferat mit dem Titel „Reform der Strafvorschriften betreffend die Prostitution“. *Cirullies* beschäftigte sich in ihrem Impulsreferat in der 11. Sitzung mit dem Reformbedarf bei den Tat-

beständen der Ausübung der verbotenen Prostitution (§ 184f StGB) und der jugendgefährdenden Prostitution (§ 184g StGB). Bereits in der 6. Sitzung hatte *Wolters* einen Impulsbeitrag zu den Wertungswidersprüchen bei den Schutzaltersgrenzen im 13. Abschnitt des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches gehalten, in dem er auf die Vornahme sexueller Handlungen gegen Entgelt zum Nachteil von Jugendlichen sowie auf § 180a Abs. 2 Nr. 1 StGB einging. Darüber hinaus haben die in der 11. und 12. Sitzung angehörten Sachverständigen *Wittlake*, *von Braun*, der *BSD* und *Hitzke* in unterschiedlicher Gewichtung ihre jeweiligen Anschauungen zu den einzelnen Prostitutionsvorschriften vorgetragen.

Die Reformkommission ließ sich bei den Diskussionen von der Vorstellung leiten, dass die Prostitution an sich grundsätzlich legal und zulässig ist. Erwachsene Personen, die freiwillig der Prostitution nachgehen, treffen im Rahmen ihrer sexuellen Selbstbestimmung eine eigenverantwortliche Entscheidung, die zu respektieren ist. Das entspricht auch der Wertung des Gesetzgebers, wie sie durch das ProstG und durch das Gesetz zur Regulierung des Prostitutionsgewerbes sowie zum Schutz von in der Prostitution tätigen Personen vom 21. Oktober 2016 (ProstSchG) zum Ausdruck gebracht ist.¹³³

a) Das Verhältnis der Prostitutionsvorschriften zu den Vorschriften betreffend den Menschenhandel

Eisele ging darauf ein, dass der Gesetzgeber mit dem 37. Strafrechtsänderungsgesetz – §§ 180b, 181 StGB vom 11. Februar 2005 (37. StrÄndG) den § 180b StGB (Menschenhandel) und den § 181 StGB (Schwerer Menschenhandel) im 13. Abschnitt aufgehoben und den Regelungsgehalt in den 18. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB (Straftaten gegen die persönliche Freiheit) verschoben habe.¹³⁴ Auf diese Weise habe man die Straftatbestände zum Menschenhandel an einem einheitlichen Standort im StGB regeln wollen. Nach Auffassung von *Eisele* wäre es vorzugswürdig gewesen, die gesamte Materie einheitlich im 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB zu regeln. Denn viele Vorschriften des Menschenhandels wiesen Überschneidungen zur Prostitution auf. Der Gesetzgeber habe demgegenüber jedoch seine Entscheidung für den 18. Abschnitt jüngst mit dem Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung des Menschenhandels und zur Änderung des Bundeszentralregistergesetzes sowie des Achten Buches Sozialgesetzbuch vom 11. Oktober 2016 bestätigt, indem er die Neuregelungen zum Menschenhandel im 18. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB belassen habe.¹³⁵

¹³³ Vgl. BGBl. I, S. 2372 ff. Das ProstSchG wird am 1. Juli 2017 vollständig in Kraft treten.

¹³⁴ Vgl. BGBl. I, S. 239 ff.

¹³⁵ Vgl. BGBl. I, S. 2218 ff. Das Gesetz wurde am 14. Oktober 2016 verkündet und ist am 15. Oktober 2016 in Kraft getreten.

Von Braun führte aus, dass bei Ermittlungen wegen Menschenhandels gemäß der §§ 232 ff. StGB meist auch die §§ 180 ff. StGB – namentlich § 181a StGB (Zuhälterei) – relevant seien. Opfer der Menschenhandelsdelikte würden häufig auch anderweitig in ihrem Recht auf sexuelle Selbstbestimmung beschränkt. Dem Täter komme es gerade darauf an, das Opfer zu kontrollieren und die Erlöse aus der Prostitution möglichst umfassend für sich zu vereinnahmen.

Die Mehrheit der Mitglieder der Reformkommission teilte die Auffassung von *Eisele* und sprach sich dafür aus, die Prostitutionsvorschriften und die die Prostitution betreffenden Vorschriften aus dem 18. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB im 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB zusammenzuführen. Die Mitglieder diskutierten, ob für die Prostitutionsdelikte ein eigener Abschnitt im StGB vorgehalten werden sollte. Der Vorschlag wurde jedoch schließlich verworfen, weil die Prostitutionsvorschriften neben der persönlichen Freiheit insbesondere die sexuelle Selbstbestimmung des Opfers schützten und daher im 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB richtig verortet seien.

b) Der Änderungsbedarf in Bezug auf § 180a StGB (Ausbeutung von Prostituierten)

Eisele stellte in seinem Impulsreferat – zum Teil ergänzt durch Ausführungen von *Wolters* – die folgenden Probleme des § 180a StGB heraus:

aa) § 180a Abs. 1 StGB (Gewerbsmäßiges Leiten oder Unterhalten eines Betriebes)

Gemäß § 180a Abs. 1 StGB wird mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren bestraft, wer gewerbsmäßig einen Betrieb unterhält oder leitet, in dem Personen der Prostitution nachgehen und in dem diese in persönlicher oder wirtschaftlicher Abhängigkeit gehalten werden.

Eisele stellte zunächst heraus, dass § 180a Abs. 1 StGB Überschneidungen zu § 181a Abs. 1 Nr. 1 und 2 StGB aufweise. Gemäß § 181a Abs. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 5 Jahren bestraft, wer eine andere Person, die der Prostitution nachgeht, ausbeutet (Nr. 1) oder seines Vermögensvorteils wegen eine andere Person bei der Ausübung der Prostitution überwacht, Ort, Zeit, Ausmaß oder andere Umstände der Prostitutionsausübung bestimmt oder Maßnahmen trifft, die sie davon abhalten sollen, die Prostitution aufzugeben (Nr. 2) und im Hinblick darauf Beziehungen zu ihr unterhält, die über den Einzelfall hinausgehen.

§ 181a Abs. 1 Nr. 1 StGB bestrafe die Ausbeutung und weise damit eine große Schnittmenge zum Halten in wirtschaftlicher Abhängigkeit aus § 180a Abs. 1, 2. Variante StGB auf. Gleichzeitig umfasse das Halten in persönlicher Abhängigkeit im Sinne des § 180a Abs. 1, 1. Variante StGB zahlreiche Fälle des § 181a Abs. 1 Nr. 2 StGB. Denn § 181a Abs. 1 Nr. 2 StGB werde von der Rechtsprechung im Lichte des ProstG dahingehend ausgelegt, dass sich die Prostituierte der Weisung aufgrund persönlicher oder wirtschaftlicher Abhängigkeit nicht entziehen kann, also etwa in persönlicher Abhängigkeit gehalten werde.

Ferner weise § 180a Abs. 1 StGB Überschneidungen zu § 232 Abs. 1 StGB in der Fassung vom 11. Februar 2005 (StGB a. F.) auf. Gemäß § 232 Abs. 1 Satz 1 StGB a. F. wird mit Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 10 Jahren bestraft, wer eine andere Person unter Ausnutzung einer Zwangslage oder der Hilflosigkeit, die mit ihrem Aufenthalt in einem fremden Land verbunden ist, zur Aufnahme oder Fortsetzung der Prostitution oder dazu bringt, sexuelle Handlungen, durch die sie ausgebeutet wird, an oder vor dem Täter oder einem Dritten an sich vornehmen zu lassen. Während § 180a Abs. 1 StGB das Halten in persönlicher oder wirtschaftlicher Abhängigkeit voraussetze, müsse der Täter des § 232 Abs. 1 Satz 1 StGB a. F. beispielsweise eine Zwangslage des Opfers ausnutzen. Eine Zwangslage sei gegeben, wenn eine ernste persönliche oder wirtschaftliche Bedrängnis vorliegt.¹³⁶ Erfülle danach das Handeln des Täters beide Straftatbestände, erfahre er eine Privilegierung, wenn er als Bordellbetreiber handele. Denn in diesen Fällen weise § 180a Abs. 1 StGB im Vergleich zu § 232 Abs. 1 StGB a. F. einen geringeren Strafraumen auf.¹³⁷

Von Braun vertrat die Auffassung, dass § 180a Abs. 1 StGB neben § 181a Abs. 1 Nr. 1 StGB durchaus einen eigenständigen Anwendungsbereich aufweise. Die Praxis greife vor allem dann auf § 180a StGB zurück, wenn ein Betrieb den Prostituierten zu starre Vorgaben mache und diese planmäßig ausbeute. Denn bei § 180a Abs. 1 StGB komme es im Gegensatz zu § 181a StGB nicht darauf an, dass der Täter in Bezug auf eine konkrete Prostituierte ein Herrschaftsverhältnis ausübe. Das faktische Unterhalten oder Leiten eines Betriebes, in dem Personen in wirtschaftlicher oder persönlicher Abhängigkeit gehalten würden, reiche für die Verwirklichung des § 180a Abs. 1 StGB aus. Konkret sei hierunter z. B. die Festlegung der Preise sexueller Dienstleistungen, Vorgaben zur Arbeitszeit, Ahndung von Verstößen gegen die Hausordnung, Strafzahlungen, Lehrgelder, Kontaktverbote mit Freiern außerhalb des

¹³⁶ Vgl. Fischer, StGB, 63. Auflage, § 232 Rn. 9.

¹³⁷ Der Gesetzgeber hat die Vorschriften zum Menschenhandel mit dem oben genannten Gesetz vom 11. Oktober 2016 zeitlich nach der Diskussion der Reformkommission zu den Prostitutionsdelikten grundlegend überarbeitet. Der wesentliche Regelungsgehalt des § 232 Abs. 1 StGB a. F. wurde als neuer Straftatbestand der Zwangsprostitution in § 232a Abs. 1 StGB erfasst. Das von *Eisele* aufgeworfene Problem besteht somit unverändert fort.

Hotels, Übernachtungszwang etc. zu subsumieren. Da derartige Regelungen in vielen Bordellbetrieben existent seien, bleibe § 180a Abs. 1 StGB trotz etwaiger Überschneidungen mit § 181a Abs. 1 Nr. 1 und 2 StGB aus staatsanwaltschaftlicher Sicht praxisrelevant.

Die Mitglieder der Reformkommission waren sich einig, dass § 180a StGB nur eine Auffangfunktion zukomme. Die meisten der in § 180a StGB umfassten Tathandlungen seien bereits durch andere Vorschriften, wie den einschlägigen Vorschriften zum Menschenhandel und § 181a StGB (Zuhälterei), erfasst.

bb) § 180a Abs. 2 Nr. 1 StGB (Gewähren von Wohnung etc. an eine Person unter 18 Jahren)

Gemäß § 180a Abs. 1 Nr. 1 StGB wird mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren bestraft, wer einer Person unter 18 Jahren zur Ausübung der Prostitution Wohnung, gewerbsmäßig Unterkunft oder gewerbsmäßig Aufenthalt gewährt.

Eisele führte aus, dass die Vorschrift verhindern solle, dass Jugendliche in Prostituiertenwohnheimen etc. aufgenommen würden. Tatsächlich treibe § 180a Abs. 2 Nr. 1 StGB aber das Opfer in die Straßenprostitution. Die Vorschrift sei daher nicht geeignet, Jugendliche von der Prostitution abzubringen. Zielführender sei es, grundsätzlich zu überlegen, welche Handlungen in Bezug auf die Prostitution von Personen unter 18 bzw. unter 21 Jahren insgesamt strafwürdig seien und diese Handlungen unter Einbeziehung von § 232 Abs. 1 Satz 2 StGB a. F. (Bringen von Personen unter 21 Jahren zur Aufnahme oder Fortsetzung der Prostitution etc.), § 233a Abs. 1 StGB a. F. (Vorschubleisten des Menschenhandels nach § 232 oder § 233 StGB durch Beherbergen etc.),¹³⁸ § 180 Abs. 2 StGB (Bestimmen einer Person unter 18 Jahren zur Vornahme sexueller Handlungen gegen Entgelt) und § 182 Abs. 2 StGB (Freierstrafbarkeit bei sexuellen Handlungen mit Personen unter 18 Jahren) strafrechtlich neu auszugestalten.

Wolters teilte in seinem Impulsreferat die Auffassung von *Eisele* im Wesentlichen und äußerte ebenfalls die Befürchtung, dass § 180a Abs. 2 Nr. 1 StGB Jugendliche nicht von der Prostitution abhalte, sondern sie vielmehr in die Straßenprostitution treibe. Der Wunsch des Gesetzgebers, Personen zu bestrafen, die die Prostitution von Jugendlichen begünstigen, sei gleichwohl legitim. Es sei plausibel, dass der Gesetzgeber in Bezug auf Jugendliche die Gefahr sehe, dass sie wegen ihrer noch nicht ausgereiften Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung fremdbestimmt werden und keine freiverantwortliche Entscheidung für oder gegen

¹³⁸ Nach der Neugestaltung der Strafvorschriften zum Menschenhandel sind statt der §§ 232, 232a StGB a. F. nunmehr die §§ 232a Abs. 1 bzw. 232 Abs. 1 StGB in Bezug zu nehmen.

die Aufnahme der Prostitution treffen könnten. Zum Schutz des Jugendlichen müsse aber generell das Fördern der Prostitution Jugendlicher unter Strafe gestellt werden und nicht nur das Gewähren von Wohnung etc. Entsprechendes sehe Artikel 4 Abs. 5 der Richtlinie 2011/93/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI des Rates vom 13. Dezember 2011 (RL 2011/93/EU) vor. Die Mitgliedsstaaten müssen nach dieser Vorschrift diejenigen bestrafen, der ein Kind (Person unter 18 Jahren) zu einer Mitwirkung an Kinderprostitution veranlasst oder anwirbt oder von dieser profitiert. Es solle daher eine Vorschrift gefunden werden, die die Förderung der Prostitution Minderjähriger unter Strafe stellt und gleichzeitig den Regelungsgehalt der §§ 180 Abs. 2, 182 Abs. 2 StGB in sich aufnimmt.¹³⁹

Von Braun hielt § 180a Abs. 2 StGB aus praktischer Sicht insbesondere für den Bereich des unregistrierten Escort-Services für relevant. Hierbei würden Frauen über Internetportale vermittelt. Den Zuhältern erwüchsen kaum Kosten für Unterhalt und Werbung, da lediglich der Fahrdienst und die Wohnungsmiete zu finanzieren seien. Die erforderlichen Wohnungen würden häufig durch Dritte angemietet. Diese Dritten könne man über § 180a Abs. 2 StGB strafrechtlich zur Verantwortung ziehen. § 180a Abs. 2 Nr. 1 StGB komme dabei eine besondere Bedeutung zu, weil insbesondere Minderjährige über den Escort-Service angeboten würden. Die Straßenprostitution spiele für die Minderjährigen demgegenüber aus Sicht der Praxis nur eine untergeordnete Rolle. Die Vorschrift weise auch einen eigenständigen Anwendungsbereich auf, weil sie Personen unter 18 Jahren und nicht nur – wie § 180 Abs. 1 Nr. 2 StGB – Personen unter 16 Jahren schütze. Der Strafraum des § 180a Abs. 2 StGB sei aus staatsanwaltschaftlicher Sicht allerdings zu niedrig.

Nach *Wittlake* sei es erstrebenswert, das Alter für die legale Prostitution auf 21 Jahre anzuheben. Personen unter 21 Jahren seien nicht hinreichend in ihrer Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung gefestigt, um eine freiverantwortliche Entscheidung für oder gegen die Prostitution zu treffen.

Die Mitglieder der Reformkommission diskutierten kontrovers, ob § 180a Abs. 2 Nr. 1 StGB Jugendliche tatsächlich in die Straßenprostitution treibe und daher aufgehoben werden müsse. Dagegen wurde vorgetragen, dass die Wohnungsgewährung eine klassische Beihilfehandlung der Förderung der Prostitution sei.

¹³⁹ Siehe auch Themenkomplex 3, Punkt III.1.d.

cc) § 180a Abs. 2 Nr. 2 StGB (Wohnungsgewährung)

Gemäß § 180a Abs. 2 Nr. 2 StGB wird mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren bestraft, wer eine andere Person, der er zur Ausübung der Prostitution Wohnung gewährt, zur Prostitution anhält oder im Hinblick auf sie ausbeutet.

Nach *Eisele* sei es im Grundsatz nicht überzeugend, dass sich strafbar mache, wer einer Person zur Ausübung der Prostitution Wohnung gewähre und die Person zur Prostitution anhalte (§ 180a Abs. 2 Nr. 2, 1. Variante StGB). Die Ausübung der Prostitution sei grundsätzlich legal, so dass auch das Anhalten zu dieser Tätigkeit legal sein müsse.

§ 180a Abs. 2 Nr. 2, 2. Variante StGB normiere zudem laut *Eisele* das sogenannte Vermieterprivileg. Diejenige Person, die einer Person zur Ausübung der Prostitution eine Wohnung gewähre und die Prostituierte ausbeute, werde nach § 180a Abs. 2 Nr. 2, 2. Variante StGB mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren bestraft. Demgegenüber werde derjenige, der eine andere Person, die der Prostitution nachgeht, ausbeutet und der Prostituierten hierzu keine Wohnung vermietet, unter den Voraussetzungen des § 181a Abs. 1 Nr. 1 StGB mit Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 5 Jahren bestraft. Es sei nicht plausibel, den ausbeutenden Vermieter mit einer geringeren Strafe zu belegen als den Täter des § 181a Abs. 1 Nr. 1 StGB.

Von *Braun* führte aus, dass § 180a Abs. 2 Nr. 2 StGB neben § 181a StGB (Zuhälterei) aus praktischer Sicht kaum eine Rolle spiele. *Wittlake* bewertete § 180a StGB – ebenso wie § 181a StGB – demgegenüber grundsätzlich als gute Arbeitsgrundlage, um gegen die Ausbeutung von Prostituierten durch Zuhälter oder bordellartige Betriebe vorgehen zu können. Aus praktischer Sicht bestehe die Problematik vielmehr darin, gerichtsverwertbare Opferaussagen zu erhalten.

dd) Lösungsvorschläge für § 180a StGB

Eisele schlug vor dem aufgezeigten Hintergrund vor, § 180a StGB zu streichen. Soweit der Regelungsbereich nicht bereits von § 181a StGB bzw. § 232 Abs. 1 StGB a. F.¹⁴⁰ erfasst werde, seien diese Vorschriften um den verbleibenden eigenständigen Regelungsgehalt des § 180a StGB zu ergänzen. Die Reformkommission teilte diese Auffassung, sprach sich aber mehrheitlich dafür aus, dass der Regelungsgehalt des § 180a Abs. 2 Nr. 1 StGB nicht entfallen dürfe. Es handele sich bei der Gewährung von Wohnung etc. an Personen unter 18 Jahren zur Ausübung der Prostitution um eine klassische Beihilfehandlung zur Förderung der Jugendprostitution, die weiterhin strafwürdig sei. Diese Tathandlung könne aber in einem

¹⁴⁰ § 232 Abs. 1 StGB a. F. entspricht nunmehr im Wesentlichen § 232a Abs. 1 StGB.

neuen Tatbestand, der die Förderung von Jugendprostitution – wie von *Eisele* und *Wolters* vorgeschlagen – insgesamt unter Strafe stelle, erfasst werden.

Wittlake bestätigte, dass § 180a StGB auch aus polizeilicher Sicht nur eine untergeordnete Bedeutung aufweise. Nach Einschätzung von *Wittlake* werden jährlich in Berlin etwa drei Verfahren nach § 180a StGB eingeleitet. *Von Braun* relativierte diese Aussage allerdings. Häufig würden entsprechende Sachverhalte erst von der Staatsanwaltschaft als Straftaten nach § 180a StGB klassifiziert, so dass sie in der Polizeilichen Kriminalstatistik noch nicht als Fälle des § 180a StGB auftauchten. Für die Erhaltung des § 180a StGB spreche nach *von Braun* auch, dass dessen Absatz 1 zu § 181a Abs. 1 Nr. 1 StGB in Tateinheit stehe. Auf diese Weise ließen sich zum einen höhere Strafen erzielen und zum anderen würde deutlich, welche Kriminalitätsstruktur sich hinter der Tat verberge.

c) Der Änderungsbedarf in § 181a StGB (Zuhälterei)

In Bezug auf § 181a StGB stellte *Eisele* die folgenden Probleme dar:

aa) § 181a Abs. 1 Nr. 1 StGB (Ausbeuterische Zuhälterei)

Gemäß § 181a Abs. 1 Nr. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 5 Jahren bestraft, wer eine andere Person, die der Prostitution nachgeht, ausbeutet und im Hinblick darauf Beziehungen zu ihr unterhält, die über den Einzelfall hinausgehen.

Nach *Eisele* weise die Vorschrift Überschneidungen zu § 180a Abs. 1 StGB und zu § 232 Abs. 1 StGB a. F.¹⁴¹ auf. *Eisele* vertrat daher die Auffassung, dass unter Streichung von § 180a StGB ein einheitlicher Ausbeutungstatbestand geschaffen werden solle. Die Ausbeutung stelle eigenes Unrecht dar, welches unabhängig vom Bestehen einer Zwangslage und unabhängig vom Alter der Prostituierten strafbar sein sollte.

bb) § 181a Abs. 1 Nr. 2 StGB (Dirigistische Zuhälterei)

Gemäß § 181a Abs. 1 Nr. 2 StGB wird mit Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 5 Jahren bestraft, wer seines Vermögensvorteils wegen eine andere Person bei der Ausübung der Prostitution überwacht, Ort, Zeit, Ausmaß oder andere Umstände der Prostitutionsausübung bestimmt oder Maßnahmen trifft, die sie davon abhalten sollen, die Prostitution aufzugeben und im Hinblick darauf Beziehungen unterhält,¹⁴² die über den Einzelfall hinausgehen.

¹⁴¹ § 232 Abs. 1 StGB a. F. entspricht nunmehr im Wesentlichen § 232a Abs. 1 StGB.

¹⁴² Zu den Überschneidungen mit § 180a Abs. 1 StGB s. o. Punkt VI.2.b.bb.(1).

Eisele führte aus, dass zunächst geprüft werden müsse, welche Maßnahmen ein Bordellbetreiber im Einklang mit dem ProstG und dem ProstSchG zulässig ergreifen dürfe. Diese zulässigen Handlungen könnten in der Konsequenz eine Strafbarkeit nicht begründen und seien daher aus dem Tatbestand auszuklammern. Unzulässige Weisungen und Überwachungsmaßnahmen könnten demgegenüber in einer Neufassung unter Strafe gestellt werden, soweit die Tathandlung nicht bereits von § 232 Abs. 1 StGB a. F.¹⁴³ erfasst sei.

Die Reformkommission diskutierte, ob das Erteilen unzulässiger Weisungen sowie die Vornahme von Überwachungshandlungen neben § 232 Abs. 1 StGB a. F. überhaupt unter Strafe gestellt werden müsse. Alternativ wäre de lege ferenda an eine ordnungsrechtliche Anknüpfung an die entsprechenden Bestimmungen des ProstG und des ProstSchG zu denken. Dagegen wurde vorgebracht, dass sich die strafwürdigen Weisungen nicht zwingend auf die im ProstG und im ProstSchG normierte Art und Weise der Ausübung der sexuellen Handlung beschränken ließen. So seien auch das Bestimmen des Arbeitsplatzes (z. B. die Verteilung der Frauen auf verschiedene Bordelle) und das Bestimmen der Arbeitszeiten unter bestimmten Umständen durchaus strafwürdig.

Vor diesem Hintergrund wurde überlegt, ob in Anlehnung an die Rechtsprechung zu § 181a Abs. 1 Nr. 2 StGB zusätzlich auf die persönliche oder wirtschaftliche Abhängigkeit der Prostituierten abgestellt werden müsse. Die Rechtsprechung legt § 181a Abs. 1 Nr. 2 StGB im Lichte des ProstG aus. Sie kommt zu dem Ergebnis, dass Weisungen, die sich auf die Art und Weise der sexuellen Dienstleistung beziehen (z. B. Bestimmung zum Oralverkehr mit einem bestimmten Freier) immer strafbar sind. Die übrigen Weisungen (z. B. zur Arbeitskleidung) sind hingegen nur strafbar, wenn sich die Prostituierte der Weisung aufgrund persönlicher oder wirtschaftlicher Abhängigkeit nicht entziehen kann.¹⁴⁴ Soweit es um die Art und Weise der sexuellen Dienstleistung geht, die nach der Rechtsprechung ohne weitere Voraussetzungen strafrechtlich relevant sei, wurde teilweise von der Reformkommission vertreten, dass dieser Ansatz zu weitgehend sei. Es müsse vielmehr ein weiteres tatbestandliches Kriterium gefunden werden, welches darin bestehe, dass Weisungen, die die Art und Weise der Dienstleistung betreffen, zusätzlich eine Beeinträchtigung der sexuellen Selbstbestimmung darstellen müssten. Die sexuelle Selbstbestimmung sei z. B. nicht tangiert, wenn die Prostituierte die Weisung erhalte, Oralverkehr an einem bestimmten Kunden durchzuführen und sie hiermit kein Problem habe. Dagegen wurde vorgetragen, dass jede Weisung, die die Art und Weise der sexuellen Handlung betreffe, ohne Weiteres strafwürdig sei. Andernfalls könne der Täter die Schutzbehauptung aufstellen, von dem Einverständnis der Prostituierten ausgegangen zu sein. *Von Braun* begrüßte es entsprechend, dass § 181a Abs. 1 Nr. 2 StGB

¹⁴³ § 232 Abs. 1 StGB a. F. entspricht nunmehr im Wesentlichen § 232a Abs. 1 StGB.

¹⁴⁴ Vgl. BGH, Beschluss vom 1. August 2003 – 2 StR 186/03, in: BGHSt 48, 314 ff.

auch dann einschlägig sei, wenn die Prostitution trotz des Bestimmens freiwillig vorgenommen werde.

Im Lichte der aufgezeigten Rechtsprechung wurde zusätzlich überlegt, die dirigistische Zuhälterei in einen Ausbeutungstatbestand zu integrieren. Denn der von der Rechtsprechung entwickelte Aspekt der wirtschaftlichen und persönlichen Abhängigkeit weise Parallelen zur Ausbeutung auf.

Wittlake führte aus, dass die dirigistische Zuhälterei in der Praxis keine Rolle spiele. Im Lichte der zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs sei der Tatbestand zu unklar und für die Praxis nicht mehr handhabbar. Der *BSD* vertrat den Standpunkt, dass es Fälle der dirigistischen Zuhälterei auch faktisch nicht gebe. Prostituierte würden sich in aller Regel als Selbständige verstehen. Das Dienstleistungsverhältnis werde daher allein zwischen der Prostituierten und dem Freier begründet. Die Prostituierte bestimme selbst, zu welchem Preis und mit wem sie welche Dienstleistung vornehme. Der Bordellbetreiber stelle lediglich die Rahmenbedingungen zur Verfügung. Er lege in Absprache mit der Prostituierten die Arbeitszeiten fest und mache z. B. Vorgaben, die die Hygiene betreffen. Auch im Hinblick auf die sogenannten Flatrate-Partys spiele die dirigistische Zuhälterei keine Rolle. Derartige Partys zeichneten sich dadurch aus, dass der Freier vorab einen pauschalen Betrag entrichte und dann über einen gewissen Zeitraum so oft sexuellen Verkehr haben könne, wie er wolle. Die Prostituierte entscheide auch bei Flatrate-Partys allein, wann sie mit wem welche sexuellen Handlungen vornehme. *Hitzke* bestätigte, dass die Entscheidungsfreiheit der Prostituierten nach ihrer Einschätzung in den Bordellen häufig gewährleistet sei. Sie würden etwa die Hälfte ihrer Einnahmen an den Bordellbetreiber abgeben müssen. Problematischer sei die Ausbeutung durch Zuhälter, wobei häufig auch Frauen, die in Bordellen arbeiteten, zusätzlich noch einen Zuhälter hätten.

Von Braun hielt § 181a Abs. 1 Nr. 2 StGB für praktisch sehr relevant. Zuhälter würden häufig bestimmen, wo eine Prostituierte zu arbeiten habe, welche sexuellen Dienstleistungen sie anbieten müsse und dass sie etwa ohne Kondom arbeiten müsse. *Hitzke* ergänzte hierzu, dass Zuhälter teilweise über sogenannte Testfreier prüften, ob die Prostituierte tatsächlich jeder gewünschten sexuellen Dienstleistung nachkomme. Hinsichtlich der Weisungen zu Zeit und Ort komme es nach *von Braun* darauf an, ob es ein konkretes Regelwerk gebe, welches so starre Vorgaben vorsehe, dass sich die Prostituierte rechtfertigen müsse, wenn sie eigenbestimmt agieren wolle. Strafbar sei auch das Zuweisen von Stammplätzen in der Straßenprostitution. *Von Braun* schilderte, dass Zuhälter häufig Druck aufbauten, um die Prostituierte zur Fortsetzung der Prostitution zu veranlassen, indem sie damit drohten, Nacktaufnahmen

von der Prostituierten zu veröffentlichen oder ihrer Familie von ihrer Tätigkeit zu berichten. Der Strafraum sei aus staatsanwaltschaftlicher Sicht nicht zu beanstanden, weil er eine hinreichende Grundlage für Untersuchungshaftbefehle biete.

Die Mitglieder der Reformkommission sprachen sich mehrheitlich dafür aus, § 181a Abs. 1 Nr. 2 StGB dahingehend neu zu fassen, dass Tathandlungen, die nach dem ProstG und nach dem ProstSchG erlaubt sind, tatbestandlich ausgeklammert werden. Zudem sollen nur solche Tathandlungen erfasst werden, die nicht bereits § 232 Abs. 1 StGB a. F. (nunmehr § 232a Abs. 1 StGB) unterfallen.

cc) § 181a Abs. 2 StGB (Kupplerische Zuhälterei)

Gemäß § 181a Abs. 2 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer die persönliche oder wirtschaftliche Unabhängigkeit einer anderen Person dadurch beeinträchtigt, dass er gewerbsmäßig die Prostitutionsausübung der anderen Person durch Vermittlung sexuellen Verkehrs fördert und im Hinblick darauf Beziehungen zu ihr unterhält, die über den Einzelfall hinausgehen.

(1) Der Aspekt der Ausbeutung

Nach *Eisele* sei die Förderung der Prostitution grundsätzlich straffrei zu stellen. Da die Ausübung der Prostitution legal sei, müsse dies auch für ihre Förderung gelten. Etwas anderes sei es, wenn die Prostituierte ausgebeutet werde. Diese Tathandlung sei nach *Eisele* – zusammen mit § 181a Abs. 1 Nr. 1 StGB und dem diesbezüglichen eigenständigen Regelungsgehalt des § 180a StGB¹⁴⁵ – in einen einheitlichen Ausbeutungstatbestand aufzunehmen. Im Gegenzug könne § 181a Abs. 2 StGB gestrichen werden.

Von Braun führte jedoch aus, dass es sich bei § 181a Abs. 2 StGB um einen nützlichen Auffangtatbestand handele. In der Praxis komme die Vorschrift zum Zuge, wenn weder § 180a Abs. 1 StGB (Gewerbsmäßiges Leiten oder Unterhalten eines Betriebes) noch § 181 Abs. 1 Nr. 2 StGB (dirigistische Zuhälterei) zur Anwendung kämen.

Die Mitglieder der Reformkommission diskutierten die Frage, ob es nicht sinnvoll sei, einen einheitlichen Ausbeutungstatbestand zu schaffen, der nicht allein auf die Prostitution zugeschnitten sei, sondern alle Bereiche der Ausbeutung umfasse (z. B. auch den ausgebeuteten Erdbeerpflücker). Dagegen wurde vorgetragen, dass es bei der Prostitution um die Verlet-

¹⁴⁵ Siehe oben Punkt VI.2.b und Punkt VI.2.c.aa.

zung der sexuellen Selbstbestimmung gehe und dieser Umstand einen eigenständigen Straftatbestand rechtfertige. Diesem Argument wurde jedoch entgegengehalten, dass es letztlich immer um die wirtschaftliche Ausbeutung von Arbeitskraft gehe. Aus diesem Grund sei es auch fraglich, ob ein umfassender Ausbeutungstatbestand im 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB richtig verortet sei. In Betracht käme eine Regelung, die in der Nähe von § 291 StGB (Wucher) anzusiedeln sei. Dabei sei allerdings zu beachten, dass die Ausbeutung der Arbeitskraft von der Neuregelung zum Menschenhandel bereits erfasst sei.

Die Mehrheit der Mitglieder der Reformkommission sprach sich dafür aus, die Ausbeutungstatbestände der §§ 180a, 181a StGB in einem auf die Prostitution zugeschnittenen Ausbeutungstatbestand zusammenzufassen.

(2) Die Beziehungsklausel

Die in § 181a StGB enthaltene Beziehungsklausel („...und im Hinblick darauf Beziehungen zu ihr unterhält, die über den Einzelfall hinausgehen“) hielt *Eisele* für verzichtbar. Denn auch die gelegentliche Ausbeutung von Prostituierten stelle Unrecht dar. Durch das Entfallen der Beziehungsklausel könne in der Konsequenz § 181a Abs. 3 StGB wegfallen, weil es auch im Rahmen einer Ehe nicht relevant sein könne, ob es sich um eine gelegentliche oder um eine dauerhafte Ausbeutung handelt.

Zur Frage der Aufhebung der Beziehungsklausel teilte die Reformkommission ganz überwiegend die Auffassung von *Eisele*. Das Unrecht der Tat bestehe unabhängig davon, ob der Täter eine (dauerhafte) Beziehung zu der Prostituierten unterhalte. Die Überschrift der Vorschrift müsse in der Folge ggf. geändert werden, weil es ohne die Beziehungsklausel nicht mehr um die Zuhälterei, sondern generell um Ausbeutung gehe. Vereinzelt wurde für den Erhalt der Beziehungsklausel argumentiert, dass nicht alle Varianten des § 181a StGB auf eine Ausbeutung abstellten, so dass die Beziehungsklausel bei Tathandlungen ohne Ausbeutung sinnvoll sein könne.

dd) Einführung einer gewerbs- und bandenmäßigen Zuhälterei

Von Braun regte an, die gewerbs- und bandenmäßige Zuhälterei gesondert unter Strafe zu stellen. Es sei in der Praxis häufig zu beobachten, dass mehrere Personen zusammen agierten. Die Reformkommission hielt einen Straftatbestand der gewerbsmäßigen Zuhälterei nicht für sinnvoll. Die Gewerbsmäßigkeit der Handlung sei § 181a Abs. 1 und 2 StGB ohnehin

immanent. Hinsichtlich der Einführung einer bandenmäßigen Zuhälterei war das Meinungsbild in der Reformkommission uneinheitlich.

d) Einführung der Versuchsstrafbarkeit für die §§ 180a, 181a StGB

Wittlake bewertete die §§ 180a, 181a StGB grundsätzlich als gute Arbeitsgrundlage, um gegen die Ausbeutung von Prostituierten durch Zuhälter oder bordellartige Betriebe vorgehen zu können. Das Landeskriminalamt Berlin und die Staatsanwaltschaft Berlin gingen davon aus, dass das Tatbestandsmerkmal „Ausbeutung“ erfüllt sei, wenn die Prostituierten 50 % ihres Lohnes abgeben müssten. Wenn bekannt sei, welchen Betrag Prostituierte konkret abführen müssten, könne man anhand von im Bordell ausgelegten Preislisten errechnen, um wie viel Prozent es sich dabei handele. Allerdings sei es teilweise schwierig, die Vollendung des Deliktes nachzuweisen. Es lasse sich häufig nicht ermitteln, welchen konkreten Betrag die Prostituierte zahlen müsse. Grundlage der Ermittlungen seien häufig Telekommunikationsmitschnitte, die im Rahmen der Ermittlungen wegen Menschenhandels gewonnen würden, aus denen sich aber die konkreten Summen nicht ergeben. Die Polizei wünsche sich daher für beide Straftatbestände die Ergänzung um die Versuchsstrafbarkeit. *Von Braun* hielt die Einführung einer Versuchsstrafbarkeit demgegenüber nicht für zwingend erforderlich. Die Mehrheit der Mitglieder der Reformkommission schloss sich der letztgenannten Auffassung an. Ermittlungstechnische Schwierigkeiten würden die Einführung einer Versuchsstrafbarkeit nicht rechtfertigen.

e) Die Prostitution Minderjähriger

Gemäß § 180 Abs. 2 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer eine Person unter 18 Jahren bestimmt, sexuelle Handlungen gegen Entgelt an oder vor einem Dritten vorzunehmen oder von einem Dritten an sich vornehmen zu lassen, oder wer solchen Handlungen durch seine Vermittlung Vorschub leistet. Gemäß § 182 Abs. 2 StGB wird eine Person über 18 Jahren mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, die eine Person unter 18 Jahren dadurch missbraucht, dass sie gegen Entgelt sexuelle Handlungen an ihr vornimmt oder an sich von ihr vornehmen lässt.

Eisele wies darauf hin, dass die §§ 180 Abs. 2, 182 Abs. 2 StGB Widersprüche im Vergleich zu § 232 Abs. 1 Satz 2 StGB a. F.¹⁴⁶ aufwiesen. Gemäß § 232 Abs. 1 Satz 2 StGB a. F. wird mit Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 10 Jahren bestraft, wer eine Person unter 21 Jahren zur Aufnahme oder Fortsetzung der Prostitution oder zu sonstigen in § 232 Abs. 1 Satz 1

¹⁴⁶ Die Regelung findet sich nunmehr im Wesentlichen in § 232a Abs. 1 Nr. 1 StGB.

StGB a. F. genannten Handlungen bringt. § 232 Abs. 1 Satz 2 StGB a. F. weise damit einen höheren Strafraumen als § 180 Abs. 2 StGB auf, obwohl er auch heranwachsende Opfer im Alter von 18 bis 20 Jahren einbeziehe, keine Entgeltlichkeit erfordere und der Täter das Opfer nicht bestimmen, sondern lediglich zu der Prostitution bringen müsse.¹⁴⁷ Darüber hinaus sei es nicht plausibel, dass § 182 Abs. 2 StGB die Freierstrafbarkeit zum Schutz von Personen unter 18 Jahren enthalte, während es keine Entsprechung in § 232 Abs. 1 Satz 2 StGB a. F. gebe. Im Rahmen einer Reform sollten diese Widersprüche nach Auffassung von *Eisele* bereinigt werden.¹⁴⁸

Wolters nahm in seinem Impulsreferat zu den Schutzaltersgrenzen neben den §§ 180 Abs. 2 und 182 Abs. 2 StGB zusätzlich § 180a Abs. 2 Nr. 1 StGB in Bezug. Nach dieser Vorschrift wird mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer einer Person unter 18 Jahren zur Ausübung der Prostitution Wohnung, gewerbsmäßig Unterkunft oder gewerbsmäßig Aufenthalt gewährt. Nach Auffassung von *Wolters* solle eine neue Vorschrift geschaffen werden, die die Aspekte der §§ 180 Abs. 2, 182 Abs. 2 und 180a Abs. 2 Nr. 1 StGB zusammenführe und darauf hinwirke zu verhindern, dass Minderjährige in die Prostitution abgleiten und hierdurch in prostitutionstypische Abhängigkeiten geraten. *Eisele* teilte diese Auffassung, wobei – wie soeben aufgezeigt – gleichzeitig die Unstimmigkeiten im Vergleich zu § 232 Abs. 1 Satz 2 StGB a. F. in einer Neuregelung Berücksichtigung finden müssten.¹⁴⁹

Die Mitglieder der Reformkommission sprachen sich teilweise dafür aus, lediglich die §§ 180 Abs. 2, 182 Abs. 2 StGB zusammenzufassen und § 180a Abs. 2 StGB auszunehmen. Denn diese Vorschriften erfassten bereits die einmalige Vornahme einer sexuellen Handlung gegen Entgelt und sollten Jugendliche vor dem Abgleiten in die Prostitution bewahren. Demgegenüber weise § 180a Abs. 2 Nr. 1 StGB als Prostitutionsdelikt eine andere Ausgangssituation auf.¹⁵⁰

¹⁴⁷ Auch die Neuregelung des § 232a Abs. 1 Nr. 1 StGB weist einen höheren Strafraumen als die §§ 180 Abs. 2 und 182 Abs. 2 StGB auf, obwohl § 232a Abs. 1 Nr. 1 StGB auch Heranwachsende in den Schutzbereich einbezieht, keine Entgeltlichkeit erforderlich ist und der Täter das Opfer nicht bestimmen, sondern beispielsweise nur zur Aufnahme oder Fortsetzung der Prostitution veranlassen muss. Zum unterschiedlichen Inhalt von „Bestimmen“ und „Veranlassen“ siehe BT-Drs. 18 / 9095, S. 33.

¹⁴⁸ Die Freierstrafbarkeit findet sich nunmehr in § 232a Abs. 6 Nr. 2 StGB. Anders als bei § 182 Abs. 2 StGB beschränkt sich die Freierstrafbarkeit aber nicht darauf, dass der Täter eine sexuelle Handlung gegen Entgelt an der Minderjährigen vornimmt. Der Täter muss bei § 232a Abs. 6 Nr. 2 StGB vielmehr zusätzlich eine persönliche oder wirtschaftliche Zwangslage bzw. eine bestimmte Form der Hilflosigkeit des Opfers ausnutzen. Insoweit besteht eine Diskrepanz zwischen § 182 Abs. 2 StGB und der Freierstrafbarkeit aus dem 18. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB.

¹⁴⁹ Siehe zu § 180a Abs. 2 Nr. 1 StGB auch oben, Punkt VI.2.b.bb.

¹⁵⁰ Siehe hierzu im Einzelnen Themenkomplex 3, Punkt III.1.d.

f) Die Streichung des § 184f StGB (Ausübung der verbotenen Prostitution)

Gemäß § 184f StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu 6 Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen bestraft, wer einem durch Rechtsverordnung erlassenen Verbot, der Prostitution an bestimmten Orten überhaupt oder zu bestimmten Tageszeiten nachzugehen, beharrlich zuwiderhandelt. Gemäß Artikel 297 EGStGB kann die Landesregierung zum Schutz der Jugend oder des öffentlichen Anstandes unter bestimmten Voraussetzungen durch Rechtsverordnung verbieten, der Prostitution nachzugehen.

Nach Auffassung des *BSD* stelle die Vorschrift einen unzulässigen Eingriff in die Berufsfreiheit aus Artikel 12 des Grundgesetzes dar. § 184f StGB führe dazu, dass die Prostitution in abgelegene Gebiete gedrängt werde, was die Arbeitssituation für Prostituierte gefährlicher mache. Ferner werde die legale Arbeitsmöglichkeit künstlich verknappt, so dass der Konkurrenzdruck steige und die wirtschaftliche Ausbeutung durch Wuchermieten oder Standgeld vereinfacht werde.

Hitzke berichtete aus der Praxis des § 184f StGB, dass Frauen, die gegen die Sperrbezirksverordnung verstoßen, in Dortmund in der Regel drei Platzverweise erhielten, bevor ein Bußgeld verlangt werde. Bei einem erneuten Antreffen im Sperrbezirk, werde das Vergehen als Straftat nach § 184f StGB geahndet. Die Geldbußen bzw. Geldstrafen beliefen sich zum Teil auf €2.000,- bis €3.000,-. Die Prostituierten könnten das nicht bezahlen. Dieser Umstand zwingt sie dazu, mehr zu arbeiten. Zum Teil müssten die Prostituierten auch (Ersatz-) Freiheitsstrafen verbüßen. Nach der Entlassung aus dem Gefängnis würden sie weiter als Prostituierte arbeiten. Darüber hinaus werde auch gegen den angetroffenen Freier ein Bußgeld bis zu €100,- verhängt. Der pädagogische Effekt stelle sich vor allem dadurch ein, dass der Bußgeldbescheid zu den Freiern nach Hause geschickt werde. Die Anwohner der Straßen, in denen der Prostitution nachgegangen werde, fühlten sich vor allem dadurch belästigt, dass die Freier mit dem Auto im Wohngebiet herumführen und auch Frauen sowie Mädchen ansprächen, die mit der Prostitution offensichtlich nichts zu tun hätten. *Von Braun* führte aus, dass § 184f StGB in der Berliner Praxis keine Bedeutung zukomme, da es in Berlin keine Sperrbezirksverordnung gebe.

Cirullies sprach sich in ihrem Impulsreferat zum Reformbedarf bei den §§ 184f, 184g StGB für die Streichung des § 184f StGB aus. Es handele sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt, welches die Allgemeinheit vor Belästigungen durch die Erscheinungsformen der Prostitution schützen solle. Die Ausübung der Prostitution selbst solle nicht unter Strafe gestellt werden. Denn diese sei nach der Wertung des Gesetzgebers ausweislich des ProstG und des

ProstSchG legal. Da der Täter des § 184f StGB keine sozialetisch bedeutsame Schuld auf sich lade, sei die Verhängung einer Kriminalstrafe vor dem Hintergrund des Ultima-Ratio-Prinzips kaum verhältnismäßig. *Eisele* ergänzte, dass § 33 Abs. 2 ProstSchG einen umfangreichen Katalog von Ordnungswidrigkeiten für Betreiberverstöße vorsehe. Gemäß § 33 Abs. 2 Nr. 1 ProstSchG liegt eine Ordnungswidrigkeit vor, wenn das Gewerbe ohne Erlaubnis betrieben wird. In den Sperrbezirken werde eine Erlaubnis gerade nicht erteilt, so dass der Betreiber ordnungswidrig handle, wenn er dort gleichwohl sein Gewerbe betreibe. Es sei wenig überzeugend, demgegenüber die Prostituierte mit einer Kriminalstrafe zu sanktionieren.

Die Mehrheit der Mitglieder der Reformkommission sprach sich dafür aus, § 184f StGB zu streichen, wobei allerdings sichergestellt sein müsse, dass Verstöße gegen die Sperrbezirksverordnung als Ordnungswidrigkeit geahndet werden könnten.

g) Die Streichung des § 184g StGB (Jugendgefährdende Prostitution)

Gemäß § 184g StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu 1 Jahr oder mit Geldstrafe bestraft, wer der Prostitution in der Nähe einer Schule oder anderen Örtlichkeit, die zum Besuch durch Personen unter 18 Jahren bestimmt ist (Nr. 1) oder in einem Haus, in dem Personen unter 18 Jahren wohnen (Nr. 2) in einer Weise nachgeht, die diese Personen sittlich gefährdet.

Cirullies führte aus, dass die Vorschrift den Zweck verfolge, dafür Sorge zu tragen, dass die psychische und soziale Entwicklung von Kindern und Jugendlichen nicht durch aufdringliche Kommerzialisierung sexuellen Verhaltens beeinträchtigt werde. Die Vorschrift normiere ebenso wie § 184f StGB lediglich „Verwaltungsunrecht“ und sei darüber hinaus unbestimmt. Das Merkmal der sittlichen Gefährdung stelle ein Einfallstor für moralische Wertvorstellungen dar. § 184g StGB solle daher gestrichen werden. Gleichzeitig solle die Tathandlung als Ordnungswidrigkeit durch Ergänzung des § 120 OWiG (Verbotene Ausübung der Prostitution; Werbung für Prostitution)¹⁵¹ erfasst werden, um das Lebensumfeld von jungen Menschen nach Möglichkeit von negativen Einflüssen freizuhalten. Dabei müsse das Merkmal der sittlichen Gefährdung in Anlehnung an § 8 des Jugendschutzgesetzes (Jugendgefährdende Orte) in das Merkmal der Gefährdung des geistigen oder seelischen Wohls geändert werden. Damit sei die Gefahr gemeint, dass Jugendliche an ihrer psychischen Konstitution oder ihrem sozial-ethischen Wertebild Schaden nehmen. *Eisele* ergänzte in seinem Impulsreferat, dass es ebenso wie bei § 184f StGB im Hinblick auf § 33 Abs. 2 Nr. 1 ProstSchG nicht plau-

¹⁵¹ Das ProstSchG sieht als Überschrift für § 120 OWiG die amtliche Überschrift „Verbotene Ausübung der Prostitution“ vor.

sibel sei, den Betreiber einer jugendgefährdenden Prostitution mit einer Ordnungswidrigkeit und die Prostituierte mit einer Strafe zu sanktionieren.

Aus Sicht des *BSD* sei die Vorschrift im Hinblick auf öffentlich präsentierte Sexualität in Zeitschriften, Kinos etc. weltfremd und unzeitgemäß. Die vom Gesetzgeber als legal eingestufte Prostitution sei überhaupt nicht dazu geeignet, das geistige oder seelische Wohl eines Jugendlichen zu gefährden. Die Prostitution laufe in der Regel diskret ab, weil die Freier kein Interesse an Entdeckung hätten. Nehme ein Jugendlicher den Vorgang des Anwerbens gleichwohl wahr, sei es zielführender, den Jugendlichen sachlich aufzuklären.

Die Reformkommission war sich einig, dass es eines besonderen sachlichen Grundes bedürfe, um die Ausübung der an sich legalen Prostitution im Einzelfall verbieten zu können. Ein Teil der Mitglieder der Reformkommission sprach sich daher dafür aus, die Materie im Verwaltungsrecht anzusiedeln. Die Behörden könnten auf verwaltungsrechtlicher Grundlage im begründeten Einzelfall Sperrgebiete festsetzen oder Auflagen anordnen. Ein Verstoß gegen diese Maßnahmen könne entsprechend mit einer Ordnungswidrigkeit geahndet werden. Ein anderer Teil der Reformkommission vertrat demgegenüber die Auffassung, dass der Gedanke des Jugendschutzes bereits hinreichend in § 184f StGB enthalten sei. Denn mit dem Erlass von Sperrverordnungen könne auch dem Jugendschutz Rechnung getragen werden. Soweit der Regelungsgehalt des § 184f StGB in das Ordnungswidrigkeitenrecht übertragen werden würde, sei daher dem Jugendschutz hinreichend Rechnung getragen, so dass auf den Regelungsgehalt von § 184g StGB insgesamt verzichtet werden könne.

h) Die Freierstrafbarkeit

Die Reformkommission diskutierte, ob ein eigenständiger Straftatbestand der Freierstrafbarkeit in das Sexualstrafrecht geschaffen werden sollte.¹⁵² Bis zur Einführung der Freierstrafbarkeit durch § 232a Abs. 6 StGB in Bezug auf bestimmte Opfer des Menschenhandels bzw. der Zwangsprostitution mit Wirkung zum 15. Oktober 2016 normierte das Strafgesetzbuch die Freierstrafbarkeit nur in § 182 Abs. 2 StGB in Bezug auf die Vornahme sexueller Handlungen gegen Entgelt zum Nachteil von Minderjährigen. Auch das 50. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung vom 4. November 2016 (50. StrÄndG) hat mit Wirkung zum 10. November 2016 diesbezüglich eine Änderung erbracht: Gemäß § 177 Abs. 2 Nr. 4 StGB wird nunmehr mit Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 5 Jahren bestraft, wer sexuelle Handlungen an einer anderen Person

¹⁵² Der Gesetzgeber hat die Freierstrafbarkeit in Bezug auf Zwangsprostituierte mit dem Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung des Menschenhandels und zur Änderung des Bundeszentralregistergesetzes sowie des Achten Buches Sozialgesetzbuch vom 11. Oktober 2016 eingeführt.

vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt, wenn der Täter eine Lage ausnutzt, in der dem Opfer bei Widerstand ein empfindliches Übel droht. Ein solches empfindliches Übel kann abhängig vom Einzelfall ein Nachteil sein, den der Zuhälter der Prostituierten in Aussicht stellt, wenn sie die sexuelle Handlung an dem Freier nicht vornehmen will. Der Freier muss diesen Umstand zumindest billigend in Kauf nehmen und die Situation für seine Zwecke ausnutzen.

Die Einführung der Freierstrafbarkeit zum Schutz von erwachsenen Prostituierten, die sich aufgrund einer Zwangssituation der Prostitutionsausübung hingeben müssen, war in der Öffentlichkeit umstritten. Die Reformkommission diskutierte das Thema zeitlich vor der Einführung von § 232a Abs. 6 StGB und von § 177 Abs. 2 Nr. 4 StGB. Zum Zeitpunkt dieser Diskussionen in der Reformkommission ergab sich das folgende Meinungsbild:

Hitzke sprach sich gegen die Einführung einer Freierstrafbarkeit aus. Denn die Freier würden für die Frauen eine Möglichkeit darstellen, um aus der Prostitution auszusteigen. Es sei zu vermuten, dass die Freier von der Anzeige von Straftaten, die zum Nachteil der Prostituierten begangen werden, absehen würden, wenn sie selbst mit einem Strafverfahren zu rechnen hätten. Dies gelte auch, wenn sie im Zuge einer Kronzeugenregelung selbst nicht mit einer Verurteilung rechnen müssten. Denn es bestehe die Gefahr, dass die Familie des Freiers im Rahmen des Strafverfahrens davon erfährt, dass der Freier entgeltliche sexuelle Dienstleistungen in Anspruch genommen habe.

Von Braun und *Wittlake* teilten diese Auffassung und sprachen sich ebenfalls gegen die Freierstrafbarkeit aus. *Von Braun* führte aus, dass Freier sehr wichtige Zeugen seien. Stammfreier würden sich häufig in die Prostituierte verlieben und hätten dann das Bedürfnis, der Prostituierten aus ihrer Lage herauszuhelfen. Darüber hinaus sei es für die Freier schwierig zu erkennen, ob ein Fall der Zwangsprostitution vorliege. Die Szene des Bordell- und Escort-Services achte darauf, die Prostituierte nicht sichtbar zu verletzen. Der *BSD* sowie *Hitzke* bestätigten die Einschätzung, dass es sowohl für den Bordellbetreiber als auch für einen Kunden schwierig sei, zu erkennen, ob die Prostitution unter Zwang ausgeübt werde. *Hitzke* benannte konkret die Gruppe der sich prostituierenden Nigerianerinnen. Bei diesen Frauen sei es besonders schwierig zu erkennen, ob die Prostitution freiwillig ausgeübt werde. Diese Frauen hätten zum einen häufig Angst vor der Polizei und zum anderen stünden sie oft unter dem Eindruck eines ihnen vorgespiegelten Voodoo-Zaubers und seien davon überzeugt, dass sie im Falle der Verweigerung sexueller Leistungen einen qualvollen Tod sterben müssten.

Die Mitglieder der Reformkommission waren sich ganz überwiegend einig, dass eine grundsätzliche Freierstrafbarkeit für alle Fälle der Prostitution, die faktisch zugleich ein Prostitutionsverbot mit sich brächte, nicht sinnvoll sei. Ein Teil der Mitglieder der Reformkommission lehnte jede Form der Freierstrafbarkeit aus den von den Sachverständigen benannten Gründen ab. Eine Freierstrafbarkeit für den Fall, dass die Prostituierte im Rahmen des § 181a Abs. 1 Nr. 2 StGB Opfer einer dirigistischen Zuhälterei sei, wurde nicht zuletzt im Hinblick auf den Nachweis des Vorsatzes für sehr problematisch gehalten und daher abgelehnt. Die Mehrheit der Mitglieder der Reformkommission sprach sich dafür aus, die Freierstrafbarkeit auf die Fälle der Zwangsprostitution zu beschränken, wobei der Freier dabei vorsätzlich und nicht lediglich leichtfertig handeln müsse.

Darüber hinaus diskutierte die Reformkommission, ob eine Freierstrafbarkeit auch in Bezug auf den Regelungsgehalt von § 184f und § 184g StGB angezeigt sei. *Cirullies* führte hierzu aus, dass es nicht nachvollziehbar sei, dass zwar die Prostituierte, nicht aber der Freier sich strafbar mache. Nach h. M. sei das Verhalten des Freiers lediglich eine notwendige Beteiligung an der Straftat, so dass eine strafbare Beihilfe zur Ausübung der Prostitution nicht vorliege. *Cirullies* sprach sich daher dafür aus, § 120 OWiG (Verbotene Prostitution; Werbung für Prostitution) auch im Hinblick auf den Freier zu ergänzen, damit dieser im Rahmen des Ordnungswidrigkeitenrechts ebenso zur Verantwortung gezogen werden könne wie die Prostituierte. Dagegen wurde angeführt, dass es im Gewerberecht durchaus üblich sei, bei Verstößen gegen gesetzliche Vorgaben nur deren unmittelbare Adressaten zu sanktionieren. Außerdem sei der Vorsatz des Freiers kaum nachweisbar. Die Befürworter einer Freierstrafbarkeit in Bezug auf die §§ 184f und 184g StGB wiesen darauf hin, dass der Adressatengrundsatz nicht immer gelte. So werde z. B. nach § 28 Abs. 2 Nr. 4 des Gaststättengesetzes nicht der Gastwirt, sondern der Gast einem Ordnungswidrigkeitstatbestand unterworfen (siehe aber auch oben § 33 Abs. 1 Nr. 3 ProstSchG). Im Hinblick auf die Vorsatzproblematik hielten es einige Befürworter der Freierstrafbarkeit sogar für angezeigt, eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit vorzusehen.

2. Das Abstimmungsergebnis

Die Mitglieder der Reformkommission haben auf der Grundlage der dargestellten Diskussionen die folgenden Fragen aufgeworfen und über diese wie folgt abgestimmt:

Frage 1: Sollen die Prostitutionsvorschriften insgesamt aus dem Kernstrafrecht zugunsten von gewerberechtlichen Regelungen gestrichen werden (ggf. mit flankierenden Straf- und Ordnungswidrigkeitsvorschriften)?

Abstimmung: Ja: 1 Mitglied; Nein: 11 Mitglieder

Frage 2: Sollen die Prostitutionsvorschriften aus dem 13. Abschnitt des StGB und die die Prostitution betreffenden Vorschriften aus dem 18. Abschnitt des StGB in einen Abschnitt zusammengeführt werden?

- a) Ja, und zwar sollen sie zusammen im 13. Abschnitt des StGB geregelt werden.
- b) Ja, und zwar sollen sie zusammen im 18. Abschnitt des StGB geregelt werden.
- c) Nein.

Abstimmung: a): 8 Mitglieder; b): 3 Mitglieder; c): 1 Mitglied

Frage 3: Soll § 180a StGB (Ausbeutung von Prostituierten) gestrichen werden?

- a) Ja und zwar ersatzlos oder
- b) Ja, aber unter Ergänzung von anderen Prostitutionsvorschriften in Bezug auf den anderenfalls wegfallenden Regelungsgehalt des § 180a StGB, oder
- c) Nein, § 180a StGB soll sogar um eine Versuchsstrafbarkeit ergänzt werden, oder
- d) Nein

Abstimmung: a): 0 Mitglieder; b): 12 Mitglieder; c): 0 Mitglieder; d): 0 Mitglieder

Frage 4: Soll § 181a Abs. 1 Nr. 2 StGB (Dirigistische Zuhälterei) dahingehend neu gefasst werden, dass Tathandlungen, die nach dem ProstG und nach dem ProstSchG-E erlaubt sind, tatbestandlich ausgeklammert werden?

- a) Ja, wobei möglichst nur Handlungen erfasst werden sollen, die nicht bereits von § 232 Abs. 1 Satz 1 StGB (Überschneidungen zu Bringen zur Fortsetzung der Prostitution) erfasst werden, oder
- b) Nein, § 181a Abs. 1 Nr. 2 StGB soll zugunsten von flankierenden ordnungsrechtlichen Vorschriften im ProstG und ProstSchG-E ganz gestrichen werden, oder
- c) Nein

Abstimmung: a): 11 Mitglieder; b): 0 Mitglieder; c): 1 Mitglied

Frage 5: Soll im Hinblick auf Weisungen gemäß § 181a Abs. 1 Nr. 2 StGB, die die Art und Weise der sexuellen Handlung betreffen, zusätzlich explizit auf die Beeinträchtigung der sexuellen Selbstbestimmung des Opfers abgestellt werden?

Abstimmung: Ja: 1 Mitglied; Nein: 10 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 6: Sollen die Ausbeutungstatbestände der §§ 181a und 180a StGB zu einem einheitlichen Ausbeutungstatbestand zusammengefasst werden?

a) Ja, wobei der Ausbeutungstatbestand auf die Prostitution zugeschnitten sein soll, oder

b) Ja, wobei der Ausbeutungstatbestand nicht auf die Prostitution zugeschnitten sein soll, sondern jegliche Ausbeutung der Arbeitskraft erfassen soll, oder

c) Nein

Abstimmung: a): 11 Mitglieder; b): 1 Mitglied; c): 0 Mitglieder

Frage 7: Soll in § 181a StGB (Zuhälterei) bzw. in einem neuen Ausbeutungstatbestand (siehe Frage 6) auf eine Beziehungsklausel verzichtet werden?

Abstimmung: Ja: 11 Mitglieder; Nein: 0 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 8: Soll § 181a StGB (Zuhälterei) um eine Versuchsstrafbarkeit ergänzt werden?

Abstimmung: Ja): 1 Mitglied; Nein: 11 Mitglieder

Frage 9: Soll § 181a StGB (Zuhälterei) um eine Qualifikation der bandenmäßigen Zuhälterei ergänzt werden?

Abstimmung: Ja: 6 Mitglieder; Nein: 6 Mitglieder

Frage 10: Soll die Freierstrafbarkeit auch in Bezug auf erwachsene sich prostituierende Personen als eigenständiger Straftatbestand eingeführt werden?

- a) Ja und zwar ohne Einschränkung, oder
- b) Ja, aber beschränkt auf die Fälle der Zwangsprostitution und der unzulässigen Weisungen, oder
- c) Ja, aber beschränkt auf die Fälle der Zwangsprostitution, oder
- d) Nein

Abstimmung: a): 1 Mitglied; b): 0 Mitglieder; c): 6 Mitglieder; d): 5 Mitglieder

Frage 11: Unterstellt bei Frage 10 wird Antwort c bejaht: Soll die Strafbarkeit schon dann eintreten, wenn der Täter leichtfertig verkennt, dass es sich um einen Fall der Zwangsprostitution handelt?

Abstimmung: Ja: 4 Mitglieder; Nein: 8 Mitglieder

Frage 12: Soll die Vorschrift des § 184f StGB (Ausübung verbotener Prostitution) gestrichen werden?

- a) Ja und zwar ersatzlos, oder
- b) Ja, wobei eine entsprechende Regelung als Ordnungswidrigkeit außerhalb des StGB aufzunehmen ist, oder
- c) Nein

Abstimmung: a): 3 Mitglieder; b): 9 Mitglieder; c): 0 Mitglieder

Frage 13: Unterstellt bei Frage 12 wird Antwort b) gewählt: Soll auch der Freier in die Ordnungswidrigkeit einbezogen werden?

- a) Ja oder
- b) Ja, und zwar unter Aufnahme eines Fahrlässigkeitstatbestandes, oder
- c) Nein

Abstimmung: a): 3 Mitglieder; b): 3 Mitglieder; c): 6 Mitglieder

Frage 14: Soll die Vorschrift des § 184g StGB (Jugendgefährdende Prostitution) gestrichen werden?

a) Ja und zwar ersatzlos, oder

b) Ja, wobei eine entsprechende Regelung als Ordnungswidrigkeit außerhalb des StGB aufzunehmen ist, oder

c) Nein

Abstimmung: a): 6 Mitglieder; b): 6 Mitglieder; c): 0 Mitglieder

Frage 15: Unterstellt, bei Frage 14 wird Antwort b) gewählt: Soll auch der Freier in die Ordnungswidrigkeit einbezogen werden?

a) Ja oder

b) Ja, und zwar unter Aufnahme eines Fahrlässigkeitstatbestandes, oder

c) Nein

Abstimmung: a): 3 Mitglieder; b): 2 Mitglieder; c): 7 Mitglieder

VII. Themenkomplex 7: Begriffsbestimmungen und sonstige Vorschriften

Mit dem Themenkomplex 7 hat sich die Reformkommission der Begriffsbestimmungen angenommen, wie sie sich aus § 184h StGB (Begriffsbestimmungen) ergeben. Inhaltlich geht es dabei um den Begriff der sexuellen Handlungen. Darüber hinaus hat sich die Reformkommission mit dem Schriftenbegriff befasst, der infolge der Bezugnahme einiger Straftatbestände auf § 11 Abs. 3 StGB (Personen- und Sachbegriffe) auch für das Sexualstrafrecht relevant ist. Schließlich hat sich die Reformkommission im Themenkomplex 7 mit § 181b StGB (Führungsaufsicht) auseinandergesetzt.

Die genannten Themen waren Gegenstand der 14., 15. und 19. Sitzung.

1. Der Begriff der sexuellen Handlungen in § 184h StGB

Laubenthal hielt in der 14. Sitzung ein Impulsreferat zum Begriff der sexuellen Handlung in § 184h StGB. Gemäß § 184h Nr. 1 StGB sind sexuelle Handlungen nur solche, die im Hinblick auf das jeweils geschützte Rechtsgut von einiger Erheblichkeit sind. Sexuelle Handlungen vor einer anderen Person sind gemäß § 184h Nr. 2 StGB nur solche, die vor einer anderen Person vorgenommen werden, die den Vorgang wahrnimmt.

a) Die Einführung einer Legaldefinition für die sexuelle Handlung

Laubenthal stellte heraus, dass § 184h StGB entgegen der amtlichen Überschrift „Begriffsbestimmungen“ nicht die Funktion einer Definition des Begriffs der sexuellen Handlungen zukomme, sondern diesen Begriff voraussetze. § 184h Nr. 1 StGB setze die sexuelle Handlung lediglich in Beziehung zu dem jeweils geschützten Rechtsgut. Dabei werde die strafrechtliche Relevanz auf solche sexuellen Handlungen beschränkt, die in Bezug auf das geschützte Rechtsgut von einiger Erheblichkeit seien. § 184h Nr. 2 StGB begrenze das Vorliegen einer sexuellen Handlung vor einer anderen Person lediglich dahingehend, dass das Geschehen von der anderen Person sinnlich erfasst werden müsse. In Ermangelung einer Definition komme eine Verlagerung des Regelungsgehaltes in § 11 StGB (Personen- und Sachbegriffe) nicht in Betracht.

Die Reformkommission war sich einig, dass eine Legaldefinition für den Begriff der sexuellen Handlung entbehrlich sei. Die Praxis habe hierfür – auch angesichts der Ausformung des Begriffs durch die Rechtsprechung – kein Bedürfnis erkennen lassen. Darüber hinaus dürfte sich eine erschöpfende Legaldefinition ebenso wie für den Begriff der Pornographie nur sehr schwer finden lassen.

b) Die Streichung des § 184h Nr. 1 StGB

Laubenthal führte aus, dass sich die Annahme des Vorliegens einer sexuellen Handlung an einer objektiven Betrachtung unter Einbeziehung aller Begleitumstände orientiere. Eine Handlung, die ausschließlich aus subjektiver Sicht sexuell motiviert sei, stelle entsprechend keine sexuelle Handlung dar. Bei ambivalenten Handlungen sei auf das Gesamturteil eines informierten objektiven Betrachters abzustellen, der alle Umstände des Einzelfalls kenne. Soweit § 184h Nr. 1 StGB darüber hinaus darauf abstelle, dass die sexuelle Handlung in Bezug auf das jeweils geschützte Rechtsgut einige Erheblichkeit aufweisen müsse, eröffne sich hierdurch ein Einfallstor für moralisierende Wertungen. Dem Erfordernis der Erheblichkeit, aus dem folge, dass das geschützte Rechtsgut im Hinblick auf Art, Intensität und Dauer gefährdet sein müsse, komme ferner keine eigene Funktion zu. Denn es handele sich dabei um einen Ausdruck der Verhältnismäßigkeit, der bei der Auslegung der Tatbestandsmerkmale der konkret in Rede stehenden Strafnorm ohnehin zu beachten sei. So führte *Laubenthal* aus, dass unerhebliche Beeinträchtigungen auch bei anderen Delikten auf der Tatbestands-ebene ausgeschieden würden, so z. B. bei der Körperverletzung nach § 223 Abs. 1 StGB in Form der körperlichen Misshandlung. Die Erheblichkeit der sexuellen Handlung enthalte eine quantitative und eine relative Komponente. Während über die quantitative Komponente sozial hinnehmbare Beeinträchtigungen tatbestandlich ausgeschlossen würden, lege die relative Komponente fest, welche Anforderungen an die Intensität der sexuellen Handlung in Bezug auf das konkret geschützte Rechtsgut zu stellen seien. Je schutzwürdiger das Rechtsgut sei, desto geringere Anforderungen seien an die Intensität zu stellen. Vor dem Hintergrund der ohnehin zu berücksichtigenden Verhältnismäßigkeit stellte *Laubenthal* zur Diskussion, § 184h Nr. 1 StGB ganz zu streichen.

Die Mehrheit der Teilnehmer der Reformkommission sprach sich gegen eine Streichung aus und begründete dies damit, dass § 184h Nr. 1 StGB eine Klarstellungsfunktion zukomme. Der Rechtsanwender werde dazu angehalten, sich über das Vorliegen einer sexuellen Handlung in Anbetracht des jeweils geschützten Rechtsgutes Gedanken zu machen. Vereinzelt wurde auch die Auffassung vertreten, dass § 184h Nr. 1 StGB in Anbetracht des neu eingeführten § 184i StGB (Sexuelle Belästigung) unverzichtbar sei, weil § 184i StGB keine sexuelle Handlung voraussetze. Dagegen wurde aber angeführt, dass § 184i StGB nichts daran ändere, dass das Vorliegen einer sexuellen Handlung für die meisten übrigen Straftatbestände des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des StGB nach wie vor festgestellt werden müsse, so dass sich insoweit an der Situation nichts geändert habe.

c) Das Abstimmungsergebnis

Die Mitglieder der Reformkommission haben auf der Grundlage der dargestellten Diskussion die folgenden Fragen aufgeworfen und über diese wie folgt abgestimmt:

Frage 1: Soll § 184h Nr. 1 StGB gestrichen werden?

a) Ja oder

b) Ja, wobei darüber hinaus auch § 184h Nr. 2 StGB gestrichen werden soll, oder

c) Nein

Abstimmung: a): 0 Mitglieder; b): 3 Mitglieder; c): 9 Mitglieder

Frage 2: Soll der Begriff der sexuellen Handlung im 13. Abschnitt des StGB legaldefiniert werden?

Abstimmung: Ja: 0 Mitglieder; Nein: 12 Mitglieder

2. Der Schriftenbegriff im Strafgesetzbuch

Einige Vorschriften des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des StGB verweisen auf § 11 Abs. 3 StGB und damit auf eine Vorschrift des Allgemeinen Teils des StGB. Gemäß § 11 Abs. 3 StGB stehen den Schriften Ton- und Bildträger, Datenspeicher, Abbildungen und andere Darstellungen in denjenigen Vorschriften gleich, die auf diesen Absatz verweisen. Innerhalb des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des StGB verweisen § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB (Sexueller Missbrauch von Kindern – Einwirken auf ein Kind mittels Schriften), § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB (Sexueller Missbrauch von Kindern – Zugänglichmachen pornographischer Inhalte mittels Informations- und Kommunikationstechnologie – IuK), § 176a Abs. 3 StGB (Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern – Tatbegehung in der Absicht, die Tat zum Gegenstand einer pornographischen Schrift zu machen), § 184 StGB (Verbreitung pornographischer Schriften), § 184a StGB (Verbreitung gewalt- oder tierpornographischer Schriften), § 184b StGB (Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften) und § 184c StGB (Verbreitung, Erwerb und Besitz jugendpornographischer Schriften) auf § 11 Abs. 3 StGB.

Eisele gab der Reformkommission mit seinem Impulsreferat „Der Schriftenbegriff im StGB“ in der 15. Sitzung einen Überblick zur Problematik. *Marx* ergänzte diesen Vortrag in Bezug auf § 184d StGB in der 18. Sitzung mit dem Impulsvortrag „Reformbedarf bei der Strafbarkeit von Kinder- und Jugendpornographie“. Darüber hinaus hörte die Reformkommission in der 16. Sitzung Staatsanwalt *Krause* als Sachverständigen aus der Praxis zu den Pornographie-delikten an. *Krause* äußerte sich ebenfalls zu Problemen wegen der Ausgestaltung des § 184d StGB.

a) Alternativen zum Schriftenbegriff

Die Reformkommission ist der Frage nachgegangen, ob der Begriff der Schrift unter Verweis auf § 11 Abs. 3 StGB die Tathandlungen im Sexualstrafrecht hinreichend abzubilden vermag. So hatte etwa Frau Staatssekretärin *Hubig* dies in ihrer Eröffnungsrede in Zweifel gezogen und die Auffassung vertreten, dass der Begriff der Schrift weit davon entfernt sei, die moderne Medienkommunikation zufriedenstellend abzubilden. Tatsächlich erlangen computertechnisch relevante Vorgänge gerade auch im Sexualstrafrecht zunehmend Bedeutung. Viele Tathandlungen (z. B. die Kontaktaufnahme mit Kindern zum Zwecke des sexuellen Missbrauchs oder das Versenden von [kinder- bzw. jugendpornographischen] Schriften) erfolgten über das Internet. Der Einsatz von IuK erlangt auch in den Rechtsvorschriften auf internationaler Ebene zunehmende Bedeutung. So sieht etwa Artikel 20 Abs. 1 Buchstabe f des Übereinkommens des Europarates zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung

und sexuellem Missbrauch (Lanzarote-Konvention) vor, dass der wissentliche Zugriff auf Kinderpornographie mit Hilfe der IuK als Straftat zu umschreiben ist. Ein weiteres Beispiel ist Artikel 23 der Lanzarote-Konvention (Kontaktanbahnung zu Kindern zu sexuellen Zwecken), der ebenfalls den Einsatz von IuK ausdrücklich nennt. Vergleichbare Vorschriften finden sich in Artikel 5 Abs. 3 (Straftaten im Zusammenhang mit Kinderpornographie) und Artikel 6 (Kontaktaufnahme zu Kindern für sexuelle Zwecke) der Richtlinie 2011/93/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI des Rates (RL 2011/93/EU). Deutschland hat diese Vorgaben mit § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB bzw. mit den §§ 184b Abs. 3, 184c Abs. 3 StGB in Verbindung mit § 184d StGB (Zugänglichmachen pornographischer Inhalte mittels Rundfunk oder Telemedien; Abruf kinder- und jugendpornographischer Inhalte mittels Telemedien) umgesetzt und dabei mit dem 49. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht vom 21. Januar 2015 (49. StrÄndG) erstmalig die Begriffe „Informations- und Telekommunikationstechnologie“ in das Strafgesetzbuch eingeführt.

Eisele führte aus, dass mit der Neuregelung die wesentlichen Probleme, die sich für das Sexualstrafrecht aus dem Schriftenbegriff ergeben hätten, vom Gesetzgeber gelöst worden seien. Vor der Neuregelung habe das Grundproblem nach seiner Auffassung darin bestanden, dass durch den Verweis auf § 11 Abs. 3 StGB lediglich der Begriff „Datenspeicher“ für computertechnisch relevante Vorgänge zur Verfügung gestanden habe. Der Begriff „Datenspeicher“ umfasse nach dem Willen des Gesetzgebers elektromagnetische, optische, chemische und sonstige Datenspeicher, die gedankliche Inhalte verkörpern, welche nur unter Zuhilfenahme technischer Geräte wahrnehmbar werden. Inhalte, die nicht perpetuiert seien, fielen nach h. M. nicht unter den Schriftenbegriff. Vor diesem Hintergrund hätten sich für den Schriftenbegriff ursprünglich Probleme im Hinblick auf das Verbreiten von Daten und im Hinblick auf die Besitzstrafbarkeit ergeben. Denn die über das Internet verbreiteten Daten bzw. die durch das Aufrufen von Webseiten („Surfen“) abgerufenen Daten seien gerade nicht körperlich perpetuiert. Beide Tathandlungen würden nunmehr seit dem 49. StrÄndG von § 184d StGB zuverlässig erfasst.

Gemäß § 184d Abs. 1 Satz 1 StGB wird nach den §§ 184 bis 184c StGB auch bestraft, wer einen pornographischen Inhalt mittels Rundfunk oder Telemedien einer anderen Person oder der Öffentlichkeit zugänglich macht. Damit wird das Verbreiten von Daten erfasst. Gemäß § 184d Abs. 2 Satz 1 und 2 StGB wird nach § 184b Abs. 3 StGB bzw. nach § 184c Abs. 3 StGB auch bestraft, wer es unternimmt, einen kinder- bzw. jugendpornographischen Inhalt

mittels Telemedien abzurufen. Damit wird das Aufrufen von Webseiten auf der Grundlage von § 1 Satz 1 Nr. 3 Telemediengesetz erfasst. Nicht erfasst seien nach *Eisele* allerdings Inhalte, die in Echtzeit oder echtzeitentsprechend übermittelt werden (z. B. Internettelefonie). Insoweit sei aber in Bezug auf Personen unter 14 Jahren § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB einschlägig, wenn der Täter z. B. über eine Internetkamera sexuelle Handlungen vor einem Kind in Echtzeit vornehme. Umgekehrt sei es gemäß § 176 Abs. 4 Nr. 2 StGB strafbar, wenn das Kind dazu bestimmt werde, sexuelle Handlungen vor einer Internetkamera vorzunehmen und dies vom Täter wahrgenommen werde.

Eisele stellte zusammenfassend fest, dass das Sexualstrafrecht damit verschiedene Ansätze aufweise, um die Tathandlungen zu erfassen, die mittels Internet ausgeführt würden: Durch den Verweis auf § 11 Abs. 3 StGB würden Schriften den Datenträgern gleichgestellt, § 184d StGB stelle auf Übertragungen mittels Rundfunk und Telemedien und § 176 Abs. 4 Nr. 3 und Nr. 4 StGB stelle auf IuK ab. Mit Letzterem werde auch eine Informationsübertragung über reine Datenleitungen, wie etwa Telefonleitungen (z. B. Internettelefonie) erfasst und zwar selbst dann, wenn es beim Informationsempfänger zu keiner – auch nicht nur flüchtigen „unkörperlichen“ – Zwischenspeicherung komme.¹⁵³ Auf dieser Grundlage stellte *Eisele* mehrere Möglichkeiten zu gesetzlichen Veränderungen vor:

- **Aufnahme von Informations- und Kommunikationstechnologie in § 11 Abs. 3 StGB**

Es könne überlegt werden, in § 11 Abs. 3 StGB die „Informations- und Kommunikationstechnologie“ aufzunehmen. Dagegen spreche jedoch, dass § 11 Abs. 3 StGB gegenwärtig jeweils die *Gegenstände* benenne, auf die sich die Tathandlungen bezögen. Demgegenüber beschrieben die Begriffe IuK, Telemedien und Rundfunk die *Mittel* der Verbreitung bestimmter Inhalte.

- **Aufnahme der Begriffe „Daten“ oder „Informationen“ in § 11 Abs. 3 StGB („große Lösung“)**

Mit der Aufnahme der Begriffe „Daten“ oder „Informationen“ in § 11 Abs. 3 StGB müsste gleichzeitig klargestellt werden, dass die Daten oder Informationen gerade keiner Perpetuierung bedürften. Die Tathandlung müsse vielmehr so verstanden werden, dass die Daten oder Informationen zu einem bestimmten, z. B. pornographischen Inhalt führen. Gesetzestechnisch könne zukünftig von „anderen Darstellungen und Daten“ gesprochen werden.

¹⁵³ Vgl. BT-Drs. 18 / 2601, S. 28.

- **Ersetzung der Begriffe „Telemedien und Rundfunk“ durch „Informations- und Kommunikationstechnologie“ („kleine Lösung“)**

Ferner könne überlegt werden, in § 184d StGB auf den Begriff der LuK anstelle von Telemedien und Rundfunk zurückzugreifen. Die Formulierung „Informations- und Kommunikationstechnologie“ sei umfassend, so dass eine Abgrenzung zwischen Telemedien und Telekommunikation nicht mehr erforderlich sei. Damit sei auch die Unstimmigkeit beseitigt, dass sich § 184d Abs. 1 Satz 2 StGB nur auf Telemedien, nicht aber auf den Rundfunk beziehe. Nach dieser Vorschrift sei es in den Fällen des § 184 Abs. 1 StGB in Bezug auf Telemedien nicht strafbar, wenn durch technische oder sonstige Vorkehrungen sichergestellt ist, dass der pornographische Inhalt Personen unter 18 Jahren nicht zugänglich ist. Ein Zugänglichmachen über den Rundfunk bleibe jedoch in diesen Fällen weiterhin strafbar.

Marx unterstützte den Ansatz der kleinen Lösung und schlug seinerseits vor, den Begriff „Rundfunk oder Telemedien“ durch den Begriff „Informations- oder Telekommunikationstechnologie“ in § 184d StGB zu ersetzen, um hierdurch auch die Telekommunikation zu erfassen. Ferner würden so die europäischen Vorgaben textidentisch umgesetzt. *Krause* begrüßte diesen Vorschlag, um in der Praxis aufgetretenen Abgrenzungsproblemen entgegenzutreten zu können.¹⁵⁴

Die Mitglieder der Reformkommission sprachen sich ganz überwiegend für die sogenannte große Lösung aus. Die Aufnahme von „Daten und Informationen“ in den Wortlaut des § 11 Abs. 3 StGB leiste einen wesentlichen Beitrag zur Modernisierung des Strafrechts. Dabei gehe es darum, den konkreten Inhalt zu erfassen und sich nicht auf die Verkörperung zu beschränken. Hinsichtlich des Tatmittels sprach sich die Reformkommission einstimmig dafür aus, in § 184d StGB den Begriff „Telemedien oder Rundfunk“ durch den Begriff „Informations- oder Kommunikationstechnologie“ zu ersetzen.¹⁵⁵

c) Das Abstimmungsergebnis

Die Mitglieder der Reformkommission haben auf der Grundlage der dargestellten Diskussion die folgenden Fragen aufgeworfen und über diese wie folgt abgestimmt:

Frage 3: Soll der Schriftenbegriff in § 11 Abs. 3 StGB dahingehend modernisiert werden, dass auch Daten oder Informationen aufgenommen werden?

¹⁵⁴ Vgl. im Einzelnen auch Themenkomplex 9, Punkt IX.4.a.aa.

¹⁵⁵ Siehe aber Frage 18 zu Themenkomplex 9, Punkt IX.4.b.

Abstimmung: Ja: 11 Mitglieder; Nein: 1 Mitglied

Frage 4: Sollen die Begriffe „Telemedien oder Rundfunk“ im 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB durch die Begriffe „Informations- oder Kommunikationstechnologie“ ersetzt werden?

Abstimmung: Ja: 12 Mitglieder; Nein: 0 Mitglieder

3. Führungsaufsicht bei der Begehung von Straftaten des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des StGB

Gemäß § 68 Abs. 1 StGB kann das Gericht neben der Strafe Führungsaufsicht anordnen, wenn jemand wegen einer Straftat, bei der das Gesetz dies besonders vorsieht, zeitige Freiheitsstrafe von mindestens 6 Monaten verwirkt hat und die Gefahr besteht, dass er weitere Straftaten begehen wird. Bei § 181b StGB handelt es sich um eine solche Norm, denn hiernach kann das Gericht in den Fällen der §§ 174 bis 174c, 176 bis 180, 181a und 182 StGB Führungsaufsicht anordnen. Außerdem tritt Führungsaufsicht gemäß § 68f Abs. 1 Satz 1 StGB mit der Entlassung der verurteilten Person aus dem Vollzug von Gesetzes wegen ein, wenn eine Freiheitsstrafe oder Gesamtfreiheitsstrafe von mindestens 1 Jahr wegen Straftaten der in § 181b StGB genannten Art vollständig vollstreckt worden ist.

a) Die Erweiterung des § 181b StGB um weitere Straftatbestände

Laubenthal hielt in der 15. Sitzung der Reformkommission ein Impulsreferat mit dem Titel „Führungsaufsicht bei Straftaten des 13. Abschnitts des Strafgesetzbuches“. Dabei ging er eingangs auf die rechtliche Relevanz des § 181b StGB ein.

Die Führungsaufsicht sei eine Form der ambulanten Betreuung und Überwachung, die sich an einen Freiheitsentzug anschließe. Sie richte sich im Unterschied zur Bewährung an gefährliche oder gefährdete Straftäter. Als Maßregel der Besserung und Sicherung komme ihr eine Stützungs- und Betreuungsfunktion sowie eine Überwachungs- oder Sicherungsfunktion zu. Gemäß § 68c Abs. 3 Nr. 2 Buchstabe a StGB kommt für Personen, die wegen einer in § 181b StGB genannten Straftat zu einer Freiheits- oder Gesamtfreiheitsstrafe von mehr als 2 Jahren verurteilt wurden, bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen die Anordnung der unbefristeten Führungsaufsicht in Betracht. Darüber hinaus sei § 181b StGB gemäß § 246a Abs. 2 der Strafprozessordnung für das gerichtliche Verfahren relevant: Habe die Staatsanwaltschaft wegen einer der in § 181b StGB genannten Straftaten Anklage erhoben, handele es sich dabei um eine Straftat zum Nachteil eines Minderjährigen und komme eine Therapieweisung in Betracht, solle grundsätzlich ein Sachverständiger über den Zustand des Angeklagten und über die Behandlungsaussichten vernommen werden.

Laubenthal erläuterte, dass Führungsaufsicht durch das Gericht nach § 68 Abs. 1 StGB praktisch kaum angeordnet werde, wohingegen dem gesetzlichen Eintritt der Führungsaufsicht nach Vollverbüßung einer Freiheitsstrafe gemäß § 68f Abs. 1 StGB größere Bedeutung zukomme.

Eine Einschränkung der in § 181b StGB genannten Straftaten hielt *Laubenthal* nicht für sinnvoll. Zu überlegen sei vielmehr, ob eine Erweiterung des Straftatenkatalogs erfolgen solle. Letzteres hielt *Laubenthal* in Bezug auf § 183 StGB (Exhibitionistische Handlungen) und § 183a StGB (Erregung öffentlichen Ärgernisses) sowie in Bezug auf Prostitutions- und einfache Pornographiedelikte nicht für zielführend, weil die Führungsaufsicht auf gefährdete und gefährliche Straftäter abziele.

Demgegenüber wäre es konsequent, Straftaten nach § 184b StGB (Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften), § 184c StGB (Verbreitung, Erwerb und Besitz jugendpornographischer Schriften), § 184d StGB (Zugänglichmachen pornographischer Inhalte mittels Rundfunk oder Telemedien; Abruf kinder- und jugendpornographischer Inhalte mittels Telemedien) und § 184e StGB (Veranstaltung und Besuch kinder- und jugendpornographischer Darbietungen) in den Katalog des § 181b StGB aufzunehmen. Denn es sei widersprüchlich, dass diese Vorschriften –insbesondere die §§ 184b und 184c StGB – nicht erfasst seien, während die Vorbereitungshandlung nach § 176 Abs. 4 Nr. 3 Buchstabe b StGB (z. B. Grooming zum Zwecke der Herstellung oder Besitzverschaffung von Kinderpornographie) Bestandteil des Kataloges des § 181b StGB sei. Wenn bereits die Vorbereitungshandlungen des sexuellen Missbrauchs von Kindern erfasst seien, müsse dies auch für die weiteren genannten Vorschriften (§§ 184b, 184c, 184d und 184e StGB) gelten. Besonders deutlich werde dies in Bezug auf die Vorbereitung der Herstellung bzw. Besitzverschaffung von Kinderpornographie (über § 176 StGB erfasst) und bei der tatsächlichen Begehung von § 184b StGB (nicht erfasst).

Die Reformkommission diskutierte die Aufnahme der genannten Straftatbestände in § 181b StGB kontrovers und sprach sich mehrheitlich für die Erweiterung des § 181b StGB um die benannten Vorschriften aus, soweit es um Kinderpornographie geht. Dagegen wurde eingewandt, dass die Führungsaufsicht zwar dazu berechtige, eine Weisung in Form eines Besitzverbotes auszusprechen. Der Verurteilte dürfe aber schon von Gesetzes wegen keine Kinderpornographie besitzen, weshalb eine entsprechende Führungsaufsichtsweisung keinen Mehrwert erbringe. Dem wurde entgegengehalten, dass dem Verurteilten auch der Besitz von Gegenständen verboten werden könne, die er zur Begehung der Tat benötige. Teilweise wurde vertreten, dass die Anordnung der Führungsaufsicht für den Verurteilten eine einschneidende Maßnahme darstelle, die durch Delikte nach den §§ 184b bis 184e StGB nicht gerechtfertigt sei. Präventionsmaßnahmen seien ferner besser im Polizeirecht zu verorten. Hiergegen wurde angeführt, dass es auch bei der Führungsaufsicht um Prävention gehe. Kriminologische Untersuchungen zur präventiven Wirkung der Führungsaufsicht auf den Verurteilten gebe es zwar nicht. Es sei aber anzunehmen, dass es sich bei einer Straftat

z. B. nach § 184b StGB um ein Einstiegsdelikt handle und die Begehung schwerwiegender Straftaten zu erwarten sei. Ferner würde die Aufnahme der genannten Normen in den Katalog des § 181b StGB dem Gericht lediglich die Möglichkeit einer Anordnung der Führungsaufsicht einräumen. Dies müsse das Gericht im Einzelfall abwägen und begründen.

b) Das Abstimmungsergebnis

Die Mitglieder der Reformkommission haben auf der Grundlage der dargestellten Diskussion die folgende Frage aufgeworfen und über diese wie folgt abgestimmt:

Frage 5: Soll § 181b StGB um weitere Straftaten erweitert werden?

a) Ja und zwar um die §§ 184b StGB (Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften), 184c (Verbreitung, Erwerb und Besitz jugendpornographischer Schriften), 184d (Zugänglichmachen pornographischer Inhalte mittels Rundfunk oder Telemedien; Abruf kinder- und jugendpornographischer Inhalte mittels Telemedien) und 184e StGB (Veranstaltung und Besuch kinder- und jugendpornographischer Darbietungen), oder

b) Ja, aber nur soweit es um Kinderpornographie geht, oder

c) Nein, vielmehr soll § 176 Abs. 4 Nr. 3 und 4, Abs. 5 StGB aus dem Katalog des § 181b StGB entfernt werden, oder

d) Nein

Abstimmung: a): 0 Mitglieder; b): 10 Mitglieder; c): 0 Mitglieder; d): 2 Mitglieder

VIII. Themenkomplex 8: Reformbedarf bei § 183 StGB (Exhibitionistische Handlungen) und § 183a StGB (Erregung öffentlichen Ärgernisses)

Die Reformkommission hat sich mit den §§ 183 und 183a StGB in ihrer 14. und 17. Sitzung befasst. *Simon* referierte bereits in der 13. und 14. Sitzung über Wertungswidersprüche und Systemwidrigkeiten im 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB und ging in diesem Zusammenhang auch auf den Straftatbestand des Exhibitionismus gemäß § 183 StGB ein.

1. Die Streichung der §§ 183 und 183a StGB

Wolters führte mit seinem Impulsreferat „Fragmentarischer Charakter des Strafgesetzbuchs auch im dreizehnten Abschnitt (?)“ in die Thematik ein. Dabei untersuchte er die §§ 183 und 183a StGB unter der Fragestellung, ob die Vorschriften lediglich vor einer sozialen Lästigkeit schützten und deshalb vor dem Hintergrund des Ultima-Ratio-Prinzips eine Strafbarkeit unangemessen sein könnte. Eine solche Annahme liege insbesondere bei Delikten nahe, die lediglich die ungewollte Konfrontation mit fremder Sexualität zum Inhalt hätten. Denn in diesen Fällen unterscheide sich die Tathandlung nicht wesentlich von der straffreien Konfrontation mit schlechtem Benehmen (z. B. lautes Abspielen von Musik, aggressives Betteln einer betrunkenen Person). Das Opfer einer Tat nach den §§ 183 und 183a StGB könne sich der Konfrontation jeweils ohne Weiteres entziehen und den Ort des Geschehens verlassen.

a) § 183 StGB (Exhibitionistische Handlungen)

Gemäß § 183 Abs. 1 StGB macht sich ein Mann strafbar, der eine andere Person durch eine exhibitionistische Handlung belästigt.

aa) Streichung des § 183 StGB

Bereits die tatbestandliche Formulierung „belästigt“ weise nach Auffassung von *Wolters* darauf hin, dass lediglich vor einer sozialen Lästigkeit geschützt werden solle. Dabei handele es sich nicht um ein strafwürdiges Verhalten, weil die Tat nach kriminologischen Erkenntnissen nicht den Beginn einer gefährlichen Verlaufsentwicklung markiere. Man könne allenfalls unter dem Aspekt des Jugendschutzes an der Vorschrift festhalten, wobei sich gegebenenfalls ein einheitliches Konfrontationsdelikt in Verbindung mit dem Regelungsgehalt des § 184g StGB¹⁵⁶ anbiete.

¹⁵⁶ Vgl. hierzu jedoch Themenkomplex 6, Punkt VI.2.g.

Die Reformkommission diskutierte eine mögliche Streichung des § 183 StGB kontrovers. Mehrheitlich sprachen sich die Mitglieder für eine Streichung des § 183 StGB aus, wobei wiederum nach überwiegender Auffassung der Befürworter dafür Sorge getragen werden müsse, dass der Aspekt des Jugendschutzes außerhalb des Strafgesetzbuches Berücksichtigung finde. Personen unter 14 Jahren seien hingegen bereits durch § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB gesondert geschützt. Gemäß § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB wird bestraft, wer sexuelle Handlungen vor einem Kind vornimmt.

Gegen die Streichung des § 183 StGB wurde vorgetragen, dass es in der Praxis häufig Fälle gebe, bei denen die exhibitionistische Handlung nur eine Vorstufe zur Begehung der eigentlich geplanten Sexualstraftat sei, zu deren Ausführung es jedoch im weiteren Verlauf, z. B. wegen vorzeitiger Entdeckung des Tatgeschehens, nicht mehr komme. In diesen Fällen könne immerhin noch eine Bestrafung des Täters aus § 183 StGB erfolgen. Exhibitionismus könne ferner ein größeres Bedrohungspotenzial aufweisen als z. B. die sexuelle Belästigung. Außerdem biete die Begehung der Tat häufig Anlass, psychisch kranke Täter einer Therapie zuzuführen (§ 183 Abs. 3 StGB). Dagegen wurde vorgetragen, dass dem Exhibitionismus zwar meist eine psychische Erkrankung des Täters zugrunde liege. Andererseits würden auch andere Symptome einer Erkrankung nicht nach dem StGB bestraft. Eine strafrechtliche Ahndung sei auch nicht unter einem Therapieaspekt gerechtfertigt. In aller Regel handele es sich nicht um ein Einstiegsdelikt. Was das Opfer in Anbetracht der exhibitionistischen Handlung befürchte, sei für die Frage der Strafbarkeit unerheblich. Es handele sich insoweit um bloßes „Kopfkino“, das durch andere nicht strafbare Handlungen in gleicher Weise ausgelöst werden könne.

bb) Erweiterung des Täterkreises des § 183 StGB

Wolters vertrat die Auffassung, dass der Straftatbestand des § 183 StGB – anders als bislang – auch die Frau als mögliche Täterin umfassen müsse, wenn es nicht zu einer Streichung der Vorschrift komme. Zwar habe das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass Artikel 3 Abs. 2 und 3 des Grundgesetzes auf § 183 StGB nicht anwendbar sei,¹⁵⁷ da der zu ordnende Lebenssachverhalt nur in einem Geschlecht verwirklicht werden könne und die Ungleichbehandlung auf der natürlichen Verschiedenheit der beiden Geschlechter beruhe.¹⁵⁸ Diese Rechtsprechung sei jedoch nicht überzeugend, weil auch die Frau ihr Geschlechtsteil zur Schau stellen könne. Ferner ließe sich nicht die Behauptung aufstellen, dass eine Frau

¹⁵⁷ Vgl. BVerfG vom 22. März 1999 – 2 BvR 398/99 Rn. 2, zitiert nach juris mit Hinweis auf BVerfG, Urteil vom 10. Mai 1957 – 1 BvR 550 / 52 zitiert nach juris; bestätigt durch BVerfG; Urteil vom 2. Oktober 1973 – 2 BvL 7 / 72, Rn. 16, zitiert nach juris.

¹⁵⁸ Vgl. BVerfGE, Urteil vom 10. Mai 1957 – 1 BvR 550 / 52 Rn. 143, zitiert nach juris

einen anderen Menschen nicht sexualbezogen belästigen könne. Soweit der Täter in der Absicht handeln müsse, sich durch die Entblößung oder die dadurch vermittelte Reaktion zu erregen, könne auch diese Voraussetzung von einer Frau erfüllt werden. Der Gesetzgeber selbst habe mit § 183 Abs. 4 Nr. 1 StGB zudem gezeigt, dass er davon ausgehe, dass Frauen exhibitionistische Handlungen begehen können. Gemäß § 183 Abs. 4 Nr. 1 StGB gelte Absatz 3 (Aussetzung der Vollstreckung der Freiheitsstrafe zur Bewährung, wenn zu erwarten ist, dass der Täter erst nach einer längeren Heilbehandlung keine exhibitionistischen Handlungen mehr vornehmen wird) auch, wenn eine Frau wegen einer exhibitionistischen Handlung nach einer anderen Vorschrift bestraft werde.

Simon ging in seinem Impulsreferat ebenfalls auf den Umstand ein, dass § 183 StGB nur von Männern verwirklicht werden könne. Er sah hierin keinen Wertungswiderspruch im eigentlichen Sinne, da der Gesetzgeber die unterschiedliche Behandlung damit begründet habe, dass exhibitionistische Handlungen von Frauen nur in sehr seltenen Fällen vorkämen und unabhängig davon „kaum jemals die von exhibitionistischen Handlungen eines Mannes typischerweise ausgehenden negativen Wirkungen“ hätten.¹⁵⁹ Die Begründung selbst hielt *Simon* allerdings für überprüfungsbedürftig.

Die Mehrheit der Mitglieder der Reformkommission sprach sich dafür aus, auch die Frau als potenzielle Täterin des Straftatbestandes des Exhibitionismus zu erfassen, wenn die Vorschrift nicht gestrichen werde. Während sich die Befürworter auf die dargelegte Argumentation von *Wolters* stützten, argumentierten die übrigen Mitglieder der Reformkommission, dass von Frauen nicht dasselbe Bedrohungspotenzial ausgehe wie von Männern. Ihre tatbestandliche Erfassung sei daher nicht erforderlich. Außerdem sei die Frau als Täterin bereits von § 183a StGB erfasst.¹⁶⁰

b) § 183a StGB (Erregung öffentlichen Ärgernisses)

Gemäß § 183a StGB macht sich strafbar, wer öffentlich sexuelle Handlungen vornimmt und dadurch absichtlich oder wissentlich ein Ärgernis erregt, wenn die Tat nicht in § 183 StGB mit Strafe bedroht ist. Die Vorschrift schütze nach h. M. den Einzelnen vor der ungewollten Konfrontation mit sexuellen Handlungen. *Wolters* vertrat auch für § 183a StGB die Auffassung, dass sich die Tathandlung in einer Konfrontation mit einer sexuellen Handlung erschöpfe und daher nicht strafwürdig sei. Der überwiegende Teil der Mitglieder der Reformkommission teilte diese Auffassung und sprach sich für die Streichung des § 183a StGB aus.

¹⁵⁹ Vgl. BT-Drs. VI / 3521, S. 53.

¹⁶⁰ Vgl. hierzu jedoch Punkt VIII.1.b.

2. Abstimmung

Die Mitglieder der Reformkommission haben auf der Grundlage der dargestellten Diskussion die folgenden Fragen aufgeworfen und über diese wie folgt abgestimmt:

Frage 1: Soll § 183 StGB (Exhibitionistische Handlungen) gestrichen werden?

a) Ja oder

b) Ja, soweit sichergestellt ist, dass der Aspekt des Jugendschutzes in den Vorschriften zum Jugendschutz außerhalb des StGB enthalten ist, oder

c) Ja, soweit die Opfer nicht Kinder sind, oder

d) Nein

Abstimmung: a): 3 Mitglieder; b): 4 Mitglieder; c): 0 Mitglieder; d): 5 Mitglieder

Frage 2: Unterstellt, § 183 StGB wird nicht gestrichen: Soll der Tatbestand auch die Frau als potenzielle Täterin erfassen?

Abstimmung: Ja: 7 Mitglieder; Nein: 4 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 3: Soll § 183a StGB (Erregung öffentlichen Ärgernisses) gestrichen werden?

Abstimmung: Ja: 10 Mitglieder; Nein: 1 Mitglied; Enthaltung: 1 Mitglied

IX. Themenkomplex 9: Reformbedarf bei den §§ 184 ff. StGB (Pornographiedelikte)

Der Themenkomplex 9 befasst sich mit den Pornographiedelikten, d. h. im Einzelnen mit § 184 StGB (Verbreitung pornographischer Schriften), § 184a StGB (Verbreitung gewalt- oder tierpornographischer Schriften), den §§ 184b, 184c StGB (Verbreitung, Erwerb und Besitz kinder- bzw. jugendpornographischer Schriften), § 184d StGB (Zugänglichmachen pornographischer Inhalte mittels Rundfunk oder Telemedien; Abruf kinder- und jugendpornographischer Inhalte mittels Telemedien) und § 184e StGB (Veranstaltung und Besuch kinder- und jugendpornographischer Darbietungen). Die Reformkommission widmete sich dieser Thematik in der 14., 16., 18., 20., und 24. Sitzung.

I. Der Diskussionsverlauf zu § 184 StGB (Verbreitung pornographischer Schriften)

Die Reformkommission beschäftigte sich in der 14., 16., 18. und in der 24. Sitzung mit dem Straftatbestand der Verbreitung pornographischer Schriften. *Thom-Eben* führte mit ihrem Impulsreferat „Reformbedarf des § 184 StGB – Verbreitung pornographischer Schriften“ in der 16. Sitzung in die Thematik ein. In derselben Sitzung hörte die Reformkommission *Krause* an, der als Staatsanwalt Einblicke in den praktischen Umgang mit der Vorschrift gewährte. In der 18. Sitzung vermittelte der Sachverständige *Schölmerich* einen Einblick in die Auswirkungen von Pornographie auf Kinder und Jugendliche aus entwicklungspsychologischer Sicht. Bereits in der 14. Sitzung hatte *Wolters* sein Impulsreferat „Fragmentarischer Charakter des Strafgesetzbuchs auch im dreizehnten Abschnitt (?)“ gehalten. Seine Überlegungen zur Zeitgemäßheit einzelner Strafvorschriften bezogen sich u. a. auf § 184 StGB.

1. Die Streichung des § 184 StGB

§ 184 StGB stellt eine Straftat gegen die sexuelle Selbstbestimmung dar, was sich bereits aus der Verortung im 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB ergibt. Die Vorschrift schützt im Grundsatz die sexuelle Selbstbestimmung vor der Konfrontation mit einfacher Pornographie in Abgrenzung zur harten Pornographie. Unter Letzterer wird gemeinhin die in den §§ 184a bis 184c StGB tatgegenständliche Pornographie verstanden. *Thom-Eben* unterteilte das geschützte Rechtsgut im engeren Sinne in ihrem Impulsreferat weitergehend nach den einzelnen Tathandlungen des § 184 StGB: Die Tathandlungen des § 184 Abs. 1 Nr. 1 (Verbreiten an Minderjährige), Nr. 2 (Zugänglichmachen für Minderjährige), Nr. 3a (gewerbliche Gebrauchsüberlassung), Nr. 5 (öffentliche Werbung) und Nr. 7 (öffentliche Filmvorführung) StGB dienen u. a. dem Schutz von Personen unter 18 Jahren, mithin dem Jugendschutz. Tathandlungen nach § 184 Abs. 1 Nr. 3 (gewerblicher Vertrieb), Nr. 4 (Einführen im Versandhandel), Nr. 5 (öffentliche Werbung), Nr. 6 (Aufdrängen der Kenntnisnahme) und

Nr. 7 (öffentliche Filmvorführung) StGB bezweckten im Wesentlichen den Schutz von Erwachsenen vor ungewollter Konfrontation mit Pornographie. Als Fremdkörper erweise sich § 184 Abs. 1 Nr. 9 StGB (Ausfuhr). Diese Vorschrift schütze nicht die sexuelle Selbstbestimmung, sondern bezwecke die Vermeidung von Konflikten mit dem Ausland.

Davon ausgehend, dass eine Bestrafung dem Ultima-Ratio-Prinzip entsprechend nur verhältnismäßig sei, wenn die inkriminierte Tathandlung das geschützte Rechtsgut zumindest gefährden könne, warf *Thom-Eben* die Frage auf, inwieweit dies auf § 184 StGB zutrefte. Für § 184 Abs. 1 Nr. 9 StGB könne ein hinreichender Bezug zum Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung nicht ausgemacht werden. Die Vorschrift könne allenfalls im 3. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB (Straftaten gegen ausländische Staaten) eine Berechtigung haben. *Wolters* teilte die Auffassung, dass der von § 184 Abs. 1 Nr. 9 StGB bezweckte Schutz der Beziehungen der Bundesrepublik zum jeweiligen Ausland kaum einen legitimen Anknüpfungspunkt für den Straftatbestand darstelle. Ferner handele es sich um ein Bagatelldelikt. *Thom-Eben* ergänzte, dass die Ausgestaltung als Unternehmensdelikt unabhängig vom Rechtsgutsbezug unter rechtsstaatlichen Aspekten Probleme aufwerfe, da der in Deutschland begangene Versuch, sich an einer in Deutschland straflosen Handlung zu beteiligen, bestraft werde.

Für die übrigen Tathandlungen des § 184 Abs. 1 StGB stelle sich die Frage, ob die Konfrontation von Jugendlichen oder Erwachsenen mit einfacher Pornographie eine Gefährdung der sexuellen Selbstbestimmung nach sich ziehen könne. *Thom-Eben* wies darauf hin, dass der Sonderausschuss für die Strafrechtsreform, dessen Arbeit dem 4. Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 23. November 1973 (4. StrRG) vorausgegangen war, diese Frage aufgeworfen und zahlreiche Sachverständige angehört hatte.¹⁶¹ Zum Ergebnis der Anhörung hatte der Gesetzgeber in den Materialien zum 4. StrRG festgehalten, die ganz überwiegende Mehrheit der Sachverständigen habe bestritten, dass schädliche Auswirkungen von Pornographie auf Erwachsene nachgewiesen bzw. überhaupt nachweisbar seien. Das Risiko für Kinder und Jugendliche hätten die Sachverständigen überwiegend gering eingeschätzt.¹⁶² Der Gesetzgeber des 4. StrRG hatte aus der damaligen Sachverständigenanhörung die Konsequenz gezogen, § 184 StGB auf die Fälle des Jugendschutzes und des Schutzes von Personen zu reduzieren, die ohne ihren Willen mit einfacher Pornographie konfrontiert werden. Nur in diesen Fällen gebiete die bloße Möglichkeit schädlicher Auswirkungen von Pornographie einen Rechtsgüterschutz.¹⁶³

¹⁶¹ Vgl. Beratungen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, 6. Wahlperiode, Anlage 1 zur 23. Sitzung, S. 759 ff. und Protokolle der 28. bis 30. Sitzung, S. 843 ff.

¹⁶² Vgl. BT-Drs. VI / 3521, S. 58.

¹⁶³ Vgl. BT-Drs. VI / 1552, S. 33.

Die Reformkommission hat die über 40 Jahre zurückliegende Einschätzung der Sachverständigen zum Anlass genommen, den Sachverständigen *Schölmerich* erneut mit der Thematik der Auswirkungen von Pornographie auf Kinder und Jugendliche zu befassen. *Schölmerich* stellte eingangs die gängigen Vermutungen über mögliche Folgen des Konsums von Pornographie auf die sexuelle Selbstbestimmung von Kindern und Jugendlichen vor. So sei es einerseits vorstellbar, dass Kinder und Jugendliche durch den ungewollten Konsum von Pornographie traumatisiert werden könnten, dass ihre sexuelle Aktivität gesteigert werden könne, dass ihr Sexualverhalten aggressiver werden könne, dass sich ihr Frauenbild negativ verändern könne oder dass ein negatives sexuelles Verhalten standardisiert werden könne. Andererseits könne der Konsum von Pornographie von Kindern und Jugendlichen auch als Instrument der Sexualaufklärung verstanden werden.

Für die Beantwortung der Frage, ob die aufgezeigten möglichen Szenarien tatsächlich zutreffen, nahm *Schölmerich* zunächst die psychosoziale Entwicklung von Kindern und Jugendlichen in den Blick. Danach lasse sich festhalten, dass bei Kindern bereits ab der Geburt die Fähigkeit zum sexuellen Lustgewinn bestehe. Je älter der Mensch werde, umso mehr trete der Lustgewinn hinter den Beziehungsgewinn zurück. Die sexuelle Beziehung sei zunehmend an feste Bindungen zu einem anderen Menschen gekoppelt. Im Rahmen der Geschlechtsreife entstehe ein erhebliches Interesse an der Erkundung des eigenen Körpers und an der Erkundung fremder Körper, das mit Verunsicherung und Informationssuche einhergehe. In dieser Zeit entwickelten Jugendliche ein erhöhtes Interesse an Pornographie. Etwa 15 % der 10- bis 12jährigen habe bereits Pornographie betrachtet. Ab dem Alter von 15 Jahren sei Pornographie fast allen Jugendlichen bekannt, wobei der Anteil der Jungen unter den Jugendlichen, die Pornographie konsumieren, etwas höher sei als der Anteil der Mädchen. Ein neues Phänomen bestehe darin, dass Jugendliche zunehmend selbst Produzenten von pornographischem Material seien.

Schölmerich stellte sodann die Auswertung vorhandener Studien dar, um Rückschlüsse in Bezug auf die eingangs aufgeworfenen Vermutungen zu ziehen: Ausweislich einer Studie von *Elsner* und *König* aus dem Jahr 2010¹⁶⁴ hätten 67 % der sexuell übergriffigen Kinder (Personen unter 14 Jahren) selbst Pornographie konsumiert. Allerdings sei hierdurch nach *Schölmerich* nichts über Ursache und Wirkung gesagt. Denn die Ergebnisse basierten auf einer selektiven Schätzung auf der Grundlage der Befragung von Eltern und Erziehern. Dabei sei etwa zu berücksichtigen, dass die Eltern von unauffälligen Kindern in der Regel gar

¹⁶⁴ Vgl. *Elsner, K. / König, A.*, Evaluation der Behandlung sexuell übergriffiger strafunmündiger Jungen. Kindesmisshandlung und -vernachlässigung, in: *Interdisziplinäre Fachzeitschrift für Prävention und Intervention* 2010, S. 13 ff.

nicht wüssten, ob ihre Kinder Pornographie konsumierten. Der Konsum von Pornographie könne daher für das übergriffige Verhalten nicht verantwortlich gemacht werden. Es handele sich nach Einschätzung von *Schölmerich* vielmehr um eine Kanalisierung, die ebenso durch Ladendiebstähle oder Tierquälerei erfolgen könnte.

Betrachte man das Empfinden von Kindern und Jugendlichen, die unbeabsichtigt Pornographie betrachtet hätten, lasse sich sagen, dass etwa 30-50 % der jüngeren Konsumenten nach dem Konsum kurzfristig „beunruhigt oder verstört“ gewesen seien. Dieses Gefühl gehe allerdings – auch bei Kindern – über ein Unwohlfühlen nicht hinaus. Bei 16 bis 17jährigen sinke dieser Prozentsatz auf ca. 20 %. Das Empfinden von Verstörung halte nicht lange an und sei daher nicht als gravierend zu bezeichnen. Eine negative Langzeitwirkung gebe es nicht. Mit zunehmendem Konsum nehme die emotionale Verstörung ab. Ferner lasse sich sagen, dass auch trotz stark erhöhter Zugänglichkeit von Pornographie kein erhöhtes Risiko vorhanden sei, dass sich negative Folgen bei Kindern oder Jugendlichen durch den Konsum einstellen.

Ferner führte *Schölmerich* aus, dass eine Studie¹⁶⁵ zu dem Ergebnis gekommen sei, dass bei Jugendlichen das Ausleben von realer Sexualität ohne Beziehung zu dem Sexualpartner mit dem Pornographiekonsum in Korrelation stehe. Das gelte insbesondere in Verbindung mit Alkohol. Demgegenüber hätten andere Studien keine solche Übertragung der betrachteten Pornographie auf das reale Sexualverhalten feststellen können. So hätten die Befragten klar zwischen Realität und Fiktion unterscheiden können und auch kein negatives Frauenbild entwickelt.¹⁶⁶

Besonders aufschlussreich sei eine belgische Studie aus dem Jahr 2015 gewesen, in der Mädchen und Jungen im Alter von 12 bis 16 Jahren in repräsentativer Anzahl über einen Zeitraum von 18 Monaten zu ihrem Konsum und zu ihrer sexuellen Einstellung befragt worden seien.¹⁶⁷ Aus der Studie ergebe sich, dass Jungen mehr Internetpornographie konsumierten als Mädchen. Während sich bei den Jungen die Einstellung zur Sexualität mit zunehmendem Pornographiekonsum leicht verändere, sei dies bei Mädchen nicht im selben Maße der Fall. Allerdings sei die Korrelation zwischen Handlungsänderung und Pornographiekonsum auch im Hinblick auf die Jungen sehr schwach.

¹⁶⁵ Vgl. Braithwaite / Coulson / Keddington / Fincham, The influence of pornography on sexual scripts and hooking up among emerging adults in college, in: Arch Sex Behav 2015, 44.

¹⁶⁶ Vgl. Schmidt, Gunter, Was machen Jungen mit Pornografie?, in: Matthiesen, Silja (Hrsg), Jugendsexualität im Internetzeitalter. Eine qualitative Studie zu sozialen und sexuellen Beziehungen von Jugendlichen, Köln, S. 171 ff.

¹⁶⁷ Vgl. Doornward / Bickham / Rich / ter Bogt / Van den Eijnden, in: Developmental Psychology 51, S. 10.

Zusammenfassend kam *Schölmerich* zu dem Schluss, dass sich weder bei Jungen noch bei Mädchen ein signifikanter Effekt durch Pornographiekonsum verzeichnen lasse. Eine Wirkungsaussage sei gering bis nicht vorhanden. Wo sich eine geringe Wirkungsaussage feststellen lasse, beziehe sich diese lediglich auf die Einstellung zur Sexualität und nicht auf das Erleben realer Sexualität. Im Ergebnis lasse sich damit keine belastbare Evidenz für allgemeine Risiken durch Zugänglichkeit einfacher Pornographie im Kindes- und Jugendalter feststellen. Die normale Sexualentwicklung werde durch den Konsum von Pornographie nicht gefährdet. Es sei im Gegenteil so, dass Pornographie die sexuelle Neugier auch positiv begleiten könne. In diesem Zusammenhang führte *Schölmerich* aus, dass es grundsätzlich nicht gut sei, möglichst jede Konfrontation des Kindes oder Jugendlichen mit Sexualität zu verhindern. Denn die Entwicklung zum selbstbestimmten Agieren setze auch Konfrontation voraus. Gleichzeitig betonte *Schölmerich*, dass es auch bei Personen unter 14 Jahren keine besondere Schutzbedürftigkeit gebe und zwar auch dann nicht, wenn das Kind unfreiwillig mit Pornographie konfrontiert werde. Das Kind sei allenfalls kurzfristig verstört. Im Übrigen würden Kinder, die noch kein Interesse an Sexualität haben, von sich heraus nicht den Kontakt zu Pornographie suchen. Selbst Pornographie mit sadistischem oder tierpornographischem Inhalt würde ganz überwiegend lediglich als ekelhaft empfunden.

Eine Einschränkung machte *Schölmerich* allerdings für traumatisierte Kinder und Jugendliche. Soweit diese Personen einen Missbrauch persönlich erlebt hätten, würden sie auf Pornographie anders reagieren. Die Konsequenz des Traumas bestehe darin, dass bestimmte Bilder immer wieder beim Betroffenen hervorgerufen würden. Für die Gruppe der traumatisierten Kinder und Jugendlichen könne daher eine repressive Vorschrift gerechtfertigt werden.

Die Ausführungen von *Schölmerich* vorausgeschickt, sprachen sich *Thom-Eben* und *Wolters* dafür aus, § 184 Abs. 1 Nr. 3a, Nr. 4, Nr. 6, Nr. 7 und Nr. 8 StGB ersatzlos zu streichen. Es gebe keine Belege dafür, dass die Konfrontation Erwachsener mit Pornographie deren sexuelle Selbstbestimmung gefährde oder verletze. Pornographie sei zudem im Internet ohnehin frei verfügbar. Hinsichtlich der unmittelbar jugendschützenden Vorschriften aus § 184 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 und Nr. 5 StGB gebe es nach *Thom-Eben* Überschneidungen zu § 27 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 Jugendschutzgesetz (JuSchG). Es könne daher erwogen werden, die jugendschützenden Normen insgesamt in das JuSchG zu überführen. *Wolters* teilte diese Auffassung im Wesentlichen. Er hielt es zwar für vertretbar, dass der Gesetzgeber in dem Schutz von Jugendlichen vor Störungen, die ihnen durch die Konfrontation mit Pornographie widerfahren könnten, einen legitimen Strafzweck für die Ausgestaltung als abstraktes Gefährdungsdelikt sehe. Es stelle sich aber die Frage, ob ein solcher Jugendschutz vor dem

Hintergrund des offenen gesellschaftlichen Umgangs mit Sexualität noch sinnvoll sei. Darüber hinaus sei es Realität, dass Jugendliche über das Internet problemlos an Pornographie heran kämen und es insoweit ohnehin ein Vollzugsdefizit gebe.

Der von der Reformkommission ebenfalls angehörte Sachverständige *Krause* sprach sich darüber hinausgehend dafür aus, die gesamte Vorschrift des § 184 StGB zu streichen und allenfalls den jugendschützenden Regelungsgehalt außerhalb des StGB z. B. im JuSchG zu erfassen. Die Vorschrift sei im Hinblick auf die freie Verfügbarkeit von Pornographie im Internet (z. B. Chatroulette, Omegle, freizügige Selfies auf Facebook) nicht mehr zeitgemäß und spiele in der Praxis nahezu keine Rolle.

Unabhängig davon führte *Krause* aus, dass § 184 StGB auf verkörperte Hefte mit pornographischen Inhalten zugeschnitten sei, obwohl sich die einfache Pornographie in größerer Menge als digitales Bild oder als digitaler Film im Internet aufrufen lasse. In diesem Zusammenhang sei festzustellen, dass der Schriftenbegriff nicht mehr zeitgemäß sei. Strafbarkeitslücken würden durch diesen veralteten Begriff jedoch nicht begründet. Insbesondere sei etwa die Tathandlung des Verbreitens auf der Grundlage der Rechtsprechung auch dann erfasst, wenn dieses elektronisch erfolge. Darüber hinaus würden Tathandlungen, die über das Internet etc. begangen würden, von § 184d StGB erfasst.

Die Reformkommission verhielt sich zur Frage der Streichung des § 184 StGB uneinheitlich. Teilweise wurde eine Streichung der gesamten Vorschrift befürwortet. Da sich nicht belegen lasse, dass sich die Konfrontation mit Pornographie für Kinder, Jugendliche und Erwachsene schädlich auf das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung auswirke, sei eine strafrechtliche Reaktion auf eine solche Konfrontation verfehlt. Dabei sei insbesondere zu beachten, dass es ein Idealbild von Sexualität nicht gebe. Reine Wertungen zur Sexualität dürften nicht zur Grundlage der Gesetzgebung gemacht werden. So sei z. B. die Aussage, dass Sexualität mit Liebe einhergehen müsse, eine Wertung. Tatsächlich sei es aber aus rechtlicher Sicht nicht zu beanstanden, wenn sich jemand dafür entscheide, möglichst viel Sexualität ohne Liebe zu leben. Der Umstand, dass Pornographie möglicherweise die Einstellung der Gesellschaft zur Sexualität in diesem Sinne verändere, sei aus strafrechtlicher Sicht nicht relevant. Vereinzelt wurde vertreten, dass die jugendschützenden Vorschriften des § 184 StGB jedoch weiterhin außerhalb des Strafgesetzbuches erhalten bleiben sollten.

Ein anderer Teil der Reformkommission sprach sich dafür aus, lediglich die jugendschützenden Vorschriften in § 184 StGB zu belassen. Soweit die Vorschrift den unmittelbaren Jugendschutz bezwecke, sei eine Strafbarkeit weiterhin gerechtfertigt. Die Aussage, dass eine

Gefährdung bzw. Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung durch den Konsum von einfacher Pornographie nicht gegeben sei, lasse sich nicht in dieser Klarheit treffen. Es gebe diesbezüglich auch andere wissenschaftlich fundierte Auffassungen.

Vereinzelt sprachen sich Mitglieder der Reformkommission gegen eine teilweise oder gesamte Streichung des § 184 StGB aus, da die Gesellschaft erwarte, dass derartige Handlungen bestraft würden.

Weitestgehende Einigkeit bestand unter den Mitgliedern der Reformkommission darüber, dass § 184 StGB modernisiert werden müsse, wenn bzw. soweit die Vorschrift erhalten bleiben sollte. Gegenwärtig sei § 184 StGB auf die Vorstellung zugeschnitten, dass Hefte mit pornographischen Inhalten verdeckt oder offen in Geschäften angeboten würden. Tatsächlich würden sich die pornographischen Inhalte jedoch heute weitgehend auf digitales Material beschränken und seien als digitales Bild bzw. digitales Video im Umlauf, was sich in § 184 StGB widerspiegeln sollte.

2. Das Abstimmungsergebnis

Die Mitglieder der Reformkommission haben auf der Grundlage der dargestellten Diskussionen die folgenden Fragen aufgeworfen und über diese wie folgt abgestimmt:

Frage 1. Soll § 184 StGB (Verbreitung pornographischer Schriften) gestrichen werden?

a) Ja oder

b) Ja, aber nur, wenn die jugendschützenden Vorschriften außerhalb des StGB abgebildet werden, oder

c) Ja, aber nur, wenn alle Tathandlungen weiterhin außerhalb des StGB abgebildet werden, oder

d) Nein, es sollen aber nur die jugendschützenden Vorschriften weiterhin im StGB verbleiben, oder

e) Nein

Abstimmung: a): 4 Mitglieder; b): 1 Mitglied; c): 0 Mitglieder; d): 5 Mitglieder; e): 2 Mitglieder

Frage 2: Unterstellt bei Frage 1 wird Antwort d) oder e) bejaht: Sollen die Tatbestandsmerkmale von § 184 StGB modernisiert werden?

Abstimmung: Ja: 11 Mitglieder; Nein: 0 Mitglieder, Enthaltung: 1 Mitglied

II. Der Diskussionsverlauf zu § 184a StGB (Verbreitung gewalt- oder tierpornographischer Schriften)

Die Reformkommission beschäftigte sich in der 14., 16. und 20. Sitzung mit dem Straftatbestand der Verbreitung gewalt- oder tierpornographischer Schriften. *Röhrig* stellte die Thematik in ihrem Impulsreferat zum Reformbedarf bei § 184a StGB vor. In derselben Sitzung hörte die Reformkommission *Krause* an, der als Staatsanwalt Einblicke in den praktischen Umgang mit der Vorschrift gewährte. Bereits in der 14. Sitzung hatte *Wolters* sein Impulsreferat „Fragmentarischer Charakter des Strafgesetzbuchs auch im dreizehnten Abschnitt (?)“ gehalten. Seine Überlegungen zur Zeitgemäßheit einzelner Strafvorschriften bezogen sich auch auf § 184a StGB.

1. Die Streichung des § 184a StGB

Röhrig führte in ihrem Impulsreferat aus, dass § 184a StGB ebenso wie § 184 StGB zum einen die Jugend vor sexuellen und psychischen Fehlentwicklungen und zum anderen Erwachsene vor der Konfrontation mit Pornographie schützen solle. Dabei solle insbesondere auch der Gewöhnung an gewalttätige Sexualpraktiken entgegengewirkt werden, um zu verhindern, dass der Konsument das betrachtete sexuelle Geschehen nachahme.

Röhrig führte weiter aus, dass § 184a StGB anders als § 184 StGB lediglich die sogenannte harte Pornographie, also gewalt- bzw. tierpornographische Schriften, erfasse. *Röhrig* warf die Frage auf, ob § 184a StGB unter dem Aspekt des Ultima-Ratio-Prinzips beibehalten werden solle. Voraussetzung sei, dass der Konsum von Gewalt- oder Tierpornographie das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung sowohl im Hinblick auf Kinder und Jugendliche als auch im Hinblick auf Erwachsene hinreichend gefährde. *Wolters* sah in Bezug auf die Gewaltpornographie grundsätzlich einen hinreichenden mittelbaren Rechtsgutsbezug, der die Bestrafung der Verbreitung von Gewaltpornographie rechtfertigen könne. Er warf jedoch die Frage auf, ob die Verbreitung von Gewaltpornographie nicht treffender als Qualifikationstatbestand in § 131 StGB (Gewaltdarstellung) zu verorten sei.

Der Sachverständige *Schölmerich* führte im Rahmen seiner Anhörung aus, dass nicht nachgewiesen werden könne, dass der Konsum von Gewalt- oder Tierpornographie Kinder, Jugendliche oder Erwachsene gefährden könne. Dies gelte selbst für Personen unter 14 Jahren. Es könne sich zwar infolge des Konsums von Pornographie eine kurzfristige Verstörung im Sinne eines unguuten Gefühls bei dem Kind einstellen, welches aber nicht gravierend sei und sich alsbald verflüchtige. Das gelte auch für die sadistische oder tierpornographische Pornographie, die grundsätzlich lediglich als ekelhaft empfunden werde. Eine Aus-

nahme gelte für traumatisierte Kinder und Jugendliche, bei denen das Betrachten von Pornographie Erinnerungen an erfahrenen Missbrauch auslösen könne.¹⁶⁸

Röhrig stellte ferner heraus, dass es widersprüchlich sei, dass einerseits reale und fiktive Gewalt in den Medien exzessiv dargestellt werde, während andererseits die Strafbarkeit nach § 184a StGB lediglich an die *pornographische* Gewaltdarstellung anknüpfe. Ferner sei es unstimmtig, dass die einvernehmliche Vornahme gewalttätiger sexueller Handlungen straffrei sei, während ihre Abbildung im Zusammenhang mit den Tathandlungen des § 184a StGB bestraft werde. Vergleichbares gelte für die Tierpornographie. Auch insoweit gelte, dass die Vornahme sexueller Handlungen mit einem Tier für sich genommen grundsätzlich straffrei sei. Vor diesem Hintergrund hielt *Röhrig* die Streichung von § 184a StGB für vertretbar. Es könne allerdings auch in Betracht gezogen werden, den jugendschützenden Aspekt zu erhalten, soweit sich insoweit eine Rechtsgutsgefährdung belegen ließe. *Wolters* teilte die Auffassung zur Tierpornographie und sprach sich insoweit für die Streichung von § 184a StGB aus. Da die Vornahme sexueller Handlungen mit Tieren grundsätzlich erlaubt sei, lasse sich nicht argumentieren, dass der Konsum von Tierpornographie Anreiz für strafbares Unrecht enthalte. Es gebe daher keinen hinreichenden Rechtsgutsbezug zwischen dem Verbot der Tierpornographie und der sexuellen Selbstbestimmung. Das Verbot der Verbreitung von tierpornographischen Schriften ließe sich allenfalls mit dem Schutz der Würde des abgebildeten Menschen begründen, der mit dem Tier sexuell verkehre. Dieser Schutz betreffe jedoch nicht die sexuelle Selbstbestimmung.

Der Sachverständige *Krause* teilte im Wesentlichen die Auffassung von *Röhrig*, dass § 184a StGB insgesamt gestrichen werden könne. § 184a StGB spiele in der Praxis keine Rolle. Die Tathandlungen zur Tierpornographie seien entbehrlich. Die Tathandlungen des § 184a StGB zu den gewaltpornographischen Schriften könnten ggf. in das Ordnungswidrigkeitenrecht überführt werden. Eine Bestrafung der Verbreitung gewaltpornographischer Darstellungen nach § 184a StGB sei mit der Realität nicht mehr in Einklang zu bringen. Denn trotz bestehender Strafbarkeit könnten entsprechende Medien im Internet zu jeder Zeit problemlos konsumiert werden.

Die überwiegende Anzahl der Mitglieder der Reformkommission sprach sich zwar für eine Streichung der Totalalternative des Verbreitens tierpornographischer Schriften, aber gegen die Streichung der Totalalternative des Verbreitens gewaltpornographischer Schriften aus. Dabei gingen diese Mitglieder mit *Schölmerich* davon aus, dass die Betrachtung von tierpornographischen Darstellungen keine Gefährdung des Rechtsguts der sexuellen Selbstbestimmung

¹⁶⁸ Vgl. im Einzelnen oben Punkt I.1.

für Kinder, Jugendliche oder Erwachsene nach sich ziehe. Im Hinblick auf die Verbreitung gewaltpornographischer Schriften gebe es zwar keine Studien, die einen Zusammenhang zwischen der Betrachtung gewaltpornographischer Schriften und Gefährdung der sexuellen Selbstbestimmung klar nachwiesen. Gleichwohl solle mit der Strafbarkeit der Gefahr der Abstumpfung des Betrachters von Gewaltpornographie entgegengewirkt werden. Es sei nicht auszuschließen, dass der Konsum von Gewaltpornographie insbesondere bei sozial isolierten Personen zur Nachahmung führe und potenzielle Sexualpartner gefährde. Die Gewaltpornographie vermittele grundsätzlich den Eindruck, dass Sexualität und Gewalt auch im realen Leben eine gute Verbindung seien. Dieser Eindruck solle vermieden werden.

Vereinzelt sprachen sich Mitglieder der Reformkommission demgegenüber für die Streichung des § 184a StGB aus. Es handele sich bei dieser Vorschrift um ein bloßes Konfrontationsdelikt, welches jedenfalls nicht in den 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB passe. Wer mit gewalt- oder tierpornographischen Schriften konfrontiert werde, dem sei es zuzumuten, wegzuschauen. Soweit es bei § 184a StGB um den Jugendschutz gehe, sei die Sachlage nicht anders zu bewerten als bei dem Konsum von Horrorfilmen. Dies spreche dafür, entsprechende Tathandlungen im Jugendschutzgesetz zu regeln.

2. Das Abstimmungsergebnis

Die Mitglieder der Reformkommission haben auf der Grundlage der dargestellten Diskussionen die folgenden Fragen aufgeworfen und über diese wie folgt abgestimmt:

Frage 3: Soll § 184a StGB (Verbreitung gewalt- oder tierpornographischer Schriften) gestrichen werden?

a) Ja oder

b) Ja, aber nur, wenn die Tathandlung der Verbreitung gewaltpornographischer Schriften außerhalb des StGB abgebildet wird, oder

c) Nein, es soll nur die Verbreitung tierpornographischer Schriften gestrichen werden, oder

d) Nein

Abstimmung: a): 1 Mitglied; b): 1 Mitglied; c): 8 Mitglieder; d): 2 Mitglied

Abstimmung: a): 1 Mitglied; b): 1 Mitglied; c): 8 Mitglieder; d): 2 Mitglieder

III. Die Verbreitung, der Erwerb und der Besitz kinder- bzw. jugendpornographischer Schriften gemäß §§ 184b und 184c StGB

Die Reformkommission beschäftigte sich in der 5., 16., 18., 20. und 24. Sitzung mit dem Straftatbestand der Verbreitung, des Erwerbs und des Besitzes kinder- bzw. jugendpornographischer Schriften.

1. Der Diskussionsverlauf zu den §§ 184b und 184c StGB

Marx hielt in der 18. Sitzung das Impulsreferat „Reformbedarf bei der Strafbarkeit von Kinder- und Jugendpornographie“. *Eisele* ergänzte dieses in derselben Sitzung mit dem Impulsreferat „Posing und der Begriff der Kinderpornografie in § 184b StGB nach dem 49. Strafrechtsänderungsgesetz“. Die Reformkommission hatte bereits in der 16. Sitzung den Staatsanwalt *Krause* als sachverständigen Praktiker angehört. In der 24. Sitzung stellte *Bezjak* den europarechtlichen und völkerrechtlichen Hintergrund als Grundlage für den Umgang mit fiktiver und wirklichkeitsnaher Kinder- und Jugendpornographie dar. Relevant war ferner die in der 5. Sitzung erfolgte Anhörung des Unabhängigen Beauftragten für Fragen des sexuellen Kindesmissbrauchs (UBSKM), *Rörig*. Der Betroffenenrat beim USBKM vertrat seine Anliegen in einem gesonderten Schreiben mit E-Mail vom 1. Dezember 2015.

a) Die kinderpornographische Schrift

Gemäß § 184b Abs. 1 Nr. 1 StGB ist eine pornographische Schrift (§ 11 Abs. 3 StGB) kinderpornographisch, wenn sie sexuelle Handlungen von, an oder vor einer Person unter 14 Jahren (Buchstabe a), die Wiedergabe eines ganz oder teilweise unbedeckten Kindes in unnatürlich geschlechtsbetonter Körperhaltung (Buchstabe b) oder die sexuell aufreizende Wiedergabe der unbedeckten Genitalien oder des unbedeckten Gesäßes eines Kindes (Buchstabe c) zum Gegenstand hat. *Marx* begrüßte die Legaldefinition aus § 184b Abs. 1 Nr. 1 StGB. Es sei insbesondere positiv zu bewerten, dass durch die Formulierung „pornographische Schrift“ größere Werke, wie Bücher oder Filme, in denen nur einzelne Textteile oder Szenen sexuelle Handlungen schilderten, aus dem Anwendungsbereich ausgenommen würden. Dies sei bei der ursprünglichen Formulierung des Gesetzentwurfes der Bundesregierung („kinderpornographisch ist eine Schrift“)¹⁶⁹ noch anders gewesen. *Eisele* teilte diese Auffassung. *Krause* kritisierte zwar, dass es in der Praxis Abgrenzungsprobleme zwischen strafbarer Kinderpornographie und straflosen Kinderbildern gebe. Die Aufnahme der Legaldefinition der Kinderpornographie in § 184b Abs. 1 Nr. 1 StGB sei aber gleichwohl grundsätzlich zu begrüßen.

¹⁶⁹ BT-Drs. 18 / 2601, S. 8.

b) Der Begriff „Kinderpornographie“¹⁷⁰

Rörig führte im Rahmen seiner Anhörung in der 5. Sitzung aus, dass der Begriff „Kinderpornographie“ zu Missverständnissen einlade. Der Begriff lege nahe, dass es legale Kinderpornographie geben könne. Dies sei jedoch nicht der Fall. Es handele sich tatsächlich um die Darstellung von sexuellem Kindesmissbrauch. *Rörig* schlug vor, dies künftig durch den Begriff „Missbrauchsdarstellungen“ zum Ausdruck zu bringen. Diese Forderung wurde vom Betroffenenrat des UBSKM unterstützt. Es gehe in der Sache nicht um Pornographie, sondern um Bilder und Filmmaterial von sexualisierter Ausbeutung, Gewalt und Folter an Kindern und Jugendlichen.

Die überwiegende Mehrheit der Reformkommission sprach sich gegen eine Begriffsänderung aus. Denn es handele sich um einen inzwischen eingeführten und anerkannten Sprachgebrauch, der nicht verändert werden sollte. Einige Mitglieder der Reformkommission sahen den Begriff „Missbrauchsdarstellungen“ auch deswegen als problematisch an, weil die dargestellte Kinderpornographie nicht deckungsgleich mit den Missbrauchshandlungen in § 176 StGB sein müssten. Es müsste daher ein Begriff gefunden werden, der das Gemeinte abbildet und darüber hinaus eine Abgrenzung zu bloßen Nacktbildern ermögliche. Dies sei aber nur schwer möglich. Im Übrigen sei auch der Begriff des sexuellen Missbrauchs von Kindern umstritten, weil der falsche Eindruck entstehen könne, es gebe einen legalen „Gebrauch“ von Kindern. Aus strafrechtlicher Sicht bringe das Ersetzen des Begriffes Kinderpornographie im Ergebnis keinen Mehrwert.

c) Die Streichung des § 184b Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b StGB

Gemäß § 184b Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b StGB ist eine pornographische Schrift (§ 11 Abs. 3 StGB) kinderpornographisch, wenn sie die Wiedergabe eines ganz oder teilweise unbedeckten Kindes in unnatürlich geschlechtsbetonter Körperhaltung zum Gegenstand hat. *Eisele* erläuterte, dass der Regelungsgehalt von § 184b Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b StGB weitestgehend deckungsgleich mit § 184b Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe a StGB sei. Denn der Gesetzgeber habe bereits mit dem Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates der Europäischen Union zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie vom 31. Oktober 2008 dafür Sorge getragen, dass das aufreizende zur Schau stellen der Genitalien oder der Schamgegend von Kindern als sexuelle Handlung erfasst

¹⁷⁰ Soweit in diesem Zusammenhang über den Begriff des „Sexuellen Missbrauchs“ diskutiert wurde, wird auf die Ausführungen zu Themenkomplex 7 verwiesen.

sei.¹⁷¹ Der Mehrwert von § 184b Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b StGB liege vor allem darin, dass nicht auf eine sexuelle *Handlung*, sondern auf eine *Körperhaltung* abgestellt werde und dass auch das *teilweise* entkleidete Kind im Sinne der Vorschrift posieren könne. Auf diese Weise seien sogenannte Model-Serien sicher vom Tatbestand erfasst. Bei Model-Serien würden Kinder dazu veranlasst z. B. in Reizwäsche sexualbezogene Posen einzunehmen.

Marx erläuterte, dass unklar sei, wann ein Kind teilweise unbekleidet im Sinne des § 184b Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b StGB sei. So stelle etwa das Tragen einer Badehose anlassbezogen eine vollständige Bekleidung dar. Einschränkend gab *Eisele* zu bedenken, dass das Erfordernis der pornographischen Schrift als Korrektiv gelten könne. Die Aufnahme der Genitalien oder des Gesäßes spreche grundsätzlich dafür, dass die Vorschrift einschlägig sei. Die Reformkommission teilte die Auffassung, dass der Begriff „teilweise unbekleidet“ unklar sei. Dabei wurde von einigen Mitgliedern der Reformkommission in Abrede gestellt, dass der Gesetzgeber mit dem Merkmal der pornographischen Schrift eine hinreichende Konkretisierung ermöglicht habe.

Soweit in § 184b Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b StGB auf die unnatürlich geschlechtsbetonte Körperhaltung und nicht auf die sexuelle Handlung abgestellt werde, kritisierten *Marx* und *Eisele*, dass die Tatbestandsvoraussetzung „unnatürlich“ unklar sei. So nehme z. B. ein schlafendes Kind keine unnatürliche, sondern eine natürliche Körperhaltung ein. Dasselbe gelte für Aufnahmen, bei denen das Kind überraschend und ohne für den Betrachter zu posieren in einer geschlechtsbetonten Körperhaltung fotografiert werde. Um diese Fälle zu erfassen, sei nach *Marx* der Begriff „unwillkürlich“ statt „unnatürlich“ treffender. *Eisele* führte aus, dass die Definition aus § 184b Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b StGB bei einer sachgerechten Neuregelung des § 184b Abs. 1 Nr. 1 StGB entbehrlich gewesen wäre. *Marx* schlug vor, § 184b Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b StGB zu streichen. Gravierende Strafbarkeitslücken seien im Hinblick auf § 184b Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe c StGB und § 201a Abs. 3 StGB nicht zu erwarten. Gemäß § 201a Abs. 3 StGB wird bestraft, wer eine Bildaufnahme, die die Nacktheit einer anderen Person unter 18 Jahren zum Gegenstand hat, herstellt oder anbietet, um sie einer dritten Person gegen Entgelt zu verschaffen (Nr. 1) oder sich oder einer dritten Person gegen Entgelt verschafft (Nr. 2).

Hinsichtlich der unnatürlich geschlechtsbetonten Körperhaltung vertraten die Mitglieder der Reformkommission einhellig die Auffassung, dass diese Formulierung aus den genannten Gründen problematisch ist. Es wurde jedoch bezweifelt, dass sich das Problem mit dem Begriff „unwillkürlich“ beheben lasse. So bleibe etwa bei Fotografien unklar, ob das dargestellte

¹⁷¹ Vgl. BT-Drs. 16 / 3439, S. 9.

Kind posiert oder eine unwillkürliche Bewegung vorgenommen habe. Es wurde daher der Begriff „aufreizend“ zur Diskussion gestellt.

Einige Mitglieder der Reformkommission sprachen sich für die Streichung des § 184b Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b StGB aus, da es für diese Tatvariante ohnehin kaum einen eigenen Anwendungsbereich gebe. Buchstabe a erfasse das Posing und damit im Wesentlichen den Regelungsgehalt von Buchstabe b. Das schlafende Kind werde hinreichend von Buchstabe c erfasst. Die Mitglieder der Reformkommission diskutierten in diesem Kontext, ob es strafwürdig sei, wenn etwa Kinder wie erwachsene Frauen geschminkt und dann teilweise unbedeckt abgelichtet würden. Hierzu wurde vereinzelt vertreten, dass ein solches Kind zwar unangemessen gekleidet sei, dies aber für sich genommen nicht zwingend strafrechtlich erfasst werden müsse. Denn das eigentlich pornographische Element finde nur im Kopf des Betrachters statt.

d) Das Erfassen des sogenannten Posings in § 184b StGB

Eisele führte aus, dass sich durch das 49. StrÄndG im Hinblick auf das Posing mit § 184b Abs. 1 Nr. 1 Buchstaben a und b StGB kaum etwas geändert habe. Die Darstellung des aufreizenden Zurschaustellens der Genitalien durch das Kind habe bereits nach der alten Rechtslage die Voraussetzung einer kinderpornographischen Schrift, die die Vornahme einer sexuellen Handlung des Kindes vor einer anderen Person zum Gegenstand hatte, erfüllt. § 184b Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b StGB habe demgegenüber nur einen geringen Mehrwert gebracht (Erfassung der Model-Serien) und habe das Problem der Erfassung schlafender Kinder weiterhin nicht gelöst.¹⁷² Demgegenüber habe § 184b Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe c StGB eine Neuerung gebracht. Gemäß § 184b Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe c StGB ist eine pornographische Schrift (§ 11 Abs. 3 StGB) kinderpornographisch, wenn sie die sexuell aufreizende Wiedergabe der unbedeckten Genitalien oder des unbedeckten Gesäßes eines Kindes zum Gegenstand hat. Nach *Eisele* erfasse diese Vorschrift auch schlafende Kinder. Der Tatbestand sei dabei nicht auf Nahaufnahmen kindlicher Genitalien beschränkt. Es seien vielmehr auch Ganzkörperaufnahmen erfasst, die das Opfer häufig stärker in seinem Persönlichkeitsrecht beschneiden würden als die Großaufnahme des Genitals. Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass es technisch ohnehin einfach sei, aus einer Ganzkörperaufnahme die Abbildung des Genitals zu isolieren, und es keinen Grund gebe, die Aufnahme erst dann vom Schutzbereich zu erfassen. Ob die Wiedergabe der unbedeckten Genitalien oder des unbedeckten Gesäßes sexuell aufreizend sei, müsse aus der Sicht eines durchschnittlichen Betrachters beurteilt werden. Es sei eine zweistufige Prüfung erforderlich: Zum einen müsse

¹⁷² Siehe oben, Punkt c).

die Abbildung objektiv für einen Betrachter aus einschlägigen Kreisen zur sexuellen Stimulation geeignet sein und zum anderen müsse die Abbildung dem Täter im konkreten Fall zur sexuellen Verwendung dienen. Die subjektive Zwecksetzung müsse sich dabei nicht aus der Abbildung selbst ergeben, sondern könne auch aus Umständen außerhalb der Abbildung ermittelt werden. Im Zuge der Prüfung könne dieselbe Aufnahme einmal strafrechtlich irrelevant sein (z. B. Aufnahme eines nackten Kindes im elterlichen Besitz) und einmal strafrechtlich relevant, wenn die sexuelle Zweckbestimmung hinzutrete.

e) Herstellen einer kinderpornographischen Schrift, die ein tatsächliches Geschehen wiedergibt gemäß § 184b Abs. 1 Nr. 3 StGB

Gemäß § 184b Abs. 1 Nr. 3 StGB wird mit Freiheitsstrafe von 3 Monaten bis zu 5 Jahren bestraft, wer eine kinderpornographische Schrift, die ein tatsächliches Geschehen wiedergibt, herstellt. Nicht erforderlich ist – anders als bei § 184b Abs. 1 Nr. 4 StGB –, dass der Täter mit Verwendungsabsicht handelt. *Marx* führte aus, dass das Herstellen nach dem Wortlaut an sich nicht nur die erstmalige Herstellung einer entsprechenden Schrift umfasse, sondern auch das Anfertigen von Kopien oder das Ausdrucken und Abspeichern entsprechender Dateien. Eine solche Auslegung werde entsprechend für § 184b Abs. 1 Nr. 4 StGB vorgenommen. Durch die Übertragung dieser Auslegung auf § 184b Abs. 1 Nr. 3 StGB komme es zu Überschneidungen mit anderen Vorschriften. So werde nach § 184b Abs. 3 StGB mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer es unternimmt, sich den Besitz an einer kinderpornographischen Schrift, die ein tatsächliches oder ein wirklichkeitsnahes Geschehen wiedergibt, zu verschaffen oder wer eine solche Schrift besitzt. Da etwa das Abspeichern der kinderpornographischen Schrift sowohl eine Besitzverschaffung als auch ein Herstellen sei, verwirkliche der Täter neben § 184b Abs. 3 StGB zusätzlich § 184b Abs. 1 Nr. 3 StGB mit dem höheren Strafraumen. Die Gesetzesbegründung zum 49. StrÄndG gehe daher davon aus, dass die Reproduktion bereits vorhandener kinderpornographischer Schriften den Tatbestand des § 184b Abs. 1 Nr. 3 StGB nicht erfülle.¹⁷³ *Marx* stellte zur Diskussion, in der Norm klarzustellen, dass mit „Herstellen“ in § 184b Abs. 1 Nr. 3 StGB lediglich die erstmalige Fixierung eines tatsächlichen Geschehens in eine kinderpornographische Schrift gemeint sei.

Die Mehrheit der Mitglieder der Reformkommission hielten eine solche Klarstellung in § 184b Abs. 1 Nr. 3 StGB für geboten.

¹⁷³ Vgl. BT-Drs. 18 / 2601, S. 30.

f) Die Besitzverschaffung und der Besitz gemäß den §§ 184b Abs. 3 und 184c Abs. 3 StGB

Gemäß § 184b Abs. 3 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer es unternimmt, sich den Besitz an einer kinderpornographischen Schrift, die ein tatsächliches oder wirklichkeitsnahes Geschehen wiedergibt, zu verschaffen, oder wer eine solche Schrift besitzt. *Marx* führte aus, dass die Rechtsprechung die Vorschrift bedenklich weit ausgelegt habe, um auch die Besitzverschaffung von Kinderpornographie über das Internet erfassen zu können. Die Problematik habe sich jedoch mit der Neufassung von § 184d Abs. 2 Satz 1 StGB erledigt. Gemäß § 184d Abs. 2 Satz 1 StGB wird nach § 184b Abs. 3 StGB bestraft, wer es unternimmt, einen kinderpornographischen Inhalt mittels Telemedien abzurufen.

Als problematisch stellte *Marx* die Besitzstrafbarkeit für die Jugendpornographie dar. Gemäß § 184c Absatz 3 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu 2 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer es unternimmt, sich den Besitz an einer jugendpornographischen Schrift, die ein tatsächliches Geschehen wiedergibt, zu verschaffen, oder wer eine solche Schrift besitzt. Die Strafobergrenze sei im Vergleich zu § 184b Abs. 3 StGB um 1 Jahr auf 2 Jahre Freiheitsstrafe reduziert. *Marx* führte aus, dass die Legitimation der Strafnorm sehr fragwürdig sei. Denn allein der Besitz oder die Besitzverschaffung von Jugendpornographie trage nicht dazu bei, dass Jugendliche in die kommerzielle Prostitution abglitten. Dieser Gefahr entgegen zu wirken, sei aber der Zweck des § 184c StGB. Gemäß Artikel 5 Abs. 2 der RL 2011/93/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI des Rates (RL 2011/93/EU) sowie gemäß Artikel 20 Abs. 1 Buchstabe e des Übereinkommens des Europarats zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch (Lanzarote-Konvention) sei allerdings die Kriminalisierung des Besitzes von Jugendpornographie verpflichtend. Eine Streichung verbiete sich daher.

Die Mitglieder der Reformkommission diskutierten zu § 184b Abs. 3 StGB, ob der Strafrahmen auf Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren – statt gegenwärtig bis zu 3 Jahren – angehoben werden solle. Die Mehrheit der Mitglieder der Reformkommission lehnte dieses Ansinnen, welches auch vom Betroffenenrat beim UBSKM verfolgt wurde¹⁷⁴, ab. Der Gesetzgeber habe den Strafrahmen zuletzt mit dem 49. StrÄndG von 2 Jahren auf 3 Jahre Freiheitsstrafe angehoben. Auf diese Weise habe er den Unrechtsgehalt des Erwerbs und des Besitzes von kinderpornographischen Schriften stärker betonen wollen. Zudem habe er die generalprä-

¹⁷⁴ Der Betroffenenrat beim UBSKM fordert darüber hinausgehend insgesamt eine Erhöhung des Strafrahmens der §§ 184b bis 184e StGB.

ventive Wirkung gegenüber möglichen Tätern verstärken wollen.¹⁷⁵ Eine darüber hinausgehende, weitere Verschärfung sei auch im Hinblick auf das geschützte Rechtsgut nicht angezeigt. Der Gesetzgeber sei davon ausgegangen, dass der Täter den sexuellen Missbrauch eines Kindes durch den Besitz einer kinderpornographischen Schrift mittelbar fördere, weil durch den Konsum ein Markt geschaffen werde.¹⁷⁶ Darüber hinaus habe der Gesetzgeber nicht ausschließen können, dass der Konsument von Kinderpornographie dazu angeregt werde, selbst ein Kind zu missbrauchen.¹⁷⁷ Nach *Wolters* liege insoweit ein hinreichender mittelbarer Rechtsgutsbezug vor, der die Ausgestaltung des § 184b StGB – und auch des § 184c StGB – als abstraktes Gefährdungsdelikt bzw. als Risikodelikt rechtfertige. Beiden Aspekten werde aber nach Auffassung der Mehrheit der Mitglieder der Reformkommission mit einem Strafraumen von bis zu 3 Jahren Freiheitsstrafe hinreichend Rechnung getragen. Dabei sei auch zu beachten, dass es nach den Ausführungen von *Marx* fragwürdig sei, den nicht aktiv nachfragenden Konsumenten für das Bestehen eines Marktes verantwortlich zu machen. Das Ziel, die Möglichkeiten von Ermittlungsmaßnahmen zu erweitern, könne die Anhebung eines Strafraumens nicht rechtfertigen.

g) Die Versuchsstrafbarkeit gemäß § 184b Absatz 4 StGB

Gemäß § 184b Abs. 4 StGB ist der Versuch strafbar, wobei dies nicht für Taten nach § 184b Abs. 1 Nr. 2 und 4 sowie Abs. 3 StGB gilt. *Marx* führte aus, dass die Unternehmensdelikte aus § 184b Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 3 StGB der Versuchsstrafbarkeit des § 184b Abs. 4 StGB nicht unterlägen, da gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB das Unternehmen einer Tat deren Versuch und Vollendung sei und damit den Versuch bereits in sich trage.

§ 184b Abs. 1 Nr. 4 StGB nenne jedoch nur die Ein- und Ausfuhr einer kinderpornographischen Schrift als Unternehmensdelikt. Im Übrigen stelle § 184b Abs. 1 Nr. 4 StGB ohne Anknüpfung an ein Unternehmensdelikt auf das Herstellen, Beziehen, Liefern, Vorrätighalten, Anbieten und Bewerben einer kinderpornographischen Schrift ab. Der Gesetzgeber habe insoweit keine Versuchsstrafbarkeit an bloße Vorbereitungshandlungen knüpfen wollen.¹⁷⁸ Allerdings sei es etwa in Bezug auf die Tathandlung des Lieferns nicht überzeugend, eine Versuchsstrafbarkeit nicht vorzusehen, obwohl für die Tathandlung des Verbreitens in § 184b Abs. 1 Nr. 1 StGB eine Versuchsstrafbarkeit vorgesehen sei. *Marx* sprach sich gleichwohl gegen die Einführung der Versuchsstrafbarkeit für § 184b Abs. 1 Nr. 4 StGB aus. Diese würde in Bezug auf die anderen Tathandlungen zu weit gehen. Ferner sei zu beden-

¹⁷⁵ Vgl. BT-Drs. 18 / 2601, S. 31.

¹⁷⁶ Vgl. BT-Drs. 12 / 3001, S. 5.

¹⁷⁷ Vgl. BT-Drs. 12 / 3001, S. 6.

¹⁷⁸ Vgl. BT-Drs. 18 / 2601, S. 25 i. V. m. S. 31.

ken, dass eine gewerbs- oder bandenmäßige Tatbegehung nach § 184b Abs. 2 StGB wiederum von der Versuchsstrafbarkeit erfasst sei.

Die Mitglieder der Reformkommission teilten mehrheitlich die Auffassung, dass die Einführung der Versuchsstrafbarkeit für § 184b Abs. 1 Nr. 4 StGB nicht erforderlich sei.

h) Einführung einer Qualifikation für harte Kinderpornographie

Krause wies darauf hin, dass § 184b StGB alle Arten von Kinderpornographie erfasse, ohne zwischen einfacher Kinderpornographie und solcher mit Gewaltdarstellungen und sadistischen Komponenten zu differenzieren. In der Praxis spielten gerade die letztgenannten Formen der Kinderpornographie zunehmend eine Rolle. *Krause* sprach sich dafür aus, für Tathandlungen, die derartige Kinderpornographie zum Gegenstand hätten, eine Qualifikation zu schaffen. Er befürwortete das insbesondere im Hinblick auf die erweiterten Ermittlungsbefugnisse, die an einem höheren Strafraumen anknüpften. Demgegenüber sah *Marx* für eine derartige Qualifikation kein Bedürfnis. Der gegenwärtige Strafraumen decke diese Fälle angemessen ab. Die konkrete Ausgestaltung der kinderpornographischen Schrift könne im Rahmen der allgemeinen Strafzumessung nach § 46 StGB hinreichend berücksichtigt werden. Die überwiegende Mehrheit der Mitglieder der Reformkommission schloss sich dieser Auffassung an.

i) Der Umgang mit fiktiver und wirklichkeitsnaher Kinder- und Jugendpornographie

Bezjak führte aus, dass die §§ 184b und 184c StGB grundsätzlich sowohl die tatsächliche als auch die wirklichkeitsnahe und die fiktive Kinder- und Jugendpornographie erfassten. Tatsächliche Kinder- oder Jugendpornographie liege vor, wenn sie ein reales Kind oder einen realen Jugendlichen zum Gegenstand habe. Wirklichkeitsnahe Kinderpornographie liege vor, wenn die dargestellte Person tatsächlich kein Kind sei, es aber realistisch so aussehe als sei die dargestellte Person ein Kind. Dies sei z. B. der Fall, wenn tatsächlich eine jugendliche Person im Alter von 14 Jahren dargestellt werde, die aber einem Kind ähnlich sehe. Ferner handele es sich um wirklichkeitsnahe Kinderpornographie, wenn es sich bei dem abgebildeten Kind tatsächlich um einen echt aussehenden Computer-Avatar handele. Entsprechendes gelte für die wirklichkeitsnahe Jugendpornographie: Die dargestellte Person sei z. B. tatsächlich 18 Jahre alt, weise aber das Erscheinungsbild eines Jugendlichen auf bzw. die Darstellung zeige einen echt aussehenden, jugendlichen Computer-Avatar. Schließlich erfassten die §§ 184b und 184c StGB nach *Bezjak* grundsätzlich auch die fiktive Kinder- und Jugendpornographie. Bei dieser sei klar ersichtlich, dass die Darstellung kein reales Kind

bzw. keinen realen Jugendlichen zeige, sondern es sich etwa um eine deutlich als solche zu erkennende Comic-Zeichnung handele. Dies vorausgeschickt sprach *Bezjak* die folgenden Konstellationen an:

aa) Streichung der fiktiven Kinder- und Jugendpornographie aus dem Schutzbereich der §§ 184b und 184c StGB

Auf internationaler Ebene umfasse der Begriff der Kinderpornographie nach *Bezjak* stets Personen unter 18 Jahren. Die RL 2011/93/EU und die Lanzarote-Konvention unterschieden also grundsätzlich nicht zwischen Kindern und Jugendlichen.

Gemäß Artikel 2 Buchstabe c der RL 2011/93/EU werde unter Kinderpornographie die tatsächliche Darstellung eines Kindes verstanden, das an realen oder simulierten eindeutig sexuellen Handlungen beteiligt sei (Unterpunkt i). Ferner bezeichne der Ausdruck „Kinderpornographie“ jegliches Material mit Darstellungen einer Person mit kindlichem Erscheinungsbild, die an realen oder simulierten sexuellen Handlungen beteiligt sei (Unterpunkt iii) und die realistische Darstellung eines Kindes, das an eindeutig sexuellen Handlungen beteiligt sei (Unterpunkt iv). Die RL 2011/93/EU umfasse damit – übertragen auf deutsche Maßstäbe – die tatsächliche Kinder- und Jugendpornographie (Unterpunkt i) und die wirklichkeitsnahe Kinder- und Jugendpornographie (Unterpunkte iii und iv). Die fiktive Kinder- und Jugendpornographie werde hingegen von der RL 2011/93/EU nicht geregelt.

Artikel 20 Abs. 2 der Lanzarote-Konvention verstehe unter Kinderpornographie jedes Material mit der bildlichen Darstellung eines Kindes bei wirklichen oder simulierten eindeutig sexuellen Handlungen. Gemäß Artikel 20 Abs. 3 der Lanzarote-Konvention könne sich jede Vertragspartei für die Tathandlungen des Besitzes und der Herstellung das Recht vorbehalten, ausschließlich simulierte Darstellungen oder wirklichkeitsnahe Abbildungen eines nicht existierenden Kindes strafrechtlich nicht zu erfassen. Dabei stelle sich die Frage, was unter „simulierten Darstellungen“ zu verstehen sei. In Anbetracht des Umstandes, dass auch mit der simulierten Darstellung das Vorliegen von tatsächlicher Kinderpornographie vorgetäuscht – nämlich simuliert – werden solle, müsse auch diese Darstellungsform einen gewissen Realitätsbezug aufweisen. Diese Interpretation stehe auch im Einklang mit den dargelegten Vorgaben der RL 2011/93/EU. Auf dieser Grundlage seien nach der Lanzarote-Konvention damit zwar tatsächliche und wirklichkeitsnahe Kinder- und Jugendpornographie, nicht aber die fiktive Kinder- und Jugendpornographie im Sinne von eindeutig erkennbar künstlichen Produkten zu erfassen.

Folglich sei es daher nicht zwingend erforderlich, mit den §§ 184b und 184c StGB die fiktive Kinder- und Jugendpornographie zu erfassen. Für die Frage, ob ein Ausschluss sinnvoll sei, wies *Marx* darauf hin, dass § 184b StGB im Hinblick auf die fiktive Kinderpornographie zwar nicht das Kind selbst oder die Persönlichkeitsrechte eines Kindes schütze. Es sei aber gleichwohl nicht auszuschließen, dass fiktive Kinderpornographie Nachahmungstaten provokiere oder durch sie mittelbar Kinder gefährdet würden. Aus diesem Grund sei die Aufnahme des fiktiven Geschehens in § 184b StGB nicht zu beanstanden. Ein Änderungsbedarf bestehe insoweit folglich nicht. Anders sei dies nach *Marx* jedoch in Bezug auf § 184c StGB zu bewerten. Dabei sei zu bedenken, dass bereits bei der Herstellung tatsächlicher Jugendpornographie nicht zwingend eine Straftat vorliege. Denn sexuelle Handlungen unter Einbeziehung von Jugendlichen seien nur unter besonderen Voraussetzungen strafbar (z. B. bei Ausnutzen einer Zwangslage). Daher sei das Anliegen zu verhindern, dass durch die Beschäftigung mit Jugendpornographie ein Anreiz für die Vornahme sexueller Handlungen mit Jugendlichen geschaffen werde, nicht im selben Maße als Rechtfertigung für die Strafbarkeit tragfähig, wie dies bei der Kinderpornographie der Fall sei. Jugendliche liefen auch nicht Gefahr, durch fiktive Jugendpornographie in das kommerzielle Pornographiegewerbe eingebunden zu werden. Ferner seien weder Persönlichkeitsrechte noch die Menschenwürde von Jugendlichen tangiert. Insoweit könne man über den Verzicht auf die fiktive Jugendpornographie im Rahmen der internationalen Vorgaben nachdenken.

Die Mehrheit der Mitglieder der Reformkommission sprach sich dafür aus, die eindeutig als solche erkennbare fiktive Kinder- und Jugendpornographie aus dem Schutzbereich des §§ 184b und 184c StGB herauszunehmen. Insbesondere sei die Gefahr eines Nachahmungseffektes bei eindeutig als Comiczeichnung erkennbaren Schriften etc. zu vernachlässigen. Ein hinreichender Rechtsgutsbezug sei insoweit nicht ersichtlich. In der Praxis sei es ferner schwierig zu entscheiden, ob es sich bei einer Comicfigur um eine jugendliche Gestalt im Sinne des § 184c StGB handele.

bb) Der Besitz und die Herstellung von Kinder- und Jugendpornographie

Bezjak führte aus, dass es gemäß Artikel 5 Abs. 7 der RL 2011/93/EU im Ermessen der Mitgliedstaaten liege, kinderpornographisches Material mit Darstellungen einer Person mit kindlichem Erscheinungsbild, die an realen oder simulierten sexuellen Handlungen beteiligt ist (Artikel 2 Buchstabe c, Unterpunkt iii), strafrechtlich zu erfassen, wenn die Person mit kindlichem Erscheinungsbild zum Zeitpunkt der Aufnahme tatsächlich bereits 18 Jahre oder älter war. Gemäß Artikel 5 Abs. 8 der RL 2011/93/EU liege es ferner im Ermessen der Mitgliedsstaaten zu entscheiden, ob der Erwerb, der Besitz und die Herstellung von Kinderporno-

phie in den Fällen Anwendung finde, in denen feststehe, dass das pornographische Material, das eine realistische Darstellung eines Kindes zeige, das an eindeutig sexuellen Handlungen beteiligt sei (Artikel 2 Buchstabe c, Unterpunkt iv), vom Hersteller ausschließlich zum persönlichen Gebrauch hergestellt worden sei und sich ausschließlich zu diesem Zweck in seinem Besitz befinde. Artikel 20 Abs. 3 der Lanzarote-Konvention sehe demgegenüber die Möglichkeit vor, die Strafbarkeit des Herstellens und des Besitzes nicht auf pornographisches Material anzuwenden, welches sich auf ausschließlich simulierte Darstellungen oder wirklichkeitsnahe Abbildungen eines nicht existierenden Kindes beziehe.

Vor dem Hintergrund der internationalen Vorgaben könnten nach *Bezjak* Einschränkungen lediglich für den Besitz und die Herstellung von wirklichkeitsnahen Kinder- und Jugendpornographie vorgesehen werden. Daraus folge, dass Einschränkungen im Bereich der wirklichkeitsnahen Kinder- und Jugendpornographie nur für die Tathandlungen aus den §§ 184b Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3, 184c Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 StGB diskutiert werden könnten.

§ 184b Abs. 1 Nr. 3 StGB stellt die Herstellung einer kinderpornographischen Schrift, die ein tatsächliches Geschehen wiedergibt, unter Strafe. Da sich die Vorschrift bereits auf das tatsächliche Geschehen beschränke, sei eine Streichung der wirklichkeitsnahen Kinderpornographie insoweit nicht möglich. Der Gesetzgeber des 49. StrÄndG habe ausgeführt, dass kinderpornographische Schriften, die lediglich ein wirklichkeitsnahes Geschehen wiedergäben, von § 184c Abs. 1 Nr. 3 StGB erfasst würden, wenn etwa der Darsteller der hergestellten pornographischen Schrift tatsächlich 14 Jahre alt sei, aber aussehe wie eine Person unter 14 Jahren. Daneben sei § 184b Abs. 1 Nr. 3 StGB auf die Herstellung der tatsächlichen Kinderpornographie beschränkt, weil ein Bedürfnis für die Bestrafung der Herstellung von kinderpornographischen Schriften, denen nicht einmal ein wirklichkeitsnahes Geschehen zugrunde liege, nicht ersichtlich sei.¹⁷⁹

In vergleichbarer Weise lasse sich nach *Bezjak* in Bezug auf § 184b Abs. 3 StGB argumentieren. Gemäß § 184b Abs. 3 StGB werde der Besitz und das Unternehmen der Besitzverschaffung von Kinderpornographie, die ein tatsächliches oder wirklichkeitsnahes Geschehen wiedergibt, unter Strafe gestellt. Diesbezüglich könne das wirklichkeitsnahe Geschehen gestrichen werden. Werde eine Person dargestellt, die tatsächlich z. B. 14 Jahre alt sei, aber ein kindliches Erscheinungsbild aufweise, werde die Tat nach § 184c Abs. 3 StGB wegen Besitzes bzw. Besitzverschaffung von jugendpornographischen Schriften weiterhin bestraft. Zeige die Darstellung einen kindlichen Avatar, dann beziehe sich die Abbildung auf ein nicht existierendes Kind, so dass der Besitz weder nach Artikel 5 Abs. 7 der RL 2011/93/EU (a

¹⁷⁹ Vgl. BT-Drs. 18 / 2601, S. 30.

maiore ad minus: es ist noch nicht mal eine bereits 18jährige Person involviert) noch nach Artikel 20 Abs. 3 der Lanzarote-Konvention (Ausnahme bei wirklichkeitsnaher Darstellung eines nicht existierenden Kindes) strafbar sein müsse.

Im Hinblick auf die einschlägigen Vorschriften zur Herstellung und zum Besitz der jugendpornographischen Schriften komme nach *Bezjak* keine weitere Einschränkung in Betracht. Die entsprechenden Vorschriften der Herstellung (§ 184c Abs. 1 Nr. 3 StGB) und des Besitzes bzw. der Besitzverschaffung (§ 184c Abs. 3 StGB) jugendpornographischer Schriften bezögen sich bereits ausschließlich auf tatsächliche Jugendpornographie.

Vor dem aufgezeigten Hintergrund könne daher im Ergebnis lediglich die Frage aufgeworfen werden, ob die wirklichkeitsnahe Kinderpornographie aus dem Schutzbereich des § 184b Abs. 3 StGB gestrichen werden solle. Die Mitglieder der Reformkommission sprachen sich mehrheitlich gegen eine solche Streichung aus.

cc) Die wirklichkeitsnahe Jugendpornographie

Marx stellte dar, dass § 184c StGB in Bezug auf einige Tathandlungen wirklichkeitsnahes jugendpornographisches Geschehen erfasse, also etwa jugendpornographische Darstellungen, die tatsächlich erwachsene Personen zeigen, die aber von einem verständigen Beobachter für jugendlich gehalten würden. Bei der Herstellung von Jugendpornographie ohne Verwendungsabsicht (§ 184c Abs. 1 Nr. 3 StGB) sowie bei der Eigenbesitzverschaffung bzw. dem Besitz (§ 184c Abs. 3 StGB) beschränke sich die Vorschrift auf tatsächliche Jugendpornographie. Die Regelung sei insoweit insgesamt sachgerecht und stünde im Einklang mit den internationalen Vorgaben. Änderungsbedarf ergebe sich nicht. *Marx* und *Bezjak* vertraten die Auffassung, dass eine pauschale Herausnahme der wirklichkeitsnahen Jugendpornographie aus § 184c StGB nicht im Einklang mit den Vorgaben der RL 2011/93/EU und der Lanzarote-Konvention stünde.¹⁸⁰ Die Mitglieder der Reformkommission teilten diese Auffassung überwiegend und sprachen sich mit großer Mehrheit gegen ein solches Vorgehen aus.

j) Die Ausgestaltung des § 184c Abs. 1 Nr. 1 StGB

Gemäß § 184c Abs. 1 StGB liegt eine jugendpornographische Schrift vor, wenn sie sexuelle Handlungen von, an oder vor einer 14, aber noch nicht 18 Jahre alten Person (Buchstabe a) oder die Wiedergabe einer ganz oder teilweise unbedeckten 14, aber noch nicht 18 Jahre alten Person in unnatürlich geschlechtsbetonter Körperhaltung (Buchstabe b) zum Gegen-

¹⁸⁰ Siehe hierzu Punkt III.1.i.bb.

stand hat. *Marx* führte aus, dass die in § 184b Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe c StGB enthaltene sexuell aufreizende Wiedergabe der unbekleideten Genitalien oder des unbekleideten Gesäßes in § 184c Abs. 1 StGB fehle. Der Gesetzgeber habe den Verzicht damit begründet, dass Jugendliche ein höheres Maß an Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung aufwiesen und daher Raum für ein sexuelles Ausprobieren bestehen bleiben müsse.¹⁸¹ Sowohl *Marx* als auch *Eisele* zeigten sich von dieser Begründung nicht überzeugt. Ein sexuelles Ausprobieren möge zwar plausibel sein, wenn Jugendliche in unnatürlich geschlechtsbetonter Haltung im Sinne von § 184c Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b StGB posieren. Soweit sich die Darstellung auf Geschlechtsorgane fokussiere, sei ein Bezug zum sexuellen Ausprobieren demgegenüber jedoch nicht ohne Weiteres nachvollziehbar.

Eisele wies ferner darauf hin, dass Artikel 2 Buchstabe c Unterabschnitt ii der RL 2011/93/EU ausdrücklich die Erfassung jeglicher Darstellung der Geschlechtsorgane eines Kindes für primär sexuelle Zwecke verlange. Als Kind im Sinne von Artikel 2 Buchstabe a der RL 2011/93/EU gelte jede Person unter 18 Jahren. Da eine § 184b Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe c StGB entsprechende Regelung in § 184c Abs. 1 Nr. 1 StGB fehle, sei die Richtlinie in Bezug auf Jugendpornographie nicht hinreichend umgesetzt.

Marx schlug vor dem aufgezeigten Hintergrund vor, auf § 184c Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b StGB zu verzichten, weil die Vorschrift in Bezug auf den Begriff „teilweise unbekleidet“ und „unnatürliche Körperhaltung“ unklar sei. So würden etwa schlafende Jugendliche nicht erfasst.¹⁸² Ferner sei das sogenannte Posing bereits von § 184c Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe a StGB umfasst.¹⁸³ Gleichzeitig solle eine dem § 184b Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe c StGB entsprechende Regelung aufgenommen werden. Dem widersprach ein Kommissionsmitglied. Denn es gehe im Wesentlichen um Großaufnahmen von Genitalien; anders als bei den Genitalien von Kindern sei in der Praxis nicht erkennbar, ob es sich um die Genitalien von Jugendlichen handle. Die Strafnorm vorrangig an der Darstellung der unbekleideten Genitalien zu orientieren, sei daher im Bereich der Jugendpornographie nicht praktikabel.

Die Mitglieder der Reformkommission sprachen sich mehrheitlich dafür aus, die Definition für jugendpornographische Schriften in § 184c Abs. 1 Nr. 1 StGB im Gleichklang zu der Definition für kinderpornographische Schriften in § 184b Abs. 1 Nr. 1 StGB auszugestalten. Dabei sei zu beachten, dass Personen unter 18 Jahren wegen internationaler Vorgaben grundsätzlich gleichermaßen erfasst sein müssten. § 184c StGB müsse ferner die Fälle auffangen, bei denen die dargestellte Person 14, aber noch nicht 18 Jahre alt sei oder sich nicht nachwei-

¹⁸¹ Vgl. BT-Drs. 18 / 3202, S. 27.

¹⁸² Siehe oben Punkt III.1.c.

¹⁸³ Siehe oben Punkt III.1.d.

sen lasse, dass der Täter billigend in Kauf genommen habe, dass ein Kind auf der Abbildung zu sehen sei. *Krause* bestätigte, dass diese Auffangmöglichkeit für die Praxis wichtig sei, da anderenfalls Beweisprobleme im Hinblick auf das Alter des Opfers entstünden. Die Reformkommission war sich dabei des Umstandes bewusst, dass § 184b StGB und § 184c StGB grundsätzlich unterschiedliche Schutzrichtungen verfolgten. Während § 184b StGB das Kind mittelbar vor einem sexuellen Missbrauch schützen solle, indem die Verbreitung etc. der von dem Missbrauch angefertigten Darstellung kriminalisiert werde, solle § 184c StGB Jugendliche vor allem mittelbar davor bewahren, durch Fremdbeeinflussung in die Prostitution abzugleiten. Es wurde daher vorgeschlagen, § 184c Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b StGB zugunsten einer Regelung entsprechend § 184b Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe c StGB zu streichen.

k) Der Tatbestandsausschluss nach § 184c Abs. 4 StGB

Gemäß § 184c Abs. 4 StGB sind § 184c Abs. 1 Nr. 3 StGB (Herstellung von Jugendpornographie) und § 184c Abs. 3 StGB (Besitzverschaffung und Besitz von Jugendpornographie) nicht anzuwenden auf Handlungen von Personen in Bezug auf solche jugendpornographische Schriften, die sie ausschließlich zum persönlichen Gebrauch mit Einwilligung der dargestellten Person hergestellt haben.

Die internationalen Vorgaben verhalten sich zu diesem Punkt wie folgt: Gemäß Artikel 5 Abs. 8 der RL 2011/93/EU liegt es im Ermessen der Mitgliedsstaaten zu entscheiden, ob der Erwerb, der Besitz und die Herstellung in den Fällen strafbar sein soll, in denen feststeht, dass das pornographische Material im Sinne einer realistischen Darstellung eines Kindes oder einer realistischen Darstellung der Geschlechtsorgane eines Kindes ausschließlich zum persönlichen Gebrauch hergestellt worden ist und sich ausschließlich zu diesem Zwecke im Besitz des Herstellers befindet. Gemäß Artikel 20 Abs. 3 der Lanzarote-Konvention kann sich jede Vertragspartei das Recht vorbehalten, die Tathandlungen des Herstellens oder Besitzens nicht auf pornographisches Material anzuwenden, bei dem Kinder ab 14 Jahren dargestellt werden, wenn diese Bilder von ihnen mit ihrer Zustimmung und allein zu ihrem persönlichen Gebrauch hergestellt worden sind und sich in ihrem Besitz befinden. *Krause* teilte mit, dass § 184c Abs. 4 StGB in der Praxis ohne Bedeutung sei. *Marx* hielt die Regelung unter den nachfolgenden Aspekten für problematisch:

aa) Einführung einer Altersbeschränkung auf Täterseite

Marx führte aus, dass § 184c Abs. 4 StGB anders als die Vorgängerregelung keine Altersbeschränkung für denjenigen enthalte, der die jugendpornographische Schrift herstellt (vormals

unter 18 Jahren). Auf diese Weise könnten Darsteller und Hersteller altersmäßig große Unterschiede aufweisen und es bestehe die Gefahr, dass beide sich nicht auf Augenhöhe begegneten (z. B. ein 50jähriger stellt mit Einverständnis der jugendlichen Darstellerin jugendpornographische Aufnahmen her und besitzt diese straffrei). Die frühere Altersbeschränkung auf Personen unter 18 Jahren sei jedoch als problematisch angesehen worden, weil es als unstimmig empfunden wurde, dass der 17jährige Hersteller noch straffrei bleibe, während er sich nach Erreichen der Volljährigkeit strafbar mache. Die Mehrheit der Mitglieder sprach sich gegen die Altersbeschränkung aus. Entscheidend sei, dass die freiverantwortliche Einwilligung der dargestellten Person für die Straffreiheit vorliegen müsse.

bb) Das Erfordernis einer echten Liebesbeziehung

Marx kritisierte § 184c Abs. 4 StGB unter einem weiteren Aspekt als zu weitgehend. Die Vorschrift beschränke sich nicht auf die Fälle, in denen Hersteller und Darsteller in einer engeren bzw. sexuellen Beziehung zueinander stünden. Insoweit sprach sich *Marx* für eine Einschränkung aus.

Die Teilnehmer der Reformkommission teilten überwiegend die Auffassung, dass § 184c Abs. 4 StGB im Hinblick auf das Verhältnis zwischen Hersteller und Darsteller konkretisiert werden müsse. Innerhalb dieser Gruppe vertraten einige Mitglieder die Auffassung, dass Personen, die einen legalen sexuellen Kontakt miteinander unterhielten, hiervon gefertigte Bilder besitzen dürften. In diesen Fällen sei nicht zu befürchten, dass die Bilder verbreitet würden. Andere Mitglieder vermochten diesem Ansatz nicht zu folgen. Entscheidend sei vielmehr, dass § 184c StGB Jugendliche vor einem Abgleiten in die Prostitution schützen solle. Für die Herstellung der jugendpornographischen Schrift dürfe daher jedenfalls kein Entgelt vereinbart worden sein. Gerade die Entgeltleistung lasse befürchten, dass die Darstellung verbreitet werden solle. Auf den legalen sexuellen Kontakt abzustellen, greife zu kurz. Denn ein solcher gehe auch einem Entgeltverhältnis in der Regel voraus. Schließlich sei auch unklar, was eine persönliche oder sexuelle Beziehung ausmache, so dass Schutzbehauptungen zu befürchten seien.

cc) Die Übergabe der Schrift durch die dargestellte Person

Marx kritisierte, dass § 184c Abs. 4 StGB zu eng sei, weil sich weiterhin strafbar mache, wer eine jugendpornographische Schrift von der dort dargestellten Person freiwillig übergeben bekomme. Es könne aber keinen Unterschied machen, ob der Besitzer die jugendpornographische Darstellung mit Einverständnis des Darstellers hergestellt habe (Besitzer bleibt straf-

frei) oder ob der Besitzer die anderweitig zustande gekommene Darstellung lediglich freiwillig vom Darsteller erhalte (Besitzer bleibt strafbar). Die Mehrheit der Mitglieder der Reformkommission sprach sich dafür aus, dass der Besitzer auch dann straffrei bleiben müsse, wenn er die jugendpornographische Schrift von dem Darsteller selbst erhalte. Ein Strafgrund bestehe z. B. nicht, wenn der jugendliche Darsteller ein pornographisches Bild von sich fertige („Selfie“) und dieses freiwillig an eine andere Person weitergebe. Es wurde jedoch darauf hingewiesen, dass eine Straffreiheit im Hinblick auf den Schutzzweck von § 184c StGB nicht eintreten solle, wenn der Darsteller die jugendpornographische Schrift dem Besitzer gegen Entgelt überlasse.

dd) Die Strafbarkeit des besitzenden Darstellers

Marx wies darauf hin, dass sich aus dem Wortlaut des § 184c Abs. 4 StGB nicht ergebe, dass auch der Darsteller selbst straffrei bleibe, wenn er die jugendpornographische Schrift besitze. Die Straffreiheit des Darstellers werde gleichwohl von der Literatur angenommen. *Marx* warf die Frage auf, ob sich insoweit eine Klarstellung im Gesetzestext anbiete. Die Reformkommission hielt eine solche Klarstellung nicht für erforderlich.

ee) Der Besitz der jugendpornographischen Schrift durch den Darsteller

Marx zeigte auf, dass § 184c Abs. 4 StGB nicht im Einklang mit Artikel 20 Abs. 3 der Lanzarote-Konvention stehe. Während § 184c Abs. 4 StGB voraussetze, dass der *Hersteller* die jugendpornographische Schrift besitze, gebe Artikel 20 Abs. 3 der Lanzarote-Konvention vor, dass sich die jugendpornographische Schrift im Besitz des *Darstellers* befinden müsse. Letzteres sei nach *Marx* aber wenig sinnvoll. Die Annahme, dass ein Jugendlicher eine jugendpornographische Schrift von sich anfertigen lasse, um diese dann selbst zu besitzen, sei insbesondere im Zeitalter von digitalen Speichermedien und dem allgegenwärtigen „Selfie“ lebensfremd. Unabhängig davon sprach sich die Reformkommission überwiegend dafür aus, dass der Hersteller jedenfalls straffrei bleiben müsse, wenn er etwa ein pornographisches Foto von dem Jugendlichen aufnehme und dieses anschließend an den Jugendlichen übergebe.

ff) Die Beendigung der Straffreiheit nach Widerruf der Einwilligung

Marx stellte zur Diskussion, ob die Straffreiheit des Besitzes enden solle, wenn die dargestellte Person die Herausgabe oder Löschung der jugendpornographischen Schrift fordere. Die Reformkommission sprach sich gegen ein „Aufleben“ der Strafbarkeit aus. Der Darsteller

könne ggf. zivilrechtlich auf Herausgabe oder Löschung klagen. Der weitere Besitz trotz Rückforderung sei nicht strafwürdig.

k) Einstellungen gemäß den §§ 153, 153a der StPO

Rörig kritisierte, dass zu viele Ermittlungs- und Strafverfahren wegen Straftaten nach § 184b StGB in der Praxis gemäß § 153 StPO (Absehen von der Verfolgung bei Geringfügigkeit) oder § 153a StPO (Absehen von der Verfolgung unter Auflagen und Weisungen) eingestellt würden. Durch die Einstellungspraxis werde gegenüber den Beschuldigten ein falsches Signal gesetzt. Außerdem sei es nicht akzeptabel, dass kein Eintrag in das Bundeszentralregister erfolge. Dieser Entwicklung sei mit einer erhöhten Mindeststrafe entgegenzuwirken.

Die Reformkommission sprach sich dagegen aus, den Strafraumen zu dem Zweck zu erhöhen, Einstellungen zu verhindern bzw. Einträge in das Bundeszentralregister zu ermöglichen. Dabei sei zu beachten, dass der Strafraumen auch Fälle angemessen erfassen müsse, die im unteren Bereich der Strafwürdigkeit angesiedelt seien. Der geltende Strafraumen biete den Gerichten eine hinreichende Vorgabe, um im jeweiligen Einzelfall die schuld- und tatangemessene Strafe festsetzen zu können. Auch die Einstellung nach den §§ 153, 153a StPO werde von der Staatsanwaltschaft und den Gerichten für jeden Einzelfall geprüft und könne gerechtfertigt sein.

2. Das Abstimmungsergebnis

Die Mitglieder der Reformkommission haben auf der Grundlage der dargestellten Diskussionen die folgenden Fragen aufgeworfen und über diese wie folgt abgestimmt:

Frage 4: Soll § 184b Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b StGB gestrichen werden?

a) Ja oder

b) Nein, aber das Wort „unnatürlich“ soll durch das Wort „unwillkürlich“ ersetzt werden, oder

c) Nein, aber das Wort „unnatürlich“ soll durch das Wort „aufreizend“ ersetzt werden, oder

d) Nein

Abstimmung: a): 5 Mitglieder; b): 0 Mitglieder; c): 6 Mitglieder; d): 1 Mitglied

Frage 5: Soll § 184b Abs. 1 Nr. 3 StGB dahingehend klargestellt werden, dass lediglich die erstmalige Fixierung eines tatsächlichen Geschehens in einer kinderpornographischen Schrift erfasst ist und nicht etwa auch das spätere Anfertigen von Kopien bzw. das Ausdrucken oder Abspeichern entsprechender Dateien?

Abstimmung: Ja: 9 Mitglieder; Nein: 3 Mitglieder.

Frage 6: Soll der Strafrahmen von § 184b Abs. 3 StGB im Höchstmaß auf 5 Jahre Freiheitsstrafe angehoben werden?

Abstimmung: Ja: 2 Mitglieder; Nein: 8 Mitglieder; Enthaltung: 2 Mitglieder

Frage 7: Soll § 184b StGB um eine Qualifikation für Fälle erweitert werden, bei denen es um Kinderpornographie geht, welche Gewalt im Sinne von § 184a StGB oder schwere Missbrauchshandlungen im Sinne von §§ 176, 176a StGB zum Gegenstand hat?

Abstimmung: Ja: 2 Mitglieder; Nein: 10 Mitglieder

Frage 8: Soll sich die Versuchsstrafbarkeit des § 184b Abs. 4 StGB auch auf § 184b Abs. 1 Nr. 4 StGB beziehen?

a) Ja oder

b) Ja, aber nur im Hinblick auf das Liefern einer kinderpornographischen Schrift, oder

c) Nein

Abstimmung: a): 1 Mitglied; b): 0 Mitglieder; c): 11 Mitglieder

Frage 9: Soll die Definition für die jugendpornographischen Schriften in § 184c Abs. 1 Nr. 1 StGB entsprechend zu § 184b Abs. 1 Nr. 1 StGB gefasst werden?

Abstimmung: Ja: 12 Mitglieder; Nein: 0 Mitglieder

Frage 10: Soll für den Hersteller einer jugendpornographischen Schrift in § 184c Abs. 4 StGB eine Altersbegrenzung vorgesehen werden?

- a) Ja und zwar soll die Straffreiheit nur für Personen unter 18 Jahren in Betracht kommen, oder
- b) Ja und zwar soll die Straffreiheit nur für Personen unter 21 Jahren in Betracht kommen, oder
- c) Nein

Abstimmung: a): 0 Mitglieder; b): 3 Mitglieder; c): 9 Mitglieder

Frage 11: Soll § 184c Abs. 4 StGB ergänzt werden?

- a) Ja, um die Voraussetzung, dass die Herstellung im Kontext einer einvernehmlichen sexuellen Beziehung zwischen Hersteller und Darsteller erfolgt, oder
- b) Ja, um die Voraussetzung, dass die Herstellung nicht gegen Entgelt erfolgt, oder
- c) Ja, um die kumulativen Voraussetzungen aus Antwort a und b, oder
- d) Nein

Abstimmung: a): 0 Mitglieder; b): 6 Mitglieder; c): 4 Mitglieder; d): 1 Mitglied;

Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 12: Soll § 184c Abs. 4 StGB auch dann einschlägig sein, wenn die jugendpornographische Schrift zwar nicht von dem Besitzer hergestellt worden ist, dieser die jugendpornographische Schrift aber vom Darsteller freiwillig überreicht bekommen hat?

Abstimmung: Ja: 10 Mitglieder; Nein: 2 Mitglieder

Frage 13: Soll § 184c Abs. 4 StGB nicht mehr einschlägig sein, sobald der Darsteller seine Einwilligung zum Besitz zurücknimmt, indem er die jugendpornographische Darstellung zurückfordert bzw. die Löschung erbittet?

Abstimmung: Ja: 0 Mitglieder; Nein: 12 Mitglieder

Frage 14: Soll § 184c Abs. 4 StGB auch dann eingreifen, wenn die Schrift zum persönlichen Gebrauch der dargestellten Person hergestellt wird?

Abstimmung: Ja: 11 Mitglieder; Nein: 0 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 15: Sollen die §§ 184b und 184c StGB dahingehend eingeschränkt werden, dass fiktive Kinder- und Jugendpornographie, die als solche klar erkennbar ist (z. B. klassisches Comic), nicht erfasst wird?

a) Ja oder

b) Nein oder

c) Nein, die Einschränkung soll nur die Jugendpornographie betreffen.

Abstimmung: a): 8 Mitglieder; b): 2 Mitglieder; c): 1 Mitglied; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 16: Soll das wirklichkeitsnahe Geschehen in § 184b Abs. 3 StGB gestrichen werden?

Abstimmung: Ja: 4 Mitglieder; Nein: 7 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 17: Sollen die Fälle der wirklichkeitsnahen Jugendpornographie aus § 184c StGB herausgenommen werden?

Abstimmung: Ja: 3 Mitglieder; Nein: 8 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

IV. Das Zugänglichmachen pornographischer Inhalte mittels Rundfunk oder Telemedien sowie der Abruf kinder- und jugendpornographischer Inhalte mittels Telemedien gemäß § 184d StGB

Die Reformkommission hat sich in der 15., 16., 18. und 20. Sitzung mit § 184d StGB beschäftigt. In der 16. Sitzung hat die Reformkommission Staatsanwalt *Krause* als Sachverständigen aus der Praxis zu den Pornographiedelikten angehört. In der 18. Sitzung befasste sich *Marx* mit dem Impulsvortrag „Reformbedarf bei der Strafbarkeit von Kinder- und Jugendpornographie“ mit der Vorschrift. Bereits in der 15. Sitzung hatte *Eisele* im Rahmen seines Impulsreferates zum Schriftenbegriff im StGB Ausführungen zu § 184d StGB vor gemacht.¹⁸⁴

1. Der Diskussionsverlauf

Marx ging in seinem Impulsreferat auf die folgenden Aspekte ein:

a) Zugänglichmachen pornographischer Inhalte mittels Rundfunk oder Telemedien

Gemäß § 184d Abs. 1 Satz 1 StGB wird nach den §§ 184 bis 184c StGB auch bestraft, wer einen pornographischen Inhalt mittels Rundfunk oder Telemedien einer anderen Person oder der Öffentlichkeit zugänglich macht. *Krause* führte aus, dass die Verfahren in der Praxis ausschließlich digitale Bild- und Videodateien zum Gegenstand hätten. Herkömmliche Pornohefte spielten demgegenüber keine Rolle. Nach *Marx* sei zu überlegen, ob der Begriff „Rundfunk oder Telemedien“ durch den Begriff „Informations- oder Telekommunikationstechnologie“ zu ersetzen sei. Hierdurch würde auch die Telekommunikation mit umfasst und die europäischen Vorgaben würden textidentisch umgesetzt. *Krause* bekräftigte, dass es inkonsequent sei, dass die Telekommunikation nicht von dem Wortlaut der Vorschrift erfasst sei. In der Praxis bereite dies Probleme. Es komme zu Abgrenzungsproblemen zwischen Telekommunikations- und Telemediendiensten. So sei z. B. unklar, ob der Internetdienst Omegle erfasst sei. *Eisele* stellte im Rahmen einer kleinen Lösung¹⁸⁵ ebenfalls die Überlegung an, den Begriff der Telemedien und ggf. den Begriff des Rundfunks durch den Begriff „Informations- und Telekommunikationstechnologie“ zu ersetzen, um Unklarheiten bei Inhalten zu verhindern, die in Echtzeit oder echtzeitentsprechend übermittelt würden (z. B. Internettelefonie).

¹⁸⁴ Siehe hierzu im Einzelnen Themenkomplex 7, Punkt VII.2.a.

¹⁸⁵ Die große Lösung bestünde darin, Änderungen in § 11 Abs. 3 StGB vorzunehmen. Siehe hierzu Themenkomplex 7.

Darüber hinaus regte *Marx* an, auf § 184d StGB als eigenen Straftatbestand zu verzichten und den Regelungsgehalt in die jeweiligen Strafvorschriften der §§ 184 bis 184c StGB zu integrieren. Für diesen letzten Punkt sprach sich die Mehrheit der Reformkommission aus.

b) Abruf kinder- und jugendpornographischer Inhalte mittels Telemedien

Gemäß § 184d Abs. 2 StGB wird nach § 184b Abs. 3 StGB bzw. nach § 184c Abs. 3 StGB auch bestraft, wer es unternimmt, einen kinder- bzw. jugendpornographischen Inhalt mittels Telemedien abzurufen. *Marx* führte aus, dass es damit für eine Strafbarkeit nicht mehr darauf ankomme, ob der Besitz bereits mit Zugang der Daten im Arbeitsspeicher des Computers des Abrufenden oder erst mit einer Abspeicherung im Cache-Speicher eintrete und welches Vorstellungsbild der Computernutzer von den technischen Abläufen habe. Die Vorschrift erfasse allerdings nicht Zugriffe mittels Telekommunikation. Insoweit blieben daher die Probleme der Besitzstrafbarkeit in § 184b Abs. 3 StGB und § 184c Abs. 3 StGB bestehen. So sei es etwa fraglich, ob ein Besitz vorliege, wenn die inkriminierte Bilddatei lediglich auf dem Mailserver des Providers gespeichert sei, auf den der Empfänger zugreifen könne. Auch aus diesem Grund sei daher der Begriff der „Telemedien“ durch den Begriff der „Informations- oder Telekommunikationstechnologie“ zu ersetzen.

Ein weiteres Problem bestehe darin, dass auch der Abruf fiktiver Kinder- oder Jugendpornographie vom Wortlaut des § 184d Abs. 2 StGB erfasst sei. Dies entspreche jedoch nicht dem Willen des Gesetzgebers, der lediglich mögliche Lücken der Besitzstrafbarkeit habe schließen wollen ohne die Besitzstrafbarkeit zu erweitern.¹⁸⁶ Die Strafbarkeit müsse daher bei Kinderpornographie auf das tatsächliche oder wirklichkeitsnahe Geschehen und bei Jugendpornographie auf das tatsächliche Geschehen beschränkt bleiben.

2. Das Abstimmungsergebnis

Die Mitglieder der Reformkommission haben auf der Grundlage der dargestellten Diskussionen die folgenden Fragen aufgeworfen und über diese wie folgt abgestimmt:

Frage 18: Soll der Regelungsgehalt des § 184d Abs. 1 StGB in die einschlägigen Vorschriften der §§ 184 bis 184c StGB überführt werden?

Abstimmung: Ja: 12 Mitglieder; Nein: 0 Mitglieder

¹⁸⁶ Vgl. BT-Drs. 18 / 2601, S. 34 f.

IV. Die Veranstaltung und der Besuch kinder- und jugendpornographischer Darbietungen gemäß § 184e StGB

Die Reformkommission hat sich in der 16., 18. und 20. Sitzung mit § 184e StGB beschäftigt. In der 16. Sitzung hat die Reformkommission Staatsanwalt *Krause* als Sachverständigen aus der Praxis zu den Pornographiedelikten angehört. In der 18. Sitzung befasste sich *Marx* mit dem Impulsvortrag „Reformbedarf bei der Strafbarkeit von Kinder- und Jugendpornographie“ mit der Vorschrift.

Gemäß § 184e Abs. 1 StGB wird nach § 184b Abs. 1 StGB bzw. nach § 184c Abs. 1 StGB bestraft, wer eine kinder- bzw. jugendpornographische Darbietung veranstaltet. Gemäß § 184e Abs. 2 StGB wird nach § 184b Abs. 3 StGB bzw. nach § 184c Abs. 3 StGB bestraft, wer eine kinder- bzw. jugendpornographische Darstellung besucht. *Marx* erläuterte, dass die Vorschrift der Umsetzung von Artikel 21 der Lanzarote-Konvention sowie von Artikel 4 der RL 2011/93/EU diene. Deutschland habe ursprünglich erwogen, von Vorbehaltsmöglichkeiten Gebrauch zu machen, da eine entsprechende Vorschrift zu weitgehend sei. Argumentativ wurde ausgeführt, es bestehe die Gefahr, einvernehmliches Sexualverhalten zwischen Jugendlichen könne als Veranstalten bzw. Besuch von jugendpornographischen Darbietungen angesehen werden. *Marx* hielt diese Befürchtung jedoch für unbegründet. Gemäß Artikel 2 Buchstabe e der RL 2011/93/EU sei eine pornographische Darbietung die Live-Zurschaustellung für ein Publikum mittels Informations- und Kommunikationstechnologie. Es gehe folglich ersichtlich darum, dass das Verhalten darauf ausgerichtet sein müsse, von einem Publikum wahrgenommen zu werden. § 184e StGB umfasse dementsprechend nicht einvernehmliches Sexualverhalten zwischen Jugendlichen. *Marx* schlug vor, den Regelungsgehalt des § 184e StGB in die §§ 184b und 184c StGB zu überführen, um die Vorschriften zur Kinder- und Jugendpornographie in jeweils einer Norm abbilden zu können.

X. Themenkomplex 10: Materielle und prozessuale Folgeänderungen

Die Reformkommission hat sich in ihrer 17., 19., 21., 22., 24. und 25. Sitzung mit den Vorschriften befasst, die außerhalb des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des StGB im Strafgesetzbuch oder in der Strafprozessordnung (StPO) angesiedelt sind, aber gleichwohl mit dem Sexualstrafrecht im Zusammenhang stehen. Im Einzelnen hat sich die Reformkommission mit § 138 StGB (Nichtanzeige geplanter Straftaten) und § 78b StGB (Ruhens der Verfolgungsverjährung) sowie § 100a StPO (Telekommunikationsüberwachung) und einzelne verfahrensrechtliche Probleme (u. a. Beschleunigungsgrundsatz, Akteneinsichtsrecht und Beratungshilfe) näher befasst.

1. § 138 StGB (Nichtanzeige geplanter Straftaten)

Gemäß § 138 Abs. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer von dem Vorhaben oder der Ausführung bestimmter Straftaten zur einer Zeit, zu der die Ausführung oder der Erfolg noch abgewendet werden kann, glaubhaft erfährt und es unterlässt, der Behörde oder dem Bedrohten rechtzeitig Anzeige zu erstatten.

a) Einbeziehung der Sexualdelikte in § 138 StGB

Kohle warf mit seinem Impulsreferat in der 17. Sitzung die Frage auf, ob der in § 138 StGB enthaltene Katalog um bestimmte Sexualdelikte erweitert werden sollte. Dabei orientierte sich *Kohle* zunächst an dem von § 138 StGB geschützten Rechtsgut. Dieses bestimme sich nach h. L. anhand des geschützten Rechtsguts des Straftatbestandes, dessen Anzeige unterlassen werde.¹⁸⁷ Dabei bezwecke § 138 StGB die Verhütung deliktischer Erfolge durch eine Vorverlagerung des strafrechtlichen Schutzes. Die Vorschrift spiele sowohl in der Polizeilichen Kriminalstatistik als auch in der Strafverfolgungsstatistik nur eine geringe Rolle.¹⁸⁸

Die theoretischen Möglichkeiten, die Nichtanzeige jeder geplanten Straftat zu kriminalisieren oder den § 138 StGB insgesamt zu streichen, lehnte *Kohle* ab. Ersteres führe zu einer uferlosen Strafbarkeit, während der Gesetzgeber andererseits mit der Streichung ein falsches Signal setzen würde. *Kohle* beschränkte sich daher auf die Frage, ob § 138 StGB um bestimmte Sexualtatbestände erweitert werden solle. In diese Richtung sei ein Vorschlag gegangen, den die Arbeitsgruppe „Schutz der Allgemeinheit vor gefährlichen Sexualstraftätern“

¹⁸⁷ Vgl. Sch/Sch/Sternberg-Lieben, StGB, 29. Auflage, § 138 Rn. 1 m. w. N.

¹⁸⁸ Ausweislich der Polizeilichen Kriminalstatistik habe es im Jahr 2014 36 Fälle mit insgesamt 48 Tatverdächtigen gegeben. Die Strafverfolgungsstatistik weise für das Jahr 2014 11 nach allgemeinem Strafrecht Abgeurteilte und 8 nach Jugendstrafrecht Abgeurteilte aus.

der Projektleitung Polizeiliche Kriminalprävention vorgelegt habe.¹⁸⁹ Nach diesem Vorschlag sollten bei dem Verdacht sexueller Misshandlungen von Kindern gesetzlich präzierte Melderechte und –pflichten für bestimmte Berufsgruppen, die einer Schweigepflicht unterliegen (z. B. Ärzte), eingeführt werden.

Die Bundesregierung habe sich auf diesen Vorschlag sowie auf entsprechende Aufforderungen des Europäischen Parlaments und der Parlamentarischen Versammlung des Europarates bezogen und mit dem Gesetzentwurf zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften im Jahr 2003 eine Erweiterung des § 138 StGB um bestimmte Straftatbestände zum sexuellen Missbrauch von Kindern (§§ 176 Abs. 1 bis 3, 176a, 176b StGB), zur sexuellen Nötigung und Vergewaltigung (§ 177 StGB) sowie zum sexuellen Missbrauch widerstandsunfähiger Personen (§ 179 StGB) vorgeschlagen.¹⁹⁰ Dagegen habe sich jedoch u. a. sowohl die Justizministerkonferenz¹⁹¹ als auch der Rechtsausschuss des Bundestages ausgesprochen. Letzterer habe zur Begründung ausgeführt, dass es nach Anhörung von Sachverständigen zweifelhaft sei, ob sich der strafrechtliche Schutz insbesondere von Kindern auf diesem Weg tatsächlich verbessern lasse.¹⁹² Nach *Kohle* sei es darüber hinaus als problematisch angesehen worden, dass Personen aus dem sozialen Nahbereich des Opfers aus Furcht vor eigener Strafverfolgung von einer Anzeige absehen könnten. Ferner könnten Zeugen mit Blick auf eine Strafbarkeit nach § 138 StGB von ihrem Schweigerecht Gebrauch machen. Schließlich sei der Vorschlag auch deswegen fallengelassen worden, weil sich eine hinreichende Strafbarkeit auch ohne die Erweiterung des § 138 StGB bereits aus einer Garantenstellung bzw. aus § 323c StGB (Unterlassene Hilfeleistung) ergeben könne.¹⁹³

Unabhängig davon spreche gegen die Aufnahme von bestimmten Sexualdelikten in § 138 StGB nach *Kohle*, dass die Vorschrift keinen einheitlichen Maßstab erkennen lasse, anhand dessen nachvollziehbar entschieden werden könne, ob und wenn ja welche Sexualstraftatbestände in den Katalog aufzunehmen seien. So gebe es etwa keine systematischen Anhaltspunkte dafür, welche Straftatbestände Aufnahme finden sollten. § 138 StGB erfasse sowohl Vergehen als auch Verbrechen. Aus § 138 StGB ergebe sich auch nicht nachvollziehbar, welche Rechtsgüter besonders geschützt werden sollten. Es lasse sich ferner nicht

¹⁸⁹ Vgl. Bericht vom 25. März 1999 und vom 15. April 1999, hrsg. von der Zentralen Geschäftsstelle der Polizeilichen Kriminalprävention der Länder und des Bundes beim Landeskriminalamt Baden-Württemberg.

¹⁹⁰ Vgl. BT-Drs. 15 / 350, S. 14. Die einbezogenen Vorschriften beziehen sich jeweils auf die damals geltende Fassung.

¹⁹¹ Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister am 22. und 23. Mai 2003 sowie am 11. und 12. Juni 2003.

¹⁹² Vgl. BT-Drs. 15 / 1311, S. 23.

¹⁹³ Vgl. Amelung / Funcke-Auffermann, in: *StraFo* 2004, 114, 116 m. w. N.

empirisch feststellen, für welche Deliktsfelder es besonders wichtig wäre, durch eine strafbewehrte Anzeigepflicht deliktische Planungen im Vorfeld zu verhindern.

Brauchbare Kriterien könnten demgegenüber nach *Kohle* zwar grundsätzlich aus folgenden Aspekten gewonnen werden: Als formales Abgrenzungskriterium könne man erwägen, auf die Schwere der geplanten Straftat abzustellen und etwa unter Zugrundelegung einer Mindeststrafandrohung von 2 Jahren Freiheitsstrafe die §§ 176a Abs. 2, 3 und 5, 176b, 177 Abs. 2, 3 und 4 StGB in der Fassung vom 13. November 1998 (§ 177 StGB a. F.), 178 in der Fassung vom 13. November 1998 (§ 178 StGB a. F.) sowie 179 Abs. 5 und 7 StGB in der Fassung vom 27. Dezember 2003 (§ 179 StGB a. F.) für den Straftatenkatalog des § 138 StGB heranzuziehen. Ferner könne man die Sexualdelikte einbeziehen, die eine Todesfolge voraussetzen (namentlich §§ 176b und 178 StGB a. F.) und die damit das Leben als besonders hochwertiges Rechtsgut mit in ihren Schutzbereich aufnehmen. Darüber hinaus lasse sich auf die Straftatbestände abstellen, bei denen Mitwisserschaft tendenziell eher zu erwarten sei als bei anderen Deliktstypen. Unter diesem Aspekt kämen sowohl Bandendelikte als auch Straftatbestände in Betracht, bei denen die gemeinschaftliche Tatbegehung strafscharfend gewertet werde (namentlich die §§ 176a Abs. 2 Nr. 2, 177 Abs. 2 Nr. 2 und 179 Abs. 5 Nr. 2 StGB).

Im Ergebnis sprach sich *Kohle* aber gegen eine isolierte Einbeziehung einzelner Sexualdelikte aus, da es in der Gesamtschau an nachvollziehbaren und stringenten Kriterien fehle. Dies begründe die Gefahr, dass es beim Normadressaten zu Verunsicherungen darüber komme, welche Straftaten er anzuzeigen habe und welche nicht.

Die Mehrheit der Mitglieder der Reformkommission teilte diese Auffassung und sprach sich gegen eine Ergänzung des § 138 StGB um bestimmte Sexualstraftaten aus. Eine Anzeigepflicht gestalte sich bereits deshalb schwierig, weil die Begehung einer Vergewaltigung oder eines sexuellen Kindesmissbrauchs üblicherweise nicht geplant seien. Soweit etwa die Mutter Anhaltspunkte für einen Missbrauch entdecke, sei sie ohnehin der Gefahr einer Strafbarkeit wegen Unterlassens ausgesetzt, wenn sie nicht einschreite. Denn ihr komme, abhängig vom Einzelfall, eine Garantenstellung zu. In der Regel zeigten Mütter das Geschehen nicht an, sondern trennten sich von ihrem missbrauchenden Partner und zögen mit dem Kind aus der gemeinsamen Wohnung aus. Viele Fälle kämen allein deswegen zur Anzeige, weil sich das Kind dritten Personen wie z. B. Schulfreundinnen oder Lehrern anvertraue. Auch dieser Personenkreis solle daher nicht mit einer strafbewehrten Anzeigepflicht konfrontiert werden. Anderenfalls könne sie die Gefahr einer Kriminalisierung davon abhalten, helfend tätig zu werden.

Demgegenüber sprachen sich vereinzelt Mitglieder der Reformkommission dafür aus, besonders schwere Sexualdelikte in § 138 StGB aufzunehmen. Hierdurch würde verdeutlicht, dass der Gesetzgeber diese Straftaten für besonders gravierend halte. Ferner sei es aus kriminologischer Sicht nicht zwingend, dass der sexuelle Missbrauch spontan und ungeplant erfolge. Dies sei etwa bei rituellen Missbrauchshandlungen nicht der Fall. Daneben gebe es pädosexuelle Menschen, die ihre Missbrauchshandlungen durch konsequente Entwicklung sozialer Kontakte zu Kindern bzw. deren Sorgeberechtigten vorbereiteten oder sich z. B. in Organisationen zusammenschlossen, um gemeinsam als Sextouristen im Ausland Kinder zu missbrauchen. Auch insoweit erfolge die Tat nicht spontan.

Die Reformkommission diskutierte darüber, ob in § 138 StGB eine Formulierung aufgenommen werden solle, nach der Straftaten erfasst würden, mit denen das Opfer körperlich oder psychisch schwer geschädigt werde. Dieser Vorschlag fand jedoch im Ergebnis keine Zustimmung, da ein solcher Straftatbestand zu unbestimmt wäre.

Teilweise wurde vertreten, dass die Anzeigepflicht losgelöst von § 138 StGB diskutiert werden müsse. So könne z. B. an die Verbesserung von Meldepflichten für Ärzte gedacht werden. Es wurde jedoch zu bedenken gegeben, dass hierdurch die Gefahr begründet werden könne, dass Täter aus dem sozialen Nahbereich aus Furcht vor Entdeckung davon absehen würden, ihre Kinder zum Arzt zu schicken.

b) Das Abstimmungsergebnis

Die Mitglieder der Reformkommission haben auf der Grundlage der dargestellten Diskussionen die folgende Frage aufgeworfen und über diese wie folgt abgestimmt:

Frage: Sollen die Katalogtaten in § 138 Abs. 1 StGB um bestimmte Straftatbestände aus dem 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB ergänzt werden?

Abstimmung: Ja: 2 Mitglieder; Nein: 10 Mitglieder

2. Das Ruhen der Verjährung nach § 78b StGB

Wolters hielt in der 19. Sitzung ein Impulsreferat zur Verjährung der Straftatbestände aus dem 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB. Die in diesem Zusammenhang aufgeworfenen Fragen behandelte die Reformkommission in ihrer 24. Sitzung. Bereits in der 5. Sitzung war der Unabhängige Beauftragte für Fragen des sexuellen Kindesmissbrauchs (UBSKM), *Rörig*, zu Gast und brachte sich u. a. zur Verjährung von Straftaten des sexuellen Missbrauchs von Kindern in die Diskussion ein. Der Betroffenenrat beim USBKM vertrat sein diesbezügliches Anliegen schriftlich mit E-Mail vom 1. Dezember 2015.

a) Änderungsbedarf bei § 78b StGB

Gemäß § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB ruht die Verjährung bis zur Vollendung des 30. Lebensjahres des Opfers bei Straftaten nach den §§ 174 bis 174c, 176 bis 178, 180 Abs. 3, 182, 225, 226a und 237 StGB.

aa) Die Höhe des relevanten Lebensjahres

Hinsichtlich des Alters des Opfers führte *Wolters* aus, dass es gemeinhin als sinnvoll angesehen werde, dass das Verfahren bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres ruhe.¹⁹⁴ Zur Begründung werde laut *Wolters* angeführt, dass die Opfer von Kindesmissbrauch häufig erst mit zunehmender Reife erkennen könnten, dass ihnen Unrecht angetan worden sei, und sie sich in der Regel frühestens mit Vollendung des 18. Lebensjahres aus dem Abhängigkeitsverhältnis der Familie lösen könnten. Eine Altersgrenze bis zum 21. Lebensjahr werde demgegenüber bereits kritischer bewertet. Zwar werde teilweise anerkannt, dass mögliche Reifeverzögerungen auch im Jugendstrafrecht Heranwachsenden bis zum 21. Lebensjahr zugestanden werden. Es sei aber zu berücksichtigen, dass schwere Sexualdelikte bereits bei einer Altersgrenze von 18 Jahren erst mit Vollendung des 38. Lebensjahres des Opfers verjähren. Daraus folge, dass für einen Tatnachweis aufgrund des Zeitablaufs erhebliche Schwierigkeiten bestünden, da die Qualität der Beweismittel über die Jahre erheblich abnehme (z. B. durch Erinnerungslücken bei Zeugen). Die Situation verschärfe sich, wenn das Ruhen der Verjährung bis zum 30. Lebensjahr andauere. Die Verjährung schwerer Sexualdelikte trete dann erst mit Vollendung des 50. Lebensjahres des Opfers ein. Ferner müsse auch die Belastung der Strafverfolgungsbehörden bedacht werden, da auch bei fehlender Erfolgsaussicht in jedem Fall ermittelt werden müsse. Andererseits sei für weniger schwere Sexualstraftaten, um die es sich in der Praxis überwiegend handele, zu berücksichtigen, dass bei einem Ruhen der Verjährung bis zum 18. Lebensjahr die Verjährung bereits mit der

¹⁹⁴ Siehe zu den Nachweisen im Einzelnen – auch nachfolgend – die Literaturangaben im Impulsreferat „Die Verjährung im dreizehnten Abschnitt des Strafgesetzbuchs“ von *Wolters*.

Vollendung des 28. Lebensjahres eintrete. *Wolters* kam vor dem aufgezeigten Hintergrund zu dem Ergebnis, dass das Ruhen der Verjährung bis zur Vollendung des 30. Lebensjahres jedenfalls zu hoch gegriffen sei.

Rörig hielt die Anhebung des Ruhens der Verjährung bis zur Vollendung des 30. Lebensjahres demgegenüber für vernünftig. Weitergehende Forderungen seien allerdings nicht gerechtfertigt. Der Betroffenenrat teilte diese Auffassung nicht und sprach sich in seinem Schreiben dafür aus, die Verjährung bei Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung generell auszusetzen. Allerdings solle etwa mit Vollendung des 30. Lebensjahres die Tat nur noch auf Antrag des Opfers verfolgt werden.

Die Mitglieder der Reformkommission hielten teils die Vollendung des 21. Lebensjahres und teils die Vollendung des 30. Lebensjahres im Rahmen des § 78b StGB für angemessen. Die Mitglieder der Reformkommission, die sich für eine Ruhensregelung bis zur Vollendung des 30. Lebensjahres aussprachen, vertraten die Auffassung, dass das Abstellen auf die Vollendung des 21. Lebensjahres unzureichend sei, weil viele Opfer in diesem Alter gerade erst damit beginnen würden, eine hinreichende Reife und Unabhängigkeit auszubilden, um eine Tat zur Anzeige bringen zu können. Dagegen wurde angeführt, dass die Verjährungsfrist erst mit Erreichen des 21. Lebensjahres *beginne* und z. B. die erste Vernehmung des Beschuldigten den Lauf der Verjährungsfrist wieder unterbreche.

bb) Die Abschaffung der Verjährung für den sexuellen Missbrauch von Kindern

Wolters erläuterte, dass teilweise auch vertreten werde, dass die Verjährung für Delikte des sexuellen Kindesmissbrauchs insgesamt abzuschaffen sei. Auch der Straftatbestand des Mordes weise keine Verjährungsfrist auf. Die Vergleichbarkeit ergebe sich für die Vertreter dieser Auffassung daraus, dass die Kinderseele durch sexuellen Missbrauch gleichsam ermordet werde. Dieser Vorschlag werde jedoch insbesondere unter Hinweis auf die Beweisprobleme nahezu einhellig abgelehnt.

Die Mehrheit der Mitglieder der Reformkommission lehnte eine vollständige Abschaffung der Verjährung für den sexuellen Missbrauch von Kindern und andere gravierende Sexualstraftaten ab. Das Strafrecht sei nicht allein Opferrecht. Der Täter müsse irgendwann die Gewissheit haben dürfen, nicht mehr strafrechtlich verfolgt zu werden. Dahinter stehe der Gedanke, dass die Gesellschaft mit dem Täter nach Ablauf einer gewissen Zeit Frieden schließe. In der Praxis seien die Taten nach Ablauf von einiger Zeit kaum noch zu beweisen. Ferner sei in der Praxis zu beobachten, dass ein Freispruch für die Opfer als starke emotionale Belastung

empfunden werde. Es wäre auch nicht nachvollziehbar, dass die Straftat des Totschlags früher verjähre als die Straftat des schweren sexuellen Kindesmissbrauchs. Ferner sei es Aufgabe der Justiz, Straftaten zu verfolgen und zu ahnden, und nicht, wie teilweise erwartet, Opfern ohne Ausrichtung an diesem Ziel ein Forum für die Verarbeitung des Erlebten anzubieten. Davon ausgehend, dass sich die Taten in der Regel nach Ablauf einer langen Zeit nicht mehr beweisen ließen, sei es auch im Sinne der Prozessökonomie legitim, Verjährung im Anschluss an eine großzügige Ruhensregelung eintreten zu lassen. Zu berücksichtigen sei schließlich, dass ganz ohne eine Verjährung die Strafverfolgung ggf. auch gegen den Willen des Opfers betrieben werden müsste, wenn es Anhaltspunkte für eine Missbrauchstat gebe. Für die Einführung eines grundsätzlich nicht bestehenden Strafantragserfordernisses nach einem bestimmten Zeitablauf oder ab einem bestimmten Alter des Opfers gebe es keine überzeugenden Gründe.

Gegen diese Argumentation wurde vereinzelt angeführt, dass die Opfer eines sexuellen Kindesmissbrauchs die Tat häufig für eine lange Zeit verdrängten, damit sie das Erlebte überhaupt ertragen könnten. Es dauere oft erhebliche Zeit, bis die Tat wieder ins Bewusstsein gelange und dann weitere Zeit, um darüber sprechen zu können. Dann sei es den Opfern wichtig, das Erlebte mitteilen zu können. Der Umstand, dass die Tat zu diesem Zeitpunkt bereits verjährt sei, traumatisiere viele Opfer erneut. Demgegenüber sei ein möglicher Freispruch nicht so gravierend. In erster Linie sei es wichtig, dass sich das Gericht überhaupt mit der Tat befasse. Es sei im Übrigen auch nicht richtig, dass man die Tat nach einem gewissen Zeitablauf nicht mehr beweisen könne. So würden derartige Taten nach kirchlichem Recht nicht verjähren. Die dortige Erfahrung zeige, dass es durchaus zu Verurteilungen komme, etwa weil die Täter geständig seien. Auch für den Beschuldigten könne die Verjährung nachteilig sein, wenn es nämlich für ihn in anderen Zusammenhängen außerhalb eines Strafverfahrens darum gehe, seine Unschuld zu beweisen.

cc) Die in § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB einbezogenen Delikte

Wolters führte aus, dass die Bezugnahme des § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB auf die §§ 174a bis 174c StGB (Sexueller Missbrauch von Gefangenen etc., unter Ausnutzung einer Amtsstellung und eines Beratungsverhältnisses usw.) überwiegend als überzogen und systemwidrig angesehen werde. Es bestünde weder ein hinreichendes Abhängigkeitsverhältnis zwischen Täter und Opfer noch richteten sich die Taten gegen Minderjährige. Die Aufnahme von § 180 Abs. 3 StGB (Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger) in Anlehnung an den bereits in § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB enthaltenen § 174 StGB (Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen) sei überwiegend positiv aufgenommen worden, weil die Interessenlage vergleichbar

sei. Die Aufnahme des § 182 StGB (Sexueller Missbrauch von Jugendlichen) unter dem Aspekt der wirtschaftlichen oder sozialen Abhängigkeit, der Angst, der Schuld und der Scham sei hingegen kritisch zu sehen. § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB sei eine Ausnahmeregelung. Das Abhängigkeitsverhältnis sei bei § 182 StGB anders gelagert als bei den übrigen Vorschriften, so dass die Aufnahme von § 182 StGB nicht gerechtfertigt sei. Gegen die Aufnahme von §§ 225, 226a StGB (Misshandlung von Schutzbefohlenen und Verstümmelung weiblicher Genitalien) habe sich in der Literatur kein Widerstand geregt. § 237 StGB (Zwangsheirat) sei aufgenommen worden, um auch den Fällen Rechnung zu tragen, bei denen das Opfer 13 Jahre oder jünger sei.

Die Mitglieder der Reformkommission sprachen sich mehrheitlich gegen die Streichung der §§ 174a bis 174c StGB aus § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB aus. Für eine Ruhensregelung in Bezug auf die §§ 174a bis 174c StGB wurde angeführt, dass z. B. auch eine Person, die im Gefängnis einsitze, bis zu ihrer Entlassung Probleme damit haben könne, die Tat anzuzeigen, so dass eine Ruhensregelung insoweit sinnvoll sei. Ferner bräuchten auch Personen, die innerhalb einer Therapie Opfer würden, oft Jahre um zu verstehen, dass sie missbraucht wurden. Auch bei Vergewaltigungen könne man darüber nachdenken, ob die Verjährung erst beginne, wenn die persönliche Beziehung zwischen Täter und Opfer beendet sei. Dabei stelle sich jedoch die Frage, wann dieser Zeitpunkt genau eintrete. Entscheidend sei, dass die Ruhensregelung so lange gelte, wie dem Opfer eine Anzeige unmöglich sei. Das sei keine Frage des Alters, sondern eine Frage der Situation, in der sich das Opfer befinde. Dagegen wurde angeführt, dass es sich bei Straftaten (nur) nach den §§ 174a bis 174c StGB in der Regel um erwachsene Opfer handele. Erwachsene seien innerlich gefestigter als Kinder und Jugendliche und daher trotz des Abhängigkeitsverhältnisses grundsätzlich besser in der Lage, sexuelle Handlungen zur Anzeige zu bringen.

Mit großer Mehrheit sprach sich die Reformkommission gegen die Streichung der §§ 180 Abs. 3 und 182 StGB aus, da es sich insoweit um minderjährige Opfer handele.

dd) Alternative Gestaltung der Verjährungsregeln

Wolters stellte die Schaffung einer generellen Ruhensregelung für minderjährige Opfer, die nicht an bestimmte Straftatbestände anknüpfe, zur Diskussion. Darunter falle z. B. auch die versuchte Tötung eines Kindes. Ein gangbarer Weg könne auch sein, sich an § 208 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) zu orientieren. Gemäß § 208 BGB ist die Verjährung von Ansprüchen wegen Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres des Gläubigers gehemmt. Lebt der Gläubiger von Ansprüchen wegen Ver-

letzung der sexuellen Selbstbestimmung bei Beginn der Verjährung mit dem Schuldner in häuslicher Gemeinschaft, so ist die Verjährung auch bis zur Beendigung der häuslichen Gemeinschaft gehemmt.

Die Mitglieder der Reformkommission sprachen sich überwiegend gegen ein solches Konzept aus. Eine generelle Ruhensregelung zugunsten von Minderjährigen sei nur sinnvoll, wenn das Opfer wegen des Näheverhältnisses zum Täter nicht in der Lage sei, sofort Anzeige zu erstatten. Dies könne vor allem bei Sexualdelikten der Fall sein, wenn der Täter mit dem Opfer zusammenlebe. Dies sei der Grund für die bestehende Ruhensregelung. Demgegenüber sei eine generelle Ruhensregelung nicht passend. Diese würde dann z. B. auch greifen, wenn ein 10jähriger Junge Opfer eines Raubüberfalles werde. Solche Fälle würden jedoch in aller Regel durch die Eltern zur Anzeige gebracht. Dagegen wurde vorgebracht, dass dies nicht gelte, wenn etwa das Kind aus einem verwahrlosten Haushalt stamme. Minderjährige könnten ihre Rechte häufig nicht hinreichend selbst wahrnehmen. Das betreffe sämtliche Delikte zu ihrem Nachteil und beschränke sich nicht auf die Sexualdelikte.

b) Das Abstimmungsergebnis

Die Mitglieder der Reformkommission haben auf der Grundlage der dargestellten Diskussion die folgenden Fragen aufgeworfen und über diese wie folgt abgestimmt:

Frage 1: Soll das Institut der Verjährung für den sexuellen Missbrauch von Kindern abgeschafft werden?

a) Ja oder

b) Ja, aber nur für schwere Fälle des sexuellen Missbrauchs von Kindern, oder

c) Ja, aber nur für alle schweren Sexualdelikte, oder

d) Nein

Abstimmung: a): 0 Mitglieder; b): 1 Mitglied; c): 2 Mitglieder, d): 9 Mitglieder

Frage 2: Soll für minderjährige Opfer eine generelle Ruhensregelung für sämtliche Delikte getroffen werden?

Abstimmung: Ja: 4 Mitglieder; Nein: 8 Mitglieder

Frage 3: Unterstellt, Frage 1 wird verneint: Soll die Altersstufe, bis zu der die Verjährung gemäß § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB ruht, geändert werden?

- a) Ja, sie soll 18 Jahre betragen, oder
- b) Ja, sie soll 21 Jahre betragen, oder
- c) Nein, sie soll weiterhin 30 Jahre betragen

Abstimmung: a): 1 Mitglied; b): 5 Mitglieder; c): 5 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 4: Unterstellt, es bleibt bei der bisherigen Altersstufe des § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB: Sollen aus der Ruhensregelung des § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB die §§ 174a bis 174c StGB gestrichen werden?

Abstimmung: Ja: 5 Mitglieder; Nein: 7 Mitglieder

Frage 5: Soll aus der Ruhensregelung des § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB der § 180 Abs. 3 StGB gestrichen werden?

- a) Ja oder
- b) Ja, aber nur, wenn auch § 174 StGB gestrichen wird, oder
- c) Nein

Abstimmung: a): 1 Mitglied; b): 0 Mitglieder; c): 11 Mitglieder

Frage 6: Soll aus der Ruhensregelung des § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB der § 182 StGB gestrichen werden?

Abstimmung: Ja: 1 Mitglied; Nein: 11 Mitglieder

Frage 7: Soll aus der Ruhensregelung des § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB der § 178 StGB gestrichen werden?

Abstimmung: Ja: 2 Mitglieder; Nein: 10 Mitglieder

Frage 8: Soll § 78b Abs. 1 StGB um eine Ruhensregelung ergänzt werden, die einer deliktsspezifischen Unmöglichkeit der Anzeigenerstattung bei Sexualstraftatbeständen Rechnung trägt?

Abstimmung: Ja: 4 Mitglieder; Nein: 6 Mitglieder; Enthaltung: 2 Mitglieder

3. § 100a StPO (Telekommunikationsüberwachung)

In der 21. Sitzung referierte *Thiele* zum Reformbedarf bei § 100a StPO in Bezug auf Sexualstraftaten. Zu diesem Zeitpunkt war das 50. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung vom 4. November 2016 (50. StrÄndG) noch nicht in Kraft getreten, so dass sich der Vortrag und die sich unmittelbar daran anschließende Diskussion der Reformkommission auf die alte Rechtslage bezog. Zu diesem Zeitpunkt galt § 177 StGB in der Fassung vom 13. November 1998 (§ 177 StGB a. F.) und § 179 StGB in der Fassung vom 27. Dezember 2003 (§ 179 StGB a. F.). Mit Inkrafttreten des 50. StrÄndG am 10. November 2016 wurde § 177 StGB (Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung) neu gefasst und § 179 StGB a. F. gestrichen. Mit demselben Gesetz wurde § 100a Abs. 2 StPO an die neue Rechtslage angeglichen und anstelle von § 177 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 StGB a. F. (gemeinschaftliche Tatbegehung) der inhaltlich identische § 177 Abs. 6 Satz 2 Nr. 2 StGB in den Katalog des § 100a Abs. 2 StPO aufgenommen. Die Abstimmung der Reformkommission fand in der 25. Sitzung zeitlich nach Inkrafttreten des 50. StrÄndG statt. Aus diesem Grunde wurden die zur Abstimmung gestellten Fragen an die neue Rechtslage angeglichen. Neben *Thiele* hatten sich auch der Polizeibeamte *Wittlake* und die Staatsanwältin *von Braun* bereits in der 12. und 13. Sitzung zu § 100a StPO geäußert.

Von Seiten des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz wurde darauf hingewiesen, dass die Erweiterung des Katalogs des § 100a Abs. 2 StPO bereits Thema in der Expertenkommission zur effektiven und praxistauglichen Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens gewesen sei.¹⁹⁵

a) Erweiterung des § 100a StPO auf bestimmte Sexualdelikte

Gemäß § 100a Abs. 1 StPO darf die Telekommunikation auch ohne Wissen des Betroffenen überwacht und aufgezeichnet werden, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass jemand als Täter oder Teilnehmer eine in Absatz 2 bezeichnete schwere Straftat begangen, in Fällen, in denen der Versuch strafbar ist, zu begehen versucht, oder durch eine Straftat vorbereitet hat (Nr. 1), die Tat auch im Einzelfall schwer wiegt (Nr. 2) und die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten auf

¹⁹⁵ Die Expertenkommission hat empfohlen, den Katalog des § 100a Abs. 2 StPO anhand übergeordneter systematischer Kriterien grundlegend neu auszurichten, um bestehende Wertungswidersprüche aufzulösen. Dabei sollen die Schwere der Straftat sowie die Umstände, unter denen sie begangen wurde, von entscheidender Bedeutung sein (vgl. Bericht der Expertenkommission zur effektiven und praxistauglichen Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens, Empfehlung A.5.2, S. 77).

andere Weise wesentlich erschwert oder aussichtslos wäre (Nr. 3). § 100a Abs. 2 StPO benennt abschließend die schweren Straftaten im Sinne des § 100a Abs. 1 Nr. 1 StPO. Im Hinblick auf die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung nennt § 100a Abs. 2 Nr. 1 Buchstabe f StPO die §§ 176a (Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern), 176b (Sexueller Missbrauch von Kindern mit Todesfolge) und 177 Abs. 6 Satz 2 Nr. 2 StGB (gemeinschaftlich begangene sexuelle Nötigung).¹⁹⁶ Darüber hinaus nennt § 100a Abs. 2 Nr. 1 Buchstabe g StPO die Verbreitung, den Erwerb und den Besitz kinder- und jugendpornographischer Schriften nach §§ 184b Abs. 1 und 2, 184c Abs. 2 StGB.

Thiele führte aus, dass die Mehrzahl der Straftatbestände gegen die sexuelle Selbstbestimmung nicht in § 100a Abs. 2 StPO enthalten sei. Da der Gesetzgeber ausdrücklich an der Kataloglösung festhalte, stelle sich die Frage, nach welchen Kriterien der Gesetzgeber darüber entscheide, welche Vorschriften in den Katalog aufgenommen werden. Nach Auffassung von *Thiele* müsse sich die Auswahl an den Kriterien der Verhältnismäßigkeit, mithin der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit orientieren.

Nach *Thiele* stellten der Gesetzestext und die Gesetzesmaterialien bei der Abwägung zwischen der durch die Telekommunikationsüberwachung (TKÜ-Maßnahme) tangierten Rechte des Betroffenen einerseits und den Rechtsgütern, die durch die Tatbegehung verletzt wurden andererseits, jeweils auf die Schwere der Anlasstat ab. Schwere Straftaten im Sinne von § 100a StPO müssten danach eine Mindesthöchststrafe von 5 Jahren Freiheitsstrafe aufweisen. In Einzelfällen genüge allerdings aufgrund der besonderen Bedeutung des geschützten Rechtsguts oder des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung bereits eine geringere Freiheitsstrafe.

Lege man diese Kriterien zugrunde, ließen sich nach *Thiele* insbesondere die §§ 176 bis 179 StGB a. F.¹⁹⁷ vollständig in den Katalog integrieren. Diese Delikte führten zudem regelmäßig zu schweren und langanhaltenden, insbesondere psychischen, Schäden und wiesen damit die vom Gesetzgeber teilweise zur Begründung für die Aufnahme in den Katalog herangezogene Argumentation der weitreichenden negativen Folgen auf. Nach *Thiele* seien die benannten Vorschriften daher des § 100a Abs. 2 StPO aufzunehmen. Es sei zumindest unstimmtig, dass zwar die Qualifikation der gemeinschaftlichen Tatbegehung in den §§ 177, 179 StGB a. F. erfasst sei, nicht aber die übrigen Qualifikationen.

¹⁹⁶ Zum Zeitpunkt des Vortrages des Impulsreferates noch § 177 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 StGB a. F. und zusätzlich § 179 StGB a. F. (gemeinschaftlich begangener sexueller Missbrauch widerstandsunfähiger Personen).

¹⁹⁷ § 179 StGB a. F. ist mit dem 50. StrÄndG im Wesentlichen in § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB aufgegangen.

Nicht verständlich sei nach *Thiele* ferner, dass der Katalog zwar § 249 StGB (Raub) enthalte, nicht aber z. B. § 177 StGB a. F. (Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung) in Gänze. Beide Straftatbestände schützten u. a. die persönliche Freiheit des Opfers. Jedoch dauere die Nötigungshandlung beim Raub nur kurz an, während die Einwirkung bei der Vergewaltigung länger anhalte und für das Opfer belastender sei. Schließlich sei die Vergewaltigung zwangsläufig mit einer körperlichen Einwirkung und daher regelmäßig mit erheblicheren Folgen für das Opfer verbunden. Insofern sei dem durch § 249 StGB ebenfalls geschützten Rechtsgut Eigentum nicht mehr Wert bei der Strafverfolgung zuzumessen als der sexuellen Selbstbestimmung. Darüber hinaus hielt *Thiele* es für nicht nachvollziehbar, dass zwar mit der letzten Änderung des § 100a Abs. 2 StPO die §§ 184b Abs. 1 und 2, 184c Abs. 2 StGB (Verbreitung etc. von Kinder- bzw. Jugendpornographie), nicht aber § 176 StGB (Sexueller Missbrauch von Kindern) und § 182 StGB (Sexueller Missbrauch von Jugendlichen) aufgenommen worden seien. Damit sei zwar die pornographische Verwertung erfasst, nicht aber der eigentliche Missbrauch.

Die vielfältigen technischen Neuerungen sowie damit einhergehend veränderte Verhaltensweisen der Sexualstraftäter erforderten nach Auffassung von *Thiele* eine aktuelle Prüfung der Geeignetheit von TKÜ-Maßnahmen sowohl für die Sachverhaltserforschung (Ermittlungs-TKÜ) als auch zur Aufenthaltsermittlung gesuchter Sexualstraftäter (Ergreifungs-TKÜ). Die Bewertung der Eignung einer TKÜ-Maßnahme dürfe dabei nicht daran anknüpfen, wie wahrscheinlich es sei, dass der Straftatbestand typischerweise mit Kommunikation mittels gesprochenen Wortes einhergehe. Durch die veränderten technischen Möglichkeiten der TKÜ könne dem Aufklärungs- und dem Ergreifungszweck des § 100a StPO mittlerweile in technisch vielfältiger Weise entsprochen werden, ohne dass es einer Kommunikation mittels Worten bedürfe. So entstünden verwertbare und der TKÜ zugängliche Beweise etwa durch das Erstellen von Bildaufzeichnungen sexueller Übergriffe oder durch ein zunehmend festzustellendes täterseitiges Mitteilungsbedürfnis (z. B. durch den Austausch mit Gleichgesinnten oder Prahlerei). Die damit einhergehenden Dateien etc. könnten mittels TKÜ etwa beim Versenden an eigene Speicherorte oder beim Teilen über soziale Dienste und Chatprogramme abgefangen werden. Auf diese Weise könnten etwa bei Serienvergewaltigungen mit der TKÜ – ggf. über die analoge Anwendung von § 100a StPO – z. B. auch Email-Postfächer, Accounts bei Telemediendiensten oder Cloud-Speicher im Hinblick auf Nachrichten, Bilder etc. retrograd gesichert werden.

In diesem Zusammenhang führte *Thiele* aus, dass in der Praxis eher serienhafte Tatbegehungen durch Einzeltäter als die katalogisierten gruppenbezogenen Qualifizierungen der §§ 177, 179 StGB a. F. vorkämen. Es sei daher nicht nachvollziehbar, weshalb die Ermitt-

lungsmöglichkeiten der TKÜ für die Aufklärung schwerer Sexualstraftaten nur deswegen nicht zulässig sein sollten, weil diese durch einen Einzeltäter begangen worden seien. Soweit keine sonstigen Ermittlungsmöglichkeiten zum Erfolg führten, könnten die Möglichkeiten der TKÜ z. B. zur Identifizierung des Täters beitragen, wenn dieser dem Opfer das Handy gestohlen habe oder sich durch Funkzellenabfragen usw. Hinweise auf ein vom Täter genutztes Handy ergeben hätten. Werde z. B. eine Serienvergewaltigung begangen, so könne man gemäß § 100g Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StPO (Erhebung von Verkehrsdaten) eine Funkzellenabfrage vornehmen. Mobiltelefone wählen sich in die Funkzellen ein, so dass ersichtlich sei, welche Mobiltelefone zum Tatzeitpunkt in der Nähe des Tatortes eingewählt gewesen seien. Erscheine dieselbe Telefonnummer an den verschiedenen Tatorten der Serientaten mehrfach, begründe dies den Verdacht, dass der Nutzer des Handys der gesuchte Serientäter sein könnte. Man könne dann im Hinblick auf das betreffende Mobiltelefon eine TKÜ anordnen, um den Täter zu identifizieren.

Aufgrund täterseitiger Verschleierung (Falschpersonalien, Prepaidkarten, gebrauchte Karten, ausländische Karten etc.) könne ggf. erst die inhaltliche TKÜ gemäß § 100a StPO eine Identifizierung des Nutzers ermöglichen. Dies gelte ebenso aufgrund technischer Schwierigkeiten und Grenzen, die eine Identifizierung wesentlich erschweren bzw. unmöglich machen würden (zeitverzögerte Datenübermittlung, Größe möglicher Aufenthaltsbereiche usw.). Ein erhebliches Problem stelle nach *Thiele* vor diesem Hintergrund auch die Unzulässigkeit der Ergreifungs-TKÜ bei der Fahndung nach gesuchten Sexualstraftätern dar, sofern es sich dabei um Einzeltäter handle (z. B. Serienvergewaltiger). Hier bedürfe es der Erhebung von Gesprächsinhalten als Anknüpfungspunkt für die Aufenthaltsfeststellung (z. B. bei Nachrichtenmittlern oder Kontaktpersonen).

Thiele referierte, dass der Gesetzgeber zuletzt die Erforderlichkeit der TKÜ für mehrere Menschenhandelsdelikte damit begründet habe, dass deren Aufklärung gerade auf die TKÜ angewiesen sei, um in die abgeschottet agierenden Täterkreise der organisierten Kriminalität eindringen zu können. Diese Begründungsansätze seien nunmehr auch für Straftaten nach § 181a StGB (Zuhälterei) zu diskutieren, die ebenfalls der organisierten Kriminalität zuzurechnen seien und nicht zuletzt wegen der Furcht der Prostituierten ohne verdeckte Maßnahmen nur schwer aufzuklären seien. *Wittlake* und *von Braun* teilten diese Auffassung in Bezug auf § 181a StGB. Beide hatten bereits in der 12. und 13. Sitzung zu den Prostitutionsdelikten ausgeführt, dass es ohne die TKÜ schwierig sei, an die Aussagen der Opfer zu kommen und dass die wegen des Verdachts der Begehung einer Straftat nach § 181a StGB angeordnete TKÜ darüber hinaus auch Hinweise auf weitere Straftaten geben könne. *Von Braun* betonte, dass es nach der gegenwärtigen Rechtslage nicht möglich sei, Telefon-

mitschnitte zum Nachweis für den Tatvorwurf der Zuhälterei zu verwenden, wenn die TKÜ wegen des Verdachts von Menschenhandel angeordnet worden sei. Die Zuhälterei sei eine andere prozessuale Tat mit einem anderen Beschuldigten.

Im Ergebnis sah *Thiele* die Kriterien der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit mindestens für die §§ 176 bis 179, 181a StGB als erfüllt an und sprach sich daher für eine Ausweitung des Straftatenkataloges aus. Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass im Rahmen der Anordnung zusätzlich richterlich zu prüfen sei, ob die jeweilige Tat im konkreten Einzelfall schwer wiegt und die Sachverhaltserforschung oder Aufenthaltsermittlung auf andere Art und Weise wesentlich erschwert oder aussichtslos wäre.

Die Reformkommission diskutierte die vorgeschlagene Erweiterung des § 100a Abs. 2 StPO kontrovers. Mit knapper Mehrheit sprach sie sich auf der Grundlage der Argumentation von *Thiele* und nunmehr ausgehend von der neuen Rechtslage dafür aus, die §§ 176 bis 178 StGB in den Katalog des § 100a Abs. 2 StPO aufzunehmen.

Dagegen wurde angeführt, dass die TKÜ eine sehr grundrechtsintensive Maßnahme darstelle. Dies gelte insbesondere, soweit auch die Kommunikation unbeteiligter Dritter (mit-)abgehört werde. Eine Erweiterung des Kataloges komme daher nur in Betracht, wenn der damit zu erzielende Grundrechtsschutz der Opfer hierzu in einem angemessenen Verhältnis stünde. Dies sei für die pauschale Aufnahme der §§ 176, 179 StGB a. F. zweifelhaft.

Ferner wurde hervorgehoben, dass die TKÜ für die Gewinnung von Ermittlungsmaßnahmen geeignet sein müsse, damit sie verhältnismäßig sein könne. Auf dieser Grundlage sei es z. B. plausibel, die gemeinschaftliche Tatbegehung zu erfassen, weil es diesbezüglich nicht fernliegend sei, dass sich etwa die Mittäter nach der Tat telefonisch darüber austauschten. Andere Qualifikationen wiesen demgegenüber keine zwingenden Anknüpfungspunkte für eine spätere Kommunikation auf. Auch bei Straftaten nach §§ 184b Abs. 1 und 2, 184c Abs. 2 StGB sei es plausibel, dass kinder- bzw. jugendpornographische Schriften als Datei versandt würden und damit einer Telekommunikationsüberwachung zugänglich seien, was etwa für die Herstellung von Kinder- oder Jugendpornographie nicht im selben Maße gelte.

Gegen das systematische Argument, dass der Tatbestand des Raubes in § 100a Abs. 2 StPO enthalten sei und daher auch § 177 StGB aufgenommen werden müsste, wurde angeführt, dass die Berücksichtigung des Raubes in dem Straftatenkatalog darauf zurückgehe, dass der Gesetzgeber davon ausgegangen sei, der Täter werde Kontakt zu Dritten aufneh-

men, um die erbeutete Sache zu verwerten. Diese Konstellation treffe auf § 177 StGB nicht zu.

Gegen die Notwendigkeit einer TKÜ in Fällen der Serienvergewaltigung wurde angeführt, dass der mit Hilfe der Funkzellenabfrage ermittelte Beschuldigte ebenso gut gem. § 163f StPO (Längerfristige Observation) observiert werden könnte. Wenn der Täter DNA-Spuren am Tatort hinterlassen habe, könne an dem Beschuldigten auch ein DNA-Abgleich vorgenommen werden. In Betracht käme zudem die Durchführung einer Durchsuchung beim Beschuldigten. Diese genannten Ermittlungsmaßnahmen stellten gegenüber der TKÜ das mildere Mittel dar.

Zu der Frage, ob die Zuhälterei (§ 181a StGB) in den Katalog des § 100a Abs. 2 StPO aufgenommen werden sollte, blieb die Reformkommission unentschieden. Die eine Hälfte der Reformkommission sprach sich aus den von *Thiele* genannten Gründen dafür aus. Dagegen führte jedoch die andere Hälfte der Reformkommission aus, dass der Straftatbestand der Zuhälterei nicht schwerwiegend genug sei, um eine TKÜ zu rechtfertigen. Überwiegend abgelehnt wurde die Aufnahme des § 182 StGB (Sexueller Missbrauch von Jugendlichen). Weitestgehende Einigkeit bestand innerhalb der Reformkommission darüber, dass das Ersetzen des Straftatenkataloges aus § 100a Abs. 2 StPO durch eine gesetzliche Nennung allgemeiner Kriterien keine Alternative sei. Eine solche Lösung sei – auch im Hinblick auf die Grundrechtssensibilität – zu unbestimmt und vom Gesetzgeber bislang zu Recht abgelehnt worden.

b) Das Abstimmungsergebnis

Die Mitglieder der Reformkommission haben auf der Grundlage der dargestellten Diskussionen die folgenden Fragen aufgeworfen und über diese wie folgt abgestimmt:

Frage 1: Sollte der Straftatenkatalog in § 100a Abs. 2 StPO um weitere Sexualdelikte der §§ 176 bis 178 StGB erweitert werden?

Abstimmung: Ja: 7 Mitglieder; Nein: 5 Mitglieder

Frage 2: Sollte der Straftatenkatalog in § 100a Abs. 2 StPO um § 181a StGB erweitert werden?

Abstimmung: Ja: 6 Mitglieder; Nein: 5 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 3: Sollte der Straftatenkatalog in § 100a Abs. 2 StPO um § 182 StGB erweitert werden?

Abstimmung: Ja: 3 Mitglieder; Nein: 9 Mitglieder

4. Gesonderte verfahrensrechtliche Probleme

Clemm referierte in der 22. Sitzung der Reformkommission zu verfahrensrechtlichen Problemen. Die diesbezüglichen Fragen wurden in der 25. Sitzung zur Abstimmung gestellt.

a) Die verfahrensrechtlichen Probleme im Einzelnen

Im Einzelnen befasste sich *Clemm* insbesondere mit dem Akteneinsichtsrecht der Nebenklage, dem besonderen Beschleunigungsgrundsatz, dem Anwesenheitsrecht der Nebenklage in der Hauptverhandlung, der Fortbildungsverpflichtung und der praktischen Anwendung des § 68a StPO (Beschränkung des Fragerechts aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes).

aa) Das Akteneinsichtsrecht

Gemäß § 406e Abs. 1 StPO kann ein Rechtsanwalt für den Verletzten die Akten, die dem Gericht vorliegen oder diesem im Falle der Erhebung der öffentlichen Klage vorzulegen wären, einsehen, soweit er hierfür ein berechtigtes Interesse darlegt. Gemäß § 406e Abs. 2 Satz 2 StPO kann die Einsicht in die Akten versagt werden, soweit der Untersuchungszweck auch in einem anderen Strafverfahren gefährdet erscheint.

Clemm nahm in diesem Kontext Bezug auf eine Entscheidung des OLG Hamburg vom 22. Juli 2015. Das OLG Hamburg hatte entschieden, dass einem Nebenkläger Akteneinsicht gemäß § 406e Abs. 2 Satz 2 StPO beim Vorliegen einer Aussage-gegen-Aussage-Konstellation zu versagen sei, da dieser Umstand bei einer Entscheidung über ein entsprechendes Aktenantragsgesuch zu einer Ermessensreduzierung auf Null führe. Die unbeschränkte Akteneinsicht des Verletzten sei in diesem Fall mit der gerichtlichen Pflicht zur bestmöglichen Sachaufklärung unvereinbar. Eine Verpflichtungserklärung des Nebenklagevertreters, die Akteninhalte dem Nebenkläger nicht zur Kenntnis zu bringen, sei weder durchsetzbar noch mit der gebotenen Sicherheit zu kontrollieren.¹⁹⁸

Nach Auffassung von *Clemm* führe diese Rechtsprechung dazu, dass ein grundlegendes Recht der Nebenklage ausgehebelt werde. Die Nebenklagevertretung könne sich ohne Akteneinsicht z. B. nicht substantiiert zur Anklage einlassen. Die Verpflichtung des Nebenklagevertreters, die Akte nicht dem Mandanten zu zeigen, sei durchaus tragfähig. Aber auch wenn der Nebenkläger die Akte gelesen habe, könne man diesen Umstand in der Hauptver-

¹⁹⁸ Vgl. OLG Hamburg, Beschluss vom 22. Juli 2015 – 1 Ws 88/15; a.A. OLG Braunschweig, Beschluss vom 3. Dezember 2015 – 1 Ws 309/15; BGH, Beschluss vom 5. April 2016 – 5 StR 40/16; siehe aber OLG Hamburg, Beschluss vom 21. März 2016 – 1 Ws 40/16 unter Bezugnahme auf die angeführte Entscheidung des OLG Braunschweig.

handlung erfragen und entsprechend in die Beweiswürdigung einbeziehen. Die dem Akteneinsichtsrecht entgegenstehende Rechtsprechung des OLG Hamburg erfordere eine gesetzliche Änderung des § 406e StPO. Die Gerichte müssten zur Gewährung von Akteneinsicht verpflichtet werden. Dies gelte insbesondere vor dem Hintergrund, dass es trotz einer BGH-Entscheidung, aus der sich eine gegenteilige Rechtsauffassung entnehmen ließe,¹⁹⁹ weitere Entscheidungen gebe, die sich auf der Linie der Entscheidung des OLG Hamburg befänden.

Die Mitglieder der Reformkommission teilten zwar grundsätzlich die Kritik an der Rechtsprechung des OLG Hamburg. Sie sprachen sich aber mehrheitlich gegen eine gesetzliche Klarstellung aus, aus der hervorgehe, dass eine Aussage-gegen-Aussage-Konstellation nicht per se zur Verweigerung der Akteneinsicht führen dürfe. Vor der Abgabe einer entsprechenden Empfehlung, die sich zudem nicht auf den 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB beziehe, müsse zunächst die weitere Entwicklung in der Rechtsprechung abgewartet werden. Zwischen den Mitgliedern der Reformkommission bestand weitestgehend Einigkeit, dass eine etwaige Änderung des § 406e Abs. 2 StPO ohnehin nicht dergestalt ausfallen könne, dass der Nebenklage in jedem Fall Akteneinsicht zu gewähren sei. Der Beschuldigte könne durchaus ein berechtigtes Interesse an der Verweigerung der Akteneinsicht haben. Dagegen wurde vereinzelt argumentiert, dass ein solches berechtigtes Interesse an der Verweigerung der Akteneinsicht nicht ersichtlich sei, zumal die Nebenklagevertretung in der Hauptverhandlung ohnehin alle beweisrelevanten Umstände erfahre. Dort könne z. B. ein Gutachten mit persönlichen Details zum Beschuldigten verlesen werden. Dürfe die Nebenklage aber nicht vorab das Gutachten einsehen, könne sie hierzu in der Hauptverhandlung nicht fundiert Stellung nehmen.

bb) Beschleunigung der Verfahren

Clemm führte aus, dass die Gerichte nach ihrer Erfahrung vollkommen überlastet seien. Befände sich der Beschuldigte nicht in Untersuchungshaft, dann könnten bis zur Eröffnung des Hauptverfahrens 2 Jahre vergehen. Berufungssachen würden bis zu 5 Jahre dauern. Es gebe für die Verfahrensbeteiligten keine Möglichkeit, Einfluss zu nehmen. Es sei dem Opfer auch nur schwer zu vermitteln, dass sich die überlange Verfahrensdauer für den Beschuldigten strafmildernd auswirke.

Zwischen den Mitgliedern der Reformkommission bestand Einigkeit, dass die überlange Verfahrensdauer ein wesentliches Problem für die Wahrheitsfindung darstelle. Typischerweise stelle sich in der Praxis das folgende – beispielhaft aufgeführte – Problem: Ein Vater werde

¹⁹⁹ Vgl. BGH, Beschluss vom 5. April 2016 – 5 StR 40/16, zitiert nach juris.

beschuldigt, sein Kind missbraucht zu haben. Da er nicht vorbestraft sei und Aussage gegen Aussage stehe, werde die Untersuchungshaft mangels dringenden Tatverdachts nicht angeordnet. Aus diesem Grund fördere die Strafkammer das Verfahren nicht prioritär, weil es vorrangige, insbesondere Haftsachen etc. zu bearbeiten habe. Es komme daher zu einer langen Verfahrensdauer, die für das Kind und die ganze Familie eine große Belastung darstelle. Schließlich verschwimme auch die Erinnerung der Zeugen, so dass der Tatnachweis erschwert werde. Vor diesem Hintergrund seien auch die mögliche Strafmilderung wegen überlanger Verfahrensdauer sowie die lange Verjährungszeit keine Hilfe. Beschleunigungsregeln für Verfahren wegen spezifischer Delikte sehe die StPO – außer mittelbar im Zuge der Eilbedürftigkeit wegen angeordneter Untersuchungshaft – nicht vor.

Die Mitglieder der Reformkommission hielten gleichwohl mehrheitlich eine gesetzliche Regelung zur Beschleunigung des Verfahrens nicht für zielführend. Eine Beschleunigung des Verfahrens erfordere vielmehr Änderungen in der Praxis. Zu denken sei z. B. an die Verbesserung der Personalsituation an den Gerichten und Staatsanwaltschaften.

cc) Anwesenheitsrecht der Nebenklage, Verfahrenssicherung

Clemm kritisierte, dass die Gerichte Hauptverhandlungstermine zwar in der Regel mit der Verteidigung, nicht aber mit der Nebenklagevertretung abstimmen. In der Konsequenz müsse für die Nebenklagevertretung häufig ein Ersatz gefunden werden. Gewährleistet sei es in der Praxis allenfalls, dass die originäre Nebenklagevertretung an der Hauptverhandlung teilnehmen kann, wenn der eigene Mandant als Zeuge vernommen werde. Die Wahrnehmung der Interessen des Mandanten durch die Nebenklagevertretung erfordere jedoch eine darüber hinausgehende personelle Kontinuität.

Die Mitglieder der Reformkommission vertraten überwiegend die Auffassung, dass der Verzicht auf die Terminabsprache mit der Nebenklagevertretung im Hinblick auf den Beschleunigungsgrundsatz hinzunehmen sei.

dd) Fortbildungsverpflichtung

Clemm sprach sich für eine Fortbildungsverpflichtung für Richterinnen und Richter sowie Staatsanwältinnen und Staatsanwälte aus. Im Zuge unterlassener Fortbildungen sei teilweise zu beobachten, dass dem Opfer keine Empathie entgegengebracht und nicht adressatengerecht kommuniziert werde. Nach Auffassung von *Clemm* stehe die richterliche Unabhängigkeit einer Fortbildungsverpflichtung nicht entgegen.

Die Mitglieder der Reformkommission vertraten teilweise die Ansicht, dass die Art und Weise der Kommunikation eher eine Frage des täglichen Umgangs und der Höflichkeit sei, was sich durch Fortbildungen nicht verbessern lasse. Ferner sei zu berücksichtigen, dass die Zuständigkeiten in Gerichten und Staatsanwaltschaften häufig wechselten, so dass eine Fortbildungsverpflichtung nicht zielführend sei. Fortbilden lasse sich ohnehin nur, wer an dem Inhalt der Fortbildung interessiert sei. Mit einer Verpflichtung erreiche man das nicht. Die entscheidenden Themen zur Kommunikation sollten eher innerhalb der juristischen Ausbildung vermittelt werden. Vielleicht könne man auch über die Geschäftsverteilung dafür Sorge tragen, dass bestimmte Bereiche nur von Personen bearbeitet werden, die auf diesem Feld eine Fortbildung genossen haben. Allerdings müsse gleichzeitig darauf geachtet werden, dass dies für kleinere Gerichte und Staatsanwaltschaften keine personellen Probleme mit sich bringe.

Demgegenüber wurde von einigen Mitgliedern der Reformkommission ausgeführt, dass auch das Kommunikationsverhalten einer Fortbildung oder einem professionellen Coaching zugänglich sei. Zumindest an größeren Gerichten sei zu erwägen, für personelle Kontinuität in bestimmten Bereichen, wie etwa bei den Sexualdelikten, zu sorgen. Es bestehe auch kein sachlicher Grund dafür, dass zwar Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, nicht aber Richterinnen und Richter sowie Staatsanwältinnen und Staatsanwälte sich fortbilden müssen. Die richterliche Unabhängigkeit stünde einer solchen Pflicht nicht entgegen. Es müsse aber sichergestellt sein, dass genügend Personal vorhanden sei, um die sich fortbildenden Kollegen auch sachgerecht vertreten zu können.

ee) Die Nichtanwendung des § 68a StPO (Beschränkung des Fragerechts aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes)

Clemm führte aus, dass § 68a StPO in der Praxis kaum zur Anwendung komme. Vielmehr müssten die Zeugen häufig nahezu alles offenlegen und sie würden dabei z. T. mit Stereotypen konfrontiert. Die Situation sei für das Opfer oft unerträglich. So würden etwa an die Zeu- genaussage eines Polizeibeamten andere Anforderungen gestellt als an die Aussage einer Opferzeugin.

Die Reformkommission war sich darin einig, dass § 68a StPO eine hinreichende Grundlage biete, um das Persönlichkeitsrecht des Zeugen zu schützen, so dass kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf bestehe.

b) Das Abstimmungsergebnis

Die Mitglieder der Reformkommission haben auf der Grundlage der dargestellten Diskussionen die folgenden Fragen aufgeworfen und über diese wie folgt abgestimmt:

Frage 1: Soll das Akteneinsichtsrecht der Nebenklage dahingehend eine gesetzliche Klarstellung erfahren, dass eine Aussage-gegen-Aussage-Konstellation nicht per se zur Verweigerung der Akteneinsicht führen darf?

Abstimmung: Ja: 5 Mitglieder; Nein: 7 Mitglieder

Frage 2: Soll in Bezug auf den sexuellen Missbrauch von Kindern und Jugendlichen eine gesetzliche Regelung zur Beschleunigung des Strafverfahrens geschaffen werden?

Abstimmung: Ja: 4 Mitglieder; Nein: 8 Mitglieder

C. Die Empfehlungen

Die Reformkommission hat nach ausführlicher Diskussion in 28 Sitzungen die nachfolgenden, insgesamt 61 Empfehlungen beschlossen. Sie sollen dem Gesetzgeber als Grundlage für eine umfassende Reform des Sexualstrafrechts dienen, die aus Sicht der Reformkommission notwendig ist. Die Abstimmungsergebnisse zu den jeweiligen Empfehlungen werden angegeben, um die Meinungslage in der Reformkommission deutlich werden zu lassen. Es wurden nur solche Empfehlungen aufgenommen, für die sich die Mehrheit der Mitglieder ausgesprochen hat.

I. Themenkomplex 1: Reformbedarf bei § 177 StGB – Das Für und Wider einer Einverständnislösung und von alternativen Regelungsmöglichkeiten

1. Die Neuregelung des § 177 StGB

Empfehlung 1

Die Reformkommission ist sich darin einig, dass § 177 StGB a. F. wegen Strafbarkeitslücken reformbedürftig war. Allerdings hält sie es für erforderlich, § 177 StGB in der Fassung des 50. StrÄndG zu überarbeiten. Im Übrigen empfiehlt die Reformkommission die Bewährung der „Nein-heißt-Nein“-Lösung in der Praxis kritisch zu verfolgen.

Abstimmung: Annahme: 10 Mitglieder; Ablehnung: 1 Mitglied; Enthaltung: 1 Mitglied

Begründung:

Die Reformkommission ist der Auffassung, dass § 177 StGB in der Fassung des 6. StrRG vom 26. Januar 1998 (§ 177 StGB a. F.) Strafbarkeitslücken aufwies. Gemäß § 177 Abs. 1 StGB a. F. wurde mit Freiheitsstrafe nicht unter 1 Jahr bestraft, wer eine andere Person mit Gewalt (Nr. 1), durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben (Nr. 2) oder unter Ausnutzung einer Lage, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist (Nr. 3), nötigt, sexuelle Handlungen des Täters oder eines Dritten an sich zu dulden oder an dem Täter oder einem Dritten vorzunehmen.

Insbesondere aufgrund des hohen Strafrahmens und des Erfordernisses einer Nötigungshandlung legte die Praxis § 177 Abs. 1 StGB a. F. eng aus. Dies hatte zur Folge, dass bestimmte sexuelle Handlungen nicht vom Schutzbereich des § 177 Abs. 1 StGB a. F. erfasst werden konnten, obgleich sie die sexuelle Selbstbestimmung des Opfers verletzen. So konnten die Fälle nicht bestraft werden, bei denen zwischen Gewalt bzw. Drohung mit Gewalt und Vornahme der sexuellen Handlung kein finaler Zusammenhang bestand. Hierunter fielen insbesondere die sogenannten „Klima-der-Gewalt“-Fälle. Ferner blieben Fälle straflos, bei denen sich das Opfer lediglich subjektiv in einer schutzlosen Lage befand, weil es z. B. irrig davon ausging, dass schutzbereite Dritte nicht zugegen waren. Lehnte das Opfer in diesen Fällen zwar die sexuelle Handlung erkennbar ab, musste der Täter aber gleichwohl den entgegenstehenden Willen des Opfers nicht brechen, um die sexuelle Handlung zu erzwingen, blieb er straflos. Nicht erfasst waren auch Fälle, bei denen sich das Opfer zwar in einer objektiv schutzlosen Lage befand, aber keine Körperverletzungs- oder Tötungsdelikte befürchtete, sondern die Beeinträchtigung anderer Rechtsgüter wie z. B. des Eigentums.

Schließlich konnte auch die überraschende Vornahme einer sexuellen Handlung gegen den Willen des Opfers häufig keine Strafbarkeit begründen.

Eine Reform der Vorschrift war daher angezeigt, um einen hinreichenden Schutz der sexuellen Selbstbestimmung zu gewährleisten. Auch Artikel 36 des Übereinkommens des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Istanbul-Konvention) erforderte gesetzgeberische Maßnahmen. Nach dieser Vorschrift haben die Vertragsstaaten nicht einverständliche sexuelle Handlungen unter Strafe zu stellen. Allerdings verlangt Artikel 36 der Istanbul-Konvention nicht zwingend die Einführung der „Nein-heißt-Nein“-Lösung. Fälle der nicht einverständlichen sexuellen Handlungen können vielmehr auch einzeln im Sinne einer punktuell-kasuistischen Lösung vom Strafgesetzbuch erfasst werden. Vor diesem Hintergrund sprach sich die Hälfte der Mitglieder der Reformkommission für die Streichung der mit § 177 Abs. 1 StGB neu eingeführten „Nein-heißt-Nein“-Lösung zugunsten eines punktuellen Ansatzes aus. Die andere Hälfte der Reformkommissionsmitglieder war für die Beibehaltung der „Nein-heißt-Nein“-Lösung.

Unabhängig von diesen unterschiedlichen Ansätzen weist § 177 StGB zahlreiche dogmatische Unstimmigkeiten auf. Die Vorschrift bedarf der grundsätzlichen Überarbeitung. Darüber hinaus besteht die Notwendigkeit, kritisch zu verfolgen, wie die Praxis mit der „Nein-heißt-Nein“-Lösung zurechtkommt. Dabei wird ein besonderes Augenmerk darauf zu richten sein, ob und inwiefern sich Probleme in der Beweisführung und durch Falschbeschuldigungen ergeben.

I. Themenkomplex 1: Reformbedarf bei § 177 StGB – Das Für und Wider einer Einverständnislösung und von alternativen Regelungsmöglichkeiten

1. Die Neuregelung des § 177 StGB

Empfehlung 2

Die Reformkommission empfiehlt, die Nötigungstatbestände und die Übergriffstatbestände des § 177 StGB in getrennten Vorschriften zu regeln.

Abstimmung: Annahme: 10 Mitglieder; Ablehnung: 0 Mitglieder; Enthaltung: 2 Mitglieder

Begründung:

Die Reformkommission empfiehlt mit großer Mehrheit, die Nötigungstatbestände und die Übergriffstatbestände in getrennten Vorschriften zu regeln.

§ 177 StGB vereint in insgesamt 6 Grundtatbeständen 5 sexuelle Missbrauchstatbestände des sexuellen Übergriffs (§ 177 Abs. 1 und Abs. 2 Nr. 1 bis 4 StGB) und einen Nötigungstatbestand (§ 177 Abs. 2 Nr. 5 StGB). Von dieser Grundlage ausgehend schließen sich verschiedene Qualifikationstatbestände (§ 177 Abs. 4 bis 5 und 7 bis 8 StGB) und ein besonders schwerer Fall (§ 177 Abs. 6 StGB) an.

Die Vorschrift ist überfrachtet und entspricht mit 9 Absätzen nicht den rechtsförmlichen Vorgaben einer guten Gesetzgebung. Die vorgeschlagene Aufteilung der Vorschrift ermöglicht es, den unterschiedlichen Tatunwert in gestuften Strafrahmen, sowohl in den Grundtatbeständen als auch bei den Qualifikationstatbeständen, angemessen zum Ausdruck zu bringen. Gleichzeitig könnten die Qualifikationstatbestände besser an die jeweiligen Grundtatbestände angepasst werden. So sind z. B. § 177 Abs. 7 Nr. 1 und 2 StGB sowie § 177 Abs. 8 Nr. 1 StGB tendenziell auf Nötigungsdelikte zugeschnitten. Die abstrakte Gefährlichkeit eines Täters, der etwa ein Messer bei sich führt (§ 177 Abs. 7 Nr. 1, 2. Variante StGB), erhöht sich zwar, wenn er das Opfer mit Gewalt nötigt, weil die Situation auf diese Weise schnell eskalieren kann. Wird der Täter dagegen im Sinne des § 177 Abs. 1 StGB sexuell übergriffig, indem er sich über den erkennbaren Willen des Opfers hinwegsetzt, ohne dessen Willen brechen zu müssen, erhöht sich die Gefahrenlage für das Opfer durch das Beisichführen des Messers aber in der Regel nicht. Mit der getrennten Erfassung von Nötigungs- und Missbrauchstatbeständen kann eine Harmonisierung von Tathandlungen und Strafrahmen erzielt werden, die die gegenwärtige Fassung des § 177 StGB vermissen lässt.

Im Übrigen kann im Zuge der Aufteilung der Vorschrift neben dem Grundtatbestand der Nötigung mittels Drohung auch wieder ein Grundtatbestand geschaffen werden, der die Nötigung zur sexuellen Handlung mittels Gewalt erfasst. Ein solcher Grundtatbestand ist mit dem 50. StrÄndG entfallen.

I. Themenkomplex 1: Reformbedarf bei § 177 StGB – Das Für und Wider einer Einverständnislösung und von alternativen Regelungsmöglichkeiten

1. Die Neuregelung des § 177 StGB

Empfehlung 3

Die Reformkommission empfiehlt, die Tatvariante des § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB (erhebliche Einschränkung der Willensbildung oder –äußerung) zu streichen.

Abstimmung: Annahme: 8 Mitglieder; Ablehnung: 3 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Begründung:

Gemäß § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB wird mit Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 5 Jahren bestraft, wer sexuelle Handlungen an einer anderen Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt, wenn er ausnutzt, dass die Person aufgrund ihres körperlichen oder psychischen Zustands in der Bildung oder Äußerung des Willens erheblich eingeschränkt ist, es sei denn, er hat sich der Zustimmung dieser Person versichert.

Die Reformkommission ist mehrheitlich der Auffassung, dass es der Vorschrift des § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB nicht bedarf. Dabei geht sie davon aus, dass der Straftatbestand in erster Linie auf den besonderen Schutz von Menschen mit geistiger Behinderung abzielt. Gesetzliche Differenzierungen zwischen Menschen mit und ohne Behinderung sind jedoch nur dann gerechtfertigt, wenn sie für den Schutz von Menschen mit Behinderung notwendig sind. Da Menschen mit und ohne Behinderung gleichermaßen das Bedürfnis haben, Sexualität zu leben, darf das Strafrecht nicht dazu führen, dass die Sexualität von Menschen mit Behinderung erschwert wird. Davon ausgehend, dass auch Menschen mit Behinderung grundsätzlich in der Lage sind, auf der Grundlage eines natürlichen Willens einen entgegenstehenden Willen ausdrücklich verbal oder konkludent zu erklären, bedürfen sie keines weitergehenden Schutzes als Menschen ohne Behinderung. Dabei ist zu berücksichtigen, dass auch § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB die Abgabe einer Erklärung erfordert, die der Gesetzgeber Menschen mit erheblicher Einschränkung in der Willensbildung oder –äußerungsfähigkeit mithin zutraut. Vor diesem Hintergrund ist es auch für diesen Personenkreis ausreichend, dass der Täter sich strafbar macht, sobald er sich über einen erkennbar entgegenstehenden Willen hinwegsetzt. Sobald die Fähigkeit zur Willensbildung oder –äußerung vollständig ausgeschlossen ist, sind die Betroffenen hinreichend durch § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB geschützt.

Die vorstehenden Ausführungen gelten gleichermaßen für Menschen, die aufgrund anderer Umstände erheblich in der Fähigkeit zur Willensbildung oder –äußerung eingeschränkt sind, wie z. B. Betrunkene.

I. Themenkomplex 1: Reformbedarf bei § 177 StGB – Das Für und Wider einer Einverständnislösung und von alternativen Regelungsmöglichkeiten

1. Die Neuregelung des § 177 StGB

Empfehlung 4

Die Reformkommission empfiehlt, den Qualifikationstatbestand des § 177 Abs. 4 StGB, wonach die Unfähigkeit einen Willen zu bilden oder zu äußern straferschwerend wirken soll, wenn sie auf einer Krankheit oder Behinderung des Opfers beruht, zu streichen.

Abstimmung: Annahme: 10 Mitglieder; Ablehnung: 2 Mitglieder

Begründung:

Gemäß § 177 Abs. 4 StGB ist auf Freiheitsstrafe nicht unter 1 Jahr zu erkennen, wenn die Unfähigkeit, einen Willen zu bilden oder zu äußern, auf einer Krankheit oder Behinderung des Opfers beruht.

Die Reformkommission empfiehlt mit großer Mehrheit, die Vorschrift zu streichen. Die Qualifikation des § 177 Abs. 4 StGB ist auf den Grundtatbestand des § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB zugeschnitten. § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB schützt Personen, die zur Willensbildung oder –äußerung absolut unfähig sind. Mit der Qualifikation bringt der Gesetzgeber zum Ausdruck, dass Krankheit oder Behinderung des Opfers eine besondere Schutzbedürftigkeit begründen. Dies allein stellt für sich genommen jedoch keinen sachlichen Grund für eine Ungleichbehandlung gegenüber Menschen dar, die sich aufgrund eines anderen Umstandes in einem Zustand der Unfähigkeit zur Willensbildung oder –äußerung befinden (z. B. wegen der unbeabsichtigten Einnahme von Drogen). Der Täter verwirklicht kein schwerwiegenderes Tatunrecht, das die Qualifikation begründen könnte.

Darüber hinaus führt § 177 Abs. 4 StGB auch innerhalb der Gruppe der Menschen mit Behinderung zu nicht zu rechtfertigenden Differenzierungen. Namentlich werden Menschen mit Behinderung, die zur Äußerung ihres Willens in der Lage sind und daher von § 177 Abs. 1 StGB geschützt werden, nicht von § 177 Abs. 4 StGB erfasst (z. B. die vom Hals abwärts gelähmte Rollstuhlfahrerin, an der sexuelle Handlungen gegen ihren erkennbaren Willen vorgenommen werden).

Schließlich ist ein Festhalten an § 177 Abs. 4 StGB auch nicht mit Blick auf den vormals in Bezug auf den Strafrahmen von § 179 StGB a. F. (Sexueller Missbrauch widerstandsunfähiger Personen) erhobenen Vorwurf der Diskriminierung von Menschen mit Behinderung erforderlich. Denn infolge des 50. StrÄndG werden Menschen mit und Menschen ohne Behinderung gleichermaßen von § 177 StGB erfasst, so dass sexuelle Handlungen zu ihrem Nachteil einem einheitlichen Strafrahmen unterfallen.

I. Themenkomplex 1: Reformbedarf bei § 177 StGB – Das Für und Wider einer Einverständnislösung und von alternativen Regelungsmöglichkeiten

1. Die Neuregelung des § 177 StGB

Empfehlung 5

Die Reformkommission empfiehlt, den Qualifikationstatbestand des § 177 Abs. 5 Nr. 3 StGB (Ausnutzen der schutzlosen Lage) zu streichen.

Abstimmung: Annahme: 10 Mitglieder; Ablehnung: 2 Mitglieder

Begründung:

Gemäß § 177 Abs. 5 Nr. 3 StGB ist auf Freiheitsstrafe nicht unter 1 Jahr zu erkennen, wenn der Täter eine Lage ausnutzt, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist.

Die Reformkommission empfiehlt mit großer Mehrheit, die Qualifikation zu streichen. Das Ausnutzen der schutzlosen Lage war vormals in § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB a. F. als Grundtatbestand geregelt. Der Tatbestand setzte voraus, dass der Täter das Opfer zu der sexuellen Handlung unter Ausnutzung einer Lage, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist, genötigt hat. Der Gesetzgeber hatte diesen mit dem 33. StrÄndG vom 1. Juli 1997 neu in das Strafgesetzbuch aufgenommen. Damit sollten Fälle erfasst werden, in denen die „Schutz- und Verteidigungsmöglichkeiten des Opfers in einem Maß vermindert sind, dass es dem ungehemmten Einfluss des Täters preisgegeben ist“.²⁰⁰ Die Rechtsprechung hatte die Vorschrift – auch vor dem Hintergrund der hohen Strafandrohung – dahingehend ausgelegt, dass sich das Opfer objektiv in einer schutzlosen Lage befinden und Körperverletzungs- oder Tötungsdelikte befürchten musste. Auf dieser Grundlage erfüllten sich die mit der Einführung des Straftatbestandes verbundenen Erwartungen letztlich nicht. Die Strafbarkeitslücken sind jedoch mit der Neufassung des § 177 Abs. 1 und 2 StGB hinreichend geschlossen worden. So macht sich der Täter nunmehr z. B. strafbar, wenn er gegen den erkennbaren Willen des Opfers die sexuelle Handlung vornimmt (§ 177 Abs. 1 StGB) oder eine Lage ausnutzt, in der dem Opfer bei Widerstand ein empfindliches Übel droht (§ 177 Abs. 2 Nr. 4 StGB).

²⁰⁰ BT-Drs. 13 / 2463, S. 6.

Die Qualifikation in § 177 Abs. 5 Nr. 3 StGB ist darüber hinausgehend nicht erforderlich. Anders als in den Fällen der Anwendung oder der Drohung mit Gewalt wird beim Ausnutzen einer schutzlosen Lage kein über die Grundtatbestände hinausgehendes Unrecht verwirklicht, das eine besondere Qualifikation rechtfertigt.

I. Themenkomplex 1: Reformbedarf bei § 177 StGB – Das Für und Wider einer Einverständnislösung und von alternativen Regelungsmöglichkeiten

1. Die Neuregelung des § 177 StGB

Empfehlung 6:

Die Reformkommission empfiehlt, § 177 Abs. 7 Nr. 1 StGB (Beisichführen einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges) soweit es um das Beisichführen eines anderen gefährlichen Werkzeuges geht, auf die Fälle zu beschränken, in denen der Täter Gewalt anwendet oder droht.

Abstimmung: Annahme: 9 Mitglieder; Ablehnung: 3 Mitglieder

Begründung:

Gemäß § 177 Abs. 7 Nr. 1 StGB ist auf Freiheitsstrafe nicht unter 3 Jahren zu erkennen, wenn der Täter eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich führt. Die Qualifikation setzt keine Absicht voraus, die Waffe oder das gefährliche Werkzeug bei der Tat zu verwenden.

Die Reformkommission empfiehlt mehrheitlich, das Beisichführen eines gefährlichen Werkzeugs nur dann als qualifizierenden Umstand im Sinne des § 177 Abs. 7 Nr. 1 StGB zu werten, wenn der Täter gleichzeitig Gewalt im Sinne von § 177 Abs. 5 Nr. 1 StGB anwendet bzw. dem Opfer gemäß § 177 Abs. 5 Nr. 2 StGB mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben droht. Nur in diesen Fällen erhöht das Beisichführen des gefährlichen Werkzeugs die Gefährlichkeit der Situation für das Opfer in einer Weise, die die erhebliche Strafandrohung des Qualifikationstatbestandes rechtfertigt.

Ein gefährliches Werkzeug ist ein beweglicher körperlicher Gegenstand, der nach der Art seiner Verwendung im konkreten Fall geeignet ist, erhebliche Verletzungen herbeizuführen (z. B. Zigarette, Besenstiel, Holzknüppel, stabiler Kugelschreiber, Elektroschockgerät, Pfefferspray). Das Beisichführen derartiger Gegenstände erhöht die abstrakte Gefahr für das Opfer, wenn der Täter Gewalt einsetzt oder mit Gewalt droht, weil eine solche Situation durch den jederzeit möglichen Zugriff auf den – ohne Verwendungsabsicht – mitgeführten Gegenstand leicht eskalieren kann. Demgegenüber erhöht sich die abstrakte Gefährlichkeit für das Opfer nicht wesentlich, wenn der Täter die qualifizierenden Umstände aus § 177 Abs. 5 Nr. 1 oder Nr. 2 StGB nicht verwirklicht. Nimmt der Täter z. B. gegen den erklärten

Willen des Opfers ohne Gewaltanwendung oder Drohung mit Gewalt eine sexuelle Handlung vor, erlangt ein in der Hosentasche mitgeführtes Werkzeug für die Tatbegehung keine weitere Relevanz.

Die Reformkommission erstreckt die Empfehlung bewusst nicht auf die Tatvariante des Beisichführens einer Waffe gemäß § 177 Abs. 7 Nr. 1, 1. Variante StGB. Einer Waffe haftet per se eine höhere Gefährlichkeit als einem anderen gefährlichen Werkzeug an, da sie zur Herbeiführung von Verletzungen nicht nur geeignet, sondern auch bestimmt ist. Wer sich dazu entscheidet, eine Waffe mitzuführen, weiß um die daraus resultierende erhöhte Gefährlichkeit und muss sich hieran auch dann festhalten lassen, wenn er die Waffe bei einer Tat nach § 177 StGB weder einsetzt noch einsetzen will.²⁰¹

Die Reformkommission ist sich bewusst, dass die Empfehlung im Widerspruch zu vergleichbaren Qualifikationen in § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe a StGB (Diebstahl mit Waffen; Bandendiebstahl; Wohnungseinbruchsdiebstahl) und § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe a StGB (Schwerer Raub) steht, was durch den Gesetzgeber ggf. zu harmonisieren wäre.

²⁰¹ Etwas anderes kann abhängig vom Einzelfall ggf. für Berufswaffenträger gelten.

I. Themenkomplex 1: Reformbedarf bei § 177 StGB – Das Für und Wider einer Einverständnislösung und von alternativen Regelungsmöglichkeiten

1. Die Neuregelung des § 177 StGB

Empfehlung 7:

Die Reformkommission hält die hohen Strafraumen für § 177 Abs. 7 Nr. 1 und Nr. 2, und Abs. 8 Nr. 1 StGB nur für Nötigungsfälle angemessen. Die Reformkommission empfiehlt, für den Fall, dass § 177 StGB nicht in zwei Vorschriften aufgeteilt werden sollte, für die Qualifikationen aus § 177 Abs. 7 Nr. 1 und Nr. 2 und Abs. 8 Nr. 1 StGB einen geringeren Strafraumen vorzusehen, wenn der Täter keine Gewalt anwendet und auch nicht mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben droht.

Abstimmung: Annahme: 11 Mitglieder; Ablehnung: 1 Mitglied

Begründung:

Gemäß § 177 Abs. 7 StGB ist auf Freiheitsstrafe nicht unter 3 Jahren zu erkennen, wenn der Täter eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich führt (Nr. 1) oder sonst ein Werkzeug oder Mittel bei sich führt, um den Widerstand einer anderen Person durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden (Nr. 2). Gemäß § 177 Abs. 8 Nr. 1 StGB ist auf Freiheitsstrafe nicht unter 5 Jahren zu erkennen, wenn der Täter bei der Tat eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug verwendet.

Die Mitglieder der Reformkommission sprechen sich mit großer Mehrheit dafür aus, die Fälle des Beisichführens einer Waffe bzw. das Beisichführen eines Werkzeuges oder Mittels in Verwendungsabsicht bzw. das Verwenden einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeuges nur dann mit Freiheitsstrafe nicht unter 3 Jahren bzw. nicht unter 5 Jahren zu bestrafen, wenn der Täter das Opfer mit Gewalt oder Drohung mit Gewalt nötigt. Dabei geht die Reformkommission entsprechend ihrer Empfehlung 2 davon aus, dass der Gesetzgeber in Bezug auf § 177 StGB zwei getrennte Vorschriften schaffen wird, von denen eine Vorschrift Nötigungstatbestände und die andere Vorschrift Missbrauchstatbestände enthalten wird. In diesem Fall wäre es angezeigt, die ursprünglich mit § 177 Abs. 3 und 4 StGB a. F. auf Nötigungstatbestände ausgerichteten Qualifikationen des Absatzes 7 Nr. 1 und Nr. 2 sowie des Absatzes 8 Nr. 1 in den neuen Nötigungstatbestand zu integrieren. Denn im Kontext einer Nötigung erweisen sich die Strafraumen der aufgezeigten Qualifikationshandlungen als

grundsätzlich angemessen, weil der Täter höheres Unrecht verwirklicht, wenn er den Willen des Opfers bricht.

Für den Fall, dass der Gesetzgeber sich gegen die Aufteilung in zwei Vorschriften entscheidet, empfiehlt die Reformkommission mit großer Mehrheit, dass die benannten Qualifikationen ihre Strafraumen nur beibehalten, soweit der Täter zusätzlich die Qualifikation aus § 177 Abs. 5 Nr. 1 oder Nr. 2 StGB erfüllt, indem er Gewalt anwendet oder mit Gewalt droht. In den übrigen Fällen soll der Strafraumen für § 177 Abs. 7 Nr. 1, 1. Variante, Nr. 2 und Abs. 8 Nr. 1 StGB herabgesenkt werden.²⁰² Auf diese Weise wird dem Umstand Rechnung getragen, dass die Erfüllung der benannten Qualifikationstatbestände ein größeres Unrecht aufweist, wenn der Täter Gewalt anwendet oder damit droht. In diesen Fällen kann die Situation schnell eskalieren, so dass sich die abstrakte Gefährlichkeit für das Opfer in einem größeren Maße erhöht als dies ohne Gewaltanwendung bzw. Drohung mit Gewalt der Fall ist.

²⁰² Das Beisichführen eines gefährlichen Werkzeuges im Sinne des § 177 Abs. 7 Nr. 1, 2. Variante StGB soll nach Empfehlung 6 ohnehin tatbestandlich nur noch zur Anwendung kommen, wenn der Täter Gewalt anwendet oder damit droht.

I. Themenkomplex 1: Reformbedarf bei § 177 StGB – Das Für und Wider einer Einverständnislösung und von alternativen Regelungsmöglichkeiten

2. § 184i StGB (Sexuelle Belästigung)

Empfehlung 1

Die Reformkommission empfiehlt, den Straftatbestand der sexuellen Belästigung beizubehalten.

Abstimmung: Annahme: 10 Mitglieder; Ablehnung: 2 Mitglieder

Begründung:

Gemäß § 184i Abs. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu 2 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer eine andere Person in sexuell bestimmter Weise körperlich berührt und dadurch belästigt, wenn nicht die Tat in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist.

Die Reformkommission empfiehlt mit großer Mehrheit, den Straftatbestand der sexuellen Belästigung beizubehalten.

Die übrigen Straftatbestände des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des StGB setzen im Wesentlichen das Vorliegen einer sexuellen Handlung voraus. Gemäß § 184h Nr. 1 StGB sind sexuelle Handlungen nur solche, die im Hinblick auf das jeweils geschützte Rechtsgut von einiger Erheblichkeit sind. Die Frage der Erheblichkeit bemisst sich danach, ob das Rechtsgut im Hinblick auf Art, Intensität, Dauer und die sonstigen konkreten Umstände, wie der Handlungsrahmen und die Beziehung zwischen den Beteiligten, hinreichend beeinträchtigt ist. Auf dieser Grundlage hat die Rechtsprechung entschieden, dass z. B. der flüchtige Griff an die Genitalien einer bekleideten Person sowie das Berühren über der Kleidung im vaginalbereich nicht zwingend sexuelle Handlungen im Sinne des § 184h Nr. 1 StGB darstellen.²⁰³ Eine Strafbarkeit wegen Beleidigung nach § 185 StGB kommt nur in Betracht, wenn sich die Handlung als Angriff auf die Geschlechtsehre darstellt oder das Opfer die Tat handlung eines Fremden als entwürdigende Herabsetzung begreifen muss.²⁰⁴

²⁰³ Vgl. BGH, Urteil vom 13. Juli 1951 – 2 StR 275 / 51, in: BGHSt 1, 293, 298; BGH, Beschluss vom 21. September 2005 – 2 StR 311 / 5, Rn. 8, zitiert nach juris.

²⁰⁴ Vgl. BGH, Urteil vom 15. März 1989 – 2 StR 662 / 88, Rn. 20, zitiert nach juris; OLG Bamberg, Beschluss vom 28. September 2006 – 3 Ss 48 / 06, Rn. 6; OLG Karlsruhe, Urteil vom 6. Juni 2002 – 1 Ss 13 / 02, Rn. 9 ff.; LG Freiburg, Beschluss vom 3. September 2002 – 5 Qs 69 / 02; jeweils zitiert nach juris.

Allerdings sind auch sexuelle Belästigungen, die nicht die Erheblichkeitsschwelle von § 184h Nr. 1 StGB erreichen, geeignet, die sexuelle Selbstbestimmung des Opfers – wenn auch nur im Randbereich des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts – zu verletzen und deshalb nach Auffassung der großen Mehrheit der Mitglieder der Reformkommission strafwürdig.

I. Themenkomplex 1: Reformbedarf bei § 177 StGB – Das Für und Wider einer Einverständnislösung und von alternativen Regelungsmöglichkeiten

2. § 184i StGB (Sexuelle Belästigung)

Empfehlung 2

Die Reformkommission empfiehlt, das Tatbestandsmerkmal „in sexuell bestimmter Weise“ in dem Straftatbestand des § 184i Abs. 1 StGB zu objektivieren.

Abstimmung: Annahme: 8 Mitglieder; Ablehnung: 2 Mitglieder; Enthaltung: 2 Mitglieder

Begründung:

Gemäß § 184i Abs. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu 2 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer eine andere Person in sexuell bestimmter Weise körperlich berührt und dadurch belästigt, wenn nicht die Tat in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist.

Die Reformkommission empfiehlt mehrheitlich, das Tatbestandsmerkmal „in sexuell bestimmter Weise“ zu objektivieren. Ausweislich der Beschlussbegründung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages, auf dessen Empfehlung hin die gesetzliche Regelung beschlossen wurde, erfolgt die körperliche Berührung in sexuell bestimmter Weise, wenn sie sexuell motiviert ist. Eine sexuelle Motivation liegt dabei nahe, wenn der Täter das Opfer an den Geschlechtsorganen berührt oder Handlungen vornimmt, die typischerweise eine sexuelle Intimität zwischen den Beteiligten voraussetzen (z. B. Küssen des Mundes oder des Halses, „Begripschen“ des Gesäßes²⁰⁵). Aus dem Gesetzeswortlaut und der Begründung ergibt sich damit, dass der Rechtsanwender beurteilen soll, ob die körperliche Berührung aus der subjektiven Sicht des Täters in sexuell bestimmter Weise erfolgt ist.

Die Beurteilung aus subjektiver Sicht ist bei der Rechtsanwendung jedoch schwierig, weil dazu auf die innere Gefühlswelt des Täters abgestellt werden muss, die dem Rechtsanwender nur begrenzt einsichtig ist. Außerdem würde eine solche Interpretation jede körperliche Annäherung erfassen, der eine sexuelle Motivation zugrunde liegt, auch wenn hierin keine Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung des Opfers gesehen werden kann (z. B. jemandem die Hand auf das Knie legen). § 184i Abs. 1 StGB ist deshalb so zu fassen, dass allein

²⁰⁵ Vgl. BT-Drs. 18 / 9097, S. 30.

aus der Sicht eines objektiven Dritten beurteilt werden muss, ob sich die körperliche Berührung als eine sexuelle darstellt.

I. Themenkomplex 1: Reformbedarf bei § 177 StGB – Das Für und Wider einer Einverständnislösung und von alternativen Regelungsmöglichkeiten

2. § 184i StGB (Sexuelle Belästigung)

Empfehlung 3

Die Reformkommission empfiehlt, die Subsidiaritätsklausel des Straftatbestandes des § 184i Abs. 1 StGB („...wenn nicht die Tat in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist.“) dahingehend zu modifizieren, dass sie nur greift, wenn die Tat nicht in einer anderen Vorschrift des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des StGB mit schwererer Strafe bedroht ist.

Abstimmung: Annahme: 12 Mitglieder; Ablehnung: 0 Mitglieder

Begründung:

Gemäß § 184i Abs. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu 2 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer eine andere Person in sexuell bestimmter Weise körperlich berührt und dadurch belästigt, wenn nicht die Tat in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist.

Die Reformkommission empfiehlt einstimmig, die Subsidiaritätsklausel auf den 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB zu beschränken. Erfüllt der Täter mit seiner Tat mehrere Straftatbestände des 13. Abschnitts, verletzt er jeweils das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung. In diesem Fall ist es ausreichend, den Täter aus dem Straftatbestand zu bestrafen, der die schwerere Strafe aufweist. Eine Bestrafung wegen sexueller Belästigung bedarf es in diesen Fällen nicht. Anders verhält es sich jedoch, wenn der Täter neben § 184i StGB einen Straftatbestand mit einer anderen Schutzrichtung erfüllt, wie z. B. eine Nötigung gemäß § 240 Abs. 1 StGB. In diesen Fällen verletzt der Täter neben dem Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung noch ein Weiteres. Das Zurücktreten des § 184i Abs. 1 StGB ist insoweit nicht plausibel, weil im Tenor einer etwaigen Verurteilung aus Klarstellungsgründen zum Ausdruck kommen sollte, dass durch die Tat mehrere Rechtsgüter verletzt worden sind.

I. Themenkomplex 1: Reformbedarf bei § 177 StGB – Das Für und Wider einer Einverständnislösung und von alternativen Regelungsmöglichkeiten

2. § 184i StGB (Sexuelle Belästigung)

Empfehlung 4

Die Reformkommission empfiehlt, § 184i Abs. 2 StGB (besonders schwerer Fall) zu streichen.

Abstimmung: Annahme: 11 Mitglieder; Ablehnung: 1 Mitglied

Begründung:

Gemäß § 184i Abs. 2 StGB ist die Strafe in besonders schweren Fällen Freiheitsstrafe von 3 Monaten bis zu 5 Jahren.

Die Reformkommission empfiehlt mit großer Mehrheit, § 184i Abs. 2 StGB zu streichen. Die sexuelle Belästigung verletzt das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung nur in einem Randbereich des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Die Intensivierung, die diese Rechtsverletzung etwa durch eine gemeinschaftliche Tatbegehung erfährt, kann durch die allgemeine Regelung des § 46 StGB hinreichend berücksichtigt werden und als Straferschwerungsgrund Eingang in die konkrete Strafzumessung finden. Die generelle Androhung einer erhöhten Mindeststrafe ist dagegen – auch bei einer gemeinschaftlichen Tatbegehung – im Hinblick auf die eher geringe Intensität der Rechtsgutsverletzung nicht angemessen.

Ohnehin sind kaum Fälle insbesondere des unbenannten Regelbeispiels vorstellbar, bei denen nicht gleichzeitig die Erheblichkeitsschwelle des § 184h Nr. 1 StGB erreicht wird und somit eine sexuelle Handlung vorliegt, die einen schwerwiegenderen Straftatbestand aus dem 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB erfüllt, der dem § 184i StGB vorgeht.

Schlussendlich erweist sich die Strafzumessungsregelung auch aus systematischen Gründen als fragwürdig. So ist etwa in § 185 StGB (Beleidigung) kein besonders schwerer Fall vorgesehen, obgleich dieser Straftatbestand mit der persönlichen Ehre ebenfalls ein aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht hergeleitetes Rechtsgut schützt.

I. Themenkomplex 1: Reformbedarf bei § 177 StGB – Das Für und Wider einer Einverständnislösung und von alternativen Regelungsmöglichkeiten

3. § 184j StGB (Straftaten aus Gruppen)

Empfehlung

Die Reformkommission empfiehlt, § 184j StGB (Straftaten aus Gruppen) zu streichen.

Abstimmung: Annahme: 10 Mitglieder; Ablehnung: 1 Mitglied; Enthaltung: 1 Mitglied

Begründung:

Gemäß § 184j StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu 2 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer eine Straftat dadurch fördert, dass er sich an einer Personengruppe beteiligt, die eine andere Person zur Begehung einer Straftat an ihr bedrängt, wenn von einem Beteiligten der Gruppe eine Straftat nach den §§ 177 oder 184i StGB begangen wird und die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist.

Die Reformkommission empfiehlt mit großer Mehrheit, § 184j StGB zu streichen. Für den Straftatbestand besteht kein Erfordernis, er begegnet Bedenken im Hinblick auf das Schuldprinzip und ist handwerklich missglückt. Es ist bereits unklar, welche Tathandlung § 184j StGB konkret voraussetzt. Die bloße Anwesenheit in einer Gruppe, aus der heraus eine Straftat nach § 184i StGB oder nach § 177 StGB begangen wird, kann für eine Verurteilung allein nicht ausreichen. Eine solche Lesart wäre mit dem aus dem Rechtsstaatsprinzip erwachsenden Schuldprinzip nicht vereinbar. Die Beschlussbegründung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages, auf dessen Empfehlung hin die gesetzliche Regelung beschlossen wurde, führt daher im Hinblick auf den subjektiven Tatbestand aus, dass es der Täter zumindest billigend in Kauf nehmen muss, dass er durch seinen Beitrag die Begehung einer Straftat ermöglicht oder erleichtert.²⁰⁶ Dementsprechend muss im objektiven Tatbestand ein eigener Beitrag des Täters erforderlich sein. Solche Fälle sind jedoch in der Regel bereits durch die Strafbarkeit der Beihilfe zu einer Tat nach den §§ 177 oder 184i StGB abgedeckt. Denn nach der Rechtsprechung liegt Beihilfe objektiv bereits vor, wenn die Tathandlung des Haupttäters oder der Erfolgseintritt erleichtert oder gefördert wird. Eine Ursächlichkeit im Sinne einer *conditio sine qua non* ist nicht erforderlich. Vor diesem Hintergrund bringt § 184j StGB neben §§ 177, 184i StGB in Verbindung mit § 27 StGB keinen relevanten Mehrwert.

²⁰⁶ Vgl. BT-Drs. 18 / 9097, S. 31.

Ein über die Grundsätze der Täterschaft und Teilnahme hinausgehender Anwendungsbereich ergibt sich lediglich daraus, dass die Begehung einer Straftat nach § 184i StGB oder nach § 177 StGB eine objektive Bedingung der Strafbarkeit darstellt, die vom Vorsatz des Täters nicht umfasst sein muss. § 184j StGB greift daher auch dann ein, wenn sich der Täter mit den übrigen Gruppenmitgliedern z. B. zur Begehung eines Diebstahles zusammenschließt und ein Beteiligter absprachewidrig das bedrängte Opfer sexuell belästigt. Eine Bestrafung wegen eines Sexualdelikts ist in diesen Fällen jedoch – auch im Hinblick auf das im Strafrecht geltende Ultima-Ratio-Prinzip – nicht angezeigt. Sie widerspricht im Übrigen den Grundsätzen der Täterschaftslehre. Eine Strafbarkeit ließe sich plausibel nur begründen, wenn man § 184j StGB als ein abstraktes Gefährdungsdelikt ansähe. Das lässt sich aber nicht rechtfertigen, denn von einer Gruppe, die sich etwa zur Begehung eines Diebstahls zusammenschließt, geht nicht typischerweise die Gefahr der Begehung einer Sexualstraftat aus.

Schließlich vermag § 184j StGB bestehende Beweisprobleme nicht zu lösen. Es bleibt auch bei § 184j StGB dabei, dass dem Täter ein eigener Tatbeitrag und der Vorsatz nachgewiesen werden muss, durch sein Zutun die Begehung einer Straftat zu erleichtern oder zu fördern. Der Tatnachweis ist daher nicht erbracht, wenn dem Täter allein die Anwesenheit in der Gruppe nachgewiesen wird.

II. Themenkomplex 3: Sexueller Missbrauch von Kindern und Jugendlichen und sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen

1. Sexueller Missbrauch von Kindern

Empfehlung 1

Die Reformkommission empfiehlt, für den absoluten Schutz vor sexuellen Handlungen an der bestehenden Schutzaltersgrenze festzuhalten (Personen unter 14 Jahren).

Abstimmung: Annahme: 12 Mitglieder; Ablehnung: 0 Mitglieder

Begründung:

Personen unter 14 Jahren (Kinder) erfahren durch die Vorschriften zur Strafbarkeit des sexuellen Missbrauchs von Kindern (§§ 176 bis 176b StGB) einen absoluten Schutz vor sexuellen Handlungen. Sie sollen unabhängig von ihrem Einverständnis von einer Konfrontation mit Sexualität frei gehalten werden. Dem liegt die Wertung zugrunde, dass Personen unter 14 Jahren noch keine hinreichende sexuelle Selbstbestimmung ausgebildet haben, um über sexuelle Interaktion selbst entscheiden zu können. Die Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung ist bei ihnen vielmehr noch in der Entwicklung begriffen, die daher einen geschützten Raum benötigt.

Die Reformkommission empfiehlt einstimmig, an der Schutzaltersgrenze von 14 Jahren festzuhalten. Zwar steht eine normativ festgestellte Schutzaltersgrenze nicht zwingend mit dem psychosexuellen Entwicklungsstand der geschützten Person im Einzelfall im Einklang. Denn die körperliche und psychische Reifeentwicklung variiert individuell. Dieses Problem besteht jedoch bei jeder normativ festgesetzten Schutzaltersgrenze. Die Schutzaltersgrenze von 14 Jahren ist aus psychiatrischer Sicht vor dem Hintergrund einer typischen Entwicklung eines Kindes nicht zu beanstanden. Es soll auch aus generalpräventiven Gründen an ihr festgehalten werden. Denn diese Schutzaltersgrenze ist in der Bevölkerung bekannt und akzeptiert.

II. Themenkomplex 3: Sexueller Missbrauch von Kindern und Jugendlichen und sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen

1. Sexueller Missbrauch von Kindern

Empfehlung 2

Die Reformkommission empfiehlt, mit einer Regelung im StGB sicherzustellen, dass eine jugendliche Person nicht wegen des sexuellen Missbrauchs von Kindern bestraft werden muss, wenn der Altersunterschied zwischen Täter und Opfer gering ist.

Abstimmung: Annahme: 7 Mitglieder; Ablehnung: 5 Mitglieder

Begründung:

Personen unter 14 Jahren (Kinder) erfahren durch die Vorschriften zur Strafbarkeit des sexuellen Missbrauchs von Kindern (§§ 176 bis 176b StGB) einen absoluten Schutz vor sexuellen Handlungen. Der Gesetzgeber will damit dem Umstand Rechnung tragen, dass Kinder noch keine hinreichende Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung ausgebildet haben, um autonom entscheiden zu können, ob und in welcher Form sie sexuell mit anderen Personen interagieren wollen. Der absolute Schutz steht aber im Widerspruch dazu, dass es im Einzelfall geradezu Ausdruck der Entwicklung der sexuellen Selbstbestimmung sein kann, wenn Personen unter 14 Jahren sexuelle Handlungen mit annähernd gleichaltrigen Personen austauschen. Für das ungestörte Durchlaufen der einzelnen Entwicklungsphasen ist es wichtig, dass dem Kind bzw. Jugendlichen ein Freiraum sexueller Selbsterprobung mit Gleichaltrigen verbleibt. Eine Bestrafung solcher Fälle würde jedoch darauf hinauslaufen, für die sexuelle Entwicklung wichtige Handlungen zu kriminalisieren und damit die vom Gesetzgeber an sich gewünschte Möglichkeit des Kindes zur ungestörten Ausbildung der sexuellen Selbstbestimmung zu konterkarieren.

Das JGG und die StPO sehen zwar Möglichkeiten vor, von Sanktionen abzusehen oder das Strafverfahren einzustellen. Die Mehrheit der Mitglieder der Reformkommission empfiehlt jedoch, durch eine materiell-rechtliche Regelung im Strafgesetzbuch dafür Sorge zu tragen, dass eine jugendliche Person nicht wegen des sexuellen Missbrauchs von Kindern bestraft werden muss, wenn der Altersunterschied zwischen Täter und Opfer gering ist. Maßgeblich ist dabei der Gedanke, dass die Problematik dem Straftatbestand des § 176 StGB immanent ist und daher eine bereichsspezifische materiell-rechtliche Lösung interessengerechter ist als eine prozessuale Rechtsfolgenlösung.

Hinsichtlich der konkreten Umsetzung der materiell-rechtlichen Regelung gibt es unterschiedliche Vorstellungen:

Nach einem Ansatz sollen Tathandlungen bei geringem Altersunterschied bereits tatbestandlich ausgenommen werden. Eine vergleichbare Vorschrift findet sich etwa in § 182 Abs. 3 Nr. 1 StGB. Danach macht sich eine Person über 21 Jahren strafbar, die eine Person unter 16 Jahren dadurch missbraucht, dass sie sexuelle Handlungen mit ihr vornimmt und dabei die ihr gegenüber fehlende Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung ausnutzt. Durch die Aufnahme einer entsprechenden Vorschrift würde die 14jährige Person, die sexuelle Handlungen mit einer 13jährigen vornimmt, bereits den objektiven Tatbestand des sexuellen Missbrauchs von Kindern nicht erfüllen. Das Dogma des absoluten Schutzes von Kindern vor sexuellen Handlungen würde hierdurch nicht berührt. Denn die Wertung des Gesetzgebers, das Kind unabhängig von seinem Einverständnis vor sexuellen Handlungen zu schützen, bliebe im Grundsatz bestehen. Eine tatbestandliche Handlung läge nur dann nicht vor, wenn die sexuelle Interaktion zwischen nahezu Gleichaltrigen Ausdruck einer autonomen Ausübung der sexuellen Selbstbestimmung darstellt.

Ein anderer Ansatz besteht darin, eine Vorschrift in § 176 StGB aufzunehmen, die auf den geringen Altersunterschied zwischen Täter und Opfer abstellt und mit § 174 Abs. 5 StGB vergleichbar ist. Nach einer solchen Regelung würde das Gericht von einer Bestrafung absehen können, wenn das Unrecht der Tat gering ist *und* der Täter zum Zeitpunkt der Tatbegehung das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet hat. Im Vordergrund stünde dann die Wertung, Kinder vollkommen unabhängig von ihrer Fähigkeit zur Ausbildung der sexuellen Selbstbestimmung von sexuellen Handlungen freizuhalten. Der Täter würde dann zwar gegebenenfalls schuldhaft den Tatbestand des sexuellen Missbrauchs verwirklichen, die Vornahme der sexuellen Handlung müsste aber gleichwohl nicht zwingend bestraft werden.

Schließlich könnte Abhilfe auch über die Einführung eines minder schweren Falles für die § 176 Abs. 1 und Abs. 2 StGB geschaffen werden. Sind Täter und Opfer nahezu gleichaltrig, könnte diesem Umstand dann im Rahmen der Strafzumessung Rechnung getragen werden.

II. Themenkomplex 3: Sexueller Missbrauch von Kindern und Jugendlichen und sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen

1. Sexueller Missbrauch von Kindern

Empfehlung 3

Die Reformkommission empfiehlt, die Grundtatbestände des sexuellen Missbrauchs von Kindern nach § 176 Abs. 1 und 2 StGB um einen minder schweren Fall zu ergänzen.

Abstimmung: Annahme: 11 Mitglieder; Ablehnung: 1 Mitglied

Begründung:

Gemäß § 176 Abs. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 10 Jahren bestraft, wer sexuelle Handlungen an einer Person unter 14 Jahren (Kind) vornimmt oder an sich von dem Kind vornehmen lässt. Ebenso wird bestraft, wer ein Kind dazu bestimmt, dass es sexuelle Handlungen an einem Dritten vornimmt oder von einem Dritten an sich vornehmen lässt (§ 176 Abs. 2 StGB). Während der Gesetzgeber mit dem 4. Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 23. November 1973 für die Grunddelikte noch einen minder schweren Fall mit einem Strafraum von Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe vorgesehen hatte, hob er diese Regelung mit dem Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften vom 27. Dezember 2003 wieder auf.

Die Reformkommission empfiehlt mit großer Mehrheit, den minder schweren Fall für die Grundtatbestände des § 176 Abs. 1 und Abs. 2 StGB wieder einzuführen. Auf diese Weise können sexuelle Handlungen, die nur knapp die Erheblichkeitsgrenze aus § 184h Nr. 1 StGB erreichen und mit denen folglich keine gravierende Rechtsgutsgefährdung verbunden ist, angemessen bestraft werden. Dabei ist auch zu bedenken, dass sich die Frage der gemäß § 184h Nr. 1 StGB erforderlichen Erheblichkeit der Handlung an dem jeweils geschützten Rechtsgut orientiert. Da das geschützte Rechtsgut in § 176 StGB als besonders sensibel anzusehen ist, weist nahezu jede Handlung, die sich als sexuell klassifizieren lässt, auch die für eine sexuelle Handlung im Sinne von § 184h Nr. 1 StGB erforderliche Erheblichkeit auf. Soweit danach etwa Zungenküsse oder Berührungen des bekleideten Geschlechtsteils als sexuelle Handlung im Sinne des § 176 Abs. 1 oder Abs. 2 StGB angesehen werden, ist eine

Mindestfreiheitsstrafe von 6 Monaten nicht angemessen. Das Gericht sollte in solchen Fällen die Möglichkeit haben, auf einen geringeren Strafraum zurückzugreifen.

Darüber hinaus würde durch die Wiedereinführung des minder schweren Falles die gegenwärtig bestehende Friktion zu § 176a Abs. 1 und Abs. 4 StGB aufgelöst. Gemäß § 176a Abs. 1 StGB wird der sexuelle Missbrauch von Kindern in den Fällen des § 176 Abs. 1 und 2 StGB mit Freiheitsstrafe nicht unter 1 Jahr bestraft, wenn der Täter innerhalb der letzten 5 Jahre wegen einer solchen Straftat rechtskräftig verurteilt worden ist. Gemäß § 176a Abs. 4 StGB ist in minder schweren Fällen des Absatzes 1 auf Freiheitsstrafe von 3 Monaten bis zu 5 Jahren zu erkennen. Der ein Verbrechen begehende Rückfalltäter kann damit aus einem milderem Strafraum bestraft werden als derjenige, der lediglich das Grunddelikt des § 176 Abs. 1 oder Abs. 2 StGB (6 Monate bis zu 10 Jahren Freiheitsstrafe) und damit ein Vergehen verwirklicht. Dieses unstimme Ergebnis lässt sich durch die Wiedereinführung des minder schweren Falles für die Grundtatbestände des § 176 Abs. 1 und Abs. 2 StGB lösen.

II. Themenkomplex 3: Sexueller Missbrauch von Kindern und Jugendlichen und sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen

1. Sexueller Missbrauch von Kindern

Empfehlung 4

Die Reformkommission empfiehlt, § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB dahingehend zu ergänzen, dass sich auch strafbar macht, wer vor einem Kind sexuelle Handlungen durch einen Dritten an sich vornehmen lässt.

Abstimmung: Annahme: 12 Mitglieder; Ablehnung: 0 Mitglieder

Begründung:

Gemäß § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe von 3 Monaten bis zu 5 Jahren bestraft, wer sexuelle Handlungen vor einem Kind vornimmt. Erfasst werden sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt, die der Täter entweder an sich selbst oder an einem Dritten vor dem Kind vornimmt. Nicht erfasst werden sexuelle Handlungen, die eine Person vor dem Kind von einem Dritten an sich vornehmen lässt.

Die Reformkommission empfiehlt einstimmig, § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB dahingehend zu ergänzen, dass sich auch als Täter strafbar macht, wer vor einem Kind sexuelle Handlungen durch einen Dritten an sich vornehmen lässt. Gegenwärtig kann die Person, die vor einem Kind sexuelle Handlungen durch einen Dritten an sich vornehmen lässt, nur als Teilnehmer zu der Tat des Dritten nach § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB bestraft werden. Dieses Ergebnis ist unbefriedigend, denn das geschützte Rechtsgut wird unabhängig davon, ob eine Person sexuelle Handlungen an einer anderen Person vor dem Kind vornimmt oder ob eine Person solche sexuellen Handlungen von einer anderen Person an sich vornehmen lässt, gleichermaßen beeinträchtigt. Beide Tatvarianten beinhalten denselben Tatumwert. Aus diesem Grund sind auch beide Tatvarianten gleichermaßen als täterschaftliche Begehung zu ahnden. Dies steht auch im Einklang mit der Wertung in § 176 Abs. 1 StGB. Danach wird als Täter bestraft, wer sexuelle Handlungen an dem Kind vornimmt oder an sich von dem Kind vornehmen lässt. § 176 Abs. 1 StGB sieht folglich die eigenhändige Vornahme der sexuellen Handlung und das Vornehmenlassen als gleichermaßen strafwürdig an. Eine entsprechende Wertung sollte der Gesetzgeber auch für § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB vorsehen.

II. Themenkomplex 3: Sexueller Missbrauch von Kindern und Jugendlichen und sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen

1. Sexueller Missbrauch von Kindern

Empfehlung 5

Die Reformkommission empfiehlt, die Tatbestandsvarianten der §§ 176 Abs. 4 Nr. 3 („Grooming“) und Nr. 4 (Einwirken auf ein Kind durch Vorzeigen pornographischer Abbildungen etc.) StGB aus den in § 176 Abs. 5 StGB (Anbieten bzw. Nachweisen eines Kindes bzw. Verabredung zum sexuellen Kindesmissbrauch) genannten Bezugstaten zu entfernen.

Abstimmung: Annahme: 10 Mitglieder; Ablehnung: 1 Mitglied; Enthaltung: 1 Mitglied

Begründung:

Gemäß § 176 Abs. 5 StGB wird mit Freiheitsstrafe von 3 Monaten bis zu 5 Jahren bestraft, wer ein Kind für eine Tat nach den Absätzen 1 bis 4 anbietet oder nachzuweisen verspricht oder wer sich mit einem anderen zu einer solchen Tat verabredet. Die Vorschrift kriminalisiert Vorbereitungshandlungen und nimmt dabei sämtliche Tathandlungen des sexuellen Missbrauchs mit und ohne Körperkontakt in Bezug.

Die Reformkommission spricht sich mit großer Mehrheit dafür aus, die Tatbestandsvarianten des § 176 Abs. 4 Nr. 3 und Nr. 4 StGB aus den Bezugstaten des § 176 Abs. 5 StGB zu entfernen.

Gemäß § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB macht sich strafbar, wer auf ein Kind mittels Schriften (§ 11 Abs. 3) oder mittels Informations- oder Kommunikationstechnologie einwirkt, um das Kind zu sexuellen Handlungen zu bringen, die es an oder vor dem Täter oder einer dritten Person vornehmen oder von dem Täter oder einer dritten Person an sich vornehmen lassen soll (Buchstabe a) oder um eine Tat nach § 184b Abs. 1 Nr. 3 StGB (Herstellung von Kinderpornographie) oder nach § 184b Abs. 3 StGB (Besitzverschaffung von Kinderpornographie) zu begehen (Buchstabe b). Die Vorschrift regelt die Strafbarkeit des sogenannten Cybergroomings und stellt bereits für sich genommen eine Vorbereitungshandlung unter Strafe. § 176 Abs. 5 StGB kriminalisiert folglich insoweit die Vorbereitung einer Vorbereitungshandlung. Die Reformkommission lehnt vor dem Hintergrund des für das Strafrecht geltenden Ultima-Ratio-Prinzips eine so weitgehende Kriminalisierung ab. Fälle, bei denen eine Person

zum Beispiel die E-Mail-Adresse eines Kindes anbietet, damit eine andere Person über diese E-Mail-Adresse Kontakt mit dem Kind aufnehmen kann, um es zur Vornahme sexueller Handlungen zu bringen, weisen für sich genommen noch keinen Rechtsgutsbezug auf, der Strafe geboten sein lässt. Das bloße Angebot der Weitergabe der E-Mail-Adresse an eine Person, die ihrerseits gar nicht gewillt sein muss, von dem Angebot Gebrauch zu machen, begründet noch keine Rechtsgutsgefährdung.

Gemäß § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB macht sich strafbar, wer auf ein Kind durch Vorzeigen pornographischer Abbildungen oder Darstellungen, durch Abspielen von Tonträgern pornographischen Inhalts, durch Zugänglichmachen pornographischer Inhalte mittels Informations- und Kommunikationstechnologie oder durch entsprechende Reden einwirkt. Anders als bei § 176 Abs. 4 Nr. 1 und Nr. 2 StGB wird das Kind zwar mit Sexualität konfrontiert, aber nicht in eine gerade stattfindende, sexuelle Interaktion einbezogen. Auch insoweit gilt daher vor dem Hintergrund des Ultima-Ratio-Prinzips, dass die bloße Vorbereitung einer Tat nach § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB strafrechtlich nicht erfasst werden sollte. Wer sich etwa mit einer anderen Person dazu verabredet, einem Kind pornographische Bilder zu präsentieren, setzt noch keine Kausalkette hin zu einer gravierenden Rechtsgutsgefährdung in Gang. Der Gesetzgeber durchbricht mit § 176 Abs. 5 StGB die in § 30 Abs. 2 StGB zum Ausdruck gebrachte Wertung, nach der sich nur strafbar macht, wer sich zu einem Verbrechen verabredet. Dies mag auch für sexuelle Missbrauchshandlungen ohne Körperkontakt gerechtfertigt sein, bei denen das Kind aktiv in ein gegenwärtiges sexuelles Geschehen einbezogen wird. Im Hinblick auf § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB wird die Strafbarkeit jedoch als zu weitgehend angesehen.

II. Themenkomplex 3: Sexueller Missbrauch von Kindern und Jugendlichen und sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen

1. Sexueller Missbrauch von Kindern

Empfehlung 6

Die Reformkommission empfiehlt, die Tatbestandsvariante von § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB dahingehend zu erweitern, dass sich auch als Täter der Qualifikation strafbar macht, wer über 18 Jahre alt ist und das Kind zum Beischlaf mit einer Person unter 18 Jahren bestimmt.

Abstimmung: Annahme: 12 Mitglieder; Ablehnung: 0 Mitglieder

Begründung:

Gemäß § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB wird der sexuelle Missbrauch von Kindern in den Fällen des § 176 Abs. 1 und 2 StGB mit Freiheitsstrafe nicht unter 2 Jahren bestraft, wenn eine Person über 18 Jahren mit dem Kind den Beischlaf vollzieht oder ähnliche sexuelle Handlungen an ihm vornimmt oder an sich von ihm vornehmen lässt, die mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind. Die Qualifikation setzt voraus, dass die Person, die den Beischlaf etc. mit dem Kind vollzieht, über 18 Jahre alt ist. Demgegenüber fallen Personen, die über 18 Jahre alt sind und das Kind dazu bestimmen, den Beischlaf etc. mit einem Dritten zu vollziehen, der nicht über 18 Jahre alt ist, nicht unter 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB in Verbindung mit § 176 Abs. 2 StGB.

Die Reformkommission empfiehlt einstimmig, dies zu ändern und § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB dahingehend zu erweitern, dass sich als Täter der Qualifikation auch strafbar macht, wer über 18 Jahre alt ist und das Kind zum Beischlaf mit einer anderen Person unter 18 Jahren bestimmt. Der Gesetzgeber wollte „geschlechtliche Beziehungen, möglicherweise Liebesverhältnisse, zwischen einem körperlich und geistig-seelisch weit über den altersgemäßen Zustand hinaus entwickelten noch nicht vierzehn Jahre alten Mädchen und einem noch jugendlichen Täter aus dem Anwendungsbereich des Verbrechenstatbestandes herausnehmen“.²⁰⁷ Der Gesetzgeber sah ein erhöhtes Strafbedürfnis folglich nur dann als gegeben an, wenn zwischen dem Kind und der Person, die den Beischlaf etc. vollzieht, ein altersbedingtes Machtgefälle besteht. Ein solches Machtgefälle liegt aber auch dann vor, wenn der Bestimmende über 18 Jahre alt ist, weil sich das Kind der von einem Erwachsenen ausgehen-

²⁰⁷ BT-Drs. 13/7164, S. 32.

den Fremdbestimmung in aller Regel kaum zu entziehen vermag. Das gilt auch, wenn der Beischlaf nicht mit einer erwachsenen, sondern mit einer jugendlichen Person vollzogen wird. Vor diesem Hintergrund soll der volljährige Bestimmende in die Regelung des § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB einbezogen werden.

Gleichzeitig wird durch die qualifizierte Strafbarkeit des volljährigen Bestimmenden ein Gleichklang zu § 182 Abs. 3 StGB geschaffen. Gemäß § 182 Abs. 3 StGB macht sich eine Person über 21 Jahren strafbar, die eine Person unter 16 Jahren dadurch missbraucht, dass sie sexuelle Handlungen an ihr vornimmt oder an sich von ihr vornehmen lässt (Nr. 1) oder diese dazu bestimmt, sexuelle Handlungen an einem Dritten vorzunehmen oder von einem Dritten an sich vornehmen zu lassen (Nr. 2) und dabei die ihr gegenüber fehlende Fähigkeit des Opfers zur sexuellen Selbstbestimmung ausnutzt. § 182 Abs. 3 StGB Nr. 2 stellt damit auf den Altersunterschied zwischen Täter und Opfer ab, ohne dass das Alter des Dritten eine Rolle spielt.

II. Themenkomplex 3: Sexueller Missbrauch von Kindern und Jugendlichen und sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen

1. Sexueller Missbrauch von Kindern

Empfehlung 7

Die Reformkommission empfiehlt, den Qualifikationstatbestand des § 176a Abs. 3 StGB (Begehung des sexuellen Kindesmissbrauchs zur Herstellung einer pornographischen Schrift) um einen minder schweren Fall zu ergänzen.

Abstimmung: Annahme: 9 Mitglieder; Ablehnung: 2 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Begründung:

Gemäß § 176a Abs. 3 StGB wird mit Freiheitsstrafe nicht unter 2 Jahren bestraft, wer in den Fällen des § 176 Abs. 1 bis 3, 4 Nr. 1 oder Nr. 2 StGB oder des § 176 Abs. 6 StGB als Täter oder anderer Beteiligter in der Absicht handelt, die Tat zum Gegenstand einer pornographischen Schrift (§ 11 Abs. 3 StGB) zu machen, die nach § 184b Abs. 1 oder 2 StGB verbreitet werden soll.

Die Reformkommission empfiehlt, den Qualifikationstatbestand des § 176a Abs. 3 StGB um einen minder schweren Fall zu ergänzen. § 176a Abs. 3 StGB sieht einen Strafraum von 2 bis 15 Jahren Freiheitsstrafe vor. Im Einzelfall sind jedoch Konstellationen denkbar, bei denen der Unrechtsgehalt der Tat herabgesetzt und eine Mindestfreiheitsstrafe von 2 Jahren nicht gerechtfertigt ist. Das kann z. B. der Fall sein, wenn es sich um eine sexuelle Handlung mit oder ohne Körperkontakt handelt, die nur knapp über der Erheblichkeitsgrenze des § 184h Nr. 1 StGB liegt. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass § 176a Abs. 3 StGB als qualifizierender Umstand lediglich eine bestimmte Absicht voraussetzt, ohne dass die Verbreitung der kinderpornographischen Schrift tatsächlich erfolgt sein muss.

Mit der Einführung eines minder schweren Falls für die Qualifikation des § 176a Abs. 3 StGB wird zudem ein Gleichklang zu § 176a Abs. 1 und 2 StGB hergestellt. Für § 176 Abs. 1 und 2 StGB sieht § 176a Abs. 4 StGB jeweils einen minder schweren Fall vor. Für die Qualifikation des Rückfalltäters nach § 176a Abs. 1 StGB mit einem Strafraum von 1 Jahr bis zu 15 Jahren Freiheitsstrafe sieht § 176a Abs. 4 StGB einen abgemilderten Strafraum von 3 Monaten bis zu 5 Jahren Freiheitsstrafe vor. Für den Qualifikationstatbestand des § 176a Abs. 2 StGB (Beischlaf, gemeinschaftliche Tatbegehung, schwere Gesundheitsschädigung

etc.) mit einem Strafraumen von 2 Jahren bis zu 15 Jahren Freiheitsstrafe sieht § 176a Abs. 4 StGB einen verminderten Strafraumen von 1 Jahr bis zu 10 Jahren Freiheitsstrafe vor. § 176a Abs. 3 StGB ist dabei im Hinblick auf den Strafraumen insbesondere mit § 176a Abs. 2 StGB vergleichbar und sollte im Einklang mit dieser Vorschrift ebenfalls über die Möglichkeit der Annahme eines minder schweren Falls verfügen.

II. Themenkomplex 3: Sexueller Missbrauch von Kindern und Jugendlichen und sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen

1. Sexueller Missbrauch von Kindern

Empfehlung 8

Die Reformkommission empfiehlt, den Wiederholungsfall jedenfalls als verbrechensbegründendes Merkmal (§ 176a Abs. 1 StGB) abzuschaffen.

Abstimmung: Annahme: 9 Mitglieder; Ablehnung: 3 Mitglieder

Begründung:

Gemäß § 176a Abs. 1 StGB wird der sexuelle Missbrauch von Kindern in den Fällen des § 176 Abs. 1 und 2 StGB mit Freiheitsstrafe nicht unter 1 Jahr bestraft, wenn der Täter innerhalb der letzten 5 Jahre wegen einer solchen Straftat rechtskräftig verurteilt worden ist. Mit der Erfüllung dieser Qualifikation begeht der Täter ein Verbrechen, da die Mindestfreiheitsstrafe 1 Jahr Freiheitsstrafe beträgt (§ 12 Abs. 1 StGB).

Die Reformkommission empfiehlt, die Rückfalltat nicht als Verbrechen zu qualifizieren. Der Umstand der Wiederholungstat kann bereits nach den allgemeinen Grundsätzen gemäß § 46 StGB bei der konkreten Strafzumessung im Einzelfall berücksichtigt werden. Seine Einstufung als qualifikations- bzw. gar verbrechensbegründendes Merkmal ist systemwidrig und stellt einen Fremdkörper im StGB dar. Hinzu tritt, dass selbst geringfügige sexuelle Handlungen, die nur knapp oberhalb der Erheblichkeitsschwelle des § 184h StGB liegen, im Wiederholungsfall als Verbrechen zu ahnden sind, was unter dem Blickwinkel des Verhältnismäßigkeitsprinzips bedenklich erscheint. Aus diesem Grund sind einige Mitglieder der Reformkommission der Auffassung, dass § 176a Abs. 1 StGB ersatzlos gestrichen werden kann. Jedenfalls aber sollte die deliktsspezifische Berücksichtigung der Wiederholungstat im Bereich des sexuellen Missbrauchs von Kindern keine Aufstufung der Tat zum Verbrechen nach sich ziehen, sondern – wenn überhaupt – im Rahmen des § 176 StGB als besonders schwerer Fall einen Strafzumessungsaspekt darstellen.

II. Themenkomplex 3: Sexueller Missbrauch von Kindern und Jugendlichen und sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen

2. Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen

Empfehlung 1

Die Reformkommission empfiehlt, den Straftatbestand des § 174 StGB (Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen) und den Straftatbestand des § 180 Abs. 3 StGB (Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger) in einer Vorschrift zusammenzuführen.

Abstimmung: Annahme: 12 Mitglieder; Ablehnung: 0 Mitglieder

Begründung:

Gemäß § 174 Abs. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe von 3 Monaten bis zu 5 Jahren bestraft, wer sexuelle Handlungen an einer Person unter 16 Jahren, die ihm zur Erziehung, zur Ausbildung oder zur Betreuung in der Lebensführung anvertraut ist (Nr. 1), oder an einer Person unter 18 Jahren, die ihm zur Erziehung, zur Ausbildung oder zur Betreuung in der Lebensführung anvertraut oder im Rahmen eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses untergeordnet ist, unter Missbrauch einer mit dem Erziehungs-, Ausbildungs-, Betreuungs-, Dienst- oder Arbeitsverhältnis verbundenen Abhängigkeit (Nr. 2) oder an einer Person unter 18 Jahren, die sein leiblicher oder rechtlicher Abkömmling ist oder der seines Ehegatten, seines Lebenspartners oder einer Person, mit der er in eheähnlicher oder lebenspartnerschaftlicher Gemeinschaft lebt (Nr. 3), vornimmt oder an sich von dem Schutzbefohlenen vornehmen lässt. Gemäß § 180 Abs. 3 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer eine Person unter 18 Jahren, die ihm zur Erziehung, zur Ausbildung oder zur Betreuung in der Lebensführung anvertraut oder im Rahmen eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses untergeordnet ist, unter Missbrauch einer mit dem Erziehungs-, Ausbildungs-, Betreuungs-, Dienst- oder Arbeitsverhältnis verbundenen Abhängigkeit bestimmt, sexuelle Handlungen an oder vor einem Dritten vorzunehmen oder von einem Dritten an sich vornehmen zu lassen.

Während § 174 Abs. 1 StGB sexuelle Handlungen umfasst, die der Täter *an* dem Schutzbefohlenen vornimmt bzw. *an sich* von dem Schutzbefohlenen vornehmen lässt, muss der Täter des § 180 Abs. 3 StGB den Schutzbefohlenen dazu bestimmen, sexuelle Handlungen *mit* oder *vor einem Dritten* vorzunehmen.

Die Reformkommission spricht sich einstimmig dafür aus, beide Vorschriften zusammenzufassen.

Dabei spricht sich die Mehrheit der Reformkommission dafür aus, für sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt den geringeren Strafrahmen aus § 174 Abs. 3 StGB (Geldstrafe bis 3 Jahre Freiheitsstrafe) vorzusehen. Gemäß § 174 Abs. 3 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer unter den Voraussetzungen des § 174 Abs. 1 oder Abs. 2 StGB sexuelle Handlungen *vor* dem Schutzbefohlenen vornimmt (Nr. 1) oder den Schutzbefohlenen dazu bestimmt, dass er sexuelle Handlungen *vor* ihm vornimmt (Nr. 2), um sich oder den Schutzbefohlenen hierdurch sexuell zu erregen. Demgegenüber weist § 180 Abs. 3 StGB für das Bestimmen zu sexuellen Handlungen mit und ohne Körperkontakt einen Strafrahmen von Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren auf. Durch die Übernahme des geringeren Strafrahmens aus § 174 Abs. 3 StGB für sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt lässt sich eine sachgerechte Abstufung zu § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB herstellen. § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB sieht in Bezug auf die Vornahme sexueller Handlungen *vor* dem Kind (Person unter 14 Jahren) Freiheitsstrafe von 3 Monaten bis zu 5 Jahren vor. Das geschützte Rechtsgut ist bei Kindern entwicklungsbedingt vulnerabler als bei Jugendlichen, so dass sich der im Gegensatz zu § 174 StGB erhöhte Strafrahmen als plausibel darstellt.

II. Themenkomplex 3: Sexueller Missbrauch von Kindern und Jugendlichen und sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen

2. Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen

Empfehlung 2

Die Reformkommission empfiehlt, den Straftatbestand des § 174 StGB (Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen) um Tathandlungen mit oder vor Dritten zu erweitern.

Abstimmung: Annahme: 12 Mitglieder; Ablehnung: 0 Mitglieder

Begründung:

Die Reformkommission empfiehlt einstimmig, den Straftatbestand des § 174 StGB um Tathandlungen mit oder vor einem Dritten zu erweitern.

Die Straftatbestände des § 174 Abs. 1 und 3 StGB umfassen gegenwärtig sexuelle Handlungen des Täters am Opfer (§ 174 Abs. 1 StGB: „an ... vornimmt“), sexuelle Handlungen des Opfers am Täter (§ 174 Abs. 1 StGB: „an sich von dem Schutzbefohlenen vornehmen lässt“), sexuelle Handlungen des Täters vor dem Opfer (§ 174 Abs. 3 Nr. 1 StGB: „vor dem Schutzbefohlenen“) und sexuelle Handlungen des Opfers vor dem Täter (§ 174 Abs. 3 Nr. 2 StGB: „sexuelle Handlungen vor ihm vornimmt“). Gemäß § 180 Abs. 3 StGB erfährt § 174 Abs. 1 StGB unter den Voraussetzungen des § 180 Abs. 3 StGB eine Ausweitung in Bezug auf sexuelle Handlungen mit und vor Dritten. Dabei lehnt sich § 180 Abs. 3 StGB an den Wortlaut des § 174 Abs. 1 Nr. 2 StGB an und setzt damit anders als § 174 Abs. 1 Nr. 1 StGB einen Missbrauch einer mit dem Erziehungs-, Ausbildungs-, Betreuungs-, Dienst- oder Arbeitsverhältnis verbundenen Abhängigkeit voraus. Strafbar sind sexuelle Handlungen des Opfers an einem Dritten (§ 180 Abs. 3, 1. Variante StGB: „an einem Dritten vorzunehmen“), sexuelle Handlungen des Opfers vor einem Dritten (§ 180 Abs. 3, 2. Variante StGB: „vor einem Dritten vorzunehmen“) und sexuelle Handlungen eines Dritten an dem Opfer (§ 180 Abs. 3, 3. Variante StGB: „von einem Dritten an sich vornehmen zu lassen“).

Die Reformkommission spricht sich dafür aus, dass im Zuge der Zusammenführung der §§ 174, 180 Abs. 3 StGB²⁰⁸ die Tathandlungen des § 174 Abs. 1 StGB ergänzt werden sollen. Die Norm soll auch dann zur Anwendung kommen, wenn der Schutzbefohlene dazu bestimmt wird, sexuelle Handlungen an einem Dritten vorzunehmen oder von einem Dritten

²⁰⁸ Vgl. Empfehlung 1.

an sich vornehmen zu lassen. Dasselbe gilt, wenn der Schutzbefohlene dazu bestimmt wird, sexuelle Handlungen vor einem Dritten vorzunehmen. Die Tathandlungen des § 180 Abs. 3 StGB sollen mithin vollständig in § 174 Abs. 1 StGB übernommen werden. Denn das geschützte Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung des Schutzbefohlenen wird auch verletzt, wenn der Schutzbefohlene sexuelle Handlungen mit oder vor einem Dritten vornimmt.

II. Themenkomplex 3: Sexueller Missbrauch von Kindern und Jugendlichen und sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen

2. Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen

Empfehlung 3

Die Reformkommission empfiehlt, § 174 Abs. 3 StGB dahingehend zu ändern, dass sich das Erfordernis der Erregungsabsicht nicht auf die Nummer 2 bezieht.

Abstimmung: Annahme: 9 Mitglieder; Ablehnung: 3 Mitglieder

Begründung:

Gemäß § 174 Abs. 3 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer unter den Voraussetzungen des § 174 Abs. 1 oder 2 StGB sexuelle Handlungen vor dem Schutzbefohlenen vornimmt (Nr. 1) oder den Schutzbefohlenen dazu bestimmt, dass er sexuelle Handlungen vor ihm vornimmt (Nr. 2), um sich oder den Schutzbefohlenen hierdurch sexuell zu erregen.

Die Reformkommission empfiehlt, die Erregungsabsicht für § 174 Abs. 3 Nr. 2 StGB zu streichen. Wird der Schutzbefohlene dazu bestimmt, sexuelle Handlungen vor dem Täter vorzunehmen, wird die sexuelle Selbstbestimmung unter den Voraussetzungen des § 174 Abs. 1 StGB unabhängig davon verletzt, ob der Täter in der Absicht handelt, sich oder den Schutzbefohlenen dadurch sexuell zu erregen. So ändert sich an dem Unrechtsgehalt der Tat zum Beispiel nichts, wenn der Täter den Schutzbefohlenen zur Vornahme sexueller Handlungen vor ihm in der Absicht bestimmt, eine pornographische Schrift anzufertigen.

II. Themenkomplex 3: Sexueller Missbrauch von Kindern und Jugendlichen und sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen

2. Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen

Empfehlung 4

Die Reformkommission empfiehlt, die Tatbestandsvarianten des § 174 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB nach der Maßgabe neu zu fassen, dass

erstens: einheitlich Personen unter 18 Jahren erfasst werden, die dem Täter zur Erziehung, oder zur Betreuung anvertraut sind, wobei zugleich auf das Erfordernis des Missbrauchs einer mit dem Erziehungs-, oder Betreuungsverhältnis verbundenen Abhängigkeit verzichtet wird und

zweitens: einheitlich Personen unter 18 Jahren erfasst werden, die dem Täter im Rahmen eines Dienst-, Ausbildungs- oder Arbeitsverhältnisses untergeordnet sind und bei denen der Täter zusätzlich eine mit dem Dienst-, Ausbildungs- oder Arbeitsverhältnis verbundene Abhängigkeit missbraucht.

Abstimmung: Annahme: 12 Mitglieder; Ablehnung: 0 Mitglieder

Begründung:

Gemäß § 174 Abs. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe von 3 Monaten bis zu 5 Jahren bestraft, wer sexuelle Handlungen an einer Person unter 16 Jahren, die ihm zur Erziehung, zur Ausbildung oder zur Betreuung in der Lebensführung anvertraut ist (Nr. 1), oder an einer Person unter 18 Jahren, die ihm zur Erziehung, zur Ausbildung oder zur Betreuung in der Lebensführung anvertraut oder im Rahmen eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses untergeordnet ist, unter Missbrauch einer mit dem Erziehungs-, Ausbildungs-, Betreuungs-, Dienst- oder Arbeitsverhältnis verbundenen Abhängigkeit (Nr. 2) oder an einer Person unter 18 Jahren, die sein leiblicher oder rechtlicher Abkömmling ist oder der seines Ehegatten, seines Lebenspartners oder einer Person, mit der er in eheähnlicher oder lebenspartnerschaftlicher Gemeinschaft lebt (Nr. 3) vornimmt oder an sich von dem Schutzbefohlenen vornehmen lässt.

Die Reformkommission empfiehlt einstimmig, § 174 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB unter Vereinheitlichung der Schutzaltersgrenze auf 18 Jahre neu zu fassen. Schutzbefohlene, die dem Täter zur Erziehung oder zur Betreuung in der Lebensführung anvertraut sind, sind aufgrund

des nahen Abhängigkeits- und Autoritätsverhältnisses grundsätzlich nicht in der Lage, mit der erziehenden oder betreuenden Person auf der Grundlage autonomer Selbstbestimmung sexuell zu interagieren. Dasselbe gilt in Bezug auf das Bestimmen zu sexuellen Handlungen mit oder vor einem Dritten. Es besteht die Gefahr, dass sich die minderjährige Person aufgrund des Machtgefälles, welches in der persönlichen Beziehung zu dem Täter wurzelt, nicht hinreichend gegen dessen sexuelle Ansinnen abzugrenzen vermag. Dies gilt für Personen unter 16 Jahren und unter 18 Jahren gleichermaßen. Vor diesem Hintergrund soll es für die Strafbarkeit ebenso wenig wie bei § 174 Abs. 1 Nr. 3 StGB erforderlich sein, dass der Täter das bestehende Abhängigkeitsverhältnis für die sexuelle Handlung missbraucht. Denn bereits das Bestehen des Abhängigkeitsverhältnisses indiziert den Missbrauch, wenn es zu sexuellen Handlungen kommt. Bei Einzelfällen, die ein geringes Unrecht aufweisen, kann das Gericht unter den Voraussetzungen des § 174 Abs. 5 StGB von einer Bestrafung nach § 174 StGB absehen.

Bei Dienst-, Arbeits- und Ausbildungsverhältnissen sollen demgegenüber sexuelle Handlungen nur dann strafbar sein, wenn der Täter zusätzlich das bestehende Abhängigkeitsverhältnis missbraucht. Zwar begründen auch diese Verhältnisse per se ein Autoritätsverhältnis zwischen dem Schutzbefohlenen und dem Arbeitgeber etc. Dieses ist jedoch auf persönlicher Ebene weniger intensiv ausgestaltet als dies bei der Betreuung in der Lebensführung oder der Erziehung der Fall ist. Denn die letztgenannten Verhältnisse sind weitreichend und betreffen den höchstpersönlichen Lebensbereich des Schutzbefohlenen. Sie gehen mit einem höheren Maß an emotionaler Bindung und Abhängigkeit einher. Ein absoluter Schutz ist daher bei Dienst-, Arbeits- und Ausbildungsverhältnissen nicht gerechtfertigt. Strafwürdiges Unrecht liegt – auch angesichts der zunehmenden Fähigkeit des jugendlichen Schutzbefohlenen zur sexuellen Selbstbestimmung – nur vor, wenn der Täter die mit dem Dienst-, Arbeits- oder Ausbildungsverhältnis verbundene Abhängigkeit missbraucht. Auch insoweit ist eine Unterscheidung zwischen Personen unter 16 Jahren und Personen unter 18 Jahren aber nicht angezeigt.

II. Themenkomplex 3: Sexueller Missbrauch von Kindern und Jugendlichen und sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen

2. Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen

Empfehlung 5

Die Reformkommission empfiehlt, die Tatbestandsvariante des § 174 Abs. 2 Nr. 1 StGB zu streichen und aus dem verbleibenden Tatbestand des § 174 Abs. 2 StGB die Ausbildungsverhältnisse herauszunehmen.

Abstimmung: Annahme: 7 Mitglieder; Ablehnung: 5 Mitglieder

Begründung:

Gemäß § 174 Abs. 2 StGB wird eine Person mit Freiheitsstrafe von 3 Monaten bis zu 5 Jahren bestraft, der in einer dazu bestimmten Einrichtung die Erziehung, Ausbildung oder Betreuung in der Lebensführung von Personen unter 18 Jahren anvertraut ist, und die sexuelle Handlungen an einer Person unter 16 Jahren, die zu dieser Einrichtung in einem Rechtsverhältnis steht, das ihrer Erziehung, Ausbildung oder Betreuung in der Lebensführung dient, vornimmt oder an sich von ihr vornehmen lässt (Nr. 1) oder unter Ausnutzung ihrer Stellung an einer Person unter 18 Jahren, die zu dieser Einrichtung in einem Rechtsverhältnis steht, das ihrer Erziehung, Ausbildung oder Betreuung in der Lebensführung dient, vornimmt oder an sich von ihr vornehmen lässt (Nr. 2).

Die Reformkommission empfiehlt, § 174 Abs. 2 Nr. 1 StGB zu streichen. In der Konsequenz würde § 174 Abs. 2 StGB einheitlich Personen unter 18 Jahren vor sexuellen Handlungen schützen, bei denen der Täter seine Stellung als Erzieher oder Betreuer ausnutzt. Gegenwärtig ist ein solches Ausnutzen nicht erforderlich, wenn der Schutzbefohlene unter 16 Jahre alt ist. Durch die Neufassung des § 174 Abs. 2 StGB wird im Hinblick auf die Schutzaltersstufe ein Gleichlauf mit § 174 Abs. 1 StGB hergestellt.²⁰⁹ Die Vornahme sexueller Handlungen ist etwa zwischen einer Jugendlichen und einem Lehrer, der lediglich an derselben Schule tätig ist, ohne der Klassenlehrer zu sein, nur dann strafwürdig, wenn der Lehrer seine Stellung dazu ausnutzt, sexuelle Handlungen mit der Jugendlichen vorzunehmen. Denn ein Obhutsverhältnis, welches es für sich genommen und ohne ein weiteres Ausnutzen nahelegen würde, dass die Jugendliche ihre sexuelle Selbstbestimmung nicht tragfähig ausüben

²⁰⁹ Vgl. Empfehlung 4.

vermag, besteht anders als in § 174 Abs. 1 StGB nicht. Durch das Erfordernis des Ausnutzens wird sichergestellt, dass eine konkrete schulische Verbindung zwischen Lehrer und Schülerin bestehen muss. So sind insbesondere die Fälle nicht im Sinne des § 174 StGB strafwürdig, bei denen sich Lehrer und Schüler außerhalb der Schule kennenlernen und es unbeeinflusst von ihren Positionen in der Schule zu sexuellen Handlungen kommt. Denn in diesen Fällen liegt eine Verletzung oder Gefährdung der sexuellen Selbstbestimmung nicht vor, soweit nicht die übrigen jugendschützenden Straftatbestände einschlägig sind. Dabei ist auch zu beachten, dass § 174 StGB nicht den Zweck verfolgt, bestimmte Einrichtungen generell von sexuellen Verbindungen frei zu halten.

Die Reformkommission empfiehlt darüber hinaus, die Ausbildungsverhältnisse aus einem so neugestalteten § 174 Abs. 2 StGB herauszunehmen. Da § 174 Abs. 2 StGB im Gegensatz zu § 174 Abs. 1 StGB kein Obhutsverhältnis voraussetzt, ist der Umstand, dass der Schutzbefohlene und der Ausbilder an einer Einrichtung tätig sind, ohne in einem konkreten Ausbildungsverhältnis zueinander zu stehen, kein Faktor, der die sexuelle Selbstbestimmung des Schutzbefohlenen in strafwürdiger Weise verletzen kann. Ein Jugendlicher, der sexuelle Handlungen mit einem lediglich im selben Ausbildungsbetrieb tätigen Ausbilder vornimmt, ist grundsätzlich in der Lage, eine tragfähige autonome Entscheidung darüber zu treffen, ob er sich auf die sexuelle Handlung einlassen möchte oder nicht. Dies ist bei Personen, die als Erzieher oder Betreuer in derselben Einrichtung tätig sind wie der jugendliche Schutzbefohlene, nicht im selben Maße gegeben. Denn Erzieher und Betreuer stehen zu den Schutzbefohlenen der Einrichtung grundsätzlich in einem intensiveren Autoritätsverhältnis, weil sie einen intensiveren Einfluss auf ihre Lebensführung ausüben als dies bei einem Ausbilder der Fall ist. Nutzen Erzieher oder Betreuer diese Stellung aus, ist die Vornahme der sexuellen Handlung damit strafwürdig. Die Fälle, bei denen der lediglich im selben Ausbildungsbetrieb tätige Ausbilder die ihm gegenüber fehlende Fähigkeit des Opfers zur sexuellen Selbstbestimmung ausnutzt, sind dagegen hinreichend durch § 180 Abs. 3 StGB erfasst.

II. Themenkomplex 3: Sexueller Missbrauch von Kindern und Jugendlichen und sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen

3. § 180 StGB (Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger)

Empfehlung

Die Reformkommission empfiehlt, den Tatbestand des § 180 Abs. 1 StGB (Kuppeleiverbot) zu streichen.

Abstimmung: Annahme: 12 Mitglieder; Ablehnung: 0 Mitglieder

Begründung:

Gemäß § 180 Abs. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer sexuellen Handlungen einer Person unter 16 Jahren an oder vor einem Dritten oder sexuellen Handlungen eines Dritten an einer Person unter 16 Jahren durch seine Vermittlung (Nr. 1) oder durch Gewähren oder Verschaffen von Gelegenheit (Nr. 2) Vorschub leistet.

Die Reformkommission empfiehlt einstimmig die Streichung dieser Vorschrift. Sie ist nicht geeignet, das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung der minderjährigen Person zu schützen. Das in § 180 Abs. 1 StGB enthaltene Kuppeleiverbot ist ein Relikt vorangegangener Gesetzesfassungen, denen das Anliegen zugrunde lag, jungen Menschen keine Gelegenheit zu außerehelichen sexuellen Kontakten zu geben, da diese als unsittlich empfunden wurden. Das Wertebild unserer Gesellschaft hat sich insoweit geändert. Nach dem Ultima-Ratio-Prinzip darf das Strafrecht nur zur Anwendung kommen, wenn es zum Schutz von Rechtsgütern vor Verletzung oder Gefährdung unerlässlich ist. Der heutige Gesetzgeber hat zu berücksichtigen, dass Jugendliche mit zunehmendem Alter eine auch zunehmende Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung entwickeln. Es ist Ausdruck ihrer sexuellen Selbstbestimmung, sich altersentsprechend sexuell auszuprobieren und einvernehmliche sexuelle Erfahrungen zu sammeln. Solche Handlungen sind straffrei. Vor diesem Hintergrund ist es widersinnig, denjenigen zu bestrafen, der eine Gelegenheit für altersentsprechende sexuelle Handlungen verschafft, obwohl die Vornahme der sexuellen Handlung an sich legal und strafrechtlich irrelevant ist. Das ist besonders augenfällig beim Kuppler selbst. Er kann selbst straffrei die sexuelle Handlung mit der jugendlichen Person vornehmen, macht sich aber durch bloße Gelegenheitsverschaffung strafbar.

Soweit es um fremdbestimmte Sexualität geht, greifen die Straftatbestände der §§ 174 Abs. 1 Nr. 1 und 182 Abs. 3 StGB ein, die für Personen unter 16 Jahren einen hinreichenden Schutz bieten. Die Person, die in diesem Kontext die Tathandlungen des § 180 Abs. 1 StGB erfüllt, kann hinreichend über die Teilnahmeregelungen als Anstifter oder Gehilfe erfasst werden.

II. Themenkomplex 3: Sexueller Missbrauch von Kindern und Jugendlichen und sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen

4. § 182 StGB (Sexueller Missbrauch von Jugendlichen)

Empfehlung

Die Reformkommission empfiehlt, es bei den Altersgrenzen des Tatbestandes des § 182 Abs. 3 StGB (Ausnutzen der fehlenden Fähigkeit des Opfers zur sexuellen Selbstbestimmung) sowohl auf Opfer- als auch auf Täterseite zu belassen.

Abstimmung: Annahme: 7 Mitglieder; Ablehnung: 4 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Begründung:

Gemäß § 182 Abs. 3 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer als Person über 21 Jahre eine Person unter 16 Jahren dadurch missbraucht, dass er sexuelle Handlungen an ihr vornimmt oder an sich von ihr vornehmen lässt (Nr. 1) oder diese dazu bestimmt, sexuelle Handlungen an einem Dritten vorzunehmen oder von einem Dritten an sich vornehmen zu lassen (Nr. 2) und dabei die ihm gegenüber fehlende Fähigkeit des Opfers zur sexuellen Selbstbestimmung ausnutzt.

Die Reformkommission empfiehlt mehrheitlich, die Altersgrenzen sowohl auf Täter- als auch auf Opferseite in dem gegenwärtigen Zustand zu belassen. Zwar kann ein Unrechtsgehalt auch unabhängig vom Alter bereits dann angenommen werden, wenn eine Person bei der Vornahme der sexuellen Handlung den Umstand ausnutzt, dass der anderen Person die Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung fehlt. Eine entsprechende Vorschrift würde jedoch dazu führen, dass das Gericht in jedem konkreten Einzelfall feststellen müsste, ob dem Opfer die Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung in Bezug auf den Beschuldigten zum Tatzeitpunkt fehlte, was in der Regel nur mit Hilfe eines Sachverständigengutachtens erfolgen kann. Die Entscheidung des Gesetzgebers, sowohl auf der Täterseite als auch auf der Opferseite Altersbegrenzungen festzusetzen, ist daher nachvollziehbar und sinnvoll. Denn auf diese Weise wird die Vorschrift auf die Fälle begrenzt, in denen bereits durch den bestehenden Altersunterschied das Vorliegen eines Machtgefälles zwischen Täter und Opfer und einer damit einhergehenden fehlenden Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung plausibel ist. Darüber hinaus wird durch die klaren Vorgaben der Vorschrift im Hinblick auf das Alter der Akteure Rechtssicherheit geschaffen. Die Altersvorgaben sind in der Bevölkerung verinnerlicht und tragen so zusätzlich zum Schutz von Minderjährigen bei.

II. Themenkomplex 3: Sexueller Missbrauch von Kindern und Jugendlichen und sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen

5. §§ 180 Abs. 2, 182 Abs. 2 StGB (Sexueller Missbrauch von Jugendlichen gegen Entgelt)

Empfehlung 1

Die Reformkommission empfiehlt, die Tathandlungen, die mit dem sexuellen Missbrauch von Minderjährigen gegen Entgelt im Zusammenhang stehen (§§ 180 Abs. 2 und 182 Abs. 2 StGB), in einem Straftatbestand neu zu regeln.

Abstimmung: Annahme: 12 Mitglieder; Ablehnung: 0 Mitglieder

Begründung:

Der 13. Abschnitt des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches nennt zwei Vorschriften, in denen es um die Vornahme sexueller Handlungen mit Minderjährigen gegen Entgelt geht. Gemäß § 180 Abs. 2 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer eine Person unter 18 Jahren bestimmt, sexuelle Handlungen gegen Entgelt an oder vor einem Dritten vorzunehmen oder von einem Dritten an sich vornehmen zu lassen, oder wer solchen Handlungen durch seine Vermittlung Vorschub leistet. Gemäß § 182 Abs. 2 StGB wird eine Person über 18 Jahre mit Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, die eine Person unter 18 Jahren dadurch missbraucht, dass sie gegen Entgelt sexuelle Handlungen an ihr vornimmt oder an sich von ihr vornehmen lässt.

Die Reformkommission empfiehlt einstimmig, die Tathandlungen aus § 180 Abs. 2 StGB und aus § 182 Abs. 2 StGB in einem Straftatbestand neu zu regeln, denn beide Vorschriften bezwecken, minderjährige Personen vor einem Abgleiten in die Prostitution zu schützen. Gleichzeitig sollen die gegenwärtig zwischen § 180 Abs. 2 StGB und § 182 Abs. 2 StGB bestehenden Widersprüche wie folgt aufgelöst werden:

Die Hälfte der Mitglieder der Reformkommission vertritt die Auffassung, dass die neue Vorschrift zusätzlich auch den Gedanken der Förderung der Prostitution von Personen unter 18 Jahren aus § 180a Abs. 2 Nr. 1 StGB aufnehmen solle. Gemäß § 180a Abs. 2 Nr. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer einer Person unter 18 Jahren zur Ausübung der Prostitution Wohnung, gewerbsmäßig Unterkunft oder gewerbsmäßig Aufenthalt gewährt. Dabei sei der Regelungsgehalt allerdings nicht auf die Ge-

währung von Wohnung etc. zu verengen, um die Minderjährigen nicht in die noch gefährlichere Straßenprostitution zu treiben. Es seien vielmehr Förderungshandlungen zu erfassen, die z. B. auch Konstellationen des sogenannten Escort-Services berücksichtigen. Die andere Hälfte der Reformkommission spricht sich demgegenüber dagegen aus, den § 180a Abs. 2 Nr. 1 StGB in die Neuregelung einzubeziehen, da es sich insoweit um ein reines Prostitutionsdelikt handele, welches eher zum Regelungsgehalt der §§ 232 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe a, 232a Abs. 1 Nr. 1 StGB passe. Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass sich § 180a Abs. 2 Nr. 1 StGB an eine andere Täterklientel richte.

II. Themenkomplex 3: Sexueller Missbrauch von Kindern und Jugendlichen und sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen

5. §§ 180 Abs. 2, 182 Abs. 2 StGB (Sexueller Missbrauch von Jugendlichen gegen Entgelt)

Empfehlung 2

Die Reformkommission empfiehlt, die bisher in § 182 Abs. 2 StGB enthaltene Altersbeschränkung auf Täterseite in dem neuen Straftatbestand zum sexuellen Missbrauch von Minderjährigen gegen Entgelt zu streichen und den neuen Tatbestand um sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt zu erweitern.

Abstimmung: Annahme: 10 Mitglieder; Ablehnung: 2 Mitglieder

Die Mitglieder der Reformkommission empfehlen mit großer Mehrheit, in der aus dem Regelungsgehalt der §§ 180 Abs. 2, 182 Abs. 2 StGB neu zu schaffenden Vorschrift für den Täter – anders als in der gegenwärtigen Fassung des § 182 Abs. 2 StGB – keine Altersbeschränkung vorzusehen. Bei sexuellen Handlungen mit Minderjährigen gegen Entgelt liegt der Tatunwert im Wesentlichen darin, dass die minderjährige Person Gefahr läuft, in auf Dauer angelegte Prostitutionsstrukturen zu geraten. Das soll unabhängig vom Alter des Täters verhindert werden. Der Aspekt, Jugendlichen einen altersgerechten Freiraum für das Sammeln sexueller Erfahrungen zu gewährleisten, spielt demgegenüber bei sexuellen Handlungen gegen Entgelt keine Rolle.

Einigkeit besteht in der Reformkommission darüber, dass die Schutzaltersgrenze des Opfers nicht wie in den Vorschriften des Menschenhandels gemäß §§ 232, 232a StGB auf 21 Jahre angehoben werden soll. Die §§ 232, 232a StGB sind auf Ausbeutung des Opfers (§ 232 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe a StGB) bzw. auf Aufnahme oder Fortsetzung der Prostitution (§ 232a Abs. 1 Nr. 1 StGB) angelegt. Diese Delikte unterscheiden sich daher in der Intensität der Rechtsgutsverletzung von den §§ 180 Abs. 2, 182 Abs. 2 StGB, die lediglich das Abgleiten in die Prostitution verhindern sollen, ohne dass der Täter die Prostitutionsausübung des Opfers als solche im Sinn haben müsste. Personen ab 18 Jahren sind volljährig und hinreichend gefestigt, um die einmalige Vornahme sexueller Handlungen gegen Entgelt nicht als Einstieg in die Prostitution zu sehen. Andererseits haben sie im Einklang mit der Schutzaltersgrenze im Gesetz zur Regulierung des Prostitutionsgewerbes sowie zum Schutz von in der Prostitution tätigen Personen vom 21. Oktober 2016 (ProstSchG) das Recht, sich ggf. bewusst und selbstbestimmt für die Ausübung der Prostitution zu entscheiden.

Einig ist sich die Reformkommission darüber, dass die neue Vorschrift sexuelle Handlungen mit und ohne Körperkontakt erfassen soll. Denn die Vornahme dieser Handlungen gegen Entgelt ist gleichermaßen geeignet, um ein Abgleiten der minderjährigen Person in die Prostitution zu befördern.

III. Themenkomplex 4: Reformbedarf bei den übrigen Missbrauchstatbeständen (§§ 174a bis 174c StGB)

Empfehlung 1

Die Reformkommission empfiehlt, die Straftatbestände der §§ 174a-c StGB (Sexueller Missbrauch in bestimmten Abhängigkeitsverhältnissen) um Tathandlungen mit Dritten zu erweitern.

Abstimmung: Annahme: 12 Mitglieder; Ablehnung: 0 Mitglieder

Begründung:

Gegenwärtig erfassen § 174a StGB (Sexueller Missbrauch von Gefangenen, behördlich Verwahrten oder Kranken und Hilfsbedürftigen in Einrichtungen), § 174b StGB (Sexueller Missbrauch unter Ausnutzung einer Amtsstellung) und § 174c StGB (Sexueller Missbrauch unter Ausnutzung eines Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses) nur solche sexuelle Handlungen, die zwischen Täter und Opfer vorgenommen werden. Vom Täter veranlasste sexuelle Handlungen zwischen Opfer und Dritten werden hingegen nicht erfasst.

Die Reformkommission empfiehlt einstimmig, die Straftatbestände der §§ 174a bis 174c StGB um Tathandlungen mit Dritten zu erweitern. Die §§ 174a bis 174c StGB schützen die sexuelle Selbstbestimmung des Opfers. Darüber hinaus schützen die §§ 174a Abs. 1 und 174b StGB die Integrität von Institutionen sowie das Vertrauen der Allgemeinheit in die Integrität staatlicher Machtausübung. Diese Rechtsgüter werden unter den in den Tatbeständen genannten Voraussetzungen auch dann verletzt, wenn der Täter das Opfer dazu bestimmt, die sexuelle Handlung an einem Dritten vorzunehmen oder die sexuelle Handlung eines Dritten zu dulden. Diese Fälle sind daher strafwürdig. Auch der Gesetzgeber hat bei anderen Strafvorschriften des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des StGB erkannt, dass der Unrechtsgehalt in beiden Fällen identisch ist. So beziehen auch die §§ 176 Abs. 2, 177 und 180 Abs. 3 StGB das Bestimmen des Opfers zu sexuellen Handlungen mit einem Dritten in den Schutzbereich ein.

III. Themenkomplex 4: Reformbedarf bei den übrigen Missbrauchstatbeständen (§§ 174a bis 174c StGB)

Empfehlung 2

Die Reformkommission empfiehlt, § 174a Abs. 1 StGB (Sexueller Missbrauch Gefangener oder auf behördliche Anordnung verwahrter Personen) auf Opferseite dahingehend zu erweitern, dass auch Personen vom Schutzbereich erfasst werden, die stationär in einer Jugendhilfeeinrichtung untergebracht sind.

Abstimmung: Annahme: 10 Mitglieder; Ablehnung: 1 Mitglied; Enthaltung: 1 Mitglied

Begründung:

Gemäß § 174a Abs. 1 StGB macht sich strafbar, wer sexuelle Handlungen an einer gefangenen oder auf behördliche Anordnung verwahrten Person, die ihm zur Erziehung, Ausbildung, Beaufsichtigung oder Betreuung anvertraut ist, unter Missbrauch seiner Stellung vornimmt oder an sich von der gefangenen oder verwahrten Person vornehmen lässt.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes liegt eine behördliche Anordnung nicht vor, wenn ein Minderjähriger nach § 34 Abs. 1 SGB VIII in einer stationären Jugendhilfeeinrichtung untergebracht wird. In diesen Fällen erfolgt die Unterbringung auf der Grundlage der Entscheidung des Inhabers der Personensorge und nicht aufgrund einer behördlichen Anordnung. Auf behördliche Anordnung ist nur verwahrt, wer sich aufgrund hoheitlicher Gewalt in staatlichem Gewahrsam befindet.²¹⁰

Die Reformkommission empfiehlt mit großer Mehrheit, die Unterbringung in einer stationären Jugendhilfeeinrichtung in § 174a Abs. 1 StGB zu erfassen. Personen, die in Jugendhilfeeinrichtungen stationär untergebracht sind, befinden sich dort ebenso in einem Über- und Unterordnungsverhältnis wie dies bei auf behördliche Anordnung verwahrten Personen der Fall ist. Dies gilt aufgrund der bei Jugendlichen noch nicht vollständig ausgereiften Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung auch dann, wenn der Jugendliche die Einrichtung grundsätzlich verlassen kann und nicht kontinuierlich verwahrt ist. Das zwischen dem Jugendlichen und dem Mitarbeiter der Jugendhilfeeinrichtung bestehende Autoritätsverhältnis ist grundsätzlich dazu geeignet, eine autonome Ausübung der sexuellen Selbstbestimmung in Frage zu stellen. Hinzu kommt, dass § 174a Abs. 1 StGB neben der sexuellen Selbstbestimmung auch

²¹⁰ Vgl. BGH, Beschluss vom 28. April 2015 – 3 StR 532 / 14 Rn. 5, zitiert nach juris.

die Integrität der Institution schützt. Diesem Aspekt wird allein durch § 174 StGB (Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen) nicht hinreichend Rechnung getragen.

III. Themenkomplex 4: Reformbedarf bei den übrigen Missbrauchstatbeständen (§§ 174a bis 174c StGB)

Empfehlung 3

Die Reformkommission empfiehlt, § 174a Abs. 1 StGB (Sexueller Missbrauch Gefangener oder auf behördliche Anordnung verwahrter Personen) auf Täterseite dahingehend zu erweitern, dass auch das Anstaltspersonal erfasst wird, welchem das Opfer nicht persönlich anvertraut ist.

Abstimmung: Annahme: 9 Mitglieder; Ablehnung: 3 Mitglieder

Begründung:

Gemäß § 174a Abs. 1 StGB macht sich strafbar, wer sexuelle Handlungen an einer gefangenen oder auf behördliche Anordnung verwahrten Person, die ihm zur Erziehung, Ausbildung, Beaufsichtigung oder Betreuung anvertraut ist, unter Missbrauch seiner Stellung vornimmt oder an sich von der gefangenen oder verwahrten Person vornehmen lässt.

Täter des § 174a Abs. 1 StGB kann nur eine Person sein, der das Opfer persönlich anvertraut ist. Das Opfer ist dem Personal nicht persönlich anvertraut, wenn es keinen dienstlichen Bezug zwischen den Beteiligten gibt.

Die Reformkommission empfiehlt mehrheitlich, auf Täterseite auch das Anstaltspersonal zu erfassen, welchem das Opfer nicht persönlich anvertraut ist. Für das Opfer ist es unerheblich, ob es dem Anstaltspersonal, welches ein sexuelles Ansinnen an das Opfer heranträgt, persönlich anvertraut ist oder nicht. Das Opfer geht insbesondere bei uniformiertem Anstaltspersonal grundsätzlich davon aus, von dessen Gunst abhängig zu sein und sich in einem Über-/Unterordnungsverhältnis zu befinden. Es kann sich daher dem sexuellen Ansinnen des Täters nur schwer entziehen. Folglich besteht die Gefahr, dass das Einverständnis mit der sexuellen Handlung nicht auf der Grundlage einer freiverantwortlichen Willensentscheidung erteilt wird.

III. Themenkomplex 4: Reformbedarf bei den übrigen Missbrauchstatbeständen (§§ 174a bis 174c StGB)

Empfehlung 4

Die Reformkommission empfiehlt, § 174a Abs. 1 StGB (Sexueller Missbrauch Gefangener oder auf behördliche Anordnung verwahrter Personen) und § 174b Abs. 1 StGB (Sexueller Missbrauch unter Ausnutzung einer Amtsstellung) auf Opferseite dahingehend zu erweitern, dass auch Personen vom Schutzbereich erfasst werden, die mit gerichtlicher Genehmigung untergebracht sind.

Abstimmung: Annahme: 11 Mitglieder; Ablehnung: 0 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Begründung:

Gemäß § 174a Abs. 1 StGB macht sich strafbar, wer sexuelle Handlungen an einer gefangenen oder auf behördliche Anordnung verwahrten Person, die ihm zur Erziehung, Ausbildung, Beaufsichtigung oder Betreuung anvertraut ist, unter Missbrauch seiner Stellung vornimmt oder an sich von der gefangenen oder verwahrten Person vornehmen lässt.

Der Tatbestand des § 174a Abs. 1 StGB erfasst die Verwahrung einer Person auf behördliche Anordnung. Auf behördliche Anordnung ist nur verwahrt, wer sich aufgrund hoheitlicher Gewalt in staatlichem Gewahrsam befindet. Dies ist nicht der Fall, wenn die Verwahrung auf Anordnung einer Person erfolgt, die die Personensorge über den Betroffenen innehat. Dies gilt auch dann, wenn die Anordnung der Unterbringung (wie z. B. im Betreuungsrecht) gerichtlich genehmigt wird.

Eine vergleichbare Problematik stellt sich für § 174b Abs. 1 StGB. Nach dieser Vorschrift macht sich strafbar, wer als Amtsträger, der zur Mitwirkung an einem Strafverfahren oder an einem Verfahren zur Anordnung einer freiheitsentziehenden Maßregel der Besserung und Sicherung oder einer behördlichen Verwahrung berufen ist, unter Missbrauch der durch das Verfahren begründeten Abhängigkeit sexuelle Handlungen an demjenigen, gegen den sich das Verfahren richtet, vornimmt oder an sich von dem anderen vornehmen lässt. Auch insoweit werden Unterbringungen, die der gerichtlichen Genehmigung bedürfen, nicht erfasst.

Die Reformkommission empfiehlt mit großer Mehrheit, den Schutzbereich der §§ 174a Abs. 1, 174b Abs. 1 StGB auch für Personen zu öffnen, die mit gerichtlicher Genehmigung untergebracht sind. Für den Betroffenen macht es keinen Unterschied, ob er auf behördliche

Anordnung oder mit gerichtlicher Genehmigung verwahrt ist bzw. welche dieser Entscheidungen in Aussicht gestellt wird. Der Betroffene ist in beiden Fällen gleichermaßen seiner Freiheit entzogen bzw. in seiner Möglichkeit zur Zurückweisung sexueller Handlungen eingeschränkt.

III. Themenkomplex 4: Reformbedarf bei den übrigen Missbrauchstatbeständen (§§ 174a bis 174c StGB)

Empfehlung 5

Die Reformkommission empfiehlt, bei § 174c Abs. 1 StGB tatbestandliche Einschränkungen vorzusehen soweit es um Personen geht, die nur wegen einer körperlichen Krankheit oder körperlichen Behinderung zur Beratung, Behandlung oder Betreuung anvertraut sind.

Abstimmung: Annahme: 9 Mitglieder; Ablehnung: 2 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Begründung:

Gemäß § 174c Abs. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe von 3 Monaten bis zu 5 Jahren bestraft, wer sexuelle Handlungen an einer Person, die ihm wegen einer geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung einschließlich einer Suchtkrankheit oder wegen einer körperlichen Krankheit oder Behinderung zur Beratung, Behandlung oder Betreuung anvertraut ist, unter Missbrauch des Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses vornimmt oder an sich von ihr vornehmen lässt.

Die Reformkommission empfiehlt mehrheitlich, den Tatbestand des § 174c Abs. 1 StGB in Bezug auf Personen, die dem Täter wegen einer körperlichen Krankheit oder Behinderung zur Beratung, Behandlung oder Betreuung anvertraut sind, einzuschränken. Personen, die sich aufgrund einer körperlichen Krankheit oder Behinderung in Beratung, Behandlung oder Betreuung begeben, sind nicht in demselben Maße schutzbedürftig, wie dies bei Personen mit einer geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung der Fall ist. Körperliche Krankheiten oder Behinderungen sind in der Regel nicht geeignet, die sexuelle Selbstbestimmung des Patienten dahingehend einzuschränken, dass eine freiverantwortliche Entscheidung für oder gegen die Vornahme sexueller Handlungen beeinträchtigt ist. Sexuelle Nötigungs- oder Missbrauchshandlungen werden in diesen Fällen hinreichend durch die übrigen Straftatbestände des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des StGB erfasst.

Allerdings muss dieser Grundsatz nach Auffassung eines Teils der Reformkommission eine Einschränkung erfahren, weil auch das Verhältnis zwischen Arzt und Patienten mit körperlicher Krankheit oder Behinderung durch ein besonderes Vertrauensverhältnis gekennzeichnet ist und sich der Patient unter bestimmten Voraussetzungen in einer besonders vulnerab-

len Situation befinden kann. Dabei ist z. B. an den Gynäkologen zu denken, der anlässlich oder anstelle einer fachgerechten Behandlung eine sexuelle Handlung an der Patientin vornimmt.

III. Themenkomplex 4: Reformbedarf bei den übrigen Missbrauchstatbeständen (§§ 174a bis 174c StGB)

Empfehlung 6

Die Reformkommission empfiehlt in § 174c StGB das Anvertrautsein wegen einer Vor- oder Nachsorgeuntersuchung dem Anvertrautsein wegen einer körperlichen Krankheit oder körperlichen Behinderung gleichzustellen.

Abstimmung: Annahme: 10 Mitglieder; Ablehnung: 2 Mitglieder

Begründung:

Gemäß § 174c Abs. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe von 3 Monaten bis zu 5 Jahren bestraft, wer sexuelle Handlungen an einer Person, die ihm wegen einer geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung einschließlich einer Suchtkrankheit oder wegen einer körperlichen Krankheit oder Behinderung zur Beratung, Behandlung oder Betreuung anvertraut ist, unter Missbrauch des Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses vornimmt oder an sich von ihr vornehmen lässt.

Die Reformkommission empfiehlt mit großer Mehrheit, das Anvertrautsein wegen einer Vor- oder Nachsorgeuntersuchung dem Anvertrautsein wegen einer körperlichen Krankheit oder Behinderung gleichzustellen. Die Reformkommission hat sich in Empfehlung 5 dafür ausgesprochen, den Tatbestand des § 174c Abs. 1 StGB in Bezug auf Personen, die dem Täter wegen einer körperlichen Krankheit oder Behinderung zur Beratung, Behandlung oder Betreuung anvertraut sind, einzuschränken. Gleichzeitig soll jedoch nach Auffassung eines Teils der Reformkommission insbesondere das Verhältnis zwischen Patient und Arzt weiterhin unter bestimmten Voraussetzungen strafrechtlich geschützt sein, wenn die sexuelle Handlung anlässlich oder anstelle einer fachgerechten Behandlung vorgenommen wird. Die Schutzbedürftigkeit des Opfers besteht in gleicher Weise, wenn das Vertrauensverhältnis nicht durch eine körperliche Krankheit oder Behinderung veranlasst ist, sondern durch eine Vor- oder Nachsorgeuntersuchung des Opfers. Da eine Unterscheidung der Sachverhalte nicht gerechtfertigt ist, wäre die Vornahme einer sexuellen Handlung im Rahmen einer Vor- und Nachsorgeuntersuchung im gleichen Maße unter Strafe zu stellen, wie dies von einem Teil der Reformkommissionsmitglieder bei Empfehlung 5 befürwortet wurde.

III. Themenkomplex 4: Reformbedarf bei den übrigen Missbrauchstatbeständen (§§ 174a bis 174c StGB)

Empfehlung 7

Die Reformkommission empfiehlt, § 174c Abs. 2 StGB (Sexuelle Handlungen an einer Person, die zur psychotherapeutischen Behandlung anvertraut ist) dahingehend klarzustellen, dass der Tatbestand bei psychotherapeutischer Behandlung unabhängig davon eingreift, ob der Täter Psychotherapeut nach dem Psychotherapeutengesetz ist.

Abstimmung: Annahme: 11 Mitglieder; Ablehnung: 1 Mitglied

Begründung:

Gemäß § 174c Abs. 2 StGB wird mit Freiheitsstrafe von 3 Monaten bis zu 5 Jahren bestraft, wer sexuelle Handlungen an einer Person, die ihm zur psychotherapeutischen Behandlung anvertraut ist, unter Missbrauch des Behandlungsverhältnisses vornimmt oder an sich von ihr vornehmen lässt.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erfasst § 174c Abs. 2 StGB nur Täter, die zum Führen der Bezeichnung „Psychotherapeut“ nach dem Psychotherapeutengesetz berechtigt sind und sich bei der Behandlung wissenschaftlich anerkannter psychotherapeutischer Verfahren im Sinne des Psychotherapeutengesetzes bedienen.²¹¹

Die Reformkommission empfiehlt mit großer Mehrheit, dass § 174c Abs. 2 StGB auch dann zur Anwendung kommen soll, wenn der Täter nicht Psychotherapeut nach dem Psychotherapeutengesetz ist. Personen, die zwar nicht Psychotherapeut im Sinne des Psychotherapeutengesetz sind, aber gleichwohl eine Psychotherapie anbieten, bauen ebenso wie anerkannte Psychotherapeuten ein besonderes Vertrauensverhältnis zu ihrem Patienten auf. Dabei kann es sich z. B. um einen Facharzt handeln, der nicht Psychotherapeut ist, aber gleichwohl eine fachgerechte Psychotherapie anbietet. Der Missbrauch des Behandlungsverhältnisses zur Vornahme sexueller Handlungen mit dem Patienten stellt in diesen Fällen dasselbe Unrecht dar wie der entsprechende Missbrauch durch einen anerkannten Psychotherapeuten. In beiden Fällen befindet sich das Opfer in einer gleichermaßen vulnerablen Position, weil es sich dem Täter unter Preisgabe seiner inneren Gefühlswelt anvertraut hat.

²¹¹ Vgl. BGH, Beschluss vom 29. September 2009 – 1 StR 426 / 09, zitiert nach juris.

III. Themenkomplex 4: Reformbedarf bei den übrigen Missbrauchstatbeständen (§§ 174a bis 174c StGB)

Empfehlung 8

Die Reformkommission empfiehlt, § 174c Abs. 2 StGB (Sexuelle Handlungen an einer Person, die zur psychotherapeutischen Behandlung anvertraut ist) dahingehend klarzustellen, dass auch psychotherapeutische Behandlungen erfasst werden, die nicht als solche anerkannt sind.

Abstimmung: Annahme: 10 Mitglieder; Ablehnung: 0 Mitglieder; Enthaltung: 2 Mitglieder

Begründung:

Gemäß § 174c Abs. 2 StGB wird mit Freiheitsstrafe von 3 Monaten bis zu 5 Jahren bestraft, wer sexuelle Handlungen an einer Person, die ihm zur psychotherapeutischen Behandlung anvertraut ist, unter Missbrauch des Behandlungsverhältnisses vornimmt oder an sich von ihr vornehmen lässt.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erfasst § 174c Abs. 2 StGB nur Täter, die zum Führen der Bezeichnung „Psychotherapeut“ nach dem Psychotherapeutengesetz berechtigt sind und sich bei der Behandlung wissenschaftlich anerkannter psychotherapeutischer Verfahren im Sinne des § 1 Abs. 3 Psychotherapeutengesetz bedienen.²¹²

Die Reformkommission empfiehlt mit großer Mehrheit, dass § 174c Abs. 2 StGB auch dann zur Anwendung kommen soll, wenn der Täter eine psychotherapeutische Behandlung durchführt, die nicht als solche nach dem Psychotherapeutengesetz anerkannt ist. Maßgeblich ist, ob es sich bei der Behandlung aus Sicht des Opfers um eine psychotherapeutische Behandlung handelt. Das Opfer öffnet sich gegenüber dem Täter in einem solchen Behandlungsverhältnis im besonderen Maße und macht sich dadurch besonders vulnerabel und abhängig. Der Missbrauch dieses Behandlungsverhältnisses durch den Täter verwirklicht daher dasselbe Unrecht wie der Missbrauch durch einen Täter, der eine psychotherapeutische Behandlung im Sinne des Psychotherapeutengesetzes durchführt.

²¹² Vgl. BGH, Beschluss vom 29. September 2009 – 1 StR 426 / 09, zitiert nach juris.

IV. Themenkomplex 5: Neuordnung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches sowie Wertungswidersprüche

1. Neuordnung des 13. Abschnitts und geschütztes Rechtsgut

Empfehlung

Die Reformkommission empfiehlt, den 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB vollständig neu zu ordnen und zu systematisieren.

Abstimmung: Annahme: 12 Mitglieder; Ablehnung: 0 Mitglieder

Begründung:

Die Reformkommission empfiehlt einstimmig, den 13. Abschnitt des besonderen Teils des StGB vollständig neu zu ordnen und zu systematisieren.

Die Strafvorschriften zum Schutz der sexuellen Selbstbestimmung stellen sich infolge zahlreicher Änderungen als partiell ungeordnet dar. Dies erschwert das Erfassen der Inhalte der Straftatbestände unnötig. Durch eine systematische Neuordnung soll dem Normadressaten der Zugang zu der Regelungsmaterie erleichtert werden.

Die neue Systematik soll sich am Rechtsgüterschutz orientieren. Die Überschrift des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des StGB – „Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung“ – beschreibt ein übergeordnetes Rechtsgut. Dieses konkretisiert sich größtenteils in den durch die jeweiligen Straftatbestände im Einzelnen geschützten Rechtsgütern. Die Vorschriften, die einen vergleichbaren Schutzzweck aufweisen (z. B. Schutz von Minderjährigen, Schutz vor Straftaten im Zusammenhang mit der Prostitution etc.) sollen zusammengeführt und unmittelbar nacheinander geregelt werden.

IV. Themenkomplex 5: Neuordnung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches sowie Wertungswidersprüche

2. Wertungswidersprüche

Empfehlung 1

Die Reformkommission empfiehlt, die §§ 176a Abs. 2 Nr. 2 und 177 Abs. 6 Nr. 2 StGB dahingehend zu verschärfen, dass es für deren Erfüllung ausreicht, wenn die Tat wie in § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB „...mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich...“ begangen wird.

Abstimmung: Annahme: 11 Mitglieder; Ablehnung: 1 Mitglied

Begründung:

Gemäß § 177 Abs. 6 Satz 2 Nr. 2 StGB liegt ein besonders schwerer Fall des sexuellen Übergriffs oder der sexuellen Nötigung in der Regel vor, wenn die Tat von mehreren gemeinschaftlich begangen wird. Ebenso verhält es sich bei der Qualifikation gemäß § 176a Abs. 2 Nr. 2 StGB im Hinblick auf den schweren sexuellen Missbrauch von Kindern. Beide Vorschriften setzen eine mittäterschaftliche Tatbegehung voraus. Im Gegensatz dazu genügt für die Erfüllung der Qualifikation des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB (gefährliche Körperverletzung) bereits die gemeinschaftliche Tatbegehung mit einem Gehilfen.

Die Reformkommission empfiehlt mit großer Mehrheit, auch die §§ 176a Abs. 2 Nr. 2, 177 Abs. 6 Satz 2 Nr. 2 StGB so zu fassen, dass die Tatbegehung mit einem Gehilfen ausreicht. Es besteht kein sachlicher Grund dafür, diese Vorschriften enger zu fassen als § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB. Für das Opfer erhöht sich die Gefährlichkeit der Tatbegehung unabhängig davon, ob die Täter mittäterschaftlich agieren oder einer der Mitwirkenden den anderen lediglich als am Tatort anwesender Gehilfe darin unterstützt, die Tat zu begehen.

IV. Themenkomplex 5: Neuordnung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches sowie Wertungswidersprüche

2. Wertungswidersprüche

Empfehlung 2

Die Reformkommission empfiehlt, den Strafraumen des § 176a Abs. 2 Nr. 3 StGB (Gefahr der schweren Gesundheitsschädigung – 2 Jahre bis 15 Jahre Freiheitsstrafe) bei § 177 Abs. 7 Nr. 3 StGB (Gefahr der schweren Gesundheitsschädigung – derzeit 3 Jahre bis 15 Jahre Freiheitsstrafe) zu übernehmen.

Abstimmung: Annahme: 7 Mitglieder; Ablehnung: 4 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Begründung:

Gemäß § 177 Abs. 7 Nr. 3 StGB ist auf Freiheitsstrafe nicht unter 3 Jahren zu erkennen, wenn der Täter das Opfer in die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung bringt. Demgegenüber wird gemäß § 176a Abs. 2 Nr. 3 StGB der sexuelle Missbrauch von Kindern in den Fällen des § 176 Abs. 1 und 2 StGB mit Freiheitsstrafe nicht unter 2 Jahren bestraft, wenn der Täter das Kind durch die Tat in die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung oder einer erheblichen Schädigung der körperlichen oder seelischen Entwicklung bringt.

Die Reformkommission empfiehlt mehrheitlich, die Strafraumen der benannten Vorschriften zu vereinheitlichen und jeweils eine Freiheitsstrafe von 2 bis 15 Jahren vorzusehen. Ein sachlicher Grund für unterschiedliche Mindeststrafen liegt nicht vor, da der Täter das Opfer sowohl bei § 177 Abs. 7 Nr. 3 StGB als auch bei § 176a Abs. 2 Nr. 3 StGB in die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung bzw. bei § 176a Abs. 2 Nr. 3 StGB zusätzlich in die Gefahr einer vergleichbaren Schädigung bringt.

Eine Mindestfreiheitsstrafe von 2 Jahren ist geeignet, dem Rechtsgüterschutz hinreichend Rechnung zu tragen und erlaubt es dem Gericht, eine tat- und schuldangemessene Strafe zu verhängen.

Die Reformkommission regt an, bei Umsetzung der Empfehlung auch eine entsprechende Anpassung des Strafraumens von § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe c StGB zu prüfen.

IV. Themenkomplex 5: Neuordnung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches sowie Wertungswidersprüche

2. Wertungswidersprüche

Empfehlung 3

Die Reformkommission empfiehlt, den minder schweren Fall in § 177 Abs. 9 StGB (minder schwere Fälle) bezüglich § 177 Abs. 8 StGB auf die Fälle der Nummer 1 (Verwendung einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeuges) zu beschränken.

Abstimmung: Annahme: 9 Mitglieder; Ablehnung: 3 Mitglieder

Begründung:

Gemäß § 177 Abs. 8 StGB ist auf Freiheitsstrafe nicht unter 5 Jahren zu erkennen, wenn der Täter bei der Tat eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug verwendet (Nummer 1), das Opfer bei der Tat körperlich schwer misshandelt (Nummer 2 Buchstabe a) oder durch die Tat in die Gefahr des Todes bringt (Nummer 2 Buchstabe b). In minder schweren Fällen des Absatzes 8 ist gemäß § 177 Abs. 9 StGB auf Freiheitsstrafe von 1 Jahr bis zu 10 Jahren zu erkennen.

Die Reformkommission empfiehlt mehrheitlich, für die Fälle des § 177 Abs. 8 Nr. 2 StGB (schwere körperliche Misshandlung oder Bringen in die Gefahr des Todes) keinen minder schweren Fall vorzusehen. Hierdurch wird ein Gleichklang mit § 176a Abs. 5 StGB hergestellt. Nach dieser Vorschrift wird mit Freiheitsstrafe nicht unter 5 Jahren bestraft, wer das Kind in den Fällen des § 176 Abs. 1 bis 3 StGB bei der Tat körperlich schwer misshandelt oder durch die Tat in die Gefahr des Todes bringt. Das Gesetz sieht insoweit keinen minder schweren Fall vor. Diese Wertung soll auf § 177 Abs. 8 Nr. 2 StGB übertragen werden. Die schwere körperliche Misshandlung und das Bringen in die Gefahr des Todes stellen stets gravierendes Unrecht dar, sodass eine Mindestfreiheitsstrafe von 5 Jahren unabhängig vom Einzelfall grundsätzlich angemessen ist. Anders verhält es sich in den Fällen des § 177 Abs. 8 Nr. 1 StGB, bei denen der Täter eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug verwendet. In diesen Fällen soll die gesetzliche Möglichkeit zur Annahme eines minder schweren Falles bestehen bleiben, da es für die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals des Verwendens z. B. schon genügen kann, wenn der Täter mit dem Einsatz der Waffe oder des gefährlichen Werkzeugs nur droht.

V. Themenkomplex 6: Reformbedarf bei den Strafvorschriften zur Prostitution

Empfehlung 1

Die Reformkommission empfiehlt, die Vorschriften aus dem 13. und 18. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB, die die Prostitution betreffen, im 13. Abschnitt zusammenzuführen.

Abstimmung: Annahme: 11 Mitglieder; Ablehnung: 1 Mitglied

Begründung:

Die Reformkommission empfiehlt mit großer Mehrheit, die Vorschriften, die die Prostitution betreffen und die sich gegenwärtig im 18. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB (Straftaten gegen die persönliche Freiheit) befinden, in den 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB (Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung) zu überführen.

Während sich die Vorschriften zum Menschenhandel zuletzt in der Fassung des 26. Strafrechtsänderungsgesetzes – Menschenhandel vom 14. Juli 1992²¹³ als §§ 180a und 180b StGB im 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB befanden, stellte der Gesetzgeber die Vorschriften zum Menschenhandel mit dem 37. Strafrechtsänderungsgesetz - §§ 180b, 181 StGB vom 11. Februar 2005 in den 18. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB ein.²¹⁴ Auf diese Weise sollten die Vorschriften zum Menschenhandel mit Teilbereichen anderer Vorschriften zusammengeführt und einheitlich als Strafvorschriften gegen den Menschenhandel geführt werden.²¹⁵ Die Reformkommission hält es demgegenüber für sachgerechter, die Verortung der Strafvorschriften am jeweiligen Rechtsgüterschutz auszurichten. Die Vorschriften zum Menschenhandel, die die Prostitution betreffen, schützen vorrangig die sexuelle Selbstbestimmung des sich prostituierenden Opfers und nicht lediglich seine persönliche Freiheit. Diesem Umstand sollte durch die Verortung bei den Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung Rechnung getragen werden. Gleichzeitig wird auf diese Weise ein stimmiges Ineinandergreifen mit den übrigen Prostitutionsdelikten des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des StGB ermöglicht.

²¹³ Vgl. BGBl. I, S. 1255.

²¹⁴ BGBl. I, S. 239 ff.

²¹⁵ Vgl. BT-Drs. 15 / 3045, S. 6.

V. Themenkomplex 6: Reformbedarf bei den Strafvorschriften zur Prostitution

Empfehlung 2

Die Reformkommission empfiehlt, § 180a StGB (Ausbeutung von Prostituierten) und § 181a StGB (Zuhälterei) in einer Vorschrift zusammenzufassen.

Abstimmung: Annahme: 12 Mitglieder; Ablehnung: 0 Mitglieder

Begründung:

Die Reformkommission empfiehlt einstimmig, die wesentlichen Aspekte der §§ 180a und 181a StGB in einer Vorschrift zusammenzufassen. Die Tathandlungen dieser Vorschriften weisen weitreichende Überschneidungen auf, ohne dass es hierfür einen sachlichen Grund gibt. So zielen das Halten in wirtschaftlicher Abhängigkeit (§ 180a Abs. 1 StGB), das Ausbeuten einer Person, der der Täter zur Ausübung der Prostitution Wohnung gewährt (§ 180a Abs. 2 Nr. 2 StGB), das Ausbeuten einer Prostituierten als Zuhälter (§ 181a Abs. 1 Nr. 1 StGB), Teile der dirigistischen Zuhälterei²¹⁶ (§ 181a Abs. 1 Nr. 2 StGB) sowie Teile der kuppelerischen Zuhälterei (§ 181a Abs. 2 StGB) jeweils auf die Ausbeutung des Opfers ab. Zur Vereinheitlichung und Vereinfachung der Rechtslage soll daher ein einheitlicher Tatbestand geschaffen werden, der die Ausbeutung des Opfers abschließend erfasst.

Auf diese Weise wird gleichzeitig das sogenannte Vermieterprivileg aufgehoben. Gegenwärtig wird der Täter, der einer Person zur Ausübung der Prostitution eine Wohnung gewährt und die Prostituierte ausbeutet, nach § 180a Abs. 2 Nr. 2, 2. Variante StGB mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren bestraft. Demgegenüber wird der Täter, der eine andere Person, die der Prostitution nachgeht, ausbeutet und der Prostituierten hierzu keine Wohnung vermietet, unter den Voraussetzungen des § 181a Abs. 1 Nr. 1 StGB mit Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 5 Jahren bestraft, ohne dass der erhöhte Strafrahmen plausibel begründet werden könnte.

²¹⁶ Vgl. BGH, Beschluss vom 1. August 2003 – 2 StR 186/03, in: BGHSt 48, 314 ff.

V. Themenkomplex 6: Reformbedarf bei den Strafvorschriften zur Prostitution

Empfehlung 3

Die Reformkommission empfiehlt, die Strafbarkeit der dirigistischen Zuhälterei tatbestandlich neu zu fassen und auf die Weisungen zu reduzieren, die nicht nach dem ProstG bzw. nach dem ProstSchG legal sind.

Abstimmung: Annahme: 11 Mitglieder; Ablehnung: 0 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Begründung:

Gemäß § 181a Abs. 1 Nr. 2 StGB wird mit Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 5 Jahren bestraft, wer seines Vermögensvorteils wegen eine andere Person bei der Ausübung der Prostitution überwacht, Ort, Zeit, Ausmaß oder andere Umstände der Prostitutionsausübung bestimmt oder Maßnahmen trifft, die sie davon abhalten sollen, die Prostitution aufzugeben und im Hinblick darauf Beziehungen zu ihr unterhält, die über den Einzelfall hinausgehen.

Die Reformkommission empfiehlt mit großer Mehrheit, die Strafbarkeit für das Erteilen von Weisungen tatbestandlich auf solche Weisungen zu reduzieren, die nicht nach den Vorschriften des Gesetzes zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten vom 20. Dezember 2001 (ProstG) oder des Gesetzes zur Regulierung des Prostitutionsgewerbes sowie zum Schutz von in der Prostitution tätigen Personen vom 21. Oktober 2016 (ProstSchG) zulässig sind bzw. wären. Solche Weisungen können im Hinblick auf die Einheit der Rechtsordnung keinen Anknüpfungspunkt für eine Strafbarkeit bilden. Die Rechtsprechung legt daher schon gegenwärtig § 181a Abs. 1 Nr. 2 StGB im Lichte des ProstG aus.

Die Reformkommission spricht sich dafür aus, bereits den Regelungstext der dirigistischen Zuhälterei klar erkennbar so zu fassen, dass die Strafbarkeit nur an bestimmte, vom Gesetzgeber verbotene Weisungen anknüpft, mit denen die sexuelle Selbstbestimmung des Opfers verletzt oder gefährdet wird.

V. Themenkomplex 6: Reformbedarf bei den Strafvorschriften zur Prostitution

Empfehlung 4

Die Reformkommission empfiehlt, in § 181a StGB (Zuhälterei) das einschränkende Tatbestandsmerkmal zu streichen, nach dem der Täter zu dem Opfer Beziehungen unterhalten muss, die über den Einzelfall hinausgehen (sogenannte Beziehungsklausel).

Abstimmung: Annahme: 11 Mitglieder; Ablehnung: 1 Mitglied

Begründung:

Die Reformkommission spricht sich mit großer Mehrheit für die Streichung der Beziehungsklausel aus.

§ 181a Abs. 1 und 2 StGB setzt voraus, dass der Täter zu dem Opfer im Hinblick auf seine Tätigkeit Beziehungen unterhält, die über den Einzelfall hinausgehen. Die Reformkommission vertritt die Auffassung, dass das Unrecht der Tat im Wesentlichen darin zu sehen ist, dass der Täter die in § 181a Abs. 1 und 2 StGB aufgeführten Tathandlungen (z. B. die Ausbeutung) zum Nachteil der Prostituierten begeht und hierdurch ihre sexuelle Selbstbestimmung verletzt. Dies gilt unabhängig von der Beziehung des Täters zum Opfer. Die Beziehungsklausel stellt daher keinen unrechtsbegründenden Faktor dar und soll als Tatbestandsmerkmal gestrichen werden.

In der Konsequenz muss auch § 181a Abs. 3 StGB gestrichen werden. Gemäß § 181a Abs. 3 StGB wird nach § 181a Abs. 1 und 2 StGB auch bestraft, wer die Tathandlungen gegenüber seinem Ehegatten oder Lebenspartner vornimmt. Mit der Vorschrift hat der Gesetzgeber die gesetzliche Vermutung ausgesprochen, dass in dem Ehegatten- oder Lebenspartnerschaftsverhältnis Beziehungen im Hinblick auf die Tätigkeit des Opfers zu sehen sind, die über den Einzelfall hinausgehen. Eine solche Vermutung ist bei Streichung der Beziehungsklausel nicht mehr erforderlich.

V. Themenkomplex 6: Reformbedarf bei den Strafvorschriften zur Prostitution

Empfehlung 5

Die Reformkommission spricht sich für die Freierstrafbarkeit in den Fällen der Zwangsprostitution aus.

Abstimmung: Annahme: 10 Mitglieder; Ablehnung: 2 Mitglieder

Begründung:

Die Reformkommission spricht sich mit großer Mehrheit für die Freierstrafbarkeit in den Fällen der Zwangsprostitution aus. Bei Personen, die der Prostitution unter Zwang nachgehen, stellt sich die Ausübung der Prostitution nicht als Ausdruck freiverantwortlicher sexueller Selbstbestimmung dar, sondern als Verletzung derselben. Freier, die es zumindest billigend in Kauf nehmen, dass die sich prostituierende Person die sexuellen Handlungen nur unter dem Eindruck eines von dritter Seite vermittelten Zwangs vornimmt, leisten daher einen wesentlichen Beitrag zur Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung der Prostituierten. Sie ziehen mittelbar einen Vorteil aus der Zwangslage, indem sie in den Genuss der erzwungenen sexuellen Dienstleistung kommen. Gleichzeitig fördern sie als Kunde das Konzept derjenigen Person, die den Zwang zum Nachteil der Prostituierten ausübt und auf diese Weise von der erzwungenen Prostitution wirtschaftlich profitiert. Mit der Freierstrafbarkeit kann ein wichtiger Beitrag zur Austrocknung dieses Marktes geleistet werden.

V. Themenkomplex 6: Reformbedarf bei den Strafvorschriften zur Prostitution

Empfehlung 6

Die Reformkommission lehnt eine allgemeine Freierstrafbarkeit (schwedisches Modell) ab.

Abstimmung: Annahme: 10 Mitglieder; Ablehnung: 2 Mitglieder

Begründung:

Die Reformkommission lehnt eine allgemeine Freierstrafbarkeit mit großer Mehrheit ab. Eine Strafbarkeit von Freiern, die für jeden Fall der Prostitution greift, zöge – wie etwa in Schweden – de facto ein absolutes Verbot der Prostitution nach sich. Ein solches hält die Reformkommission nicht für angezeigt. Das Erbringen von sexuellen Dienstleistungen gegen Entgelt ist aus strafrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden, soweit sich die Prostituierte auf der Grundlage einer freiverantwortlichen Willensentschließung für die Ausübung der konkreten sexuellen Dienstleistung entschieden hat. In diesen Fällen ist die Ausübung der Prostitution Ausdruck einer autonomen sexuellen Selbstbestimmung. Eine Verletzung bzw. Gefährdung der sexuellen Selbstbestimmung, die durch den Freier gefördert oder begründet wird, liegt demgegenüber nicht vor. Die Begründung einer Strafbarkeit ist daher auch vor dem Hintergrund des Ultima-Ratio-Prinzips nicht angezeigt.

V. Themenkomplex 6: Reformbedarf bei den Strafvorschriften zur Prostitution

Empfehlung 7

Die Reformkommission empfiehlt, § 184f StGB (Ausübung der verbotenen Prostitution) als Straftatbestand zu streichen.

Abstimmung: Annahme: 10 Mitglieder; Ablehnung: 1 Mitglied; Enthaltung: 1 Mitglied

Begründung:

Gemäß § 184f StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu 6 Monaten oder mit Geldstrafe bis zu einhundertachtzig Tagessätzen bestraft, wer einem durch Rechtsverordnung erlassenen Verbot, der Prostitution an bestimmten Orten überhaupt oder zu bestimmten Tageszeiten nachzugehen, beharrlich zuwiderhandelt.

Die Reformkommission spricht sich mit großer Mehrheit für die Streichung des § 184f StGB aus. Das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung wird durch das beharrliche Zuwiderhandeln gegen ein durch Rechtsverordnung erlassenes Prostitutionsverbot weder verletzt noch gefährdet. Dabei ist auch zu beachten, dass die Ausübung der Prostitution, wie sie sich nach der Wertung des Gesetzgebers im Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten vom 20. Dezember 2001 (ProstG) und im Gesetz zur Regulierung des Prostitutionsgewerbes sowie zum Schutz von in der Prostitution tätigen Personen vom 21. Oktober 2016 (ProstSchG) niederschlägt, grundsätzlich legal ist.

Soweit die Vorschrift die Allgemeinheit vor Belästigungen durch die Erscheinungsformen der Prostitution schützen soll, genügt dies für die Begründung einer Strafbarkeit im Hinblick auf das Ultima-Ratio-Prinzip nicht. Der Verstoß gegen Sperrbezirksverordnungen kann vielmehr hinreichend als Ordnungswidrigkeit geahndet werden. Auf diese Weise wird auch ein Gleichklang zum ProstSchG hergestellt. Gemäß § 33 Abs. 2 Nr. 1 ProstSchG liegt eine Ordnungswidrigkeit vor, wenn ein *Betreiber* sein Gewerbe ohne Erlaubnis etwa in einem Sperrbezirk betreibt. Vor diesem Hintergrund ist es angebracht, auch die *Prostituierte*, die der Prostitution unerlaubt in einem Sperrbezirk nachgeht, lediglich mit Bußgeld wegen einer Ordnungswidrigkeit – und nicht mit einer Strafe – zu sanktionieren.

V. Themenkomplex 6: Reformbedarf bei den Strafvorschriften zur Prostitution

Empfehlung 8

Die Reformkommission empfiehlt, § 184g StGB (Jugendgefährdende Prostitution) als Straftatbestand zu streichen.

Abstimmung: Annahme: 12 Mitglieder; Ablehnung: 0 Mitglieder

Begründung:

Gemäß § 184g StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu 1 Jahr oder mit Geldstrafe bestraft, wer der Prostitution in der Nähe einer Schule oder anderen Örtlichkeit, die zum Besuch durch Personen unter 18 Jahren bestimmt ist (Nr. 1) oder in einem Haus, in dem Personen unter 18 Jahren wohnen (Nr. 2) in einer Weise nachgeht, die diese Personen sittlich gefährdet.

Die Reformkommission spricht sich einstimmig dafür aus, § 184g StGB zu streichen. Das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung wird durch die Ausübung der Prostitution in der Nähe von Orten, an denen Kinder und Jugendliche anzutreffen sind, weder gefährdet noch verletzt. Soweit die Vorschrift den Zweck verfolgt, die psychische und soziale Entwicklung von Kindern und Jugendlichen vor aufdringlicher Kommerzialisierung sexuellen Verhaltens zu schützen, rechtfertigt dies vor dem Hintergrund des Ultima-Ratio-Prinzips eine Strafnorm nicht. Die Hälfte der Mitglieder der Reformkommission sprach sich jedoch dafür aus, den jugendschützenden Charakter der Vorschrift als Ordnungswidrigkeit in das Jugendschutzgesetz oder ein anderes einschlägiges Gesetz aufzunehmen.

VI. Themenkomplex 7: Begriffsbestimmungen und sonstige Vorschriften

Empfehlung 1

Die Reformkommission empfiehlt, die Begriffe „Telemedien oder Rundfunk“ in den Vorschriften des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des StGB durch die Begriffe „Informations- oder Kommunikationstechnologie“ zu ersetzen.

Abstimmung: Annahme: 12 Mitglieder; Ablehnung: 0 Mitglieder

Begründung:

Gemäß § 184d Abs. 1 Satz 1 StGB wird nach den §§ 184 bis 184c StGB auch bestraft, wer einen pornographischen Inhalt mittels Rundfunk oder Telemedien einer anderen Person oder der Öffentlichkeit zugänglich macht.

Die Reformkommission spricht sich einstimmig dafür aus, die Begriffe „Telemedien oder Rundfunk“ durch die Begriffe „Informations- oder Kommunikationstechnologie“ zu ersetzen. Mit diesen auch im internationalen Rechtsrahmen verwendeten Begrifflichkeiten würden gegenwärtig bestehende Abgrenzungsprobleme in der Praxis gelöst und zugleich neuere Telekommunikationsmittel, wie z. B. die Internettelefonie, rechtssicher erfasst.

VI. Themenkomplex 7: Begriffsbestimmungen und sonstige Vorschriften

Empfehlung 2

Die Reformkommission empfiehlt, § 181b StGB (Führungsaufsicht) um §§ 184b, 184d und 184e StGB zu erweitern, allerdings nur soweit sich die Anlassstrafat auf Kinderpornographie bezieht.

Abstimmung: Annahme: 9 Mitglieder; Ablehnung: 3 Mitglieder

Begründung:

Gemäß § 68 Abs. 1 StGB kann das Gericht neben der Strafe Führungsaufsicht anordnen, wenn jemand wegen einer Straftat, bei der das Gesetz Führungsaufsicht besonders vorsieht, zeitige Freiheitsstrafe von mindestens 6 Monaten verwirkt hat und die Gefahr besteht, dass er weitere Straftaten begehen wird. Gemäß § 181b StGB kann das Gericht in den Fällen der §§ 174 bis 174c, 176 bis 180, 181a und 182 StGB Führungsaufsicht anordnen.

Die Reformkommission empfiehlt mehrheitlich, die Vorschriften der §§ 184b StGB (Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften), 184d StGB (Zugänglichmachen pornographischer Inhalte mittels Rundfunk oder Telemedien; Abruf kinder- und jugendpornographischer Inhalte mittels Telemedien) und 184e StGB (Veranstaltung und Besuch kinder- und jugendpornographischer Darbietungen) in § 181b StGB aufzunehmen, soweit sich die Anlasstat auf Kinderpornographie bezieht.

Auf diese Weise wird die Möglichkeit der ambulanten Betreuung und Überwachung mit den Mitteln der Führungsaufsicht auf Täter ausgedehnt, die wegen einer Straftat, die mit Kinderpornographie im Zusammenhang steht, zu einer Freiheitsstrafe von mindestens 6 Monaten verurteilt worden sind und bei denen die Gefahr der Begehung einer weiteren Straftat besteht. Dabei lässt sich die Reformkommission von dem Gedanken leiten, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass die genannten Straftaten Einstiegsdelikte darstellen, die die Begehung noch gravierenderer Straftaten, insbesondere auch zum Nachteil von Personen unter 14 Jahren, befürchten lassen.

VII. Themenkomplex 8: Reformbedarf bei § 183 StGB (Exhibitionistische Handlungen) und § 183a StGB (Erregung öffentlichen Ärgernisses)

Empfehlung 1

Die Reformkommission empfiehlt, § 183 StGB (Exhibitionistische Handlungen) aus dem StGB zu streichen.

Abstimmung: Annahme: 8 Mitglieder; Ablehnung: 4 Mitglieder

Begründung:

Gemäß § 183 Abs. 1 StGB macht sich ein Mann strafbar, der eine andere Person durch eine exhibitionistische Handlung belästigt.

Die Reformkommission empfiehlt mehrheitlich, § 183 StGB zu streichen.

Exhibitionistische Handlungen führen zu keiner hinreichenden Gefährdung oder Verletzung des Rechtsgutes der sexuellen Selbstbestimmung, die vor dem Hintergrund des Ultima-Ratio-Prinzips eine Strafbarkeit rechtfertigt. Der Täter belästigt lediglich eine andere Person, indem er sie mit einer exhibitionistischen Handlung konfrontiert. Dieser Vorgang unterscheidet sich nicht wesentlich von anderen alltäglichen Störungen und Belästigungen (z. B. Abspielen lauter Musik, aggressives Betteln, Ansprache durch Betrunkenen), denen eine erwachsene Person sich entziehen kann. Darüber hinaus lässt sich auch nicht der Erfahrungssatz aufstellen, dass exhibitionistische Handlungen typischerweise den Beginn einer gefährlichen Verlaufsentwicklung markierten und in sexuelle Übergriffe mündeten.

Nimmt der Täter eine sexuelle Handlung vor einem Kind vor, macht er sich bereits nach § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB strafbar, so dass insoweit nicht auf § 183 StGB zurückgegriffen werden muss. Jugendschützende Aspekte des § 183 StGB können ggf. außerhalb des Strafgesetzbuches geregelt werden.

VII. Themenkomplex 8: Reformbedarf bei § 183 StGB (Exhibitionistische Handlungen) und § 183a StGB (Erregung öffentlichen Ärgernisses)

Empfehlung 2

Die Reformkommission empfiehlt für den Fall, dass § 183 StGB (Exhibitionistische Handlungen) nicht gestrichen wird, diesen auf Täterseite geschlechtsneutral zu fassen.

Abstimmung: Annahme: 9 Mitglieder; Ablehnung: 3 Mitglieder

Begründung:

Die Reformkommission empfiehlt, § 183 StGB geschlechtsneutral zu fassen, falls die Vorschrift nicht gestrichen werden sollte.

Gemäß § 183 Abs. 1 StGB macht sich ein Mann strafbar, der eine andere Person durch eine exhibitionistische Handlung belästigt. Die Belästigung durch eine exhibitionistische Handlung kann sowohl von einem Mann als auch von einer Frau verwirklicht werden. Die ungleiche Behandlung ist durch die natürliche Verschiedenheit der beiden Geschlechter nicht gerechtfertigt. Auch Frauen können sich durch die Zurschaustellung ihres Geschlechtsteiles exhibitionieren und hierdurch andere Personen belästigen. Diese Wertung hat der Gesetzgeber bereits mit § 183 Abs. 4 Nr. 1 StGB zum Ausdruck gebracht, der sich im Gegensatz zu § 183 Abs. 1 StGB ausdrücklich auf Männer und Frauen bezieht.

Der Umstand, dass exhibitionistische Handlungen von Frauen seltener sind oder womöglich nicht zur Anzeige kommen, rechtfertigt in der Sache keine abweichende Beurteilung der Strafwürdigkeit.

VII. Themenkomplex 8: Reformbedarf bei § 183 StGB (Exhibitionistische Handlungen) und § 183a StGB (Erregung öffentlichen Ärgernisses)

Empfehlung 3

Die Reformkommission empfiehlt, § 183a StGB (Erregung öffentlichen Ärgernisses) zu streichen.

Abstimmung: Annahme: 11 Mitglieder; Ablehnung: 1 Mitglied

Begründung:

Gemäß § 183a StGB macht sich strafbar, wer öffentlich sexuelle Handlungen vornimmt und dadurch absichtlich oder wissentlich ein Ärgernis erregt, wenn die Tat nicht in § 183 StGB mit Strafe bedroht ist.

Die Reformkommission empfiehlt mit großer Mehrheit, § 183a StGB zu streichen.

Das Erregen eines Ärgernisses durch die öffentliche Vornahme einer sexuellen Handlung führt nicht zu einer hinreichenden Gefährdung oder Verletzung des Rechtsgutes der sexuellen Selbstbestimmung, die vor dem Hintergrund des Ultima-Ratio-Prinzips eine Strafbarkeit rechtfertigt. Der Täter konfrontiert lediglich eine andere Person mit der sexuellen Handlung. Dieser Vorgang unterscheidet sich nicht wesentlich von anderen alltäglichen Störungen und Belästigungen (z. B. Abspielen lauter Musik, aggressives Betteln, Ansprache durch Betrunkenen), denen der Belästigte sich entziehen kann.

Nimmt der Täter die sexuelle Handlung vor einem Kind vor, macht er sich bereits nach § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB strafbar, so dass insoweit nicht auf § 183a StGB zurückgegriffen werden muss.“

VIII. Themenkomplex 9: Reformbedarf bei den §§ 184 ff. StGB (Pornographiedelikte)Empfehlung 1

Die Reformkommission empfiehlt, den Regelungsgehalt von § 184 StGB (Verbreitung pornographischer Schriften) zu modernisieren und auf Tathandlungen zu reduzieren, die dem Jugendschutz dienen.

Abstimmung: Annahme: 12 Mitglieder; Ablehnung: 0 Mitglieder

Begründung:

Gemäß § 184 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu 1 Jahr oder mit Geldstrafe bestraft, wer eine pornographische Schrift (§ 11 Absatz 3 StGB) verbreitet. Die einzelnen Tatmodalitäten sind in § 184 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 9 StGB aufgezählt. Unter dem gemeinsamen Aspekt des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung dient die Vorschrift teilweise dem Schutz der Jugend vor den Folgen des Konsums von Pornographie und teilweise dem Schutz von Erwachsenen vor ungewollter Konfrontation mit Pornographie. Eine Ausnahme bildet § 184 Abs. 1 Nr. 9 StGB. Diese Tathandlung bezweckt den Schutz der Beziehungen der Bundesrepublik zum jeweiligen Ausland.

Die Reformkommission empfiehlt einstimmig, § 184 StGB auf die Tathandlungen zu reduzieren, die dem Jugendschutz dienen. Zwar geben neuere Forschungsergebnisse Anlass zu Zweifeln, ob sich aus der Zugänglichkeit einfacher Pornographie im Kindes- und Jugendalter ein signifikanter negativer Effekt auf die Entwicklung junger Menschen herleiten lässt. Zumindest für Kinder und Jugendliche, die zuvor Opfer sexuellen Missbrauchs gewesen sind, kann nach diesen Studien die Konfrontation mit Pornographie allerdings schädliche Auswirkungen im Sinne einer Retraumatisierung haben.

Tathandlungen, die Erwachsene mit Pornographie konfrontieren, sind demgegenüber nicht unter Strafe zu stellen. Die Konfrontation mit Pornographie ist nicht dazu geeignet, die sexuelle Selbstbestimmung von Erwachsenen zu gefährden. Erwachsenen Personen ist es zuzumuten, sich der unerwünschten Konfrontation zu entziehen. Im Hinblick darauf werden entsprechende Tathandlungen in der Praxis kaum verfolgt. Darüber hinaus ist auch § 184 Abs. 1 Nr. 9 StGB zu streichen. Die von der Vorschrift erfassten Tathandlungen sind unter keinem Aspekt dazu geeignet, die sexuelle Selbstbestimmung eines Menschen zu gefährden. Die Verortung der Vorschrift im 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB ist daher verfehlt.

Die verbleibenden jugendschützenden Tathandlungen sind zu modernisieren. § 184 StGB ist gegenwärtig auf die Vorstellung zugeschnitten, dass Hefte, Zeitschriften usw. mit pornographischem Inhalt im Einzelhandel vertrieben werden. Tatsächlich reduziert sich die Verbreitung von Pornographie jedoch nahezu ausschließlich auf den digitalen Bereich mit einem Vertrieb über das Internet.

VIII. Themenkomplex 9: Reformbedarf bei den §§ 184 ff. StGB (Pornographiedelikte)Empfehlung 2

Die Reformkommission empfiehlt, aus dem Straftatbestand des § 184a StGB (Verbreitung gewalt- oder tierpornographischer Schriften) die Tathandlungen betreffend die Tierpornographie zu streichen.

Abstimmung: Annahme: 10 Mitglieder; Ablehnung: 2 Mitglieder

Begründung:

Gemäß § 184a StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer eine pornographische Schrift (§ 11 Abs. 3 StGB), die Gewalttätigkeiten oder sexuelle Handlungen von Menschen mit Tieren zum Gegenstand hat, verbreitet oder der Öffentlichkeit zugänglich macht (Nr. 1) oder herstellt, bezieht, liefert, vorrätig hält, anbietet, bewirbt oder es unternimmt, diese Schrift ein- oder auszuführen, um sie oder aus ihr gewonnene Stücke im Sinne der Nummer 1 oder des § 184d Abs. 1 Satz 1 StGB zu verwenden oder einer anderen Person eine solche Verwendung zu ermöglichen (Nr. 2).

Die Reformkommission empfiehlt mit großer Mehrheit, die Tathandlungen, die die Tierpornographie betreffen, zu streichen. Das Verbreiten von tierpornographischen Schriften ist nicht dazu geeignet, die sexuelle Selbstbestimmung zu gefährden. Insbesondere kann der Konsum von Tierpornographie keinen Anreiz dafür schaffen, eine Straftat gegen die sexuelle Selbstbestimmung zu begehen. Denn die Vornahme sexueller Handlungen mit einem Tier erfüllt keinen Straftatbestand des Sexualstrafrechts, sondern ist abhängig vom Einzelfall ggf. ein Verstoß gegen das Tierschutzgesetz.

VIII. Themenkomplex 9: Reformbedarf bei den §§ 184 ff. StGB (Pornographiedelikte)Empfehlung 3

Die Reformkommission empfiehlt, in § 184b Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b StGB das Wort „unnatürlich“ durch das Wort „aufreizend“ zu ersetzen.

Abstimmung: Annahme: 10 Mitglieder; Ablehnung: 0 Mitglieder, Enthaltung: 2 Mitglieder

Begründung:

Gemäß § 184b Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b StGB ist eine pornographische Schrift (§ 11 Abs. 3) kinderpornographisch, wenn sie die Wiedergabe eines ganz oder teilweise unbedeckten Kindes in unnatürlich geschlechtsbetonter Körperhaltung zum Gegenstand hat.

Die Reformkommission empfiehlt mit großer Mehrheit, das Wort „unnatürlich“ durch das Wort „aufreizend“ zu ersetzen. Gegenwärtig wird die Zwecksetzung des § 184b Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b StGB, Darstellungen mit sexuell aufreizenden Posen des Kindes zu erfassen, nur unzureichend erfüllt. So werden etwa Fotografien von Kindern, die im Schlaf unwillkürlich eine geschlechtsbetonte Körperhaltung einnehmen, von der Vorschrift nicht erfasst. Denn eine im Schlaf eingenommene Körperhaltung stellt keine unnatürliche Körperhaltung dar. Entscheidend für das Vorliegen von Kinderpornographie ist vielmehr, dass die Darstellung eine sexuell aufreizende geschlechtsbetonte Körperhaltung zum Inhalt hat. Der Wortlaut der Norm sollte daher entsprechend angepasst werden.

VIII. Themenkomplex 9: Reformbedarf bei den §§ 184 ff. StGB (Pornographiedelikte)Empfehlung 4

Die Reformkommission empfiehlt, den Strafraumen des § 184b Abs. 3 StGB (Besitz oder Besitzverschaffung von Kinderpornographie) nicht im Höchstmaß anzuheben.

Abstimmung: Annahme: 10 Mitglieder; Ablehnung: 1 Mitglied; Enthaltung: 1 Mitglied

Begründung:

Gemäß § 184b Abs. 3 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer es unternimmt, sich den Besitz an einer kinderpornographischen Schrift, die ein tatsächliches oder wirklichkeitsnahes Geschehen wiedergibt, zu verschaffen, oder wer eine solche Schrift besitzt.

Die Reformkommission empfiehlt mit großer Mehrheit, den Strafraumen nicht weiter zu erhöhen. Der Gesetzgeber hat die Strafobergrenze zuletzt mit dem 49. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches vom 21. Januar 2015 von 2 Jahren auf 3 Jahre Freiheitsstrafe angehoben. Auf diese Weise wollte er den Unrechtsgehalt des Erwerbs und des Besitzes von kinderpornographischen Schriften stärker betonen und die generalpräventive Wirkung gegenüber möglichen Tätern verstärken.²¹⁷

Eine darüber hinausgehende Verschärfung ist nicht erforderlich. § 184b Abs. 3 StGB dient dem mittelbaren Schutz von Kindern vor sexuellem Missbrauch. Durch den Konsum von Kinderpornographie wird ein Markt geschaffen, der durch die Darstellung des sexuellen Missbrauchs von Kindern bedient wird. Ferner ist nicht auszuschließen, dass der Konsument von Kinderpornographie dazu angeregt wird, selbst ein Kind zu missbrauchen. Der geltende Strafraumen ist geeignet, um dem dargelegten Rechtsgüterschutz hinreichend Rechnung zu tragen und erlaubt es dem Gericht, eine tat- und schuldangemessene Strafe zu verhängen. Die Anhebung des Strafraumens mit dem Zweck, hierdurch bestimmte Ermittlungsmaßnahmen zu ermöglichen, stellt für sich genommen keinen legitimen Grund für eine neuerliche Strafverschärfung dar.

²¹⁷ Vgl. BT-Drs. 18 / 2601, S. 31.

VIII. Themenkomplex 9: Reformbedarf bei den §§ 184 ff. StGB (Pornographiedelikte)Empfehlung 5

Die Reformkommission empfiehlt, die Definition für die jugendpornographischen Schriften in § 184c Abs. 1 Nr. 1 StGB entsprechend zu der Definition für die kinderpornographischen Schriften zu fassen.

Abstimmung: Annahme: 11 Mitglieder; Ablehnung: 1 Mitglied

Begründung:

Gemäß § 184c Abs. 1 StGB liegt eine jugendpornographische Schrift vor, wenn sie sexuelle Handlungen von, an oder vor einer 14, aber noch nicht 18 Jahre alten Person (Buchstabe a) oder die Wiedergabe einer ganz oder teilweise unbekleideten 14, aber noch nicht 18 Jahre alten Person in unnatürlich geschlechtsbetonter Körperhaltung (Buchstabe b) zum Gegenstand hat.

Die Reformkommission empfiehlt mit großer Mehrheit, die Definition der jugendpornographischen Schrift in § 184c Abs. 1 Nr. 1 StGB im Gleichklang zu der Definition der kinderpornographischen Schrift in § 184b Abs. 1 Nr. 1 StGB auszugestalten. Sowohl die Richtlinie 2011/93/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2004 / 68 / JI des Rates (RL 2011/93/EU) als auch das Übereinkommen des Europarats zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch (Lanzarote-Konvention) enthalten Vorgaben in Bezug auf pornographische Darstellungen von Personen jeweils unter 18 Jahren. Der Gesetzgeber muss die internationalen Vorgaben in nationales Recht umsetzen und dafür Sorge tragen, dass Kinder- und Jugendpornographie dementsprechend gleichermaßen erfasst wird. § 184c StGB kommt dabei auch eine Auffangfunktion für die Fälle zu, bei denen sich nicht feststellen lässt, ob eine pornographische Schrift noch ein Kind oder schon einen Jugendlichen zeigt oder sich nicht nachweisen lässt, dass es der Täter billigend in Kauf genommen hat, dass eine Person unter 14 Jahren auf der Abbildung etc. zu sehen ist. Diese Auffangfunktion kann dabei nur zum Tragen kommen, wenn § 184c Abs. 1 Nr. 1 StGB und § 184b Abs. 1 Nr. 1 StGB dieselbe Definition für Kinder- bzw. Jugendpornographie vorsehen. Dabei wird auch die mit Empfehlung 4 angestrebte Änderung zu beachten sein.

Soweit die in Bezug auf Kinderpornographie mit § 184b Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe c StGB pönalisierte sexuell aufreizende Wiedergabe der unbedeckten Genitalien oder des unbedeckten Gesäßes in § 184c Abs. 1 StGB fehlt, ist zudem die RL 2011/93/EU nicht vollständig umgesetzt. Artikel 2 Buchstabe c Unterabschnitt ii der RL 2011/93/EU schreibt ausdrücklich die Erfassung jeglicher Darstellung der Geschlechtsorgane einer Person unter 18 Jahren für primär sexuelle Zwecke vor. Um diese Vorgabe umzusetzen, muss § 184c Abs. 1 Nr. 1 StGB um eine Vorschrift ergänzt werden, die dem § 184b Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe c StGB entspricht.

VIII. Themenkomplex 9: Reformbedarf bei den §§ 184 ff. StGB (Pornographiedelikte)Empfehlung 6

Die Reformkommission empfiehlt, den Regelungsgehalt des § 184d StGB (Zugänglichmachen pornographischer Inhalte mittels Rundfunk oder Telemedien; Abruf kinder- und jugendpornographischer Inhalte mittels Telemedien) in die einschlägigen Vorschriften der §§ 184 bis 184c StGB zu überführen.

Abstimmung: Annahme: 12 Mitglieder; Ablehnung: 0 Mitglieder

Begründung:

Gemäß § 184d Abs. 1 Satz 1 StGB wird nach den §§ 184 bis 184c StGB bestraft, wer einen pornographischen Inhalt mittels Rundfunk oder Telemedien einer anderen Person oder der Öffentlichkeit zugänglich macht. Gemäß § 184d Abs. 2 Satz 2 StGB wird nach § 184b Abs. 3 StGB bzw. nach § 184c Abs. 3 StGB bestraft, wer es unternimmt, einen kinder- bzw. jugendpornographischen Inhalt mittels Telemedien abzurufen.

Die Reformkommission empfiehlt einstimmig, den Regelungsgehalt des § 184d StGB in die einzelnen Vorschriften der §§ 184 bis 184c StGB zu überführen und § 184d StGB im Gegenzug zu streichen. § 184d StGB dient der Erfassung von Verbreitungsmedien, die derzeit in den einzelnen Vorschriften zur Pornographie nicht aufgeführt sind. Die §§ 184 ff. StGB sind gegenwärtig noch auf analoge Verbreitungswege zugeschnitten und damit insoweit veraltet. Im digitalen Zeitalter werden alle betroffenen Pornographieformen ganz überwiegend digital vorgehalten, übermittelt und abgerufen. Im Zuge der Modernisierung der §§ 184 ff. StGB sollen daher die Verbreitungsmedien in den maßgeblichen Vorschriften selbst geregelt werden.

VIII. Themenkomplex 9: Reformbedarf bei den §§ 184 ff. StGB (Pornographiedelikte)Empfehlung 7

Die Reformkommission empfiehlt, §§ 184b und 184c StGB (Verbreitung, Erwerb und Besitz kinder- bzw. jugendpornographischer Schriften) dahingehend einzuschränken, dass fiktive Kinder- und Jugendpornographie nicht erfasst wird.

Abstimmung: Annahme: 8 Mitglieder; Ablehnung: 2 Mitglieder; Enthaltung: 2 Mitglieder

Begründung:

Die §§ 184b und 184c StGB erfassen gegenwärtig im Grundsatz die tatsächliche Kinder- und Jugendpornographie (tatsächliche sexuelle Handlungen mit einem realen Kind oder Jugendlichen), wirklichkeitsnahe Kinder- und Jugendpornographie (echt aussehende sexuelle Handlungen z. B. mittels Computeravatar oder mittels einer erwachsenen Person, die das äußere Erscheinungsbild eines Jugendlichen aufweist) und fiktive Kinder- und Jugendpornographie (zweifelloso als solche erkennbare künstliche Darstellungen wie z. B. Comics oder Zeichentrickfilme).

Die Reformkommission empfiehlt mehrheitlich, die fiktive Kinder- und Jugendpornographie aus dem Anwendungsbereich der §§ 184b und 184c StGB zu entfernen, soweit dies mit den internationalen Vorgaben vereinbar ist. Die Erfassung von eindeutig künstlichen Produkten ist zum Schutz des Rechtsgutes der sexuellen Selbstbestimmung nicht erforderlich. Es ist weder ein reales Kind bzw. ein realer Jugendlicher beteiligt noch steht zu befürchten, dass etwa Zeichnungen, die noch nicht einmal ein wirklichkeitsnahes Geschehen abbilden, den Konsumenten zur Nachahmung der Darstellung anhalten.

In Bezug auf jugendpornographische Darstellungen ist darüber hinaus zu beachten, dass die tatsächliche Ausführung dessen, was in der jugendpornographischen Schrift dargestellt wird, für sich genommen nicht zwingend strafbar ist. Sexuelle Handlungen mit Jugendlichen sind nur dann strafbar, wenn zusätzlich weitere Voraussetzungen wie z. B. das Ausnutzen einer Zwangslage hinzutreten.

D. Anlagen

I. Sitzungsprotokolle

1. Sitzung am 20. Februar 2015

Protokoll
der 1. Sitzung der Reformkommission
zur Überarbeitung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches
im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
am 20. Februar 2015
11:00 – 17:00 Uhr

I. Anwesenheit

1. Mitglieder der Reformkommission

- Frau LOStAin Birgit Cirullies
- Frau RAin Christina Clemm
- Frau RAin Elke Thom-Eben
- Herr Prof. Dr. Jörg Eisele
- Frau Dr. Anne Herrmann
- Frau Prof. Dr. Tatjana Hörnle
- Herr Prof. Dr. Klaus Laubenthal
- Frau VorsRinLG Andrea Röhrig
- Frau RinBGH Dr. Silke Schneider
- Herr KD Jürgen Thiele

An der Teilnahme verhindert waren

- Herr Prof. Dr. Gereon Wolters
- Herr StA Christian Kohle

2. Für das BMJV

- Frau Stn Dr. Stefanie Hubig
- Herr AL II Hans Georg Baumann
- Herr UAL II A Dr. Bernhard Böhm
- Frau RL II A 7 Susanne Bunke
- Herr RiLG Dr. Eric Simon

- Frau RinAG Garonne Bezjak
- Herr Jonas Menne

II. Eröffnungsrede und Begrüßung der Mitglieder

Frau Dr. Hubig eröffnete die Sitzung mit der aus der **Anlage 1** ersichtlichen Rede. Aus terminlichen Gründen musste sie die Sitzung gegen 12.00 Uhr verlassen. Herr Dr. Böhm übernahm die Sitzungsleitung.

III. Impulsreferate der Teilnehmerinnen und Teilnehmer

Die Mitglieder stellten sich mit kurzen Eingangsstatements vor. Diese können wie nachfolgend ersichtlich zusammengefasst werden. Herr Kohle reichte ein schriftliches Impulsreferat ein (**Anlage 2**). Darüber hinaus stellte Frau Thom-Eben ihr Impulsreferat schriftlich zur Verfügung (**Anlage 3**).

Frau Prof. Dr. Hörnle

Frau Prof. Hörnle hält die Neuordnung des 13. Abschnitts des StGB für dringend erforderlich. Die Überarbeitung des Sexualstrafrechts müsse sich dabei streng am Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung orientieren. Hilfreich könne insbesondere ein Blick auf die englische Rechtslage sein. Ferner sei es erforderlich, sich die Systematik des gesamten Abschnittes anzusehen. So könnten etwa die verschiedenen Altersgruppen systematisiert werden.

Inhaltlich ging Frau Prof. Hörnle auf den Schutz von Minderjährigen ein. In diesem Kontext erwähnte sie, dass etwa der sexuelle Missbrauch von Kindern sehr perfektionistisch ausgestaltet sei. Die gegenwärtige Rechtslage verlagere die strafbare Handlung weit ins Vorfeld der eigentlichen Rechtsgutsverletzung. Hinsichtlich des Schutzes von Jugendlichen lägen den Regelungen teilweise zu optimistische Annahmen zugrunde, wobei diesbezüglich bereits zahlreiche Nachbesserungen erfolgt seien.

Im Hinblick auf Sexualstraftaten zum Nachteil von Erwachsenen müsse über die Schaffung eines neuen Grundtatbestandes nachgedacht werden, der sich seiner Idee nach an Artikel 36 der Istanbul-Konvention orientieren sollte. Eine simple Umsetzung der Einverständnislösung im Sinne eines nur auf einen entgegenstehenden Willen abstellenden Tatbestandes lehnte sie jedoch ab. Es müsse vielmehr als Vorfrage geklärt werden, worauf es genau ankomme. In Betracht komme das Abstellen auf den inneren Willen des Opfers oder auf Kom-

munikation. Ein entsprechender Tatbestand müsse schließlich auch im Hinblick auf den Vorsatz und die Irrtumsproblematiken überprüft werden. Gegebenenfalls sei zu erwägen, § 179 StGB (Sexueller Missbrauch widerstandsunfähiger Personen) dergestalt in eine auf ein Einverständnis abstellende Neukonzeption einzubinden, dass er in seiner jetzigen Form abgeschafft werden könne, da von den von § 179 StGB erfassten Personengruppen in der Regel kein Einverständnis erteilt werden könne.

Frau VorsRinLG Röhrig

Frau Röhrig schloss sich den Ausführungen von Frau Prof. Hörnle im Wesentlichen an. Es sei wichtig, herauszuarbeiten, welche Schutzlücken es gebe und wie sie zu klassifizieren seien. Dabei werde auch zu diskutieren sein, ob eine Differenzierung zwischen § 177 StGB (Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung) und § 179 StGB tatsächlich erforderlich sei. Aus richterlicher Sicht sei es erstrebenswert, dass die Normen möglichst eng ausgestaltet seien und möglichst wenig Ermessensspielraum aufwiesen.

Frau RAin Clemm

Frau Clemm unterstrich, dass die Regelungen des Sexualstrafrechts neu formuliert werden müssten. Sie seien gegenwärtig zu kompliziert und den Mandantinnen nicht mehr vermittelbar. Gesetze sollten jedoch allgemeinverständlich sein. Frau Clemm sprach sich für eine möglichst offene und sachliche Diskussion aus.

Herr Prof. Dr. Laubenthal

Herr Prof. Laubenthal vertrat die Auffassung, dass das Sexualstrafrecht Schutzlücken aufweise, die in einem ersten Schritt zunächst ausgemacht werden müssten. Inhaltlich schloss er sich den Ausführungen von Frau Prof. Hörnle an, nach denen § 176 StGB (Sexueller Missbrauch von Kindern) recht perfektionistisch ausgestaltet sei. Aus seiner Erfahrung als Missbrauchsbeauftragter könne er aber berichten, dass Opfer von Kindesmissbrauch häufig Angst vor den Ermittlungsbehörden bzw. der Staatsanwaltschaft hätten, so dass sich möglicherweise im Hinblick auf die praktische Anwendung des Sexualstrafrechts Änderungs- und Verbesserungsbedarf ergebe.

Im Hinblick auf die Reformierung des § 179 StGB sei zu bedenken, dass auch behinderte Menschen ein Recht auf sexuelle Kontakte hätten. Bei den §§ 184 ff. StGB sei zu prüfen,

inwieweit die Jugendschutzvorschriften der §§ 184 ff. StGB noch einen hinreichenden Realitätsbezug aufweisen.

Frau LOStAin Cirullies

Frau Cirullies wünschte sich einen offenen Austausch. Sie war der Meinung, dass das Sexualstrafrecht neu geordnet werden müsse. Dabei müssten insbesondere etwaig vorhandene Wertungswidersprüche in den Blick genommen werden. Strafbarkeitslücken seien in vielen Fällen tatsächlich nicht vorhanden, wenn man das Gesetz richtig auslege. Wenn es allerdings tatsächlich Probleme mit der Auslegung gebe, müsse man das Gewollte gegebenenfalls gesetzgeberisch klarstellen. Eine Umsetzung des Wortlauts der Istanbul-Konvention sei nicht erforderlich und stelle keine gelungene strafrechtliche Konzeption dar. Die bisherige Regelung des § 177 StGB sei im Wesentlichen gelungen.

Herr KD Thiele

Herr KD Thiele teilte mit, dass dem LKA Berlin jede in Berlin bekanntgewordene Sexualstraftat gemeldet werde. Darüber hinaus sei er mit Rückfalltätern befasst. Vor diesem Hintergrund betonte er, dass er seine Aufgabe an der Mitwirkung der Reformkommission vor allem darin sehe, dass er seine Erfahrungen als Polizeibeamter einbringe. Er könne die Auswirkungen von strafrechtlichen Vorschriften auf die polizeiliche Arbeit – insbesondere Möglichkeiten und Grenzen der Beweisermittlung – darstellen.

Inhaltlich stellte Herr KD Thiele dar, dass über den 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB hinausgehend auch Überlegungen zu § 240 StGB (Nötigung) anzustellen seien. In prozessualer Hinsicht seien aus polizeilicher Sicht zudem § 112 StPO (Haftbefehl) und § 111a StPO (Straftatenkatalog) im Hinblick auf die Sexualstraftaten optimierungsbedürftig.

Frau RAin ThomEben

Frau RAin Thom-Eben vertrat die Auffassung, dass es keinen Änderungsbedarf bei § 177 StGB gebe. Durch weiterreichende Änderungsvorschläge erfolge eine gefährliche Reduzierung des Nötigungsbegriffes. Dabei würde die Aufklärungsarbeit jedoch nicht erleichtert und zudem würden Beschuldigtenrechte beschnitten. Sie beschrieb zudem ihre Erwartungshaltung, dass bei der Diskussion von Reformvorschlägen kein Ungleichgewicht zwischen Opfern und Angeklagten hergestellt werde.

Frau Dr. Herrmann

Frau Dr. Herrmann äußerte die Erwartung, dass eine Neuordnung des Sexualstrafrechts sowohl aus der Sicht des Anwenders als auch aus theoretischer Perspektive erforderlich sei. Allerdings sei zugleich zu bedenken, dass jede Neuordnung auch erhebliche Unsicherheiten für die Rechtsanwendung mit sich bringen könne.

Die Anzahl bisher nicht gesetzlich geregelter Konstellationen hielt Frau Dr. Herrmann für überschaubar. Als problematisch benannte sie insbesondere Fälle der sexuellen Belästigung, die über den Beleidigungstatbestand nicht ideal zu erfassen seien. Ferner ließe sich über die Schutzaltersgrenzen nachdenken, so sei die Altersgrenze von 14 Jahren jedenfalls bei konsensualen sexuellen Verhältnissen zu überdenken. Zur gesetzlichen Verlängerung der Verjährungsfristen merkte Frau Dr. Herrmann an, dass der Vorschlag eines Strafantragserfordernisses für sehr lange zurückliegende Fälle von den Ländern abgelehnt worden sei. Diesbezüglich könne aber gegebenenfalls über andere prozessuale Möglichkeiten – etwa Einstellungen – nachgedacht werden.

Herr Prof. Dr. Eisele

Herr Prof. Eisele hielt die Vorschriften des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des StGB für schwer verständlich. Erforderlich sei eine systematische Analyse, die sich nicht auf einzelne Schutzlücken beschränke und nicht nur von einzelnen Fallkonstellationen ausgehe. Zu berücksichtigen sei das Spannungsfeld zwischen dem Grundgesetz, den internationalen Vorgaben und den Bedürfnissen der Strafverfolgungsbehörden. Herr Prof. Eisele vertrat die Auffassung, dass die Istanbul-Konvention Umsetzungsbedarf auslöse. Es sei aber nicht erforderlich, den Text der Istanbul-Konvention in die nationale Gesetzgebung zu übernehmen. Dieser müsse vielmehr dogmatisch in die nationalen Rechtsnormen eingepasst werden.

Im Einzelnen sei auf die unterschiedlichen Rechtsgüter (Sexuelle Selbstbestimmung, ungestörte sexuelle Entwicklung, Schutz vor aufgedrängter Pornographie etc.) einzugehen. Ferner seien die vom 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB vorgesehenen Altersgrenzen ebenso wie die Frage eines wirksamen Einverständnisses bei Missbrauchstatbeständen zu diskutieren.

Im Bereich der Prostitution seien zahlreiche Wertungswidersprüche des Strafrechts zum Prostitutionsgesetz unter Einbeziehung des Menschenhandels zu diskutieren. Zu § 184f StGB (Jugendgefährdende Prostitution) und § 183a StGB (Erregung öffentlichen Ärgernis-

ses) stelle sich die Frage der Strafwürdigkeit. § 184 StGB (Verbreitung pornographischer Schriften) sei veraltet.

Frau RinBGH Dr. Schneider

Frau Dr. Schneider warf die Frage auf, warum es in ihrer Praxis am 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofes vorrangig Fälle zum sexuellen Missbrauch von Kindern und Jugendlichen und zur Vergewaltigung bzw. zu Gewaltdelikten gebe, während andere Missbrauchstatbestände kaum eine Rolle spielten. Hinsichtlich der Missbrauchstatbestände müsse geprüft werden, ob diesen ein gemeinsames Grundkonzept zugrunde liege. Die Altersgrenzen müssten dabei in den Blick genommen und gegebenenfalls vereinheitlicht werden.

Nicht plausibel sei es, wenn bereits zum jetzigen Zeitpunkt gesetzliche Änderungen im Rahmen der sexuellen Nötigung und Vergewaltigung vorgenommen werden würden. Denn § 177 StGB stelle eine zentrale Norm dar. In diesem Zusammenhang unterstrich Frau Dr. Schneider, dass sie persönlich der Einverständnislösung des djb²¹⁸ nicht näher treten könne. Grundsätzlich gelte, dass das Strafrecht fragmentarisch und dem Ultima-Ratio-Prinzip unterstellt sei und daher nur strafwürdige Verhaltensweisen strafrechtlich erfasst werden dürften.

Die Straftatbestände zur Prostitution und zur Pornographie sollten unter Umständen nicht einbezogen werden, da dies die Reformkommission möglicherweise überfordern würde.

Über das materielle Recht hinausgehend würde Frau Dr. Schneider gerne darüber reden, warum Strafverfahren im Sexualstrafrecht teilweise nur sehr schleppend betrieben werden würden.

Herr Kohle

Die von Herrn Kohle vorbereitete schriftliche Ausarbeitung (**Anlage 3**) wurde verlesen. Es sei darauf zu achten, dass nur strafwürdiges Verhalten sanktioniert werde. Hierfür seien rationale empirische Grundlagen heranzuziehen. Die Vorschriften müssten sich ferner an den Vorgaben der Verfassung messen lassen. Dabei müssten die Strafnormen gleichzeitig subsumtionsfähig bleiben. Die Erhöhung der Verurteilungsquote sei kein zulässiger Gesichtspunkt. Beweisprobleme lägen in der Natur der Sache und hätten auf die Strafwürdigkeit einer Handlung keinen Einfluss.

²¹⁸ Vgl. hierzu Themenkomplex 1, Punkt I.1.c.aa.

IV. Ziel der Reformkommission

Herr Dr. Böhm und Frau Dr. Hubig führten aus, dass die Reformkommission nach Möglichkeit innerhalb eines Jahres Empfehlungen aussprechen solle, die noch in dieser Legislaturperiode in einen Gesetzentwurf Eingang erhalten sollen. Ein Abschluss des Gesetzgebungsvorhabens sei aber voraussichtlich erst in der nächsten Legislaturperiode realistisch. Von diesem zeitlichen Horizont ausgehend könne es sein, dass bereits vorab ein Gesetzentwurf zur Schließung von Strafbarkeitslücken, die mit der sexuellen Nötigung bzw. Vergewaltigung im Zusammenhang stehen, vorgelegt werden müsse. Entsprechende referatsinterne Überlegungen könnten ggf. in der Reformkommission diskutiert werden. Eine solche Regelung vorab nehme der Reformkommission jedoch auf keinen Fall die Aufgabe, auch zu dem Tatbestand der sexuellen Nötigung / Vergewaltigung Empfehlungen zu erarbeiten. Ggf. sei dann im Rahmen der Gesamtreform auch dieser Bereich neu zu regeln. Unabhängig davon sei auch zu betonen, dass der Umgang mit der Istanbul-Konvention nur eins von vielen Themen sei, mit der sich die Reformkommission befassen müsse.

V. Einführender Vortrag von Frau Bunke

Frau Bunke führte in die Thematik ein. Es wurden im Einzelnen die folgenden Punkte angesprochen:

- Die Reformierung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des StGB stellt ein umfangreiches Vorhaben dar, welches eine Schwerpunktsetzung erfordert
- Systematisch ist zu diskutieren:
 - Neusortierung der Vorschriften
 - Abbau von Wertungswidersprüchen
 - Schließen etwaiger Schutzlücken
 - Streichung eventuell überholter Vorschriften.
- Ziel der Reformkommission ist die Vorlage von Empfehlungen für die Erstellung eines Referentenentwurfes im Herbst 2016

Aus Sicht von BMJV sei es wünschenswert, mit der Thematik sexuelle Nötigung / Vergewaltigung zu beginnen. Denn so könne die inhaltliche Diskussion innerhalb der Reformkommission gewinnbringend genutzt werden, wenn das Ministerium kurzfristig hierzu einen Gesetzentwurf vorlegen müsse. Es sei das Anliegen von BMJV, zu bestimmten Punkten auch externe Gäste (wie: djB, Beauftragte der Bundesregierung, Psychiater...) einzubinden.

VI. Herausarbeitung einer Themenliste für die Reformkommission sowie Vergabe erster Arbeitsaufträge

Die Mitglieder der Reformkommission haben gemeinsam eine erste vorläufige Themenliste festgelegt (**Anlage 4**). Die in der Themenliste enthaltenen Themenkomplexe und Fragestellungen sollen in Form von Impulsreferaten der Mitglieder der Reformkommission vorgestellt werden. Die Teilnehmer haben sich darauf verständigt, dass der jeweilige Referent vorab eine schriftliche Stellungnahme an BMJV übersendet, die dann von BMJV an die übrigen Teilnehmer weitergeleitet wird. In der Sitzung selbst sollen in einem Impulsreferat die Thesen vorgestellt werden und in die Thematik eingeführt werden. Darüber hinaus sollen zu bestimmten Themen externe Sachverständige sowie Interessenvertreter angehört werden.

VII. Umgang mit Interna der Reformkommission

Die Teilnehmer verständigen sich auf den folgenden Umgang mit den internen Stellungnahmen / Diskussionen / Meinungen etc.

- Über die Arbeit und die Themen der Reformkommission kann berichtet werden
- Die Teilnehmer stellen Meinungen, Diskussionsinhalte etc. nicht als Ansichten des BMJV, der Reformkommission oder namentlich benannter Mitglieder der Reformkommission dar
- Fremde Stellungnahmen werden nicht herausgegeben
- Es werden keine Zwischenergebnisse oder Protokolle herausgegeben

Die Teilnehmer sollen selbst entscheiden, ob und wie Anfragen der Presse nach einzelnen Teilnehmern, die im BMJV eingehen, behandelt werden sollen (z. B. Weitergabe der Kontaktdaten an die Presse). Ob die schriftlichen Stellungnahmen veröffentlicht werden sollen, wird zu einem späteren Zeitpunkt entschieden.

VIII. Nächste Sitzung

Die nächste Sitzung findet am 13. März 2015 im BMJV in der Zeit von 11.00 Uhr bis 17.00 Uhr statt. Die Einzelheiten können der **Anlage 4** entnommen werden.

2. Sitzung am 13. März 2015

Protokoll
der 2. Sitzung der Reformkommission
zur Überarbeitung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches
im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
am 13. März 2015
11:00 – 17:00 Uhr

I. Anwesenheit

1. Mitglieder der Reformkommission

- Frau LOStAin Birgit Cirullies
- Frau RAin Christina Clemm
- Frau RAin Elke Thom-Eben
- Herr Prof. Dr. Jörg Eisele
- Frau Dr. Anne Herrmann
- Frau Prof. Dr. Tatjana Hörnle
- Herr StA Christian Kohle
- Herr Prof. Dr. Klaus Laubenthal
- Frau VorsRinLG Andrea Röhrig
- Herr KD Jürgen Thiele
- Prof. Dr. Gereon Wolters

An der Teilnahme verhindert war:

- Frau RinBGH Dr. Ursula Schneider

2. Für das BMJV

- Herr AL II Hans-Georg Baumann
- Herr UAL II A Dr. Bernhard Böhm
- Frau RLn II A 7 Susanne Bunke
- Frau RinAG Garonne Bezjak
- Herr Jonas Menne

3. Gäste

- Von 11.00 Uhr bis 13.00 Uhr:
 - Frau Rabe (Deutsches Institut für Menschenrechte)

- Frau Nelles (Europarat)
- Von 13.00 Uhr bis 15.00 Uhr:
 - Frau StAin Freudenberg (Deutscher Juristinnenbund)
 - Frau RAin Lörsch (Deutscher Juristinnenbund)

II. Eröffnung der Sitzung und Begrüßung der Mitglieder und Gäste

Herr Baumann eröffnete die Sitzung und begrüßte die anwesenden Mitglieder der Reformkommission sowie Frau Rabe und Frau Nelles. Die Mitglieder der Reformkommission erörterten das Protokoll der 1. Sitzung, zu dem es keine Änderungswünsche gab.

III. Anhörung der Expertinnen sowie Impulsreferat von Herrn Prof. Eisele zu den völkerrechtlichen Vorgaben

Die Referentinnen haben ihre Vorträge vorab eingereicht. Sie liegen diesem Protokoll als **Anlage 1** (Frau Rabe) und **Anlage 2** (Frau Nelles) bei. Ferner liegt das Impulsreferat von Herrn Prof. Eisele als **Anlage 3** bei.

1. Impulsreferat von Frau Rabe

Frau Rabe referierte über die Auswirkungen der Rechtsprechung zu Artikel 3 und Artikel 8 EMRK auf Deutschland. Das Urteil M.C. gegen Bulgarien des EGMR stelle die zentrale Entscheidung dar. Danach hätten die Mitgliedsstaaten zwar einen weiten Beurteilungsspielraum. Die Tatbestandsmerkmale müssten aber ggf. im Wege der Auslegung alle nicht einverständlichen sexuellen Handlungen unter Strafe stellen. Die bisherige deutsche Rechtsprechung nehme Artikel 3 und Artikel 8 EMRK im Hinblick auf Vergewaltigungsvorwürfe nicht in Bezug. Es sei daher gesetzgeberischer Handlungsbedarf zur Umsetzung der Vorgaben des EGMR gegeben.

2. Impulsreferat von Frau Nelles

Frau Nelles stellte den Inhalt von Artikel 36 der Istanbul-Konvention heraus. Nach dieser Vorschrift sei jede nicht einverständliche sexuelle Handlung unter Strafe zu stellen. Die Strafbarkeit dürfe nicht davon abhängen, ob das Opfer Gegenwehr leiste, die vom Täter zunächst überwunden werden müsse. Trotz dieser Vorgaben stelle § 177 StGB – aber auch andere Straftatbestände der Mitgliedsstaaten – weiterhin auf das Vorliegen von Gewalt, Zwang oder Drohung ab. Frau Nelles stellte die Rechtslage verschiedener Mitgliedsstaaten

vor. Im Ergebnis vertrat sie die Auffassung, dass Artikel 36 der Istanbul-Konvention für Deutschland Umsetzungsbedarf auslöse.

3. Impulsreferat von Herrn Prof. Eisele

Herr Prof. Eisele führte aus, dass Deutschland nicht verpflichtet sei, Artikel 36 der Istanbul-Konvention wortlautgetreu umzusetzen. Die vorhandenen Strafbarkeitslücken müssten allerdings geschlossen werden. Hierfür könne eine positive Formulierung gefunden werden, mit der die Fälle der nicht einverständlichen sexuellen Handlungen hinreichend erfasst würden. Ob darüber hinaus die sogenannte Einverständnislösung gewollt sei, sei eine kriminalpolitische Frage.

4. Diskussion

Die Diskussion befasste sich vor allem mit der Frage, in welchem Maße die völkerrechtlichen Vorgaben Umsetzungsbedarf auslösen. Frau Rabe erläuterte, dass die Entscheidung des EGMR in Sachen M.C. gegen Bulgarien selbst keine konkreten Kriterien für die Umsetzung in das nationale Recht enthalte. Die Entscheidung sei vielmehr für Einzelfälle bedeutsam. Frau Rabe hält es für wahrscheinlich, dass es straffreie Fälle in Deutschland gebe, die auf der Grundlage der Rechtsprechung des EGMR ihrerseits vor dem EGMR keinen Bestand hätten. Darüber hinaus bilde die Entscheidung M.C. gegen Bulgarien den Hintergrund für das Verständnis von Artikel 36 der Istanbul-Konvention. Im Ergebnis sei eine Norm zu schaffen, in deren Zentrum das fehlende Einverständnis stünde. Frau Nelles ergänzte, dass es für die konkrete Umsetzung von Artikel 36 der Istanbul-Konvention maßgeblich auf die Vorgaben des unabhängigen Gremiums zur Überwachung und Umsetzung der Istanbul-Konvention (GREVIO) ankommen werde, das seine Arbeit demnächst aufnehmen werde.

Zum Ausmaß der Umsetzungsverpflichtung bestand unter den anwesenden Reformkommissionsmitgliedern Einigkeit, dass das positive Schließen von Strafbarkeitslücken den Vorgaben von Artikel 36 der Istanbul-Konvention hinreichend Rechnung trage.

Im Hinblick auf die von Frau Nelles dargestellte Rechtslage einiger Mitgliedsstaaten wurden insbesondere das französische und das schwedische Modell für interessant gehalten. Frau Nelles bot an, über den Europarat Kontakte zu Experten und Expertinnen aus anderen Staaten herzustellen, um bei Interesse einen Austausch über verschiedene Regelungsmodelle zu ermöglichen.

IV. Anhörung zur Umsetzbarkeit der Einverständnislösung und ihren Auswirkungen auf die übrigen Straftatbestände des 13. Abschnittes des Besonderen Teils des StGB mit anschließender Diskussion

Herr Baumann begrüßte Frau StAin Freudenberg und Frau RAin Lörsch vom Deutschen Juristinnenbund (djb) und bedankte sich für die geleistete Vorarbeit in Form der Erstellung von konkreten Regelungsvorschlägen zur Einverständnislösung. Die Regelungsvorschläge liegen als **Anlage 4** dem Protokoll bei.

1. Vortrag von Frau StAin Freudenberg und Frau RAin Lörsch

Frau StAin Freudenberg und Frau RAin Lörsch stellten die Vorschläge des djb vor, die sie als Diskussionsgrundlage verstanden wissen möchten. Mit diesen verfolgen sie die sogenannte Einverständnislösung. Danach soll jede sexuelle Handlung, die ohne Einverständnis vorgenommen wird, unter Strafe gestellt werden. Ein Einverständnis liege nicht vor, wenn das Opfer ausdrücklich „nein“ sage oder wenn das Opfer zwar „ja“ sage, sich aber aus den Begleitumständen ergebe, dass das „Ja“ nicht auf einer freien Willensbildung basiere. Es sei bewusst das Wort „Einverständnis“ gewählt worden, um nicht strafbare Fälle bereits über den Tatbestand ausschließen zu können. Als Alternative wäre das Wort „Einwilligung“ in Betracht gekommen, welches allerdings erst auf der Rechtfertigungsebene angesiedelt sei.

Der von Frau Prof. Hörnle vorgelegte Entwurf weise Probleme auf. Der Tatbestand des sexuellen Angriffes sei problematisch, weil der Begriff „Angriff“ im Kontext bundessozialgerichtlicher Rechtsprechung aus der Sicht eines objektiven Dritten auszulegen sei, was mit dem Schutz der sexuellen Selbstbestimmung nicht immer vereinbar sei. Darüber hinaus biete das Kriterium der „Offensichtlichkeit“ Raum für Schutzbehauptungen.

2. Diskussion

Zunächst wurde von Frau Prof. Hörnle die Frage aufgeworfen, ob das Einverständnis als psychologischer Zustand oder als ausdrückliche Erklärung zu verstehen sei. Frau StAin Freudenberg führte aus, dass es sich um eine ausdrückliche zustimmende Erklärung handeln müsse, die verbal oder non-verbal geäußert werden könne. Das Erfordernis eines ausdrücklich erklärten „Ja“ als Grundlage für sexuelle Handlungen wird von den Teilnehmern der Reformkommission für lebensfremd gehalten. Es bestünde die Gefahr, dass nicht strafwürdige Fälle strafrechtlich erfasst würden. Der Begriff „Einverständnis“ sei auch deswegen problematisch, weil das Einverständnis nach dem geltenden dogmatischen Verständnis grund-

sätzlich nicht erklärt werden müsse und nicht an Wirksamkeitsvoraussetzungen gekoppelt sei. Unklar sei etwa wie mit dem durch Täuschung erschlichenen Einverständnis umzugehen sei.

Kritik wurde auch an § 175 Abs. 1 StGB-E geübt. Gemäß § 175 Abs. 1 Satz 2 StGB-E ist das Einverständnis unwirksam, wenn es nicht auf einer freien Willensbildung basiert. Ob eine Einschränkung der freien Willensbildung vorliegt, müsse nach Auffassung der Referentinnen die Rechtsprechung entscheiden. Dabei werde aber auch geistig behinderten Menschen eine Willensbildung zuzugestehen sein. An diesem Konzept wurde u. a. kritisiert, dass es die Aufgabe des Gesetzgebers sei, festzulegen, unter welchen Voraussetzungen ein Einverständnis wirksam ist.

Schließlich wurden weitere konzeptionelle Punkte kritisiert (Qualifikationen, Fehlen einer Vorschrift nach § 184h StGB, Bestimmtheit etc.). Die Referentinnen wiesen in diesem Zusammenhang darauf hin, dass es sich lediglich um einen Diskussionsentwurf handele, der keinen Anspruch auf Perfektion erhebe.

Abschließend wiesen die Referentinnen darauf hin, dass eine vorgezogene, kleine Regelung zu § 177 StGB Fakten schaffe, auf deren Grundlage spätere, weitreichende Änderungen schwierig zu vermitteln seien. Die Reform des Sexualstrafrechts sollte aber möglichst umfassend ausfallen.

V. Diskussion zu Strafbarkeitslücken im Bereich des § 177 StGB

Die Reformkommission verschaffte sich einen Überblick über ggf. bestehende Strafbarkeitslücken.

1. Impulsreferat von Frau RAin Clemm

Frau RAin Clemm stellte die Fallgruppen vor, in denen im Bereich des § 177 StGB Schutzlücken bestehen und verwies zudem auf die Fallbeispiele in ihrem vorab übermittelten Referat (**Anlage 5**).

Die Strafbarkeitslücken wurden von Frau RAin AG Bezzak wie folgt kategorisiert:

- Kein finaler Zusammenhang zwischen Gewalt bzw. Drohung mit Gewalt und sexueller Handlung
- Nur subjektiv schutzlose Lage
- Keine Furcht vor Körperverletzungs- oder Tötungsdelikten

- Ausnutzen eines Überraschungsmoments

2. Diskussion

Die Diskussion setzte sich insbesondere mit der Frage auseinander, in welcher Form die Strafbarkeitslücken zu schließen seien. Teilweise wurde vertreten, dass die Überraschungsfälle in einem Straftatbestand der sexuellen Belästigung erfasst werden sollten. Frau Dr. Herrmann erklärte sich bereit, in der nächsten Sitzung ein Impulsreferat zu einem möglichen Straftatbestand der sexuellen Belästigung zu halten.

Kernpunkt der kontroversen Diskussion war die Frage, ob die Strafbarkeitslücken punktuell durch einen positiv formulierten Straftatbestand geschlossen werden sollten („kleine Lösung“) oder ob eine Vorschrift gefunden werden sollte, die jede sexuelle Handlung, die gegen den erklärten Willen des Opfers vorgenommen wird, unter Strafe stellt („große Lösung“).

Gegen die große Lösung wurde vorgebracht, dass sie zu weitreichend sei. Der Gesetzgeber habe keinen sexualpädagogischen Auftrag zu erfüllen. Er müsse Rechtsgüter vielmehr lediglich vor groben Eingriffen schützen. Das Vorliegen eines entgegenstehenden Willens sei stark von der konkreten Situation geprägt und vor Gericht kaum eindeutig feststellbar. Die Strafverfolgung benötige objektive Tatbestandsmerkmale für eine effiziente Beweisführung. Andernfalls bestünde auch eine größere Gefahr von Falschbeschuldigungen. Die große Lösung berge zudem die Gefahr, dass auch nicht strafwürdige Fälle strafrechtlich erfasst würden. Zu denken sei insbesondere an sexuelle Handlungen in Paarbeziehungen, wie an folgendem Beispiel deutlich wird: Der Ehemann weist das sexuelle Ansinnen seiner Ehefrau eindeutig zurück. Die Ehefrau erkennt dies und nimmt gleichwohl weitere sexuelle Handlungen an dem Ehemann vor. Dieser findet daran nun doch Gefallen. Es kommt zum einvernehmlichen Geschlechtsverkehr. In dieser Fallkonstellation liege auf der Grundlage der großen Lösung bereits eine vollendete Tat vor, die aber nicht strafwürdig sei. Ferner sei zweifelhaft, ob neben einer Vorschrift, die die Strafbarkeitslücken positiv schließe, überhaupt Fälle denkbar seien, die den Bedarf für eine weitreichendere Regelung begründen könnten.

Gegen die kleine Lösung wurde vorgebracht, dass sie sich lediglich auf die Strafbarkeitslücken konzentriere und damit zwangsläufig nicht alle problematischen Fälle erfasse, auch wenn diese vielleicht heute nicht gesehen werden. Es gebe Situationen, in denen das Opfer zwar keinen Nachteil befürchte, in denen sie sich aufgrund ihrer persönlichen Konstitution jedoch gegen die sexuelle Handlung, die gegen ihren Willen vorgenommen wird, trotzdem nicht zur Wehr setzen könne. In diesen Fällen müsse es für eine Strafbarkeit ausreichen, dass die sexuelle Handlung gegen den erklärten Willen vorgenommen worden sei. Die

Rechtsordnung schütze auch an anderer Stelle das Opfer, obwohl ein objektiver Dritter das Verhalten des Opfers nicht nachvollziehen könne (z. B. schützt § 263 StGB auch das einfältige Opfer, welches auf einen offensichtlichen Betrug hereingefallen ist). Es sei dem Täter zuzumuten, den erkannten entgegenstehenden Willen in jeder Phase einer sexuellen Interaktion zu respektieren. Die vollendete Tat des oben genannten Beispielfalles in einer Partnerschaft würde in der Realität voraussichtlich ebenso wenig zur Anzeige gebracht werden wie Beleidigungen oder kleinere Diebstähle zwischen Eheleuten. Ebenso wie bei anderen strafunwürdigen Fällen (z. B. sexueller Missbrauch nach § 176 StGB zwischen nahezu Gleichaltrigen) bestünde die Möglichkeit der Einstellung des Verfahrens. Es könne auch an eine Vorschrift vergleichbar § 174 Abs. 5 StGB gedacht werden, mit der das Gericht von einer Bestrafung absehen kann. Der Beispielfall könne daher nicht zur Konsequenz haben, sexuelle Handlungen, die gegen den erklärten Willen des Opfers vorgenommen werden, straffrei zu lassen. Denn diese Handlungen begründeten die Verletzung des Rechtsguts der sexuellen Selbstbestimmung. Schließlich gebe es auch andere Straftatbestände, bei denen das Hinwegsetzen über ein „Nein“ zur Strafbarkeit führe (z. B. Diebstahl, Hausfriedensbruch etc.).

Hinsichtlich des letzten Argumentes wurde andererseits darauf hingewiesen, dass es sich bei diesen Tatbeständen um grundsätzlich unerwünschte Handlungen handele, während es bei sexuellen Handlungen um grundsätzlich erwünschte Handlungen gehe. Die Diskussion soll in der nächsten Sitzung fortgesetzt werden.

VI. Nächste Sitzung

Die nächste Sitzung findet am 8. Mai 2015 im BMJV in der Zeit von 11.00 Uhr bis 17.00 Uhr statt.

3. Sitzung am 8. Mai 2015

Protokoll
der 3. Sitzung der Reformkommission
zur Überarbeitung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches
im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
am 8. Mai 2015
11:00 – 17:00 Uhr

I. Anwesenheit

1. Mitglieder der Reformkommission

- Frau RAin Christina Clemm (im Laufe des Vormittags)
- Frau RAin Elke Thom-Eben
- Herr Prof. Dr. Jörg Eisele
- Frau Dr. Anne Herrmann
- Frau Prof. Dr. Tatjana Hörnle
- Herr StA Christian Kohle
- Herr Prof. Dr. Klaus Laubenthal
- Frau VorsRinLG Andrea Röhrig
- Frau RinBGH Dr. Ursula Schneider
- Herr KD Jürgen Thiele
- Herr Prof. Dr. Gereon Wolters

An der Teilnahme verhindert war:

- Frau LOStAin Birgit Cirullis

2. Für das BMJV

- Herr UAL II A Dr. Bernhard Böhm (nachmittags)
- Frau RLn II A 7 Susanne Bunke
- Frau RinAG Dr. Garonne Bezjak
- Herr RiLG Dr. Eric Simon

3. Gäste (von 15.00 Uhr bis 16.00 Uhr)

- Frau Verena Bentele, Beauftragte der Bundesregierung für die Belange behinderter Menschen
- Frau Bettina Freund (Referentin)
- Frau Maria Schulz (Assistentin)

II. Eröffnung der Sitzung und Begrüßung der Mitglieder

Frau Bunke eröffnete die Sitzung und begrüßte die anwesenden Mitglieder der Reformkommission. Das Protokoll der 2. Sitzung wurde erörtert. Frau Dr. Schneider fragte zu Punkt V.1. des Protokolls nach, ob unter dem Spiegelstrich „Kein finaler Zusammenhang zwischen Gewalt bzw. Drohung mit Gewalt und sexueller Handlung“ auch die „Klima-der-Gewalt-Fälle“ zu fassen seien, was bejaht wurde. Darüber hinaus merkte sie an, dass es unglücklich sei, den Begriff „Täter“ zu verwenden, soweit dem Sachverhalt eine Verurteilung nicht zugrunde liege.

Weitere Anmerkungen zum Protokoll erfolgten nicht. Frau Bunke wies darauf hin, dass Anmerkungen zeitnah schriftlich nachgereicht werden können.

III. Fortsetzung der Diskussion aus der vorangegangenen Sitzung vom 13. März 2015 und weitere Vorträge zum Themenkomplex 1: „Reformbedarf bei § 177 StGB – Das Für und Wider einer ‚Einverständnislösung‘ und von alternativen Regelungsmöglichkeiten“

Frau Prof. Hörnle und Herr Prof. Eisele hatten ihre Vorträge vorab eingereicht. Sie liegen diesem Protokoll als **Anlage 1** (Prof. Hörnle) und **Anlage 2** (Prof. Eisele – bereits mit dem Protokoll zur 2. Sitzung übersandt) bei.

1. Impulsreferat von Frau Prof. Hörnle

Frau Prof. Hörnle referierte über den Reformbedarf bei § 177 StGB. Einführend stellte sie drei Fallgruppen dar, für die ein Strafbedürfnis diskutiert werden könne: Die erste Fallgruppe bezeichnete sie als sexuellen Angriff. Darunter falle die Duldung der sexuellen Handlung wegen Willensbeugung (Gewalt, Drohung, Furcht), Überrumpelung, Bewusstlosigkeit / Schlaf und Passivität wegen Machtgefälle, Erziehung, Persönlichkeit des Opfers bzw. situationsbezogener Passivität (Trunkenheit, Drogeneinfluss etc.). Die zweite Fallgruppe bezeichnete sie als sexuellen Missbrauch im engeren Sinne. Hierunter fielen konsentiertere Sexualkontakte, bei denen die Willensbildung Defizite aufweisen könne (z. B. bei Kindern, kognitiv-intellektuellen Problemen wie angetrunken sein oder etwa berufsbedingten situativen Druck). Die dritte Fallgruppe umfasse den sexuellen Missbrauch im weiteren Sinne. Umfasst würden konsentiertere Sexualkontakte, die auf Amtsmissbrauch oder Korruption zurückzuführen seien. Während bei den Missbrauchsdelikten (Fallgruppen zwei

und drei) bei Erwachsenen nicht vorschnell von einer fehlenden sexuellen Selbstbestimmung auszugehen sei, müsse bei einem sexuellen Angriff das „Nein“ des Opfers unabhängig von der Motivlage akzeptiert werden (Konzept des „Nein-heißt-Nein“). Denn es bestünde keine Obliegenheit zur Gegenwehr. In diesem Rahmen sei eine Handlung strafwürdig, wenn sie gegen den erklärten Willen des Opfers erfolge (§ 177 Abs. 1, 1. Variante StGB-E), wenn sie unter Umständen erfolge, in denen die fehlende Zustimmung offensichtlich sei (§ 177 Abs. 1, 2. Variante StGB-E) oder wenn der Beschuldigte wisse, dass die sexuelle Handlung gegen den Willen des Opfers erfolge (§ 177 Abs. 1, 3. Variante StGB-E).

2. Diskussion

Grundsätzlich wurde an dem weiten Ansatz der „Nein-heißt-Nein-Lösung“ zum Teil kritisiert, dass es in den Randbereichen zur Kriminalisierung von nicht strafwürdigem Verhalten komme. Zu denken sei an die Verführungsfälle, bei denen eine Person zunächst klar „nein“ sage, sich aber im weiteren Verlauf zum einvernehmlichen Geschlechtsverkehr verführen lasse. Diesbezüglich wurden verfassungsrechtliche Probleme im Hinblick auf das Schuld- und das Ultima-Ratio-Prinzip gesehen. Ferner wurde die Frage aufgeworfen, ob es ein Bedürfnis für eine solch weitreichende Regelung gebe. In Fällen von erlernter Schüchternheit würde die betroffene Person vermutlich gar nicht erst „Nein“ sagen. Ferner werfe das Konzept Beweisprobleme auf, die dazu führten, dass am Ende noch weniger Anzeigen in Verurteilungen einmündeten. Eine Strafnorm müsse auch effizient sein. Der Wahrheitsgehalt einer Aussage könne bei komplexeren Straftatbeständen einfacher verifiziert werden.

Gegen diese Argumente wurde vorgebracht, dass die Verführungsfälle kein spezifisches Problem seien. Randbereiche der Strafwürdigkeit gebe es auch für andere Delikte (z. B. kleinere Diebstähle innerhalb einer Ehe). Diesen könne man – wie bereits gegenwärtig für § 176 StGB praktiziert – (z. B. geringer Altersunterschied zwischen Täter und Opfer) mit prozessualen Einstellungen oder mit einer Regelung vergleichbar § 174 Abs. 5 StGB (Absehen von Strafe bei geringem Unrecht) begegnen. Die bestehenden Beweisprobleme dürften nicht dazu führen, dass die Handlungen straffrei blieben, weil dies ein falsches Signal setze.

Vereinzelt wurde zu bedenken gegeben, ob nicht die „Nur-Ja-heißt-Ja“-Lösung gegenüber der „Nein-heißt-Nein“-Lösung vorzugswürdig sei. Denn das Sexualverhalten müsse darauf ausgerichtet sein, dass man von der fortwährenden Zustimmung des Sexualpartners ausgehen könne. Ein strafrechtlicher Filter sei durch das Erfordernis des Vorsatzes gegeben. Dagegen wurde jedoch vorgebracht, dass Fälle, in denen ein Sexualpartner ambivalent sei,

nicht strafwürdig seien. Diese Fälle würden durch die zu weit gehende „Nur—Ja—heißt-Ja“ erfasst.

Hinsichtlich § 177 Abs. 1, 2. Variante StGB-E wurde kritisiert, dass das Wort „offensichtlich“ eine Wertung enthalte, die die Norm zu unbestimmt mache. § 177 Abs. 1, 3. Variante StGB-E wurde teilweise für zu subjektiv gehalten und als für zu nah an der „Nur-Ja-heißt-Ja“-Lösung stehend befunden.

Im Einzelnen diskutierte die Kommission ferner die Höhe des Strafrahmens. Insoweit käme alternativ Freiheitsstrafe von 3 Monaten bis zu 5 Jahren in Betracht. Es sei ferner zu diskutieren, ob nicht auch sexuelle Handlungen aufzunehmen seien, die ohne Körperkontakt erfolgten und z. B. vor dem Opfer vorgenommen werden. Hinsichtlich der Missbrauchsfälle (insbesondere Fallgruppe 2) bestand Einigkeit, dass diesbezüglich gesondert diskutiert werden müsse, wie strafwürdige Fälle bei sexuellen Handlungen mit widerstandsunfähigen behinderten Menschen sowie das Vorliegen anderer Machtgefälle und Trunkenheit ohne Widerstandsunfähigkeit strafrechtlich zu fassen seien.

Nach der Mittagspause übernahm Herr Dr. Böhm die Sitzungsleitung.

IV. Vorstellung der Regelungsskizze von Herrn Prof. Dr. Eisele

Herr Prof. Eisele erläuterte seinen in der Anlage 2 skizzierten Vorschlag, den er als Diskussionsgrundlage verstanden wissen möchte. Wichtig sei, dass alle sexuellen Handlungen, die derzeit von § 240 Abs. 1 und 4 Nr. 1 StGB erfasst würden, auch zukünftig strafbar blieben, wenn § 240 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 StGB gestrichen würde.

V. Vorstellung der Regelungsskizze von Referat II A 7

Frau Dr. Bezjak stellte das von Referat II A 7 angedachte Regelungsmodell vor: Mit dem Grundtatbestand solle das Ausnutzen verschiedener Umstände zu sexuellen Handlungen unter Strafe gestellt werden. Im Einzelnen würde der Täter Umstände ausnutzen, in denen dem Opfer Widerstand aufgrund des körperlichen Zustandes (§ 179 Abs. 1 Nr. 1, 1. Variante StGB-E) oder aufgrund des psychischen Zustandes (§ 179 Abs. 1 Nr. 1, 2. Variante StGB-E) oder wegen der überraschenden Tatbegehung (§ 179 Abs. 1 Nr. 1, 3. Variante StGB-E) nicht möglich sei oder in dem das Opfer im Falle seines Widerstandes einen erheblichen Nachteil befürchte (§ 179 Abs. 1 Nr. 2 StGB-E). § 179 Abs. 1, 1. und 2. Variante StGB-E entspreche inhaltlich im Wesentlichen der gegenwärtigen Fassung des § 179 Abs. 1 StGB (körperliche

oder psychische Widerstandsunfähigkeit). Das Verhältnis zu § 177 StGB bleibe entsprechend unverändert. § 179 Abs. 1, 3. Variante StGB-E bilde die Überraschungsfälle ab. § 179 Abs. 1 Nr. 2 StGB-E greife zum einen die „Klima-der-Gewalt-Fälle“ auf. Zum anderen würden Fälle erfasst, die bislang deswegen nicht erfasst würden, weil das Opfer sich nur subjektiv in einer schutzlosen Lage wähnt, obwohl aus objektiver Sicht keine schutzlose Lage gegeben ist. Die Strafwürdigkeit setze daran an, dass das Opfer Furcht vor einem erheblichen Nachteil habe, der nicht zwingend in einem Körperverletzungs- oder Tötungsdelikt bestehen müsse. Der Regelungsentwurf decke damit alle in der vorangegangenen Sitzung aufgezeigten Strafbarkeitslücken ab, soweit sie strafwürdig seien. Der besonders schwere Fall werde dahingehend erweitert, dass das Ausnutzen einer objektiv schutzlosen Lage entsprechend § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB als Regelbeispiel explizit genannt werde. Minder schwere Fälle würden sowohl für den Grundtatbestand als auch für die Qualifikation des § 179 Abs. 5 StGB-E vorgesehen.

VI. Diskussion der Regelungsskizzen²¹⁹

Teilweise wurde der Grundansatz der von Referat II A 7 vorgestellten Regelungsskizze für gut befunden. Das galt insbesondere im Hinblick darauf, die Änderungen in § 179 StGB zu integrieren und § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB zu streichen. Als Überschrift für § 179 StGB-E wurde „Ausnutzen zu sexuellen Handlungen“ vorgeschlagen. Kritisiert wurden im Wesentlichen die folgenden Punkte:

Zum Teil wurde kritisiert, dass § 179 Abs. 1, 2. Variante StGB-E den Begriff des „psychischen Zustandes“ enthält. Dieser Begriff sei unklar, weil z. B. nicht deutlich werde, ob es sich gleichzeitig um einen krankhaften Zustand handeln müsse. Es sei vorzugswürdig, die bereits bekannten Begrifflichkeiten aus § 179 StGB beizubehalten („geistige oder seelische Krankheit oder Behinderung“). Ferner solle der Begriff „zum Widerstand unfähig“ beibehalten werden. Es sei nicht klar, ob „Widerstand nicht möglich“ auch geistig schwerstbehinderte Menschen schütze. Ferner sei die Unmöglichkeit des Widerstandes etwas sehr Absolutes. Strafwürdig sei bereits die Erschwerung des Widerstandes. Auch für § 179 Abs. 1 Nr. 2 StGB-E sollte auf die bekannte Begrifflichkeit des „empfindlichen Übels“ zurückgegriffen werden. Gegen diese Argumente wurde Folgendes vorgebracht: Für den Begriff „psychisch“ spreche, dass das Gesetz ihn bereits in anderen Vorschriften verwende und die gegenwärtig unklare Abgrenzung zwischen „seelisch“ und „geistig“ in § 179 StGB entbehrlich werde. Die derzeitigen Gesetzesbegriffe seien veraltet. „Psychisch“ meine Zustände, die mit medizinisch-psychologischen Kriterien zu fassen seien. Die Unmöglichkeit des Widerstandes

²¹⁹ Die Diskussion erfolgte in zwei Teilen vor und nach dem Vortrag von Frau Bentele. Sie wird hier der Übersicht halber jedoch vollständig dargestellt.

unterscheide sich begrifflich nicht von der Unfähigkeit zum Widerstand. Die Fälle, bei denen der Widerstand lediglich erschwert sei, würden von § 179 Abs. 1 Nr. 2 StGB-E erfasst, soweit das Opfer einen erheblichen Nachteil befürchte. Gegen den Begriff „empfindliches Übel“ spreche, dass die Rechtsprechung insoweit auf ein besonnenes Opfer abstelle, was gerade im Hinblick auf Sexualdelikte schwierig sei.

Darüber hinaus wurde bezweifelt, dass § 179 Abs. 1 Nr. 2 StGB-E tatsächlich die Fälle der subjektiv schutzlosen Lage hinreichend abbilde. So werde etwa der BGH-Fall, bei dem das Opfer Widerstand im LKW an einer Autobahnraststätte unterlassen habe, weil es irrig davon ausgegangen war, dass hilfsbereite Dritte nicht zugegen sind, nicht erfasst. Das Opfer, welches Hilferufe unterlasse, weil es davon ausgeht, dass dies nichts bringt, werde nicht von § 179 Abs. 1 Nr. 2 StGB-E erfasst. Ferner würden die gesamten „Klima-der-Gewalt-Fälle“ sowie die „Arbeitnehmerfälle“ nicht erfasst. Dem wurde entgegengehalten, dass § 179 Abs. 1 Nr. 2 StGB-E zwar nicht explizit auf die schutzlose Lage abstelle, sondern auf das Vorliegen eines befürchteten Nachteils. Damit seien jedoch die strafwürdigen Konstellationen aus der Fallgruppe der subjektiv schutzlosen Lage erfasst. Das Opfer unterlasse die Hilferufe letztlich, weil es befürchte, dass Hilfe nicht zu erwarten sei und das Opfer der vermuteten Gewalteinwirkung des Beschuldigten körperlich nichts entgegen setzen könne. Damit befürchte das Opfer aber einen erheblichen Nachteil, so dass eine Strafbarkeit gegeben wäre. Die „Klima-der-Gewalt-Fälle“ würden erfasst, weil das Opfer aufgrund vorangegangener Erfahrungen eine erneute Gewaltanwendung des Beschuldigten befürchte. Dies erkenne der Beschuldigte auch, weil er in der Vergangenheit selbst als Aggressor aufgetreten sei. Die „Arbeitnehmerfälle“ seien erfasst, soweit es objektive Anknüpfungspunkte dafür gebe, dass das Opfer Widerstand wegen einer vermuteten Kündigung unterlasse. Anderenfalls sei das Verhalten nicht strafwürdig.

Schließlich wurde vorgetragen, dass die zu vermutende Einlassung des Beschuldigten, es habe sich um einvernehmliche sexuelle Handlungen gehandelt und der Beschuldigte habe nicht bemerkt, dass das Opfer die sexuelle Handlung nicht wolle, schwierig zu widerlegen sei, so dass § 179 Abs. 1 Nr. 2 StGB-E in der Praxis faktisch leer laufen werde. Der Ansatz gehe über die „Nein-heißt-Nein“-Lösung hinaus, weil ein „Nein“ des Opfers nicht erforderlich sei. Ggf. solle der Tatbestand um den Zusatz „gegen den Willen“ ergänzt werden. Hiergegen wurde vorgebracht, dass es auf diesbezügliche Erklärungen des Opfers nicht ankomme. Entscheidend sei, ob der Täter das Defizit in der Willenserklärung erkenne und sich diesen Umstand zunutze mache. Hinsichtlich der befürchteten Schutzbehauptung des Täters sei anzumerken, dass es sich hierbei um ein Beweisproblem und nicht um eine materiell-rechtliche Frage handele.

Für das Regelbeispiel in § 179 Abs. 3 StGB-E wurde vorgeschlagen, das Ausnutzen einer schutzlosen Lage subjektiv zu fassen.

VII. Vortrag von Frau Bentele mit anschließender Diskussion

Frau Bentele stellte heraus, dass die UN-Behindertenkonvention geltendes Recht sei, so dass Behinderte in die Diskussion um sexualstrafrechtliche Regelungen frühzeitig einzubinden seien. Ziel müsse sein, Frauen und Mädchen noch besser vor Gewalt zu schützen. Der sexuelle Missbrauch Widerstandsunfähiger müsse genauso bestraft werden wie die Vergewaltigung. § 179 Abs. 1 StGB sei aber immer noch ein Vergehen. Die Widerstandsunfähigkeit eines Menschen dürfe nicht den Ausschlag dafür geben, welche Strafe ein Täter bekomme. Denn vor dem Grundgesetz seien alle Menschen gleich. Die geltende Rechtslage weise daher eine Ungleichbehandlung auf. Hauptbetroffene seien Frauen mit Lernschwierigkeiten, aber auch Frauen mit Hörbehinderung sowie blinde Frauen und Frauen, die in Einrichtungen leben und dort sexuellen Missbrauch erfahren. Der konkrete Diskriminierungsvorwurf bestehe darin, dass die Frage, ob eine Vergewaltigung vorliege oder nicht, an das Merkmal der Widerstandsunfähigkeit geknüpft werde. Das Ausnutzen eines Widerstandes sei kein Weniger zur Nötigung.

Es wurde sodann von der Reformkommission das Spannungsfeld zwischen dem Schutz der sexuellen Selbstbestimmung von behinderten Menschen vor sexuellen Übergriffen einerseits und das Ausleben der eigenen Sexualität behinderter Menschen andererseits aufgezeigt. Frau Bentele bekräftigte, dass es nicht richtig sei, sexuelle Kontakte behinderter Menschen komplett auszuschließen. Es werde aber schwierig, wenn ein Einverständnis nicht eindeutig zu erkennen sei. In diesen Fällen sei eine Vertrauensperson wichtig, die die non-verbale Kommunikation deuten könne. Es gehe dabei um Transparenz. Die Vertrauensperson solle in der Kommunikation die Brücke zwischen der behinderten Person und dem potenziellen Sexualpartner bilden. Die Willensentscheidung des behinderten Menschen müsse nachvollziehbar gemacht werden.

Abschließend regte Frau Bentele an, die Verbände frühzeitig an dem Gesetzgebungsvorhaben zu beteiligen. Sie schlug konkret vor, das Forum behinderter Juristinnen und Juristen einzubeziehen.

VIII. Nächste Sitzung

Die nächste Sitzung findet am 12. Juni 2015 im BMJV in der Zeit von 11.00 Uhr bis 17.00 Uhr statt.

4. Sitzung am 12. Juni 2017

Protokoll
der 4. Sitzung der Reformkommission
zur Überarbeitung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches
im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
am 12. Juni 2015
11:00 – 17:00 Uhr

I. Anwesenheit

1. Mitglieder der Reformkommission

- Frau LOStA Birgit Cirullies
- Frau RAin Christina Clemm
- Frau RAin Elke Thom-Eben
- Herr Prof. Dr. Jörg Eisele
- Frau Dr. Anne Herrmann
- Frau Prof. Dr. Tatjana Hörnle
- Herr StA Christian Kohle
- Herr Prof. Dr. Klaus Laubenthal
- Frau VorsRinLG Andrea Röhrig
- Herr KD Jürgen Thiele
- Herr Prof. Dr. Gereon Wolters

An der Teilnahme verhindert war:

Frau RinBGH Dr. Ursula Schneider

2. Für das BMJV

- Herr UAL II A Dr. Bernhard Böhm
- Frau RLn II A 7 Susanne Bunke
- Frau RinAG Dr. Garonne Bezjak
- Herr RiLG Dr. Eric Simon

3. Gäste (von 13.45 Uhr bis 15.45 Uhr)

- Frau Prof. Dr. Julia Zinsmeister (Fachhochschule Köln)
- Frau Monika Egli-Alge (Forensisches Institut Ostschweiz) ab ca. 14.15 Uhr

II. Eröffnung der Sitzung und Begrüßung der Mitglieder

Herr Dr. Böhm eröffnete die Sitzung und begrüßte die anwesenden Mitglieder der Reformkommission. Das Protokoll der 3. Sitzung wurde erörtert. Anmerkungen zum Inhalt des Pro-

tokolls erfolgten nicht. Herr Dr. Böhm wies darauf hin, dass Anmerkungen insoweit zeitnah schriftlich nachgereicht werden können.

III. Fortsetzung der Diskussion aus der vorangegangenen Sitzung vom 8. Mai und weiterer Vortrag zum Themenkomplex 1 „Reformbedarf bei § 177 StGB – Das Für und Wider einer ‚Einverständnislösung‘ und von alternativen Regelungsmöglichkeiten“

Anknüpfend an das Protokoll der 3. Sitzung bestand zunächst das Bedürfnis, erneut in die Diskussion zur Regelungsskizze einzusteigen, die BMJV in der 3. Sitzung vorgestellt hatte. Im Anschluss daran hielt Frau Dr. Herrmann ihr Impulsreferat zur Frage der Notwendigkeit eines Straftatbestandes der sexuellen Belästigung (**Anlage 1**). Herr Thiele referierte zu den Schwierigkeiten bei der polizeilichen Ermittlungsarbeit (**Anlage 2**).

1. Fortsetzung der Diskussion zur Regelungsskizze des BMJVs

Gegen den Entwurf wurde insbesondere vorgebracht, dass § 179 Abs. 1 Nr. 2 StGB-E zu weit gefasst sei. Alternativ wurde die folgende Fassung vorgeschlagen: „Wer im Falle eines Widerstandes aufgrund früherer Verhaltensweisen des Täters eine Gewaltanwendung durch diesen befürchtet / befürchten muss...“. Durch diese Fassung werde sichergestellt, dass die strafwürdigen „Klima-der-Gewalt-Fälle“ erfasst würden. Gegen die Erfassung darüber hinausgehender Nachteile spreche, dass dem Beschuldigten nicht jeder von dem Opfer befürchtete Nachteil angelastet werden könne. Zwar gebe es Fälle, bei denen die sexuelle Handlung aus Berechnung vorgenommen werde. Ein solcher Umstand sei aber nicht strafwürdig.

Darüber hinaus wurde vorgeschlagen, § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB in seiner jetzigen Fassung beizubehalten. Denn § 179 Abs. 1 Nr. 2 StGB-E erfasse – so die vorgebrachte Ansicht - nicht den Fall, dass das Opfer Widerstand nur deswegen unterlasse, weil es keine Hilfe erwarten könne. In diesen Fällen unterlasse das Opfer die Gegenwehr, weil es sich in einer schutzlosen Lage befinde, in der es ausschließlich die sexuelle Handlung als Nachteil befürchte, aber keinen darüber hinausgehenden Nachteil.

Gegen diese Auffassung wurde vorgebracht, dass § 179 Abs. 1 StGB-E deswegen nicht zu weit gefasst sei, weil der Täter den Umstand, dass das Opfer einen erheblichen Nachteil befürchte, ausnutzen müsse. Dies setze voraus, dass er diesen Umstand erkenne und ihn sich für die sexuelle Handlung zunutze mache. Erkennen könne der Täter diesen Umstand nur, wenn hierfür objektive Anknüpfungspunkte vorlägen. Darüber hinaus müsse es der Tä-

ter auf subjektiver Ebene mindestens billigend in Kauf nehmen, dass das Opfer keinen Widerstand leiste, weil es anderenfalls einen erheblichen Nachteil befürchte. Die vorgeschlagene Modifikation, nach der das Opfer den Nachteil befürchten *muss*, sei daher zur Einschränkung des Tatbestandes nicht erforderlich.

Es wurde von BMJV noch einmal erläutert, dass § 179 Abs. 1 Nr. 2 StGB-E alle Fälle des § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB erfasse. Das Opfer unterlasse in den strafwürdigen Fällen der schutzlosen Lage die Gegenwehr, weil es befürchte, der Täter werde über den Widerstand hinweggehen und sein Vorhaben mit Gewalt durchsetzen.

Für den weiteren Diskussionsverlauf kann auf Punkt VI des Protokolls der 3. Sitzung verwiesen werden, denn insoweit wiederholten sich die vorgebrachten Argumente.

2. Impulsreferat von Frau Dr. Herrmann

Frau Dr. Herrmann referierte zu dem Thema „Benötigen wir einen Straftatbestand der sexuellen Belästigung?“ Unter Zugrundelegung der Definition von § 3 Abs. 4 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes stellte sie heraus, unter welchen Umständen die dort genannten Verhaltensweisen nach geltendem Recht strafrechtlich erfasst würden. Danach kam sie zu dem Ergebnis, dass unerwünschte sexuelle Handlungen, die *vor* einer Person vorgenommen werden und das Scham- und Anstandsgefühl dieser Person verletzen, strafbar seien. Ferner werde die unerwünschte Konfrontation mit Darstellungen sexuellen Inhalts vom Ordnungswidrigkeitenrecht geschützt. Demgegenüber seien unerwünschte sexuelle Handlungen *an* einer Person, die weder ein Nötigungs- noch ein Missbrauchselement enthielten, nur in den Grenzen des § 185 StGB als Beleidigung strafbar. Dies gelte selbst dann, wenn die sexuelle Handlung belästigend sei, ein Ärgernis erzeuge oder die Würde der Person verletze. Aus der unterschiedlichen Behandlung von sexuellen Handlungen mit und ohne Körperkontakt ergebe sich ein Wertungswiderspruch. Denn grundsätzlich gehe die Wertung des Gesetzgebers dahin, sexuelle Handlungen mit Körperkontakt als gravierender anzusehen als sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt. Diese Wertigkeit spiegle sich in der gegenwärtigen Rechtslage jedoch nicht wieder. Es bestünde daher ein gesetzlicher Regelungsbedarf für einen Tatbestand der sexuellen Belästigung, der nur die unerwünschten körperlichen Berührungen mit Sexualbezug erfasse. Der folgende Formulierungsvorschlag wurde zur Diskussion gestellt:

„Wer eine andere Person in sexuell bestimmter Weise [*unter Umständen, die geeignet sind, ein Ärgernis zu erregen,*] körperlich berührt und dadurch [*absichtlich oder wissentlich*] belästigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, [*sofern die Tat nicht nach § 185 StGB oder in einer anderen*

Vorschrift des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches mit Strafe bedroht ist]. Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt.“

3. Diskussion

Das von Frau Dr. Herrmann gefundene Ergebnis fand im Wesentlichen die Zustimmung der Kommissionsmitglieder, soweit sie sich äußerten. Die bestehende Inkonsistenz könne in einem Tatbestand mit niedrigem Strafrahmen behoben werden. Weiter wurde bekräftigt, dass sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt ausgeklammert werden sollten. In diesem Rahmen wurde vorgeschlagen, diese Erkenntnis zum Anlass zu nehmen, um § 183 StGB (Exhibitionistische Handlungen) und § 183a StGB (Erregung öffentlichen Ärgernisses) insgesamt zu streichen. Diese Vorschriften seien nicht mehr zeitgemäß, da ein körperlicher Kontakt nicht vorausgesetzt werde. Die vertiefte Diskussion zu dieser Frage wurde auf später verschoben. Inwieweit der sogenannte „Po-Klatscher“ von der vorgeschlagenen Vorschrift erfasst sei, lasse sich nur schwierig prognostizieren. Schließlich wurde überwiegend vertreten, dass der Straftatbestand die Belästigungskomponente enthalten müsse, um die Handlungen auszuscheiden, die dem Opfer gleichgültig seien. Das Merkmal der Belästigung sei der Rechtsprechung auch bereits bekannt. Gegen dieses Merkmal wurde angeführt, dass es wertend sei. Das Erregen eines Ärgernisses wurde zum Teil für überkommen gehalten.

4. Impulsreferat von Herrn Thiele

Herr Thiele führte aus, dass die polizeiliche Ermittlungsarbeit auf die Erlangung von Beweismitteln gerichtet sei. Zur Verfügung stünden der Personalbeweis (Beschuldigter, Zeuge, Sachverständiger) und der Sachbeweis (Augenscheinobjekt, Urkunde). Die Beweismittel eigneten sich jedoch kaum, um eine Aussage über das Vorliegen oder Fehlen des Einverständnisses mit einer sexuellen Handlung zu treffen. Denn das Einverständnis sei in erster Linie subjektiv geprägt. Merkmale wie „Gewalt“, „Bedrohung“, „Gegenwehr“, „Fluchtversuch“ etc. seien der Beweisbarkeit demgegenüber besser zugänglich.

Die Diskussion zu dem Impulsreferat konnte im Hinblick auf die geladenen Gäste nicht mehr angeschlossen werden.

IV. Vorträge von Frau Prof. Zinsmeister und Frau Egli-Alge zum Themenkomplex 2: „Reformbedarf bei § 179 StGB (Sexueller Missbrauch widerstandsunfähiger Personen)“ mit anschließender Diskussion

Frau Prof. Zinsmeister stellte die wesentlichen Aspekte ihres Impulsreferates (**Anlage 3**) vor. Ein Viktimisierungsrisiko bestehe insbesondere darin, dass Menschen mit Behinderung, die in erheblichem Maß auf Pflege und Unterstützung angewiesen seien, der Eindruck vermittelt

werde, dass jeder sie körperlich berühren dürfe. Ferner könnten intellektuelle und psychische Beeinträchtigungen es dem betroffenen Menschen erschweren, Situationen realistisch einzuschätzen, den Willen differenziert zum Ausdruck zu bringen und adäquat auf Grenzverletzungen zu reagieren. Zum Teil seien behinderte Menschen aufgrund des erschwerten Zugangs zu Informationen sexuell weniger aufgeklärt, was sie zusätzlich in ihrer Urteilskraft und Artikulationsmöglichkeit beeinträchtige. Im Hinblick auf einvernehmliche sexuelle Kontakte sei zu beobachten, dass die Einrichtungen der Behindertenhilfe den Betroffenen wenig Raum für Selbstbestimmung im Alltag lasse. Schließlich wies Frau Prof. Zinsmeister darauf hin, dass Krankheiten und Behinderungen nur selten zu einem vollständigen Ausschluss der Willensbildung einer Person führten. Weitaus häufiger seien Fälle, bei denen die Fähigkeit der betroffenen Person zur freien Selbstbestimmung lediglich vermindert sei. Gleichwohl würden die Gerichte auch in den letztgenannten Fällen häufig zu einer Verurteilung nach § 179 StGB anstelle von § 177 StGB kommen und zwar selbst dann, wenn der Widerstandswille erkennbar geäußert worden sei oder gar Widerstand geleistet worden sei.

Frau Egli-Alge teilte eingangs mit, dass Menschen mit Lernbehinderungen oder geistigen Behinderungen dieselben Grundbedürfnisse hätten wie nicht behinderte Menschen. Außerdem könnten auch derart behinderte Menschen durchaus wissen, was sie wollen und was sie nicht wollen. Es fehle ihnen jedoch häufig an sozialen Kenntnissen und Kommunikationsfertigkeiten, um ihren Wünschen und Bedürfnissen Ausdruck zu verleihen. Sie seien daher auf Unterstützung angewiesen. Insbesondere bedürfe es Präventions- und Schutzkonzepten, damit sie ihre Sexualität in jeder Hinsicht risikoarm leben könnten (vgl. **Anlage 4**).

In der sich anschließenden Diskussion betonten beide Expertinnen, dass behinderten Menschen die Möglichkeit gegeben werden müsse, ihre Sexualität zu leben. Anderenfalls würden sie zu Gunsten einer – vielleicht auch nur unterstellten Vulnerabilität – sexuell entmündigt. Die eigene Sexualität sei auch dann zu respektieren, wenn die behinderte Person hierdurch – etwa in bestimmten emotionalen Ausnutzungssituationen durch nicht behinderte Personen – voraussehbar schlechte Erfahrungen sammle. Denn dies gehöre zur Ausbildung der sexuellen Selbstbestimmung bei jedem Menschen dazu. Es sei lediglich erforderlich, dass es sich um einvernehmlichen sexuellen Verkehr handele. Ein solcher liege vor, wenn der behinderte Mensch im Hinblick auf den sexuellen Kontakt einen entsprechenden „rudimentären natürlichen Willen“ gebildet habe. Dabei sei zu betonen, dass dieser faktische Wille für das Einverständnis ausreiche. Ein sogenannter „informed consent“, über den Behinderte häufig auch aufgrund von mangelhafter Sexualaufklärung nicht verfügten, sei nicht erforderlich. Das Fehlen eines „informed consents“ könne lediglich zu einer Art Motivirrtum führen, wie er bei je-

dem Menschen vorkommen könne. Gleichwohl müssten die Bestrebungen dahingehen, Behinderte in ihrer Sexualität pädagogisch zu begleiten.

Liege dem sexuellen Kontakt jedoch ein Abhängigkeitsverhältnis zugrunde, sei dieser Umstand strafwürdig. Diese Schwelle sei nach Auffassung von Frau Prof. Zinsmeister aber zum Beispiel noch nicht erreicht, wenn der nicht behinderte Sexualpartner dem behinderten Menschen in Aussicht stelle, ihn nicht mehr zu besuchen, wenn er Sexualität ablehne. Denn es gebe in vielen Beziehungen Ungleichgewichte, die einen einvernehmlichen Sexualverkehr gleichwohl nicht ausschließen.

V. Nächste Sitzung

Die nächste Sitzung findet am 10. Juli 2015 im BMJV in der Zeit von 11.00 Uhr bis 17.00 Uhr statt. Diese Sitzung soll sich schwerpunktmäßig mit dem Thema „Sexueller Missbrauch von Kindern und Jugendlichen“ befassen. Neben dem Unabhängigen Beauftragten für Fragen des sexuellen Kindesmissbrauchs soll auch Herr Prof. Dr. Günter, Ärztlicher Direktor der Kinder- und Jugendpsychiatrie des Klinikums Stuttgart, als Sachverständiger sowohl zu den verschiedenen im 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB genannten Schutzaltersstufen als auch zur Frage der Schädigung von Kindern durch sexuelle Handlungen mit und ohne Körperkontakt gehört werden.

5. Sitzung am 10. Juli 2015

Protokoll
der 5. Sitzung der Reformkommission
zur Überarbeitung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches
im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
am 10. Juli 2015
11:00 – 17:00 Uhr

I. Anwesenheit

1. Mitglieder der Reformkommission

- Frau LOStAin Birgit Cirullies
- Frau RAin Christina Clemm
- Herr Prof. Dr. Jörg Eisele
- Herr Prof. Dr. Klaus Laubenthal
- Frau RinBGH Dr. Ursula Schneider
- Herr KD Jürgen Thiele
- Frau RAin Elke Thom-Eben

An der Teilnahme verhindert waren:

- Frau Dr. Anne Herrmann
- Frau Prof. Dr. Tatjana Hörnle
- Herr StA Christian Kohle
- Frau VorsRinLG Andrea Röhrig
- Herr Prof. Dr. Gereon Wolters

2. Für das BMJV

- Herr UAL II A Dr. Bernhard Böhm
- Frau RLn II A 7 Susanne Bunke
- Frau RinAG Dr. Garonne Bezjak
- Herr RiLG Dr. Eric Simon

3. Gäste:

- Von 11.00 bis 12.00 Uhr:
 - Herr Johannes Wilhelm Rörig (Unabhängiger Beauftragter für Fragen des sexuellen Kindesmissbrauchs von 11.00 Uhr bis 12.00 Uhr)

- Frau Dr. Manuela Stötzel (Referentin des Unabhängigen Beauftragten von 11.00 Uhr bis 12.00 Uhr)
- Von 13.45 Uhr bis 15.15 Uhr:
 - Herr Prof. Dr. Michael Günter (Ärztlicher Direktor der Klinik für Kinder- und Jugendpsychiatrie und Psychotherapie von 13.45 Uhr bis 15.15 Uhr)

II. Eröffnung der Sitzung und Begrüßung der Mitglieder

Herr Dr. Böhm eröffnete die Sitzung und begrüßte die anwesenden Mitglieder der Reformkommission. Da das Protokoll der 4. Sitzung erst kurzfristig am 9. Juli 2015 versandt werden konnte, war eine Erörterung nicht möglich. Herr Dr. Böhm bat um kurzfristige Rückmeldung, wenn es Anmerkungen zum Protokoll geben sollte.

III. Anhörungen und Vorträge zum Themenkomplex 3: „Reformbedarf bei den Straftatbeständen des sexuellen Missbrauchs von Kindern und Jugendlichen und des sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen“

Die Reformkommission hatte Herrn Rörig zu der Thematik eingeladen. An die Anhörung von Herrn Rörig schloss sich der Vortrag von Herrn Prof. Günter an (**Anlage 1**). Darüber hinaus hielt Frau Dr. Bezjak ein Impulsreferat zu Empirie und Reformbedarf zum sexuellen Missbrauch von Kindern (**Anlage 2**).

1. Vortrag von Herrn Rörig mit anschließender Diskussion

Herr Rörig sprach einleitend davon, dass der sexuelle Missbrauch von Kindern eine riesige Dimension aufweise. 100.000 Fälle pro Jahr blieben im Dunkelfeld. Knapp unter 10 % aller Kinder würden in der Kindheit sexuelle Übergriffe erfahren. Um gegen den sexuellen Missbrauch von Kindern vorzugehen, gebe es zwei Säulen: Die eine Säule bestehe aus der institutionellen Prävention in Kitas, Schulen etc. Die andere Säule stelle das Strafrecht als weiteres Präventionsstandbein dar.

Im Einzelnen unterbreitete Herr Rörig die folgenden Vorschläge²²⁰:

²²⁰ Die sich anschließende Diskussion wird aus Gründen der Übersichtlichkeit den einzelnen Vorschlägen direkt zugeordnet, soweit sie Gegenstand der Diskussion waren. Tatsächlich fand die Diskussion im Anschluss an den Vortrag von Herrn Rörig statt.

a) Erweiterung des Täterkreises in § 174 StGB (Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen) auf nicht-pädagogisches Personal

§ 174 StGB sei gegenwärtig zu eng: Hausmeister, Schulköche, Busfahrer etc. seien potenzielle Täter und könnten aufgrund ihrer Autorität in der Schule ein Machtgefälle aufbauen. Es sei nicht akzeptabel, dass etwa ein Hausmeister mit einer 14 bzw. 15-jährigen eine straffreie sexuelle Beziehung unterhalten könne. Das Opfer könne in dieser Konstellation nicht freigestimmt sexuell agieren.

Diskussion: Die Strafbarkeit des nicht pädagogischen Personals sei durch § 182 Abs. 3 StGB (Sexueller Missbrauch von Jugendlichen) hinreichend abgedeckt. Im Hinblick auf das autoritäre Machtgefälle sei es ferner ein Unterschied, ob der Schutzbefohlene mit einem Hausmeister oder einem Lehrer konfrontiert werde.

b) Vereinheitlichung der Schutzaltersgrenzen

Die Schutzaltersgrenzen seien unübersichtlich. Die Abhängigkeit in Institutionen schränke die sexuelle Selbstbestimmung bei allen Personen unter 18 Jahren erheblich ein. Deshalb sei die Schutzaltersgrenze sowohl in § 174 StGB als auch in § 180 StGB (Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger) und § 182 StGB einheitlich auf 18 Jahre festzusetzen.

Diskussion: Teilweise wurde vorgetragen, dass die absoluten Altersgrenzen zwar aus Beweisgründen erforderlich seien, es sich aber gleichwohl um willkürlich gezogene Grenzen handele. Das Erfordernis einer 18-Jahresgrenze könne bezweifelt werden. Es wurde die Frage erörtert, ob sich dynamische Schutzaltersgrenzen realisieren ließen, mit denen besser auf die individuelle Entwicklung der Betroffenen abgestellt werden könne (z. B. bestimmter Altersabstand zwischen Täter und Opfer erforderlich). Diese Idee fand jedoch keine Mehrheit.

c) Strafbarkeit des versuchten Cybergroomings gem. § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB

Der Versuch des Einwirkens auf ein Kind durch Schriften in sexueller Absicht sei unter Strafe zu stellen, um denjenigen bestrafen zu können, der nur irrig davon ausgeht, es handele sich bei dem Gesprächspartner im Internet um ein Kind, wobei es sich tatsächlich um einen verdeckten Ermittler handele. Der Beschuldigte bringe durch dieses Verhalten seine kriminelle Energie voll zum Ausdruck und sei daher nach den Regeln des Versuchs zu bestrafen.

Ferner sei § 180 StGB dahingehend zu erweitern, dass das Anwerben eines Jugendlichen zum Zwecke der Vornahme sexueller Handlungen strafbar sei, die mittels einer Webcam übertragen werden sollen.

Schließlich sei Artikel 4 der Richtlinie 2011/93/EU vom 13. Dezember 2011 zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI des Rates (RL 2011/93/EU) hinsichtlich des Strafrahmens nicht in deutsches Recht umgesetzt. Artikel 4 Abs. 3 RL 2011/93/EU sehe eine Freiheitsstrafe mit einem Höchstmaß von mindestens 8 Jahren vor. Inhaltlich gehe es dabei um die Mitwirkung an pornographischen Darbietungen.

Im Hinblick auf 184b StGB (Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften) gebe es keine weiteren Forderungen. Es sei sehr gut, dass das Gesetz nunmehr klarstelle, welche Bilder der Strafbarkeit zugänglich sind.

Diskussion: Das Erfordernis für die Einführung der Versuchsstrafbarkeit wurde bezweifelt, weil das Einwirken auf einen Polizeibeamten bereits gegenwärtig eine Grundlage für Ermittlungsmaßnahmen und Gefährderansprachen biete. Hiergegen wurde vorgebracht, dass der Sachverhalt für den Erlass eines Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschlusses nicht ausreichend sei. Real existierende Ablehnungsbeschlüsse seien jedoch nicht bekannt. Für den Fall, dass man eine Versuchsstrafbarkeit wolle, müsse § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB tatbestandlich angereichert werden.

d) Strafschärfung in § 179 StGB (Sexueller Missbrauch widerstandsunfähiger Personen)

Menschen mit Behinderung seien einem erhöhten Missbrauchsrisiko ausgesetzt, das bis zu zwei- bis dreimal über dem normalen Missbrauchsrisiko liege. Die Täter suchten sich die Opfer aus strategischen Gründen gezielt aus, weil die Tat schwieriger zu beweisen sei. Die Istanbul-Konvention schlage insoweit Strafschärfungsgründe vor, die in das deutsche Recht transferiert werden müssten.

e) Abschaffung des Begriffs „Kinderpornographie“

Der Begriff lege nahe, dass es legale Kinderpornographie geben könnte. Tatsächlich handle es sich jedoch um die Darstellung von sexuellem Kindesmissbrauch. Es solle daher besser von „Missbrauchsdarstellungen“ gesprochen werden.

Diskussion: In diesem Zusammenhang wurde die Frage aufgeworfen, ob der Begriff „Sexueller Missbrauch“ nicht ebenfalls überarbeitungsbedürftig sei, weil der Begriff suggeriere, dass es einen legalen sexuellen Gebrauch gebe. Dagegen führte Herr Rörig an, dass es sich trotz dieser Interpretationsmöglichkeit nach Auskunft der Gesellschaft für Deutsche Sprache um einen inzwischen eingeführten und anerkannten Sprachgebrauch handele, der nicht verändert werden sollte. Hieran anknüpfend wurde von einigen Mitgliedern der Reformkommission vorgetragen, dass dasselbe für den Begriff „Kinderpornographie“ gelten sollte. Im Hinblick auf den Begriff „Missbrauchsdarstellungen“ wurde es als problematisch angesehen, dass die dargestellte Kinderpornographie nicht deckungsgleich mit den Missbrauchshandlungen in § 176 StGB sein müssten. Es müsse daher ein Begriff gefunden werden, der das Gemeinte abbildet und darüber hinaus eine Abgrenzung zu bloßen Nacktbildern ermögliche. Das Ersetzen des Begriffes Kinderpornographie bringe daher aus strafrechtlicher Sicht keinen Mehrwert.

f) Inflationäre Anwendung der §§ 153, 153a StPO auf Delikte nach § 184b StGB und § 174 StGB

Diesbezüglich bestünde etwa im Vergleich zur Strafbarkeit wegen des unbefugten Herunterladens von Musik ein deutliches Missverhältnis. Außerdem sei es nicht akzeptabel, dass kein Eintrag in das Bundeszentralregister erfolge. Im Zuge der Einstellung werde dem Täter vermittelt, dass die Nutzung von Kinderpornographie geduldet werde und das Verhalten grundsätzlich in Ordnung sei. Dieser Entwicklung sei mit einer erhöhten Mindeststrafe entgegenzuwirken.

Diskussion: Einstellungen nach §§ 153, 153a StPO seien abhängig vom Einzelfall gerechtfertigt, weil es Fälle gebe, die im unteren Bereich der Strafwürdigkeit lägen. Es sei nicht zutreffend, dass das Herunterladen von Musik geringer bestraft werde als das Herunterladen von Kinderpornographie.

g) Verhängung höherer Strafen bei Straftaten nach § 176 StGB (Sexueller Missbrauch von Kindern)

In der Praxis würden überwiegend nur geringe Strafen verhängt. Die Verhängung einer Geldstrafe unter 90 Tagessätzen sei aber dem Opfer nur schwierig vermittelbar. Im Hinblick auf die Verurteilungen bestünde ein Missverhältnis zwischen § 242 StGB (Diebstahl) und § 176 StGB. Es werde die Forderung von MdB Frau Dr. Launert (CSU) aufgegriffen, nach der eine Mindestfreiheitsstrafe mit einer Therapieauflage verhängt werden solle. Die Aufstufung zum Verbrechen werde jedoch von Herrn Rörig nicht gefordert.

Diskussion: Im Hinblick auf die Strafhöhe sei es allein den Gerichten überlassen, eine tat- und schuldangemessene Strafe zu finden. Um eine fundierte Kritik üben zu können, müsste man sich zunächst die Einzelfälle ansehen. Gegen die Einführung einer Standardtherapieauflage spreche, dass eine wirksame Therapie Freiwilligkeit voraussetze. Es sei ferner zu bedenken, dass nicht jeder Täter therapiebedürftig sei. Bei vielen Tätern handele es sich um Gelegenheitstäter. Es sei auch nicht jeder Täter pädophil.

h) Verjährung

Die mit dem 49. Strafrechtsänderungsgesetz vom 21. Januar 2015 vorgenommene Anhebung des Ruhenszeitraums in § 78b (Ruhens) vom 21. auf das 30. Lebensjahr sei vernünftig. Die Regelung stoße auch bei Betroffenenverbänden auf zunehmende Akzeptanz. Weitergehende Forderungen würden nicht erhoben.

Diskussion: Der ganz überwiegende Teil der Reformkommission hielt eine Anhebung der Verjährung ebenfalls nicht für erforderlich. Teilweise wurde die bestehende Verjährungsfrist für zu weitgehend gehalten. Das Opfer könne die Tat nach gegenwärtiger Rechtslage ggf. bis zum 50. Lebensjahr anzeigen. Der Täter sei dann ggf. schon 20 Jahre älter. Den Betroffenen gehe es häufig in erster Linie darum, über das erfahrene Leid zu berichten. Das müsse aber nicht zwingend vor Gericht erfolgen. Dagegen wurde vorgetragen, dass in der besonderen Konstellation des sexuellen Missbrauchs von Kindern gerade kein Rechtsfrieden eintrete. Es sei im Gegenteil so, dass der Einstellungsbescheid traumatisierend auf das Opfer wirken könne. Der Erlass eines solchen Einstellungsbescheids werde aber mit zunehmendem Zeitablauf andererseits gerade auch wahrscheinlicher.

i) Kostenlose Rechtsberatung vor der Erstattung einer Strafanzeige

Strafverfahren seien für die Betroffenen eines sexuellen Kindesmissbrauchs äußerst belastend, so dass diesbezüglich eine kostenlose Erstberatung zu garantieren sei.²²¹ Das Thema sei im Juni 2015 im Rechtsausschuss beraten worden. Neben der Diskussion zu den von Herrn Rörig vorgetragenen Punkten wurde vorgeschlagen, dass sich Herr Rörig auch für die Fortbildung von Richtern und Staatsanwälten auf dem Gebiet des sexuellen Kindesmissbrauchs stark machen solle. Außerdem sei das Akteneinsichtsrecht der Nebenklage auch in „Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen“ sicherzustellen. Schließlich müssten die Verfah-

²²¹ Rörig verwies in diesem Zusammenhang auf Hörnle, Tatjana / Klingbeil, Stefan / Rothbart, Katja, Sexueller Missbrauch von Minderjährigen: Notwendige Reformen im Strafgesetzbuch, Berlin, 2014, S. 84 f.

ren beschleunigt durchgeführt werden. Die Kommission war sich dahingehend einig, dass die Diskussion zu diesen prozessualen Punkten zu einem späteren Zeitpunkt fortgesetzt werden soll.

2. Vortrag von Herrn Prof. Günter mit anschließender Diskussion

Herr Prof. Günter trug sowohl zu den Schutzaltersgrenzen als auch zu den Auswirkungen von sexuellen Handlungen auf das Kind vor. Die von den verschiedenen Ländern gewählten Schutzaltersgrenzen seien im Wesentlichen von kulturellen Vorstellungen abhängig und variierten entsprechend. Das durchschnittliche Alter für den ersten Geschlechtsverkehr habe sich in den letzten 30 Jahren deutlich nach unten bewegt. Jugendliche nähmen bereits sehr früh vor allem im Internet sexuelle Kontakte vorwiegend mit Gleichaltrigen auf. Diese Entwicklung führe jedoch nicht dazu, dass die Fähigkeit zur vollen sexuellen Selbstbestimmung ebenfalls früher einsetze. Für das ungestörte Durchlaufen der einzelnen Entwicklungsphasen sei ein Freiraum sexueller Selbsterprobung mit Gleichaltrigen erforderlich, der nicht von Erwachsenen kontaminiert werden dürfe. Denn die psychosexuellen Interessen eines Kindes unterschieden sich essentiell von der psychischen Bedeutung, die Sexualität für einen Erwachsenen habe. Die normativ festgestellten Schutzaltersgrenzen stünden mit dem psychosexuellen Entwicklungsstand nicht immer im Einklang. Gleichwohl sollten die Schutzaltersstufen beibehalten und nicht nach unten verschoben werden. Jugendliche könnten sich gerade im Internet nur schwierig gegen sexuelle Konfrontationen abgrenzen. Die in den §§ 174, 176, 182 Abs. 1 und 2 StGB gewählten Schutzaltersgrenzen seien nicht zu beanstanden. Zu § 182 Abs. 3 StGB seien Prof. Günter auch aus seiner Tätigkeit als Gerichtsgutachter nur wenig Fälle bekannt. Er finde es auch schwierig, die Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung zu definieren. In Bezug auf behinderte Opfer gelte, dass eine verbesserte Sexualpädagogik erforderlich sei.

Zu den Folgen des sexuellen Missbrauchs führte Herr Prof. Günter aus, dass es zwei Hauptmerkmale gebe, die die psychische Situation maßgeblich charakterisierten: Zum einen erlebten die Kinder Ohnmacht, Hilflosigkeit und Unterwerfung. Dies könne zu einer Identifikation mit dem Aggressor als Überlebensstrategie führen. Zum anderen sei das Schweigegebot essentieller Bestandteil der sexuellen Gewalt gegen Kinder. Hierdurch würden Verlässlichkeit, Vertrauen und Realitätsorientierung maßgeblich beeinträchtigt. Die Symptome des sexuellen Missbrauchs seien unspezifisch. Einige psychiatrische Erscheinungen würden gehäuft auftreten (z. B. Borderline, Depression). Auf der anderen Seite lasse sich sagen, dass abhängig vom Schweregrad der Gewalt bis zu 50% der Kinder die Traumatisierung ohne psychische Belastung überlebten (Langzeittrend: Bis zu 80%). Nach umstrittener The-

se gelte, je jünger das Kind, desto verletzlicher sei es. Eine genaue Zuordnung von der Art der Traumatisierung zur Schädigungsfolge lasse sich nicht vornehmen. Dem Strafverfahren komme eine wichtige Bedeutung zu, weil es unabhängig vom Ausgang des Verfahrens klarstelle, was Recht und Unrecht sei. Hierdurch werde das Opfer reintegriert.

Diskussion: Auf die Nachfrage, welche Folgen ein sexueller Übergriff nach § 174 StGB haben könne, antwortete Herr Prof. Günter, dass Traumata auch durch Täter verursacht werden könnten, die außerhalb der Familie stünden. Es sei allerdings grundsätzlich traumatisierender, wenn sexuelle Übergriffe innerhalb der Familie von der Familie stillschweigend gebilligt würden.

Auf die Frage, ob es Unterschiede im Hinblick auf das Geschlecht des Kindes gebe, teilte Herr Prof. Günter mit, dass Jungen tendenziell externalisiert und Mädchen internalisiert auf sexuelle Übergriffe reagierten.

Auf weitere Nachfrage teilte Herr Prof. Günter mit, dass man durchaus sagen könne, dass sexuelle Handlungen an Kindern typischerweise geeignet seien, eine Schädigung beim Kind hervorzurufen. Das gelte sowohl für Missbrauchshandlungen mit als auch ohne Körperkontakt. Entscheidend sei, dass Kinder aus psychiatrischer Sicht vor der Sexualität Erwachsener zu schützen seien.

3. Impulsreferat von Frau Dr. Bezjak und Diskussion

Frau Dr. Bezjak stellte hinsichtlich der folgenden Punkte einen Reformbedarf zur Diskussion:

a) Die starre Altersgrenze – Umgang mit nicht strafwürdigen tatbestandlichen Handlungen

Es gebe Tathandlungen, bei denen das Unrecht der Tat gering oder gar nicht vorhanden sei (z. B. die Vornahme sexueller Handlungen zwischen einem 14-jährigen und einer 13-jährigen). Gegenwärtig seien derartige Fälle einer prozessualen Einstellung nach den §§ 153, 153a StPO, §§ 45, 47 JGG zugänglich. Dabei handele es sich zwar um einen gangbaren Weg. Vorzugswürdig sei jedoch eine materiell-rechtliche Lösung, da strafunwürdige tatbestandliche Handlungen dem Tatbestand des § 176 StGB untrennbar anhafteten. Die vergleichbare Situation sei für § 174 StGB anerkannt worden. Gemäß § 174 Abs. 4 StGB könne das Gericht von Strafe absehen, wenn das Unrecht der Tat gering sei.

Diskussion: Gegen den Vorschlag der Einführung einer Regelung, die § 174 Abs. 4 StGB vergleichbar ist, wurde vorgetragen, dass für derartige Fälle das JGG hinreichende Möglichkeiten einer Einstellung biete. Es bestünde ferner die Gefahr, dass eine solche Regelung zu viele Fälle erfasse, bei denen das Gericht von Strafe absehen könne.

b) § 176 Abs. 1, 2. Variante StGB: Das „An sich Vornehmen lassen“ der sexuellen Handlung durch Unterlassen

Frau Dr. Bezjak vertrat die Auffassung, dass § 176 Abs. 1, 2. Variante StGB weder ein echtes noch ein unechtes Unterlassungsdelikt darstelle. Daraus ergebe sich, dass eine Strafbarkeit in den seltenen Fällen nicht eintrete, in denen das Kind eigeninitiativ eine sexuelle Handlung an dem Täter vornehme und diese vollkommen passiv vom Täter geduldet werde. Das Verhalten sei zwar selten, aber strafwürdig, da die ungestörte sexuelle Entwicklung und die ungestörte Gesamtentwicklung des Kindes gefährdet würden. Denn das Kind bleibe entgegen der Wertung des Gesetzgebers nicht frei von sexueller Interaktion.

Diskussion: Die Erweiterung des Tatbestandes um Fälle, in denen der Täter die sexuelle Handlung des Kindes passiv duldet, wurde teilweise befürwortet, da das Kind trotz der Eigeninitiative mit der Sexualität eines Erwachsenen konfrontiert werde. Dagegen wurde angeführt, dass dem Täter für eine Strafbarkeit ein Mindestmaß an Aktivität abverlangt werden müsse.

c) Der minder schwere Fall

§ 176 Abs. 1 und 2 StGB würden keine Möglichkeit der Bestrafung von minder schweren Fällen des Grunddeliktes vorsehen. Dies sei kritisch zu sehen, weil es sexuelle Handlungen gebe, die nur einen verminderten Unrechtsgehalt aufwiesen. Ferner ergäben sich Friktionen mit dem minder schweren Fall des schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern gemäß § 176a Abs. 1 und 4 StGB, die dazu führten, dass der Rückfalltäter grundlos privilegiert werde (niedrigere Mindeststrafe als bei § 176 Abs. 1 und 2 StGB). Es sei daher zu erwägen, den minder schweren Fall für § 176 Abs. 1 und 2 StGB wieder einzuführen.

Diskussion: Die Wiedereinführung des minder schweren Falles wurde überwiegend begrüßt. Es sei zu überlegen, ob ein solcher nicht auch in Bezug auf § 176a Abs. 3 StGB Eingang finden sollte. Es wurde darauf hingewiesen, dass die Wiedereinführung politisch schwierig werden dürfte und zwar insbesondere in Kombination mit einer Vorschrift, die § 174 Abs. 4 StGB vergleichbar sei. Als Alternative könne – um den Wertungswiderspruch zwischen dem

Strafraumen vom minder schweren Fall in § 176a Abs. 4 StGB zum einen und dem von § 176 Abs. 1 und 2 StGB zum anderen aufzulösen - der Strafraumen in § 176a Abs. 4 StGB erhöht werden.

d) § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB: Die Vornahme sexueller Handlungen vor einem Kind

§ 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB erfasse nicht den Fall, dass ein Beschuldigter vor einem Kind sexuelle Handlungen an sich von einem Dritten vornehmen lässt. Die Vornahme sexueller Handlungen durch den Beschuldigten an einem Dritten werde demgegenüber erfasst. In beiden Fällen verwirkliche der Beschuldigte dasselbe Unrecht, so dass auch in Bezug auf den ersten Fall eine täterschaftliche Begehung vorgesehen werden sollte.

Diskussion: Es wurde die Frage aufgeworfen, ob die Kriminalisierung der vorgeschlagenen Tathandlung wirklich nötig sei. Hiergegen wurde angeführt, dass es sich auch insoweit um die Konfrontation des Kindes mit erwachsener Sexualität handele, die nach den Ausführungen von Prof. Günter strafwürdig sei.

e) § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB: Das Einwirken auf ein Kind durch Schriften

Die Vorschrift regule das sogenannte Cybergrooming. Dabei werde vielfach die Einführung einer Versuchsstrafbarkeit gefordert, um Fälle zu erfassen, bei denen der Täter nur irrig davon ausgeht, mit einem Kind zu chatten, obwohl es sich tatsächlich um einen verdeckten Ermittler handelt. Ein solches Verhalten stelle nach Auffassung von Frau Dr. Bezjak eine hinreichende Grundlage für den Erlass eines Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschlusses dar. Denn der Beschuldigte sei hinreichend verdächtig, bereits echte Kinder für sexuelle Handlungen kontaktiert zu haben. Daher könne die Polizei auf der Grundlage der landesrechtlichen Polizeivorschriften auch eine Gefährderansprache durchführen. Wolle man gleichwohl eine Versuchsstrafbarkeit herbeiführen, müsse § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB im objektiven Tatbestand gehaltvoller ausgestaltet werden als dies bislang der Fall ist. Eine tatbestandliche Ergänzung könne sich an Artikel 23 der Lanzarote-Konvention orientieren.

Ferner warf Frau Dr. Bezjak im Hinblick auf die Aufnahme der Informations- und Kommunikationsmittel die Frage auf, ob es nicht besser wäre, den Schriftenbegriff in § 11 Abs. 3 StGB an die Herausforderungen der modernen Technik anzupassen.

Auf der subjektiven Ebene erfasse das Absichtserfordernis nicht, dass der Täter selbst sexuelle Handlungen vor dem Kind im Sinne des § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB vornehmen will. Hierfür gebe es keinen plausiblen Grund.

Diskussion: Das Cybergrooming und der Schriftenbegriff sollen in eigenen Tagesordnungspunkten zu einem späteren Zeitpunkt erörtert werden.

f) § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB: Einwirken auf das Kind mit einem ungebildeten, geschriebenen, pornographischen Text

Die Vorschrift erfasse nicht das Einwirken auf das Kind mit einem ungebildeten, geschriebenen, pornographischen Text, obwohl auch insoweit eine Rechtsgutsgefährdung eintreten könne. Die Vorschrift sei entsprechend zu ergänzen.

Diskussion: Der Vorschlag wurde für nachvollziehbar gehalten, wurde aber nicht vertieft diskutiert.

g) § 176 Abs. 5 StGB: Vorbereitungshandlungen

Es sei zu kritisieren, dass das nicht ernst gemeinte Versprechen des Nachweises eines Kindes und das nicht ernst gemeinte Anbieten eines Kindes nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers vom Tatbestand erfasst würden. Eine Rechtsgutsgefährdung könne durch ein solches Verhalten nicht eintreten. Es bestünden daher verfassungsrechtliche Bedenken.

Ferner wird vorgeschlagen, § 176 Abs. 4 Nr. 3 und Nr. 4 StGB als Bezugstat des § 176 Abs. 5 StGB herauszunehmen, da dies die Strafbarkeit weit ins Vorfeld verlagern würde (§ 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB) bzw. die Strafbarkeit überzogen sei (§ 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB).

Diskussion: Die Beschränkung auf ernst gemeinte Tathandlungen wurde teilweise begrüßt. § 30 StGB (Versuch der Beteiligung) setze ebenfalls die Ernsthaftigkeit voraus, obwohl die Vorschrift auf Verbrechen beschränkt sei. Es sei daher nicht einzusehen, dass § 176 Abs. 5 StGB, der Vergehen einbeziehe, zusätzlich nicht ernst gemeinte Handlungen umfasse. Zum Teil wurde die Beschränkung auf die Ernstlichkeit abgelehnt, da der Erklärungsempfänger dem Scherzerklärenden etwa Geld bieten könnte, so dass die Vereinbarung doch ernst werde. Hiergegen wurde allerdings argumentiert, dass dies eine neue Situation begründe, nach der sich der Erklärende strafbar mache, wenn er in Anbetracht des Geldes den Nachweis entgegen seiner ursprünglichen Absicht nunmehr doch ernsthaft zusage.

Die Beschränkung des Tatbestandes auf ernst gemeinte Angebote und Versprechen biete dem Täter allerdings die Möglichkeit von Schutzbehauptungen. Eine Lösung könne darin

bestehen, in Anlehnung an § 186 StGB (Üble Nachrede) eine Art Beweislastumkehr einzuführen („wenn nicht diese Tatsache erweislich wahr ist“).

Hinsichtlich der Umsetzung wurde überlegt, die Vorbereitungshandlungen komplett in einer eigenen Vorschrift zu regeln.

h) Qualifikationen

Die Qualifikationen der §§ 176a, 177 und 179 StGB wiesen Widersprüche auf, auf die jedoch im Rahmen des weiteren Verlaufs der Reformkommission noch gesondert einzugehen sein wird.

IV. Nächste Sitzung

Für das nächste Treffen ist eine Doppelsitzung vorgesehen, die am 20. und am 21. August 2015 in der Zeit von 11.00 Uhr bis 17.00 Uhr im BMJV stattfinden soll. Ein Ablaufplan soll gesondert versandt werden.

6. Sitzung am 20. August 2015

Protokoll
der 6. Sitzung der Reformkommission
zur Überarbeitung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches
im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
am 20. August 2015
11:00 – 17:00 Uhr

I. Anwesenheit**1. Mitglieder der Reformkommission**

- Frau LOStAin Birgit Cirullies
- Frau Dr. Anne Herrmann
- Frau Prof. Dr. Tatjana Hörnle
- Herr StA Christian Kohle
- Herr Prof. Dr. Klaus Laubenthal
- Herr Peter Marx
- Frau RinBGH Dr. Ursula Schneider
- Herr KD Jürgen Thiele
- Frau RAin Elke Thom-Eben (ab ca. 12.00 Uhr)
- Herr Prof. Dr. Gereon Wolters

An der Teilnahme verhindert waren:

- Frau RAin Christina Clemm
- Herr Prof. Dr. Jörg Eisele
- Frau VorsRinLG Andrea Röhrig

2. Für das BMJV

- Herr UAL II A Dr. Bernhard Böhm
- Frau RLn II A 7 Susanne Bunke
- Frau RinAG Dr. Garonne Bezjak

II. Eröffnung der Sitzung und Begrüßung der Mitglieder

Herr Dr. Böhm eröffnete die Sitzung und begrüßte die anwesenden Mitglieder der Reformkommission. Daran anschließend verabschiedete er Frau Dr. Herrmann, die der Reformkommission aufgrund eines beruflichen Wechsels zukünftig nicht mehr angehören kann. Herr Dr. Böhm bedauerte diesen Umstand und dankte Frau Dr. Herrmann für ihre geleistete Ar-

beit. Gleichzeitig stellte er Herrn Marx vor, der zukünftig als Vertreter des Justizministeriums des Landes Baden-Württemberg die Reformkommission verstärken wird.

In Anbetracht der Doppelsitzung sprach Herr Dr. Böhm im Namen des BMJV eine Einladung zum Abendessen aus.

Änderungswünsche zu den vorausgegangenen Protokollen wurden nicht erklärt. Herr Dr. Böhm stellte fest, dass die Protokolle damit angenommen seien.

III. Organisatorische Fragen

Herr Dr. Böhm und Frau Bunke informierten die Teilnehmer über ein anhängiges IFG-Verfahren bzw. presserechtliches Auskunftsverfahren. Der Antragsteller, ein Journalist, begehre die Herausgabe bestimmter Informationen aus der laufenden Arbeit der Reformkommission.

Darüber hinaus schlug Frau Bunke vor, im Rahmen der Doppelsitzung Fragen zu § 177 StGB zur Abstimmung zu stellen, um insoweit ein vorläufiges Ergebnis festhalten zu können. Die Mitglieder waren sich einig, dass es richtig sei, über abgeschlossene Teilbereiche einzeln abzustimmen und nicht erst ganz am Ende der Reformkommission über alle besprochenen Punkte in ihrer Gesamtheit abzustimmen. Es wurde darum gebeten, die zur Abstimmung stehenden Fragen vorab an die Mitglieder auszugeben. Im Hinblick auf die Fragen zu § 177 StGB sollen die Fragen noch in der 6. Sitzung ausgegeben werden, um am darauffolgenden Tag in der 7. Sitzung abstimmen zu können. Einigkeit bestand ferner darüber, dass die vom BMJV vorbereiteten Abstimmungsfragen Vorschläge seien, die durch die Kommission diskutiert und verändert werden könnten. Nicht anwesende Mitglieder sollen per E-Mail die Möglichkeit zur Abstimmung erhalten.

IV. Fortsetzung der Impulse und Diskussionen zum Themenkomplex 2: Reformbedarf bei § 179 StGB (Sexueller Missbrauch widerstandsunfähiger Personen)

Zu diesem Themenkomplex referierte Frau Dr. Schneider zu ihrem Impulsreferat „Strafbarkeitslücken bei sexuellen Handlungen zum Nachteil von eingeschränkt widerstandsfähigen Personen“ (**Anlage 1**) und Frau Prof. Dr. Hörnle zu ihrem Impulsreferat „Dogmatische Einordnung von § 179 StGB auch mit Blick auf den Strafrahmen“ (**Anlage 2**). An die Impulse schlossen sich jeweils Diskussionen an.

1. Impulsreferat von Frau Dr. Schneider

Frau Dr. Schneider warf auf der Grundlage der Auswertung der höchstrichterlichen Rechtsprechung die Frage auf, ob § 179 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 StGB für Personen, die in ihrer Widerstandsfähigkeit gegenüber sexuellen Ansinnen eingeschränkt sind, einen hinreichenden strafrechtlichen Schutz bietet. Nach der Rechtsprechung müsse das Opfer gänzlich unfähig sein, einen ausreichenden Widerstandswillen gegen das sexuelle Ansinnen zu bilden, zu äußern oder durchzusetzen. Es sei ausreichend, wenn die Widerstandsunfähigkeit in diesem Sinne nur vorübergehender Natur sei. Demgegenüber lasse die eingeschränkte Fähigkeit, Widerstand gegen das sexuelle Ansinnen zu leisten, den Tatbestand des § 179 StGB entfallen, sodass eingeschränkt widerstandsfähige Personen durch § 179 StGB nicht vor sexuellen Handlungen zu ihrem Nachteil geschützt würden.

Ein entsprechender strafrechtlicher Schutz lasse sich auch nicht durch § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB erzielen. Dieser Umstand sei auf eine restriktive Auslegung der Vorschrift durch die Rechtsprechung zurückzuführen. Es würden daher keine Fälle erfasst, bei denen die betroffene Person zwar in die sexuelle Handlung einwillige, die Einwilligung aber mit einer Willensschwäche verbunden sei oder die betroffene Person die Risiken (z. B. Schwangerschaft, Krankheitsübertragung) nicht abschätzen könne. Ferner würden Fälle gegen den Willen der betroffenen Person nicht erfasst, bei denen diese lediglich aufgrund einer Befürchtung, die sich nicht auf eine Gewalteinwirkung beziehe, Widerstand unterlasse.

Ein strafrechtlicher Schutz lasse sich jedoch für einige Konstellationen mit § 174a Abs. 2 StGB (Sexueller Missbrauch von Gefangenen, behördlich Verwahrten oder Kranken und Hilfsbedürftigen in Einrichtungen) und § 174c StGB (Sexueller Missbrauch unter Ausnutzung eines Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses) erzielen, wobei der Strafrahmen hinter dem Strafrahmen des § 179 StGB zurückbleibe. Allerdings enthalte § 174a StGB keine dem § 179 Abs. 2 StGB vergleichbare Regelung (sexuelle Handlungen mit Dritten). Ferner komme Personal, das für Verwaltungsaufgaben oder technische Aufgaben zuständig ist, in Ermangelung eines institutionellen Abhängigkeitsverhältnisses nicht als Täter des § 174a Abs. 2 StGB in Betracht. Soweit das Opfer aufgrund einer geistigen Schwäche in ihrer Urteils-, Entschluss- oder Durchsetzungskraft beeinträchtigt sei, sei eine Einwilligung des Opfers unwirksam und der Tatbestand des § 174a Abs. 2 StGB trotz Einwilligung erfüllt. Vergleichbares gelte für § 174c StGB. Beide Vorschriften erfassten keine sexuellen Handlungen ohne Körperkontakt. Vor diesem Hintergrund blieben im Ergebnis die folgenden Konstellationen straffrei:

- Sexuelle Handlungen, die durch „Nichtbetreuer“ vorgenommen werden (z. B. Mitpatienten, Personen aus dem sozialen Nahraum)
- Bestimmen der betroffenen Person zu sexuellen Handlungen mit Dritten
- Sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt („Hands-off-Delikte“)

Eine Zunahme an Kriminalisierung, mit der der Bereich der wirksamen Einwilligung der betroffenen Person eingeschränkt wird, könne jedoch auf der anderen Seite mit der Einschränkung der sexuellen Selbstbestimmung der betroffenen Personen einhergehen.

Abschließend führte Frau Dr. Schneider aus, dass der Referentenentwurf des BMJV (RefE) wohl keine gänzliche Widerstandsunfähigkeit fordere. Denn nach § 179 Abs. 1 Nr. 1 RefE komme es vielmehr darauf an, dass der eingeschränkt widerstandsunfähigen Person in der konkreten Tatsituation ein Widerstand nicht möglich sei. Ferner würden sexuelle Handlungen mit Dritten von § 179 Abs. 2 RefE erfasst. Zweifelhaft sei allerdings, ob der Begriff des „psychischen Zustands“ in § 179 Abs. 1 Nr. 1 RefE auch geistige Behinderungen umfasse. Der Entwurf von Frau Prof. Hörnle erfordere demgegenüber entweder eine zumindest konkludente Erklärung eines entgegenstehenden Willens oder Umstände, in denen die fehlende Zustimmung offensichtlich ist.

Frau Dr. Schneider schlägt vor, die §§ 174a und 174c StGB auf Hands-off-Delikte auszuweiten. Ferner müssten sowohl Nichtbetreuer in den Kreis der Täter aufgenommen werden als auch die sexuelle Handlung mit Dritten in §§ 174a und 174c StGB erfasst werden.

Diskussion:

Es wurde die Frage aufgeworfen, inwieweit es sich bei den benannten Punkten um echte Strafbarkeitslücken handle, denen ein strafwürdiges Verhalten zugrunde liegt.

Ein Teil der Teilnehmer bezweifelte, dass die Vornahme sexueller Handlungen mit eingeschränkt widerstandsfähigen Personen strafwürdig sei, soweit die eingeschränkt widerstandsfähige Person faktisch mit der sexuellen Handlung einverstanden sei. Es sei zu bedenken, dass die angehörten Sachverständigen, Frau Prof. Zinsmeister und Frau Egli-Alge, aber auch Frau Bentele ausgeführt hätten, dass bei Vorliegen eines faktischen Einverständnisses keine Strafwürdigkeit bestehe. Denn behinderte Menschen sollten ihre Sexualität weitestgehend leben können und nicht entmündigt werden. Schlechte Erfahrungen müssten behinderte Menschen genauso hinnehmen, wie dies bei nicht behinderten Menschen der Fall sei. Anzusetzen sei vielmehr im Bereich der Sexualpädagogik. Es sei auch nicht stringent, behinderte Menschen im Bereich der Sexualdelikte stärker zu schützen als etwa im Hinblick auf das Ausnutzen einer beschränkten Geschäftserfahrenheit. Ferner sei es schwierig, den

Vorsatz nachzuweisen, wenn die Vornahme sexueller Handlungen trotz faktischen Einverständnisses in bestimmten Fällen strafbar sein sollte.

Dagegen wurde vorgebracht, dass im Hinblick auf behinderte Personen im Gegensatz zu nicht behinderten Personen eine besondere Schutzbedürftigkeit gegeben sei, die man nicht ignorieren könne. Sie seien daher zumindest im familiären Bereich gesondert zu schützen. Nicht behinderten Menschen sei es ferner einfacher möglich, schlechte Erfahrungen zu vermeiden. Der Vergleich mit der beschränkten Geschäftserfahrenheit greife nicht, weil sich behinderte Menschen in geschäftlichen Dingen vertreten lassen könnten, während dies bei dem höchstpersönlichen Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung nicht möglich sei.

Zum Teil wurde der Standpunkt vertreten, dass § 179 Abs. 1 Nr. 1 RefE die in Rede stehenden, eingeschränkt widerstandsfähigen Personen besser erfasse, da es um das Ausnutzen einer situationsbedingten Lage gehe. Erfasst werde daher auch, wer zwar eigentlich widerstandsfähig sei, sich jedoch in der konkreten Situation, etwa aufgrund von Schrecken, nicht wehren könne. Sollte dies der Fall sein, müsse insoweit überprüft werden, ob eine entsprechende Strafbarkeit u.a. vor dem Hintergrund der Ausführungen von Prof. Zinsmeister überhaupt gewünscht sei. BMJV führte aus, dass man mit § 179 Abs. 1 Nr. 1 RefE die gegenwärtige Fassung des § 179 StGB weitestgehend abbilden wolle, so dass sich der Tatbestand auf in der konkreten Situation gänzlich widerstandsunfähige Personen beschränken solle.

Hinsichtlich der Hands-off-Delikte wurde teilweise vertreten, dass es strafwürdig sei, wenn etwa sexuelle Handlungen vor einer Frau im Rollstuhl vorgenommen würden, die sich dagegen nicht wehren könne. Zum Teil wurde vertreten, dass diese Deliktsgruppe im Wesentlichen durch § 183 StGB (Exhibitionistische Handlungen) und § 183a StGB (Erregung öffentlichen Ärgernisses) abgedeckt sei, wobei allerdings auch insoweit noch zu besprechen sei, inwieweit an diesen Tatbeständen festzuhalten sei. Strafwürdig könne jedoch das Veranlassen einer behinderten Person zur Vornahme von sexuellen Handlungen an sich selbst sein. Teilweise wurde auch vertreten, dass die Vornahme sexueller Handlungen vor dem Opfer nicht strafwürdig sei.

Die Frage der Strafwürdigkeit des Bestimmens des Opfer zu sexuellen Handlungen mit einem Dritten vergleichbar § 179 Abs. 2 StGB wurde nur ganz am Rande diskutiert und insoweit auch in Bezug auf die §§ 174a und 174c StGB für strafwürdig gehalten.

2. Impulsreferat von Frau Prof. Dr. Hörnle

Frau Prof. Hörnle bekräftigte, dass § 179 StGB nach der Lesart des Bundesgerichtshofs voraussetze, dass das Opfer zum Widerstand gänzlich unfähig sei. Viele Fälle, die danach nicht von § 179 StGB erfasst würden, weil das Opfer lediglich zu einem effektiven Widerstand nicht in der Lage sei, würden auch von den §§ 174a und 174c StGB nicht erfasst. Problematisch sei, dass § 179 StGB als zentrales Merkmal die Unfähigkeit zum Widerstand benenne. Der Gesetzgeber bringe damit zum Ausdruck, dass Personen grundsätzlich zum Widerstand verpflichtet seien, wenn sie eine sexuelle Handlung ablehnten. Diese Haltung widerspreche dem Grundgedanken des Artikels 36 der Istanbul-Konvention. Zur Frage der Höhe des Strafrahmens sei zu sagen, dass die vor allem von Behindertenverbänden geäußerte Kritik an dem im Vergleich zu § 177 Abs. 1 StGB niedrigeren Strafrahmen des § 179 Abs. 1 StGB aus dogmatischer Sicht nicht gerechtfertigt sei. Denn der Täter des § 177 Abs. 1 StGB müsse einen entgegenstehenden Willen durch Zwang brechen, was infolge der Widerstandsunfähigkeit des Opfers bei § 179 Abs. 1 und 2 StGB nicht erforderlich sei. Dieser Umstand sei aber nur schwierig vermittelbar, weil auch der Täter des § 179 Abs. 1 und 2 StGB sich über den Willen des Opfers hinwegsetzen könne, auch wenn dies tatbestandlich nicht vorausgesetzt sei.

Im Rahmen einer Neuregelung sollte der Begriff des Widerstandes vermieden werden. Es sei an folgende Fallgruppen zu denken (siehe auch Hand out – **Anlage 3**):

1. Fallgruppe: Erklärter entgegenstehender Wille

Ausreichend sei der entgegenstehende Wille und zwar unabhängig von dem Vorliegen einer Behinderung. Auf diese Weise entfalle auch der Vorwurf einer Diskriminierung behinderter Menschen.

2. Fallgruppe: Keine Willensbekundung

Die Vornahme einer sexuellen Handlung trotz fehlender Willensbekundung (z. B. bei tiefgreifender Bewusstseinsstörung durch Alkohol, Schlaf etc.) begründe in der Regel ein strafwürdiges Verhalten. Insoweit wird vorgeschlagen, einen Grundtatbestand zu schaffen, der sexuelle Handlungen kriminalisiert, die unter Umständen vorgenommen werden, in denen die fehlende Zustimmung offensichtlich sei. Damit dürften die strafwürdigen Kernfälle erfasst werden. Der Umgang mit Grenzfällen (z. B. bei bestehender Partnerschaft) bliebe der Rechtsprechung überlassen. Es sei insoweit fraglich, ob von einem generellen Einverständnis mit der sexuellen Handlung auszugehen sei. Zu erwägen sei auch die Formulierung in dem Gesetzentwurf der Fraktion Bündnis 90/DIE GRÜNEN („Arg- und Wehrlosigkeit“²²²).

²²² Im GesE heißt es „Arg- oder Wehrlosigkeit“.

3. Fallgruppe: Faktisch erklärte Zustimmung

Hierunter falle die faktisch erklärte Zustimmung, an deren Wirksamkeit wegen geistiger Behinderung, Demenz oder Rauschzuständen gezweifelt werden könne. Hierzu gebe es zwei Möglichkeiten: a) Der faktisch erklärte Wille sei für einen einvernehmlichen, nicht strafwürdigen Sexualkontakt immer ausreichend. Dieser Auffassung neige Frau Prof. Hörnle zu. In der Konsequenz könne § 179 StGB aufgehoben werden. b) Wenn der faktisch erklärte Wille nicht ausreichend sei, müsse § 179 StGB neu gefasst werden (Ausnutzen, dass Zustimmung wegen einer schwerwiegenden geistigen Erkrankung oder Behinderung oder tiefgreifenden Bewusstseinsstörung nicht wirksam ist).

Der RefE entscheide diese Frage nicht.

Diskussion:

Das Konzept von Frau Prof. Hörnle wurde zum Teil für schlüssig befunden. Im Hinblick auf den sexuellen Missbrauch in Institutionen (§§ 174a-c StGB), bei denen unabhängig vom Einverständnis des Opfers eine Strafbarkeit eintrete, sei die Schutzrichtung eine andere als in Bezug auf sexuelle Handlungen, die außerhalb einer Institution mit faktischem Einverständnis vorgenommen würden. Man müsse sich daher Klarheit darüber verschaffen, welche Schutzräume man beschreiben wolle (z. B. Familie als Schutzraum).

Diejenigen, die sich gegen eine Einverständnislösung aussprachen, stellten zum Teil fest, dass man am jetzigen Model festhalten könne, wenn man sexuelle Handlungen bei Vorliegen eines faktischen Einverständnisses für nicht strafwürdig halte. Denn solange das Opfer nicht vollkommen widerstandsunfähig sei, bestünde bereits nach der gegenwärtigen Rechtslage keine Strafbarkeit. Kritisch zu würdigen sei, dass die behinderte Person, die keinen entgegenstehenden Willen erkläre, auf der Grundlage des Modells von Frau Prof. Hörnle strafrechtlich nicht erfasst werde.

Hiergegen wurde angeführt, dass derartige Fälle, in denen sich die behinderte Person nicht äußere, aber dann strafbar seien, wenn die fehlende Zustimmung offensichtlich sei. Mit der fehlenden Offensichtlichkeit sollen soziale Umstände erfasst werden, bei denen aus der Sicht eines objektiven Dritten klar sei, dass ein sexueller Kontakt nicht gewünscht ist. Ambivalente Fälle würden durch die Offensichtlichkeit ausgeschieden. An der gegenwärtigen Rechtslage sei problematisch, dass sie gerade nicht auf den Willen des Opfers abstelle, sondern davon ausgehe, dass das Opfer seine sexuelle Selbstbestimmung verteidigen müsse. Entweder der entgegenstehende Wille des Opfers werde durch Zwang gebrochen (§ 177

StGB) oder das Opfer sei widerstandsunfähig und könne seine sexuelle Selbstbestimmung aus diesem Grund nicht verteidigen (§ 179 StGB). Dabei greife § 179 StGB auch ein, wenn ein faktisches Einverständnis vorliege und der Täter die Widerstandsunfähigkeit ausnutze. Zum Teil wurde angeführt, dass jedoch einzelne Fallgruppen unklar blieben. Was sei z. B. mit dem faktischen Einverständnis einer behinderten Person, die für die sexuelle Handlung Geld bekommt? Was sei mit der Arbeitnehmerin, die sich mit der sexuellen Handlung einverstanden erklärt, weil sie andererseits mit der Kündigung rechnen müsse? Die Beantwortung dieser Fragen müsse sich jedenfalls an dem Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung orientieren und nicht an moralischen Ansichten.

V. Diskussion zur Ausgestaltung von § 179 Abs. 3 StGB (Sexueller Missbrauch widerstandsunfähiger Personen im besonders schweren Fall)

Frau Bunke stellte die folgende Passage aus dem Koalitionsvertrag vor: „Wir stellen ausdrücklich klar, dass ein sexueller Übergriff gegen den faktisch entgegenstehenden Willen eines behinderten oder sonst widerstandsunfähigen Opfers als besonders schwerer Fall des sexuellen Missbrauchs widerstandsunfähiger Personen anzusehen ist.“²²³ Daran schloss sich die Frage an die Mitglieder an, wie diese die Vorgabe verstehen würden.

Hierzu wurde vorgetragen, dass die Vorgabe aus dem Koalitionsvertrag auf der Grundlage der gegenwärtigen Rechtslage sinnvoll sei. Der Grundtatbestand des § 179 Abs. 1 und 2 StGB setze keinen entgegenstehenden Willen des Opfers voraus. Der Tatbestand sei daher grundsätzlich auch einschlägig, wenn ein Einverständnis des Opfers vorliege. Werde der Grundtatbestand aber erfüllt, obwohl sogar ein faktisch entgegenstehender Wille des Opfers erklärt werde, begründe dies einen besonders schweren Fall. Damit käme man den Behindertenverbänden entgegen.

Aus der Praxis wurde berichtet, dass die Mehrzahl der Fälle ohne den Willen des Opfers stattfinde. Grundsätzlich seien die Fälle ohne den Willen, gegen den Willen und mit faktischem Willen zu unterscheiden. Hinsichtlich der Fälle mit faktischem Willen komme es auch auf den Grad der geistigen Behinderung an und ob dieser zu einer Widerstandsunfähigkeit führe. Es sei jedenfalls plausibel, dass Tathandlungen, bei denen sich das Opfer nicht wehren könne und einen entgegenstehenden Willen geäußert habe, vom Tatumwert den Tathandlungen aus § 177 Abs. 1 StGB gleichstünde, so dass die Mindeststrafe jeweils ein Jahr Freiheitsstrafe betrage. Denn es handele sich um ein nötigungsähnliches Unrecht.

²²³ Vgl. Deutschlands Zukunft gestalten, Koalitionsvertrag zwischen CDU / CSU und SPD, S. 100.

Die Teilnehmer gingen sodann auf den RefE ein. Diesbezüglich wurde teilweise vertreten, dass der Umstand, dass das Opfer behindert sei, das Unrecht der Tat nicht steigern. Zum Teil wurde hinterfragt, in welchem Verhältnis § 179 Abs. 1 Nr. 1 RefE zu § 179 Abs. 3 Nr. 1 stünde. Derartige Fallkonstellationen seien schwierig vorstellbar. BMJV erläuterte, dass § 179 Abs. 3 Nr. 1 RefE sich vor allem auf die Fälle beziehe, in denen das Opfer ein empfindliches Übel befürchte.

VI. Fortsetzung der Impulse und Diskussionen zum Themenkomplex 3: „Reformbedarf bei den Straftatbeständen des sexuellen Missbrauchs von Kindern und Jugendlichen und des sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen“

Herr Prof. Wolters referierte zu seinem Impulsreferat „Wertungswidersprüche bei Schutzaltersgrenzen“ (**Anlage 4**). Der 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB unterscheide auf Opferseite zwischen Personen unter 14 Jahren (Kinder), Personen unter 16 Jahren und Personen unter 18 Jahren. Während Kinder vor sexuellen Handlungen absolut geschützt seien, weil ihnen nach der gesetzgeberischen Wertung jede Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung fehle, werde den übrigen Personengruppen ein zunehmendes Maß an sexueller Selbstbestimmung zugestanden. In Bezug auf Personen unter 16 bzw. unter 18 Jahren müssten weitere Umstände für eine Strafbarkeit hinzutreten. Denn bei ihnen sei insbesondere die Fähigkeit zur Selbstbehauptung noch nicht hinreichend gefestigt.

1. Personen unter 14 Jahren (Kinder)

a) Die starre Altersgrenze – Umgang mit nicht strafwürdigen tatbestandlichen Handlungen

In Bezug auf Kinder sei der absolute Schutz insoweit problematisch, als sich die sexuelle Reifung nicht an ein absolutes Alter knüpfen lasse und das strafrechtliche Verbot daher auch an sich förderliche „spielerische Freiräume einer sexuellen Selbsterprobung“ erfasse. Zur Lösung des Problems könne der Tatbestand dahingehend ergänzt werden, dass der Tatbestand nicht erfüllt sei, wenn der Täter nicht mehr als 2 Jahre älter sei als das Opfer und weder eine Zwangslage ausgenutzt noch ein Entgelt geleistet werde. Ggf. könne der Tatbestand zusätzlich auch dahingehend ergänzt werden, dass der Täter die diesem/ihm gegenüber fehlende Fähigkeit des Opfers zur sexuellen Selbstbestimmung ausnutzen müsse (angelehnt an § 182 Abs. 3 StGB). Anders als bei einer materiell-rechtlichen Privilegierungsregelung oder bei der prozessualen Einstellung würden sich bei einer solchen Änderung entsprechende Handlungen bereits nicht als tatbestandliches Unrecht darstellen.

Diskussion²²⁴

Einigkeit bestand darin, die Schutzaltersgrenze bei 14 Jahren zu belassen. Diese Altersgrenze entfalte auch eine generalpräventive Wirkung, da sie in der Bevölkerung bekannt sei. Es sei im Gegenzug zu begrüßen, sich über den Umgang mit nahezu gleichaltrigen Tätern Gedanken zu machen. Aus der Praxis sei bekannt, dass derartige Fälle durchaus zur Anklage kämen, obwohl der Unwertgehalt gering sei. Der Vorschlag von Herrn Prof. Wolters, einen tatbestandlichen Ausschluss für Fälle zu finden, die aufgrund des geringen Altersunterschiedes nicht strafwürdig seien, wurde zum Teil begrüßt. Hierdurch könnten „Teenagerknutschereien“ wirksam ausgeschlossen werden.

Zum Teil wurde eine Lösung, die an einen bestimmten Altersunterschied anknüpft, jedoch kritisch gesehen. Denn auch ein normierter Altersunterschied stelle eine starre Grenze dar, die ihrerseits nicht mit jeder individuellen Entwicklung des Opfers kompatibel sei. Es könne daher nicht ausgeschlossen werden, dass sexuelle Handlungen mit einem knapp 2 Jahre älteren Täter nicht doch die ungestörte sexuelle Entwicklung des Kindes gefährdeten. Eine Regelung, die sich an § 174 Abs. 5 StGB orientiere, sei daher flexibler. Außerdem gehe die klare Botschaft, dass sexuelle Handlungen mit Personen unter 14 Jahren verboten seien, durch die Tatbestandslösung verloren. Einer materiell-rechtlichen Regelung sei in jedem Fall der Vorzug vor einer prozessualen Regelung (Einstellung nach den §§ 45, 47 JGG, 153, 153a StPO) zu geben, da es sich bei der Problematik um ein spezifisches Problem handele, welches dem § 176 StGB anhafte.

b) Täterkreis der Qualifikation nach § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB in Verbindung mit § 176 Abs. 2 StGB

Ferner solle § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB in Verbindung mit § 176 Abs. 2 StGB dahingehend geändert werden, dass sich auch als Täter der Qualifikation strafbar macht, wer über 18 Jahre alt ist und das Kind zum Beischlaf etc. mit einem Dritten bestimmt. Denn im Vordergrund stünde die Veranlassung der Tat als „Akt der sexuellen Fremdbestimmung in einem Machtgefälle“. Auf diese Weise lasse sich auch ein Gleichklang zu § 182 Abs. 3 Nr. 2 StGB herstellen. Nicht nach § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB in Verbindung mit § 176 Abs. 2 StGB (sondern nur nach § 176 Abs. 2 StGB) solle eine Person bestraft werden, die 18 Jahre oder jünger sei und das Kind zum Beischlaf etc. mit einem Dritten bestimme. Soweit der Dritte über 18 Jahre sei, mache er sich seinerseits nach § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB in Verbindung mit § 176 Abs. 1 StGB strafbar.

²²⁴ Die Diskussionen fanden erst im Anschluss an den Impulsvortrag statt, werden aber aus Gründen der Übersichtlichkeit den einzelnen Vorschlägen zugeordnet.

c) Klarstellung zur gemeinschaftlichen Tatbegehung in § 176a Abs. 2 Nr. 2 StGB-E

Schließlich sollte in § 176a Abs. 2 Nr. 2 StGB klargestellt werden, dass die gemeinschaftliche Tatbegehung sich entweder auf eine gemeinschaftliche Tat nach § 176 Abs. 1 StGB oder auf eine gemeinschaftliche Tat nach § 176 Abs. 2 StGB beziehen müsse.

2. Personen unter 16 Jahren

a) Vornahme sexueller Handlungen mit einem Dritten

In Bezug auf Personen unter 16 Jahren kritisierte Herr Prof. Wolters, dass § 174 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 StGB nicht zur Anwendung kommt, wenn die jugendliche Person von einer Autoritätsperson dazu bestimmt werde, die sexuellen Handlungen mit einem Dritten vorzunehmen (anders in den §§ 176 Abs. 2, 182 Abs. 1 Nr. 2, 180 Abs. 3 StGB).

b) Abschaffung des Kuppeleiverbotes

Ferner wandte Herr Prof. Wolters gegen § 180 Abs. 1 StGB (sogenanntes Kuppeleiverbot) ein, dass es nicht nachvollziehbar sei, das Gewähren oder Verschaffen von Gelegenheit bzw. das Vorschubleisten unter Strafe zu stellen, während der eigentliche sexuelle Kontakt der Person unter 16 Jahren mit dem Dritten an sich legal sei. Strafwürdig sei lediglich die Förderung von strafbaren sexuellen Handlungen mit Personen unter 16 Jahren (§§ 174 Abs. 1 Nr. 1, 176 Abs. 2, 182 Abs. 3 StGB). Diesbezüglich komme man aber mit der Beihilfestrafbarkeit nach § 27 StGB aus. § 180 Abs. 1 StGB sollte daher gestrichen werden.

Diskussion:

Die Teilnehmer waren sich einig, dass § 180 Abs. 1 StGB in Anbetracht der vorhandenen Beihilfestrafbarkeit gestrichen werden sollte.

c) Änderungsvorschläge für § 182 Abs. 3 StGB

Im Hinblick auf § 182 Abs. 3 StGB erschließe sich nicht, warum der Täter mindestens 5 Jahre älter sein müsse als das Opfer. Denn wenn der Täter die ihm gegenüber fehlende Fähigkeit des Opfers zur sexuellen Selbstbestimmung ausnutze, sei dies bereits für sich genommen unabhängig vom Altersunterschied strafwürdig. Der Schutzbereich sei entsprechend auszuweiten, wobei der Täter selbst jedoch die Grenze des Schutzalters des Opfers zumindest erreicht haben müsse. Das Schutzalter des Opfers könne ebenfalls dergestalt erweitert werden, dass die Vorschrift alle minderjährigen Personen (also Personen unter

18 Jahren) erfasse. Auf diese Weise trete der Jugendschutz neben § 179 StGB, mit dem ebenfalls Personen geschützt würden, die wegen gesundheitlicher oder körperlicher Einschränkungen keine uneingeschränkte sexuelle Selbstbestimmung entwickeln oder durchsetzen könnten.

Diskussion:

Zu § 182 Abs. 3 StGB wurde ausgeführt, dass die Vorschrift im Grunde einen recht weiten Anwendungsbereich habe, aber etwa im Hinblick auf Lehrer-Schüler-Verhältnisse in der Praxis selten geprüft werde. Es sei die Frage aufzuwerfen, inwieweit nicht auch eingeschränkt widerstandsfähige Personen hierunter fallen könnten, indem man die Strafbarkeit von der Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung abhängig mache.

Gegen die Auflösung der Altersgrenzen und die Fokussierung auf die Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung wurde angeführt, dass sich die Bevölkerung an festen Altersgrenzen orientiere und dass diese Orientierung dann fehle. Ferner sei es schwierig, im Hinblick auf die fehlende Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung den Vorsatz nachzuweisen. Es könne durch die Erweiterung der Altersgrenze auch zu einer erhöhten Anzahl von Strafverfahren kommen. Dagegen wurde angeführt, dass § 182 Abs. 3 StGB gegenwärtig keine große Rolle in der Praxis spiele und nicht zu vermuten sei, dass sich dies bei einer tatbestandlichen Erweiterung ändere.

Ferner wurde angeführt, dass die Norm nicht so gefasst werden dürfe, dass der Nachweis der Strafbarkeit nur noch von Gutachten abhänge. Im Grunde gehe es darum, die Fälle zu erfassen, die ungewöhnlich seien und vom strafunwürdigen Normalfall abweichen. Die Herausforderung bestünde darin, diese Fälle gesetzestechisch abzubilden. An der Neufassung des § 182 Abs. 3 StGB sei allerdings positiv hervorzuheben, dass dem Opfer die Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung *in Bezug auf den Täter* fehlen müsse. Dieser Umstand sei gut zu würdigen, weil sich durch das Gericht feststellen lasse, in welcher Beziehung Täter und Opfer zueinander standen.

3. Personen unter 18 Jahren

a) Zusammenführung von § 174 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 StGB und § 180 Abs. 3 StGB

In Bezug auf Personen unter 18 Jahren wurde zunächst vorgeschlagen, dass § 174 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 StGB (Sexuelle Handlungen in Interaktion [mit und ohne Körperkontakt] mit dem Täter) und § 180 Abs. 3 StGB (Bestimmen zu sexuellen Handlungen in Interaktion [mit und ohne Körperkontakt] mit einem Dritten) zusammenzuführen seien. Dabei seien die fol-

genden Widersprüche aufzulösen: § 174 Abs. 3 StGB setze im Gegensatz zu § 180 Abs. 3 StGB die Absicht voraus, sich oder den Schutzbefohlenen sexuell zu erregen. Die Strafraumen seien nicht miteinander kompatibel. Der Strafraumen des § 174 Abs. 3 StGB reiche von Geldstrafe bis zu Freiheitsstrafe von 3 Jahren und der Strafraumen des § 180 Abs. 3 StGB reiche von Geldstrafe bis zu Freiheitsstrafe von 5 Jahren.

b) Die Ausnutzungsklausel

Darüber hinaus sei es nicht zwingend einzusehen, dass § 174 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3 StGB für Personen unter 16 Jahren oder Personen unter 18 Jahren, bei denen der Täter der Vater etc. des Opfers ist bzw. im selben Haushalt lebt, ein striktes Abstinenzverbot enthielten, während der Täter nach § 174 Abs. 1 Nr. 2 StGB bei Personen unter 18 Jahren zusätzlich unter Missbrauch einer mit dem Erziehungs-, Ausbildungs-, Betreuungs-, Dienst- oder Arbeitsverhältnis verbundenen Abhängigkeit handeln müsse, also im Sinne von Artikel 3 Abs. 5 Buchstabe ii der Richtlinie 2011/93/EU eine besonders schwache Position des Opfers ausnutze. Die Ausnutzungsformel sei für die §§ 174a bis 174c StGB sinnvoll, weil es dort um volljährige Opfer gehe, während § 174 StGB minderjährige Personen zum Gegenstand habe, die allein aufgrund der genannten Situation grundsätzlich keine hinreichende Selbstbehauptung aufzubringen vermögen. Dabei müsse nicht zwischen Personen unter 16 Jahren und Personen unter 18 Jahren differenziert werden. Allein bei gewöhnlichen Dienst- oder Arbeitsverhältnissen solle an der Ausnutzungsklausel festgehalten werden. Taten mit geringem Unwertgehalt könne man über § 174 Abs. 5 StGB erfassen, in den der neue § 174 Abs. 1 Nr. 3 StGB jedoch eingekleidet werden müsse.

Diskussion:

Zum Teil wurde vertreten, dass es keinen Grund gebe, die Gruppe der unter 16jährigen anders zu behandeln als die Gruppe der unter 18jährigen. Ein Verzicht auf die Gruppe der unter 16jährigen würde die Vorschriften vereinfachen. Dagegen wurde die Befürchtung geäußert, dass die generelle Anhebung der Altersgrenze auf Personen unter 18 Jahren sowie der Verzicht auf die Ausnutzungsklausel zu mehr Strafverfahren führten. Diese Annahme wurde von anderen Kommissionsmitgliedern bestritten.

c) Sexuelle Handlungen gegen Entgelt

In Bezug auf die Entgeltleistungen nannte Herr Prof. Wolters § 180 Abs. 2 StGB (Bestimmen einer Person unter 18 Jahren zur Vornahme sexueller Handlungen mit einem Dritten gegen Entgelt) und § 182 Abs. 2 StGB (Vornahme sexueller Handlungen durch eine Person über

18 Jahren mit einer Person unter 18 Jahren gegen Entgelt). Zwischen den Vorschriften bestünden die folgenden Widersprüche: Nicht verständlich sei die unterschiedliche Altersgrenze auf Täterseite. Danach könne ein Jugendlicher zwar selbst sexuelle Kontakte gegen Entgelt haben, nicht aber im Hinblick auf einen Dritten fördern. Ferner sei es nicht stringent, dass sich § 182 Abs. 2 StGB nur auf sexuelle Kontakte mit Körperkontakt beschränkt, während § 180 Abs. 2 StGB auch Hands-off-Kontakte erfasse. Hier solle insgesamt einer Beschränkung auf körperliche Sexualkontakte der Vorzug gegeben werden.

Schließlich griff Herr Prof. Wolters § 180a Abs. 2 Nr. 1 StGB heraus und stellte fest, dass diese Vorschrift unzureichend sei, um Minderjährige von der Ausübung der Prostitution abzuhalten. Es müsse nämlich grundsätzlich verhindert werden, dass die minderjährige Person in Abhängigkeiten gerate, die die Prostitution mit sich brächte. Das Abstellen auf das Gewähren von Wohnung greife dabei zu kurz. Es müsse vielmehr die Förderung der Prostitution Minderjähriger unter Strafe gestellt werden.

Auf dieser Grundlage empfehle es sich, die Straftatbestände bezüglich sexueller Handlungen in Interaktion mit Minderjährigen gegen Entgelt in einem Tatbestand zusammenzufassen.

Diskussion:

Von einem großen Teil der Teilnehmer wurde es kritisch gesehen, wenn der Täter bei sexuellen Handlungen gegen Entgelt über 18 Jahre alt sein müsse. Denn bei sexuellen Handlungen gegen Entgelt gehe es nicht darum, dem Opfer einen spielerischen Freiraum für das Sammeln von Erfahrungen mit Sexualität einzuräumen. Im Vordergrund stünde vielmehr die Entgeltlichkeit der sexuellen Handlung. Es bestünde kein Grund dafür, dass sich der 15-jährige sexuelle Handlungen erkaufen dürfe und der 18jährige nicht. Aus der Praxis sei zu berichten, dass diese Art von Straftat durchaus auch von Jugendlichen und zwar auch zum Nachteil von älteren Opfern verübt werde.

Zu klären sei auch die Frage, was strafrechtlich mit der 15jährigen zu geschehen habe, die sexuelle Handlungen gegen Geld anbietet. Hier stelle sich die Frage, ob überhaupt ein Missbrauch vorliege.

V. Verteilung der Fragen

Frau Bunke verteilte die Vorschläge für die Fragen zu § 177 StGB an die Mitglieder der Reformkommission.

7. Sitzung am 21. August 2015

Protokoll
der 7. Sitzung der Reformkommission
zur Überarbeitung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches
im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
am 21. August 2015
11:00 – 17:00 Uhr

I. Anwesenheit

1. Mitglieder der Reformkommission

- Frau LOStAin Birgit Cirullies
- Frau Dr. Anne Herrmann
- Frau Prof. Dr. Tatjana Hörnle
- Herr StA Christian Kohle
- Herr Prof. Dr. Klaus Laubenthal
- Herr MR Peter Marx
- Frau VorsRinLG Andrea Röhrig
- Frau RinBGH Dr. Ursula Schneider
- Herr KD Jürgen Thiele
- Frau RAin Elke Thom-Eben
- Herr Prof. Dr. Gereon Wolters

An der Teilnahme verhindert waren:

- Frau RAin Christina Clemm
- Herr Prof. Dr. Jörg Eisele

2. Für das BMJV

- Herr UAL II A Dr. Bernhard Böhm (nachmittags)
- Frau RLn II A 7 Susanne Bunke
- Frau RinAG Dr. Garonne Bezjak

II. Eröffnung der Sitzung und Begrüßung der Mitglieder

Frau Bunke begrüßte die Mitglieder der Reformkommission und eröffnete die Sitzung.

III. Fortsetzung der Impulse und der Diskussion zum Themenkomplex 1: „Reformbedarf bei § 177 StGB – Das Für und Wider einer „Einverständnislösung“ und von alternativen Regelungsmöglichkeiten“

Zu diesem Themenkomplex stellte Frau Röhrig ihr Impulsreferat „Schwierigkeiten beim Tatnachweis“ (**Anlage 1**) vor. Frau Dr. Herrmann referierte zu „Missbrauchsgefahr durch Falschanzeige?“ (**Anlage 2**). Anschließend präsentierte Herr Prof. Laubenthal sein Impulsreferat „Kriminologische Aspekte zur Vergewaltigung, insbesondere im Hinblick auf das Verhältnis zwischen Anzeigen und Verurteilungen“ (**Anlage 3a und b**).

1. Impulsreferat von Frau Röhrig

Frau Röhrig beschäftigte sich mit der Frage, welche Schwierigkeiten in der tatrichterlichen Praxis auftreten können, wenn die Einverständnislösung in dem 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB umgesetzt werden würde. Der Umstand, dass der Einverständnislösung das Konzept zugrunde liege, dass jede sexuelle Handlung gegen den Willen des Opfers strafbar sei, führe zu „Aussage gegen Aussage“-Situationen. In diesen Fällen habe das Tatgericht eine Aussageanalyse vorzunehmen. Ausgangspunkt sei dabei die sogenannte „Nullhypothese“, also die Annahme, dass die zu überprüfende Aussage unwahr sei. Die Nullhypothese werde verworfen, wenn sie mit den erhobenen Fakten nicht mehr in Einklang zu bringen sei. Die Angaben seien zunächst auf ihre inhaltliche Konsistenz zu überprüfen. Das Schildern von nebensächlichen Details, abgebrochenen Handlungsabläufen, Komplikationen, unverständenen Handlungsabläufen etc. spreche wegen der Komplexität für den Wahrheitsgehalt der Aussage. Die Beschränkung auf zentrale Belastungen spreche demgegenüber gegen den Wahrheitsgehalt. Der Tatbestand der Einverständnislösung biete diesbezüglich keine ausreichende Grundlage, weil sich die Erklärungen von Zeugin und Täter darin erschöpften, dass die sexuelle Handlung gegen bzw. mit dem Willen der Zeugin erfolgt sei. Dasselbe Problem stelle sich in Bezug auf die weitere Prüfung der Realkennzeichen (z. B. logische Verknüpfung, Detailreichtum, raum-zeitliche Verknüpfung), Konstanzanalyse (Vergleich von Angaben über denselben Sachverhalt zu unterschiedlichen Zeitpunkten), Fehlerquellenanalyse, Motivanalyse etc. Die Einverständnislösung biete im Ergebnis keine ausreichende Grundlage, um die Aussage auf ihren Wahrheitsgehalt überprüfen zu können. Denn wenn das Gericht nur wenige Fakten überprüfen müsse, dann lasse sich die Aussage nicht bewerten, weil sich diese wenigen Fakten jeder merken könne. In der Konsequenz müsse man den Opfern sagen, dass die Aussage nicht ausreiche und das Verfahren eingestellt werde. Habe man hingegen mehr Tatbestandsmerkmale wie z. B. Gewalt oder Drohung, sei das Verhalten vielfältiger (z. B. Kampfhandlungen, wie kommt das Opfer auf das Bett?, Was machen die Akteure genau?).

Diskussion:

Die Mitglieder verständigten sich darauf, die Diskussion gleichzeitig auf das thematisch ähnliche Impulsreferat von Herrn Thiele²²⁵ zu erstrecken.

Ein Teil der Kommissionsmitglieder hält die von Frau Röhrig gezogene Schlussfolgerung für nachvollziehbar. Sachverhalte, die den § 177 StGB erfüllen, seien insgesamt komplexer und damit einer Beweismwürdigung zugänglicher. Mit der Einverständnislösung wecke man daher bei den Frauenverbänden etc. Hoffnungen, die sich nicht erfüllen könnten. Dagegen wurde angeführt, dass es auch nach der gegenwärtigen Rechtslage häufig zu Aussage-gegen-Aussage-Delikten komme. Der Umstand, dass die Strafbarkeit allein vom entgegenstehenden Willen des Opfers abhängt, bedeute nicht zwangsläufig, dass die Aussage nicht komplex sei. Denn auch insoweit gebe es eine Vorgeschichte und ein Geschehen, welches zur ablehnenden Äußerung führe. Den Opfern sei noch weniger gedient, wenn der von ihnen angezeigte Sachverhalt eingestellt werde, weil er gar nicht erst strafbar ist. Darüber hinaus wurde auf eine englische Studie verwiesen, aus der hervorgehe, dass die Verurteilungsquote wegen Straftaten gegen den Willen des Opfers rückläufig sei. Es gebe also keinen Unterschied zur gegenwärtigen deutschen Rechtslage, der anders als in England, keine Einverständnislösung zugrunde liege. Das spreche dagegen, dass die Ursache für rückläufige Verurteilungsquoten in der konkreten Ausgestaltung des Rechts liege.

Darüber hinaus wurden die bereits bekannten Argumente für und gegen die Einverständnislösung ausgetauscht.²²⁶

2. Impuls von Frau Dr. Herrmann

Frau Dr. Herrmann hatte sich der Frage angenommen, ob mit der Erweiterung des Tatbestandes des § 177 StGB und / oder § 179 StGB die Gefahr von Falschanzeigen steige. Zu diesem Zweck wertete sie verschiedene Untersuchungen aus. Schwierigkeiten könnten danach bei nur teilweise konfabulierten Aussagen zu erwarten sein, denen tatsächlich einvernehmliche sexuelle Handlungen zugrunde liegen. Würde der neue Tatbestand etwa im Zuge der Einverständnislösung sehr weit gefasst, könne es schwieriger sein, Falschbelastungen als solche zu erkennen. Denn der Falschbekundende müsse nur in einem Punkt vom tatsächlichen Geschehensablauf abweichen, indem er behauptet, einen entgegenstehenden Willen geäußert zu haben. Allerdings liege bereits gegenwärtig etwa in einem Drittel der Falschbezeichnungen eine einvernehmliche sexuelle Handlung zugrunde, so dass auch

²²⁵ Siehe Ziffer 4 des Protokolls der 4. Sitzung der Reformkommission vom 12. Juni 2015.

²²⁶ Siehe Punkt V.2. des Protokolls der 2. Sitzung der Reformkommission vom 13. März 2015.

nach der gegenwärtigen Rechtslage nur relativ kleine Geschehensabläufe von der Realität abweichen müssten. Schließlich habe ein relativ hoher Anteil von Personen die Falschanzeigen aufgrund oder in psychischen Ausnahmesituationen erstattet, so dass sich an der Erkennbarkeit der Falschaussage mit der Erweiterung des Tatbestandes nichts ändern dürfte. Festzuhalten sei, dass nur deutlich weniger als 10% der Falschaussagen aus Rache vorgenommen worden seien. An dieser Motivationslage zu einer zielgerichteten Falschanzeige dürfte sich nichts ändern. Schließlich dürfte der Umstand, dass bei Falschanzeigen häufig Widerstands- und Gewalthandlungen geschildert werden, nicht mit den Tatbestandsmerkmalen des § 177 StGB zusammenhängen, sondern u. a. mit klischeehaften Vorstellungen über Sexualdelikte, aber auch mit einem bestehenden Rechtfertigungsdruck für das eigene Verhalten. Es dürfte sich daher insoweit an den Schilderungen auch nach einer Tatbestandserweiterung nichts ändern. Im Ergebnis sei im Grundsatz nicht damit zu rechnen, dass Personen, die eine andere Person zu Unrecht beschuldigen wollen, ihr Aussageverhalten ändern werden.

Diskussion:

Das Ergebnis wurde von allen Teilnehmern für plausibel gehalten. Es sei in der Praxis häufig so, dass Personen durch das soziale Umfeld in eine Situation gebracht würden, die in eine Falschaussage einmünde (z. B. zur Erklärung einer längeren Abwesenheit von der Gruppe).

3. Impuls von Herrn Prof. Dr. Laubenthal

Herr Prof. Laubenthal führte aus, dass mehr als 80 % der Opfer einer sexuellen Nötigung bzw. Vergewaltigung die Tat nicht anzeigten. Vor allem Taten aus dem sozialen Nahbereich, in dem sich aggressive Sexualdelikte hauptsächlich ereigneten, würden nicht zur Anzeige gebracht. Die Vergewaltigung in der Ehe verbleibe sogar in einem absoluten Dunkelfeld, da sie auch nicht durch die Dunkelfeldforschung hinreichend erfassbar sei. Daneben kämen den deliktsspezifischen Umständen und Folgen, der Bewertung von Sexualkontakten durch die Gesellschaft, der Einstellung des Einzelnen zu sexualbezogenen Vorgängen und der Intimität von Sexualität eine Bedeutung für das Absehen von Strafanzeigen zu.

Die Längsschnittentwicklung der polizeilich registrierten Entwicklung der sexuellen Nötigung bzw. Vergewaltigung zeige für die Jahre 1997 (mitursächlich vermutlich vom 33. Strafrechtsänderungsgesetz vom 1. Juli 1997) und 1998 (mitursächlich vermutlich vom 6. StrRG vom 26. Januar 1998) einen Anstieg der polizeilich bekannt gewordenen Taten. Von 1994 bis 2014 sei bei den vollendeten Delikten eine Zunahme von 24,3 % zu verzeichnen. Im Hinblick auf die Beziehung zwischen Tatverdächtigem und Opfer habe es folgende

Verschiebung gegeben: Die miteinander verwandten Tatverdächtigen und Opfer seien von 1994 bis 2013 um 287,9 % angestiegen und die miteinander bekannten Tatverdächtigen im selben Zeitraum um 26,2 %. Demgegenüber hätten die Fälle ohne Vorbeziehung zwischen Tatverdächtigem und Opfer in dem Zeitraum um 37,4 % abgenommen.

Eine Diskrepanz stelle sich bei der Betrachtung der Polizeilichen Kriminalstatistik (PKS) einerseits und der Strafverfolgungsstatistik andererseits dar. Ausweislich der PKS habe die Anzahl der registrierten Straftaten wegen sexueller Nötigung Vergewaltigung im Jahr 2013 12.276, bei 10.010 Tatverdächtigen ab 14 Jahren betragen (2014: 11.967 registrierte Straftaten bei 9.649 Tatverdächtigen ab 14 Jahren). Die Zahl der Abgeurteilten habe ausweislich der Strafverfolgungsstatistik im Jahr 2013 nur 1.680 und die der Verurteilten 1.129 betragen. Der Vergleich weise trotz des Umstandes, dass die Zahlen nicht miteinander vergleichbar seien, eine deutliche Diskrepanz zwischen Tatverdächtigen und Abgeurteilten bzw. Verurteilten auf. Soweit es Untersuchungen zum Grund der Diskrepanz gebe, lasse sich tendenziell feststellen, dass staatsanwaltschaftlichen Selektions- und Definitionsprozessen die größte Relevanz zukomme (zumeist Verfahrenserledigungen nach § 170 Abs. 2 StPO). Die Gründe für eine Einstellung nach § 170 Abs. 2 StPO lägen in objektiven Beweisschwierigkeiten (widersprüchliche / unglaubwürdige Aussagen des Opfers, fehlende Bereitschaft zur Mitwirkung bei der Tataufklärung) bzw. in der fehlenden Tatbestandsverwirklichung. Von nachrangiger Relevanz seien gerichtliche Entscheidungen. Die Anzahl der Freisprüche sei höher, je enger die Beziehung zwischen Beschuldigten und Opfer sei.

Schließlich stellte Herr Prof. Laubenthal fest, dass die Anteile der wegen sexueller Nötigung bzw. Vergewaltigung Abgeurteilten und Verurteilten an den wegen dieser Straftaten registrierten Tatverdächtigen zwischen 1983 und 2013 fast kontinuierlich gesunken seien. Valide Gründe für diesen Vorgang lägen gegenwärtig noch nicht vor.

Diskussion:

Auf die Vermutung, dass die Verschiebung der Tatverdächtigen-Opfer-Beziehung von „nicht miteinander bekannt“ zu „miteinander bekannt“ auf die Einführung der Vergewaltigung in der Ehe im Jahr 1994 zurückzuführen sei, teilte Herr Prof. Laubenthal mit, dass dies unwahrscheinlich sei, weil die Fälle in der Ehe kaum ins Hellfeld gerieten.

Zu der Diskrepanz zwischen Tatverdächtigen und Abgeurteilten / Verurteilten wurde spekuliert, dass dies möglicherweise an der Zunahme der Beziehungsdelikte liege oder daran, dass die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte den Grundsatz des in dubio pro reo heute

ernster nähmen. Ferner wurde vorgetragen, dass die Anforderungen an die Beweisführung gestiegen seien, so dass es zu weniger Verurteilungen komme.

BMJV teilte mit, dass die KrimZ derzeit erforsche, warum es zu den Einstellungen komme. Auf die Frage, warum die Anzahl der Fremdtäter abgenommen habe, teilte Herr Prof. Laubenthal mit, dass sich die Abnahme nur für das Hellfeld bestätigen lasse. Diesbezüglich liege die Vermutung nahe, dass Frauen sich heutzutage aufgrund veränderter Sozialisierung eher zur Wehr setzten als vor 20 oder 30 Jahren. Diese Entwicklung sei positiv festzustellen.

IV. Abstimmung zum Themenkomplex 1: „Reformbedarf bei § 177 StGB – Das Für und Wider einer „Einverständnislösung“ und von alternativen Regelungsmöglichkeiten“

Einführend erinnerte Frau Bunke daran, dass es am Ende der Reformkommission Empfehlungen geben solle. Diese könnten klare Voten enthalten, aber auch unterschiedliche Meinungen wiedergeben (z. B.: „Eine große Mehrheit spricht sich dafür aus...“ oder „Eine Minderheit spricht sich dafür aus...“). Die Abstimmung solle ein vorläufiges Ergebnis festhalten. Spätere Meinungsänderungen seien grundsätzlich möglich. Die am Vortag ausgegebenen Fragen wurden im Einzelnen erörtert.

Die Mitglieder diskutierten – teils vor, teils nach der Abstimmung -, wie mit dem Ergebnis der Abstimmung umzugehen sein wird. Ein Teil der Mitglieder der Reformkommission ist der Auffassung, dass am Ende der Arbeit der Reformkommission konkrete Ergebnisse ggf. mit konkreten Gesetzesformulierungen vorliegen müssten. Es besteht aber andererseits Einigkeit darüber, dass die Kommission keinen Regelungstext zu dem gesamten 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB vorlegen könne. Man könne unabhängig vom Entwurf des BMJV überlegen, Fallgruppen zu bilden, die man strafrechtlich erfassen möchte.

Dies vorausgeschickt, wurde wie folgt abgestimmt:²²⁷

Frage 1: Zwingt Artikel 36 der Istanbul-Konvention zu gesetzgeberischen Maßnahmen?

Abstimmung: Ja: 8 Mitglieder; Nein: 2 Mitglieder

²²⁷ Herr Marx beteiligte sich an der Abstimmung nicht, weil er den zugrundeliegenden Diskussionen im Wesentlichen noch nicht beiwohnen konnte.

Frage 2: Unterstellt, Frage 1 wird bejaht: Zwingt Artikel 36 der Istanbul-Konvention zur Einverständnislösung?

Abstimmung: Ja: 0 Mitglieder; Nein: 10 Mitglieder

Frage 3: Ist es unabhängig von der Istanbul-Konvention notwendig, die Strafbewehrung über den geltenden § 177 StGB hinaus zu erweitern (Strafbarkeitslücken)?

Abstimmung: Ja: 10 Mitglieder; Nein: 0 Mitglieder

Frage 4: Unterstellt, es wird erweitert. Welche Lösung wird bevorzugt?

- a) die „Ja-ist- Ja“-Lösung (Ansatz djb) oder
- b) die „Nein-ist-Nein“-Lösung (Ansatz Hörnle) oder
- c) die punktuelle Erweiterung (Ansatz Eisele)

Abstimmung: a): 0 Mitglieder; b): 3 Mitglieder, c): 7 Mitglieder

Frage 5: Wird (unabhängig von Frage 4) die Schaffung eines Tatbestandes der sexuellen Belästigung auch unterhalb der Erheblichkeitsschwelle der sexuelle Belästigung jedenfalls in Fällen mit Körperkontakt bejaht?

Abstimmung: Ja: 8 Mitglieder; Nein: 2 Mitglieder

Nach der sich anschließenden Pause stimmten die Teilnehmer zu, dass das am Vormittag erstellte Gruppenfoto auf die Homepage des BMJV eingestellt werden darf.

V. Fortsetzung der Impulse und Diskussionen zum Themenkomplex 3: „Reformbedarf bei den Straftatbeständen des sexuellen Missbrauchs von Kindern und Jugendlichen und des sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen“

Frau Dr. Schneider trug zum sexuellen Missbrauch von Schutzbefohlenen (**Anlage 4**) vor. § 174 StGB regelt den sexuellen Missbrauch von Schutzbefohlenen. Die Vorschrift sei zuletzt durch das 49. Gesetz zur Änderung des Strafrechts – Umsetzung europäischer Vorga-

ben zum Sexualstrafrecht vom 21. Januar 2015 (49. StrÄndG) geändert worden. In der Folge sei § 174 StGB zwar noch unübersichtlicher geworden. Die Änderungen seien gleichwohl im Wesentlichen zu begrüßen.

Nach § 174 Abs. 1 Nr. 1 und 2 StGB würden nach wie vor Personen unter 16 bzw. unter 18 Jahren geschützt, die dem Täter zur Erziehung, Ausbildung oder Betreuung in der Lebensführung anvertraut worden seien oder – Nr. 2 – innerhalb eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses untergeordnet seien, zum Täter also in einem Obhutsverhältnis stünden. § 174 Abs. 1 Nr. 3 StGB erfasse seit dem 49. StrÄndG nunmehr auch Abstammungs- oder abstammungsähnliche Verhältnisse. Dies sei zu begrüßen. Denn nunmehr würden auch Großväter als Täter erfasst, was in der Praxis nicht selten vorkomme. Ferner würden familienähnliche Konstellationen erfasst, in denen der Lebenspartner der Mutter keine Erziehungsverantwortung übernommen habe und deren Tochter missbrauche. Die häusliche Gemeinschaft sei nicht von § 174 Abs. 1 Nr. 3 StGB zu erfassen, weil insoweit § 182 Abs. 3 StGB die strafwürdigen Fälle abdecke. Vor dem Hintergrund der Erweiterung des § 174 Abs. 1 Nr. 3 StGB sei zu überlegen, die Schutzaltersstufe in § 174 Abs. 1 Nr. 1 und 2 StGB insgesamt auf Personen unter 18 Jahren anzuheben. Insoweit könne der Vorschlag von Herrn Prof. Wolters verfolgt werden²²⁸, wobei Ausbildungs- wie Arbeitsverhältnisse behandelt werden sollten.

§ 174 Abs. 2 StGB sei komplett neu gefasst worden. Im Gegensatz zu § 174 Abs. 1 Nr. 1 und 2 StGB müsse ein Obhutsverhältnis zwischen Täter und Opfer nicht bestehen. Bei Jugendlichen bestehe nämlich die Gefahr, dass sie sozial überlegenen erwachsenen Personen auch dann nicht auf gleicher Ebene begegnen und Gebrauch von ihrer sexuellen Selbstbestimmung machen könnten, wenn kein Obhutsverhältnis im Sinne des § 174 Absatz 1 Nummer 1 oder 2 StGB zwischen ihnen bestehe. Mit der Neuregelung würden die sogenannten Fälle des Vertretungslehrers erfasst, bei denen eine Verurteilung bislang nicht möglich gewesen sei, weil zwischen Täter und Opfer kein Obhutsverhältnis vorgelegen habe. Denn der Vertretungslehrer sei nicht Klassen- oder Fachlehrer des Opfers gewesen. Die Fälle dürften aber grundsätzlich auch von § 182 Abs. 3 StGB erfasst werden, so dass es der Regelung nicht zwingend bedurft hätte. Stringenter wäre es gewesen, für § 174 Abs. 2 Nr. 2 StGB nicht das Ausnutzen, sondern den Missbrauch der Stellung zu verlangen. Denn das Gesetz verwende „Ausnutzen“ überwiegend im Kontext zur Lage des Opfers und „Missbrauch“ im Kontext zur Stellung des Täters.

§ 174 Abs. 3 StGB sei inhaltlich unverändert von Abs. 2 in Abs. 3 überführt worden. Die Vorschrift regle im Wesentlichen die sogenannten „Hands-off-Delikte“, aber vom Wortlaut her

²²⁸ Siehe Punkt VI. des Protokolls der 6. Sitzung vom 20. August 2015.

auch das Bestimmen zu sexuellen Handlungen mit Dritten vor dem Täter. Die Strafdrohung sei geringer als in § 174 Abs. 1 und 2 StGB, was in Bezug auf § 174 Abs. 3 Nr. 2 StGB nicht zwingend sei, da auch insoweit sexuelle Handlungen mit Körperkontakt erfasst sein können. Ferner sei es besonders strafwürdig, wenn der Täter das Geschehen z. B. filme.

§ 174 Abs. 3 Nr. 2 StGB greife jedoch nicht ein, wenn ein Schutzbefohlene r dazu veranlasst werde, es in passiver Weise zu dulden, dass Dritte an ihm sexuelle Handlungen vornehmen. Hierin liege ein Widerspruch zu § 176 Abs. 2, 2. Variante StGB. Es falle auf, dass das Gesetz im Hinblick auf sexuelle Handlungen mit Dritten für Kinder und Jugendliche sehr unterschiedliche Regelungen vorsehe, die es insgesamt aufzulösen gelte.

Ferner erfordere § 174 Abs. 3 StGB eine Erregungsabsicht, die sich in anderen Vorschriften nicht finde. Es sei auch nicht weniger strafwürdig, wenn der Täter etwa zur Herstellung von jugendpornographischen Schriften handle und nicht in Erregungsabsicht.

§ 174 Abs. 5 StGB (früher Abs. 4) sei dahingehend geändert worden, dass das Erfordernis der Berücksichtigung des Verhaltens des Schutzbefohlenen für ein Absehen von Strafe gestrichen worden sei. Zur Begründung führe der Gesetzentwurf aus, dass zum einen Schuldzuweisungen in Richtung auf den betroffenen Jugendlichen verhindert werden sollen. Zum anderen solle § 174 Abs. 5 StGB aber gerade im Hinblick auf die erweiterte Strafbarkeit in den Fällen des § 174 Abs. 2 Nr. 1 StGB eine Begrenzung der Strafbarkeit ermöglichen, indem andere Aspekte als das Verhalten des Schutzbefohlenen berücksichtigt werden können (z. B. Täter und Opfer lernen sich außerhalb der Institution kennen).

Diskussion:

Der Regelungsvorschlag von Frau Dr. Schneider wurde von einigen Teilnehmern begrüßt. Zusätzlich wurde erwogen § 174 Abs. 2 dahingehend zu ändern, dass § 174 Abs. 2 Nr. 2 StGB gestrichen wird und in § 174 Abs. 2 Nr. 1 StGB die Altersgrenze auf Personen unter 18 Jahren angehoben wird. Dagegen wurde vorgetragen, dass schon ein konkretes Verhältnis zwischen Täter und Opfer erforderlich sei. Anderenfalls würden Fälle kriminalisiert, bei denen sich Opfer und Täter außerhalb der Einrichtung kennenlernten. Dagegen wurde wiederum vorgebracht, dass es darum gehe, die Einrichtungen von sexuellen Verbindungen frei zu halten. Ein Über- / Unterordnungsverhältnis dürfe für die Strafbarkeit keine Rolle spielen. Teilweise wurde auch vertreten, dass die jetzige Regelung des § 174 Abs. 2 StGB ausgewogen und richtig sei.

VI. Organisatorisches und nächste Sitzung

Die Mitglieder der Reformkommission sprachen sich mehrheitlich dafür aus, dass im Rahmen der Behandlung der Prostitutionsdelikte ein oder sogar zwei Prostituiertenverbände angehört werden sollten. Ferner wurde vorgeschlagen, eine Vertreterin der Mitternachtsmission Dortmund einzuladen.

Für das Thema „Reformbedarf bei § 184f StGB“ erkläre sich Frau Cirullies bereit, ein Impulsreferat zu halten. Frau Dr. Bezzak wird ein Impulsreferat zum Thema „Verhältnis zu den Regelungen im ProstG“ halten. Herr Prof. Eisele soll gefragt werden, ob er ein Impulsreferat zu dem Thema „Reformbedarf bei § 180a StGB und § 181a StGB“ halten könnte.

Die nächste Sitzung findet am 25. September 2015 von 11.00 Uhr bis 17.00 Uhr im BMJV statt.

8. Sitzung am 25. September 2015

Protokoll
der 8. Sitzung der Reformkommission
zur Überarbeitung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches
im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
am 25. September 2015
11:00 – 17:00 Uhr

I. Anwesenheit

1. Mitglieder der Reformkommission

- Frau RAin Christina Clemm
- Herr Prof. Dr. Jörg Eisele
- Herr MR Peter Marx
- Herr StA Christian Kohle
- Herr Prof. Dr. Klaus Laubenthal
- Herr KD Jürgen Thiele
- Herr Prof. Dr. Gereon Wolters

An der Teilnahme verhindert waren:

- Frau LOStAin Birgit Cirullies
- Frau Prof. Dr. Tatjana Hörnle
- Frau VorsRinLG Andrea Röhrig
- Frau RinBGH Dr. Ursula Schneider
- Frau RAin Elke Thom-Eben

2. Für das BMJV

- Herr UAL II A Dr. Bernhard Böhm (bis ca. 15:15 Uhr)
- Frau RLn II A 7 Susanne Bunke
- Frau RinAG Dr. Garonne Bezjak
- Herr RiLG Dr. Eric Simon
- Frau Lemme (Praktikantin)

II. Eröffnung der Sitzung und Begrüßung der Mitglieder

Herr Dr. Böhm begrüßte die anwesenden Mitglieder der Reformkommission und eröffnete die Sitzung. Auf die Frage nach Änderungswünschen für das Protokoll der 6. und 7. Sitzung erfolgten keine Wortmeldungen.

III. Bericht über die nachgereichten Stimmen zur Abstimmung in der 7. Sitzung

Frau Bunke berichtete über die nachgereichten Abstimmungsergebnisse zum Themenkomplex 1 „Reformbedarf bei § 177 StGB – Das Für und Wider einer „Einverständnislösung“ und von alternativen Regelungsmöglichkeiten“. Konkret ging es um die in der 7. Sitzung zur Abstimmung gestellten Fragen.²²⁹ Frau Clemm und Herr Prof. Eisele hatten ihre Abstimmungsergebnisse elektronisch an Frau Bunke übersandt. Danach stellt sich das Ergebnis der Abstimmung abschließend wie folgt dar (siehe auch **Anlage 1**):

Frage 1: Zwingt Artikel 36 der Istanbul-Konvention zu gesetzgeberischen Maßnahmen?

Abstimmung: Ja: 10 Mitglieder; Nein: 2 Mitglieder

Frage 2: Unterstellt, Frage 1 wird bejaht: Zwingt Artikel 36 der Istanbul-Konvention zur Einverständnislösung?

Abstimmung: Ja: 0 Mitglieder; Nein: 12 Mitglieder

Frage 3: Ist es unabhängig von der Istanbul-Konvention notwendig, die Strafbewehrung über den geltenden § 177 StGB hinaus zu erweitern (Strafbarkeitslücken)?

Abstimmung: Ja: 12 Mitglieder; Nein: 0 Mitglieder

Frage 4: Unterstellt, es wird erweitert. Welche Lösung wird bevorzugt?

- a) die „Ja-ist- Ja“-Lösung (Ansatz djb) oder
- b) die „Nein-ist-Nein“-Lösung (Ansatz Hörnle) oder
- c) die punktuelle Erweiterung (Ansatz Eisele)

Abstimmung: a): 0 Mitglieder; b) 4 Mitglieder; c): 8 Mitglieder

²²⁹ Vgl. Protokoll der 7. Sitzung, Punkt IV. Abstimmung zum Themenkomplex 1: „Reformbedarf bei § 177 StGB – Das Für und Wider einer „Einverständnislösung“ und von alternativen Regelungsmöglichkeiten“.

Frage 5: Wird (unabhängig von Frage 4) die Schaffung eines Tatbestandes der sexuellen Belästigung auch unterhalb der Erheblichkeitsschwelle der sexuelle Belästigung jedenfalls in Fällen mit Körperkontakt bejaht?

Abstimmung: Ja: 10 Mitglieder; Nein: 2 Mitglieder

IV. Fortsetzung der Abstimmung zum Themenkomplex 1: „Reformbedarf bei § 177 StGB – Das Für und Wider einer „Einverständnislösung“ und von alternativen Regelungsmöglichkeiten“

Die Reformkommission kam überein, sich eingangs mit dem weiteren Fragebogen zu § 177 StGB zu befassen. Dieser Fragebogen greift die Fragen auf, die sich stellen, wenn man in Anlehnung an Frage 2 der Anlage 1 von einer punktuellen Erweiterung der Straftatbestände ausgeht. Einen Entwurf des Fragebogens hatte BMJV vorab an die Mitglieder der Reformkommission übersandt. Frau Bunke machte deutlich, dass es sich dabei lediglich um einen ersten Vorschlag handele. Die Teilnehmer gingen die vorgeschlagenen Fragen im Einzelnen durch und modifizierten sie wie folgt:

Frage 1: Sollen sogenannte Überraschungsfälle strafrechtlich erfasst werden?

Zu dieser Frage warfen die Mitglieder im Wesentlichen zwei Fragen auf: Zum einen wurde um Erläuterung gebeten, ob die Überraschungsfälle deckungsgleich zu der von Frau Dr. Herrmann in ihrem Impulsreferat dargestellten sexuellen Belästigung seien. Zum anderen bestand Klärungsbedarf im Hinblick auf die Dauer des Überraschungsmoments. In diesem Kontext gingen die Teilnehmer auch auf den sogenannten Malerfall ein²³⁰

Es bestand Einigkeit, dass die Fälle der sexuellen Belästigung nicht mit den Überraschungsfällen identisch sind. Denn die Fälle der sexuellen Belästigung erfassen nur sexuelle Handlungen, die unterhalb der Erheblichkeitsschwelle des § 184h Nr. 1 StGB (Begriffsbestimmungen) liegen.

Hinsichtlich der Dauer des Überraschungsmoments gingen die Teilnehmer davon aus, dass die sexuelle Handlung so unvermittelt erfolgen müsse, dass gerade wegen der Unvermittelt-

²³⁰ Vgl. BGH, Beschluss vom 8. November 2011 – 4 StR 445/11.

heit ein Widerstand des Opfers nicht erfolgen könne. In diesem Rahmen könne ein Überraschungsfall auch mit einem Eindringen in den Körper des Opfers verbunden sein.

Grundsätzlich verständigten sich die Teilnehmer darauf, dass der Begriff „Überraschungsfall“ als Schlagwort für eine bestimmte Strafbarkeitslücke zu verstehen sei. Eine genaue Definition oder gar die Fassung eines Tatbestandes sei für die Beantwortung der Frage nicht erforderlich.

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

Abstimmung²³¹: Ja: 7 Mitglieder; Nein: 0 Mitglieder

Frage 2: Sollen die sogenannten Klima-der-Gewalt-Fälle strafrechtlich erfasst werden?

Die Teilnehmer kamen, wie bei der Frage 1, auch hier zu dem Ergebnis, dass es sich bei den „Klima-der-Gewalt-Fällen“, um ein Schlagwort handele. Es bezeichne die Gruppe der Fälle, bei denen zwischen der Gewalt bzw. der Drohung mit Gewalt und der sexuellen Handlung keine Finalität bestehe, der Täter aber gleichwohl erkenne, dass das Opfer die sexuelle Handlung lediglich im Hinblick auf vorangegangene Gewalterfahrungen, die es mit dem Täter hatte, dulde oder vornehme. Einigkeit bestand darin, dass die Fallgruppe nicht nur Beziehungsfälle umfasse.

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

Abstimmung: Ja: 7 Mitglieder; Nein: 0 Mitglieder

Frage 3: Sollen die strafwürdigen Tathandlungen aus dem Nötigungskontext herausgelöst werden?

Es bestand Einigkeit, dass die Frage klar sei und unverändert bleibt.

Abstimmung: Ja: 7 Mitglieder; Nein: 0 Mitglieder

²³¹ Die Abstimmung erfolgte in einem gesonderten Schritt erst im Anschluss an die Diskussion über alle Fragen und nachdem ein aktualisierter Fragebogen ausgegeben wurde. Das Abstimmungsergebnis soll aber aus Gründen der Übersichtlichkeit bereits bei der jeweiligen Frage dargestellt werden.

Frage 4: Sollen auch Fälle erfasst werden, die gegenwärtig nicht strafbar sind, weil sich das Opfer lediglich subjektiv in einer schutzlosen Lage befindet?

Es bestand Einigkeit, dass die Frage klar sei und unverändert bleibt.

Abstimmung: Ja: 7 Mitglieder; Nein: 0 Mitglieder

Frage 5: Sollen auch Fälle erfasst werden, die gegenwärtig nicht strafbar sind, weil das Opfer Rechtsgutsbeeinträchtigungen befürchtet, die keine Körperverletzungs- oder Tötungsdelikte darstellen?

In diesem Zusammenhang wurde die Frage aufgeworfen, was mit den Fällen sei, die von § 177 Abs. 1 Nr. 2 StGB nicht erfasst würden, weil das Opfer mit einer Rechtsgutsbeeinträchtigung rechne, die sich nicht auf Körperverletzungs- oder Tötungsdelikte beziehe. Hierzu bestand Einigkeit, dass diese Fälle von § 240 StGB (Nötigung) erfasst würden und daher nicht unter der Frage 5 zu diskutieren seien. Hierauf könne man vielmehr im Kontext zu der Frage nach dem empfindlichen Übel zurückkommen.

Anknüpfend an die Diskussion warfen die Teilnehmer eine weitere Frage auf, die schließlich als neue Frage 6 Eingang fand (siehe nachfolgend).

Fazit: Die Frage 5 blieb unverändert.

Abstimmung: Ja: 6 Mitglieder; Nein: 1 Mitglied

Frage 6: Änderung in Bezug auf § 240 Abs. 1, Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 StGB:

Sollen Fälle, in denen der Täter mit Rechtsgutsbeeinträchtigungen droht, die keine Körperverletzungs- oder Tötungsdelikte darstellen, im 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB erfasst werden?

Diese Frage entwickelte sich aus der Diskussion zu Frage 5.

Abstimmung: Ja: 7 Mitglieder; Nein: 0 Mitglieder

Frage 7: Befürworten Sie einen Tatbestand, bei dem der Täter eine Situation ausnutzt, in der

- a) das Opfer bei Widerstand ein empfindliches Übel (auch nur subjektiv) befürchtet oder**
- b) dem Opfer bei Widerstand ein empfindliches Übel (objektiv) droht oder aufgrund der Umstände zu drohen scheint oder**
- c) dem Opfer bei Widerstand ein empfindliches Übel (objektiv) droht oder**
- d) keine von den vorgenannten Varianten?**

Die ursprüngliche Fassung dieser Frage lautete wie folgt:

- Befürworten Sie einen Tatbestand, bei dem der Täter eine Situation ausnutzt, in der
- a) das Opfer ein empfindliches Übel (subjektiv) befürchtet oder
- b) dem Opfer ein empfindliches Übel (objektiv) droht oder
- c) keins von beiden?

Die Ursprungsfassung gab Anlass zu folgenden Diskussionen: Es bestand Einigkeit, dass die Variante a) auch die Variante b) der Ursprungsfassung mitumfasst und die weiteste Variante darstellt. Damit ist Variante a) sowohl einschlägig, wenn das Opfer lediglich subjektiv ein empfindliches befürchtet, ohne dass tatsächlich ein empfindliches Übel droht, als auch, wenn das Opfer subjektiv ein empfindliches Übel befürchtet, welches aus objektiver Sicht auch tatsächlich droht. Dies müsse jedoch sprachlich deutlicher gemacht werden (Ergänzung: „auch nur“). Es sei selbstverständlich auch bei der Variante a) erforderlich, dass der Täter die Situation erkennt und für seine Zwecke nutzt. Ferner müsse deutlich gemacht werden, dass das empfindliche Übel bei Widerstand eintreten müsse (Ergänzung „bei Widerstand“).

Darüber hinaus verständigten sich die Teilnehmer auf die Aufnahme einer weiteren Variante, bei der dem Opfer ein empfindliches Übel (objektiv) droht oder zu drohen scheint (Ergänzung „oder zu drohen scheint“). Diese Variante ist weniger weit als die Variante a) der Ursprungsfassung. Denn durch das scheinbare Drohen eines empfindlichen Übels werden Fälle erfasst, bei denen zwar tatsächlich kein Übel droht, es aber immerhin konkrete objektive Anhaltspunkte gibt, die die Annahme, es liege ein Übel vor, plausibel erscheinen lassen z. B.: In einem Betrieb verfestigt sich das Gerücht, dass mehrere Arbeitnehmer betriebsbedingt entlassen werden. Tatsächlich ist der in Rede stehende Betrieb jedoch von der Kündigungswelle nicht betroffen. Die Arbeitnehmerin geht jedoch in Anbetracht der Gerüchte davon aus, dass ihr gekündigt würde, wenn sie die sexuelle Handlung des Geschäftsführers zurückweist, was dieser erkennt. Es reicht also nicht, dass das Opfer lediglich für sich annimmt, dass ein Übel drohe, etwa weil das Opfer ein ängstlicher Mensch ist.

Fazit: Auf der Grundlage der dargestellten Diskussion wurde die Frage wie oben (Fettdruck) ersichtlich neu gefasst.

Abstimmung: a): 2 Mitglieder; b): 4 Mitglieder; c): 0 Mitglieder; d): 1 Mitglied

Frage 8: Soweit ein Änderungsbedürfnis im Sinne der Nummern 1 bis 7 gesehen wird: Halten Sie im Vergleich zu § 177 Abs. 1 StGB eine Absenkung des Strafrahmens für erforderlich?

Es bestand Einigkeit, dass die Frage klar sei und unverändert bleibt.

Abstimmung: Ja: 7 Mitglieder; Nein: 0 Mitglieder

Der aktualisierte Fragebogen ist dem Protokoll in Reinfassung als **Anlage 2** beigelegt.

IV: Fortsetzung des Themenkomplexes 3: „Reformbedarf bei den Straftatbeständen des sexuellen Missbrauchs von Kindern und Jugendlichen und des sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen“

Herr Prof. Eisele referierte aus seinem Impulsreferat zum Thema Cybergrooming (**Anlage 3**). Er sprach in diesem Kontext insbesondere die folgenden Probleme an:

1. Einführung der Versuchsstrafbarkeit

Gemäß § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB mache sich strafbar, wer auf ein Kind mittels Schriften oder Informations- oder Kommunikationstechnologie (IuK) einwirke, um es entweder zu bestimmten sexuellen Handlungen zu bringen (Buchstabe a) oder um eine Tat nach § 184b Abs. 1 Nr. 3 (Herstellung einer tatsächlichen kinderpornographischen Schrift) oder nach § 184b Abs. 3 (Besitzverschaffung an einer tatsächlichen oder wirklichkeitsnahen kinderpornographischen Schrift) zu begehen (Buchstabe b). Der Versuch des § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB sei nicht strafbar. Aus diesem Grund mache sich nicht strafbar, wer mit entsprechender Absicht im Internet tatsächlich auf eine erwachsene Person einwirke, dabei aber irrig davon ausgehe, es handele sich um ein Kind.

Um diesen Personenkreis strafrechtlich erfassen zu können, werde teilweise die Forderung erhoben, eine Versuchsstrafbarkeit einzuführen. Dagegen spreche jedoch, dass hierdurch eine Handlung strafrechtlich erfasst würde, die sich noch weiter im Vorfeld der eigentlichen Rechtsgutsgefährdung bewegt als dies bei § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB ohnehin schon der Fall sei. Im Übrigen sei die Strafbarkeit mit § 176 Abs. 5 StGB bereits weit im Vorfeld der eigentlichen Rechtsgutsgefährdung angesiedelt. Schließlich stelle der dargestellte Sachverhalt eine ausreichende Grundlage für Ermittlungsmaßnahmen dar. Dies gelte auch vor dem Hintergrund der Entscheidung des BVerfG im Fall Edathy (BVerfG, Beschluss vom 15. August 2014 – 2 BvR 969/14). Denn im Gegensatz zu dem dort behandelten Sachverhalt, handele der Beschuldigte bei dem Einwirken mit Schriften auf einen Erwachsenen sogar in der Absicht, eine Straftat nach § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB zu begehen. Zurückzuweisen sei das Argument, eine Versuchsstrafbarkeit sei deshalb erforderlich, weil auf dieser Grundlage strafprozessuale Maßnahmen durchgeführt werden könnten, die anderenfalls nicht möglich wären. Insgesamt weise § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB aufgrund seiner konkreten Ausgestaltung eine geringe Praxisbedeutung auf.

Aus der vorgetragenen Argumentation sei zu folgern, dass der Tatbestand des § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB selbst einer Korrektur bedürfe. Er solle stärker an Artikel 23 der Lanzarote-Konvention und an Artikel 6 der Richtlinie 2011/93/EU angeglichen werden. § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB könne etwa dahingehend ergänzt werden, dass erstens ein Treffen vorgeschlagen werden müsse und zweitens konkrete Handlungen im Hinblick darauf erfolgen müssten (vgl. auch § 208 Abs. 1 des Österreichischen Strafgesetzbuches). Durch eine derartige Anreicherung könne die erforderliche Absicht des Täters einfacher bewiesen werden. Ferner wäre unter diesen Voraussetzungen auch eine Versuchsstrafbarkeit darstellbar.

2. Einwirkungsformen

Herr Prof. Eisele stellte dar, dass es in der Literatur teilweise als problematisch angesehen werde, dass zwar das Einwirken mit Schriften und IuK strafbar sei, nicht aber das Einwirken mit Süßigkeiten, Geschenken etc. bzw. das rein verbale Einwirken. Gegen eine entsprechende tatbestandliche Erweiterung spreche aber insbesondere, dass es nicht plausibel sei, dass es etwa bei Tötungsdelikten eine entsprechende Vorverlagerung der Strafbarkeit nicht gebe. Ferner seien Tathandlungen in der realen Welt bereits gemäß § 176 Abs. 1, 2 und 6 StGB (versuchter sexueller Missbrauch von Kindern) strafbar, sobald der Täter zum eigentlichen Missbrauch unmittelbar ansetze.

3. Diskussion

Vereinzelt wurde bezweifelt, dass der Umstand, dass eine Person, die in der Annahme, es handele sich um ein Kind, mit einem Erwachsenen im Internet chattet, eine ausreichende Grundlage für Ermittlungsmaßnahmen darstelle. Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschlüsse seien auf dieser Grundlage von den Gerichten nicht zu erlangen. Die Einführung einer Versuchsstrafbarkeit sei daher erforderlich. Es sei schließlich lediglich vom Zufall abhängig, dass der Beschuldigte tatsächlich an einen Erwachsenen gelangt sei. Die strafrechtliche Weiterung hätte gleichzeitig einen Abschreckungseffekt.

Dagegen wurde vorgetragen, dass bislang kein Ablehnungsbeschluss im Hinblick auf beantragte Ermittlungsmaßnahmen bekannt sei. Auf der Grundlage der Edathy-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts müsse in diesen Fällen eine Ermittlungsmaßnahme erst recht zulässig sein, da der Beschuldigte hier die Begehung einer Straftat beabsichtigt habe, während in der Konstellation, die der Edathy-Entscheidung zugrunde gelegen habe, nur ein legales Verhalten im Raum gestanden habe. Die Einführung einer Versuchsstrafbarkeit stelle den Versuch einer reinen Vorbereitungshandlung unter Strafe, die ihrerseits weit im Vorfeld des Missbrauchs angesiedelt sei. Ferner müsste dann konsequenter Weise auch für andere Delikte, die hochwertige Rechtsgüter verletzen, eine derart weite Vorfeldstrafbarkeit eingeführt werden. Im Hinblick auf den Abschreckungseffekt sei es zielführender, Ermittlungsmaßnahmen zu ergreifen oder auf der Grundlage der Polizeigesetze der Länder eine Gefährderansprache durchzuführen. Denn es sei insbesondere die Angst vor Entdeckung, die potenzielle Straftäter abschrecke. Teilweise wurde auch als problematisch angesehen, dass der objektive Tatbestand des § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB selbst keinen Sexualbezug aufweise, da das bloße Einwirken mit (irgend-)einer Schrift ausreiche. Ein Sexualbezug ergebe sich allein aus der inneren Absicht des Täters. Dieser Umstand füge sich nicht in die Systematik der übrigen Nummern des § 176 Abs. 4 StGB ein, was sich zumindest im Strafraum niederschlagen müsse.

Im Hinblick auf die Einwirkungsformen wurde darauf hingewiesen, dass die Fokussierung auf das Internet damit zu begründen sei, dass sich der Täter dem Kind mittels Internet anders annähern könne, als dies in der realen Welt der Fall sei. Denn der Täter habe im Internet bessere Möglichkeiten der Manipulation und Täuschung. Wenn man § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB ändern wollte, sei es daher konsequent, das Tatmittel der Schriften aus § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB zu streichen und sich allein auf die IuK zu beschränken. Im Gegenzug könne das Einwirken mit pornographischen Schriften in § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB ergänzt werden.

Darüber hinaus wurde vereinzelt vorgeschlagen, § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB auf objektiver Ebene einzuschränken. Zu überlegen wäre, ob der objektive Tatbestand um ein täuschendes Element bzw. um ein manipulatives Element ergänzt werden sollte. Auf diese Weise wäre sichergestellt, dass das Einwirken auch auf objektiver Ebene einen Bezug zum beabsichtigten Missbrauch aufweise. Nicht zwingend erforderlich sei, dass die Einwirkung selbst sexualisiert sein müsse. Dagegen wurde vorgetragen, dass § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB bereits gegenwärtig mit dem Absichtserfordernis einen hinreichenden Rechtsgutsbezug aufweise.

Die Vorschrift solle nach vereinzelter Ansicht dahingehend ergänzt werden, dass auch die Kommunikation, die zwischen Täter und Opfer in der realen Welt stattfindet, kriminalisiert werde. Die Gefährdungslage sei vergleichbar mit dem Annähern über das Internet. Denn in beiden Fällen manipulierte der Täter das Opfer.

V. Abstimmung zum Themenkomplex 2: „Reformbedarf bei § 179 StGB (Sexueller Missbrauch widerstandsunfähiger Personen)“

Die Teilnehmer diskutierten auf der Grundlage des vorab übersandten Fragebogens zum Komplex § 179 StGB über die einzelnen Fragen. Dabei erarbeiteten sie den im Folgenden dargestellten, wesentlich geänderten Fragebogen:

Frage 1: Sollen sexuelle Handlungen mit aufgrund geistiger Behinderung widerstandsunfähigen Personen, die sich mit der sexuellen Handlung tatsächlich einverstanden erklären, bestraft werden?

In diesem Kontext wurden erneut die Erkenntnisse aus der Sitzung mit Frau Prof. Zinsmeister und Frau Egli-Alge referiert. Das ursprünglich verwandte Wort „faktisch“ ersetzten die Teilnehmer durch das Wort „tatsächlich“, das als treffender und diskriminierungsfrei angesehen wurde.

Fazit: Auf der Grundlage der dargestellten Diskussion wurde die im Fragebogen als Frage 2 geführte Frage wie ersichtlich geändert und als Frage 1 aufgenommen.

Abstimmung²³²: Ja: 1 Mitglied; Nein: 6 Mitglieder

²³² Die Abstimmung erfolgte in einem gesonderten Schritt erst im Anschluss an die Diskussion über alle Fragen. Das Abstimmungsergebnis wird aber aus Gründen der Übersichtlichkeit bereits bei der jeweiligen Frage dargestellt.

Frage 2: Soll die Mindeststrafe bei § 179 Abs. 1 StGB an die Mindeststrafe von § 177 Abs. 1 StGB angeglichen werden?

Es bestand Einigkeit, dass die Frage klar sei und lediglich dahingehend zu konkretisieren sei, dass jeweils die Angabe „Abs. 1“ aufgenommen wird.

Abstimmung: Ja: 2 Mitglieder; Nein: 5 Mitglieder

Frage 3: Soll bei § 179 StGB der Umstand des Handelns gegen den erklärten Willen strafrahmenschärfend wirken (Qualifikation oder Regelbeispiel)?

Die ursprüngliche Fassung dieser Frage lautete wie folgt:

Unterstellt Frage 6 (*Anm.: gemeint war Frage 5*)²³³ wird bejaht: Soll als Regelbeispiel das Handeln gegen den erklärten Willen genannt werden?

An der ursprünglichen Fassung kritisierten die Mitglieder, dass sich die Frage auf ein Regelbeispiel verengt. Die Frage der Strafrahmenschärfung sollte aber offen gehalten werden, weil zu einem späteren Zeitpunkt noch zu diskutieren sein werde, ob im Vergleich zu den Strafrahmenschärfungen in § 176a StGB (Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern) und in § 177 StGB (Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung) an der Ausgestaltung als Regelbeispiel festzuhalten sei.

Fazit: Auf der Grundlage der dargestellten Diskussion wurde die Frage 6 des vorab versandten Fragebogens wie ersichtlich geändert und als Frage 3 aufgenommen.

Abstimmung: Ja: 6 Mitglieder; Nein: 1 Mitglied

Frage 4: Soll bei § 179 StGB der Umstand, dass das Opfer ein Mensch mit Behinderung ist, strafrahmenschärfend wirken (Qualifikation oder Regelbeispiel)?

Die ursprüngliche Fassung dieser Frage war vergleichbar zu der ursprünglichen Fassung der Frage 3 ausgestaltet. Die Ausführungen zu Frage 3 gelten entsprechend.

Abstimmung: Ja: 0 Mitglieder; Nein: 6 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

²³³ Frage 5 des vorab versandten Fragebogens lautete: „Soll die Ausgestaltung der besonders schweren Fälle in § 179 Abs. 3 StGB geändert werden durch Benennung von Regelbeispielen?“

Frage 5: Soll über den Tatbestand des § 179 StGB hinaus eine spezielle Regelung geschaffen werden, die Personen schützt, die nur eingeschränkt widerstandsunfähig sind?

Die ursprüngliche Fassung dieser Frage lautete wie folgt:

Soll der Tatbestand des § 179 StGB dahingehend erweitert werden, dass er nicht nur zum Tatzeitpunkt widerstandsunfähige Personen erfasst, sondern auch Personen, die zum Tatzeitpunkt lediglich keinen effizienten Widerstand leisten können?

Die ursprüngliche Fassung basierte auf der Grundannahme, dass § 179 StGB gegenwärtig nur Personen erfasst, die zum Tatzeitpunkt vollständig widerstandsunfähig sind. Personen, die eingeschränkt Widerstand leisten können, unterfallen demgegenüber ggf. dem § 177 StGB. An der Frage wurde zunächst kritisiert, dass die Formulierung „effizienter Widerstand“ unklar sei. Gemeint seien eigentlich eingeschränkt widerstandsunfähige Personen. Ferner wurde darauf hingewiesen, dass die Beantwortung der Frage auch davon abhängt, ob andere Tatbestände außerhalb des § 179 StGB geschaffen würden, mit denen diese Personengruppe erfasst sei. Da die Frage eigentlich darauf abziele, ob sexuelle Handlungen mit eingeschränkt widerstandsfähigen Personen strafbar seien, einigten sich die Teilnehmer auf die gegenwärtige Fassung der Frage.

Fazit: Auf der Grundlage der dargestellten Diskussion wurde die im vorab versandten Fragebogen als Frage 1 geführte Frage wie ersichtlich geändert und als Frage 5 aufgenommen.

Abstimmung: Ja: 2 Mitglieder; Nein: 5 Mitglieder

Die Teilnehmer haben die ursprüngliche Frage 3 aus dem vorab versandten Fragebogen („Ist die Kritik der Behindertenverbände, dass der unterschiedliche Strafrahmen von § 179 StGB und § 177 StGB diskriminierend sei, gerechtfertigt?“) und Frage 5 des vorab versandten Fragebogens („Soll die Ausgestaltung der besonders schweren Fälle in § 179 Abs. 3 StGB geändert werden durch Benennung von Regelbeispielen?“) gestrichen.

Der aktualisierte Fragebogen ist dem Protokoll in Reinfassung als **Anlage 4** beigefügt.

VI. Organisatorisches und nächste Sitzung

BMJV hat vorgeschlagen, zusätzlich zu einer Vertreterin der Prostituiertenverbände und zu der Vertreterin der Mitternachtsmission Dortmund noch einen Vertreter des Unternehmensver-

bands Erotik Gewerbe Deutschland einzuladen. Dieser Vorschlag fand einhellig Zustimmung. Die nächste Sitzung findet am 30. Oktober 2015 von 11.00 Uhr bis 17.00 Uhr im BMJV statt.

9. Sitzung am 30. Oktober 2015

Protokoll
der 9. Sitzung der Reformkommission
zur Überarbeitung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches
im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
am 30. Oktober 2015
11:00 – 17:00 Uhr

I. Anwesenheit

1. Mitglieder der Reformkommission

- Frau LOStAin Birgit Cirullies
- Herr Prof. Dr. Jörg Eisele (ab ca. 12.00 Uhr)
- Frau Prof. Dr. Tatjana Hörnle
- Herr StA Christian Kohle
- Herr Prof. Dr. Klaus Laubenthal
- Herr MR Peter Marx
- Frau RinOLG Andrea Röhrig (ab ca. 12.00 Uhr)
- Frau RinBGH Dr. Ursula Schneider
- Herr KD Jürgen Thiele
- Frau RAin Elke Thom-Eben
- Herr Prof. Dr. Gereon Wolters

An der Teilnahme verhindert war

- Frau RAin Christina Clemm

2. Für das BMJV

- Herr AL II Hans Georg Baumann (ab Mittag)
- Frau RLn II A 7 Susanne Bunke
- Frau RinAG Dr. Garonne Bezjak
- Herr RiLG Dr. Eric Simon
- Frau VorsRin Blanka Haselmann
- Frau Tatjana Windgassen

II. Eröffnung der Sitzung und Begrüßung der Mitglieder

Frau Bunke begrüßte die anwesenden Mitglieder der Reformkommission und eröffnete die Sitzung. Änderungswünsche für das Protokoll der 8. Sitzung bestanden nicht. Herr Thiele teilte jedoch mit, dass er gerne zum Thema Cybergrooming in der nächsten Sitzung etwas nachliefern möchte. Hiergegen wurden keine Bedenken erhoben. In der Konsequenz bestand Einigkeit, dass der Fragebogen zum Thema Cybergrooming zunächst nicht besprochen, sondern die Aussprache und Abstimmung dazu verschoben werden soll.

III. Bericht über die nachgereichten Stimmen zur Abstimmung in der 8. Sitzung

Frau Bunke berichtete über die nachgereichten Abstimmungsergebnisse zu dem Fragebogen, der von einer punktuellen Erweiterung der Straftatbestände ausgeht und der zum Themenkomplex 1: „Reformbedarf bei § 177 StGB – Das Für und Wider einer ‚Einverständnislösung‘ und von alternativen Regelungsmöglichkeiten“ gehört. Darüber hinaus berichtete sie über die nachgereichten Abstimmungsergebnisse zu dem Themenkomplex 2: „Reformbedarf bei § 179 StGB (Sexueller Missbrauch widerstandsunfähiger Personen)“. Konkret ging es um die in der 8. Sitzung zur Abstimmung gestellten Fragen²³⁴. Frau Cirullies, Frau Prof. Hörnle, Frau Röhrig, Frau Dr. Schneider und Frau Thom-Eben hatten ihre Abstimmungsergebnisse vorab elektronisch an BMJV übersandt. Danach stellen sich die Ergebnisse abschließend wie folgt dar:

1. Themenkomplex 1: „Reformbedarf bei § 177 StGB – Das Für und Wider einer ‚Einverständnislösung‘ und von alternativen Regelungsmöglichkeiten“ – (Anlage 1)

Halten Sie ausgehend von dem Lösungsansatz der punktuellen Erweiterung der Straftatbestände – folgende Änderungen für nötig?

Frage 1: Sollen sogenannte Überraschungsfälle strafrechtlich erfasst werden?

Abstimmung: Ja: 11 Mitglieder; Nein: 1 Mitglied

Frage 2: Sollen die sogenannten Klima-der-Gewalt-Fälle strafrechtlich erfasst werden?

²³⁴ Vgl. Protokoll der 8. Sitzung, Punkt IV. Fortsetzung der Abstimmung zum Themenkomplex 1 „Reformbedarf bei § 177 StGB – Das Für und Wider einer „Einverständnislösung“ und von alternativen Regelungsmöglichkeiten und Punkt V. Abstimmung zum Themenkomplex 2 „Reformbedarf bei § 179 StGB (Sexueller Missbrauch widerstandsunfähiger Personen)“.

Abstimmung: Ja: 11 Mitglieder; Nein: 1 Mitglied

Frage 3: Sollen die strafwürdigen Tathandlungen aus dem Nötigungskontext herausgelöst werden?

Abstimmung: Ja: 12 Mitglieder; Nein: 0 Mitglieder

Frage 4: Sollen auch Fälle erfasst werden, die gegenwärtig nicht strafbar sind, weil sich das Opfer lediglich subjektiv in einer schutzlosen Lage befindet?

Abstimmung: Ja: 8 Mitglieder; Nein: 3 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 5: Sollen auch Fälle erfasst werden, die gegenwärtig nicht strafbar sind, weil das Opfer Rechtsgutsbeeinträchtigungen befürchtet, die keine Körperverletzungs- oder Tötungsdelikte darstellen?

Abstimmung: Ja: 7 Mitglieder; Nein: 4 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 6: Änderung in Bezug auf § 240 Abs. 1, Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 StGB:

Sollen Fälle, in denen der Täter mit Rechtsgutsbeeinträchtigungen droht, die keine Körperverletzungs- oder Tötungsdelikte darstellen, im 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB erfasst werden?

Abstimmung: Ja: 11 Mitglieder; Nein: 1 Mitglied

Frage 7: Befürworten Sie einen Tatbestand, bei dem der Täter eine Situation ausnutzt, in der

a) das Opfer bei Widerstand ein empfindliches Übel (auch nur subjektiv) befürchtet oder

b) dem Opfer bei Widerstand ein empfindliches Übel (objektiv) droht oder aufgrund der Umstände zu drohen scheint oder

- c) dem Opfer bei Widerstand ein empfindliches Übel (objektiv) droht oder
- d) keine von den vorgenannten Varianten?

Abstimmung: a): 3 Mitglieder; b): 5 Mitglieder; c): 1 Mitglied; d): 3 Mitglieder

Frage 8: Soweit ein Änderungsbedürfnis im Sinne der Nummern 1 bis 7 gesehen wird: Halten Sie im Vergleich zu § 177 Abs. 1 StGB eine Absenkung des Strafrahmens für erforderlich?

Abstimmung: Ja: 11 Mitglieder; Nein: 1 Mitglied

2. Themenkomplex 2: „Reformbedarf bei § 179 StGB (Sexueller Missbrauch widerstandsunfähiger Personen)“ – (Anlage 2)

Frage 1: Sollen sexuelle Handlungen mit aufgrund geistiger Behinderung widerstandsunfähigen Personen, die sich mit der sexuellen Handlung tatsächlich einverstanden erklären, bestraft werden?

Abstimmung: Ja: 2 Mitglieder; Nein: 10 Mitglieder

Frage 2: Soll die Mindeststrafe bei § 179 Abs. 1 StGB an die Mindeststrafe von § 177 Abs. 1 StGB angeglichen werden?

Abstimmung: Ja: 3 Mitglieder; Nein: 9 Mitglieder

Frage 3: Soll bei § 179 StGB der Umstand des Handelns gegen den erklärten Willen strafrahmenschärfend wirken (Qualifikation oder Regelbeispiel)?

Abstimmung: Ja: 10 Mitglieder; Nein: 2 Mitglieder

Frage 4: Soll bei § 179 StGB der Umstand, dass das Opfer ein Mensch mit Behinderung ist, strafrahmenschärfend wirken (Qualifikation oder Regelbeispiel)?

Abstimmung: Ja: 0 Mitglieder; Nein: 11 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 5: Soll über den Tatbestand des § 179 StGB hinaus eine spezielle Regelung geschaffen werden, die Personen schützt, die nur eingeschränkt widerstandsunfähig sind?

Abstimmung: Ja: 4 Mitglieder; Nein: 8 Mitglieder

IV. Impuls von Herrn Kohle zum Themenkomplex 4: „Reformbedarf bei den übrigen Missbrauchstatbeständen (§§ 174a – 174c StGB)“ mit anschließender Diskussion

Herr Kohle referierte zu dem Reformbedarf bei den §§ 174a – 174c StGB (siehe **Anlagen 3:** und **Anlage 4**).²³⁵ Daran anschließend wurde zunächst über eine grundsätzliche Vorfrage diskutiert.

1. Grundsätzliche Vorfrage

Ein Mitglied wies darauf hin, dass das grundsätzliche Problem der Missbrauchstatbestände darin bestehe, dass diese keine Unterscheidung zwischen dem Vorliegen eines Einverständnisses und dem Fehlen eines Einverständnisses trafen. Bei den paternalistischen Fällen, bei denen das vermeintliche Opfer die sexuelle Handlung will, das Strafrecht sie aber verbietet, erschließe sich nicht ohne Weiteres, wie sich die Strafbarkeit begründen lasse. Man könne überlegen, die Strafbarkeit bei diesen Fällen einzuschränken.

Diese Auffassung wurde teilweise unterstützt. Es müsse der Grundsatz gelten, dass einvernehmliche sexuelle Handlungen straffrei seien. Davon unabhängig sei es aber andererseits auch legitim, bestimmte Bereiche zu Tabuzonen zu erklären, indem dort vorgenommene sexuelle Handlungen strafbar bleiben (z. B. in einer Anstalt – § 174a Abs. 1 StGB und wenn eine Amtsstellung ausgenutzt wird – § 174b StGB, nicht aber in einem Behandlungsverhältnis). Die §§ 174a – 174c StGB würden nur noch dort eingreifen, wo das staatliche Verhältnis z. B. aus Gründen der Sicherheit oder der staatlichen Integrität von Sexualität freigehalten werden soll. Geschütztes Rechtsgut wäre dann vordergründig z. B. die Integrität der Anstalt. Die sexuelle Selbstbestimmung würde nur noch als Reflex geschützt oder wenn das erteilte

²³⁵ Die einzelnen Punkte des Impulsreferats werden aus Gründen der Übersichtlichkeit im Zusammenhang mit der jeweiligen Diskussion dargestellt, soweit die Diskussion in der 9. Sitzung bereits erfolgt ist. Die Punkte, über die erst in der nächsten Sitzung diskutiert werden wird, werden im Folgeprotokoll dargestellt.

Einverständnis nicht auf einer freiverantwortlichen Willensentschließung beruht bzw. ein entgegenstehender Wille gegeben ist. Die Delikte seien gleichwohl keine Amtsträgerdelikte, weil z. B. auch ehrenamtlich arbeitende Personen vom Täterkreis umfasst sein könnten.

Teilweise wurde argumentiert, dass der Gesetzgeber die Fälle der §§ 174a – 174c StGB deswegen unter Strafe stelle, weil sie durch ein Machtgefälle zwischen Täter und Opfer geprägt seien. Die §§ 174a – 174c StGB beschrieben bereits tabuisierte Bereiche, ohne dass sich ein Änderungsbedarf aufdränge. Die nicht strafwürdigen Fälle könnten über das Tatbestandsmerkmal des Missbrauchs ausgeschieden werden. Die Fälle, denen ein echtes Liebesverhältnis zugrunde liegt, könnten ferner eingestellt werden. Fälle, die gegen den Willen des Opfers vorgenommen würden, seien ohnehin nach § 177 StGB (Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung) strafbar.

Die Teilnehmer diskutierten, ob man ein höheres Abstraktionsniveau wählen müsse, um die Tabuzonen zu bestimmen, in denen Sexualität nicht stattfinden soll. Insoweit könne der Begriff der „totalen Institution“ eine Rolle spielen bzw. das „besondere Gewaltverhältnis“. Als Beispiele wurden Kloster, Bundeswehr oder Justizvollzugsanstalt genannt. Die Teilnehmer kamen überein, dass geklärt werden müsse, was die absolut geschützten Bereiche sein sollten und bei welchen Bereichen die Strafbarkeit darüber hinausgehend davon abhängen soll, dass der Täter eine bestimmte Position ausnutzt. Frau Prof. Hörnle erklärte sich bereit, zu diesen Fragen für die nächste Sitzung eine Stellungnahme vorzubereiten.

2. Sexuelle Handlungen mit Dritten

Herr Kohle trug vor, dass die Vorschriften der §§ 174a – 174c StGB sexuelle Handlungen nur erfassen, wenn sie im Zweipersonenverhältnis stattfinden. Vom Täter veranlasste Sexualkontakte des Opfers mit einem Dritten würden nicht erfasst. Dies sei nicht überzeugend. Zum einen gebe es andere Tatbestände (sowohl Missbrauchs- als auch Nötigungstatbestände), die den Drittbezug erfassen, so dass eine unterschiedliche Behandlung nicht gerechtfertigt sei. Zum anderen unterscheide sich die Vornahme sexueller Handlungen mit dem Täter in der Eingriffsintensität nicht von der Vornahme sexueller Handlungen mit einem Dritten.

Diskussion:

Es wurde vorgeschlagen, eine allgemeine Vorschrift zu schaffen, die das strafrechtliche Verbot einer sexuellen Handlung auf die sexuelle Handlung mit Dritten ausdehnt. Wenn es verboten ist, sexuelle Handlungen zu haben, könne damit immer auch die sexuelle Handlung mit einem Dritten erfasst werden.

Dieser Vorschlag wird allgemein für erwägenswert gehalten. Eine solche Vorschrift könne etwa in § 184h StGB (Begriffsbestimmungen) verortet werden.

3. Hands-off-Delikte

Herr Kohle führte aus, dass die §§ 174a – 174c nur sexuelle Handlungen mit Körperkontakt erfassen, während andere Vorschriften wie z. B. § 174 Abs. 3, 176 Abs. 4 Nr. 1 und Nr. 2 und § 180 Abs. 1 bis 3 StGB auch sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt erfassen. Die Aufnahme dieser sogenannten Hands-off-Delikte könne zumindest für § 174a Abs. 1 StGB und § 174b StGB erwogen werden. Denn diese Vorschriften schützen die störungsfreie Funktion von Vollzugseinrichtungen sowie das Vertrauen der Allgemeinheit in die Integrität der Ausübung staatlicher Macht. Diese Rechtsgüter würden auch durch Hands-off-Delikte verletzt.

Diskussion:

Die Teilnehmer warfen die Frage auf, ob die Aufnahme sexueller Handlungen ohne Körperkontakt unter Beachtung des Ultima-Ratio-Prinzips verhältnismäßig sei und ob es unabhängig davon einen Bedarf dafür gebe. Teilweise wurde ein hinreichender Rechtsgutsbezug verneint. Gegebenenfalls müsse auch danach differenziert werden, ob der Täter die sexuelle Handlung vor dem Opfer vornehme oder umgekehrt das Opfer dazu bestimmt werde, die sexuelle Handlung vor dem Täter vorzunehmen.

Andere hielten einen Bezug zur sexuellen Selbstbestimmung für gegeben. Ferner gehe es darum, die betroffene Institution auch von Hands-off-Delikten frei zu halten. Letzteres hänge auch mit den Fallgruppen zusammen, die noch zu bilden seien (siehe oben 1. Grundsätzliche Vorfrage).

Das Thema soll in der nächsten Sitzung mit den Ausführungen von Frau Prof. Hörnle zu den Institutionen fortgesetzt werden.

V. Allgemeines

Frau Bunke nutzte die Zeit bis zur Mittagspause, um darauf hinzuweisen, dass der Gesetzentwurf des BMJV erst an die Mitglieder verteilt werden dürfe, wenn die Ressortabstimmung abgeschlossen ist. Ferner teilte Frau Bunke mit, dass der Antrag auf Auskunft zu den Verhandlungen in der Reformkommission im einstweiligen Rechtsschutzverfahren vor dem Ver-

waltungsgericht mit einem Vergleich endete. Im Zuge des Vergleiches wurden dem Kläger die Namen der bislang angehörten externen Experten benannt.

VI. Impulse und Diskussionen zum Themenkomplex 5: „Neuordnung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches sowie Wertungswidersprüche“

Frau Prof. Hörnle trug ihr Impulsreferat „Geschütztes Rechtsgut des 13. Abschnitts und Verhältnis zu den geschützten Rechtsgütern der einzelnen Vorschriften“ vor (**Anlage 5**: Von Frau Prof. Hörnle erstellte Übersicht). Herr Prof. Laubenthal stellte seine Ausarbeitungen zu dem Thema „Sinnhafte Neuordnung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs“ (**Anlage 6**) anhand einer PowerPoint Präsentation (**Anlage 7**) vor. An die Impulsreferate schlossen sich jeweils Diskussionen an.

1. Impuls von Frau Prof. Dr. Hörnle

Frau Prof. Hörnle führte aus, dass die Überschrift des 13. Abschnitts sinnvoll sei. Denn es gebe ein einheitliches Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung. Dabei sei allerdings zwischen dem Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung im weiteren Sinne und im engeren Sinne zu differenzieren. Letzteres meine das Abwehrrecht gegen sexuelle Handlungen, die gegen den Willen des Opfers vorgenommen werden. Paternalistische Strafverbote fielen jedoch nicht in diese Kategorie. Sexuelle Selbstbestimmung im weiteren Sinne umfasse hingegen beide Gruppen (sexuelle Selbstbestimmung im engeren Sinne und paternalistische Strafverbote).

Daneben gebe es eigenständige Rechtsgüter wie z. B. Integrität der Amts- und Berufsausübung (siehe §§ 174 – 174c StGB), Moralschutz (§§ 184a, 181a StGB), Schutz der Allgemeinheit vor Belästigung durch Prostitution (§ 184g StGB) und auswärtige Beziehungen (§ 184 Abs. 1 Nr. 9 StGB). Kein eigenständiges Rechtsgut sei die ungestörte sexuelle Entwicklung von Minderjährigen. Dabei handele es sich lediglich um einen Strafzumessungsfaktor. Einen strukturellen Unterschied zur sexuellen Selbstbestimmung gebe es nicht. Ferner seien die Menschenwürde und die Privat- und Intimsphäre bei den Sexualdelikten keine eigenständig geschützten Rechtsgüter.

Diskussion:

Teile der Kommission vertraten die Auffassung, dass die ungestörte Entwicklung des Kindes ein geschütztes Rechtsgut sei. Denn das Kind solle nicht mit erwachsener Sexualität konfrontiert werden, weil dies grundsätzlich dazu geeignet sei, die Entwicklung zu stören. Es

handele sich bei § 176 StGB um ein abstraktes Gefährdungsdelikt. Es seien daher auch sexuelle Handlungen strafwürdig, bei denen das Kind mit der sexuellen Handlung einverstanden sei.

Dagegen wurde argumentiert, dass es sich bei der Strafbarkeit der sexuellen Handlungen mit Kindern um ein paternalistisches Strafverbot handele, welches grds. erforderlich sei, weil die Kinder die Situation noch nicht zutreffend beurteilen könnten. Bei sexuellen Handlungen zwischen einer 13jährigen und einem 14jährigen sei das paternalistische Strafverbot jedoch z. B. nicht zwingend. Es gehe jedenfalls um den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung im weiteren Sinne. Ob die sexuelle Entwicklung des Kindes durch die konkrete Tat gestört wurde, bleibe lediglich für die Strafzumessung relevant.

Darüber hinaus diskutierten die Teilnehmer über die Abschnittsüberschrift. Es wurde vorgeschlagen, den 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB mit „Sexualstrafen“ oder „Straftaten gegen die sexuelle Freiheit“ zu überschreiben.

Gegen den Vorschlag der Überschrift „Sexualstrafaten“ wurde vorgebracht, dass es vorzugswürdig sei, ein übergeordnetes geschütztes Rechtsgut zu benennen, um deutlich zu machen, was die Normen konkret schützen sollen.

2. Impuls von Herrn Prof. Dr. Laubenthal

Herr Prof. Laubenthal schlug für eine Neuordnung des 13. Abschnitts im Wesentlichen die folgende Struktur vor:

- **Tatbestände zum Schutz der Freiheit der sexuellen Selbstbestimmung im engeren Sinne**
Diesen Tatbeständen solle ein Grundtatbestand der sexuellen Nötigung vorangestellt werden. § 240 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 StGB könne im Gegenzug gestrichen werden. Darüber hinaus fielen unter diese Gruppe die Delikte der – im Zuge der Neuordnung – schweren sexuellen Nötigung; Vergewaltigung (§§ 177, 178 StGB), der sexuelle Missbrauch Widerstandsunfähiger (§ 179 StGB) und die Ausnutzung anderer Widerstandsschwächen (§§ 174a Abs. 2, 174c StGB).
- **Tatbestände zum Schutz vor Ausnutzung durch staatliche Macht begründeter institutioneller Abhängigkeit**

Hierunter fielen die Delikte, die neben der sexuellen Selbstbestimmung das Vertrauen der Allgemeinheit in die Integrität staatlicher Macht schützen (§§ 174a Abs. 1, 174b StGB).

- **Tatbestände zum Schutz minderjähriger Personen**

In diese Kategorie gehörten die gegenwärtig weit verstreuten Bestimmungen zum Schutz der ungestörten sexuellen Entwicklung von Kindern und Jugendlichen (§§ 174, 176, 176a, 176b, 180 Abs. 3, 182 Abs. 1 StGB). Herr Prof. Laubenthal schlug in diesem Zusammenhang vor, auf die Bezeichnung „Missbrauch“ in den amtlichen Überschriften zu verzichten, da es insoweit keinen rechtmäßigen „Gebrauch“ gebe.

- **Tatbestände zum Schutz vor Straftaten im Zusammenhang mit der Prostitutionsausübung**

Zu den Prostitutionsdelikten könnten die §§ 180 Abs. 2, 180a, 181a, 182 Abs. 2, 184f, ggf. 184g StGB) zusammengefasst werden.

- **Tatbestände zum Schutz vor Straftaten im Zusammenhang mit der Pornographie**

Zu den Pornographiedelikten zählten die §§ 184 (nicht aber § 184 Abs. 1 Nr. 9), 184a, 184b, 184c, 184d, 184e StGB. Es sei zu empfehlen, auch die dem Jugendschutz dienenden Vorschriften (insbes. § 184b und § 184c StGB) nicht aus dem Zusammenhang der Pornographiedelikte herauszulösen.

- **Tatbestände zum Schutz vor sexuellen Belästigungen**

In diese Gruppe fielen die §§ 183, 183a StGB.

- **Führungsaufsicht**

- **Begriffsbestimmungen**

- **Sexuelle Belästigung**

Dieser ggf. neu zu schaffende Tatbestand sei erst hinter der Begriffsbestimmung vorzusehen, weil die Tathandlung nicht den gesetzlich definierten Begriff der sexuellen Handlung voraussetze.

Diskussion:

Die vorgestellte Ordnungsstruktur wurde von den Teilnehmern als sinnvoll erachtet. Es sei jedoch zu überlegen, was mit § 182 Abs. 3 StGB geschehen solle.

Zum Teil wurde vorgeschlagen, die sexuelle Belästigung vor der Führungsaufsicht anzuführen, um den Zusammenhang zu den Tatbeständen zum Schutz vor sexueller Belästigung herzustellen.

Kritisch wurde teilweise der Verzicht auf den Missbrauchsbegriff bei den Vorschriften zum Schutz minderjähriger Personen gesehen. Dieser Begriff habe sich etabliert und sei daher trotz der bestehenden Bedenken vorzugswürdig. Ferner suggeriere die vorgesehene Formulierung „sexuelle Handlungen“, dass nur das aktive Agieren mit der minderjährigen Person erfasst sei. Darüber hinaus klinge die Formulierung verharmlosend.

Bei § 184e StGB sei zu überlegen, ob dieser Tatbestand besser zu den Delikten zum Schutz minderjähriger Personen passe. Dagegen wurde eingewandt, dass der Rechtsanwender das Delikt wegen der Bezugnahme auf pornographische Darbietungen eher bei den Pornographiedelikten erwarte.

VII. Abstimmung zum Themenkomplex 3: „Reformbedarf bei den Straftatbeständen des sexuellen Missbrauchs von Kindern und Jugendlichen und des sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen“

BMJV hatte den Entwurf des Fragebogens vorab an die Mitglieder der Reformkommission versandt. Dabei handelte es sich lediglich um einen Vorschlag, der nun von den Mitgliedern von Frage 1a bis 1d diskutiert und sodann zur Abstimmung gestellt wurde:

Frage 1: Reformbedarf bei § 176 StGB (Sexueller Missbrauch von Kindern) und § 176a StGB (Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern)

a) Welches Alter soll für die Schutzaltersgrenzen beim sexuellen Missbrauch von Kindern maßgeblich sein?

aa) Es sollten wie bislang Personen unter 14 Jahren erfasst sein.

bb) Das Alter sollte abgesenkt werden.

cc) Das Alter sollte angehoben werden.

Es bestand Einigkeit, dass die Frage klar sei und verändert bleibt.

Abstimmung²³⁶: aa) 11 Mitglieder; bb): 0 Mitglieder; cc): 0 Mitglieder

b) Wie soll mit den Fällen des geringen Altersunterschieds umgegangen werden?

aa) Es soll wie bislang keine Ausnahmen geben.

bb) Es soll für den Grundtatbestand des § 176 Abs. 1 und 2 StGB ein minder schwerer Fall vorgesehen werden.

cc) Es soll eine materiell-rechtliche Regelung geschaffen werden, mit der Tathandlungen bei geringem Altersunterschied bereits tatbestandlich ausgenommen werden, die nur geringes Unrecht aufweisen.

dd) Es soll eine Regelung vorgesehen werden, nach der von Strafe abgesehen werden kann, wenn die Tathandlung nur geringes Unrecht aufweist (vergleichbar § 174 Abs. 5 StGB).

ee) Es soll eine Regelung vorgesehen werden, nach der von Strafe abgesehen werden kann, wenn der Täter bei der Tatbegehung das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet hat und die Tathandlung nur geringes Unrecht aufweist (vergleichbar § 174 Abs. 5 StGB).

Die ursprüngliche Fassung dieser Frage lautete wie folgt:

Wie soll mit der starren Altersgrenze (derzeit Personen unter 14 Jahren) umgegangen werden? (4 Antwortmöglichkeiten)

aa) Es soll wie bislang an der starren Altersgrenze festgehalten werden.

bb) Es soll zwar an der starren Altersgrenze festgehalten werden, aber für den Grundtatbestand des § 176 Abs. 1 und 2 StGB soll ein minder schwerer Fall vorgesehen werden.

cc) Es soll eine materiell-rechtliche Regelung geschaffen werden, mit der Tathandlungen bereits tatbestandlich ausgenommen werden können, die kein bzw. nur geringes Unrecht aufweisen (z. B. wegen geringen Altersunterschiedes).

dd) Es soll zwar an der starren Altersgrenze festgehalten werden, aber gleichzeitig soll eine Regelung vorgesehen werden, nach der von Strafe abgesehen werden kann, wenn die Tathandlung kein oder nur geringes Unrecht aufweist (vergleichbar § 174 Abs. 5 StGB).

Die Ursprungsfassung gab Anlass zu folgenden Diskussionen: Um besser herauszustellen, dass es um Fälle geht, bei denen der Altersunterschied zwischen Täter und Opfer gering ist, wurde in der Überschrift der Frage nicht auf die starre Altersgrenze, sondern auf den Altersunterschied abgestellt. In der Folge wurde die starre Altersgrenze auch in den einzelnen Antwortmöglichkeiten herausgestrichen.

²³⁶ Die Abstimmung erfolgte in einem gesonderten Schritt erst im Anschluss an die Diskussion über alle Fragen. Das Abstimmungsergebnis soll aber aus Gründen der Übersichtlichkeit bereits bei der jeweiligen Frage dargestellt werden.

Zu dem Verhältnis zwischen Antwort bb) und Frage 1c) wurde erläutert, dass sich die Antwortmöglichkeit bb) allein auf das Problem des geringen Altersunterschiedes beziehe. In Frage 1c) wird demgegenüber ganz unabhängig davon nach der Notwendigkeit eines minder schweren Falles gefragt. Wer also das Problem des geringen Altersunterschiedes nicht über den minder schweren Fall lösen möchte, wird sich nicht für Antwort bb) entscheiden, kann aber gleichwohl unter Frage 1c) der Meinung sein, dass § 176 Abs. 1 und 2 StGB einen minder schweren Fall aufweisen solle.

Bezüglich der Antworten cc) und dd) bestand Einigkeit, dass Handlungen, die strafbewehrt seien, immer Unrecht seien, so dass die Formulierung „kein Unrecht“ zu streichen sei. Ferner wurde vorgeschlagen, die Antwort dd) in einer neuen Antwort ee) dahingehend zu konkretisieren, dass der Täter bei Tatbegehung das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet haben dürfe.

Fazit: Auf der Grundlage der dargestellten Diskussion wurde die Frage 1b) wie oben (Fettdruck) ersichtlich neu gefasst.

Abstimmung: aa): 0 Mitglieder; bb): 2 Mitglieder; cc): 6 Mitglieder; dd): 0 Mitglieder; ee): 3 Mitglieder

c) Soll – unabhängig von der Antwort auf Frage 1b) – für den Grundtatbestand des § 176 Abs. 1 und 2 StGB ein minder schwerer Fall vorgesehen werden?

Zu dieser Frage wurde kritisiert, dass das Einverständnis des Kindes keine Rolle spiele. Gegen die Aufnahme des Einverständnisses wurde eingewandt, dass das Einverständnis des Kindes für eine Strafbarkeit gerade unbeachtlich sei. Ferner kenne das Gesetz keine minder schweren Fälle, die von einem Einverständnis abhängig gemacht würden. Eine unterschiedliche Behandlung des minder schweren Falles im Vergleich zu § 176a Abs. 4 StGB stelle einen Systembruch dar. Schließlich gab es auch Bedenken im Hinblick auf die Beweisproblematik. Ferner wurde darauf hingewiesen, dass anders herum das Handeln gegen den erklärten Willen des Opfers strafscharfend wirken müsse. Dieser Hinweis wurde für richtig befunden und als eigenständige neue Frage e) aufgenommen.

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

Abstimmung: Ja: 9 Mitglieder; Nein: 2 Mitglieder

d) Soll § 176 Abs. 1 StGB um eine dritte Variante des „An sich Duldens“ ergänzt werden (neben Variante 2: „An sich vornehmen lässt“)?

Es wurde erläutert, dass es bislang straflos sei, wenn das Kind von sich aus sexuelle Handlungen an einem anderen vornehme, der sich absolut passiv verhalte. Die Fälle der absoluten Passivität seien nicht von § 176 Abs. 1, 2. Variante StGB „an sich vornehmen lässt“ erfasst, da diese Variante ein Mindestmaß an Aktivität des Täters (z. B. Ermunterung des Kindes zur Fortsetzung der sexuellen Handlung) voraussetze. § 176 Abs. 1 StGB sei ferner kein Unterlassungsdelikt.

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

Abstimmung: Ja: 3 Mitglieder; Nein: 8 Mitglieder

e) Soll bei § 176 Abs. 3 StGB der Umstand des Handelns gegen den erklärten Willen strafrahmenschärfend wirken (Regelbeispiel oder Qualifikation)?

Diese Frage fand sich im Fragenbogenentwurf noch nicht und wurde vor dem Hintergrund der Diskussion unter Frage c) neu aufgenommen (s. o.).

Abstimmung: Ja: 5 Mitglieder; Nein: 6 Mitglieder

VIII: Organisatorisches und nächste Sitzung

Es bestand Einigkeit, dass die nächste Sitzung mit einem Kurzimpuls von Herrn Thiele zum Thema Cybergrooming beginnen soll. Ferner wird Frau Prof. Hörnle zu dem Schutz der Institutionen vortragen. Die Diskussion zu dem Impuls von Herrn Kohle soll daran anschließend fortgesetzt werden. Außerdem sollen die Mitglieder ihre Abstimmungen fortsetzen. Ggf. soll die Diskussion zu den Wertungswidersprüchen des 13. Abschnitts fortgesetzt werden.

Die nächste Sitzung findet am 4. Dezember 2015 von 11.00 Uhr bis 17.00 Uhr im BMJV, Saal Paulskirche (Raum 3.117 / 3.122) statt.

10. Sitzung am 4. Dezember 2015

Protokoll
der 10. Sitzung der Reformkommission
zur Überarbeitung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches
im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
am 4. Dezember 2015
11:00 – 17:00 Uhr

I. Anwesenheit

1. Mitglieder der Reformkommission

- Frau LOStAin Birgit Cirullies
- Frau RAin Christina Clemm
- Herr Prof. Dr. Jörg Eisele
- Frau Prof. Dr. Tatjana Hörnle
- Herr StA Christian Kohle (bis ca. 15.30 Uhr)
- Herr Prof. Dr. Klaus Laubenthal
- Herr MR Peter Marx
- Frau RinOLG Andrea Röhrig
- Frau RinBGH Dr. Ursula Schneider
- Herr KD Jürgen Thiele
- Frau RAin Elke Thom-Eben
- Herr Prof. Dr. Gereon Wolters

2. Für das BMJV

- Herr UAL II A Dr. Bernhard Böhm
- Frau RLn II A 7 Susanne Bunke
- Frau RinAG Dr. Garonne Bezjak
- Herr RiLG Dr. Eric Simon
- Frau Tatjana Windgassen

II. Eröffnung der Sitzung und Begrüßung der Mitglieder

Herr Dr. Böhm begrüßte die Mitglieder der Reformkommission und eröffnete die Sitzung. Änderungswünsche für das Protokoll zur 9. Sitzung bestanden nicht.

III. Bericht über die nachgereichten Stimmen zur Abstimmung in der 9. Sitzung

Frau Bunke berichtete über die per E-Mail nachgereichten Abstimmungsergebnisse zum Themenkomplex 3 „Reformbedarf bei den Straftatbeständen des sexuellen Missbrauchs von Kindern und Jugendlichen und des sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen“. Konkret ging es um die in der 9. Sitzung zur Abstimmung gestellten Fragen²³⁷. Die Ergebnisse stellten sich abschließend wie folgt dar:

Themenkomplex 3: „Reformbedarf bei den Straftatbeständen des sexuellen Missbrauchs von Kindern und Jugendlichen und des sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen“ – Frage 1a bis 1e (Anlage 1)

Frage 1: Reformbedarf bei § 176 StGB (Sexueller Missbrauch von Kindern) und § 176a StGB (Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern)

a) Welches Alter soll für die Schutzaltersgrenzen beim sexuellen Missbrauch von Kindern maßgeblich sein?

aa) Es sollten wie bislang Personen unter 14 Jahren erfasst sein.

bb) Das Alter sollte abgesenkt werden.

cc) Das Alter sollte angehoben werden.

Abstimmung: aa): 12 Mitglieder; bb): 0 Mitglieder; cc): 0 Mitglieder

b) Wie soll mit den Fällen des geringen Altersunterschieds umgegangen werden?

aa) Es soll wie bislang keine Ausnahmen geben.

bb) Es soll für den Grundtatbestand des § 176 Abs. 1 und 2 StGB ein minder schwerer Fall vorgesehen werden.

cc) Es soll eine materiell-rechtliche Regelung geschaffen werden, mit der Tathandlungen bei geringem Altersunterschied bereits tatbestandlich ausgenommen werden, die nur geringes Unrecht aufweisen.

dd) Es soll eine Regelung vorgesehen werden, nach der von Strafe abgesehen werden kann, wenn die Tathandlung nur geringes Unrecht aufweist (vergleichbar § 174 Abs. 5 StGB).

²³⁷ Vgl. Protokoll der 9. Sitzung der Reformkommission, Punkt VII.

ee) Es soll eine Regelung vorgesehen werden, nach der von Strafe abgesehen werden kann, wenn der Täter bei der Tatbegehung das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet hat und die Tathandlung nur geringes Unrecht aufweist (vergleichbar § 174 Abs. 5 StGB).

Abstimmung: aa): 0 Mitglieder; bb): 2 Mitglieder; cc): 6 Mitglieder; dd): 0 Mitglieder; ee): 4 Mitglieder

c) Soll – unabhängig von der Antwort auf Frage 1b) – für den Grundtatbestand des § 176 Abs. 1 und 2 StGB ein minder schwerer Fall vorgesehen werden?

Abstimmung: Ja: 10 Mitglieder; Nein: 2 Mitglieder

d) Soll § 176 Abs. 1 StGB um eine dritte Variante des „An sich Duldens“ ergänzt werden (neben Variante 2: „An sich vornehmen lässt“)?

Abstimmung: Ja: 4 Mitglieder; Nein: 8 Mitglieder

e) Soll bei § 176 Abs. 3 StGB der Umstand des Handelns gegen den erklärten Willen strafrahmenschärfend wirken (Regelbeispiel oder Qualifikation)?

Abstimmung: Ja: 6 Mitglieder; Nein: 6 Mitglieder

IV. Bericht über den Besuch bei der schwedischen Kommission zum Sexualstrafrecht

Frau Dr. Bezjak berichtete über den Besuch von BMJV in Stockholm. Am 27. November 2015 seien Herr Dr. Böhm, Frau Bunke und Frau Dr. Bezjak im Justizministerium in Stockholm mit der dortigen Kommission zum Sexualstrafrecht zusammengetroffen. Die Kommission bestehe aus Wissenschaftlern und Praktikern. Darüber hinaus seien auch Parlamentsabgeordnete Teilnehmer der Kommission. Die Arbeit der Kommission fokussiere sich auf den Straftatbestand der Vergewaltigung und hier auf die Frage der gesetzlichen Umsetzung einer Einverständnislösung. Es handele sich bereits um die dritte Kommission, die sich mit dieser Fragestellung beschäftige. Die gegenwärtig eingesetzte Kommission habe sich nunmehr entschlossen, eine gesetzliche Regelung vorzuschlagen, mit der die Strafbarkeit für die Ausübung des Beischlafes bzw. beischlafähnlicher Handlungen von der Freiwilligkeit der Betei-

ligten abhängen. Keine Strafbarkeit trete ein, wenn die Beteiligten freiwillig agierten. Die Freiwilligkeit müsse als ein „Ja“ ausdrücklich oder konkludent kommuniziert werden. Darüber hinaus sei eine Vorschrift vorgesehen, aus der hervorgehe, wann Freiwilligkeit trotz des kommunizierten „Ja“ nicht vorliege. Dies sei etwa bei Drohung, List und Angst der Fall. Daneben werde erwogen, eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit für den Fall vorzuschlagen, dass der Beschuldigte die Unfreiwilligkeit des Opfers pflichtwidrig (grob fahrlässig) nicht erkenne.

Bei den Praktikern stöße dieser Ansatz wegen zu befürchtender Beweisschwierigkeiten auf Ablehnung. Man wolle gleichwohl an der Freiwilligkeit und der Fahrlässigkeit festhalten, weil die Vornahme unfreiwilliger sexueller Handlungen für strafwürdig angesehen werde. Auf Nachfrage von BMJV wurde eingeräumt, dass man sich der Tatsache bewusst sei, dass die Änderung des Tatbestandes nicht zu mehr Verurteilungen führen werde.

Die Istanbul-Konvention habe Schweden bereits ratifiziert, obwohl die gegenwärtige schwedische Rechtslage mit der deutschen Rechtslage vergleichbar sei und daher im Hinblick auf Artikel 36 der Istanbul-Konvention Probleme aufwerfe.

Zum Cybergrooming habe die schwedische Reformkommission mitgeteilt, dass die einschlägige Vorschrift seit 2009 existiere, jedoch keine praktische Relevanz aufweise. Die Strafvorschrift sei stark an Artikel 23 der Lanzarote-Konvention angelehnt und verlange entsprechend, dass der Beschuldigte ein Treffen vorschlage und Handlungen im Hinblick auf dieses Treffen vornehme. Eine Versuchsstrafbarkeit sei nicht gegeben und werde auch nicht für erforderlich gehalten. Das Chatten mit einem nur vermeintlichen Kind werde strafrechtlich nicht erfasst, da kein Kind Schaden nehmen könne.

Zur Prostitution führte die schwedische Kommission aus, dass diese seit mehreren Jahren verboten sei. Wer sexuelle Dienstleistungen einer Prostituierten in Anspruch nehme, mache sich strafbar. Die Prostituierte selbst mache sich nicht strafbar. Der Norm liege die Überzeugung zugrunde, dass Personen, die der Prostitution nachgingen, grundsätzlich Schaden nähmen. Prostitution habe ferner in einer aufgeklärten Gesellschaft insbesondere unter dem Aspekt der Gleichheit von Mann und Frau keinen Platz. Man habe mit dem Verbot gute Erfahrungen gemacht. Es sei im Wesentlichen nicht zu beobachten, dass eine Abwanderung in den Untergrund stattgefunden habe. Die Anzahl der Straßenprostituierten habe sich halbiert. Die durch das Internet vermittelte Prostitution habe hingegen zugenommen. Das Verbot der Prostitution führe ferner dazu, dass Schweden kein attraktives Land für Menschenhandel sei. Herr Dr. Böhm teilte mit, dass ein Teil der Mitglieder der schwedischen Reformkommission Interesse an einem Gegenbesuch nach Deutschland gezeigt hätten. Es bestand unter den

Teilnehmern Einverständnis, dass ein mögliches Treffen als Sondersitzung der Reformkommission angelegt werden sollte. Frau Prof. Hörnle schlug vor, zusätzlich einen Vertreter des englischen Rechtssystems einzuladen.

V. Impuls von Herrn Thiele zum Themenkomplex 3: „Reformbedarf bei den Straftatbeständen des sexuellen Missbrauchs von Kindern und Jugendlichen und des sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen“ mit anschließender Diskussion

Entsprechend seiner Bitte in der letzten Sitzung der Reformkommission²³⁸, erhielt Herr Thiele Gelegenheit, ein Impulsreferat zu der Frage zu halten, ob der Versuch des Cybergroomings im Hinblick auf das Chatten mit einem Polizisten, der von dem Beschuldigten irrtümlich für ein Kind gehalten wird, strafbar sein sollte (**Anlage 2**). Diese Diskussion entzündet sich an § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB.

Herr Thiele hält die Einführung einer Versuchsstrafbarkeit für geboten. Er trug vor, dass das Gegenargument, nach dem die Einführung einer Versuchsstrafbarkeit die Strafbarkeit zu weit in das Vorfeld der eigentlichen Rechtsgutsgefährdung verlagere, nicht greife. Der Täter täusche oder korrumpiere das Kind, um es zu den in § 176 Abs. 4 Nr. 3 Buchstaben a oder b StGB genannten Handlungen zu bringen. Damit gefährde der Täter das Kind bereits konkret, denn bei ungehinderter Fortentwicklung des Geschehens komme es zu einem Schadenseintritt. Es sei zwar zutreffend, dass es keine objektive Gefährdung des Kindes gäbe, wenn der Täter sich im Hinblick auf das Tatobjekt irre. Eine Rechtsgutsgefährdung sei aber immer bei einem untauglichen Versuch ausgeschlossen. Gleichwohl kenne unsere Rechtsordnung dieses Modell. Das Verhalten sei strafwürdig, weil der Beschuldigte nach seiner Vorstellung von der Tat alles tue, um den Tatbestand zu erfüllen.

Die geringen Fallzahlen zu § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB ließen sich auf eine niedrige Anzeigebereitschaft zurückführen, die auf Scham, Furcht vor Unverständnis, empfundener Mitschuld etc. zurückzuführen sei. Es sei von einem erheblichen Dunkelfeld auszugehen. Zu berücksichtigen sei ferner, dass kinderpornographisches Material für immer im Internet abrufbar sei. Eine Kriminalisierung sei daher im Einklang mit den europäischen Vorgaben erforderlich. Die Strafbarkeit des Chattens mit einem Erwachsenen sei schließlich auch deswegen erforderlich, weil sich Ermittlungsmaßnahmen auf den Sachverhalt des untauglichen Versuchs nicht stützen ließen. Die Gefährderansprache könne die Beschuldigten nicht von der Begehung weiterer Taten abhalten. Vielfach würden die Beschuldigten in ihrem Handeln sogar eher bestärkt.

²³⁸ Vgl. Protokoll der 9. Sitzung der Reformkommission, Punkt II.

Um Beweisprobleme zu vermeiden, sei es hinsichtlich der konkreten Umsetzung vorzugsweise, den Tatbestand des § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB um eine entsprechende Regelung zu ergänzen (z. B. „...Person, die er für eine Kind hält...“) und auf die Einführung der Versuchsstrafbarkeit zu verzichten.

Diskussion:

Ein Teil der Mitglieder der Reformkommission vertrat den Standpunkt, dass das bloße Einwirken auf das Kind noch keine strafrechtlich relevante Gefahr für das Kind begründe. Insofern sei das Polizeirecht gefragt. Wirke der Beschuldigte pornographisch auf das Kind ein, sei er bereits nach § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB zu bestrafen. Andererseits müsse man die Probleme der Praxis ernst nehmen. Eine Strafbarkeit erfordere dann aber die Anreicherung des objektiven Tatbestandes. In der Regel werde der Beschuldigte ohnehin erst angezeigt, wenn er weitere Schritte unternahme und es zu einem Treffen komme. Der Ermittlungsaufwand sei dann allerdings höher, weil man sich nicht auf die Auswertung des Computers beschränken könne.

Verfassungsrechtliche Probleme sahen die Mitglieder der Reformkommission bei der Einführung der Versuchsstrafbarkeit nicht, da es auch andere Vorbereitungshandlungen gäbe, die eine Versuchsstrafbarkeit aufwiesen (z. B. § 89 StGB – Verfassungsfeindliche Einwirkung auf Bundeswehr und öffentliche Sicherheitsorgane).

Im Hinblick auf die Gefährderansprache gingen die Ansichten zur Effizienz dieses Instruments auseinander. Gegen die Effizienz einer solchen polizeilichen Maßnahme wurde angeführt, dass der Beschuldigte seinem Trieb unterworfen sei.

Als maßgeblicher präventiver Faktor wurde die Medienkompetenz des Kindes benannt. Eine hohe Medienkompetenz könne verhindern, dass sich das Kind in der vom Beschuldigten gewünschten Weise manipulieren lasse.

Hinsichtlich der übrigen vorgetragenen Argumente – insbesondere zur Frage der Durchführbarkeit von Ermittlungsmaßnahmen – wird auf die Diskussion zu diesem Thema in der 8. Sitzung der Reformkommission verwiesen.²³⁹

Zur möglichen gesetzlichen Aufnahme des Anliegens von Herrn Thiele wurden verschiedene Vorschläge unterbreitet. So könne man den Tatbestand dahingehend ändern, dass als Tatobjekt auch eine Person aufgenommen werde, die der Beschuldigte für ein Kind halte. Fer-

²³⁹ Vgl. Protokoll der 8. Sitzung der Reformkommission, Punkt V.3.

ner könne man überlegen, § 176 Abs. 4 Nr. 3 und Nr. 4 StGB zusammenzufassen. Falls die Nummer 3 eine Vorbereitung zu § 176 Abs. 1 und 2 StGB bleiben sollte, müsse tatbestandlich eine größere Nähe zur Schädigung des Rechtsgutes gesucht werden. Letzteres könne erfolgen, indem ein nach außen dokumentiertes Handeln im Tatbestand aufgenommen werde. Nicht für eine Strafbarkeit hinreichend hielt es die Mehrheit der Kommission, wenn sich der Täter lediglich als Kind ausbebe. Denn ein solches Verhalten könne Gründe haben, die nicht mit einem sexuellen Missbrauch in Verbindung stünden.

VI. Fortsetzung des Themenkomplexes 4: „Reformbedarf bei den übrigen Missbrauchstatbeständen (§§ 174a – 174c StGB)“ mit anschließender Diskussion

In der 9. Sitzung der Reformkommission kamen die Mitglieder überein, dass der Frage nachzugehen sei, ob es Bereiche gebe, in denen ein absoluter strafrechtlicher Schutz vor sexuellen Handlungen gegeben sein müsse. Frau Prof. Hörnle trug hierzu ein Impulsreferat vor (**Anlage 3**), über das diskutiert wurde. Im Anschluss daran wurde die Diskussion zu dem Impulsreferat von Herrn Kohle fortgesetzt.²⁴⁰

1. Impuls von Frau Prof. Hörnle

Soweit die Funktionsfähigkeit der Institution als Ausdruck eines Gemeinwohlinteresses das einzige Argument dafür sei, dass Personen, die der Institution angehören, nicht sexuell miteinander agieren sollen, lasse sich eine Strafwürdigkeit des Verhaltens eher nicht begründen. Denn in diesen Fällen sei es ausreichend, arbeits- oder disziplinarrechtliche Maßnahmen zu ergreifen.

Entscheidend sei vielmehr das Unterbinden sexueller Aktivitäten im Individualinteresse der Akteure. Sobald die sexuelle Handlung ohne Zustimmung erfolge, sei ohnehin die sexuelle Selbstbestimmung verletzt und das Verhalten sei ohne Besonderheiten strafwürdig. Eine gleichzeitig bestehende Gefahr für das Gemeinwohlinteresse sei ggf. lediglich straferschwerend zu berücksichtigen.

Schwieriger seien jedoch paternalistische Strafnormen zu beurteilen, bei denen sexuelle Handlungen mit Zustimmung aller Beteiligten vorgenommen werden. Bei diesen müsse überlegt werden, wann die Zustimmung defizitär sei. Im Hinblick auf Minderjährige genüge die hinzutretende soziale Abhängigkeit, um von einer defizitären Zustimmung auszugehen und ein Strafbedürfnis zu begründen. Problematischer sei die Frage für Volljährige zu beantworten. Grundsätzlich sei die Zustimmung eines Volljährigen als Ausdruck der Selbstbestim-

²⁴⁰ Zur Vorbefassung vgl. Protokoll der 9. Sitzung der Reformkommission, Punkt IV.

mung anzusehen, die beachtet werden müsse. Von dieser Regelfallvermutung solle nur in eng umgrenzten Fällen abgesehen werden. Eine Ausnahme von der Regelfallvermutung seien Entscheidungen, die unter den Bedingungen einer „totalen Institution“ getroffen würden. Der „totalen Institution“ liege ein engeres Verständnis als dem besonderen Gewaltverhältnis zugrunde. Denn es handele sich um Institutionen, die das gesamte Leben regulieren (z. B.: Heime, Gefängnisse, Klöster, bestimmte militärische Einrichtungen, die nicht verlassen werden können). In diesen Situationen sei es vertretbar, davon auszugehen, dass die Zustimmung zu sexuellen Handlungen defizitär sei. Es sei zu diskutieren, inwieweit sich dieses Prinzip auf andere Institutionen ausweiten lasse. Man könne sich diesbezüglich z. B. bestimmte andere militärische Kontexte oder Sekten vorstellen. Grenzfällen könne mit einem Antragserfordernis begegnet werden. Körperliche Einschränkungen sollten hingegen kein Anknüpfungspunkt für eine Kriminalisierung sein. Im Ergebnis gebe es am geltenden Recht nicht viel zu beanstanden.

Diskussion:

Die Ausführungen von Frau Prof. Hörnle fanden im Wesentlichen Zustimmung. Gegen das Antragserfordernis wurde jedoch vorgebracht, dass Personen, die von Institutionen abhängig seien, leicht davon abgehalten werden könnten, einen Antrag zu stellen.

Vereinzelt wurde die Auffassung vertreten, dass auch Erstaufnahmeeinrichtungen, bei denen eine Residenzpflicht für Asylbewerber bestehe, unter den Begriff der totalen Institution fallen könnten. Diesbezüglich bestanden Zweifel, ob in diesen Einrichtungen eine Regulierung des gesamten Lebens erfolge, was Voraussetzung für eine totale Institution sei.

In Bezug auf Sekten wurde zwar die Auffassung vertreten, dass auch eine private Einrichtung, wie z. B. eine Sekte, eine totale Institution sein könne. Es handele sich dabei jedoch letztlich um freiwillige Zusammenkünfte. In diesem Rahmen könne man die betroffene Person nicht einfach vor sich selbst schützen. Das Problem trete erst auf, wenn die Person die Sekte nicht mehr verlassen könne. Ferner sei an rituelle Missbrauchshandlungen zu denken, bei denen sich das Opfer wegen der Abhängigkeit zur Sekte nicht gegen die sexuelle Handlung zur Wehr setze. Derartige Fallkonstellationen seien aber ggf. nach anderen Vorschriften strafbar, wobei etwa für den Fall des Gefangenhaltens des Opfers auch an die Vorschriften zum Menschenhandel zu denken sei.

2. Fortsetzung der Diskussion zum Impuls von Herrn Kohle

a) Strafraumen

Herr Kohle führte aus, dass die aktuellen Strafraumen der §§ 174 ff. StGB mit dem SexualdelÄndG Eingang in die Vorschriften gefunden hätten. Die mit dem SexualdelÄndG vorgenommene Strafraumenerhöhung auf eine Mindestfreiheitsstrafe von drei Monaten beruhe auf dem Umstand, dass die Strafraumen der §§ 176, 179 StGB ebenfalls angehoben worden seien und der Gesetzgeber Diskrepanzen habe vermeiden wollen. Es stelle sich die Frage, ob man die Strafraumen der §§ 174 ff. StGB wieder reduzieren bzw. einen minder schweren Fall vorsehen solle, da es auch Fälle mit einem geringen Unwertgehalt gebe. So könne etwa auf den Strafraumen zurückgegriffen werden, der vor dem SexualdelÄndG gegolten habe (Geldstrafe bis zu Freiheitsstrafe von 5 Jahren).

Diskussion:

Gegen diese Ausführungen wurden keine Bedenken erhoben.

b) § 174a Abs. 1 StGB – Erfassung von stationären Jugendhilfeeinrichtungen?

Gemäß § 174a Abs. 1 StGB macht sich strafbar, wer sexuelle Handlungen an einer gefangenen oder auf behördliche Anordnung verwahrten Person, die ihm zur Erziehung, Ausbildung, Beaufsichtigung oder Betreuung anvertraut ist, unter Missbrauch seiner Stellung vornimmt oder an sich von der gefangenen oder verwahrten Person vornehmen lässt. Der Bundesgerichtshof gehe davon aus, dass eine behördliche Anordnung nicht vorliege, wenn ein Minderjähriger nach § 34 Abs. 1 SGB VIII in einer stationären Jugendhilfeeinrichtung untergebracht werde. Denn die Unterbringung erfolge auf der Grundlage der Entscheidung des Inhabers der Personensorge und eben nicht aufgrund einer behördlichen Anordnung. Auch die Genehmigung durch das Familiengericht stelle keine behördliche Anordnung dar. Der Gesetzgeber habe in Kenntnis der Problematik ausdrücklich darauf verzichtet, die Einrichtungen der freiwilligen Erziehungshilfe in den Schutzbereich des § 174a Abs. 1 StGB einzubeziehen.²⁴¹ Hier wäre zu überlegen, ob die Unterbringung in der stationären Jugendhilfeeinrichtung tatbestandlich von § 174a Abs. 1 StGB zu erfassen sei oder ob ein hinreichender Schutz durch die §§ 174, 176, 182 StGB gegeben sei.

Diskussion:

Zum Teil wurde dafür plädiert, die Unterbringung in der stationären Jugendhilfeeinrichtung in § 174a Abs. 1 StGB zu erfassen. § 174a Abs. 1 und § 174 StGB seien insbesondere im Hinblick auf 16- und 17-jährige Personen nicht vollständig kongruent. Vereinzelt wurde die bestehende Rechtslage jedoch insbesondere im Hinblick auf § 174 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 StGB für ausreichend erachtet.

²⁴¹ Vgl. BT-Drs. VI / 3521, S. 26 f.

Daneben wurde der Vorschlag unterbreitet, die totale Institution etwa im Sinne einer (erheblichen) Zwangslage zu begreifen. Auf diese Weise könnten ggf. auch bestimmte Sektenformen erfasst werden. Der Vorteil liege darin, dass man weniger kleinteilig vorgehen müsse. Dagegen wurde argumentiert, dass der Tatbestand dann zu weit werde. Nicht jede Unterbringung begründe eine Zwangslage. Man könnte den § 174a Abs. 1 StGB z. B. so fassen, dass Personen vom Schutzbereich erfasst werden, die mit gerichtlicher Genehmigung untergebracht sind.

Darüber hinaus kritisierte ein Mitglied den Begriff des „Verwahrten“. Ferner wurde das Ruhen der Verjährung gem. § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB angesprochen. Es sei wenig sinnvoll, dass die Verjährung bei den §§ 174a-c StGB bis zum 30. Lebensjahr ruhe. Die Verjährung solle vielmehr bis zum Ende des Gewaltverhältnisses ruhen.

Herr Kohle verließ die Sitzung nach Abschluss der Diskussion.

VII. Abstimmung zum Themenkomplex 3: „Reformbedarf bei den Straftatbeständen des sexuellen Missbrauchs von Kindern und Jugendlichen und des sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen“

BMJV hatte den Entwurf des Fragebogens zum Thema Cybergrooming vorab an die Mitglieder der Reformkommission versandt. Dabei handelte es sich um einen Vorschlag, der von den Mitgliedern diskutiert und sodann zur Abstimmung gestellt wurde:

Frage 1. Soll das in § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB geregelte sogenannte Grooming auf das Einwirken des Täters auf ein Kind mittels Informations- oder Kommunikationstechnologie beschränkt werden (Streichen der Worte „mittels Schriften [§ 11 Absatz 3]“)?

Frau Bunke verwies einleitend darauf, dass die Frage im Zusammenhang mit der Diskussion zu § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB gesehen werden müsse. Man könne sich auf den Standpunkt stellen, dass § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB nur einschlägig sein solle, wenn die Einwirkung auf das Kind über Informations- oder Kommunikationstechnologie erfolge. Denn der Täter habe über das Internet bessere Möglichkeiten der Manipulation und Täuschung als bei einem Einwirken in der realen Welt. Im Gegenzug könnte § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB um das Einwirken mit pornographischen Schriften ergänzt werden.²⁴²

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

²⁴² Vgl. Protokoll der 8. Sitzung der Reformkommission, Punkt V.3.

Abstimmung²⁴³: Ja: 4 Mitglieder; Nein: 7 Mitglieder

Frage 2: Soll über den geltenden § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB hinaus auch das Einwirken auf das Kind ohne Informations- oder Kommunikationstechnologie oder Schriften (offline – z. B. verbal und / oder mit Geschenken) strafrechtlich erfasst werden?

a) Ja oder

b) Ja, aber nur mit zusätzlichen tatbestandlichen Einschränkungen oder

c) Nein

Es bestand Einigkeit, dass die Frage darauf abziele, ob – abhängig von der Antwort auf Frage 1 mit oder ohne das Einwirken mittels Schriften – auch weitere Einwirkungsformen strafrechtlich zu erfassen seien, die bislang nicht in § 174 Abs. 4 Nr. 3 StGB enthalten sind. Der ursprünglich vorgesehene Klammerzusatz zu Antwort b) „z. B. täuschende Einwirkung, wie im österreichischen Recht“ wurde als überflüssig angesehen und entfernt.

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

Abstimmung: a): 2 Mitglieder; b): 4 Mitglieder; c): 5 Mitglieder

Frage 3: Soll eine Einschränkung beim objektiven Tatbestand des § 176 Abs. 4 Nr. 3a) StGB erfolgen, um einen stärkeren Bezug zum geschützten Rechtsgut herzustellen, und zwar durch Anlehnung an Artikel 23 der Lanzarote-Konvention bzw. Artikel 6 der RL 2011/93/EU (Tatbestandsvoraussetzung: Vorschlagen eines Treffens und Vornahme konkreter Handlungen, die zu einem solchen Treffen hinführen)?

Die ursprüngliche Fassung dieser Frage lautete wie folgt:

Soll eine Einschränkung beim objektiven Tatbestand des § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB erfolgen, um einen stärkeren Bezug zum geschützten Rechtsgut herzustellen? (vier Antwortmöglichkeiten)

a) Ja, und zwar durch Anlehnung an Artikel 23 der Lanzarote-Konvention bzw. Artikel 6 der RL 2011/93/EU (Tatbestandsvoraussetzung: Vorschlagen eines Treffens und Vornahme konkreter Handlungen, die zu einem solchen Treffen hinführen).

b) Ja, und zwar durch Ergänzung um das Element der täuschenden Einwirkung, die in Richtung auf die Herbeiführung eines Treffens vorgenommen wird.

²⁴³ Die Abstimmung erfolgte in einem gesonderten Schritt erst im Anschluss an die Diskussion zu allen Fragen. Das Abstimmungsergebnis wird aber aus Gründen der Übersichtlichkeit bereits bei der jeweiligen Frage dargestellt.

- c) Ja, und zwar durch Ergänzung um das Element der manipulativen Einwirkung, die in Richtung auf die Herbeiführung eines Treffens vorgenommen wird.
- d) Nein

Es bestand Einigkeit, dass die ursprüngliche Antwortmöglichkeit a) nur im Hinblick auf § 176 Abs. 4 Nr. 3 Buchstabe a StGB sinnvoll sei, da es bei § 176 Abs. 4 Nr. 3 Buchstabe b gerade nicht zu einem Offline-Treffen kommen solle, sondern es vielmehr bei einer Kommunikation über Informations- oder Kommunikationstechnologie bleibe. Daneben wurden gegen die ursprünglichen Antwortmöglichkeiten b) und c) europarechtliche Bedenken vorgebracht. In Artikel 23 der Lanzarote-Konvention und Artikel 6 der RL 2011/93/EU sei die Einschränkung der täuschenden bzw. manipulativen Einwirkung nicht vorgesehen.

Fazit: Auf der Grundlage der dargestellten Diskussion wurde die Frage 3 wie oben (Fett-druck) ersichtlich neu gefasst.

Abstimmung: Ja: 3 Mitglieder; Nein: 7 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 4: Soll das Einwirken mittels Informations- und Kommunikationstechnologie auf einen Erwachsenen, von dem der Beschuldigte irrig annimmt, es handele sich um ein Kind, strafrechtlich erfasst werden?

Es bestand Einigkeit, dass die Frage klar sei und unverändert bleibt.

Abstimmung: Ja: 6 Mitglieder; Nein: 3 Mitglieder; Enthaltung: 2 Mitglieder

Frage 5: Unterstellt Frage 4 wird bejaht: Wie soll die Strafbarkeit erreicht werden?

- a) Der objektive Tatbestand des § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB wird dahingehend erweitert, dass die unter Frage 4 benannte Konstellation tatbestandlich erfasst wird (z.B. „... auf ein Kind oder eine Person, die er für ein Kind hält, einwirkt...“).
- b) Für den geltenden § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB wird die Versuchsstrafbarkeit eingeführt.
- c) Es wird eine Versuchsstrafbarkeit für § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB nur unter der Voraussetzung der Einschränkung des Straftatbestandes im Sinne der Frage 3 eingeführt.

Es bestand Einigkeit, dass die Frage klar sei und unverändert bleibt.

Abstimmung: a): 6 Mitglieder; b): 1 Mitglied; c): 3 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 6: Sollte sich – ausgehend vom geltenden Recht – der Strafrahmen des § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB von dem Strafrahmen des § 176 Abs. 4 Nr. 1, 2 und 4 StGB unterscheiden?

Die Mitglieder der Reformkommission waren sich darüber einig, von der ursprünglich vorgesehenen Formulierung „abstrakten Strafrahmen“ jeweils das Wort „abstrakt“ zu streichen. Zum besseren Verständnis der Frage wurde ferner darauf hingewiesen, dass § 176 Abs. 4 Nr. 1, 2 und 4 StGB jeweils auf ein sexualisiertes Verhalten des Beschuldigten abstelle, während § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB jegliches auch nicht sexualisiertes Einwirken als Tathandlung erfasse.

Fazit: Auf der dargestellten Grundlage wurde die Frage 6 wie ersichtlich neu gefasst.

Abstimmung: Ja: 6 Mitglieder; Nein: 5 Mitglieder

VIII. Organisatorisches und nächste Sitzung

Die nächste Sitzung findet am 21. und 22. Januar 2016 jeweils von 11.00 Uhr bis 17.00 Uhr im BMJV, Gustav-Radbruch-Saal (5.001) statt. In dieser Sitzung wird es um die Prostitution gehen. Die nachfolgenden Sitzungen finden am 17./18. März; 14./15. April und 20. Mai 2016 statt.

11. Sitzung am 21. Januar 2016

Protokoll
der 11. Sitzung der Reformkommission
zur Überarbeitung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches
im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
am 21. Januar 2016
11:00 – 17:00 Uhr

I. Anwesenheit

1. Mitglieder der Reformkommission

- Frau LOStAin Birgit Cirullies
- Frau RAin Christina Clemm
- Herr Prof. Dr. Jörg Eisele
- Herr StA Christian Kohle
- Herr Prof. Dr. Klaus Laubenthal
- Herr MR Peter Marx
- Frau RinOLG Andrea Röhrig
- Frau RinBGH Dr. Ursula Schneider
- Herr KD Jürgen Thiele
- Frau RAin Elke Thom-Eben

An der Teilnahme verhindert waren:

- Frau Prof. Dr. Tatjana Hörnle
- Herr Prof. Dr. Gereon Wolters

2. Für das BMJV

- Herr UAL II A Dr. Bernhard Böhm
- Frau RLn II A 7 Susanne Bunke
- Frau RLn II A 2 Perdita Kröger
- Frau RinAG Dr. Garonne Bezjak
- Frau VorsRinLG Blanka Haselmann (vormittags)
- Frau Tatjana Windgassen
- Frau Annette Schwab

3. Gäste

- Frau Stephanie Klee (1. Vorstandsvorsitzende des Bundesverbandes sexuelle Dienstleistungen e. V. – BSD: von 11.00 – 13.00 Uhr)
- Frau Elke Winkelmann (2. Vorstandsvorsitzende des BSD: von 11.00 – 13.00 Uhr)
- Frau Simone Goretzki (Mitglied im BSD: von 11.00 – 13.00 Uhr)
- Frau Andrea Hitzke (Leiterin der Dortmunder Mitternachtsmission: 15.00 – 16.30 Uhr)

II. Eröffnung der Sitzung und Begrüßung der Mitglieder

Herr Dr. Böhm begrüßte die Mitglieder der Reformkommission und eröffnete die Sitzung.

III. Anhörungen und Vorträge zum Themenkomplex 6: „Reformbedarf bei den Strafvorschriften zur Prostitution“

Die Reformkommission hatte Vertreterinnen des BSD, einen Vertreter des Unternehmerverbandes Erotik Gewerbe Deutschland e. V. (UEGD) und eine Vertreterin der Dortmunder Mitternachtsmission eingeladen, um sich einen Überblick über das Prostitutionsmilieu aus Sicht der jeweiligen Interessenvertreter zu verschaffen. Der für 12.00 Uhr eingeladene Vertreter des UEGD erschien ohne Angabe von Gründen nicht zu dem Termin, so dass die Diskussion zu dem Vortrag des BSD entsprechend ausgeweitet werden konnte. An die Anhörung des BSD schloss sich zunächst das Impulsreferat von Frau Cirullies mit anschließender Diskussion an. Darauf folgte die Anhörung von Frau Hitzke.

1. Vortrag von Frau Klee mit anschließender Diskussion

Frau Klee vom BSD referierte aus ihrer vorab versandten Stellungnahme (**Anlage 1**): Frau Klee führte einleitend aus, dass sie über Praxiserfahrung in allen Arbeitsbereichen der Prostitution verfüge. Frau Winkelmann und Frau Goretzki würden darüber hinaus ihre Erfahrungen als Bordellbetreiberinnen einbringen können. Frau Klee engagiere sich u. a. für die Professionalisierung der Sexarbeiterinnen und Bordellbetreiber, für die Vermittlung eines realistischen Bildes der Branche und für die Beseitigung gesetzlicher Schlechterstellung. Die Prostitution werde in der Wahrnehmung der Öffentlichkeit zu Unrecht eng mit Kriminalität verknüpft, so dass die Branche in eine Verteidigungshaltung gedrängt werde. Dies führe dazu, dass sich die Branche zurückziehe und nicht bereit sei, mit den staatlichen Institutionen zusammenzuarbeiten. Tatsächlich arbeite der ganz überwiegende Teil der Branche legal und sei respektvoll im Umgang mit den Prostituierten. „Schwarze Schafe“ gebe es nur vereinzelt, wie dies auch in anderen gewerblichen Bereichen (z. B. Baugewerbe) der Fall sei. Anders als bei diesen gesellschaftlich akzeptierten gewerblichen Bereichen bestünde in der Prostitutionsbranche ein großes Maß an Rechtsunsicherheit durch sich widersprechende Regelungen.

gen und unterschiedliche praktische Handhabung der bestehenden Regelungen. Der BSD wünsche sich daher Rechtssicherheit. Nur auf diese Weise könne die Branche aus der Kriminalitätsecke herausrücken. Rechtssicherheit sei die Grundlage für sichere und gute Arbeitsbedingungen und eine seriöse Dienstleistung. Die Gleichstellung der Prostitutionsbranche mit anderen gewerblichen Dienstleistern trage außerdem dazu bei, dass die Tätigkeit als Prostituierte gesellschaftlich anerkannt würde und Prostituierte kein belastendes Doppelleben mehr führen müssten. Ein erster Schritt in die richtige Richtung sei das Prostitutionsgesetz (ProstG) gewesen, mit dem Prostituierten erstmals ein rechtlicher Anspruch auf Lohn zugebilligt worden sei. In einem zweiten Schritt müssten nun die einschlägigen Vorschriften aus dem OWiG sowie die §§ 180a (Ausbeutung von Prostituierten), 181a (Zuhälterei), 184f (Ausübung der verbotenen Prostitution) und 184g StGB (Jugendgefährdende Prostitution) aufgehoben werden. Die Vorschriften seien nicht mehr zeitgemäß. Die relevanten strafwürdigen Handlungen würden hinreichend über die §§ 177 (Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung), 253 (Erpressung), 240 (Nötigung) und 291 StGB (Wucher) usw. erfasst. Ferner müsse die Prostitutionsbranche, wie andere Gewerbe auch, im Gewerberecht, Baurecht etc. verankert werden, so dass Sondergesetze wie das ProstG aufgehoben werden könnten. Die §§ 180a, 181a StGB zeichneten sich durch schwammige Tatbestände aus (z. B. „zur Prostitution anhält“, „im Hinblick auf sie ausbeutet“) und stünden im Widerspruch zum ProstG (z. B. im Hinblick auf die Überwachung und das Bestimmen von Zeit und Ort). § 184g StGB sei im Hinblick auf öffentlich präsentierte Sexualität in Zeitschriften, Kino etc. weltfremd und unzeitgemäß. Artikel 297 EGStGB stelle einen unzulässigen Eingriff in Artikel 12 GG dar. Die Vorschrift führe in Verbindung mit § 184f StGB dazu, dass die Prostitution in abgelegene Gebiete abgedrängt werde, was die Arbeitssituation für Prostituierte gefährlicher mache. Ferner werde die legale Arbeitsmöglichkeit künstlich verknappt, so dass der Konkurrenzdruck steige und die wirtschaftliche Ausbeutung etwa durch Wuchermieten oder Standgeld vereinfacht werde.

Diskussion:

Die Forderung nach pauschaler Abschaffung der §§ 180a, 181a StGB wurde insbesondere im Hinblick auf die Ausbeutung der Prostituierten als problematisch angesehen. Die dort aufgeführten Straftatbestände würden in der Regel nicht von anderen Strafvorschriften erfasst. Außerdem begründe die Ausübung der Prostitution im Gegensatz zu anderen Gewerbebereichen eine besondere Gefährdungslage für die sexuelle Selbstbestimmung der Prostituierten. Die Vorschriften würden für sich genommen auch nicht zu einer Stigmatisierung der Prostitutionsbranche führen. Frau Klee replizierte, dass es wichtiger sei, präventiv die Beratung von Prostituierten zu verbessern und ihr Selbstwertgefühl zu stärken. Darüber hinaus sei es wichtig, dass Bordelle eine gewerberechtliche Konzession beantragen müssen. Auf

diese Weise werde das Bordell überprüft und infolge der Rechtssicherheit entwickle sich ein besseres Verhältnis zwischen Betreiber und Prostituierten. Prostituierten, die Opfer von Menschenhandel geworden seien, müssten Wege aufgezeigt werden, die es ihnen erlauben, sich aus den Strukturen zu lösen und selbstbestimmt in die legale Prostitution zu gehen. Der strafrechtliche Schutz sei durch die bestehenden Strafnormen außerhalb der §§ 180a, 181a StGB hinreichend vorhanden. Die Stigmatisierung ergebe sich aus der Rechtspraxis im Umgang mit den §§ 180a ff. StGB.

Frau Klee und Frau Winkelmann bestätigten auf Nachfrage, dass es sowohl für den Bordellbetreiber als auch für den Kunden schwierig sei, zu erkennen, ob die Prostitution unter Zwang ausgeübt werde. Zur Frage der Motivation von Personen, als Prostituierte(r) zu arbeiten, teilte Frau Klee mit, dass häufig sexuelle Neugierde und Abenteuerlust eine Triebfeder sei. Die Motivationslage sei aber unterschiedlich.

Befragt nach den Weisungen führte Frau Klee aus, dass die Prostituierte sich in aller Regel als Selbständige verstehe. Das Dienstleistungsverhältnis werde daher allein zwischen der Prostituierten und dem Kunden begründet. Die Prostituierte bestimme selbst, zu welchem Preis und mit wem sie welche Dienstleistung vornehme. Der Bordellbetreiber stelle lediglich die Rahmenbedingungen zur Verfügung. Er lege in Absprache mit der Prostituierten die Arbeitszeiten fest und mache z. B. Vorgaben, die die Hygiene betreffen. Fälle der dirigistischen Zuhälterei gebe es praktisch nicht. Das betreffe auch die sogenannten Flatrate-Parties, die nur in wenigen Bordellen überhaupt angeboten würden. Denn auch dort entscheide die Prostituierte selbst, welche sexuellen Handlungen sie wann an wem vornehme und ob sie dies überhaupt wolle.

Frau Winkelmann ergänzte aus ihrer Praxis, dass eine Prostituierte, die bei ihnen arbeiten möchte, zunächst nach der Steuernummer gefragt werde. Daran schließe sich eine Einstiegsberatung zu Verwaltung, Hygiene etc. an. Der Prostituierten werde erklärt, wie sie sich gegen übergriffige Kunden schützen könne. Ferner werde ihr Selbstbewusstsein dahingehend gestärkt, dass sie in Bezug auf den Kunden die Chefin sei. Die Prostituierte verhandele die Höhe des Lohnes mit dem Kunden. An den Bordellbetreiber müsse sie unabhängig davon eine Miete bzw. Eintritt zahlen. Dies sei beim Straßenstrich anders. Dort behalte die Prostituierte alles, es sei denn, es gebe einen Zuhälter, der Standgebühren verlange, was nach Auffassung des BSD abzulehnen und eine unschöne Folge der Sperrbezirksverordnung sei. Wer aussteigen wolle, könne das ohne Weiteres tun. Anreize würden durch Streetworker und Kontaktpolizisten hinreichend geschaffen. Die Alternativen seien allerdings

finanziell wenig verlockend. Häufig seien die Frauen, die aussteigen, auf Hartz IV angewiesen bzw. würden bei ihrer neuen Arbeit weniger Freiheiten genießen.

Der Vorschlag, den § 184g StGB als Ordnungswidrigkeit aufzunehmen, wurde von Frau Klee abgelehnt, da eine Jugendgefährdung nicht vorliege. Die Prostitution laufe in aller Regel diskret ab, weil auch der Kunde kein Interesse daran habe, dass seine Aktivitäten bemerkt würden. Bekämen die Jugendlichen gleichwohl etwas von der Anbahnung mit, müsse man mit ihnen reden und sie sachlich aufklären.

2. Impuls von Frau Cirullies

Frau Cirullies referierte zu den §§ 184f (Ausübung der verbotenen Prostitution) und 184g (Jugendgefährdende Prostitution) StGB (**Anlage 2a und b**).

Bei § 184f StGB handele es sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt, welches die Allgemeinheit vor Belästigungen durch die Erscheinungsformen der Prostitution schützen wolle. Da der Täter des § 184f StGB keine sozialetisch bedeutsame Schuld auf sich lade, sei die Verhängung einer Kriminalstrafe vor dem Hintergrund des Ultima Ratio Prinzips nicht verhältnismäßig. § 184f StGB erfasse überdies nur die Prostituierte und nicht den Kunden, was für Letzteren eine kaum vertretbare Privilegierung darstelle. Vor diesem Hintergrund sei es insgesamt angebracht, den § 184f StGB zu streichen. Eine hinreichende Ahndung der Tathandlung werde über § 120 OWiG sichergestellt, wobei allerdings eine Ergänzung im Hinblick auf den Kunden angezeigt sei, damit dieser ebenso wie die Prostituierte im Rahmen einer Ordnungswidrigkeit zur Verantwortung gezogen werden könne.

§ 184g StGB schütze die Sittlichkeit von Kindern und Jugendlichen. Konkret solle ihre psychische und soziale Entwicklung nicht durch aufdringliche Kommerzialisierung sexuellen Verhaltens beeinträchtigt werden. Die Vorschrift normiere wie § 184f StGB lediglich Verwaltungsunrecht und sei darüber hinaus unbestimmt. Das Merkmal der sittlichen Gefährdung stelle ein Einfallstor für moralische Wertvorstellungen dar. § 184g StGB solle daher ebenfalls gestrichen und die Tathandlung als Ordnungswidrigkeit in Ergänzung des § 120 OWiG geahndet werden. Dabei solle das Tatbestandsmerkmal der sittlichen Gefährdung in Anlehnung an § 8 des Jugendschutzgesetzes in das Merkmal der Gefährdung des geistigen oder seelischen Wohls überführt werden. Damit sei die Gefahr gemeint, dass Jugendliche an ihrer psychischen Konstitution oder ihrem sozialetischen Wertebild Schaden nehmen.

Diskussion:

Zum Teil wurde die Auffassung vertreten, dass die Gefährdung des geistigen oder seelischen Wohls durchaus eine Grundlage für eine strafrechtliche Kriminalisierung darstelle. Wenn man sich dazu entschliefte, auf diesen Aspekt abzustellen, dann müsse dies folglich im Strafrecht geregelt werden. Da der Gedanke des Jugendschutzes aber bereits in dem Verstoß gegen die Sperrbezirksverordnung angelegt sei, sei eine Regelung im Ordnungswidrigkeitenrecht, die dem § 184f StGB entspreche, ausreichend. Der Gedanke des § 184g StGB müsse daneben nicht gesondert geregelt werden.

Der Gedanke, § 184f StGB unter dem Aspekt eines Verstoßes gegen die Sperrbezirksverordnung in das OWiG aufzunehmen, wurde von der überwiegenden Mehrheit geteilt. Eine Regelung im Strafgesetzbuch sei selbst unter dem Aspekt des Jugendschutzes nicht zwingend, da auch das Ordnungswidrigkeitenrecht den Jugendschutz als ratio legis kenne.

Teilweise wurde vertreten, dass es zweifelhaft sei, ob die in den Blick genommenen Tathandlungen der §§ 184f und 184g StGB überhaupt generell-abstrakt geeignet seien, eine Gefährdung des geistigen oder seelischen Wohls der Jugendlichen zu begründen. Da die Prostitution an sich zulässig sei, brauche es eines besonderen Grundes, um sie im Einzelfall zu verbieten. Die Materie solle vorzugswürdig im Verwaltungsrecht angesiedelt werden, da dort die Festlegung von Sperrgebieten oder die Anordnung von Auflagen zu verorten sei. Ein Verstoß gegen die rechtmäßige verwaltungsrechtliche Anordnung könne mit einer Ordnungswidrigkeit geahndet werden.

Mehrheitlich wurde gefordert, dass für den Fall einer Sanktionierung auch der Kunde zu erfassen sei, wobei es im Einzelnen schwierig sein werde, dem Kunden im Hinblick auf einen Verstoß gegen die Sperrbezirksverordnung einen Vorsatz nachzuweisen. Vereinzelt wurde vorgetragen, dass man auch an einen Fahrlässigkeitstatbestand denken könne. In einem anderen Beitrag wurde dagegen die Verantwortlichkeit allein bei der Prostituierten gesehen.

3. Vortrag von Frau Hitzke mit anschließender Diskussion

Frau Hitzke leitet als Sozialarbeiterin die Dortmunder Mitternachtsmission. Dabei handelt es sich um eine Beratungsstelle für Prostituierte. Frau Hitzke stellte dar, dass es in den Jahren 2000 bis Mai 2011 in Dortmund einen legalen Straßenstrich mit sogenannten Verrichtungsboxen und einem Beratungscontainer gegeben habe. Im Jahr 2011 sei die gesamte Stadt Dortmund zum Sperrbezirk erklärt worden. Eine dagegen gerichtete Klage habe das Oberverwaltungsgericht unter Bezugnahme auf den Jugendschutz zurückgewiesen.

Frau Hitzke habe sich damals für die Schließung des Straßenstriches in Dortmund ausgesprochen, weil die Arbeitsbedingungen für die Frauen denkbar schlecht gewesen seien. Gegenwärtig finde die Straßenprostitution in Dortmund zwar trotzdem statt, habe sich aber extrem reduziert. Die Prostituierten seien vermutlich in andere Städte oder in die Wohnungsprostitution abgewandert.

In Dortmund spiele die Beschaffungsprostitution eine große Rolle. Die Szene stehe unter verstärkter polizeilicher Beobachtung, was dazu führe, dass der Eigenschutz der Frauen leide. Denn diese seien nun gezwungen, möglichst zügig zu einem Freier in das Auto zu steigen, um die Entdeckungsgefahr durch die Polizei zu minimieren. Die Prostituierte könne sich daher nicht vorab im Gespräch ein Bild über den Freier verschaffen. Ferner würden die Eckpunkte der Dienstleistung (Lohn, konkrete sexuelle Handlung etc.) erst im Auto verhandelt. Häufig würden die Frauen nach der sexuellen Dienstleistung einfach irgendwo ausgesetzt. Gingen die Prostituierten mit in die Wohnung des Freiers, komme es vor, dass sie dort über einen gewissen Zeitraum gefangen gehalten würden (bis zu mehreren Tagen) oder dass dort der Freier die Nutzung eines Kondomes verweigere. Die Frauen würden vor diesem Hintergrund öfter Opfer sexueller Gewalt und Misshandlung. Betroffen seien insbesondere bulgarische Frauen, die häufig auf der Straße arbeiteten, und minderjährige Frauen. Letztere gerieten aufgrund fehlender Lebenserfahrung und in Ermangelung von Menschenkenntnis in gefährliche Situationen.

Verstießen die Frauen gegen die Vorgaben des § 184f StGB, erhielten sie in der Regel drei Platzverweise, bevor ein Bußgeld verlangt werde. Bei einem erneuten Antreffen im Sperrbezirk werde das Vergehen als Straftat geahndet. Die Geldbußen bzw. Geldstrafen beliefen sich zum Teil auf €2.000,- bis €3.000,-, was die Prostituierten nicht bezahlen könnten. Dieser Umstand zwinge sie dazu, mehr zu arbeiten. Zum Teil müssten die Prostituierten auch (Ersatz-)Freiheitsstrafen verbüßen. Nach der Entlassung aus dem Gefängnis würden sie weiter in der Prostitution tätig werden. Darüber hinaus werde auch gegen den angetroffenen Freier ein Bußgeld in Höhe von bis zu € 100,- verhängt. Der pädagogische Effekt stelle sich vor allem dadurch ein, dass der Bußgeldbescheid zu den Freiern nach Hause geschickt werde. Die Anwohner eines Straßenstriches fühlten sich in erster Linie dadurch belästigt, dass die Freier mit dem Auto im Wohngebiet herumfahren und auch Frauen sowie Mädchen ansprächen, die mit der Prostitution offensichtlich nichts zu tun hätten.

Die Prostituierten zeigten Straftaten, die zu ihrem Nachteil begangen würden, häufig nicht an, weil sie befürchteten, sich selbst illegal verhalten zu haben. Dabei sei zu berücksichtigen, dass Prostituierte zu einer stigmatisierten Randgruppe gehörten. Teilweise herrsche die Vor-

stellung vor, dass man eine Prostituierte gar nicht vergewaltigen könne. Die Gefahren seien für Prostituierte, die auf der Straße oder in Wohnungen arbeiten, erheblicher als in Bordellen. In Bordellen seien die Prostituierten relativ sicher vor Straftaten gegen die sexuelle oder körperliche Integrität. In Bezug auf die Wohnungsprostitution sei es gegenwärtig so, dass die Nutzung einer Wohnung durch drei Frauen einen Bordellbetrieb begründe. Es müssten dann entsprechende Auflagen eingehalten werden. Die Stadt Dortmund plane jedoch, zukünftig einen Bordellbetrieb bereits bei der Nutzung einer Wohnung durch zwei Frauen anzunehmen. Frau Hitzke sprach sich gegen dieses Ansinnen aus, weil die Erfüllung der Auflagen mit Kosten verbunden sei. Dies führe dazu, dass die Frauen zur Kostenvermeidung alleine arbeiteten und in der Konsequenz weniger sicher seien als zu zweit.

Ein weiterer Grund für Prostituierte, die durch Freier begangenen Straftaten nicht anzuzeigen, liege in der Befürchtung, dass es sich um einen vom Zuhälter entsandten Testfreier handele. Zuhälter würden Testfreier entsenden, um festzustellen, ob die Prostituierte bestimmte sexuelle Handlungen ablehne. Sei dies der Fall, werde die Prostituierte durch den Zuhälter bestraft.

Als besonders demütigend werde von den Prostituierten die Vornahme von nicht vereinbarten (sexuellen) Handlungen nach Abschluss der vereinbarten Dienstleistung empfunden. Zu denken sei hier an das Greifen an die Brust, aber auch an das Bespucken der Frauen nach Vornahme der sexuellen Handlung.

Frau Hitzke sprach sich gegen die Einführung der Freierstrafbarkeit aus. Denn die Freier würden eine Möglichkeit für die Frauen darstellen, aus der Prostitution auszusteigen. Es sei aber zu vermuten, dass die Freier von der Anzeige von Straftaten, die zum Nachteil der Prostituierten begangen werden, absehen würden, wenn sie selbst mit einem Strafverfahren zu rechnen hätten. Auch wenn sie im Zuge ihrer Aussage selbst nicht mit Strafe rechnen müssten, würden sie vermutlich von einer Anzeige absehen, weil ihre Familie im Zuge des Strafverfahrens davon erfahren würde, dass sie entgeltliche sexuelle Dienstleistungen in Anspruch genommen haben.

Der vom BMJV vorgelegte Gesetzentwurf würde zwar bestehende Strafbarkeitslücken schließen. Das Problem sei jedoch, dass Prostituierte häufig auch deswegen von Anzeigen absähen, weil die Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen angezweifelt werde und zwar insbesondere dann, wenn sie drogenabhängig seien. Hinzu komme, dass viele Prostituierte das Gefühl hätten, dass sie die Taten aufgrund ihres Berufes eben hinnehmen müssten. Ferner blieben viele Beschuldigte auf freiem Fuße, so dass die Prostituierte mit Vergeltungsmaßnahmen

rechnen müsse. Problematisch sei schließlich auch, dass drogenabhängige Prostituierte häufig Termine nicht einhalten könnten und sich auch schlecht an Details erinnern könnten.

Diskussion:

Zur Frage der Abgrenzung zwischen Zwangsprostitution und selbstbestimmter Prostitution führte Frau Hitzke aus, dass viele wegen einer finanziellen Notlage in die Prostitution gingen. Entgegen ihres ursprünglichen Planes blieben sie dann in der Prostitution. Diese Frauen seien also freiwillig in der Prostitution. Ganz junge Mädchen würden häufig über die sogenannte Loverboy-Methode zur Prostitution finden. Diese Mädchen gingen der Prostitution zunächst freiwillig auf Wunsch ihres Freundes nach. Wenn sie diesen schließlich verlassen wollen, übe der Freund Zwang aus. Bei der Gruppe der Nigerianerinnen würde man häufig gar nicht erkennen, dass sie die Prostitution unter Zwang ausüben. Die Nigerianerinnen hätten zum einen große Angst vor der Polizei, zum anderen stünden sie häufig unter dem Eindruck eines Voodoo-Zaubers und seien davon überzeugt, dass sie im Falle der Arbeitsverweigerung einen qualvollen Tod sterben müssten.

Zu den Weisungen und der Höhe der Gewinnabschöpfung teilte Frau Hitzke auf Nachfrage mit, dass die Entscheidungsfreiheit der Prostituierten in den meisten Bordellen gewährleistet sei. Sie würden etwa die Hälfte ihrer Einnahmen an den Betreiber abgeben müssen. Problematischer seien die Zuhälter. Häufig hätten auch Frauen, die in Bordellen arbeiteten, zusätzlich noch einen Zuhälter, was den Bordellbetreibern oft verborgen bleibe. Bekämen die Bordellbetreiber dies mit, würden sie die Zuhälter durchaus anzeigen.

Der Ausstieg aus der Prostitution werde z. B. durch die Verschlechterung der Arbeitsbedingungen (etwa Einrichtung eines Sperrbezirkes) oder durch Gewalterfahrung motiviert. Drogenabhängige hätten in der Regel keine Alternative. Sie müssten erst aus der Drogenspirale herauskommen. In der Regel gelinge der Ausstieg nur mit Unterstützungsstrukturen, die es nicht überall gebe.

Im Hinblick auf das Für und Wider des Straßenstriches führte Frau Hitzke ergänzend aus, dass sie nicht generell dagegen sei. Es müsse allerdings für gute Arbeitsbedingungen gesorgt werden. So müsse sichergestellt sein, dass die Frauen nicht durch Zuhälter ausgebeutet werden. Der Nachteil eines (partiellen) Verbotes des Straßenstriches bestehe in der Abdrängung der Prostitution in wenig transparente Bereiche, in denen die Prostituierten keine Hilfe erwarten können. In Dortmund sei es so gewesen, dass die Anzahl der Prostituierten 1988 noch sehr überschaubar gewesen sei. Die Anwohner hätten sich zwar vornehmlich an den Freiern gestört. Dieses Problem habe man aber durch Gespräche in den Griff bekom-

men. Im Laufe der Jahre sei die Prostitution aber angestiegen. Ferner sei die Anzahl der Drogenabhängigen gestiegen. Es habe eine Sogwirkung gegeben und mehr und mehr Prostituierte aus dem Ausland seien nach Dortmund gekommen. Mit der zunehmenden Anzahl der Prostitution habe auch die Kriminalität zugenommen (z. B. Einbruch, Diebstahl). Dies sei besser geworden, nachdem der Straßenstrich geschlossen worden sei. Die Prostituierten seien zum Teil nach Osnabrück, Frankfurt a. M. etc. abgewandert. Viele Frauen seien nach Bulgarien zurückgegangen.

Zur Frage der Schutzaltersgrenze sprach sich Frau Hitzke dafür aus, diese bei 18 Jahren zu belassen. Würde man die Altersgrenze anheben, dürften die jungen Frauen nicht in Bordellen arbeiten, wo sie aber sicherer wären. Sie würden dann auf dem weniger sicheren Straßenstrich arbeiten. Dieses Problem habe man bereits bei den unter 18jährigen Prostituierten bemerkt.

IV. Sitzungsende

Frau Bunke schloss die Sitzung um 17.00 Uhr.

12. Sitzung am 22. Januar 2016

Protokoll
der 12. Sitzung der Reformkommission
zur Überarbeitung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches
im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
am 22. Januar 2016
11:00 – 17:00 Uhr

I. Anwesenheit

1. Mitglieder der Reformkommission

- Frau LOStAin Birgit Cirullies
- Frau RAin Christina Clemm
- Herr Prof. Dr. Jörg Eisele
- Herr StA Christian Kohle
- Herr Prof. Dr. Klaus Laubenthal
- Herr MR Peter Marx
- Frau RinOLG Andrea Röhrig (bis ca. 16.00 Uhr)
- Frau RinBGH Dr. Ursula Schneider
- Herr KD Jürgen Thiele
- Frau RAin Elke Thom-Eben

An der Teilnahme verhindert waren:

- Frau Prof. Dr. Tatjana Hörnle
- Herr Prof. Dr. Gereon Wolters

2. Für das BMJV

- Herr UAL II A Dr. Bernhard Böhm
- Frau RLn II A 7 Susanne Bunke
- Frau RLn II A 2 Perdita Kröger
- Frau RinAG Dr. Garonne Bezjak
- Frau VorsRinLG Blanka Haselmann
- Frau Tatjana Windgassen

3. Gast

- Herr Kriminalrat Andreas Wittlake (Dezernent im LKA 42, Berlin:

von 11.00 – 12.00 Uhr)

II. Eröffnung der Sitzung und Begrüßung der Mitglieder

Herr Dr. Böhm begrüßte die Mitglieder der Reformkommission und eröffnete die Sitzung.

III. Anhörung und Vorträge zum Themenkomplex 6: „Reformbedarf bei den Strafvorschriften zur Prostitution“

Es erfolgte zunächst die Anhörung von Herrn Wittlake zu den §§ 180a, 181a StGB (**Anlage 1**). Nach der sich anschließenden Diskussion und Befragung des Experten durch die Kommission, referierte Herr Prof. Eisele zu den Strafvorschriften, die die Prostitution betreffen (**Anlage 2a und b**).

1. Vortrag von Herrn Wittlake mit anschließender Diskussion

Herr Wittlake berichtete der Kommission anhand einer Power-Point-Präsentation aus seinen Erfahrungen als Polizeibeamter im Bereich der Prostitution. Das LKA 42 sei u. a. für den Themenbereich Menschenhandel unter Einbeziehung der Prostitution Erwachsener und Minderjähriger zuständig. Einführend stellte Herr Wittlake dar, dass schätzungsweise 400.000 Menschen (überwiegend Frauen) in Deutschland (davon 6.000 – 8.000 in Berlin) der Prostitution in Bordellen, Clubs, privaten Wohnungen, auf der Straße oder als Escortservice nachgingen. Die Prostitution führe bundesweit vermutlich zu jährlichen Umsätzen in zweistelliger Milliardenhöhe (davon in Berlin ca. 300 Millionen €), wobei die Steuer nur teilweise abgeführt werde. In Berlin gebe es drei etablierte Straßenstrichbereiche (Kurfürstenstr.; Oranienburger Str. und Straße des 17. Juni). Darüber hinaus gebe es in Berlin 170 größere Bordelle und 190 Wohnungsbordelle.

Neben den für die Prostitution strafrechtlich relevanten Regelungen der §§ 232 (Menschenhandel zum Zwecke der sexuellen Ausbeutung), 233a (Förderung des Menschenhandels), 180 (Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger), 180a (Ausbeutung von Prostituierten), 181a (Zuhälterei), 182 (Sexueller Missbrauch von Jugendlichen), 184f (Ausübung der verbotenen Prostitution), und 184g StGB (Jugendgefährdende Prostitution) seien auf polizeirechtlicher Ebene § 21 Abs. 2 Nr. 1 Buchstabe b des Allgemeinen Gesetzes zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in Berlin (ASOG Bln) und § 36 Abs. 4 Nr. 2 ASOG relevant. Gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 1 Buchstabe b ASOG Bln kann die Polizei die Identität einer Person feststellen, wenn die Person sich an einem Ort aufhält, an dem Personen der Prosti-

tution nachgehen. Gemäß § 36 Abs. 4 Nr. 2 ASOG Bln können Wohnungen zur Abwehr dringender Gefahren jederzeit betreten werden, wenn sie der Prostitution dienen.

Nach inoffiziellen Angaben gebe es in Berlin bezogen auf die Jahre 2010 bis 2015 jährlich schätzungsweise zwischen 24 und 42 Verfahren wegen Straftaten nach den §§ 180a, 181a StGB und zwischen 65 und 85 Verfahren wegen Straftaten nach § 232 StGB. Wegen Straftaten nach § 180a StGB würden jährlich maximal 3 Verfahren eingeleitet. § 180a StGB weise aus polizeilicher Sicht eine eher untergeordnete Bedeutung auf. Demgegenüber sei die Staatsanwaltschaft Berlin der Auffassung, dass es sich bei § 180a StGB um einen nützlichen Auffangtatbestand handele, da der Begriff der wirtschaftlichen Abhängigkeit weiter auszulegen sei als der Begriff Ausbeutung in § 232 StGB. Darüber hinaus sei es ohne den § 180a StGB nicht strafbar, wenn der Täter einer Person unter 18 Jahren zur Ausübung der Prostitution Wohnung gewährt (§ 180a Abs. 2 Nr. 1 StGB). § 181a StGB stelle sich aus polizeilicher Sicht als praktikabel dar. Die Vorschrift werde vor allem im Hinblick auf die Ausbeutung nach § 181a Abs. 1 Nr. 1 StGB angewendet.

Herr Wittlake bewertete die §§ 180a, 181a StGB grundsätzlich als gute Arbeitsgrundlage, um gegen die Ausbeutung von Prostituierten durch Zuhälter oder bordellartige Betriebe vorgehen zu können. Problematisch sei es allerdings, gerichtsverwertbare Opferaussagen zu erhalten. Die Polizei wünsche sich für beide Straftatbestände die Ergänzung um die Versuchsstrafbarkeit. Zusätzlich solle § 181a StGB in den Katalog der Straftaten für verdeckte Maßnahmen gemäß §§ 100a ff. StPO aufgenommen werden. Daneben sei es erstrebenswert, § 232 StGB zum Verbrechen aufzustufen und das Lebensalter für die legale Prostitution auf 21 Jahre anzuheben.

Diskussion:

Herr Wittlake teilte auf Nachfrage mit, dass das Dezernat „Menschenhandel – Prostitution Erwachsener“ und das Dezernat „Menschenhandel – Prostitution Minderjähriger“ jeweils über etwa 20 Mitarbeiter verfüge. Man arbeite eng mit dem BKA und international z. B. mit den Kollegen aus Rumänien zusammen. Bei der Prostitution handele es sich um ein Kontrolldelikt. Ohne polizeiliche Kontrolle gebe es keine Verfahren.

Nach Einschätzung von Herrn Wittlake sei die Anzahl derjenigen, die im Prostitutionsmilieu Straftaten begingen, überproportional hoch. Viele Prostituierte fühlten sich jedoch trotz Ausbeutung nicht als Opfer, weil sie immer noch mehr verdienten als in ihren Heimatländern. Mit der legalen Prostitution komme Herr Wittlake nicht in Kontakt.

Die Versuchsstrafbarkeit sei erforderlich, weil sich aus den Telekommunikationsüberwachungen (TKÜ), die im Rahmen der Ermittlungen im Menschenhandel vorgenommen würden, oftmals nicht ergebe, welcher Betrag den Prostituierten konkret vorenthalten werde. Die Opferzeugen würden darüber hinaus häufig keine Aussagen treffen, weil sie u. a. „emotional wegbrechen“. Aus diesem Grund sei es wünschenswert, dass polizeiliche Videovernehmungen vor Gericht denselben Stellenwert haben wie richterliche Videovernehmungen. Es sei nämlich schwierig, einen Richter von der Notwendigkeit einer richterlichen Vernehmung zu überzeugen. Vor diesem Hintergrund reiche das Ergebnis der TKÜ häufig nur aus, um einen – bislang nicht strafbaren – Versuch der Ausbeutung zu belegen.

Das LKA Berlin gehe davon aus, dass es für das Ausbeuten ausreiche, wenn die Prostituierte 50% des Lohnes abgeben müsse. Wenn bekannt sei, welchen Betrag die Prostituierte abführen muss, dann könne man anhand von im Bordell ausgelegten Preislisten errechnen, um wieviel Prozent es sich dabei handele.

Befragt nach Fällen der dirigistischen Zuhälterei (§ 181a Abs. 1 Nr. 2 StGB), teilte Herr Wittlake mit, dass es diesbezüglich quasi keine Ermittlungsverfahren gebe. Dieser Tatbestand sei für die Polizei unklar, nachdem der Bundesgerichtshof im Hinblick auf das Prostitutionsgesetz (ProstG) entschieden habe, dass Absprachen zwischen der Prostituierten und dem Zuhälter grundsätzlich möglich sein müssten.

Zum Thema Straßenprostitution führte Herr Wittlake aus, dass in diesem Milieu mehr Gewalttaten und auch andere Delikte (z. B. Betäubungsmitteldelikte) begangen würden als in Bordellen. Die Polizei versuche, sowohl auf dem Straßenstrich als auch in Bordellen Präsenz zu zeigen und mit den Akteuren (Prostituierten, Betreibern, Interessenvertretern etc.) im Kontakt zu bleiben.

Zur Freierstrafbarkeit erklärte Herr Wittlake, dass die bestehende Strafbarkeit in Bezug auf Jugendliche bestehen bleiben solle (§ 182 Abs. 2 StGB). Diesbezüglich sei allerdings eine Anhebung der Schutzaltersgrenze auf 21 Jahre wünschenswert. In Bezug auf erwachsene Zwangsprostituierte sei die Einführung einer Freierstrafbarkeit jedoch bedenklich, da es schwierig für den Freier sei, der Prostituierten die Zwangslage anzusehen. Zu den minderjährigen Prostituierten führte Herr Wittlake ergänzend aus, dass deren Dienstleistungen häufig im Internet angeboten würden. Es sei für die Polizei sehr schwierig, Zugang zum sogenannten Darknet zu erhalten. Die Anbieter verlangten nämlich von den Kunden eine Legitimation, die aber die Polizei nicht erbringen dürfe. Es sei ferner schwierig, das Darknet zu

„knacken“, und selbst wenn dies gelinge, würden sich formelle Folgefragen z. B. zur Zuständigkeit anschließen.

Eine Aufnahme des § 181a StGB in die §§ 100a ff. StPO sei erforderlich, weil es zum einen schwierig sei, an die Aussagen der Opfer zu kommen. Zum anderen könnten über eine TKÜ nach § 181a StGB auch andere Straftaten ermittelt werden.

2. Impuls von Herrn Prof. Eisele

Prof. Eisele ging in seinem Impuls von der Grundüberlegung aus, dass Prostitution – anders als etwa in Schweden – nicht prinzipiell verboten sein solle, weil die Betätigung in der Prostitution Ausdruck einer eigenverantwortlichen Entscheidung sein könne. Die strafrechtlichen Vorschriften zur Prostitution befänden sich teilweise im 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB (insbesondere § 180a und § 181a StGB) und unter dem Aspekt des Menschenhandels teilweise im 18. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB (insbesondere § 232 StGB [Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung]). Herr Prof. Eisele sprach sich dafür aus, dass eine einheitliche Regelung der Prostitutionsvorschriften im 13. Abschnitt des Besonderen des StGB erfolgen sollte. Im Einzelnen unterbreitete er die folgenden Vorschläge²⁴⁴:

a) Streichung des § 180a StGB

Herr Prof. Eisele regte an, den § 180a StGB zu streichen.

aa) Zur Begründung führte er aus, dass § 180a Abs. 1 StGB mit dem Halten in persönlicher oder wirtschaftlicher Abhängigkeit Überschneidungen zu dem Ausnutzen einer Zwangslage in § 232 Abs. 1 StGB aufweise. Dabei werde der Bordellbetreiber privilegiert, weil er bei Überschneidungen unter § 180a Abs. 1 StGB falle und damit einem geringeren Strafraum unterliege.

bb) Darüber hinaus weise § 180a Abs. 1 StGB Überschneidungen mit § 181a Abs. 1 Nr. 1 und 2 StGB auf: § 181a Abs. 1 Nr. 1 StGB bestrafe die Ausbeutung und weise damit eine große Schnittmenge zum Halten in wirtschaftlicher Abhängigkeit aus § 180a Abs. 1, 2. Variante StGB auf. Gleichzeitig umfasse das Halten in persönlicher Abhängigkeit aus

²⁴⁴ Die sich anschließende Diskussion wird aus Gründen der Übersichtlichkeit den einzelnen Vorschlägen direkt zugeordnet, soweit sie Gegenstand der Diskussion waren. Tatsächlich fand die Diskussion erst nach Beendigung des Impulsvortrages statt.

§ 180a Abs. 1, 1. Variante StGB zahlreiche Fälle des § 181a Abs. 1 Nr. 2 StGB. Denn § 181a Abs. 1 Nr. 2 StGB werde von der Rechtsprechung im Lichte des ProstG dahingehend ausgelegt, dass sich die Prostituierte der Weisung aufgrund persönlicher oder wirtschaftlicher Abhängigkeit nicht entziehen könne, also in persönlicher Abhängigkeit gehalten werde.

cc) Ferner sei § 180a Abs. 2 Nr. 1 StGB entbehrlich: Das Verbot, Personen unter 18 Jahren zur Ausübung der Prostitution Wohnung, gewerbsmäßig Unterkunft oder Aufenthalt zu gewähren, treibe die Jugendlichen in die Straßenprostitution und sei nicht geeignet, um Jugendliche von der Prostitution abzubringen. Zielführender sei es, grundsätzlich zu überlegen, welche Handlungen in Bezug auf die Prostitution von Personen unter 18 bzw. 21 Jahren insgesamt strafwürdig seien und diese Handlungen unter Einbeziehung von § 232 Abs. 1 Satz 2 StGB (Bringen von Personen unter 21 Jahren zur Prostitution bzw. zur Fortsetzung der Prostitution), § 233a StGB (Vorschubleisten des Menschenhandels nach § 232 StGB durch Beherbergen etc.), § 180 Abs. 2 StGB (Bestimmen einer Person unter 18 Jahren zur Vornahme sexueller Handlungen gegen Entgelt) und § 182 Abs. 2 StGB (Freierstrafbarkeit bei Personen unter 18 Jahren) strafrechtlich neu auszugestalten.

Entbehrlich sei auch § 180a Abs. 2 Nr. 2 StGB: Es sei nicht überzeugend, dass sich strafbar mache, wer eine Person, der er zur Ausübung der Prostitution Wohnung gewähre, zur Prostitution anhält (1. Variante). Denn es handele sich bei der Prostitution um ein legales Verhalten. Die 2. Variante des § 180a Abs. 2 Nr. 2 StGB normiere das sogenannte Vermieterprivileg. Diejenige Person, die einer Person zur Ausübung der Prostitution eine Wohnung gewähre und die Prostituierte ausbeute, werde nach § 180a Abs. 2 Nr. 2 StGB nur mit Geldstrafe oder mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bestraft. Demgegenüber werde derjenige, der eine andere Person, die der Prostitution nachgehe, ausbeutet und der der Prostituierten hierzu keine Wohnung vermiete, gemäß § 181a Abs. 1 Nr. 1 StGB mit Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 5 Jahren verurteilt. Es sei hier nicht einsichtig, dass der Vermieter mit einer geringeren Strafe belegt werden könne als der Täter des § 181a Abs. 1 Nr. 1 StGB.

Im Ergebnis könne daher im Wesentlichen auf den Regelungsgehalt des § 180a StGB verzichtet werden, wenn § 181a Abs. 1 Nr. 1 StGB gleichzeitig entsprechend ergänzt werde.

Diskussion:

Vereinzelt wurde es als problematisch angesehen, § 180a Abs. 2 Nr. 1 StGB zu streichen. Das Überlassen einer Wohnung für die Ausübung der Prostitution sei eine klassische Beihilfehandlung. Wenn man die Förderung der Prostitution Minderjähriger bestrafe, dann müsse

man auch die Wohnungsüberlassung einbeziehen. Daran anknüpfend bestand Einigkeit, dass eine einheitliche Regelung zur Förderung der Minderjährigenprostitution geschaffen werden könne, unter die auch das Gewähren der Wohnung subsumiert werden könne.

b) Die dirigistische Zuhälterei gemäß § 181a Abs. 1 Nr. 2 StGB

Im Hinblick auf die sogenannte dirigistische Zuhälterei aus § 181a Abs. 1 Nr. 2 StGB müsse zunächst geprüft werden, welche Maßnahmen ein Bordellbetreiber im Einklang mit dem ProstG und dem zukünftigen Prostituiertenschutzgesetz (ProstSchG-E) zulässig ergreifen dürfe. Diese zulässigen Handlungen könnten eine Strafbarkeit nicht begründen und seien daher aus dem Tatbestand auszuklammern. Unzulässige Weisungen und Überwachungsmaßnahmen könnten demgegenüber in einer Neufassung unter Strafe gestellt werden, soweit die Tathandlung nicht bereits von § 232 StGB erfasst werde.

Diskussion:

Diskutiert wurde, ob das Erteilen unzulässiger Weisungen sowie die Vornahme von Überwachungshandlungen neben § 232 StGB überhaupt gesondert unter Strafe gestellt werden sollte. Teilweise wurde das verneint und eine ordnungsrechtliche Anknüpfung an die entsprechenden Bestimmungen des ProstG und des ProstSchG-E für ausreichend erachtet.

Dagegen wurde vorgebracht, dass sich die strafwürdigen Weisungen nicht zwingend auf die in diesen Gesetzen normierte Art und Weise der Ausübung der sexuellen Handlung beschränken ließen. So seien auch das Bestimmen des Arbeitsplatzes (z. B. die Verteilung der Frauen auf verschiedene Bordelle) und das Bestimmen der Arbeitszeiten durchaus strafwürdig. Dabei sei es dem Täter nicht vorzuwerfen, dass er von seinem Direktionsrecht Gebrauch mache. Vielmehr stelle das Bestimmen der Prostituierten die Anknüpfung für die Strafbarkeit dar. Vor diesem Hintergrund wurde überlegt, ob – in Anlehnung an die Rechtsprechung zu § 181a Abs. 1 Nr. 2 StGB – zusätzlich auf die persönliche oder wirtschaftliche Abhängigkeit der Prostituierten abgestellt werden müsse, um auch Weisungen zu erfassen, die sich nicht auf die Art und Weise der sexuellen Handlung beschränken, derer sich die Prostituierte aber nicht entziehen könne.

Hiergegen wurde eingewandt, dass die persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit Parallelen zur Ausbeutung aufweise und dieser Aspekt daher im Rahmen des Ausbeutungstatbestandes geregelt werden könne. Im Hinblick auf Weisungen zu Art und Ausmaß der sexuellen Handlung wurde vorgeschlagen, in den Tatbestand das Erfordernis der Beeinträchtigung der sexuellen Selbstbestimmung aufzunehmen. Vereinzelt wurde auch vertreten, dass jede

Weisung, die sich auf sexuelle Handlungen bezieht, strafwürdig sei. Denn eine sinnvolle Grenze zwischen zulässiger und unzulässiger Weisung lasse sich nicht ziehen. Dagegen wurde angeführt, dass sich mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sehr wohl sinnvolle Abgrenzungskriterien herausgebildet hätten.

c) Die kupplerische Zuhälterei gemäß § 181a Abs. 2 StGB

Zur sogenannten kupplerischen Zuhälterei aus § 181a Abs. 2 StGB führte Herr Prof. Eisele aus, dass ebenso wie bei § 180a Abs. 2 Nr. 2 StGB im Rahmen von Reformüberlegungen darauf zu achten sei, dass die Förderung der Prostitution durch Vermittlung an sich nicht strafbar sein dürfe, da die Prostitution grundsätzlich erlaubt sei. Soweit aber durch die Vermittlung ein strafwürdiges Unrecht geschaffen werde, sei es vorzugswürdig, einen einheitlichen Ausbeutungstatbestand zu schaffen. Bei diesem solle auf die Beziehungsklausel („und im Hinblick darauf Beziehungen zu ihr unterhält, die über den Einzelfall hinausgehen“) verzichtet werden. Denn auch die gelegentliche Ausbeutung von Prostituierten stelle Unrecht dar. Durch das Entfallen der Beziehungsklausel könne in der Konsequenz auch § 181a Abs. 3 StGB wegfallen, weil es auch im Rahmen einer Ehe nicht mehr relevant wäre, ob es sich um eine gelegentliche oder dauerhafte Ausbeutung handele.

Diskussion:

Es wurde die Frage aufgeworfen, ob man nicht einen allgemeinen Ausbeutungstatbestand schaffen könne, der nicht auf die Prostitution zugeschnitten sei, sondern auch andere Bereiche erfasse. Hiermit würde man auch dem Anliegen des BSD Rechnung tragen, die als diskriminierend empfundenen Straftatbestände der Prostitution zu streichen. Dagegen wurde angeführt, dass es bei der Ausbeutung von Prostituierten um die sexuelle Selbstbestimmung der Betroffenen gehe. Die Betroffenheit dieses Rechtsgutes rechtfertige einen eigenen Straftatbestand. Die sexuelle Selbstbestimmung sei bei der Ausbeutung anderer Arbeitsbereiche demgegenüber kein Faktor (z. B. Ausbeutung des Erdbeerpflückers). Diesem Argument wurde entgegengehalten, dass es bei der Ausbeutung unabhängig davon, mit welcher Tätigkeit das Geld verdient werde, immer nur um die wirtschaftliche Ausbeutung der Gegenleistung gehe und nicht um die sexuelle Selbstbestimmung.

d) Die Prostitution Minderjähriger

Gemäß § 180 Abs. 2 StGB macht sich strafbar, wer eine Person unter 18 Jahren bestimmt, sexuelle Handlungen gegen Entgelt an oder vor einem Dritten vorzunehmen oder von einem Dritten an sich vornehmen zu lassen, oder wer solchen Handlungen durch seine Vermittlung

Vorschub leistet. Der Strafraumen reicht von Geldstrafe bis zu 5 Jahren Freiheitsstrafe. Diesbezüglich bestehe ein Widerspruch zu § 232 Abs. 1 Satz 2 StGB. Gemäß § 232 Abs. 1 Satz 2 StGB wird mit Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 10 Jahren bestraft, wer eine Person unter 21 Jahren zur Aufnahme oder Fortsetzung der Prostitution oder zu sonstigen in § 232 Abs. 1 Satz 1 StGB genannten Handlungen bringt. § 232 Abs. 1 Satz 2 StGB weise damit einen höheren Strafraumen als § 180 Abs. 2 StGB auf, obwohl er auch heranwachsende Opfer einbeziehe, keine Entgeltlichkeit erfordere und der Täter das Opfer nicht bestimmen, sondern lediglich zu der Prostitution bringen müsse. Darüber hinaus sei nicht plausibel, dass § 182 Abs. 2 StGB die Freierstrafbarkeit zum Schutz von Personen unter 18 Jahren enthalte, während es keine Entsprechung in § 232 Abs. 1 Satz 2 StGB gebe. Im Rahmen einer Reform sollten diese Widersprüche nach Auffassung von Herrn Prof. Eisele bereinigt werden.

e) Die Freierstrafbarkeit

Die Freierstrafbarkeit könne neben § 182 Abs. 2 StGB auch zum Schutz erwachsener Prostituiertter eingeführt werden, wobei sie sich insoweit allerdings ausschließlich auf Fälle der Zwangsprostitution erstrecken solle und nicht auf die Fälle unzulässiger Weisungen.

f) Streichung der §§ 184f und 184g StGB

Die §§ 184f und 184g StGB könnten im Hinblick auf die Regelungen im ProstSchG-E gestrichen werden.

g) Die Definitionen aus dem ProstSchG

Es könne überlegt werden, ob die im ProstSchG-E genannten Definitionen auch für die strafrechtlichen Vorschriften herangezogen werden sollten.

h) Reformansätze

Zusammenfassend schlug Herr Prof. Eisele das folgende Gerüst für eine Reform vor:

- Streichung von § 180a StGB
- Erhaltung und Modifikation des Ausbeutungstatbestandes des § 181a Abs. 1 Nr. 1 StGB (ggf. Qualifikation für Kinder und Jugendliche auf Opferseite; ggf. statt Ausbeu-

tung ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung; Aufnahme der Vermittlung in die Prostitution soweit strafwürdig)

- Neufassung des § 181 Abs. 1 Nr. 2 StGB zur Erfassung von Überwachungsmaßnahmen und Weisungen zur Art und Weise sowie zum Ausmaß der sexuellen Dienstleistung unterhalb der Schwelle des § 232 StGB (ggf. unter Beschreibung der Tat handlung als Anhalten zu bestimmten Handlungen oder Einwirken auf die Prostituierte; ggf. unter Wegfall von Überwachungsmaßnahmen)
- Schaffung eines Tatbestandes der Förderung von Minderjährigenprostitution unter Beseitigung von Wertungswidersprüchen zwischen § 232 Abs. 1 Satz 2 StGB und § 180 Abs. 2 StGB und § 182 Abs. 2 StGB
- Schaffung eines Tatbestandes der Freierstrafbarkeit zum Nachteil von Minderjährigen und Zwangsprostituierten

III. Organisatorisches

1. Anmerkungen zum Protokoll der 10. Sitzung gab es nicht.

2. Frau Bunke teilte mit, dass der Referentenentwurf des BMJV zur Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung nunmehr zügig im Kabinett beschlossen werden solle. Da BMJV sehr an den Stellungnahmen der Länder und Verbände interessiert sei, sollten diese möglichst zeitnah eingehen, damit sie noch berücksichtigt werden könnten.

3. Im Hinblick auf das Schreiben des Betroffenenrates vom 1. Dezember 2015 verständigten sich die Mitglieder dahingehend, dass BMJV dem Betroffenenrat antwortet und sich für das Engagement des Betroffenenrates bedankt.

4. Die Mitglieder der Reformkommission verständigten sich ferner darauf, eine Vertreterin der Staatsanwaltschaft anzuhören, die mit dem Bereich Prostitution befasst ist. Es bestand Einigkeit, dass Frau StAin Dr. Leonie Freifrau von Braun von der Staatsanwaltschaft Berlin gefragt werden soll.

IV. Bericht über die nachgereichte Stimme zur Abstimmung in der 10. Sitzung

Frau Bunke berichtete über das nachträglich per E-Mail kommunizierte Abstimmungsergebnis zum Themenkomplex 3: „Reformbedarf bei den Straftatbeständen des sexuellen Missbrauchs von Kindern und Jugendlichen und des sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen“ betreffend den Fragebogen zum Thema Cybergrooming. Konkret geht es um die in der

10. Sitzung zur Abstimmung gestellten Fragen.²⁴⁵ Die Abstimmungsergebnisse stellen sich abschließend wie folgt dar:

Themenkomplex 3: Reformbedarf bei den Straftatbeständen des sexuellen Missbrauchs von Kindern und Jugendlichen und des sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen, Fragebogen: Cybergrooming (Anlage 3)

Frage 1. Soll das in § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB geregelte sogenannte Grooming auf das Einwirken des Täters auf ein Kind mittels Informations- oder Kommunikationstechnologie beschränkt werden (Streichen der Worte „mittels Schriften [§ 11 Absatz 3]“)?

Abstimmung: Ja: 5 Mitglieder; Nein: 7 Mitglieder

Frage 2: Soll über den geltenden § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB hinaus auch das Einwirken auf das Kind ohne Informations- oder Kommunikationstechnologie oder Schriften (offline – z. B. verbal und / oder mit Geschenken) strafrechtlich erfasst werden?

a) Ja oder

b) Ja, aber nur mit zusätzlichen tatbestandlichen Einschränkungen oder

c) Nein

Abstimmung: a): 2 Mitglieder; b): 4 Mitglieder; c): 6 Mitglieder

Frage 3: Soll eine Einschränkung beim objektiven Tatbestand des § 176 Abs. 4 Nr. 3a) StGB erfolgen, um einen stärkeren Bezug zum geschützten Rechtsgut herzustellen, und zwar durch Anlehnung an Artikel 23 der Lanzarote-Konvention bzw. Artikel 6 der RL 2011/93/EU (Tatbestandsvoraussetzung: Vorschlagen eines Treffens und Vornahme konkreter Handlungen, die zu einem solchen Treffen hinführen)?

Abstimmung: Ja: 4 Mitglieder; Nein: 7 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 4: Soll das Einwirken mittels Informations- und Kommunikationstechnologie auf einen Erwachsenen, von dem der Beschuldigte irrig annimmt, es handele sich um ein Kind, strafrechtlich erfasst werden?

²⁴⁵ Vgl. Protokoll der 10. Sitzung der Reformkommission, Punkt VII.

Abstimmung: Ja: 6 Mitglieder; Nein: 4 Mitglieder; Enthaltung: 2 Mitglieder

Frage 5: Unterstellt Frage 4 wird bejaht: Wie soll die Strafbarkeit erreicht werden?

a) Der objektive Tatbestand des § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB wird dahingehend erweitert, dass die unter Frage 4 benannte Konstellation tatbestandlich erfasst wird (z.B. „... auf ein Kind oder eine Person, die er für ein Kind hält, einwirkt...“).

b) Für den geltenden § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB wird die Versuchsstrafbarkeit eingeführt.

c) Es wird eine Versuchsstrafbarkeit für § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB nur unter der Voraussetzung der Einschränkung des Straftatbestandes im Sinne der Frage 3 eingeführt.

Abstimmung: a): 7 Mitglieder; b): 1 Mitglied; c): 3 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 6: Sollte sich – ausgehend vom geltenden Recht – der Strafraumen des § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB von dem Strafraumen des § 176 Abs. 4 Nr. 1, 2 und 4 StGB unterscheiden?

Abstimmung: Ja: 7 Mitglieder; Nein: 5 Mitglieder

V. Fortsetzung der Diskussion zum Themenkomplex 4: „Reformbedarf bei den übrigen Missbrauchstatbeständen“

Die Teilnehmer führten Ihre Diskussion zum Impulsvortrag von Herrn Kohle fort.²⁴⁶

1. § 174a Abs. 1 StGB – Erfassung von Unterbringungen mit gerichtlicher Genehmigung?

Genehmige das Gericht die von einem anderen (z. B. Betreuer) initiierte Unterbringung lediglich, so falle die untergebrachte Person nicht in den Schutzbereich des § 174a Abs. 1 StGB. Dies sei inkonsequent, weil es für das Opfer keinen Unterschied mache, ob die Freiheitsentziehung gerichtlich angeordnet oder gerichtlich genehmigt sei. Zwar werde die überwiegende Anzahl der Sachverhalte auch von § 174a Abs. 2 oder von § 174c Abs. 1 StGB erfasst. Eine Erweiterung sei aber – auch im Hinblick auf die Parallelproblematik zu § 174b Abs. 1 StGB (siehe unten Punkt V.5) – angezeigt. Herr Kohle schlug vor, den Tatbestand etwa durch die Formulierung „...oder mit gerichtlicher Genehmigung...“ zu erweitern.

²⁴⁶ Siehe Protokoll der 9. Sitzung, Punkt IV.

Diskussion:

Die Teilnehmer sprachen sich für die Erweiterung des Tatbestandes aus.

2. § 174a Abs. 1 StGB und § 174b StGB – Aufhebung bei Umsetzung des BMJV-Entwurfes

Für den Fall der Einführung des § 179 Abs. 1 Nr. 3 StGB-E²⁴⁷ könne überlegt werden, ob § 174a Abs. 1 StGB entbehrlich werde. Gemäß § 179 Abs. 1 Nr. 3 StGB-E mache sich strafbar, wer unter Ausnutzung einer Lage, in der eine andere Person im Falle ihres Widerstandes ein empfindliches Übel befürchtet, sexuelle Handlungen etc. an ihr vornimmt. Befürchte der Gefangene oder Verwahrte ein solches empfindliches Übel im weiteren Vollzug, werde die Vornahme sexueller Handlungen von § 179 Abs. 1 Nr. 3 StGB-E erfasst. Gegen die Streichung von § 174a Abs. 1 StGB spreche jedoch, dass diese Vorschrift nicht ausschließlich die sexuelle Selbstbestimmung des Opfers schütze, sondern zusätzlich den Missbrauch der Amtsstellung unabhängig vom Einverständnis des Opfers kriminalisieren wolle.

Diskussion:

Die Teilnehmer sprachen sich gegen eine Streichung des § 174a Abs. 1 StGB aus. Denn bei dieser Vorschrift gehe es vorrangig um den Missbrauch einer Amtsstellung. Dieser Aspekt werde durch § 179 Abs. 1 Nr. 3 StGB-E nicht abgebildet.

3. § 174a Abs. 1 StGB – Erfassung von Anstaltspersonal ohne „Anvertrautsein“

§ 174a Abs. 1 StGB erfasse auf Täterseite nur Personen, denen das Opfer anvertraut sei. Vollzugs- oder Polizeibeamte, die mit dem Opfer dienstlich nichts zu tun haben, könnten auch dann nicht Täter der Vorschrift sein, wenn sie dem Opfer vorspiegelten, dass sie dienstlich für das Opfer zuständig seien. Hieran werde kritisiert, dass eine Unterscheidung zwischen zuständigem und nicht zuständigem Personal für das Opfer kaum möglich sei. Als Lösung könne an eine Ergänzung gedacht werden, die mit § 174 Abs. 2 StGB vergleichbar ist und entsprechend nicht auf ein konkretes Über- und Unterordnungsverhältnis abstellt. Dagegen spreche jedoch, dass es in § 174 StGB anders als in § 174a StGB um den Schutz von Jugendlichen gehe. Ferner wäre die Aufnahme von jeglichem Personal (z. B. Lehrer, Pflegekräfte, Sozialarbeiter) in den Täterkreis des § 174a StGB überzogen. Abhilfe könne hingegen über eine weite Auslegung des Tatbestandsmerkmals des Anvertrautseins zur Beaufsichtigung geschaffen werden.

²⁴⁷ Die Vorschrift ist Bestandteil des Referentenentwurfes zur Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung mit Stand vom 14. Juli 2015.

Diskussion:

Zum Teil wurde die Erfassung von Anstaltspersonal ohne „Anvertrautsein“ aus den von Herrn Kohle genannten Gründen abgelehnt.

Dagegen wurde angeführt, dass der Bundesgerichtshof die Vorschrift einschränkend auslege. Dies sei im Hinblick auf den Strafvollzug nicht überzeugend, weil es eine landesrechtliche Vorschrift gebe, aus der hervorgehe, dass jede Person, die im Strafvollzug tätig sei, gleichzeitig für die Sicherheit in der Anstalt zuständig sei. Das gelte z. B. auch für den Koch. Unter diesem Aspekt sei – entgegen der Auffassung des Bundesgerichtshofs – im Strafvollzug jeder Gefangene dem Personal anvertraut und das Opfer vom Personal abhängig. Es wäre daher folgerichtig, den sexuellen Kontakt zwischen Gefangenen und Personal unter Strafe zu stellen. Das gelte auch dann, wenn die Initiative von dem Gefangenen ausgehe.

Teilweise wurde die Auffassung vertreten, dass es zwar zum Schutz der Institution erforderlich sei, das gesamte Wachpersonal in den potenziellen Täterkreis aufzunehmen, nicht aber den Koch. Ziel sei es, in solchen Anstalten jeden sexuellen Kontakt mit Amtsträgern zu tabuisieren, was auch das echte Liebesverhältnis umfasse.

Teilweise wurde demgegenüber vertreten, dass paternalistische Zwecksetzungen ganz wegfallen sollten. Die Vornahme sexueller Handlungen sei nur strafwürdig, wenn dadurch die sexuelle Selbstbestimmung verletzt oder gefährdet werde.

4. § 174a Abs. 2 StGB – Erweiterung des personellen Anwendungsbereichs auf Mitbewohner oder Patienten in der Einrichtung?

§ 174a Abs. 2 StGB erfasse nicht den sexuellen Missbrauch durch Mitbewohner oder andere Patienten in der Einrichtung. Gegen eine entsprechende tatbestandliche Erweiterung spreche jedoch, dass sich zwischen diesen Personengruppen typischerweise kein Machtgefälle aufbaue. § 174a Abs. 2 StGB sei aber dadurch geprägt, dass das Opfer sich im Hinblick auf den Täterkreis in einem Machtgefälle befinde. Ein solches bestehe zwischen den Patienten nicht.

Diskussion:

Die Auffassung von Herrn Kohle, den personellen Anwendungsbereich nicht zu erweitern, fand Zustimmung.

5. § 174b StGB – Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereiches auf Fälle der freiheitsentziehenden Unterbringung mit gerichtlicher Genehmigung

Ebenso wie bei § 174a Abs. 1 StGB (siehe oben Punkt V.1) wäre auch hier zu überlegen, ob der Tatbestand des § 174b Abs. 1 StGB um die Unterbringung mit gerichtlicher Genehmigung zu erweitern wäre. Die Erweiterung sei für § 174b Abs. 1 StGB deswegen sogar naheliegender, weil es anders als bei § 174a Abs. 1 StGB keine Möglichkeit der Bestrafung nach den §§ 174a Abs. 2, 174c Abs. 1 StGB gebe. Herr Kohle schlug vor, dass § 174a Abs. 1 StGB und § 174b Abs. 1 StGB einheitlich die Unterbringung mit gerichtlicher Genehmigung erfassen sollten.

Diskussion:

Die Teilnehmer schlossen sich der Auffassung von Herrn Kohle an.

6. § 174b StGB – Erweiterung des personalen Anwendungsbereiches auf Täterseite

Ähnlich wie bei § 174a Abs. 1 StGB (siehe oben Punkt V.3) stelle sich auch hier die Frage, ob der Tatbestand dahingehend zu erweitern sei, dass zukünftig auch Hilfspersonal mit Amtsträgereigenschaft (z. B. Mitarbeiter der Geschäftsstelle) vom Tatbestand auf Täterseite erfasst sind. Gegenwärtig würden lediglich Personen erfasst, die entscheidungserheblich am Verfahren mitwirkten. Für die Erweiterung spreche, dass dem Betroffenen die konkrete Rolle des am Verfahren Mitwirkenden nicht klar sei.

Diskussion:

Die Mitglieder sahen tendenziell eher keinen Änderungsbedarf. Es handele sich dabei um eine rein theoretische Diskussion, die in der Praxis keine Rolle spiele.

7. § 174c Abs. 1 StGB – Revision der Erfassung körperlicher Krankheiten oder Behinderungen

Mit dem SexualdelÄndG habe der Gesetzgeber auch die Fälle in den Schutzbereich des Tatbestandes einbezogen, bei denen das Opfer dem Täter wegen körperlicher Krankheit oder Behinderung zur Beratung, Behandlung oder Betreuung anvertraut ist und der Täter unter Missbrauch des Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses sexuelle Handlungen vornimmt. Problematisch erscheine insbesondere die Erfassung geringfügiger Erkrankungen (z. B. Erkältung), bei denen die Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung typischerweise nicht reduziert sei. Diese Fälle könnten nicht ohne Weiteres über das Tatbe-

standsmerkmal des Missbrauchs des Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses ausgeschieden werden. Denn dem Gesetzgeber sei es gerade darauf angekommen, sexuelle Kontakte in diesen Verhältnissen generell als missbräuchlich auszuschließen. Ferner erschließe sich nicht, warum die Anforderungen an den Missbrauch im Falle einer körperlichen Erkrankung oder Behinderung andere sein sollten als im Falle der geistigen oder seelischen Erkrankung oder Behinderung. Für Letztere sei das Ausnutzen einer konkreten krankheits- oder behinderungsbedingten Abhängigkeit oder Hilflosigkeit nicht erforderlich. Vor diesem Hintergrund solle der Tatbestand wieder auf die Fälle beschränkt werden, bei denen typischerweise eine Rechtsgutsgefährdung vorliege und die Fälle der rein körperlichen Erkrankung wieder herausgenommen werden. Ein hinreichender Schutz sei u. a. über § 174a Abs. 2 StGB sichergestellt.

Diskussion:

Gegen die Herausnahme der körperlichen Krankheiten wurde vorgetragen, dass das Arzt-Patienten-Verhältnis deswegen besonders sei, weil man sich dem Arzt anvertraue und sich während der Untersuchung in einer speziellen Situation befinde (z. B. wegen des Entkleidens oder verminderter Widerstandskraft bei Fieber). Problematisch seien insbesondere gynäkologische Vorsorgeuntersuchungen, bei denen der Arzt unter dem Deckmantel einer fachgerechten Behandlung in Wahrheit sexuelle Handlungen an der Patientin vornehme. Vergleichbar seien Fälle, bei denen der Arzt behaupte, die Vornahme der sexuellen Handlung sei Teil einer Therapie. Zu beachten sei ferner, dass der Arzt gegenüber der Patientin eine besondere Autoritätsstellung innehabe.

Für die Herausnahme der körperlichen Krankheiten wurde vorgetragen, dass der Zweck des § 174c Abs. 1 StGB nicht darin bestehe das Ausnutzen einer Überlegenheitssituation zu erfassen, sondern darin, Fälle zu erfassen, in denen der Täter beim Opfer vorhandene Defizite ausnutze. Das sei aber nur bei schweren Krankheiten denkbar. Es sei problematisch, dass § 174c Abs. 1 StGB gerade auch die sexuellen Handlungen erfasse, die einvernehmlich vorgenommen würden. Ein besonderes Näheverhältnis finde man nicht nur im Arzt-Patienten-Verhältnis, sondern auch beim Friseur, der Pediküre etc. Man könnte überlegen, den § 174c Abs. 1 StGB dahingehend zu modifizieren, dass der Täter sich bei körperlichen Krankheiten des Opfers – anders als bei psychischen Krankheiten – nur strafbar mache, wenn er zusätzlich das Behandlungsverhältnis ausnutze.

8. § 174c Abs. 2 – Streichung der Wortgruppe „unter Missbrauch des Behandlungsverhältnisses“

Da nach der h. M. bei psychotherapeutischen Behandlungsverhältnissen ohnehin ein umfassendes Abstinenzverbot gelte, könne man auf den Missbrauchszusatz verzichten. Auf diese Weise könne der Tatbestand klarer gefasst und gestraft werden.

Diskussion:

Die Reformkommission sprach sich gegen die Streichung aus, da das Merkmal in der Praxis keine Schwierigkeiten bereite. Auf diese Weise könnten echte Liebesverhältnisse ausgeschieden werden.

9. § 174c Abs. 2 StGB – Klarstellung in Bezug auf tauglichen Täter

Nach der Rechtsprechung könne Täter des § 174c Abs. 2 StGB nur sein, wer zum Führen der Bezeichnung Psychotherapeut berechtigt sei und sich bei der Behandlung anerkannter psychotherapeutischer Verfahren bediene. Nicht erfasst würden alternative Therapieformen oder sogenannte Scharlatane. Es werde zwar grundsätzlich als wünschenswert angesehen, auch diese Gruppe in den Täterkreis aufzunehmen. Allerdings sei es schwierig, einen Tatbestand zu finden, der nicht zu weit wäre. Nicht erfasst werden sollen z. B. Aktivitäten weltanschaulicher oder religiöser Vereinigungen, soweit sie eine Besserung des seelischen Wohlbefindens der Gläubigen und Mitglieder anstreben. Alternativ könne daher überlegt werden, in der Gesetzesbegründung auszuführen, dass auch Scharlatane etc. zu erfassen seien.

Diskussion:

Es bestand Einigkeit, dass sich auch der Scharlatan oder die Person strafwürdig verhalte, die sich zu Unrecht als Psychotherapeut ausgibt. Teilweise wurde vorgetragen, dass ein zentrales Moment – ebenso wie oben unter Punkt V.7 bei der Vornahme sexueller Handlungen als vermeintliche Therapie – die Täuschung der durch § 174c Abs. 2 StGB geschützten Person sei. Man könne daher überlegen, einen Straftatbestand zu schaffen, der auf die Täuschung des Opfers abstelle.

10. Verjährung

Außerhalb des Impulses von Herrn Kohle wurde angesprochen, ob nicht eine Änderung der Verjährungsregelung angezeigt sei, mit der der Verjährungsbeginn an das Ende des Behandlungsverhältnisses oder an einen noch späteren Zeitpunkt anknüpfe und nicht an das Alter des Opfers im Sinne von § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB. Die Teilnehmer einigten sich darauf, dass zu diesem Punkt ein eigenes Impulsreferat gehalten werden soll.

VI. Abstimmung zum Themenkomplex 3: Reformbedarf bei den Straftatbeständen des sexuellen Missbrauchs von Kindern und Jugendlichen und des sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen

Der Fragebogen, der zuletzt in der 9. Sitzung vom 30. Oktober 2016²⁴⁸ von den Mitgliedern der Reformkommission in Bezug auf Frage 1a bis e diskutiert wurde, wurde erneut aufgegriffen. Die Teilnehmer setzten die Diskussion bei Frage 1f fort. Frau Röhrig musste vor Tagesordnungspunkt VI. die Sitzung verlassen.

Frage 1

f) Soll § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB dahingehend ergänzt werden, dass sich auch strafbar macht, wer sexuelle Handlungen durch einen Dritten an sich vornehmen lässt?

Es wurde erläutert, dass sich zwar strafbar mache, wer die sexuelle Handlung vor einem Kind an einem Dritten vornehme, nicht aber, wer die sexuelle Handlung an sich von dem Dritten vornehmen lasse. Wer die sexuelle Handlung von dem Dritten an sich vor dem Kind vornehmen lässt, könne nur als Teilnehmer bestraft werden, obwohl er dasselbe Tatunrecht verwirkliche wie die Person, die die sexuelle Handlung an einem Dritten vornehme. Ferner werde das „An-sich-vornehmen-lassen“ in § 176 Abs. 1 StGB als täterschaftliche Begehung bewertet.

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

Abstimmung: Ja: 8 Mitglieder; Nein: 1 Mitglied

g) Soll das Absichtserfordernis des § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB dahingehend ergänzt werden, dass auch die Absicht des Täters erfasst wird, selbst sexuelle Handlungen vor dem Kind vorzunehmen?

Zur Erläuterung wurde ausgeführt, dass das Absichtserfordernis des § 176 Abs. 4 Nr. 3 Buchstabe a StGB sich auf die Varianten des § 176 Abs. 1 und 2 StGB sowie auf § 176 Abs. 4 Nr. 2 StGB erstrecke. Damit erfasse § 176 Abs. 4 Nr. 3 Buchstabe a StGB zwar die Absicht des Täters, dass das Kind sexuelle Handlungen vor dem Täter vornehmen soll (§ 176 Abs. 4 Nr. 2 StGB), nicht aber die Variante, dass der Täter sexuelle Handlungen vor dem Kind vornehmen will (§ 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB). Wirke der Täter z. B. auf das Kind ein, um es dazu zu bringen, sich mit dem Täter zu einem bestimmten Zeitpunkt zu einer

²⁴⁸ Vgl. Protokoll der 9. Sitzung vom 30. Oktober 2016, Punkt VII.

Webcamübertragung zu verabreden, damit der Täter vor dem Kind sexuelle Handlungen vornehmen kann, werde dies nicht von § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB erfasst. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob das Absichtserfordernis des § 176 Abs. 4 Nr. 3 Buchstabe b StGB auch auf § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB erstreckt werden sollte.

Die Diskussion zu dieser Frage wurde auf die nächste Sitzung vertagt.

VII. Organisatorisches und nächste Sitzung

Die nächste Sitzung findet am 17. und 18. März 2016 jeweils von 11.00 Uhr bis 17.00 Uhr im BMJV, Eduard-von Simson-Saal (7.008)²⁴⁹ statt. Zu dieser Sitzung wird Frau StAin Dr. Leonie Freifrau von Braun eingeladen. Ferner werden Herr Prof. Laubenthal und Herr Prof. Wolters ihre Impulsreferate zur sexuellen Handlung bzw. zu den §§ 183, 183a StGB halten.

Die darauffolgenden Sitzungen werden am 14. und 15. April 2016 sowie am 20. Mai 2016 stattfinden.

²⁴⁹ Abweichend von der Festlegung im Protokoll findet die nächste Sitzung am 17. und am 18. März 2016 in den Liegenschaften des BMJV in der Friedrichstraße 191, 10117 Berlin in Raum 2.005 statt.

13. Sitzung am 17. März 2016

Protokoll
der 13. Sitzung der Reformkommission
zur Überarbeitung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches
im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
am 17. März 2016
11:00 – 17:00 Uhr

I. Anwesenheit

1. Mitglieder der Reformkommission

- Frau LOStAin Birgit Cirullies
- Herr StA Christian Kohle
- Herr Prof. Dr. Klaus Laubenthal
- Herr MR Peter Marx
- Frau RinBGH Dr. Ursula Schneider
- Herr KD Jürgen Thiele
- Frau RAin Elke Thom-Eben

An der Teilnahme verhindert waren:

- Frau RAin Christina Clemm
- Herr Prof. Dr. Jörg Eisele
- Frau Prof. Dr. Tatjana Hörnle
- Herr Prof. Dr. Gereon Wolters
- Frau RinOLG Andrea Röhrig

2. Für das BMJV

- Frau RLn II A 7 Susanne Bunke
- Frau RDn Dr. Garonne Bezjak
- Frau Tatjana Windgassen
- Frau Cetinsoy

3. Gast

- Frau StAin Dr. Freifrau Leonie von Braun (StAin der Staatsanwaltschaft Berlin, Schwerpunktdezernat „Sexuelle Ausbeutung und Menschenhandel“)

II. Eröffnung der Sitzung und Begrüßung der Mitglieder

Frau Bunke begrüßte die Mitglieder der Reformkommission und eröffnete die Sitzung. Daran anschließend berichtete sie über den Verfahrensstand betreffend den von BMJV vorgelegten Gesetzentwurf zur Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung. Der Gesetzentwurf befindet sich gegenwärtig im parlamentarischen Verfahren, nachdem er vom Kabinett am 16. März 2016 beschlossen wurde.

III. Anhörung und Vortrag zum Themenkomplex 6: „Reformbedarf bei den Strafvorschriften zur Prostitution“

Frau von Braun trug aus ihrem vorab eingereichten Impulsreferat „Stellungnahme zur Reform der §§ 180a und 181a StGB“ zur praktischen Handhabbarkeit und Relevanz der §§ 180 ff. StGB vor (**Anlage 1**). Einleitend führte sie aus, dass es sich bei den meisten Opfern um Mädchen und junge Frauen handele. Etwa die Hälfte dieser Opfer stamme aus Deutschland. Häufig kämen die Mädchen aus dissozialen Verhältnissen. Darüber hinaus gebe es viele Opfer aus Osteuropa. Neben den weiblichen Opfern seien aber durchaus auch junge Männer betroffen. Bei Ermittlungen wegen Menschenhandels handele es sich in der Regel um Deliktsfelder aus dem Bereich der organisierten Kriminalität. Meistens sei der Menschenhandel mit dem Tatbestand der Zuhälterei gemäß § 181a StGB verknüpft. Es sei sehr selten, dass zwar die Tatbestände des Menschenhandels einschlägig seien, das zur Tatzeit volljährige Opfer, aber nicht anderweitig in seinem Recht auf sexuelle Selbstbestimmung im Sinne der §§ 180a, 181a StGB eingeschränkt werde. Dem Täter komme es gerade darauf an, das Opfer zu kontrollieren und die Erlöse aus der Prostitution möglichst umfassend für sich zu vereinnahmen. Den §§ 180 ff. StGB komme daher eine große Praxisrelevanz zu. Es würden im Dezernat von Frau von Braun wöchentlich Verfahren angeklagt. Pro Jahr komme es zu ca. 20 Verurteilungen und sehr selten zu Freisprüchen (ein Freispruch 2012).

1. § 181a Abs. 1 (Ausbeuterische und dirigistische Zuhälterei)

Gemäß § 181a Abs. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 5 Jahren bestraft, wer eine andere Person, die der Prostitution nachgeht, ausbeutet (Nr. 1) oder seines Vermögensvorteiles wegen eine andere Person bei der Ausübung der Prostitution überwacht, Ort, Zeit, Ausmaß oder andere Umstände der Prostitutionsausübung bestimmt oder Maßnahmen trifft, die sie davon abhalten soll, die Prostitution aufzugeben (Nr. 2). Es handele sich um eine äußerst praxisrelevante Vorschrift. Die seit Januar 2013 im Dezernat von Frau von

Braun gefertigten Anklagen zu Menschenhandelsfällen umfassten immer auch den Tatbestand der Zuhälterei.

Im Hinblick auf die ausbeuterische Zuhälterei (§ 181a Abs. 1 Nr. 1 StGB) verhalte es sich so, dass den Opfern meist erheblich mehr als die Hälfte der Prostitutionserlöse abgenommen werde.

Daneben spiele die dirigistische Zuhälterei (§ 181a Abs. 1 Nr. 2 StGB) eine große Rolle in der Praxis. Häufig bestimme der Zuhälter, wo eine Prostituierte zu arbeiten habe und welche sexuellen Dienstleistungen sie anzubieten habe (Variante: Ort, Zeit, Ausmaß). Ferner sei die Variante „Bestimmen von anderen Umständen der Prostitutionsausübung“ praxisrelevant, weil der Täter z. B. die Vorgabe mache, dass die Prostituierte ohne Kondom arbeiten müsse. Auf diese Weise lasse sich mehr Geld verdienen. Es sei auch nicht selten, dass der Täter Druck aufbaue, indem er der Prostituierten damit drohe, Nacktaufnahmen von der Prostituierten zu veröffentlichen oder ihre Tätigkeit bei ihrer Familie bekannt zu machen. Dadurch werde die Prostituierte zur Fortsetzung der Prostitution genötigt. Der Strafraum sei mit einer Mindestfreiheitsstrafe von 6 Monaten nicht zu beanstanden, weil er eine hinreichende Grundlage für den Erlass von Untersuchungshaftbefehlen darstelle. Das größte Problem bestehe in der Beweisbarkeit.

Nachdenken könne man darüber, ob die gewerbs- und bandenmäßige Zuhälterei gesondert unter Strafe gestellt werden solle. Es sei in der Praxis häufig zu beobachten, dass mehrere Personen zusammen agierten, um mehrere Opfer unter ihre Kontrolle zu bringen.

Zu beanstanden sei, dass es sich bei § 181a StGB nicht um eine Katalogtat im Sinne von § 100a Abs. 2 StPO handele, obwohl die Vorschrift praktisch eine so große Relevanz aufweise. Dieser Umstand erschwere die Ermittlungstätigkeit gegen Bordellbetreiber und Betreiber eines Escort-Services. Gespräche aus Telefonüberwachungen, die wegen des Verdachts von Menschenhandel angeordnet worden seien, könnten nicht für den Nachweis der Zuhälterei genutzt werden, wenn nur der Tatvorwurf der Zuhälterei übrig bleibe, diese Zuhälterei eine andere historische Tat darstelle und ein anderer Beschuldigter ermittelt worden sei. Die Ermittlungsbehörden blieben ohne das Beweismittel der Telefonüberwachung häufig allein auf die Aussagen der Opfer angewiesen.

Diskussion:

Auf Nachfrage erläuterte Frau von Braun, dass im Hinblick auf die Ausbeutung in § 181a Abs. 1 Nr. 1 StGB zunächst zu prüfen sei, was zwischen der Prostituierten und dem Zuhälter

vereinbart sei. Die Bordellbetreiber wüssten in der Regel, dass sie zur Vermeidung von Strafbarkeit nicht mehr als 50 % vom Prostituiertenlohn einbehalten sollten. Gleichwohl werde in der Praxis häufig der gesamte Lohn vom Zuhälter einbehalten, was zweifellos als Ausbeutung zu qualifizieren sei.

Im Hinblick auf die Frage, was von der Staatsanwaltschaft noch als zulässige Weisung im Sinne des § 181a Abs. 1 Nr. 2 StGB angesehen werde, führte Frau von Braun aus, dass es eine gesellschaftspolitische Entscheidung gewesen sei, dass die Förderung der Prostitution nicht mehr sittenwidrig und nicht mehr strafbar sei. Strafbar blieben aber Vorgaben zu den konkret vorzunehmenden sexuellen Handlungen (z. B. Durchführung von Oralverkehr ohne Kondom). Derartige Vorgaben seien absolut üblich. Die Prostituierte dürfe allenfalls in begründeten Einzelfällen Freier ablehnen. Schwieriger seien Weisungen zu Ort und Zeit der Prostitution. Hier komme es entscheidend auf das konkrete Regelwerk an. Wenn dieses so starre Vorgaben enthalte, dass sich die Prostituierte dauernd rechtfertigen müsse, dann sei die Grenze zur Strafbarkeit überschritten. Strafbar sei auch das Zuweisen von Stammplätzen auf dem Straßenstrich. Die Ausgestaltung der Vorschrift sei aus Sicht von Frau von Braun nicht zu beanstanden. Das Problem bestünde eher darin, dass die Vorschrift im Lichte des Prostituiertengesetzes ausgelegt werden müsse. Diesbezüglich gebe es aber hinreichend konkrete Vorgaben durch die Rechtsprechung.

Die Prostituierten gingen in der Regel kein Arbeitsverhältnis ein. Sie befänden sich aber in arbeitnehmerähnlichen Verhältnissen. Die Staatsanwaltschaft Berlin führe in diesem Kontext vermehrt Verfahren nach § 266a StGB (Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt). Anders sei dies in sogenannten Laufhäusern, wo die Prostituierten selbstständig arbeiteten. Ein Tatbestand der bandenmäßigen Zuhältereie wurde von der Reformkommission für sinnvoll erachtet. Gegen einen Tatbestand der gewerbsmäßigen Zuhältereie wurde vorgetragen, dass die Gewerbsmäßigkeit bereits im gegenwärtigen § 181a StGB enthalten sei und daher keiner gesonderten Regelung bedürfe.

2. § 181a Abs. 2 StGB (Zuhältereie durch Beeinträchtigung der persönlichen oder wirtschaftlichen Unabhängigkeit)

Gemäß § 181a Abs. 2 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer die persönliche oder wirtschaftliche Unabhängigkeit einer anderen Person dadurch beeinträchtigt, dass er gewerbsmäßig die Prostitutionsausübung der anderen Person durch Vermittlung sexuellen Verkehrs fördert und im Hinblick darauf Beziehungen zu ihr unterhält, die über den Einzelfall hinausgehen. Die Vorschrift weise viele Überschneidungen

zu § 180a Abs. 1 StGB (Prostitutionsfördernde Betriebe) und zu § 181 Abs. 1 Nr. 2 StGB (dirigistische Zuhälterei) auf. § 181a Abs. 2 StGB stelle vor diesem Hintergrund ein Auffangtatbestand für Bordellbetreiber dar, die den Prostituierten ein starres Regelwerk auferlegen. Vor diesem Hintergrund solle die Vorschrift beibehalten werden.

Diskussion:

Die Einführung einer Versuchsstrafbarkeit für § 181a StGB befand Frau von Braun sowohl für Abs. 1 als auch für Abs. 2 nicht für sinnvoll. Sie habe die Versuchsstrafbarkeit in ihrer Praxis noch nicht vermisst.

3. § 180a Abs. 1 StGB (Prostitutionsfördernde Betriebe)

Gemäß § 180a Abs. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer gewerbsmäßig einen Betrieb unterhält oder leitet, in dem Personen der Prostitution nachgehen und in dem diese in persönlicher oder wirtschaftlicher Abhängigkeit gehalten werden. Die Vorschrift friste ein „stiefmütterliches Dasein“, was aber auch daran liege, dass entsprechende Sachverhalte häufig erst bei der Staatsanwaltschaft als solche klassifiziert würden und daher nicht in der Polizeilichen Kriminalstatistik unter § 180a Abs. 1 StGB geführt würden. Die Staatsanwaltschaft Berlin greife vor allem dann auf die Vorschrift zurück, wenn ein Betrieb den Prostituierten zu starre Vorgaben mache und diese planmäßig ausbeute. Bei § 180a Abs. 1 StGB komme es im Gegensatz zu § 181a StGB nicht darauf an, dass der Täter ein Herrschaftsverhältnis ausübe. Das faktische Unterhalten oder Leiten eines Betriebes, in dem Personen in persönlicher oder wirtschaftlicher Abhängigkeit gehalten werden, reiche aus. Konkret sei hierunter z. B. die Festlegung der Preise sexueller Dienstleistungen, Vorgaben zur Arbeitszeit, Ahndung von Verstößen gegen die Hausordnung, Strafzahlungen, Lehrgelder, Kontaktverbote mit Freiern außerhalb des Hotels, Übernachtungszwang etc. zu subsumieren. Da derartige Regelungen in vielen Bordellbetrieben existent seien, sei die Norm praxisrelevant.

Auf Nachfrage führte Frau von Braun aus, dass neben § 181a Abs. 1 Nr. 1 StGB für § 180a Abs. 1 StGB ein eigenständiger Anwendungsbereich bleibe, da die Vorschriften unterschiedliche Voraussetzungen aufwiesen. Sie stünden zueinander in Tateinheit, so dass sich dadurch höhere Strafen erzielen ließen. Durch die tateinheitliche Anwendung der Vorschriften würde außerdem besser erkennbar, welche Kriminalitätsstruktur sich hinter der Tat verberge.

Nach Einschätzung von Frau von Braun gebe es durchaus auch legale Bordelle, in denen Prostituierte freiwillig sexuelle Dienstleistungen anbieten. Die Inhaber solcher Bordelle und die Prostituierten selbst erstatteten auch durchaus Anzeige, wenn ihnen etwas Negatives auffalle, wie z. B. der Umstand, dass eine Prostituierte von einem Zuhälter ausgebeutet werde. In den legalen Bordellen würden überwiegend ältere, selbstbewusste Frauen deutscher Nationalität arbeiten. Es gelte jedoch: Je professioneller ein Bordell geführt werde, desto eher sei es auch in Kriminalität verstrickt. Allein die Gründung eines solchen Bordells erfordere Kapital, welches häufig aus kriminellen Zusammenhängen stamme.

4. § 180a Abs. 2 StGB (Wohnungsgewährung bei der Prostitution)

Gemäß § 180a Abs. 2 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer einer Person unter 18 Jahren zur Ausübung der Prostitution Wohnung, gewerbsmäßig Unterkunft oder gewerbsmäßig Aufenthalt gewährt (Nr. 1) oder eine andere Person, der er zur Ausübung der Prostitution Wohnung gewährt, zur Prostitution anhält oder im Hinblick auf sie ausbeutet (Nr. 2). § 180a Abs. 2 StGB sei insbesondere für den Bereich des unregistrierten Escort-Services relevant. Nach Einschätzung von Frau von Braun würden etwa 1/3 der Frauen und Mädchen, die sich prostituierten, über Portale wie z. B. www.kaufmich.com vermittelt. Der Escort-Bereich sei deshalb so attraktiv, weil den Tätern kaum Kosten für Unterhalt und Werbung entstünden. Die Betriebskosten setzten sich im Wesentlichen aus Fahrdiensten und Wohnungsmieten zusammen. Die erforderlichen Wohnungen würden häufig durch Dritte angemietet. Diese Dritten könne man über § 180a Abs. 2 StGB erfassen.

§ 180a Abs. 2 Nr. 1 StGB entfalte eine besondere Relevanz, weil die sexuelle Dienstleistung Minderjähriger häufig über den unregistrierten Escort-Bereich angeboten würden. Die Vorschrift weise neben § 180 Abs. 1 Nr. 2 StGB einen eigenständigen Anwendungsbereich auf, weil sie Personen unter 18 Jahren und nicht nur – wie § 180 Abs. 1 Nr. 2 StGB – Personen unter 16 Jahren schütze. Ferner mache auch § 180 Abs. 2 StGB die Vorschrift nicht entbehrlich, weil jeweils unterschiedliche Tathandlungen unter Strafe gestellt würden. Allerdings sei es angezeigt, in § 180 Abs. 1 und 2 StGB die Mindeststrafe zu erhöhen.

Diskussion:

Auf die Frage, ob es vielleicht doch sinnvoll sei, § 180a Abs. 2 Nr. 1 StGB zu streichen, weil Jugendliche wegen dieser Vorschrift in die Straßenprostitution gedrängt würden, antwortete Frau von Braun, dass Jugendliche in der Straßenprostitution kaum tätig seien. Ihre Dienst-

leistungen würden vielmehr über Portale angeboten und sodann würden die Jugendlichen in die entsprechenden Wohnungen gefahren.

Die Fälle des § 180a Abs. 2 Nr. 2 StGB seien selten, weil es kaum vorstellbar sei, dass nicht bereits § 181a StGB einschlägig sei. Andererseits sei der Gedanke unterstützenswert, dass eine Person sich nicht deswegen prostituieren müsse, weil sie sonst ihr Obdach verliere. Allerdings sei die sogenannte Vermieterprivilegierung im Vergleich zu § 181a StGB in der Tat nicht nachvollziehbar und solle aufgelöst werden.

5. § 184f StGB (Ausübung der verbotenen Prostitution)

Gemäß § 184f StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu 6 Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen bestraft, wer einem durch Rechtsverordnung erlassenen Verbot, der Prostitution an bestimmten Orten überhaupt oder zu bestimmten Tageszeiten nachzugehen, beharrlich zuwiderhandelt. Die Vorschrift spiele in der Praxis keine Rolle. Das könne aber auch daran liegen, dass es in Berlin keine Sperrbezirksverordnung gebe.

6. Ergebnis

Nach Auffassung von Frau von Braun bleibe im Ergebnis festzuhalten, dass die §§ 180a, 181a StGB einen hinreichenden strafrechtlichen Schutz böten. § 181a StGB solle als Katalogtat in § 100a StPO aufgenommen werden.

7. Diskussion zur Freierstrafbarkeit

Zur Frage der Freierstrafbarkeit äußerte sich Frau von Braun kritisch. Freier seien sehr wichtige Zeugen. Häufig würden sich Stammfreier in die Prostituierte verlieben. Aus diesem Grund wollten sie der Prostituierten aus ihrer Lage heraushelfen. Die Anzeigebereitschaft werde aber zurückgehen, wenn die Freier mit Strafverfolgung rechnen müssten. Selbst vor dem Hintergrund einer Kronzeugenregelung riskierten sie, dass der Umstand der Inanspruchnahme einer sexuellen Dienstleistung in der Familie offengelegt werde. Vor diesem Hintergrund befürchte Frau von Braun, dass Freier auf Anzeigen unter dem Eindruck der Freierstrafbarkeit verzichten würden.

Ferner spreche gegen die Freierstrafbarkeit, dass es für den Freier schwierig sei, zu erkennen, ob es sich um einen Fall der Zwangsprostitution handle. Bordell- und Escort-Service-Betreiber versuchten, ihrem Klientel eine heile Welt vorzuspielen. Aus diesem Grund würden

sie weibliche Telefonkräfte einstellen und z. B. darauf achten, Prostituierte nicht sichtbar zu verletzen. Erkenne der Freier, dass es sich um eine Zwangsprostituierte handele, sei man außerdem schnell im Bereich der Nötigung gemäß § 240 StGB.

Neben den Freiern kämen die Prostituierten selbst als wichtige Zeuginnen in Betracht. Ohne das Opfer könne man den Tatnachweis zumeist nicht führen. In Berlin gebe es zwei sehr gut geschulte Spezialdezernate. Auf diese Weise könnten Mehrfachvernehmungen durch die Polizei vermieden werden. Die Prostituierten erhielten einen Opferschutzanwalt und einen Rechtsanwalt. Der zuständige Staatsanwalt zeige der Zeugin vorab den Gerichtssaal, damit sie sich auf das Verhandlungsszenario innerlich einstellen könne. Frau von Braun habe in den letzten Jahren kein Verfahren gehabt, in dem eine derart vorbereitete und betreute Zeugin im Verfahren „weggebrochen“ sei. Es würden nur wenige Verfahren mit der Begründung eingestellt, dass die Aussage der Zeugin nicht glaubhaft sei.

IV. Organisatorisches

Gegen die Protokolle der 11. und 12. Sitzung wurden keine Einwendungen erhoben.

V. Bericht über die nachgereichten Stimmen zur Abstimmung in der 13. Sitzung

Frau Bunke berichtete über die nachträglich per E-Mail kommunizierten Abstimmungsergebnisse zum Themenkomplex 3: „Reformbedarf bei den Straftatbeständen des sexuellen Missbrauchs von Kindern und Jugendlichen und des sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen“. Konkret ging es um die in der 12. Sitzung zur Abstimmung gestellte Frage.²⁵⁰ Das Abstimmungsergebnis stellt sich abschließend wie folgt dar:

Themenkomplex 3: „Reformbedarf bei den Straftatbeständen des sexuellen Missbrauchs von Kindern und Jugendlichen und des sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen“ (Anlage 2)

Frage 1: Reformbedarf bei § 176 StGB (Sexueller Missbrauch von Kindern) und § 176a StGB (Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern)

f) Soll § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB dahingehend ergänzt werden, dass sich auch strafbar macht, wer sexuelle Handlungen durch einen Dritten an sich vornehmen lässt?

²⁵⁰ Vgl. Protokoll der 12. Sitzung der Reformkommission, Punkt VI.

Abstimmung: Ja: 11 Mitglieder; Nein: 1 Mitglied

VI. Abstimmung zum Themenkomplex 3: „Reformbedarf bei den Straftatbeständen des sexuellen Missbrauchs von Kindern und Jugendlichen und des sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen“

Der Fragebogen, der zuletzt in der 12. Sitzung vom 22. Januar 2016²⁵¹ von den Mitgliedern der Reformkommission in Bezug auf Frage 1f bis g diskutiert wurde, wurde erneut aufgegriffen. Die Teilnehmer setzten ihre Diskussion zu Frage 1g fort.

Frage 1

g) Soll das Absichtserfordernis des § 176 Abs. 4 Nr. 3a StGB dahingehend ergänzt werden, dass auch die Absicht des Täters erfasst wird, selbst Handlungen vor dem Kind vorzunehmen?

aa) Ja, wobei sowohl die Absicht des Täters, selbst sexuelle Handlungen vor einem Kind (an sich oder an einem Dritten) vorzunehmen als auch die Absicht des Täters, sexuelle Handlungen vor einem Kind durch einen Dritten an sich vornehmen zu lassen (siehe Frage f), erfasst werden soll, oder

bb) Ja, aber nur bezüglich der Absicht des Täters selbst sexuelle Handlungen vor einem Kind (an sich oder an einem Dritten) vorzunehmen, oder

cc) Nein

Die ursprüngliche Fassung dieser Frage lautete wie folgt:

Frage g) Soll das Absichtserfordernis des § 176 Abs. 4 Nr. 3a StGB dahingehend ergänzt werden, dass auch die Absicht des Täters erfasst wird, selbst Handlungen vor dem Kind vorzunehmen?

aa) Ja, wobei sowohl die Absicht des Täters, selbst sexuelle Handlungen vor einem Kind (an sich oder einem Dritten) vorzunehmen als auch die Absicht des Täters, sexuelle Handlungen vor einem Kind durch einen Dritten an sich vornehmen zu lassen (siehe Frage f), erfasst werden soll, oder

bb) Ja, aber nur bezüglich der Absicht des Täters selbst sexuelle Handlungen vor einem Kind (an sich oder einem Dritten) vorzunehmen, oder

cc) Nein, aber § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB könnte entsprechend ergänzt werden, oder

dd) Nein

Anknüpfend an die vorangegangene 12. Sitzung der Reformkommission wurde erneut erläutert, dass von der Vorschrift bisher nicht die Absicht des Täters erfasst sei, im Sinne von § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB selbst vor dem Kind sexuelle Handlungen vorzunehmen. Damit sei

²⁵¹ Vgl. Protokoll der 12. Sitzung der Reformkommission, Punkt VI.

zunächst die Vornahme sexueller Handlungen gemeint, die der Täter vor dem Kind an sich selbst vornimmt sowie die Vornahme von sexuellen Handlungen, die der Täter vor dem Kind an einem Dritten vornimmt (siehe Antwort bb)). In Anlehnung an Frage 1f seien ggf. darüber hinaus auch die sexuellen Handlungen gemeint, die der Täter vor dem Kind von einem Dritten an sich vornehmen lässt (siehe Antwort aa)).

Es bestand Einigkeit, die ursprünglich vorgesehene Antwortmöglichkeit cc) zu streichen. Eine Ergänzung des § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB um das Einwirken mit Schriften auf das Kind in der Absicht, sexuelle Handlungen vor dem Kind vorzunehmen, passe systematisch nicht. Denn im Gegensatz zu § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB handele es sich bei § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB nicht lediglich um eine Vorbereitungshandlung, weil der Täter bei § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB bereits mit pornographischen Inhalten auf das Kind einwirke.

Ferner bestand Einigkeit, die Klammerzusätze zur Verdeutlichung jeweils um ein „an“ in Bezug auf den Dritten zu ergänzen.

Fazit: Auf der Grundlage der dargestellten Diskussion wurde die Frage 1g) wie oben (Fett-
druck) ersichtlich neu gefasst.

Abstimmung: aa): 4 Mitglieder; bb): 0 Mitglieder; cc): 3 Mitglieder

h) Soll § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB um das Einwirken mit einem ungebildeten, geschriebenen, pornographischen Text ergänzt werden?

Die bisherige Fassung der Vorschrift erfasse nicht die Einwirkung auf das Kind durch eine pornographische Schrift im Sinn eines geschriebenen Textes. Es seien aber Fälle denkbar, in denen dem Kind ein Text entsprechenden Inhalts vorgehalten und es hierdurch zum Lesen des Textes gebracht werde. Teilweise wurde bestritten, dass ein Kind dazu gezwungen werden könne, einen Text zu lesen. Zudem sei ein Text nicht vergleichbar mit einem Bild „auf den ersten Blick“ wahrnehmbar. Andererseits wurde vertreten, dass das geschützte Rechtsgut bei Vorhalten eines Textes ebenso betroffen sei wie dies etwa bei dem Vorspielen eines pornographischen Liedes der Fall sei. Dabei sei es nicht erforderlich, dass das Kind zum Lesen gezwungen werde. Ausreichend sei vielmehr, dass das Kind den Text lese, weil es vom Täter darum gebeten werde. Gegebenenfalls müsse in diesem Kontext von „bestimmen“ anstelle von „einwirken“ gesprochen werden.

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

Abstimmung: Ja: 3 Mitglieder; Nein: 4 Mitglieder

i) Soll § 176 Abs. 5, 1. Variante StGB dahingehend ergänzt werden, dass nur das ernst gemeinte Angebot tatbestandsmäßig ist?

Es wurde einleitend erläutert, dass § 176 Abs. 5 StGB eine Reaktion auf den sogenannten Rosenheimer-Fall darstelle, bei dem das Gericht sich nicht davon zu überzeugen vermochte, dass die Angeklagten ihr telefonisches Versprechen, ein Kind zu sadomasochistischen Handlungen zu organisieren, tatsächlich ernst gemeint hätten. Aus der Gesetzesbegründung ergebe sich daher, dass auch das nicht ernst gemeinte Angebot vom Tatbestand erfasst sei, wenn der Täter zumindest billigend in Kauf nehme, dass der Angebotsempfänger von der Ernsthaftigkeit des Angebotes ausgeht. Die Erstreckung der Strafbarkeit auf das nicht ernst gemeinte Angebot werde im Hinblick auf den Rechtsgüterschutz teilweise als zu weitgehend angesehen. Hiergegen wurde vorgetragen, dass die Gefahr bestünde, dass der Täter nach einem zunächst nicht ernst gemeinten Angebot – etwa aufgrund eines „guten Angebots“ einer Gegenleistung – den Entschluss fassen könne, aufgrund der guten Gegenleistung doch ein Kind anzubieten. Diesem Argument wurde entgegengehalten, dass in dem Moment, in dem der Täter seine Meinung ändere, ein nunmehr ernsthaftes Angebot vorliege, das von § 176 Abs. 5, 1. Variante StGB erfasst werde.

Gegen die Beschränkung auf das ernsthafte Angebot wurden Nachweisprobleme und die Vereinfachung von Schutzbehauptungen angeführt.

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

Abstimmung: Ja: 1 Mitglied; Nein: 6 Mitglieder

j) Soll § 176 Abs. 5, 2. Variante StGB dahingehend ergänzt werden, dass nur das ernst gemeinte Versprechen des Nachweises eines Kindes tatbestandsmäßig ist?

Es bestand Einigkeit, dass die Frage klar sei und verändert bleibt.

Abstimmung: Ja: 1 Mitglied; Nein: 6 Mitglieder

k) Sollen die Bezugstaten des § 176 Abs. 5 StGB eingeschränkt werden?

aa) Ja, § 176 Abs. 5 StGB sollte keinen Bezug auf Taten nach § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB nehmen, oder

bb) Ja, § 176 Abs. 5 StGB sollte keinen Bezug auf Taten nach § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB nehmen, oder

cc) Ja, § 176 Abs. 5 StGB sollte weder auf Taten nach § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB noch auf Taten nach § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB Bezug nehmen, oder

dd) Nein, die Bezugstaten des § 176 Abs. 5 StGB sollen unverändert bleiben

Es wurde darauf hingewiesen, dass der Verweis in Abs. 5 bezüglich Abs. 4 Nr. 1 und 2 durchaus sinnvoll sei, da bei diesen Tatbeständen tatsächlich eine sexuelle Handlung stattfinde. Bei Abs. 4 Nr. 3 und 4 handele es sich dagegen um Vorbereitungshandlungen, in deren Rahmen ein „Anbieten“ schwer vorstellbar sei.

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

Abstimmung: aa): 0 Mitglieder; bb): 0 Mitglieder; cc): 6 Mitglieder; dd): 1 Mitglied

Es bestand Einigkeit, die Beantwortung der Fragen 1 I bis o auf die nächste Sitzung zu verschieben. Diese Fragen beruhten auf dem Impulsreferat von Herrn Prof. Wolters²⁵², der zum Zeitpunkt der Abstimmung anwesend sein sollte.

Frage 2: Reformbedarf bei § 174 StGB (Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen)

a) Sollen die Vorschriften betreffend den sexuellen Missbrauch von Schutzbefohlenen (§ 174 und § 180 Abs. 3 StGB) in einer Norm geregelt werden?

In dem vorab versandten Fragebogen wurde diese Frage als Frage 2c geführt und lautete wie folgt:

Frage c) Sollen die Tathandlungen des § 174 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2, Abs. 3 StGB und die Tathandlungen des § 180 Abs. 3 StGB in einem Tatbestand zusammengeführt werden?

²⁵² Vgl. Protokoll der 6. Sitzung vom 20. August 2015, Punkt VI.

Im Zuge der Diskussion zur vorab versandten Frage 2a) wurde es für sinnvoll befunden, die ursprüngliche Frage 2c) als grundsätzliche Frage voran zu stellen. Die Vorschrift des § 180 Abs. 3 StGB erfasse den Drittbezug bei Taten nach § 174 Abs. 1 Nr. 1 und 2 StGB und gehöre daher systematisch in den § 174 StGB. Vor diesem Hintergrund stelle sich die Frage, ob die Vorschriften zusammengeführt werden sollten. Die konkrete tatbestandliche Ausgestaltung solle gegenwärtig offen bleiben. Insbesondere solle es der späteren Diskussion vorbehalten bleiben, ob ein separater Tatbestand geschaffen werden könne, der allgemein alle Tatbestände des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des StGB, bei denen der Drittbezug eine Rolle spiele, regele.

Fazit: Auf der Grundlage der dargestellten Diskussion wurde die Frage 2c) wie oben (Fett-druck) ersichtlich neu gefasst und als Frage 2a) vorangestellt.

Abstimmung: Ja: 7 Mitglieder; Nein: 0 Mitglieder

b) Sollen die Tathandlungen des § 174 Abs. 1 StGB dahingehend erweitert werden, dass sich auch strafbar macht, wer den Schutzbefohlenen dazu bestimmt, sexuelle Handlungen an einem Dritten vorzunehmen oder von einem Dritten an sich vornehmen zu lassen?

In der vorab versandten Fassung wurde diese Frage als Frage 2a) geführt und bezog sich auf § 174 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 StGB. Gegen diese Fassung wurde eingewandt, dass sich die Frage ihrem Wortlaut nach nur auf sexuelle Handlungen mit Körperkontakt beziehe. Deshalb sei es nicht schlüssig, hier auch § 174 Abs. 3 StGB einzubeziehen, welcher sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt erfasse. Außerdem sollte die Frage nicht auf § 174 Abs. 1 Nr. 1 StGB beschränkt werden, sondern auf den gesamten Absatz 1 ausgeweitet werden.

Fazit: Auf der Grundlage der dargestellten Diskussion wurde die Frage 2a) wie oben (Fett-druck) ersichtlich als Frage 2b) neu gefasst.

Abstimmung: Ja: 7 Mitglieder; Nein: 0 Mitglieder

c) Sollen die Tathandlungen des § 174 Abs. 3 StGB dahingehend erweitert werden, dass sich auch strafbar macht, wer den Schutzbefohlenen dazu bestimmt, sexuelle Handlungen vor einem Dritten vorzunehmen?

Die ursprüngliche Fassung dieser Frage bezog sich auf § 174 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3 StGB Entsprechend der Diskussion zur vorangegangenen Frage wurde hier eine Beschränkung auf Absatz 3, der nur sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt erfasst, vorgenommen.

Fazit: Auf der Grundlage der dargestellten Diskussion wurde die Frage 2b) wie oben (Fett-druck) ersichtlich neu gefasst.

Abstimmung: Ja: 7 Mitglieder; Nein: 0 Mitglieder

Es bestand Einigkeit, dass die vorab versandte Frage 2d) vor dem Hintergrund der Änderungen der vorangegangenen Fragen zunächst zurückgestellt werden sollte.

e) Soll die Erregungsabsicht in § 174 Abs. 3 StGB beibehalten werden?

aa) Ja oder

bb) Ja, aber nur in Bezug auf Nummer 1, oder

cc) Ja, aber nur in Bezug auf Nummer 1 und unter Beschränkung auf die Absicht des Täters *sich* hierdurch sexuell zu erregen, oder

dd) Nein, allerdings bedarf es dann anderer tatbestandlicher Korrekture (z. B. Wissentlichkeit), oder

ee) Nein

Die ursprüngliche Fassung dieser Frage lautete wie folgt:

Frage e) Soll die Erregungsabsicht in § 174 Abs. 3 StGB gestrichen werden?

Das Tatbestandsmerkmal der Erregungsabsicht in § 174 Abs. 3 StGB werde vor allem deswegen kritisiert, weil sich ein derartiges Merkmal ansonsten in keinem anderen vergleichbaren Tatbestand (mehr) finden lasse. Andererseits habe das Merkmal den Sinn, etwa sexuelle Handlungen, die in beengten Wohnverhältnissen vorgenommen würden, tatbestandlich auszuschließen. Dazu wurde zunächst angemerkt, dass dieses Argument nur im Hinblick auf § 174 Abs. 3 Nr. 1 StGB berechtigt sei. Denn in § 174 Abs. 3 Nr. 1 StGB nehme *der Täter* sexuelle Handlungen vor dem Schutzbefohlenen vor, während in § 174 Abs. 3 Nr. 2 StGB *der Schutzbefohlene* zur Vornahme sexueller Handlungen vor dem Täter bestimmt werde. Deshalb solle eine Antwortmöglichkeit geschaffen werden, die eine Beibehaltung der Erre-

gungsabsicht in Bezug auf Nr. 1 vorsehe (siehe Antwort bb)). Zum Teil wurde in Bezug auf § 174 Abs. 3 Nr. 1 StGB zusätzlich angemerkt, dass es nicht darauf ankommen könne, ob der Täter den Schutzbefohlenen erregen wolle. Entscheidend sei, ob der Täter sich selbst erregen wolle.

Darüber hinaus wurden Möglichkeiten diskutiert, durch welche alternativen Tatbestandsmerkmale der Tatbestand bei Beibehaltung der Erregungsabsicht eingeschränkt werden könnte. Zum einen wurde ein Abstellen auf eine Sorgerechts- / Erziehungspflichtverletzung angeregt. Eine derartige Einschränkung wäre jedoch nur im Eltern-Kind-Verhältnis sinnvoll. § 174 Abs. 3 StGB erfasse aber alle Schutzbefohlenen, also auch etwa Azubis und Schüler. Zum anderen wurde vorgeschlagen, erhöhte Anforderungen an den Vorsatz (etwa Wissentlichkeit) zu stellen (siehe Antwort dd)).

Fazit: Auf der Grundlage der dargestellten Diskussion wurde die Frage 2e) wie oben (Fett-druck) ersichtlich neu gefasst.

Abstimmung: aa): 0 Mitglieder; bb): 0 Mitglieder; cc): 5 Mitglieder; dd): 1 Mitglied; ee): 1 Mitglied

VII. Themenkomplex 5: „Neuordnung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches sowie Wertungswidersprüche“

Herr Dr. Simon begann aus seinem Impuls „Wertungswidersprüche und Systemwidrigkeiten im 13. Abschnitt des StGB“ zu referieren. Die protokollarische Darstellung erfolgt jedoch aus Gründen der Übersichtlichkeit in Gänze in dem nachfolgenden Protokoll der 14. Sitzung, in welcher der ganz wesentliche Teil des Impulsreferates abgehandelt wurde.

14. Sitzung am 18. März 2016

Protokoll
der 14. Sitzung der Reformkommission
zur Überarbeitung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches
im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
am 18. März 2016
11:00 – 17:00 Uhr

I. Anwesenheit

1. Mitglieder der Reformkommission

- Frau LOStAin Birgit Cirullies
- Herr StA Christian Kohle
- Herr Prof. Dr. Klaus Laubenthal
- Herr MR Peter Marx
- Frau RinBGH Dr. Ursula Schneider
- Herr KD Jürgen Thiele
- Frau RAin Elke Thom-Eben
- Prof. Dr. Gereon Wolters (nach dem Impuls von Herrn Dr. Simon)

An der Teilnahme verhindert waren:

- Frau RAin Christina Clemm
- Herr Prof. Dr. Jörg Eisele
- Frau Prof. Dr. Tatjana Hörnle
- Frau RinOLG Andrea Röhrig

2. Für das BMJV

- Frau RLn II A 7 Susanne Bunke
- Frau RDn Dr. Garonne Bezjak
- Herr RiLG Dr. Eric Simon
- Frau Tatjana Windgassen
- Frau Cetinsoy

II. Eröffnung der Sitzung und Begrüßung der Mitglieder

Frau Bunke begrüßte die Mitglieder der Reformkommission und eröffnete die Sitzung.

III. Themenkomplex 5: „Neuordnung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches sowie Wertungswidersprüche“²⁵³:

Herr Dr. Simon referierte aus seinem Impuls „Wertungswidersprüche und Systemwidrigkeiten im 13. Abschnitt des StGB“ (**Anlage 1a und b**). Ein Wertungswiderspruch liege vor, wenn der Gesetzgeber einer selbst getroffenen Wertung nicht treu geblieben sei, also ein identisches Rechtsproblem oder eine gleiche Interessenslage ohne nachvollziehbare Gründe einer unterschiedlichen Lösung zugeführt habe. Herr Dr. Simon stellte hierfür mögliche Beispiele auf Tatbestandsebene und auf Strafrahmenebene sowie einen Regelungsvorschlag vor, der den aus den Wertungswidersprüchen folgenden Änderungsbedarf berücksichtigt²⁵⁴.

1. Echte und vermeintliche Wertungswidersprüche auf Tatbestandsebene:

a) § 183 StGB (Exhibitionistische Handlungen)

§ 183 StGB erfasse nur männliche Täter. Ein Wertungswiderspruch sei hierin zwar nicht zu sehen, die Berechtigung der Differenzierung sei aber zu überprüfen.

b) § 176 Abs. 5, 3. Variante StGB (Verabredung zu Verbrechen bzw. zum sexuellen Kindesmissbrauch)

Lediglich zur Anschauung erläuterte Herr Dr. Simon, weshalb allein in der Abweichung von § 176 Abs. 5, 3. Variante StGB (Verabredung zum sexuellen Missbrauch von Kindern – *Vergehen*) zu der allgemeinen Bestimmung des § 30 Abs. 2 StGB (Strafbarkeit der Verabredung von *Verbrechen*) noch kein Wertungswiderspruch zu sehen sei. Der Gesetzgeber dürfe Ausnahmen von dem Prinzip des § 30 Abs. 2 StGB formulieren, wenn er dies für geboten halte.

c) Beschränkung der Beischlafsqualifikation in § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB auf Täter über 18 Jahre

Die Qualifikation des § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB (Vollziehen des Beischlafs oder ähnlicher Handlungen) erfasst, anders als der Grundtatbestand des sexuellen Kindesmissbrauchs, nur Täter über 18 Jahre. Ein Wertungswiderspruch liege hierin nicht, weil man den noch jugendlichen Täter aus dem Anwendungsbereich des Verbrechenstatbestandes habe herausneh-

²⁵³ Das Thema wurde bereits in der vorangegangenen 13. Sitzung der Reformkommission von Herrn Dr. Simon kurz vorgestellt. Es soll jedoch aus Gründen der Übersichtlichkeit vollständig in diesem Protokoll der 14. Sitzung der Reformkommission dargestellt werden.

²⁵⁴ Die sich anschließende Diskussion wird aus Gründen der Übersichtlichkeit den einzelnen Vorschlägen direkt zugeordnet, soweit sie Gegenstand der Diskussion waren. Tatsächlich fand die Diskussion erst nach Beendigung des Impulsvortrages statt.

men wollen. Die Begründung des Gesetzgebers sei jedoch auf den Prüfstand zu stellen. Statt der gesetzgeberischen Lösung komme eine – in der Kommission bereits diskutierte – allgemeine Regelung in Betracht, die an den Altersunterschied zwischen Täter und Opfer anknüpfe.

d) Das sogenannte Grooming gemäß § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB

Die Vorschrift des § 176 Abs. 4 Nr. 3 Buchstabe a StGB (Sexueller Kindesmissbrauch durch Grooming) erfasse nur die Einwirkung „mittels Schriften oder mittels Informations- oder Kommunikationstechnologie“, nicht aber sonstige Einwirkungen, etwa durch Gespräche, Anrufe, Geschenkübergaben. Dies sei inkonsistent und stehe im Widerspruch zur Ausgestaltung des § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB (Einwirken mit pornographischen Abbildungen, Darstellungen etc.), der weitere Einwirkungsformen erfasse, ohne dass Gründe für die Unterscheidung erkennbar seien. Insofern weise die Vorschrift einen Wertungswiderspruch auf. Als mögliche Lösung komme u. a. die Erweiterung des § 176 Abs. 4 Nr. 3 Buchstabe a StGB um zusätzliche Einwirkungsformen in Betracht.

e) Fälle mit Drittbezug

Die sexuelle Nötigung nach § 177 Abs. 1 StGB beziehe, anders als die Vergewaltigung nach § 177 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB, sexuelle Handlungen des Opfers mit Dritten ein. Für diesen Widerspruch sei keine Rechtfertigung erkennbar. Der gleiche Wertungswiderspruch liege darin, dass § 179 Abs. 5 Nr. 1 StGB (Beischlaf etc. mit widerstandsunfähigen Personen), anders als der Grundtatbestand des § 179 Abs. 1 und 2 StGB, Fälle des Drittbezugs nicht mit einschließe, wobei es sich um ein Versehen des Gesetzgebers handele.

f) Beischlaf und ähnliche Handlungen

Die Straferschwerungsgründe seien in § 177 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB einerseits und in den §§ 176a Abs. 2 Nr. 1, 179 Abs. 5 Nr. 1 StGB andererseits inhaltlich abweichend voneinander formuliert und gesetzestechnisch unterschiedlich konstruiert, wofür es keine plausiblen Gründe gebe. § 177 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB sei als Regelbeispiel ausgestaltet, während Beischlaf und ähnliche Handlungen bei den übrigen Vorschriften eine Qualifikation darstellen. In gesetzestechnischer Hinsicht empfehle es sich, § 177 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB ebenfalls zur Qualifikation umzugestalten. In inhaltlicher Hinsicht empfehle es sich, die Erschwerungsgründe in den §§ 176a Abs. 2 Nr. 1, 179 Abs. 5 Nr. 1 StGB an die Formulierung des § 177 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB anzupassen („...oder ähnliche sexuelle Handlungen an dem

Opfer vornimmt oder an sich von ihm vornehmen lässt, die dieses besonders erniedrigen, insbesondere, wenn sie mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind...“). Ferner biete es sich zur Beseitigung bestehender Streitfragen an, von „anderen“ statt „ähnlichen“ sexuellen Handlungen zu sprechen.

Diskussion:

Die Mitglieder der Reformkommission diskutierten darüber, ob es zielführend sei, den Erschwerungsgrund auf das Eindringen zu beschränken und die besondere Erniedrigung des Opfers zu streichen. Dafür wurde vorgetragen, dass das Erfordernis, Handlungen an dem Opfer vorzunehmen, die dieses besonders erniedrigen, subjektiv gefasst sei. Hieraus ergäben sich im Hinblick auf den einverständlichen, mit einem Eindringen verbundenen Sexualverkehr mit Kindern Probleme. Dasselbe gelte etwa für das Eindringen zum Nachteil von Komapatienten. Ferner seien Missbrauchsfälle anders als bei Nötigungsfällen nicht per se erniedrigend. Liege ein Missbrauchsfall vor, der mit einer Erniedrigung einhergehe, könne dieser Umstand über die allgemeine Strafzumessung erfasst werden. Darüber hinaus sei der Begriff der Erniedrigung sehr unbestimmt und daher für eine Qualifikation ungeeignet. Problematisch sei auch, dass die Erniedrigung nach gegenwärtiger Rechtslage durch die sexuelle Handlung hervorgerufen werden müsse. Es gebe aber noch andere tatbegleitende Umstände, die erniedrigend sein könnten (z. B. das Opfer muss sich selbst als „Schlampe“ bezeichnen).

Dagegen wurde angeführt, dass die Beschränkung auf das Eindringen zu wenig sei. Die Erniedrigung solle daher beibehalten bleiben. Das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals werde nach h. M. nicht aus subjektiver, sondern aus objektiver Sicht beurteilt. Auch die vorhandene Rechtsprechung spreche dafür, dass das Tatbestandsmerkmal der Erniedrigung beibehalten werden solle. Das Merkmal sei auch nicht zu unbestimmt, weil es sich diesbezüglich etwa nicht von den niedrigen Beweggründen aus § 211 StGB (Mord) unterscheide.

Vermittelnd wurde vorgeschlagen, einen anderen Begriff als „Erniedrigung“ zu finden, mit dem sich klarer ausdrücken lasse, dass das Opfer in seinem Achtungsanspruch herabgesetzt werde.

Zum Teil wurde vorgeschlagen, die Vergewaltigung als eigenen Tatbestand auszugestalten. Zum Teil wurde dies jedoch abgelehnt. Gegen das Argument, dass die Ausgestaltung als Qualifikation sich unter Verwendung des Wortes „insbesondere“ wegen der Unbestimmtheit verbiete, wurde angeführt, dass dieses Wort auch in anderen Tatbeständen problemlos zur Anwendung komme.

g) Konstruktion der Straferschwerungen in § 177 Abs. 2 bis 4 StGB

Kein Wertungswiderspruch, sondern eine Fehlkonstruktion sei die für die Regelbeispiels-technik ungewöhnliche Hervorhebung eines Regelbeispiels als „Vergewaltigung“ durch den Gesetzgeber. Dies passe nicht zu den Qualifikationen der Absätze 3 und 4, die ihrerseits nicht zwischen sexueller Nötigung und Vergewaltigung unterschieden.

Ferner sei es fragwürdig, dass gemäß § 177 Abs. 3 Nr. 1 StGB auf Freiheitsstrafe nicht unter 3 Jahren zu erkennen sei, wenn der Täter ohne Verwendungsabsicht eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich führe, wohingegen eine Vergewaltigung bzw. gemeinschaftlich begangene sexuelle Nötigung gemäß § 177 Abs. 2 StGB lediglich mit Freiheitsstrafe nicht unter 2 Jahren zu ahnden sei und dies auch nur in der Regel.

h) Qualifikation durch die Beteiligung mehrerer Personen

Der qualifizierende Umstand der Beteiligung mehrerer ist in den §§ 176a Abs. 2 Nr. 2, 177 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2, 179 Abs. 5 Nr. 2 StGB („...die Tat von mehreren gemeinschaftlich begangen wird...“ – vorausgesetzt werde nach h. M. Mittäterschaft) anders ausgestaltet als in § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB für die gefährliche Körperverletzung („...mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich...“ – erfasst werde Mittäterschaft und Teilnahme). Für die Ungleichbehandlung bestehe im Hinblick auf den Schutzzweck der jeweiligen Vorschriften kein sachlicher Grund. Zu empfehlen sei die Angleichung an die weitergehende Formulierung des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB, wobei diese zur Beseitigung einer Streitfrage leicht modifiziert werden sollte (von mehreren Beteiligten „gemeinsam“ statt „gemeinschaftlich“).

2. Die Strafrahmenebene:

a) Der minder schwere Fall bezüglich § 176 StGB und § 176a Abs. 4 StGB²⁵⁵

Während der Grundtatbestand des § 176 Abs. 1 StGB (6 Monate bis 10 Jahre) keinen minder schweren Fall kennt, sieht das Gesetz für die Qualifikation des § 176a Abs. 1 StGB (1 Jahr bis 15 Jahre) mit § 176a Abs. 4, 1. Variante StGB einen minder schweren Fall vor, dessen Strafrahmen (3 Monate bis 5 Jahre) den des Grundtatbestandes sogar unterschreitet. Dieser offensichtliche Wertungswiderspruch könne insbesondere durch Einführung eines minder schweren Falls für § 176 Abs. 1 StGB oder (am einfachsten) durch Anhebung des Strafrahmens des § 176a Abs. 4, 1. Variante (6 Monate bis 10 Jahre) beseitigt werden.

²⁵⁵ Vgl. auch Protokoll der 5. Sitzung der Reformkommission, Punkt III.3.c.

b) Ungleiche Strafraumen zwischen § 177 Abs. 1 StGB (Sexuelle Nötigung) und § 179 Abs. 1 StGB (Sexueller Missbrauch widerstandsunfähiger Personen)

In den ungleichen Strafraumen von § 177 Abs. 1 StGB (1 Jahr bis 15 Jahre) und § 179 Abs. 1 StGB (6 Monate bis 10 Jahre) liege kein Wertungswiderspruch, sondern eine nachvollziehbare Differenzierung des Gesetzgebers. Denn während der Täter das Opfer im Rahmen des § 177 Abs. 1 StGB nötigen, also einen entgegenstehenden Willen brechen müsse, nutze der Täter bei § 179 StGB die Widerstandsunfähigkeit des Opfers aus, ohne einen entgegenstehenden Willen zu brechen.

c) Ungleicher Strafraumensprung trotz fast identischer erschwerender Umstände

Die Grundtatbestände der §§ 176, 179 StGB sähen – mit gutem Grund (siehe oben 2 b) – einen geringeren Strafraumen vor (6 Monate bis 10 Jahre) als der Grundtatbestand des § 177 (1 Jahr bis 15 Jahre). Gleichwohl führe das Hinzutreten ähnlicher erschwerender Umstände (Beischlaf etc., gemeinschaftliche Begehung) zu einem einheitlichen Strafraumen von 2 bis 15 Jahren Freiheitsstrafe. Dieses Ergebnis sei zumindest ungereimt. Eine Lösung könne erzielt werden, indem zum einen die ohnehin nicht überzeugenden Vorschriften der §§ 176 Abs. 3, 179 Abs. 3 StGB (unbenannte besonders schwere Fälle) und § 176a Abs. 1 StGB (Qualifikation wegen Rückfalltat) gestrichen würden und zugleich die Mindeststrafe in §§ 176a Abs. 2, Abs. 3 und 179 Abs. 5 StGB abgesenkt würde (1 statt 2 Jahre Freiheitsstrafe). Dieser erhebliche Eingriff dürfte allerdings politisch nicht durchsetzbar sein. Im Hinblick auf den besonders schweren Fall weise die Statistik lediglich einen Fall aus, bei der der Täter wegen des besonders schweren Falles gemäß § 179 Abs. 3 StGB zu einer Freiheitsstrafe von über 10 Jahren verurteilt worden sei. Ein solches Strafmaß gebe das Grunddelikt nicht her, so dass der besonders schwere Fall lediglich für diese seltenen Fälle benötigt werde.

Diskussion:

Es wurde angeführt, dass der Strafraumensprung von 6 Monaten auf 2 Jahre beim sexuellen Missbrauch von Kindern gerechtfertigt sei.

Ferner wurde die Meinung vertreten, dass die Rückfallvorschrift des § 176a Abs. 1 StGB zwar die Anordnung der Sicherungsverwahrung vereinfache. Die Vorschrift sei jedoch systemfremd und sollte gestrichen werden. Der besondere Unwert liege nämlich gemeinhin in der Begehung eines Verbrechens und nicht in der wiederholten Begehung eines Vergehens.

d) Ungleiche Behandlung der Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung

Der erschwerende Umstand der Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung führe in § 177 Abs. 3 StGB zu einem Strafraum von 3 bis 15 Jahren Freiheitsstrafe. Bei § 176a Abs. 2 Nr. 3 StGB und bei § 179 Abs. 5 Nr. 3 StGB führe dieser Umstand lediglich zu einem Strafraum von 2 bis 15 Jahren Freiheitsstrafe. Der Wertungswiderspruch sei aber hinnehmbar, da seine Beseitigung zu einer weiteren Verkomplizierung der Normstruktur der §§ 176a, 179 StGB führen würde.

e) Minder schwerer Fall der Qualifikation

Gemäß § 177 Abs. 4 und 5 StGB sei für bestimmte Qualifikationen (Verwenden einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges [Nr. 1], schwere körperliche Misshandlung [Nr. 2] oder Bringen in Todesgefahr [Nr. 3]) ein minder schwerer Fall vorgesehen. In minder schweren Fällen betrage die Strafe 1 bis 10 Jahre Freiheitsstrafe. Einen solchen minder schweren Fall sehe § 179 Abs. 7 StGB nicht vor, da er nur auf § 177 Abs. 4 StGB, nicht aber auf § 177 Abs. 5 StGB verweise. Auch § 176a StGB sehe keinen minder schweren Fall für die Qualifikation des § 176a Abs. 5 StGB (schwere körperliche Misshandlung oder Bringen in Todesgefahr) vor. Hierin sei ein Wertungswiderspruch zu sehen, der auch nicht mit der Unterscheidung zwischen Nötigung und Missbrauch zu rechtfertigen sei. Zur Lösung solle eine einheitliche Regelung für die Qualifikationen der §§ 176a Abs. 5, 177 Abs. 4 und 179 Abs. 7 StGB geschaffen werden, die in allen Fällen einen minder schweren Fall vorsehe.

Abschließend stellte Herr Dr. Simon einen Regelungsentwurf vor, mit dem die aufgezeigten Wertungswidersprüche aufgelöst werden könnten. Daran anschließend sprachen die Mitglieder der Reformkommission die Frage an, ob die Nötigung zu einer sexuellen Handlung gemäß § 240 Abs. 1 und 4 Nr. 1 StGB in den 13. Abschnitt überführt werden solle. So sei es etwa problematisch, dass sowohl § 240 Abs. 1 StGB als auch § 177 Abs. 1 Nr. 1 StGB das Nötigungsmittel der Gewalt vorsähen und das Verhältnis der Tathandlungen zueinander unklar sei.

IV. Themenkomplex 7: „Begriffsbestimmungen und sonstige Vorschriften“

Herr Prof. Laubenthal referierte aus seinem Impulsreferat „Der Begriff der sexuellen Handlungen in § 184h StGB“ (**Anlage 2a und b**). Gemäß § 184h Nr. 1 StGB sind sexuelle Handlungen im Sinne des Gesetzes nur solche, die im Hinblick auf das jeweils geschützte Rechtsgut von einiger Erheblichkeit sind. Sexuelle Handlungen vor einer anderen Person sind gemäß § 184h Nr. 2 StGB nur solche, die vor einer anderen Person vorgenommen wer-

den, die den Vorgang wahrnimmt. Der Vorschrift komme entgegen ihrer Überschrift nicht die Funktion einer Begriffsbestimmung zu. § 184h Nr. 2 StGB begrenze das Vorliegen einer sexuellen Handlung ohne Körperkontakt lediglich dahingehend, dass das Geschehen von einer anderen Person sinnlich erfasst werden müsse. § 184h Nr. 1 StGB setze die sexuelle Handlung zum einen in Beziehung zum jeweils geschützten Rechtsgut. Zum anderen werde die strafrechtliche Relevanz der sexuellen Handlung auf solche Handlungen begrenzt, die in Bezug auf das geschützte Rechtsgut von einiger Erheblichkeit seien. Das Vorliegen einer sexuellen Handlung orientiere sich an einer objektiven Betrachtung unter Einschluss aller Begleitumstände. Eine Betätigung, die ausschließlich aus subjektiver Sicht sexuell motiviert sei, stelle entsprechend keine sexuelle Handlung dar. Bei ambivalenten Handlungen sei auf das Gesamturteil eines informierten, objektiven Betrachters abzustellen, der alle Umstände des Einzelfalls kenne. Soweit § 184h Nr. 1 StGB darüber hinaus darauf abstelle, dass die sexuelle Handlung in Bezug auf das geschützte Rechtsgut einige Erheblichkeit aufweisen müsse, eröffne sich hierdurch ein Einfallstor für eine moralisierende Wertung. Der Erheblichkeitsschwelle, die in quantitativer Hinsicht das geschützte Rechtsgut im Hinblick auf Art, Intensität und Dauer gefährden müsse, komme keine eigene Funktion zu. Denn es handle sich dabei um einen Ausdruck der Verhältnismäßigkeit, der ohnehin bei der Auslegung der einzelnen Tatbestandsmerkmale zu beachten sei. Unerhebliche Beeinträchtigungen würden auch bei anderen Delikten auf der Tatbestandsebene ausgeschieden. Die Erheblichkeit der sexuellen Handlung enthalte eine quantitative und eine relative Komponente. Während über die quantitative Komponente sozial hinnehmbare Beeinträchtigungen tatbestandlich ausgeschlossen würden, lege die relative Komponente fest, welche Anforderungen an die Intensität der sexuellen Handlung in Bezug auf das konkret geschützte Rechtsgut zu stellen seien. Je schutzwürdiger das Rechtsgut sei, desto geringere Anforderungen seien an die Intensität zu stellen. Vor dem Hintergrund der ohnehin zu berücksichtigenden Verhältnismäßigkeit sei jedoch zu erwägen, § 184h Nr. 1 StGB ganz zu streichen.

Diskussion:

Die Teilnehmer der Reformkommission unterstützten teilweise den Vorschlag, § 184h Nr. 1 StGB zu streichen, teilweise wurde vorgeschlagen, zusätzlich auch § 184h Nr. 2 StGB zu streichen und zum Teil wurde jegliche Streichung im Hinblick auf die Klarstellungsfunktion abgelehnt. Teilweise wurde mit einer Streichung die Hoffnung verbunden, dass die Rechtsprechung in der Folge auch solche Handlungen als sexuelle Handlungen klassifizieren könnte, die gegenwärtig an der Erheblichkeitsschwelle des § 184h Nr. 1 StGB scheiterten. In diesem Kontext wurde die Forderung nach einem Tatbestand der sexuellen Belästigung erhoben. Dagegen wurden zum Teil im Hinblick auf das Erfassen unerheblicher Handlungen verfassungsrechtliche Bedenken erhoben, denen jedoch von anderer Seite unter Bezug-

nahme auf eine gleichwohl bestehende Verletzung des Rechtsgutes der sexuellen Selbstbestimmung bzw. der Ehre entgegengetreten wurde. Der Gesetzgeber könne durchaus Handlungen unter Strafe stellen, die unterhalb der Schwelle lägen, die eine sexuelle Handlung ausmache (siehe z. B. Strafbarkeit des Exhibitionismus).

Darüber hinaus wurde vorgeschlagen, den Begriff der sexuellen Handlung legal zu definieren. Dagegen wurde angeführt, dass sich eine Definition – ebenso wie für den Begriff der Pornographie – kaum finden lassen dürfte.

V. Themenkomplex 8: „Reformbedarf bei § 183 StGB (Exhibitionistische Handlungen) und § 183a StGB (Erregung öffentlichen Ärgernisses)“

Herr Prof. Wolters trug den wesentlichen Inhalt seines Impulsreferates „Fragmentarischer Charakter des Strafgesetzbuchs auch im dreizehnten Abschnitt(?)“ vor (**Anlage 3**). Mit dem 4. Strafrechtsreformgesetz vom 27. November 1973 (4. StrRG) habe der Gesetzgeber das Ziel ausgegeben, den Bereich des Strafbaren auf gravierende sozialschädliche Verhaltensweisen zu beschränken. Auf dieser Grundlage seien im Rahmen des Impulsreferates die Strafvorschriften des 13. Abschnitts des StGB unter den folgenden zwei Aspekten zu untersuchen:

- Straftaten, die keinen oder kaum einen Bezug zu einem Rechtsgut aufweisen bzw. die zwar ein Rechtsgut erkennen lassen, aber zu dessen Schutz nicht geeignet sind
- Straftaten, die ein Rechtsgut erkennen lassen, welches aber nicht schutzwürdig ist, weil der Eingriff über eine soziale Lästigkeit nicht hinausgeht.

1. Straftaten mit zweifelhaften Rechtsgutbezug

a) Pornographiedelikte gemäß §§ 184a-c StGB

Mit dem 4. StrRG sei der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass Schriften mit gewalt-, tier- und kinderpornographischem Inhalt bei Personen mit einschlägigen Neigungen als Auslöser zu diesbezüglichen Verhaltensweisen wirken könnten. Im Hinblick auf Gewalt- und Kinderpornographie bestehe unter Zugrundelegung der Annahme des Gesetzgebers insoweit ein mittelbarer Rechtsgutsbezug, weil ein Verhalten verboten werde, welches typischerweise oder gelegentlich in spätere strafbare Handlungen münde. Es sei daher nicht zu beanstanden, die Tathandlungen des § 184b StGB (Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften) und des § 184c StGB (Verbreitung, Erwerb und Besitz jugendpornographischer Schriften) als abstraktes Gefährdungsdelikt bzw. als Risikodelikt unter Strafe zu

stellen. Ein solcher Zusammenhang lasse sich demgegenüber für § 184a StGB (Verbreitung gewalt- oder tierpornographischer Schriften) im Hinblick auf die Tierpornographie nicht ausmachen. Denn der sexuelle Verkehr mit Tieren sei erlaubt. Eine entsprechende Norm, die dem Tierschutz diene, sei im 13. Abschnitt des StGB ohnehin deplatziert.

b) § 180 Abs. 1 StGB (Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger)

Gemäß § 180 Abs. 1 StGB macht sich strafbar, wer sexuellen Handlungen einer Person unter 16 Jahren an oder vor einem Dritten oder sexuellen Handlungen eines Dritten an einer Person unter 16 Jahren durch seine Vermittlung (Nr. 1) oder durch Gewähren oder Verschaffen von Gelegenheit (Nr. 2) Vorschub leistet. Geschützt werde die ungestörte sexuelle Entwicklung des Minderjährigen. Dies sei nicht überzeugend. Denn der sexuelle Kontakt zwischen dem Opfer und dem Dritten erfolge einvernehmlich und sei seinerseits nicht strafbar. Eine Strafbarkeit sei nur dort sinnvoll, wo sich die eigentliche Handlung, zu der der Täter Vorschub leistet, als fremdbestimmtes Unrecht darstelle. Dieses Ziel werde über die Gehilfenstrafbarkeit nach § 27 StGB (Beihilfe) erreicht, so dass § 180 Abs. 1 StGB zu streichen sei.

c) Einfache Pornographie gemäß § 184 StGB (Verbreitung pornographischer Schriften)

Gemäß § 184 Abs. 1 Nr. 9 StGB macht sich strafbar, wer eine pornographische Schrift (§ 11 Absatz 3 StGB) auszuführen unternimmt, um sie oder aus ihr gewonnene Stücke im Ausland unter Verstoß gegen die dort geltenden Strafvorschriften zu verbreiten oder der Öffentlichkeit zugänglich zu machen oder eine solche Verwendung zu ermöglichen. Der mit der Vorschrift bezweckte Schutz der Beziehungen der Bundesrepublik zum jeweiligen Ausland stelle kaum einen legitimen Anknüpfungspunkt für den Straftatbestand dar. Es handele sich um ein Bagatelldelikt.

Die § 184 Abs. 1 Nr. 1 bis 8 StGB schützten – teils kumulativ, teils alternativ – zum einen in sexueller Entwicklung begriffene Jugendliche gegen Störungen und zum anderen Erwachsene sowie Jugendliche vor ungewollter Konfrontation mit Pornographie (siehe auch unten Punkt 2c). Im Hinblick auf den Jugendschutz gehe der Gesetzgeber davon aus, dass bei dem Jugendlichen eine Störung eintreten könne. Die Bestrafung einer solchen Störung durch § 184 Abs. 1 StGB stelle zwar einen legitimen Zweck dar. Allerdings stelle sich die Frage, ob ein solcher Jugendschutz vor dem Hintergrund des offenen gesellschaftlichen Umgangs mit Sexualität noch sinnvoll sei. Darüber hinaus sei es Realität, dass Jugendliche über das Internet problemlos an Pornographie heran kämen und es insoweit ein Vollzugsdefizit gebe.

Die einfache Pornographie könne im Ergebnis entkriminalisiert werden. Dem Aspekt des Jugendschutzes werde durch das JuSchG hinreichend Rechnung getragen.

d) § 184g StGB (Jugendgefährdende Prostitution)

Gemäß § 184g StGB macht sich strafbar, wer die Prostitution in der Nähe einer Schule oder anderen Örtlichkeit, die zum Besuch durch Personen unter 18 Jahren bestimmt ist (Nr. 1) oder in einem Haus, in dem Personen unter 18 Jahren wohnen (Nr. 2), in einer Weise nachgeht, die diese Personen sittlich gefährdet. Da Prostitution erlaubt sei, erschließe sich die Notwendigkeit dieses abstrakten Gefährdungsdelikt nicht. Eine offener Haltung könne außerdem dazu führen, dass viele Menschen einen besseren Umgang mit ihrer Sexualität finden könnten.

2. Strafvorschriften mit nicht gravierender Sozialschädlichkeit

Hier gehe es im Wesentlichen um Delikte, die die ungewollte Konfrontation mit fremder Sexualität zum Inhalt hätten. Vergleichbar dem Umgang mit der straffreien Konfrontation mit schlechtem Benehmen könne die Frage aufgeworfen werden, ob nicht auch die Konfrontation mit fremder Sexualität lediglich störend sei und straffrei sein sollte.

a) § 183 StGB (Exhibitionistische Handlungen)

Gemäß § 183 Abs. 1 StGB macht sich ein Mann strafbar, der eine andere Person durch eine exhibitionistische Handlung belästigt. Bereits die Formulierung „lästig“ weise darauf hin, dass lediglich die soziale Lästigkeit geschützt werden solle. Dies sei nicht strafwürdig, weil die Tat nach kriminologischen Erkenntnissen nicht den Beginn einer gefährlichen Verlaufsentwicklung markiere. Man könne allenfalls unter dem Aspekt des Jugendschutzes an der Vorschrift festhalten, wobei sich gegebenenfalls ein einheitliches Konfrontationsdelikt in Verbindung mit dem Regelungsgehalt des § 184g StGB anböte. In jedem Fall müsse der Straftatbestand der exhibitionistischen Handlung – anders als bislang – auch die Frau als mögliche Täterin umfassen.

Diskussion:

Gegen die Streichung des § 183 StGB wurde vorgetragen, dass es in der Praxis häufig Fälle gebe, bei denen der Exhibitionismus in andere Sexualstraftaten eingebettet sei, ohne dass es schließlich zu weiteren Sexualstraftaten komme, weil z. B. Dritte hinzukämen. Exhibitionismus weise ferner ein größeres Bedrohungspotenzial auf als z. B. die ebenfalls diskutierte

sexuelle Belästigung. Ferner biete die Begehung der Tat häufig Anlass, um kranke Täter einer Therapie zuzuführen. Dagegen wurde vorgetragen, dass es sich bei Exhibitionismus meist um eine Krankheit handle und andere Krankheitsausdrücke auch nicht nach dem StGB bestraft würden. Dies sei auch nicht unter einem Therapieaspekt gerechtfertigt. In aller Regel handle es sich nicht um ein Einstiegsdelikt. Was das Opfer in Anbetracht der exhibitionistischen Handlung befürchte, sei für die Frage der Strafbarkeit unerheblich. Es handle sich insoweit um bloßes „Kopfkino“, was auch durch andere, nicht strafbare Handlungen ausgelöst werden könne. Vor diesem Hintergrund wäre es plausibler daran anzuknüpfen, dass der Täter das Opfer in Angst versetzt.

Im Hinblick auf die Täterschaft wurde teilweise eingewandt, dass von Frauen nicht dasselbe Bedrohungspotenzial ausgehe, so dass ihre tatbestandliche Erfassung nicht erforderlich sei. Außerdem sei die Frau als Täterin bereits von § 183a StGB erfasst. Mehrheitlich wurde es jedoch für richtig erachtet, die Frau in den Täterkreis aufzunehmen.

b) § 183a StGB (Erregung öffentlichen Ärgernisses)

Gemäß § 183a StGB macht sich strafbar, wer öffentlich sexuelle Handlungen vornimmt und dadurch absichtlich oder wissentlich ein Ärgernis erregt, wenn die Tat nicht in § 183 StGB mit Strafe bedroht ist. Die Vorschrift schütze nach h. M. den Einzelnen vor der ungewollten Konfrontation mit sexuellen Handlungen.

Diskussion:

Aus polizeilicher Sicht spiele § 183a StGB keine Rolle, so dass auch insoweit gegen eine Streichung keine Bedenken bestünden.

c) § 184 Abs. 1 StGB (Verbreitung pornographischer Schriften)

Es sei zu erwägen, die Vorschrift unter dem Aspekt der ungewollten Konfrontation Erwachsener mit Pornographie zu streichen, da es sich insoweit lediglich um eine Störung handle, der der Betrachter ausweichen könne.

d) § 184f StGB (Ausübung der verbotenen Prostitution)

Gemäß § 184f StGB wird bestraft, wer einem durch Rechtsverordnung erlassenen Verbot, der Prostitution an bestimmten Orten überhaupt oder zu bestimmten Tageszeiten nachzugehen, beharrlich zuwiderhandelt. Hierbei handle es sich um bloßes Verwaltungsunrecht, wel-

ches mit einer Geldbuße z. B. als Qualifikation zu § 120 Abs. 1 Nr. 1 OWiG geahndet werden könne.

VI. Abstimmung zum Themenkomplex 3: „Reformbedarf bei den Straftatbeständen des sexuellen Missbrauchs von Kindern und Jugendlichen und des sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen“

Der Fragebogen, der zuletzt in der 13. Sitzung vom 17. März 2016 von den Mitgliedern der Reformkommission in Bezug auf Frage 1g) bis k) sowie Frage 2a) bis c) und e) diskutiert wurde²⁵⁶, wurde erneut aufgegriffen. Die Teilnehmer setzten die Diskussion bei Frage 1l) fort.

Frage 1:

l) Soll § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB dahingehend geändert werden, dass sich auch als Täter der Qualifikation strafbar macht, wer über 18 Jahre alt ist und das Kind zum Beischlaf etc. mit einer Person unter 18 Jahren bestimmt?

Die Teilnehmer diskutierten den Hintergrund der Frage: Gemäß § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB liege in den Fällen des § 176 Abs. 1 und 2 StGB eine qualifizierte Tatbegehung vor, wenn eine Person über 18 Jahren mit dem Kind den Beischlaf etc. vollziehe. Daraus folge, dass nur die Person, die den Beischlaf selbst vollziehe, über 18 Jahre sein müsse. Erfolge nun das Bestimmen durch eine Person über 18 Jahren, falle diese – lediglich bestimmende – Person nicht unter die Qualifikation, wenn die Person, die den Beischlaf vollzieht, jünger als 18 Jahre ist. Da auch für solche Konstellationen ein vergleichbares Machtgefälle zwischen Bestimmendem und Kind vorliege, stelle sich die Frage, ob nicht auch der über 18jährige Bestimmende von der Qualifikation erfasst sein müsse. Beispiel: Ein 20jähriger bestimmt ein Kind zum Beischlaf mit einem 15jährigen.

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

Abstimmung: Ja: 7 Mitglieder; Nein: 1 Mitglied

²⁵⁶ Vgl. Protokoll der 13. Sitzung der Reformkommission, Punkt VI.

m) Soll eine Person, die nicht über 18 Jahre alt ist und das Kind zum Beischlaf etc. mit einer Person, die über 18 Jahre alt ist, bestimmt, aus dem Täterkreis des § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB ausgeschlossen werden?

Nach der gegenwärtigen Rechtslage unterfallen die Fälle des § 176 Abs. 2 StGB der Qualifikation, wenn die dritte Person die Altersgrenze überschritten hat. Auf das Alter des veranlassenden Täters kommt es nicht an. Beispiel: Ein 15jähriger bestimmt ein Kind zum Beischlaf mit einem über 18jährigem. Nach bisheriger Fassung würde der Bestimmende unter 18jährige von § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB erfasst.

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

Abstimmung: Ja: 3 Mitglieder; Nein: 5 Mitglieder

n) Soll § 176a Abs. 2 Nr. 2 StGB dahingehend eingeschränkt werden, dass sich die gemeinschaftliche Tatbegehung entweder auf eine Tat nach § 176 Abs. 1 StGB oder auf eine Tat nach § 176 Abs. 2 StGB beziehen muss (und damit nicht – wie bislang – auch eine gemeinschaftliche Tatbegehung erfasst, bei der ein Täter § 176 Abs. 1 StGB und der andere Täter § 176 Abs. 2 StGB verwirklicht)?

Gemäß § 176a Abs. 2 Nr. 2 StGB liegt eine Qualifikation vor, wenn die Tat von mehreren gemeinschaftlich begangen wird. Eine gemeinschaftliche Tatbegehung liege vor, wenn beide Täter den Tatbestand des § 176 Abs. 1 StGB oder wenn beide Täter den Tatbestand des § 176 Abs. 2 StGB erfüllten. Darüber hinaus sei die Qualifikation aber auch einschlägig, wenn ein Täter den Tatbestand des § 176 Abs. 1 StGB und der andere Täter den Tatbestand des § 176 Abs. 2 StGB erfülle. Letztere Konstellation sei der Regelfall. Beispiel: Täter A bestimmt das Kind zur Vornahme sexueller Handlungen an Täter B (§ 176 Abs. 2 StGB). Täter B missbraucht das Kind (§ 176 Abs. 1 StGB). Es stelle sich die Frage, ob in dieser Konstellation für das Kind eine erhöhte Gefahrenlage vorliege, die die Qualifikation rechtfertigen könne. Denn die Qualifikation ziehe seine Legitimation daraus, dass sich das Opfer einer Übermacht ausgesetzt sehe.

Fazit: Auf der Grundlage der dargestellten Diskussion wurde die Frage 1n) – wie oben (Unterstreichung) ersichtlich – um das Wort „auch“ ergänzt.

Abstimmung: Ja: 2 Mitglieder; Nein: 6 Mitglieder

o) Soll § 176a Abs. 3 StGB um einen minder schweren Fall ergänzt werden?

Derzeit sehe § 176a Abs. 4 StGB zwar einen minder schweren Fall für die Qualifikationen aus § 176a Abs. 1 und 2 StGB vor, nicht aber für die Qualifikation des § 176a Abs. 3 StGB. Dies sei nicht ohne Weiteres nachvollziehbar. Denn die Qualifikationen der Absätze 2 und 3 sähen die gleiche Strafdrohung vor und kennzeichneten somit gleiches Unrecht. Es sei daher konsequent auch für Absatz 3 einen minder schweren Fall vorzusehen. Auch die §§ 177 und 179 StGB sähen jeweils minder schwere Fälle für ihre Qualifikationstatbestände vor. Die umgekehrte Überlegung, den minder schweren Fall bezüglich § 176a Abs. 2 StGB zu streichen, wurde verworfen. Es bestand Einigkeit, dass die Vorschrift mit einer Mindestfreiheitsstrafe von 2 Jahren eine erhebliche Strafdrohung vorsehe und der minder schwere Fall insbesondere im Hinblick auf sexuelle Handlungen, die nur knapp oberhalb der Erheblichkeitsschwelle lägen, erforderlich sei.

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

Abstimmung: Ja: 7 Mitglieder; Nein: 1 Mitglied

p) Soll § 176a Abs. 1 StGB abgeschafft werden?

aa) Ja, und zwar ersatzlos, oder

bb) Ja, unter der Voraussetzung, dass die Vorschrift als Regelbeispiel in § 176 Abs. 3 StGB angeführt wird, oder

cc) Nein

Vor dem Hintergrund der Vorschläge und der Diskussion zu dem Impuls von Herrn Dr. Simon wurde diese Frage neu in den Fragenkatalog aufgenommen. Die Rückfalltat sei ausschließlich in § 176a Abs. 1 StGB explizit als Qualifikation geregelt, während dieser Umstand sonst üblicherweise im Rahmen der Strafzumessung nach § 46 StGB Berücksichtigung finde. Ein Mitglied vertrat die Auffassung, dass der Schutz von Kindern diese von der übrigen Systematik des StGB abweichende Regelung rechtfertige. Darüber hinaus wurde diskutiert, ob es nicht konsequenter sei, eine Rückfallregelung im Allgemeinen Teil des StGB aufzunehmen.

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

Abstimmung: aa): 3 Mitglieder; bb): 3 Mitglieder; cc): 2 Mitglieder

VII. Nächste Sitzung

Die nächsten Sitzungen finden am 14. und 15. April 2016 in der Zeit von 11.00 bis 17.00 Uhr im BMJV statt.

15. Sitzung am 14. April 2016

Protokoll
der 15. Sitzung der Reformkommission
zur Überarbeitung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches
im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
am 14. April 2016
11:00 – 17:00 Uhr

I. Anwesenheit

1. Mitglieder der Reformkommission

- Frau RAin Christina Clemm
- Frau LOStAin Birgit Cirullies
- Herr Prof. Dr. Jörg Eisele
- Herr StA Christian Kohle
- Herr Prof. Dr. Klaus Laubenthal
- Herr MR Peter Marx
- Herr KD Jürgen Thiele
- Frau RAin Elke Thom-Eben

An der Teilnahme verhindert waren:

- Frau Prof. Dr. Tatjana Hörnle
- Frau RinOLG Andrea Röhrig
- Frau RinBGH Dr. Ursula Schneider
- Prof. Dr. Gereon Wolters

2. Für das BMJV

- Herr UAL II A Dr. Bernhard Böhm
- Frau RLn II A 7 Susanne Bunke
- Frau RLn II A 2 Perdita Kröger (nur zu den Impulsvorträgen)
- Frau RDn Dr. Garonne Bezjak
- Frau Dr. Iris Keller (nur zu den Impulsvorträgen)
- Frau Tatjana Windgassen

II. Eröffnung der Sitzung und Begrüßung der Mitglieder

Herr Dr. Böhm begrüßte die Mitglieder der Reformkommission und eröffnete die Sitzung. Frau Bunke wies darauf hin, dass die Protokolle der 13. und 14. Sitzung sowie die zugehörigen Fragebögen noch ausstünden, jedoch so bald wie möglich versandt werden würden.

Im Hinblick auf den Abschluss der Arbeiten der Reformkommission schlug Frau Bunke vor, dass BMJV einen Berichtsentwurf fertigt, der in gesonderten Berichtssitzungen gemeinsam erörtert werden könne. Vorab müsse sicher über einige Fragen, über die bereits abgestimmt worden sei, vor dem Hintergrund des Regierungsentwurfes zur Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung, neu gesprochen werden. Das werde die Reformkommission entscheiden müssen. Frau Bunke berichtete über das parlamentarische Verfahren und wies insbesondere auf Überlegungen im politischen Raum hin, einen Tatbestand einzuführen, mit dem Personen, die sich in einer Gruppe aufhielten, aus der heraus sexuelle Handlungen vorgenommen würden, bestraft werden könnten. Als Vorbild für eine solche Vorschrift werde § 231 StGB (Beteiligung an einer Schlägerei) herangezogen.

Frau Thom-Eben wies darauf hin, dass vom 2. bis 4. Juni 2016 der Deutsche Anwaltstag in Berlin stattfinden werde. Dort werde es am 3. Juni 2016 eine aktuelle Stunde zum Thema § 177 StGB und die Istanbul-Konvention geben, an der auch Frau Künast und Herr Prof. Fischer teilnehmen würden.

III. Abstimmung zum Themenkomplex 4: „Reformbedarf bei den übrigen Missbrauchstatbeständen (§§ 174a bis 174c StGB)“

BMJV hatte den Entwurf des Fragebogens vorab an die Mitglieder der Reformkommission versandt. Dabei handelte es sich lediglich um einen Vorschlag, der nun von den Mitgliedern der Reformkommission von Frage 1 bis 14 diskutiert und sodann zur Abstimmung gestellt wurde:

Frage 1: Sollen die Tatbestände der §§ 174a bis 174c StGB um sexuelle Handlungen ergänzt werden, die das Opfer vor dem Täter vornimmt bzw. die der Täter vor dem Opfer vornimmt („Hands-off“-Fälle)?

a) Ja oder

b) Ja, aber nur für § 174a Abs. 1 und für § 174b StGB, weil diese Vorschriften jedenfalls auch die störungsfreie Funktion von Vollzugseinrichtungen sowie das Vertrauen der Allgemeinheit in die Integrität der Ausübung staatlicher Macht schützen sollen, oder

c) Nein

Die Frage stelle sich, weil die §§ 174a bis 174c StGB anders als etwa § 176 StGB keine sogenannten Hands-off-Fälle erfassten. Allerdings gehe es bei den §§ 174a-c StGB – ebenso wie bei den §§ 177 bis 179 StGB, die ebenfalls keine sexuellen Handlungen ohne Körperkontakt erfassten – nicht um den Schutz von Jugendlichen. Zudem wiesen Hands-off-Fälle eine geringere Eingriffsintensität auf. Deshalb wurde in der Kommission zum Teil vertreten, dass es unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten („ultima ratio“ des Strafrechts) nicht erforderlich sei, die Hands-off-Fälle im Rahmen der §§ 174a bis 174c StGB insgesamt einzu beziehen.

Die Mitglieder diskutierten, ob die Einbeziehung der Hands-off-Delikte für § 174a Abs. 1 StGB und für § 174b StGB sinnvoll sei, weil diese Vorschriften nicht nur die sexuelle Selbstbestimmung schützten, sondern darüber hinaus das Vertrauen der Allgemeinheit in die Integrität der Ausübung staatlicher Macht. Die Ansichten darüber, ob dieses Vertrauen durch Hands-off-Fälle tatsächlich beeinträchtigt werden könne, gingen auseinander.

Vereinzelt wurde vorgeschlagen, auch § 174c StGB um die Hands-off-Delikte zu ergänzen, da die Vorschrift auch das besondere Verhältnis zwischen Arzt und Patient schütze. Dagegen wurde vorgebracht, dass es bei § 174c StGB nicht um eine staatliche Einrichtung gehe.

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

Abstimmung: a): 0 Mitglieder; b): 3 Mitglieder; c): 4 Mitglieder; Enthaltungen: 1 Mitglied

Frage 2: Sollen die Tatbestände der §§ 174a bis 174c StGB dahingehend erweitert werden, dass auch vom Täter veranlasste Sexualkontakte des Opfers mit einem Dritten strafrechtlich erfasst werden?

Es bestand Einigkeit, die ursprünglich vorgesehene Antwortvariante b („Nein, aber es soll eine allgemeine Vorschrift geschaffen werden, die das strafrechtliche Verbot allgemeinverbindlich auf vom Täter veranlasste Sexualkontakte des Opfers mit einem Dritten ausdehnt) zu streichen. Die Frage 2 solle sich ausschließlich auf die §§ 174a bis § 174c StGB beziehen. Die darüber hinausgehende Frage, ob für alle Tatbestände des 13. Abschnitts eine Erweiterung um den Drittbezug durch eine allgemeine Vorschrift geschaffen werden soll, könne später beantwortet werden, wenn sich die Kommission über alle Vorschriften Gedanken gemacht habe.

Inhaltlich wurde angemerkt, dass die Erfassung sämtlicher Dritter möglicherweise zu weit sei, da etwa im Rahmen des Strafvollzuges bestimmte Sexualkontakte gewünscht seien und sogar ermöglicht würden. Es bestünde die Gefahr, dass sich unter dem Aspekt des Drittbezuges der Vollzugsbeamte strafbar mache, der gegenüber einem Gefangenen äußere, der Gefangene solle doch mit seiner – des Gefangenen – Ehefrau schlafen. Dagegen wurde angeführt, dass der Vollzugsbeamte in dem aufgezeigten Fall das Bestimmen nicht „unter Missbrauch seiner Stellung“ vornehme.

Fazit: Auf der Grundlage der dargestellten Diskussion wurde die Frage 2 wie oben (Fett-druck) ersichtlich neu gefasst.

Abstimmung: Ja: 6 Mitglieder; Nein: 2 Mitglieder

Frage 3: Soll in Abkehr von der gegenwärtigen Strukturierung der §§ 174a bis 174c StGB eine einheitliche Regelung geschaffen werden, mit der sexuelle Handlungen, die im Rahmen von „totalen Institutionen“ (z. B. Heime, Gefängnisse, Klöster, bestimmte militärische Einrichtungen) vorgenommen werden, kriminalisiert werden?

a) Ja oder

b) Ja, und zwar unter Einbeziehung von Sekten oder

c) Nein, es sollte stattdessen auf eine erhebliche Zwangslage abgestellt werden oder

d) Nein

Die Frage geht zurück auf den Impulsvortrag „Sexualkontakte in Institutionen“ von Frau Prof. Hörnle und die daran anknüpfende Diskussion²⁵⁷. Dahinter stehe die Frage, ob die Straftatbestände weiterhin punktuell an bestimmte Institutionen anknüpfen sollten oder ob man einen offeneren Tatbestand etablieren wolle, mit dem sexuelle Handlungen in bestimmten Institutionen grundsätzlich erfasst würden.

Als problematisch wurde insbesondere die mangelnde Bestimmtheit der Begriffe „Sekte“ und „totale Institution“ gesehen. Dadurch könne die Rechtsprechung vor Probleme gestellt werden. Die Bestimmtheit des Begriffs der Zwangslage wurde zwar von den Mitgliedern als verfassungsrechtlich unbedenklich eingestuft. Sie sei auch bereits aus anderen Vorschriften bekannt. Andererseits sei das Ausnutzen einer Zwangslage bereits in den Vorschriften zum Menschenhandel verortet, weshalb für eine zusätzliche Regelung zum Teil kein Bedarf ge-

²⁵⁷ Vgl. Protokoll der 10. Sitzung der Reformkommission vom 4. Dezember 2015, Punkt VI.1.

sehen wurde. Die Vorschrift des § 240 StGB erfasse hingegen nicht alle strafwürdigen Fälle, weil die Vorschrift an eine Drohung oder Gewaltanwendung anknüpfe.

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

Abstimmung: a): 0 Mitglieder; b): 0 Mitglieder; c): 1 Mitglied; d): 7 Mitglieder

Frage 4: Soll bei den §§ 174a bis 174c StGB das Tatbestandsmerkmal „unter Missbrauch ...“ jeweils gestrichen werden, um alle einvernehmlichen sexuellen Handlungen zu erfassen?

a) Ja oder

b) Ja, aber nur bei § 174c Absatz 2 StGB, oder

c) Nein

Die ursprüngliche Fassung dieser Frage lautete wie folgt:

4. Sollen auch einvernehmliche sexuelle Handlungen, die auf einem freiverantwortlichen Willen basieren, von den §§ 174a bis 174c StGB erfasst werden?

Die Frage setze sich mit dem Problem auseinander, ob auch freiverantwortliche Sexualkontakte als strafwürdig anzusehen seien oder ob derartige Fälle aus der Strafbarkeit herauszunehmen seien. Es wurde darauf hingewiesen, dass es nach gegenwärtiger Rechtslage zwar grundsätzlich möglich sei, echte Liebesverhältnisse über das Merkmal des „Missbrauchs“ aus der Strafbarkeit herauszunehmen. Die Rechtsprechung gehe jedoch vielfach auch bei freiverantwortlichen Sexualkontakten davon aus, dass ein Missbrauchs vorliege. Gleichwohl wurde das Tatbestandsmerkmal „unter Missbrauch“ teilweise als sinnvolles Korrektiv angesehen. Der Vorschlag, ähnlich wie in Frage 1 (s. o.) danach zu differenzieren, ob das Schutzgut des Vertrauens in die Integrität staatlicher Einrichtung betroffen sei, wurde nach Diskussion verworfen. Stattdessen solle die Frage des Umgangs mit einvernehmlichen sexuellen Handlungen an das Tatbestandsmerkmal „unter Missbrauch“ anknüpfen. Im Gegenzug könne auf Frage 17 („Soll in § 174c Abs. 2 StGB die Wortgruppe „unter Missbrauch des Behandlungsverhältnisses“ gestrichen werden?“) verzichtet werden.

Teilweise wurde angenommen, dass jede sexuelle Handlung, die im Rahmen des § 174c Abs. 2 StGB vorgenommen werde, immer einen Missbrauch darstelle, da das Verhältnis im Rahmen einer psychotherapeutischen Behandlung besonders vulnerabel sei. Man könne

daher jedenfalls in § 174c Abs. 2 StGB auf das Merkmal „unter Missbrauch“ verzichten. Vor diesem Hintergrund wurde Antwortmöglichkeit b aufgenommen.

Fazit: Auf der Grundlage der dargestellten Diskussion wurde die Frage 4 wie oben (Fett-druck) ersichtlich neu gefasst.

Abstimmung: a): 1 Mitglied; b): 4 Mitglieder; c): 3 Mitglieder

Frage 5: Soll der Strafraumen der §§ 174 bis 174c StGB auf Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe abgesenkt werden?

a) Ja oder

b) Ja, aber nur wenn man für § 176 StGB zukünftig einen minder schweren Fall vor-sieht, oder

c) Nein, der Strafraumen soll so bleiben, wie er ist, oder

d) Nein, der Strafraumen soll sogar erhöht werden, oder

e) Nein, aber die §§ 174 bis 174c StGB sollten um einen minder schweren Fall ergänzt werden

Der Strafraumen der Grunddelikte der §§ 174 bis 174c StGB sei vom Gesetzgeber im Hin-blick auf den Strafraumen des § 176 Abs. 1 und 2 StGB erhöht worden, ohne dass dies überzeugend gewesen wäre. Vor diesem Hintergrund könne überlegt werden, den Strafra-hmen wieder abzusenken. Darüber hinaus könne man sich auf den Standpunkt stellen, dass der gegenwärtige erhöhte Strafraumen jedenfalls dann nicht mehr zu rechtfertigen sei, wenn § 176 Abs. 1 und 2 StGB künftig um einen minder schweren Fall ergänzt werden sollte.

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

Abstimmung: a): 3 Mitglieder; b): 1 Mitglied; c): 3 Mitglieder; d): 0 Mitglieder; e): 1 Mitglied

Frage 6: Soll § 174a Abs. 1 StGB dahingehend erweitert werden, dass neben der gefangenen oder auf behördliche Anordnung verwahrten Person auch Personen erfasst werden, die stationär in einer Jugendhilfeeinrichtung untergebracht sind?

Die Frage beziehe sich auf offene und geschlossene Jugendhilfeeinrichtungen. Die Ent-scheidung, ob sich der Jugendliche dort aufhalten müsse, treffe der Sorgeberechtigte, so

dass es sich nicht um eine behördliche Anordnung handele. Für die Einbeziehung von Personen, die in Jugendhilfeeinrichtungen stationär untergebracht seien, lasse sich anführen, dass die Jugendlichen sich dort ebenso in einem Über-/ Unterordnungsverhältnis befänden wie dies bei auf behördliche Anordnung verwahrten Personen der Fall sei. Daran ändere der Umstand, dass sich der Jugendliche faktisch aus der offenen Einrichtung entfernen könne, nichts. Denn ausgehend von dem Entwicklungsstand eines Jugendlichen bestehe auch insoweit ein Autoritätsgefälle, welches eine Strafbarkeit rechtfertige. Dagegen wurde angeführt, dass die Jugendlichen hinreichend über § 174 StGB (Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen) geschützt seien. Allerdings bleibe zu bedenken, dass das Jugendhilfe-recht für Personen bis 24 Jahre greife, so dass nicht alle in einer Jugendhilfeeinrichtung befindlichen Personen zwangsläufig von § 174 StGB erfasst würden.

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

Abstimmung: Ja: 6 Mitglieder; Nein: 2 Mitglieder

Frage 7: Sollen die §§ 174a Abs. 1 und 174b Abs. 1 StGB dahingehend erweitert werden, dass zusätzlich Personen erfasst werden, die mit gerichtlicher Genehmigung untergebracht sind?

a) Ja oder

b) Nein, es soll nur § 174a Abs. 1 StGB entsprechend erweitert werden, oder

c) Nein, es soll nur § 174b Abs. 1 StGB entsprechend erweitert werden, oder

d) Nein

Gegenwärtig sind die §§ 174a Abs. 1, 174b Abs. 1 StGB nicht einschlägig, wenn die Unterbringung nicht originär vom Gericht angeordnet, sondern lediglich vom Gericht genehmigt wird (z. B. Unterbringung durch den Betreuer). Da die Unterbringung für das Opfer jedoch jeweils eine Freiheitsbeschränkung bedeutet, sei der Unterschied zwischen gerichtlicher Genehmigung und originärer gerichtlicher Anordnung marginal. Vor diesem Hintergrund stelle sich die Frage, ob § 174a Abs. 1 StGB und in der Konsequenz ggf. auch § 174b Abs. 1 StGB entsprechend ergänzt werden sollte.

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

Abstimmung: a): 8 Mitglieder; b): 0 Mitglieder; c): 0 Mitglieder; d): 0 Mitglieder

Frage 8: Sollen die §§ 174a Abs. 1 und 174b StGB gestrichen werden, falls § 179 Abs. 1 Nr. 3 StGB-E (Gesetzentwurf zur Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung) in Kraft tritt?

a) Ja oder

b) Nein, es soll nur § 174a Absatz 1 StGB gestrichen werden, oder

c) Nein, es soll nur § 174b StGB gestrichen werden, oder

d) Nein

§ 179 Abs. 1 Nr. 3 StGB-E solle künftig Fälle erfassen, in denen der Täter eine Lage ausnutzt, in der eine andere Person im Falle ihres Widerstandes ein empfindliches Übel befürchtet. Die Frage, ob § 179 Abs. 1 Nr. 3 StGB-E die Vorschriften der §§ 174a Abs. 1, 174b StGB obsolet mache, hänge damit zusammen, was die letztgenannten Vorschriften schützten. Sollte das Rechtsgut allein in der sexuellen Selbstbestimmung gesehen werden, so könnten die §§ 174a Abs. 1 und 174b StGB zukünftig überflüssig sein. Werde hingegen das Vertrauen in die Integrität staatlicher Einrichtungen als zusätzliches Rechtsgut anerkannt, seien die Vorschriften weiterhin notwendig. Dazu wurde angeführt, dass die §§ 174a Abs. 1 und 174b StGB unabhängig von der Frage ihres Rechtsgutes weiterhin erforderlich seien. Denn auch bei einvernehmlichen sexuellen Handlungen könne ein strafwürdiger Missbrauch im Sinne dieser Vorschriften vorliegen, ohne dass wie bei § 179 Abs. 1 Nr. 3 StGB-E zusätzlich auf das empfindliche Übel abzustellen sei. Die jeweiligen Vorschriften seien eben nicht deckungsgleich.

Fazit: Die Frage wurde wie oben ersichtlich lediglich redaktionell durch Einfügung von „Absatz 1“ in Antwort b geändert.

Abstimmung: a): 0 Mitglieder; b): 0 Mitglied; c): 0 Mitglieder; d): 8 Mitglieder

Frage 9: Soll § 174a Abs. 1 StGB auf Täterseite zusätzlich das Anstaltspersonal erfassen, dem das Opfer nicht persönlich anvertraut ist?

Bislang sei es im Rahmen von § 174a StGB stets erforderlich, dass das Opfer dem Täter persönlich anvertraut sei. Es sei für das Opfer jedoch nicht immer erkennbar, ob ein solches Verhältnis vorliege, da ihm das Anstaltspersonal grundsätzlich uniformiert gegenüberetrete und das Opfer daher davon ausgehe, von der Gunst des Anstaltspersonals abhängig zu

sein. Es werde vertreten, dass die Zwangslage unabhängig von der Frage des „Anvertraut-Seins“ gegeben sei.

Im Hinblick auf die ursprüngliche Antwort b („Ja, aber nur das gesamte Wachpersonal und nicht etwa das Küchenpersonal etc.“) erläuterte ein Mitglied der Kommission, dass es kein reines Wachpersonal in Justizvollzugsanstalten gebe, weil jede Tätigkeit zugleich mit einem Behandlungs- und Sicherungsauftrag verbunden sei. So kochen etwa die Gefangenen selbst, wobei sie von Justizangestellten angewiesen würden. Es wurde daher beschlossen, die ursprüngliche Antwort b zu streichen.

Fazit: Auf der Grundlage der dargestellten Diskussion wurde die Frage 9 wie oben (Fett-druck) ersichtlich neu gefasst.

Abstimmung: Ja: 6 Mitglieder; Nein: 2 Mitglieder

IV. Impuls von Herrn Prof. Eisele zum Themenkomplex 7: „Begriffsbestimmungen und sonstige Vorschriften“

Herr Prof. Eisele referierte zu dem Thema „Der Schriftenbegriff im StGB“ (**Anlage 1a und b**). Die Ausgangslage für die Diskussion ergebe sich aus § 11 Abs. 3 StGB. Gemäß § 11 Abs. 3 StGB stehen den Schriften Ton- und Bildträger, Datenspeicher, Abbildungen und andere Darstellungen in denjenigen Vorschriften gleich, die auf diesen Absatz verweisen. Nach h. M. sei stets eine Verkörperung erforderlich. Eine besondere Relevanz weise der Begriff „Datenspeicher“ für computertechnisch relevante Vorgänge auf. Nach dem Willen des Gesetzgebers erfasse er elektromagnetische, optische, chemische und sonstige Datenspeicher, die gedankliche Inhalte verkörpern, welche nur unter Zuhilfenahme technischer Geräte wahrnehmbar werden. Inhalte, die nicht perpetuiert seien, fielen nach h. M. nicht unter den Schriftenbegriff. Vor diesem Hintergrund ergäben sich für den Schriftenbegriff die folgenden Probleme:

1. Tathandlung des Verbreitens

Für das Versenden von Daten stelle sich das Problem, dass die Daten selbst nicht verkörpert seien. Der Täter versende gerade keinen verkörperten Datenspeicher im Sinne des § 11 Abs. 3 StGB, sondern lediglich den Inhalt des Datenspeichers – nämlich die Daten selbst. Die Rechtsprechung behelfe sich damit, dass sie auf das Erfordernis der Speicherung der übertragenen Datei verzichte. Um die Problematik zu umgehen, habe der Gesetzgeber mit

dem 49. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht vom 21. Januar 2015 (49. StrÄndG) im Hinblick auf die Pornographiedelikte in § 184d Abs. 1 Satz 1 StGB auf das *Zugänglichmachen* eines pornographischen Inhalts mittels Rundfunk oder Telemedien abgestellt. Es genüge danach, dass die Daten ohne das Trägermedium übertragen würden.

2. Besitzstrafbarkeit

Soweit sich der Täter strafbar macht, wenn er kinder- oder jugendpornographische Schriften besitzt oder sich den Besitz verschafft, stelle sich die Problematik, dass hier auf der Grundlage des Schriftenbegriffs eine Speicherung von Daten auf Seiten des besitzenden bzw. des beschaffenden Empfängers erforderlich sei. Denn Voraussetzung sei nach h. M. ein Herrschaftsverhältnis, welches auf eine Perpetuierung gerichtet sein müsse. Dies sei etwa im Hinblick auf den Aufruf von Webseiten („surfen“) problematisch und streitig. Der Gesetzgeber habe diese Problematik für die Pornographiedelikte mit dem 49. StrÄndG gelöst. Gemäß § 184d Abs. 2 Satz 1 StGB wird in Bezug auf kinder- und jugendpornographische Schriften auch bestraft, wer es unternimmt, entsprechende Inhalte mittels Telemedien abzurufen. Der Aufruf von Webseiten sei damit erfasst. Inhalte, die dabei Informationen im Sinne des § 1 Satz 1 Nr. 3 Telemediengesetz (TMG) darstellen, die in Echtzeit oder echtzeitentsprechend übermittelt werden, stellen Telekommunikation dar und seien keine Inhalte, die mittels Telemedien abgerufen werden (z. B. Internettelefonie).

Nicht nachvollziehbar sei es, dass sich § 184d Abs. 1 Satz 2 StGB nur auf Telemedien, nicht aber auf Rundfunk beziehe. Nach dieser Vorschrift sei es in den Fällen des § 184 Abs. 1 StGB in Bezug auf Telemedien nicht strafbar, wenn durch technische oder sonstige Vorkehrungen sichergestellt ist, dass der pornographische Inhalt Personen unter 18 Jahren nicht zugänglich ist. Ein Zugänglichmachen über den Rundfunk bleibe jedoch strafbar.

3. Informations- und Kommunikationstechnologie

Mit dem 49. StrÄndG habe der Begriff der Informations- und Telekommunikationstechnologie in § 176 Abs. 4 Nr. 3 und 4 StGB Einzug erhalten. Der Begriff sei weiter als der Begriff der Telemedien, denn erfasst sei auch die Informationsübertragung über reine Datenleitungen wie etwa Telefonleitungen.

4. Lösungsansätze

a) Aufnahme von Informations- und Kommunikationstechnologie in § 11 Abs. 3 StGB

Es könne überlegt werden, in § 11 Abs. 3 StGB die „Informations- und Kommunikationstechnologie“ aufzunehmen. Dagegen spreche jedoch, dass § 11 Abs. 3 StGB gegenwärtig jeweils die *Gegenstände* benenne, auf die sich die Tathandlungen bezögen. Demgegenüber beschrieben die Begriffe Informations- und Kommunikationstechnologie, Telemedien und Rundfunk die *Mittel* der Verbreitung bestimmter Inhalte.

b) Aufnahme der Begriffe „Daten“ oder „Informationen“ in § 11 Abs. 3 StGB („große Lösung“)

Mit der Aufnahme der Begriffe „Daten“ oder „Informationen“ in § 11 Abs. 3 StGB müsste gleichzeitig klargestellt werden, dass die Daten oder Informationen gerade keiner Perpetuierung bedürften. Die Tathandlung müsse vielmehr so verstanden werden, dass die Daten oder Informationen zu einem bestimmten, z. B. pornographischen Inhalt führen. Gesetzestechnisch könne zukünftig von „anderen Darstellungen und Daten“ gesprochen werden. Es müsse allerdings sorgfältig geprüft werden, welche Auswirkungen eine solche Änderung auf die Vorschriften habe, die auf § 11 Abs. 3 StGB verwiesen. Gegen die große Lösung spreche jedoch, dass die Problematik der Besitzstrafbarkeit nicht gelöst werde. Denn bei dieser Problematik gehe es um Fragen der Sachherrschaft, die vom Schriftenbegriff losgelöst diskutiert werden müssten. Ferner habe der Gesetzgeber mit dem 49. StrÄndG jedenfalls für das Sexualstrafrecht Lösungen geschaffen, so dass eine Änderung des § 11 Abs. 3 StGB insoweit nicht erforderlich sei. Für eine Änderung des § 11 Abs. 3 StGB spreche jedoch, dass für das Verbreiten nicht mehr auf die zweifelhafte Lösung der Rechtsprechung zurückgegriffen werden müsse. Ferner würde die Strafbarkeit von technischen Einzelfragen entkoppelt und der Inhalt in den Fokus der Strafbarkeit gerückt.

Diskussion:

Von Seiten des BMJV wurde darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber zwar überlegt habe, im Sinne einer großen Lösung nur noch auf die Inhalte abzustellen. Dies gehe allerdings über die gegenwärtige Besitzstrafbarkeit hinaus, weil sich dann bereits strafbar mache, wer sich ein Bild ansehe. Außerdem gebe es keine bloßen Vorbereitungshandlungen mehr. Diese bezögen sich nämlich immer auf die Verkörperung, die mit der großen Lösung nicht mehr erforderlich sei.

Es wurde die Frage aufgeworfen, ob man den Begriff „Verbreiten“ nicht zugunsten des Begriffes „Zugänglichmachen“ streichen könne. Hierzu führte Herr Prof. Eisele aus, dass die

Begriffe unterschiedliche Inhalte aufwiesen. So müsse sich etwa das Verbreiten an mehrere Personen richten.

Auf Nachfrage teilte Herr Prof. Eisele mit, dass er den Begriff des Rundfunks von dem Begriff Informations- und Kommunikationstechnologie erfasst sehe.

c) Ersetzung der Begriffe Telemedien und Rundfunk durch Informations- und Kommunikationstechnologie („kleine Lösung“)

Für den Fall, dass eine Änderung des § 11 Abs. 3 StGB nicht angestrebt werde, könne überlegt werden, innerhalb der einschlägigen Straftatbestände grundsätzlich auf den Begriff der Informations- und Kommunikationstechnologie anstelle von Telemedien und Rundfunk zurückzugreifen. Es handele sich bei „Informations- und Kommunikationstechnologie“ um die weitergehende Begrifflichkeit und eine Abgrenzung zwischen Telemedien und Telekommunikation sei nicht mehr erforderlich.

Es bestand Einigkeit, dass sich die zur Abstimmung zu stellenden Fragen lediglich auf den 13. Abschnitt beziehen sollen.

V. Impuls von Herrn Prof. Laubenthal zum Themenkomplex 7: „Begriffsbestimmungen und sonstige Vorschriften“

Herr Prof. Laubenthal hielt sein Impulsreferat „Führungsaufsicht bei Straftaten des 13. Abschnitts des Strafgesetzbuches“ (**Anlage 2a und b**). Zur rechtlichen Relevanz des § 181b StGB führte er das Folgende aus:

Gemäß § 68 Abs. 1 StGB kann das *Gericht* die Führungsaufsicht anordnen, wenn jemand wegen einer Straftat, bei der das Gesetz Führungsaufsicht ausdrücklich vorsieht, zeitige Freiheitsstrafe von mindestens 6 Monaten verwirkt hat und die Gefahr besteht, dass er weitere Straftaten begehen wird. Bei § 181b StGB handelt es sich um eine solche Norm, die Führungsaufsicht ausdrücklich vorsieht. Denn gemäß § 181b StGB kann das Gericht in den Fällen der §§ 174 bis 174c, 176 bis 180, 181a und 182 StGB Führungsaufsicht anordnen. Demgegenüber tritt die Führungsaufsicht gemäß § 68f Abs. 1 StGB mit der Entlassung der verurteilten Person aus dem Vollzug *von Gesetzes wegen* ein, wenn eine Freiheitsstrafe oder Gesamtfreiheitsstrafe von mindestens 1 Jahr wegen Straftaten der in § 181b StGB genannten Art vollständig vollstreckt worden ist.

Die Führungsaufsicht sei eine Form der ambulanten Betreuung und Überwachung, die sich an einen Freiheitsentzug anschließe. Sie richte sich im Unterschied zur Bewährung an gefährliche oder gefährdete Straftäter. Als Maßregel der Besserung und Sicherung komme ihr eine Stützungs- und Betreuungsfunktion sowie eine Überwachungs- oder Sicherungsfunktion zu. Gemäß § 68c Abs. 3 Nr. 2 Buchstabe a StGB kommt für Personen, die wegen einer Straftat der in § 181b StGB genannten Art zu einer Freiheits- oder Gesamtfreiheitsstrafe von mindestens 2 Jahren verurteilt wurden, bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen die Anordnung der unbefristeten Führungsaufsicht in Betracht.

Darüber hinaus weise § 181b StGB für § 246a StPO Relevanz auf. Hat die Staatsanwaltschaft wegen einer Straftat der in § 181b StGB genannten Art Anklage erhoben, handelt es sich dabei um eine Straftat zum Nachteil eines Minderjährigen und kommt eine Therapieweisung in Betracht, soll grundsätzlich ein Sachverständiger über den Zustand des Angeklagten und über die Behandlungsaussichten vernommen werden.

Herr Prof. Laubenthal teilte mit, dass die Anordnung der Führungsaufsicht durch das Gericht nach § 68 Abs. 1 StGB praktisch kaum zur Anwendung komme, wohingegen die Führungsaufsicht im Rahmen der Vollverbüßung nach § 68f Abs. 1 StGB wegen einer in § 181b StGB genannten Straftat eine größere Bedeutung zukommen dürfte.

Eine Reduzierung der in § 181b StGB aufgezählten Straftaten hielt Herr Prof. Laubenthal nicht für sinnvoll. Zu überlegen sei vielmehr, ob eine Erweiterung der Straftaten erfolgen sollte. Letzteres hielt Herr Prof. Laubenthal in Bezug auf § 183 StGB (Exhibitionistische Handlungen) und auf § 183a StGB (Erregung öffentlichen Ärgernisses) sowie in Bezug auf Prostitutions- und einfache Pornographiedelikte nicht für zielführend, weil die Führungsaufsicht auf gefährdete und gefährliche Straftäter abziele.

Demgegenüber wäre es konsequent, Straftaten nach § 184b (Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften), § 184c StGB (Verbreitung, Erwerb und Besitz jugendpornographischer Schriften), § 184d StGB (Zugänglichmachen pornographischer Inhalte mittels Rundfunk oder Telemedien sowie Abruf kinder- und jugendpornographischer Inhalte mittels Telemedien) und § 184e StGB (Veranstaltung und Besuch kinder- und jugendpornographischer Darbietungen) in den Katalog des § 181b StGB aufzunehmen. Denn es sei widersprüchlich, dass diese Vorschriften – und hier insbesondere die §§ 184b und 184c StGB – nicht erfasst seien, während die Vorbereitungshandlung nach § 176 Abs. 4 Nr. 3 Buchstabe b StGB (z. B. Grooming zum Zwecke der Herstellung oder Besitzverschaffung von Kinderpornographie) Bestandteil des Kataloges des § 181b StGB sei. Wenn bereits die

Vorbereitungshandlungen des sexuellen Missbrauchs von Kindern erfasst sei, müsse dies auch für die weiteren genannten Vorschriften (§§ 184b, 184c, 184d, 184d StGB) gelten. Besonders deutlich werde dies in Bezug auf die Vorbereitung der Herstellung bzw. Besitzverschaffung von Kindepornographie (von § 181b StGB mit § 176 StGB erfasst) und der tatsächlichen Begehung von § 184b StGB (nicht erfasst).

Diskussion:

Gegen die Aufnahme der Pornographiedelikte wurde eingewandt, dass die Führungsaufsicht zwar dazu berechtige, eine Weisung in Form eines Besitzverbotes auszusprechen. Der Verurteilte dürfe aber ohnehin keine Kinderpornographie besitzen. Dem wurde entgegengehalten, dass dem Verurteilten auch der Besitz von Gegenständen verboten werden könne, die er zur Begehung der Tat benötige. Teilweise wurde vertreten, dass die Anordnung der Führungsaufsicht für den Verurteilten eine einschneidende Maßnahme darstelle, die durch Delikte nach §§ 184b bis 184d StGB nicht gerechtfertigt sei. Hiergegen wurde angeführt, dass es bei der Führungsaufsicht um Prävention gehe. Kriminologische Untersuchungen zur diesbezüglichen Wirkung der Führungsaufsicht auf den Verurteilten gebe es zwar nicht. Es sei aber anzunehmen, dass es sich bei Straftaten nach § 184b StGB um ein Einstiegsdelikt handle und die Begehung schwerwiegenderer Straftaten zu erwarten sei. Ferner würde die Aufnahme in den Katalog dem Gericht ja lediglich die Möglichkeit der Anordnung einräumen. Dies müsse das Gericht im Einzelfall abwägen und begründen. Gegen den Präventionsgedanken wurde angeführt, dass der Anknüpfungspunkt für Prävention grundsätzlich das Polizeirecht sei.

VI. Fortsetzung der Abstimmung zum Themenkomplex 4: „Reformbedarf bei den übrigen Missbrauchstatbeständen (§§ 174a bis 174c StGB)“

Die Abstimmung zu dem Fragebogen wurde fortgesetzt. Die Abstimmung über die Fragen 1 bis 9 erfolgte bereits am Vormittag des Sitzungstages.²⁵⁸

Frage 10. Soll § 174a Abs. 2 StGB dahingehend eingeschränkt werden, dass es sich um *stationär* aufgenommene Personen handeln muss?

Die Mitglieder verständigten sich darauf, als Antwort lediglich „ja“ oder „nein“ zuzulassen. Die ursprüngliche Antwortmöglichkeit b („Ja, aber darüber hinaus sollten auch teilstationär aufgenommene Personen erfasst werden“) wurde verworfen, weil der Begriff „teilstationär“ unklar sei. Zum Hintergrund wurde ausgeführt, dass die Vorschrift in ihrer ursprünglichen Fas-

²⁵⁸ Siehe oben, Punkt III.

sung das Wort „stationär“ enthalten habe. Der Begriff „stationär“ sei in der gegenwärtigen Fassung gestrichen worden, um auch teilstationär aufgenommene Personen erfassen zu können. Dadurch sei aber unklar geworden, ob nunmehr auch Personen erfasst seien, die lediglich ambulant behandelt würden. Vor diesem Hintergrund wollten sich die Mitglieder allein auf die Frage beschränken, ob der ursprüngliche Zustand (Aufnahme von „stationär“) wieder herzustellen sei.

Fazit: Auf der Grundlage der dargestellten Diskussion wurde die Frage 10 wie oben (Fett-druck) ersichtlich neu gefasst.

Abstimmung: Ja: 2 Mitglieder; Nein: 6 Mitglieder

Frage 11: Soll der potenzielle Täterkreis des § 174a Abs. 2 StGB auf Mitbewohner bzw. Mitpatienten in der Einrichtung erweitert werden?

Die Opfer dieses Tatbestandes seien grundsätzlich in einer schwachen Position und könnten auch Übergriffen von Mitbewohnern bzw. Mitpatienten ausgesetzt sein. Andererseits bestünde diesbezüglich kein institutionalisiertes Machtgefälle, so dass in Bezug auf Mitbewohner bzw. Mitpatienten ggf. auf andere Tatbestände des Sexualstrafrechts zurückgegriffen werden könne.

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

Abstimmung: Ja: 0 Mitglieder; Nein: 8 Mitglieder

Frage 12: Soll § 174b StGB im Hinblick auf Strafverfahren nur dann anwendbar sein, wenn für das Opfer eine Freiheitsstrafe zu erwarten ist?

Die ursprüngliche Fassung dieser Frage lautete wie folgt:

12. Soll der Anwendungsbereich des § 174b StGB dahingehend eine Klarstellung erfahren, dass die Vorschrift im Hinblick auf Strafverfahren nur dann anwendbar ist, wenn dem Opfer eine Freiheitsstrafe droht?

Es wurde einleitend daran erinnert, dass es umstritten sei, ob die aktuelle Fassung des § 174b StGB auf Fälle des Strafverfahrens beschränkt sei, in denen dem Opfer eine Frei-

heitsstrafe drohe, oder ob auch die Erwartung einer Geldstrafe genüge. Für den Täter sei es häufig nicht absehbar, ob das Opfer mit einer Geld- oder Freiheitsstrafe zu rechnen habe. Wollte man die Möglichkeit einer Geldstrafe genügen lassen, müsse erwogen werden, auch die Verhängung von Geldbußen im Ordnungswidrigkeitenverfahren als hinreichendes tatbestandliches Merkmal des § 174b StGB in Betracht zu ziehen. Gegen eine solche Konsequenz wurde vorgebracht, der Unterschied zwischen Geldstrafe und Geldbuße bestehe darin, dass im Falle einer Zahlungsverweigerung bei ersterer Ersatzfreiheitsstrafe bei zweiterer hingegen höchstens Erziehungshaft angeordnet werden könne. Zudem wurde der Begriff der „Klarstellung“ kritisiert, da dieser impliziere, dass dies bereits geltende Rechtslage sei, was gerade nicht der Fall sei. Außerdem sei es vorzugswürdig, darauf abzustellen, ob der Täter eine Freiheitsstrafe „zu erwarten“ habe, da die „Drohung“ (Strafandrohung) stets auch die Androhung einer Freiheitsstrafe mitumfasse.

Fazit: Auf der Grundlage der dargestellten Diskussion wurde die Frage 12 wie oben (Fett-druck) ersichtlich neu gefasst.

Abstimmung: Ja: 1 Mitglied; Nein: 7 Mitglieder

Frage 13: Soll § 174b Abs. 1 StGB auf Täterseite auch das Hilfspersonal mit Amtsträgereigenschaft (z. B. Mitarbeiter der Geschäftsstelle) erfassen?

Die Funktion der Vorschrift bestehe darin, den Missbrauch der jeweiligen Stellung in Über-/ Unterordnungsverhältnissen unter Strafe zu stellen. Bezüglich des Hilfspersonals sei es fraglich, ob ein derartiges Über-/ Unterordnungsverhältnis bestehe.

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

Abstimmung: Ja: 0 Mitglieder; Nein: 8 Mitglieder

Frage 14: Soll § 174b Abs. 1 StGB auf Opferseite auch Angehörige der Person, gegen die sich das Verfahren richtet, erfassen?

Es bestand Einigkeit, dass die Frage klar sei und unverändert bleibt.

Abstimmung: Ja: 0 Mitglieder; Nein: 8 Mitglieder

IV. Sitzungsende

Frau Bunke schloss die Sitzung um 17.00 Uhr.

16. Sitzung am 15. April 2016

Protokoll
der 16. Sitzung der Reformkommission
zur Überarbeitung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches
im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
am 15. April 2016
11:00 – 17:00 Uhr

I. Anwesenheit

1. Mitglieder der Reformkommission

- Frau LOStAin Birgit Cirullies
- Frau RAin Christina Clemm
(verließ die Sitzung nach dem Impuls von Frau Thom-Eben)
- Herr Prof. Dr. Jörg Eisele
- Herr StA Christian Kohle
- Herr Prof. Dr. Klaus Laubenthal
- Herr MR Peter Marx
- Frau RinOLG Andrea Röhrig
- Herr KD Jürgen Thiele
- Frau RAin Elke Thom-Eben
- Herr Prof. Dr. Gereon Wolters

An der Teilnahme verhindert waren:

- Frau Prof. Dr. Tatjana Hörnle
- Frau RinBGH Dr. Ursula Schneider

2. Für das BMJV

- Herr UAL II A Dr. Bernhard Böhm
- Frau RLn II A 7 Susanne Bunke
- Frau RDn Dr. Garonne Bezjak
- Frau Tatjana Windgassen

3. Gast

- Herr Staatsanwalt Dr. Benjamin Krause, Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main, Zentralstelle zur Bekämpfung der Internetkriminalität (ZIT) von 11.00 bis 12.00 Uhr

II. Eröffnung der Sitzung und Begrüßung der Mitglieder

Herr Dr. Böhm begrüßte die Mitglieder der Reformkommission und eröffnete die Sitzung.

III. Anhörung zum Themenkomplex: 9: „Reformbedarf bei §§ 184 ff StGB (Pornographiedelikte)“

Herr Dr. Krause referierte zu den Pornographiedelikten (**Anlage 1**). Dabei stellte er zunächst die Zentralstelle zur Bekämpfung der Internetkriminalität (ZIT) vor, in der er als Staatsanwalt tätig ist. Die ZIT gebe es seit dem 1. Januar 2010. Sie diene der hessenweiten Bearbeitung besonders schwerwiegender oder umfangreicher Internetstraftaten. Darüber hinaus sei sie Ansprechpartner für das BKA etwa bei Massenverfahren oder ungeklärter örtlicher Zuständigkeit.

1. Pornographie in der Praxis

Herr Dr. Krause stellte die Fallzahlen dar, wie sie sich aus der Polizeilichen Kriminalstatistik (PKS) ergeben. Für das Jahr 2014 habe die PKS für Delikte nach §§ 184 ff. StGB insgesamt 10.192 Fälle ausgewiesen. Im Verhältnis zu den insgesamt im Jahr 2014 festgestellten Straftaten von über 6 Millionen würden die Pornographiedelikte einen Gesamtanteil von 0,001% ausmachen. Innerhalb der Pornographiedelikte seien die Fälle der Kinderpornographie (ca. 6.500 Fälle) und die Fälle der Jugendpornographie (ca. 1.000 Fälle) dominierend. Die übrigen Pornographiedelikte spielten in der Praxis nahezu keine Rolle. Es handele sich bei Pornographiedelikten um sogenannte Kontrolldelikte, die in aller Regel nicht durch Strafanzeigen, sondern durch polizeiliche Kontrolle in das Hellfeld gerieten.

2. Nicht mehr zeitgemäße Strafbarkeit – §§ 184, 184a StGB

Herr Dr. Krause führte aus, dass der Straftatbestand des § 184 StGB (Verbreitung pornographischer Schriften) nicht mehr zeitgemäß sei. Soweit die Vorschrift dem Jugendschutz diene, genüge eine Integration der betreffenden Vorschriften in das Ordnungswidrigkeitenrecht oder in das Jugendschutzgesetz.

Die Verbreitung tierpornographischer Schriften gemäß § 184a StGB sei aufzuheben, weil die Vornahme sexueller Handlungen mit Tieren selbst straffrei sei und § 184a StGB vor diesem Hintergrund nicht gerechtfertigt sei.

Soweit § 184a StGB ferner die Verbreitung gewaltpornographischer Schriften umfasse, so könne auch insoweit auf die Vorschrift im Kernstrafrecht verzichtet werden und die Norm in das Ordnungswidrigkeitenrecht überführt werden. Denn entsprechende Medien könnten im Internet zu jeder Zeit problemlos konsumiert werden.

Diskussion²⁵⁹:

Teilweise wurde vertreten, den § 184a StGB komplett zu streichen, da es sich um ein Konfrontationsdelikt handele und dieses jedenfalls nicht in den 13. Abschnitt des StGB passe. Wer mit gewalt- oder tierpornographischen Schriften konfrontiert werde, dem sei es zuzumuten, wegzuschauen. Bei der Kinderpornographie sei das anders gelagert. Dort gehe es darum, einen entsprechenden Markt auszutrocknen. Daher habe § 184b StGB im 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB seine Berechtigung. Soweit es bei § 184a StGB um den Jugendschutz gehe, sei die Sachlage nicht anders zu bewerten als bei Horrorfilmen, was dafür spreche, entsprechende Tathandlungen im Jugendschutzgesetz zu regeln.

Gegen die Streichung des § 184a StGB wurde argumentiert, dass mit der Vorschrift der Abstumpfung im Hinblick auf das Betrachten von Gewaltpornographie entgegengewirkt werden könne. Ferner sei der Aspekt der Nachahmungstaten nicht zu unterschätzen. Die Gewaltpornographie vermittele den Eindruck, dass Sexualität und Gewalt auch im realen Leben eine gute Verbindung seien. Studien, die einen monokausalen Zusammenhang zwischen Beobachtung von Gewalt und Ausübung von Gewalt beinhalten, gebe es allerdings nicht. Gleichwohl möge es einzelne sozial isolierte Persönlichkeiten geben, bei denen ein solcher Zusammenhang bestehen könne.

Zur Tierpornographie teilte Herr Dr. Krause auf Nachfrage mit, dass es diesbezüglich in der Praxis keine Fälle der „Verbreitung“, sondern nur des „Besitzes“ gebe. Die Vorschrift sei aber insgesamt in der Praxis ohne Bedeutung.

Im Hinblick auf die Vorschrift des § 184c Abs. 4 StGB teilte Herr Dr. Krause mit, dass auch diese Vorschrift in der Praxis ohne Bedeutung sei. Gemäß § 184c Abs. 4 StGB ist § 184c Abs. 1 Nr. 3 (Herstellen von Jugendpornographie) nicht anzuwenden auf Handlungen von

²⁵⁹ Die Diskussion fand zeitlich nach dem Impulsvortrag statt, wird aber aus Gründen der Übersichtlichkeit bereits hier dargestellt.

Personen in Bezug auf solche jugendpornographische Schriften, die sie ausschließlich zum persönlichen Gebrauch mit Einwilligung der dargestellten Person hergestellt haben.

Ferner teilte Herr Dr. Krause mit, dass es im § 184b StGB keine Beweisprobleme wegen des Alters des Opfers gebe, da weitestgehend auch die wirklichkeitsnahe Darstellung tatbestandlich erfasst sei. Beweisprobleme gebe es aber in Bezug auf § 176a Abs. 3 StGB. Nach dieser Vorschrift wird bestraft, wer den sexuellen Kindesmissbrauch in der Absicht begeht, die Tat zum Gegenstand einer pornographischen Schrift zu machen, die verbreitet werden soll. Da die Verbreitungsabsicht zum Tatzeitpunkt vorliegen müsse, sei der Schutzbehauptung, man habe die Absicht erst später gefasst, Tür und Tor geöffnet. Hier sei eine gesetzliche Änderung angezeigt.

3. Nicht erfasste Lebenswirklichkeit – Schriftenbegriff der §§ 184 ff. StGB

Der Schriftenbegriff sei nicht mehr zeitgemäß, da die Verfahren ausschließlich digitale Bild- und Videodateien und nicht herkömmliche „Pornoheftchen“ zum Gegenstand hätten. Der Schriftenbegriff setze stets eine Verkörperung voraus und sei daher insbesondere in Bezug auf Besitz und Verbreitung von Daten nicht passend. Strafbarkeitslücken würden auf der Grundlage der Rechtsprechung jedoch nicht auftreten. Darüber hinaus habe der Gesetzgeber mit dem 49. Strafrechtsänderungsgesetz § 184d Abs. 1 und 2 StGB geschaffen. Damit werde nicht mehr auf den Besitz, sondern auf das Zugänglichmachen bzw. Abrufen abgestellt. Es sei allerdings inkonsequent, dass die Telekommunikation nicht von der Vorschrift erfasst sei. Hier komme es in der Praxis zu Abgrenzungsproblemen zwischen Telekommunikations- und Telemediendiensten (unklar wohl bei Internetdiensten wie z. B. Omegle). Im Ergebnis sei auch die Telekommunikation zu erfassen. Der Schriftenbegriff könnte durch einen Inhaltsbegriff ersetzt werden.

4. Qualität der Kinderpornographie – Kongruenz der Strafrahmen

In der Praxis gebe es Abgrenzungsprobleme zwischen strafbarer Kinderpornographie und straflosen Kinderbildern. Die Aufnahme der Legaldefinition der Kinderpornographie in § 184b Abs. 1 Nr. 1 StGB sei aber grundsätzlich zu begrüßen. Andererseits weise die Legaldefinition eine große Spannweite der Qualität von Kinderpornographie auf. Erfasst würden nunmehr z. B. heimlich hergestellte Bilder der Genitalien von Kindern (§ 184b Abs. 1 Nr. 1c StGB) oder das Posieren teilweise bekleideter Kinder (§ 184b Abs. 1 Nr. 1b StGB) einerseits und Darstellungen mit Gewalthandlungen oder sadistischen Komponenten andererseits. Letzteres sei in der Praxis zunehmend zu beobachten. Das Gesetz differenziere nicht zwischen der

unterschiedlichen Qualität der Kinderpornographie und weise jeweils dieselben Strafraumen auf. Die Möglichkeit der unterschiedlichen Bewertung im Rahmen der Strafzumessung sei nicht ausreichend und nicht konsistent. Hier solle der Gesetzgeber Abhilfe schaffen und eine Qualifikation für kinderpornographische Inhalte schaffen, die den schweren Missbrauch von Kindern im Sinne der §§ 176, 176a StGB oder Gewalttätigkeiten im Sinne von § 184a StGB zum Gegenstand haben.

IV. Impulsreferate zum Themenkomplex 9: „Reformbedarf bei §§ 184 ff StGB (Pornographiedelikte)“

Frau Thom-Eben und Frau Röhrig hielten ihre Impulsreferate zu § 184 StGB (Verbreitung pornographischer Schriften) und § 184a StGB (Verbreitung gewalt- oder tierpornographischer Schriften).

1. Impuls von Frau Thom-Eben zu § 184 StGB (Verbreitung pornographischer Schriften)

Frau Thom-Eben referierte zu § 184 StGB (**Anlage 2**). Die Vorschrift sei zuletzt mit Wirkung zum 1. April 2004 neu gefasst worden. Im Zuge dieser Änderung seien die Absätze 3 bis 7 aus der Norm herausgelöst und in den §§ 184a bis d StGB neu geregelt worden. Die Rechtsprechung zu § 184 Abs. 1 StGB beziehe sich bis zum Jahr 2005 im Wesentlichen auf die Gesetzesfassung, die vor der Änderung im Jahr 2004 gegolten habe. Ausweislich der PKS sei für das Jahr 2012 zunächst eine Abnahme bei der Verbreitung pornographischer Schriften festzustellen (-11,6 % auf 7.709 Fälle). Dieser Trend sei in den Jahren 2013 (+23,1 % auf 9.488) und 2014 (+7,43% auf 10.192 Fälle) gegenläufig gewesen. Die Aufklärungsquote sei hoch (2012: 72,8%; 2013: 84,8%; 2014: 82,6%).

a) Begriff: Pornographische Schriften

§ 184 Abs. 1 StGB umfasse die sogenannte einfache Pornographie. Der Begriff der Pornographie sei unklar. Die Rechtsprechung definiere Pornographie als Darstellung, die „‘unter Hintansetzung‘ sonstiger menschlicher Bezüge sexuelle Vorgänge in grob aufdringlicher, anreißerischer Weise in den Vordergrund rückt und ausschließlich oder überwiegend auf die Erregung sexueller Reize abzielt und dabei ‚die im Einklang mit allgemeinen Wertvorstellungen gezogenen Grenzen des sexuellen Anstandes eindeutig überschreitet‘.“²⁶⁰ In der Praxis komme es entscheidend darauf an, wozu die Darstellung dient (Zweckaspekt), was darge-

²⁶⁰ Thom-Eben, Impulsreferat zu § 184 StGB, S. 4.

stellt wird (Darstellungsaspekt) und wo die eindeutige Grenze des sexuellen Anstandes liegt (Wertungsaspekt). Staatsanwaltschaft und Gericht würden die folgenden Indikatoren für das Vorliegen von Pornographie heranziehen: Hervorhebung von Geschlechtsmerkmalen, Fiktion unerschöpflicher Potenz / jederzeitiger Hingabebereitschaft und fehlender Sinnzusammenhang. Umstände, die gegen das Vorliegen von Pornographie sprächen, seien die Darstellung von Lebensgeschichten („Fanny Hill“), Ästhetik und Individualität (Aktfotokalender) sowie Zuneigung und persönliche Bindung. Die Abgrenzung sei im Einzelnen schwierig. Dasselbe gelte hinsichtlich der Abgrenzung zwischen Kunst und Pornographie.

b) Geschütztes Rechtsgut

§ 184 StGB schütze verschiedene Rechtsgüter

aa) §§ 184 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2, Nr. 3a, Nr. 5, Nr. 7 StGB

Die Vorschriften dienen zumindest auch dem Schutz der Jugend, also dem Schutz von Personen unter 18 Jahren.

bb) § 184 Abs. 1 Nr. 3, Nr. 4, Nr. 5, Nr. 6 und Nr. 7 StGB

Diese Vorschriften bezweckten zumindest auch den Schutz des Bürgers vor ungewollter Konfrontation mit Pornographie.

cc) § 184 Abs. 1 Nr. 9 StGB

Diese Vorschrift stelle auf das grenzüberschreitende Verbreiten von Pornographie ab und schütze weder den unter a) noch den unter b) genannten Aspekt.

Grundsätzlich lasse sich für das abstrakte Gefährdungsdelikt des § 184 StGB ausweislich einer Sachverständigenanhörung vor dem zuständigen Ausschuss des Bundestages aus dem Jahr 1970 zur Vorbereitung einer Reform des Sexualstrafrechts sagen, dass ein Wirkungszusammenhang zwischen dem Konsum von Pornographie und einer Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung bislang nicht nachgewiesen sei. Das gelte auch dann, wenn es sich bei den Konsumenten um Kinder oder Jugendliche handle. Die damaligen Sachverständigen hätten das Risiko in Bezug auf Kinder und Jugendliche als gering eingeschätzt.

In Bezug auf die Kunstfreiheit sei es problematisch, dass weder dem Rechtsgut der Kunstfreiheit noch dem Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung ein Vorrang zukomme. Für § 184 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 8 StGB werde diskutiert, ob Artikel 5 Abs. 3 Satz 1 Grundgesetz im Einzelfall als Rechtfertigungsgrund oder als Tatbestandsausschluss fungiere.

c) Einzelprobleme

Für § 184 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 und Nr. 5 StGB ergäben sich Irrtumsprobleme in Bezug auf die Scheinvolljährigkeit (ein Minderjähriger wirkt volljährig) und in Bezug auf die Scheinminderjährigkeit (ein Volljähriger wirkt minderjährig).

§ 184 Abs. 1 Nr. 9 StGB stelle ein Unternehmensdelikt dar, welches gegen das im Strafrecht geltende Schuldprinzip verstoße. Denn nach dieser Vorschrift mache sich schon strafbar, wer eine pornographische Schrift auszuführen unternimmt, um sie oder aus ihr gewonnene Stücke im Ausland unter Verstoß gegen die dort geltenden Strafvorschriften zu verbreiten oder der Öffentlichkeit zugänglich zu machen oder eine solche Verwendung zu ermöglichen. Das gelte unabhängig davon, ob dieses Verhalten in Deutschland strafbewehrt ist. Die Vorschrift dürfte allerdings bedeutungslos sein, weil der Täter in der Regel gemäß § 16 StGB einem Tatbestandsirrtum unterliege. Die Vorschrift stehe im Übrigen im Widerspruch zu der Tatsache, dass pornographisches Material weltweit im Internet zugänglich sei.

d) Vorschlag

aa) § 184 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 und Nr. 5 StGB

Bezüglich der Vorschriften des § 184 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 und Nr. 5 StGB bestünden Überschneidungen zu § 27 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 Jugendschutzgesetz. Die jugendschützenden Normen sollten insgesamt in das Jugendschutzgesetz überführt werden. Ferner sollte zur Klärung des Wirkungszusammenhangs zwischen dem Konsum von Pornographie und der Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung erneut sachverständiger Rat eingeholt werden. Abhängig vom Ergebnis könne § 184 Abs. 2 StGB (Erzieherprivileg) ggf. gestrichen werden.

Diskussion:

Die Streichung von Nr. 1 und Nr. 2 fand ganz überwiegend Zustimmung. Die Vorschriften wirkten sehr antiquiert und seien im Zuge der modernen Medien nicht mehr passend. Man könne allenfalls an eine Ergänzung von § 27 Jugendschutzgesetz denken. Darüber hinaus sei an § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB zu denken. Nach dieser Vorschrift macht sich strafbar, wer auf ein Kind durch Vorzeigen pornographischer Abbildungen oder Darstellungen einwirkt.

Insoweit vermute der Gesetzgeber eine Gefährdung des Kindes. Es wurde diskutiert, ob § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB durch das Zugänglichmachen von pornographischen Abbildungen und Darstellungen ergänzt werden könne.

bb) § 184 Abs. 1 Nr. 3a, Nr. 4, Nr. 6, Nr. 7 und Nr. 8 StGB

Ferner sei § 184 Abs. 1 Nr. 3a, Nr. 4, Nr. 6, Nr. 7 und Nr. 8 StGB ersatzlos zu streichen. Es gebe keine Belege dafür, dass der Konsum von Pornographie die sexuelle Selbstbestimmung von Erwachsenen verletze. Pornographie sei zudem im Internet ohnehin frei verfügbar.

cc) § 184 Abs. 1 Nr. 9 StGB

§ 184 Abs. 1 Nr. 9 StGB solle ersatzlos gestrichen, hilfsweise in den 3. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB überführt werden.

2. Impuls von Frau Röhrig zu § 184a StGB (Verbreitung gewalt- oder tierpornographischer Schriften)

Frau Röhrig hielt ihr „Impulsreferat zu dem Reformbedarf bei dem Tatbestand des § 184a StGB – Verbreitung gewalt- oder tierpornographischer Schriften“ (**Anlage 3**). Dabei beschränkte sie sich im Hinblick auf die vorangegangenen Beiträge auf das Wesentliche:

Mit dem 4. StrRG vom 23. November 1973 sei die damalige Pornographievorschrift auf den Aspekt des Jugendschutzes und die ungewollte Konfrontation mit pornographischen Erzeugnissen beschränkt worden. Vom absoluten Verbreitungsverbot seien nur noch Darstellungen erfasst worden, die Gewalttätigkeiten, den sexuellen Missbrauch von Kindern oder sexuelle Handlungen von Menschen mit Tieren zum Gegenstand gehabt hätten. Auf diese Weise habe der Gesetzgeber verhindern wollen, dass das pornographische Material über Erwachsene in die Hände von Jugendlichen gerate. Ferner sei das absolute Verbot von harter Pornographie mit der Gefahr von Nachahmung sowie der Beeinträchtigung der seelischen Entwicklung von jungen Menschen begründet worden. Seit dem 1. April 2004 sei nunmehr § 184a StGB in Kraft, der an die Stelle von § 184 Abs. 3 StGB a. F. getreten sei. Zuletzt sei die Vorschrift mit dem 49. Strafrechtsänderungsgesetz vom 21. Januar 2015 sprachlich neu gefasst und verschlankt worden. Für die Fälle des § 184 Abs. 1 Nr. 1 StGB sei die Versuchsstrafbarkeit eingeführt worden. Bei der Vorschrift handele es sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt.

§ 184a StGB schütze die folgenden Rechtsgüter:

- Schutz der Jugend vor sexuellen Fehlentwicklungen
- Verhinderung der Gewöhnung an gewalttätige Sexualpraktiken mit daraus resultierender Nachahmung zum Nachteil des Sexualpartners
- Schutz des Bürgers vor unerwünschter Konfrontation mit Pornographie

Es müsse diskutiert werden, ob § 184a StGB unter dem Aspekt des Ultima-Ratio-Prinzips beibehalten werden solle. Reale und fiktive Gewalt werde in den Medien exzessiv dargestellt, gleichwohl knüpfe die Strafbarkeit nur an Pornographie an. Hinzu komme, dass sexuelle Handlungen mit Tieren bzw. einvernehmliche Gewaltanwendungen im Zusammenhang mit sexuellen Handlungen für sich genommen nicht unter Strafe stünden. Im Hinblick auf den Jugendschutz fehle es an Untersuchungen, inwieweit Jugendliche durch den Konsum von Gewalt- und Tierpornographie geschädigt würden. Soweit die Vorschrift ursprünglich die Gewöhnung an entsprechende Sexualpraktiken verhindern wollte bzw. den Bürger vor Konfrontation schützen wolle, sei dies vor dem Hintergrund der allgegenwärtigen Verfügbarkeit derartiger Pornographie in den Medien nicht mehr plausibel.

Diskussion:

Da die Diskussion im Wesentlichen zu den vorangegangenen Themen bereits geführt worden war, verständigte sich die Kommission darauf, zu der Frage des Wirkungszusammenhanges einen Sachverständigen anzuhören.

V. Fortsetzung der Abstimmung zum Themenkomplex 4: „Reformbedarf bei den übrigen Missbrauchstatbeständen (§§ 174a bis 174c StGB)“

Der Fragebogen, der zuletzt in der 15. Sitzung vom 14. April 2016²⁶¹ von den Mitgliedern der Reformkommission in Bezug auf Frage 1 bis 14 diskutiert wurde, wurde erneut aufgegriffen. Die Teilnehmer setzten die Diskussion bei Frage 15 fort.

Frage 15. Sollen die Tatbestandsmerkmale der „körperlichen Krankheit oder Behinderung“ aus § 174c Abs. 1 StGB entfernt werden?

a) Ja, und zwar ersatzlos, oder

²⁶¹ Vgl. Protokoll der 15. Sitzung vom 14. April 2016, Punkt III. und Punkt VI.

b) Ja, aber nur, wenn in einem zusätzlichen Absatz die Fälle der körperlichen Krankheit oder Behinderung erfasst werden, in denen die Behandlung auch zur Vornahme sexueller Handlungen genutzt wird, oder

c) Nein

§ 174c Abs. 1 StGB erfasst gegenwärtig die sexuelle Handlung an einer Person, die wegen einer körperlichen Krankheit oder Behinderung zur Beratung, Behandlung oder Betreuung anvertraut ist, soweit der Täter das Beratungs- Behandlungs- oder Betreuungsverhältnis missbraucht. Es stelle sich die Frage, ob die Vorschrift zu weit sei, weil sie auch die rein körperliche Krankheit oder Behinderung, z. B. auch den Patienten mit Ohrenschmerzen, erfasse. Dies sei bedenklich, da das Gesetz in § 174c Abs. 1 StGB auch einvernehmliche Sexualkontakte unter Strafe stelle und damit das Einverständnis der kranken oder der Person mit Behinderung als grundsätzlich unwirksam ansehe. Vor diesem Hintergrund sei zu überlegen, die körperliche Krankheit oder Behinderung aus dem Tatbestand zu entfernen, da es sich bei diesen Personen nicht um Menschen handle, die typischerweise einer Gefahrenlage ausgesetzt seien.

Gegen eine Streichung von „körperlicher Krankheit oder Behinderung“ wurde vorgetragen, dass etwa Behandlungen durch den Gynäkologen, bei denen die Patientin sich sehr exponiere, dann nicht mehr vom Straftatbestand erfasst seien. Das Arzt-Patienten-Verhältnis sei zwar kein eindeutiges Über-/ Unterordnungsverhältnis. Es müsse dennoch als ein besonderes Vertrauensverhältnis behandelt werden. Für echte Liebesverhältnisse bliebe das Korrektiv über das Tatbestandsmerkmal „Missbrauch des Behandlungsverhältnisses“.

Darüber hinausgehend wurde vertreten, es müssten sogar Untersuchungen erfasst werden, welche unabhängig von einer körperlichen Krankheit stattfänden, wie dies z. B. bei der Vor- oder Nachsorgeuntersuchung der Fall sei. In diesem Rahmen vorgenommene Missbrauchsfälle seien gegenwärtig nicht von § 174c Abs. 1 StGB erfasst, da die Vorschrift auf eine durch die Krankheit oder Behinderung veranlasste Behandlung abstelle. Daran anknüpfend wurde der Vorschlag entwickelt, die Fälle der körperlichen Krankheit oder Behinderung, in denen die Behandlung zugleich zur Vornahme sexueller Handlungen genutzt würde, in einem gesonderten Absatz des § 174c StGB zu erfassen (dem entspricht Antwortmöglichkeit b). Antwort b) ersetzt die ursprüngliche Antwort: „b) Nein, aber der Tatbestand soll dahingehend eingeschränkt werden, dass sich der Beschuldigte nur dann strafbar macht, wenn er in diesem Fall die Krankheit oder Hilfsbedürftigkeit des Opfers ausnutzt“). Dies hätte den Vorteil, dass einvernehmliche Sexualkontakte tatbestandlich nicht erfasst würden. Die Formulierung „zur Vornahme sexueller Handlungen genutzt“ in Antwortmöglichkeit b) solle aber

kein Absichtserfordernis begründen. Die Fälle der Vor- und Nachsorgeuntersuchung würden aber auch von dem neuen Absatz nicht erfasst, so dass deren Aufnahme in einer gesonderten Frage zur Abstimmung gestellt werden soll.

Fazit: Auf der Grundlage der dargestellten Diskussion wurde die Frage 15 wie oben (Fett-druck) ersichtlich neu gefasst.

Abstimmung: a): 1 Mitglied; b): 6 Mitglieder; c): 2 Mitglieder

Frage 16: Soll § 174c Absatz 1 StGB oder der neue Absatz – unterstellt bei Frage 15 wurde b) bejaht – dahingehend ergänzt werden, dass auch Vorsorge- und Nachsorgeuntersuchungen erfasst werden?

Die Frage wurde vor dem Hintergrund der Diskussion zu Frage 15 neu in den Fragebogen aufgenommen.

Abstimmung: Ja: 6 Mitglieder; Nein: 2 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 17: Soll § 174c Abs. 2 StGB erweitert werden mit dem Ziel, auch Personen, die nicht anerkannte, sondern „alternative“ Therapieformen anbieten sowie „Scharlatane“ mit zu erfassen?

Die ursprüngliche Fassung der Frage lautete wie folgt:

16. Soll § 174c Abs. 2 StGB dahingehend eine Klarstellung erfahren, dass auch Personen, die nicht anerkannte, sondern „alternative“ Therapieformen anbieten sowie „Außenseiter“ oder „Scharlatane zum Kreis der potentiellen Täter gehören? (3 Antwortmöglichkeiten)

a) Ja oder

b) Nein, es soll aber ein Tatbestand geschaffen werden, der die Vornahme sexueller Handlungen an einem vom Täter mit diesem Ziel getäuschten Opfer strafrechtlich erfasst, oder

c) Nein.

Gegenwärtig seien sogenannte Scharlatane nicht vom Anwendungsbereich des § 174c Abs. 2 StGB erfasst. Denn der Begriff der „psychotherapeutischen Behandlung“ sei an die Definition des Psychotherapeutengesetzes geknüpft, so dass der Täter ein Psychotherapeut sein müsse, der eine anerkannte Behandlungsmethode anwende. Vor diesem Hintergrund

wurde vorgeschlagen, künftig neben den Psychotherapeuten auch solche Personen in den Tatbestand aufzunehmen, die sich als Psychotherapeut ausgeben. Der Vorschlag, künftig nur noch auf eine Behandlung – statt wie bisher auf eine psychotherapeutische Behandlung – abzustellen, stieß hingegen auf Bedenken. Denn dann wäre etwa auch der Facharzt, der gleichzeitig auch Psychotherapeut ist, von der Vorschrift erfasst, obwohl die Behandlung keine psychotherapeutische sei.

Darüber hinaus wurde erwogen, tatbestandlich auf den Aspekt der Täuschung abzustellen. Da Täuschungsfälle allerdings kein spezifisches Problem in Arzt-Patienten-Verhältnissen seien, sondern auch in anderen Lebens- und Berufsbereichen vorkämen, böte es sich an, einen allgemeinen Tatbestand zu schaffen, der an die Täuschung anknüpfe. Teilweise wurde die Idee eines allgemeinen Täuschungstatbestandes abgelehnt, weil die Täuschungshandlung auf das in Bezug auf den jeweiligen Lebensbereich geschützte Rechtsgut bezogen werden müsse. Die Kommissionsmitglieder entschieden, die Frage nach einem allgemeinen Täuschungstatbestand auf einen späteren Zeitpunkt zu verschieben.

Fazit: Auf der Grundlage der dargestellten Diskussion wurde die Frage 15 wie oben (Fett-druck) ersichtlich neu gefasst.

Abstimmung: Ja: 6 Mitglieder; Nein: 3 Mitglieder

Die ursprüngliche und vorab übersandte Frage 17 wurde gestrichen. Diese ging bereits vollständig in der geänderten Fassung der Frage 4 auf.

VI. Fortsetzung der Abstimmung zum Themenkomplex 3: „Reformbedarf bei den Straftatbeständen des sexuellen Missbrauchs von Kindern und Jugendlichen und des sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen“

Der Fragebogen, der zuletzt in der 14. Sitzung vom 18. März 2016²⁶² von den Mitgliedern der Reformkommission in Bezug auf Frage 1l bis p diskutiert wurde, wurde erneut aufgegriffen. Die Teilnehmer setzten die Diskussion bei Frage 2d fort²⁶³.

Frage 2: Reformbedarf bei § 174 StGB (Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen)

²⁶² Vgl. Protokoll der 14. Sitzung vom 18. März 2016, Punkt VI.

²⁶³ Die Frage 2d wurde in der 13. Sitzung vom 17. März 2016 unter Punkt VI.2 zunächst zurückgestellt.

d)²⁶⁴ Unterstellt, Frage 2a wird bejaht: Welcher Strafraumen soll in Bezug auf sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt in den neuen Tatbestand übernommen werden?

aa) Der Strafraumen des § 174 Abs. 3 StGB (Geldstrafe bis 3 Jahre Freiheitsstrafe) soll übernommen werden.

bb) Der Strafraumen des § 180 Abs. 3 StGB (Geldstrafe bis 5 Jahre Freiheitsstrafe) soll übernommen werden.

Ein Mitglied wies darauf hin, dass in diesem Zusammenhang auch § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB zu berücksichtigen sei. Gemäß § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB wird mit Freiheitsstrafe von 3 Monaten bis zu 5 Jahren bestraft, wer sexuelle Handlungen vor einem Kind vornimmt. Demgegenüber erfasse § 174 StGB nicht nur Kinder, sondern Personen unter 16 bzw. 18 Jahren. Werde die Tat zum Nachteil eines Kindes begangen, stehe § 174 in Tateinheit zu § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB. Vor diesem Hintergrund wurde die Auffassung vertreten, dass der Vergleich zu § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB in Bezug auf § 174 StGB für einen Strafraumen bis zu 3 Jahren Freiheitsstrafe spreche, um die Abstufung zu § 174 StGB zu verdeutlichen.

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

Abstimmung: aa): 6 Mitglieder; bb): 3 Mitglieder

f) Soll § 174 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB dahingehend geändert werden, dass erstens: einheitlich Personen unter 18 Jahren erfasst werden, die dem Täter zur Erziehung, oder zur Betreuung anvertraut sind und zugleich auf das Erfordernis des Missbrauchs einer mit dem Erziehungs-, oder Betreuungsverhältnis verbundenen Abhängigkeit verzichtet werden und

zweitens: einheitlich Personen unter 18 Jahren erfasst werden, die dem Täter im Rahmen eines Dienst-, Ausbildungs- oder Arbeitsverhältnisses untergeordnet sind und bei denen der Täter zusätzlich eine mit dem Dienst-, Ausbildungs- oder Arbeitsverhältnis verbundene Abhängigkeit missbraucht?

Es wurde erläutert, dass § 174 Abs. 1 Nr. 1 und 2 StGB derzeit zwischen Personen unter 16 Jahren bzw. unter 18 Jahren differenziere, wobei das Gesetz für Personen unter

²⁶⁴ Frage 2a) lautete: „Sollen die Vorschriften betreffend den sexuellen Missbrauch von Schutzbefohlenen (§ 174 und § 180 Abs. 3 StGB) in einer Norm geregelt werden?“ Antwort: Ja: alle, der am 17. März 2016 anwesenden 7 Mitglieder ; Nein: 0 der am 17. März 2016 anwesenden Mitglieder.

18 Jahren zusätzlich den Missbrauch einer mit dem Erziehungs-, Ausbildungs-, Betreuungs-, Dienst- oder Arbeitsverhältnis verbundenen Abhängigkeit voraussetze. Es stelle sich die Frage nach einer sinnvollen Umstrukturierung. So könne die Schutzaltersstufe einheitlich auf Personen unter 18 Jahren festgelegt werden. Darüber hinaus könne überlegt werden, ob im Hinblick auf das Anvertrautsein zur Erziehung oder Betreuung das zusätzliche Kriterium des Missbrauchs einer mit dem Erziehungs- oder Betreuungsverhältnis verbundenen Abhängigkeit verzichtet werden kann. Gleichzeitig könne in Bezug auf Dienst-, Ausbildungs- oder Arbeitsverhältnisse der Missbrauch des Dienst-, Ausbildungs- oder Arbeitsverhältnis beibehalten werden.

In Bezug auf das Ausbildungsverhältnis ging dieser Überlegung eine Diskussion voran, ob diesbezüglich ein Missbrauchsverhältnis erforderlich sei oder nicht. Da Arbeitnehmer und Auszubildende arbeitsrechtlich weitgehend gleich behandelt würden und der Status oftmals wechsele, sollten beiden Verhältnisse gleich behandelt werden (Die ursprüngliche Fassung der Frage hatte diesen Punkt noch offen gelassen.)

Die Erziehungs- und Betreuungsverhältnisse bedürften keines zusätzlichen Missbrauchsverhältnisses, weil diesbezüglich ein solcher Missbrauch regelmäßig zu vermuten sei und zwar auch in Bezug auf Personen unter 18 Jahren. Diese Verhältnisse sollten daher von Sexualkontakten freigehalten werden. Innerhalb eines Dienst-, Ausbildungs- oder Arbeitsverhältnisses (Nr. 2) könne es hingegen durchaus zu nicht strafwürdigen einvernehmlichen Sexualkontakten kommen, weshalb die Strafbarkeit dort durch das zusätzliche Kriterium des Missbrauchs des Verhältnisses begrenzt werden sollte.

Fazit: Auf der Grundlage der dargestellten Diskussion wurde die Frage 2f wie oben (Fett-druck) ersichtlich neu gefasst.

Abstimmung: Ja: 9 Mitglieder; Nein: 0 Mitglieder

g) Soll § 174 Abs. 1 Nr. 3 StGB um Fälle erweitert werden, bei denen der Täter mit dem Opfer in häuslicher Gemeinschaft lebt?

Gegen eine solche Erweiterung wurde vorgebracht, dass derartige Fälle bereits durch § 182 Abs. 3 StGB hinreichend erfasst werden könnten. Gemäß § 182 Abs. 3 StGB macht sich eine Person über 21 Jahre strafbar, die eine Person unter 16 Jahren dadurch missbraucht, dass sie sexuelle Handlungen mit ihr vornimmt und dabei die ihr gegenüber fehlende Fähig-

keit des Opfers zur sexuellen Selbstbestimmung ausnutzt. § 174 Abs. 1 Nr. 3 StGB sei im Vergleich zu § 182 Abs. 3 StGB zwar weiter angelegt, weil die Vorschrift nicht auf die Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung abstelle. Andererseits müsse man auch sehen, dass eine Erweiterung des § 174 Abs. 1 Nr. 3 StGB auch Mitglieder einer Wohngemeinschaft in den potenziellen Täterkreis aufnehmen würde.

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

Abstimmung: Ja: 0 Mitglieder; Nein: 9 Mitglieder

h) Soll § 174 Abs. 2 StGB im Hinblick auf die Regelung des § 182 Abs. 3 StGB gestrichen werden?

§ 174 Abs. 2 StGB sollte speziell den Vertretungslehrer-Fall erfassen. Diese Fälle würden möglicherweise bereits durch § 182 Abs. 3 StGB erfasst. Dagegen wurde eingewandt, dass § 182 Abs. 3 StGB gegenüber § 174 Abs. 3 StGB zusätzliche Kriterien erfordere, namentlich das Ausnutzen der dem Täter gegenüber fehlenden Fähigkeit des Opfers zur sexuellen Selbstbestimmung. Dieses sei in der Praxis regelmäßig nicht nachweisbar.

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

Abstimmung: Ja: 0 Mitglieder; Nein: 9 Mitglieder

i) Soll § 174 Abs. 2 StGB dahingehend geändert werden, dass Ausbildungsverhältnisse ausgenommen werden?

Diese Frage wurde vor dem Hintergrund der Diskussion zu Frage 2j neu in den Fragebogen aufgenommen. Da sich die Mitglieder im Zuge der Frage 2f dafür ausgesprochen hatten, dass sich der Täter in Bezug auf Personen unter 18 Jahren, die sich in einem Ausbildungsverhältnis befinden, nur dann strafbar machen kann, wenn er dieses Ausbildungsverhältnis ausnutzt, bestand der Wunsch diesbezüglich zwischen § 174 Abs. 1 StGB und § 174 Abs. 2 StGB einen Gleichklang zu schaffen. Demnach bestünden folgende Möglichkeiten: Die Ausbildungsverhältnisse könnten gänzlich aus der Vorschrift herausgenommen werden. Andernfalls müsse entweder im Falle der Streichung von § 174 Abs. 2 Nr. 1 StGB das gegenwärtig erforderliche Ausnutzen als Korrektiv in § 174 Abs. 2 Nr. 2 StGB beibehalten werden oder

im Falle der Streichung von § 174 Abs. 2 Nr. 2 StGB müsse das Ausnutzen als Korrektiv in den § 174 Abs. 2 Nr. 1 StGB zusätzlich eingefügt werden.

Fazit: Die Frage wurde neu aufgenommen.

Abstimmung: Ja: 7 Mitglieder; Nein: 2 Mitglieder

j) Unterstellt Frage 2h wird verneint: Soll § 174 Abs. 2 StGB wie folgt geändert werden?

aa) § 174 Abs. 2 Nr. 2 StGB wird gestrichen und die Altersgrenze in § 174 Abs. 2 Nr. 1 StGB wird auf Personen unter 18 Jahren angehoben, oder

bb) § 174 Abs. 2 Nr. 1 StGB wird gestrichen, oder

cc) § 174 Abs. 2 StGB wird in der jetzigen Fassung belassen

Gegenwärtig stelle § 174 Abs. 2 StGB auf Personen unter 16 Jahren (Nr. 1) und auf Personen unter 18 Jahren (Nr. 2) ab. Es sei zu überlegen, ob die Schutzaltersgrenze einheitlich auf unter 18 Jahren angehoben werden sollte. Daran anschließend müsste geklärt werden, ob der Täter zusätzlich seine Stellung zu der Person unter 18 Jahren ausnutzen müsse, wie dies derzeit in § 174 Abs. 2 Nr. 2 StGB für die unter 18jährigen vorgesehen sei. Durch den Zusatz des Ausnutzens würde die Strafbarkeit in Bezug auf die Personen unter 16 Jahren, bei denen ein Ausnutzen der Stellung nach § 174 Abs. 2 Nr. 1 StGB gegenwärtig nicht erforderlich ist, eingeschränkt werden. Dem entspräche Antwortmöglichkeit bb). Sollte fortan abstellend auf Personen unter 18 Jahren stets auf ein Ausnutzen der Stellung des Täters verzichtet werden, bedeutete dies demgegenüber eine Ausdehnung der Strafbarkeit. Denn dieses Tatbestandsmerkmal würde in Bezug auf Personen unter 18 Jahren in § 174 Abs. 2 Nr. 2 StGB entfallen. Dem entspräche Antwortmöglichkeit aa).

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

Abstimmung: aa): 0 Mitglieder; bb): 7 Mitglieder; cc): 2 Mitglieder

k) Unterstellt, Frage 2h wird verneint: Soll in § 174 Abs. 2 Nr. 2 StGB das Tatbestandsmerkmal des Ausnutzens durch das Tatbestandsmerkmal des Missbrauchens ersetzt werden?

Die Ursprungsfassung der – ursprünglich in der übersandten Fassung als Frage j geführten – Frage wurde dahingehend verändert, dass anstelle von „Tathandlung“ von „Tatbestandsmerkmal“ gesprochen werden sollte, da die Tathandlung die Vornahme der sexuellen Handlung und nicht der Missbrauch oder das Ausnutzen sei.

Der Hintergrund dieser Frage bestünde darin, dass das Gesetz in § 174 Abs. 1 Nr. 2 StGB von Missbrauch und in § 174 Abs. 2 Nr. 2 StGB von Ausnutzen spreche, ohne dass hierfür ein Grund ersichtlich sei. Das Gesetz verwende „Ausnutzen“ grundsätzlich eher im Kontext von Lagen oder Situationen (z. B. Ausnutzen einer schutzlosen Lage). Missbrauch beziehe sich demgegenüber auf das Opfer.

Fazit: Auf der Grundlage der dargestellten Diskussion wurde die Frage 2k wie oben (Fett-druck) ersichtlich neu gefasst.

Abstimmung: Ja: 8 Mitglieder; Nein: 1 Mitglied

Im Nachgang zur Abstimmung wurde angeregt zu prüfen, ob der Gesetzgeber für die abweichende Formulierung des Ausnutzens eine Begründung gegeben habe. Eine Prüfung bis zur nächsten Sitzung wurde zugesagt.

VII. Nächste Sitzung

Die nächste Sitzung findet am 20. Mai 2016 in der Zeit von 11.00 Uhr bis 17.00 Uhr im BMJV statt.

17. Sitzung am 20. Mai 2016

Protokoll
der 17. Sitzung der Reformkommission
zur Überarbeitung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches
im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
am 20. Mai 2016
11:00 – 17:00 Uhr

I. Anwesenheit

1. Mitglieder der Reformkommission

- Frau LOStAin Birgit Cirullies
- Frau RAin Christina Clemm (ab Verlauf zu TOP III.)
- Herr StA Christian Kohle
- Herr Prof. Dr. Klaus Laubenthal
- Herr MR Peter Marx
- Frau RinBGH Dr. Ursula Schneider
- Herr KD Jürgen Thiele
- Frau RAin Elke Thom-Eben
- Herr Prof. Dr. Gereon Wolters

An der Teilnahme verhindert waren:

- Herr Prof. Dr. Jörg Eisele
- Frau Prof. Dr. Tatjana Hörnle
- Frau RinOLG Andrea Röhrig

2. Für das BMJV

- Herr AL II Hans Georg Baumann (vormittags)
- Herr UAL II A Dr. Bernhard Böhm
- Frau RLn II A 7 Susanne Bunke
- Frau RDn Dr. Garonne Bezjak
- Frau Liza Kniep

II. Eröffnung der Sitzung und Begrüßung der Mitglieder

Herr Baumann begrüßte die Mitglieder der Reformkommission und eröffnete die Sitzung.

III. Diskussion zum parlamentarischen Verfahren betreffend den Regierungsentwurf zur Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung

Vor dem Hintergrund des laufenden parlamentarischen Verfahrens zum Regierungsentwurf zur Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung (RegE) informierte Herr Baumann die Mitglieder der Reformkommission über den aktuellen Stand der politischen Diskussion im Sexualstrafrecht. Eingangs teilte er mit, dass Herr Bundesminister Heiko Maas gerne persönlich zu den Mitgliedern der Reformkommission gesprochen hätte. Da ihm dies aber aus terminlichen Gründen leider nicht möglich gewesen sei, wolle sich Herr Minister persönlich mit einem Brief an die Mitglieder der Reformkommission wenden.

Herr Baumann versicherte, dass Herrn Minister eine umfassende Reform des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des StGB am Herzen liege. Dies gelte ganz unabhängig davon, in welchem Umfang der RegE im Laufe des parlamentarischen Verfahrens Weiterungen erfahren werde. Es werde sich allerdings unter Berücksichtigung des gegenwärtigen politischen Klimas kaum verhindern lassen, dass der RegE Weiterungen erfahren werde. Zu diesen gehöre aller Voraussicht nach die Aufnahme eines Tatbestandes der sexuellen Belästigung. Unklar sei dies für die Nichteinverständnislösung und für die Schaffung eines Straftatbestandes, mit dem Anwesende einer Gruppe bestraft werden sollen, aus der heraus Sexualstraftaten begangen werden.

Von Seiten des BMJV werde alles daran gesetzt, die Arbeit der Reformkommission zu einem positiven Abschluss zu bringen. Es sei beabsichtigt, auf der Grundlage der Empfehlungen der Reformkommission einen Gesetzentwurf für eine grundlegende Reform des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des StGB zu erarbeiten, der in das parlamentarische Verfahren eingebracht werden solle.

Diskussion:

Die Mitglieder der Reformkommission sprachen sich mit großer Mehrheit dafür aus, die Arbeit fortzusetzen. Es sei bereits viel Fachliches geleistet und zusammengetragen worden und zwar überwiegend zu Bereichen des Sexualstrafrechts, die durch das gegenwärtige parlamentarische Verfahren nicht tangiert würden. Gleichwohl sei es unglücklich, dass mit dem RegE und den möglichen Weiterungen eine neue Faktengrundlage geschaffen werde, die die gegenwärtigen Diskussionen in der Reformkommission zu den betroffenen Punkten we-

sentlich erschwere. Die Ergebnisse der Reformkommission müssten daher nach Eintritt einer Gesetzesänderung teilweise erneut zur Diskussion gestellt werden.

Ein Mitglied stellte die Frage zur Diskussion, ob die Reformkommission nicht die aktuellen Überlegungen zur Etablierung der „Nein-heißt-Nein“-Lösung unterstützen sollten. Hiergegen wurde eingewandt, dass es nicht zur Aufgabe der Reformkommission gehöre, sich nach außen in die gegenwärtige öffentliche Debatte einzuschalten. Die Aufgabe bestehe vielmehr darin, ein Gesamtkonzept aus einem Guss für den 13. Abschnitt des StGB zu erarbeiten. Das schließe natürlich nicht aus, dass man sich intern mit bestehenden Überlegungen auseinandersetze. Denn es gehe nicht darum, den RegE und seine Weiterungen aus der Diskussion innerhalb der Reformkommission herauszuhalten.

IV. Impuls zum Themenkomplex 10: „Materielle und prozessuale Folgeänderungen“

Herr Kohle trug sein Impulsreferat zum Thema „Einbeziehung der Sexualdelikte in § 138 StGB (Nichtanzeige geplanter Straftaten)“ vor (**Anlage**). Gemäß § 138 Abs. 1 StGB macht sich strafbar, wer von dem Vorhaben oder der Ausführung bestimmter Straftaten zu einer Zeit glaubhaft erfährt, zu der die Ausführung oder der Erfolg noch abgewendet werden kann und es unterlässt, der Behörde oder dem Bedrohten rechtzeitig Anzeige zu erstatten. Das geschützte Rechtsgut bestimme sich nach h. M. nach dem geschützten Rechtsgut des Straftatbestandes, dessen Anzeige unterlassen werde. § 138 StGB bezwecke die Verhütung deliktischer Erfolge durch eine Vorverlagerung des strafrechtlichen Schutzes. Die Vorschriften spiele sowohl in der Polizeilichen Kriminalstatistik (PKS) als auch in der Strafverfolgungsstatistik nur eine geringe Rolle. Ausweislich der PKS habe es im Jahr 2014 36 Fälle mit insgesamt 48 Tatverdächtigen gegeben. Die Strafverfolgungsstatistik weise für das Jahr 2014 11 nach allgemeinem Strafrecht Abgeurteilte und 8 nach Jugendstrafrecht Abgeurteilte auf. Dabei sei zu berücksichtigen, dass Beteiligte an der Tat nicht anzeigespflichtig seien und daher nicht Täter des § 138 StGB sein könnten.

Grundsätzlich könne man entweder daran denken, die Nichtanzeige jeder geplanten Straftat zu kriminalisieren oder daran, den § 138 StGB insgesamt zu streichen. Beide Ansätze sollten nach Auffassung von Herrn Kohle jedoch nicht verfolgt werden. Die Arbeitsgruppe „Schutz der Allgemeinheit vor gefährlichen Sexualstraftätern“ der Projektleitung Polizeiliche Kriminalprävention habe vorgeschlagen, § 138 StGB um bestimmte Sexualstraftaten zu erweitern. Dagegen habe sich jedoch u. a. der Rechtsausschuss des Bundestages ausgesprochen. Denn es sei nach Anhörung von Sachverständigen zweifelhaft, ob sich der strafrechtliche Schutz von Kindern auf diesem Weg tatsächlich verbessern lasse. Problematisch sei insbe-

sondere, dass Personen aus dem sozialen Nahbereich des Opfers aus Furcht vor eigener Strafverfolgung von einer Anzeige absehen könnten. Ferner könnten Zeugen mit Blick auf eine Strafbarkeit nach § 138 StGB von ihrem Schweigerecht Gebrauch machen. Schließlich sei der Vorschlag auch deswegen fallengelassen worden, weil sich eine hinreichende Strafbarkeit auch ohne die Erweiterung des § 138 StGB bereits aus der Garantenstellung bzw. aus § 323c StGB (Unterlassene Hilfeleistung) ergebe.

Unabhängig davon spreche gegen die Aufnahme von bestimmten Sexualdelikten in § 138 StGB, dass die Vorschrift keinen einheitlichen Maßstab erkennen lasse, anhand dessen nachvollziehbar entschieden werden könnte, ob und wenn ja, welche Sexualstraftatbestände in den Katalog aufzunehmen seien. So gebe es etwa keine systematischen Anhaltspunkte dafür, welche Straftatbestände Aufnahme finden sollten, denn § 138 StGB erfasse sowohl Vergehen als auch Verbrechen. Aus § 138 StGB ergebe sich auch nicht nachvollziehbar, welche Rechtsgüter besonders geschützt werden sollten. Es lasse sich ferner nicht empirisch feststellen, für welche Deliktsfelder es besonders wichtig wäre, durch eine strafbewehrte Anzeigepflicht deliktische Planungen im Vorfeld zu verhindern (Aspekt der Präventions-tauglichkeit).

Brauchbare Kriterien könnten demgegenüber grundsätzlich aus folgenden Aspekten gewonnen werden: Als formales Abgrenzungskriterium könne man erwägen, auf die Schwere der geplanten Straftat abzustellen und etwa unter Zugrundelegung einer Mindeststrafandrohung von 2 Jahren Freiheitsstrafe die §§ 176a Abs. 2, 3 und 5, 176b, 177 Abs. 2 und 4, 178, 179 Abs. 5 und 7 StGB für den Straftatenkatalog des § 138 StGB heranziehen. Ferner könne man die Sexualdelikte einbeziehen, die eine Todesfolge voraussetzen (namentlich §§ 176b und 178 StGB) und die damit das Leben als besonders hochwertiges Rechtsgut mit in ihren Schutzbereich aufnehmen. Darüber hinaus könne man auf die Straftatbestände abstellen, bei denen Mitwisserschaft tendenziell eher zu erwarten sei als bei anderen Deliktstypen. Unter diesem Aspekt kämen sowohl Bandendelikte als auch Straftatbestände in Betracht, bei denen die gemeinschaftliche Tatbegehung strafscharfend gewertet werde (namentlich § 176a Abs. 2 Nr. 2, § 177 Abs. 2 Nr. 2 und § 179 Abs. 5 Nr. 2 StGB).

Im Ergebnis solle aber von der isolierten Einbeziehung einzelner Sexualdelikte gleichwohl Abstand genommen werden, da es in der Gesamtschau an nachvollziehbaren und stringen-ten Kriterien fehle, nach denen sich die strafbewehrte Anzeigepflicht bemesse. Das Fehlen solcher Kriterien führe beim Normadressaten zu Verunsicherungen darüber, welche Strafta-ten er anzuzeigen habe und welche nicht. Diese Verunsicherung würde sich durch die Auf-

nahme weiterer Delikte aus dem Bereich des Sexualstrafrechts lediglich verfestigen, da einer solchen Aufnahme kein einsichtiges Grundkonzept zugrunde liege.

Diskussion:

Teilweise wurde vertreten, dass die Anzeigepflicht losgelöst von § 138 StGB diskutiert werden müsse. So könne z. B. an die Verbesserung von Meldepflichten für Ärzte gedacht werden. Eine Anzeigepflicht gestalte sich ohnehin schwierig, weil Vergewaltigung und Kindesmissbrauch üblicherweise nicht geplant seien. Soweit etwa die Mutter gleichwohl Anhaltspunkte für einen Missbrauch entdecke, sei sie ohnehin der Gefahr einer Strafbarkeit aus Garantenstellung ausgesetzt, wenn sie nicht einschreite. Es sei wahrscheinlich, dass die Mütter das Geschehen nicht anzeigen, sondern sich von ihrem missbrauchenden Partner trennen und mit dem Kind ausziehen. Vor Gericht seien demgegenüber häufig Fälle, bei denen das Kind sich Dritten (Schulfreundin, Lehrer etc.) anvertraut habe. Diese Personen sollten ebenso wie Personen aus dem sozialen Nahbereich nicht mit einer strafbewehrten Anzeigepflicht überzogen werden, denn die Gefahr einer Kriminalisierung könne sie anderenfalls davon abhalten, helfend tätig zu werden. In diesem Kontext hätten die Opferschutzverbände auch argumentiert, dass die Gefahr bestünde, dass der Missbrauchende das Kind nicht mehr zum Arzt schicke, weil er befürchten müsse, dass der Arzt den Kindesmissbrauch melde. Gegen die Aufnahme von einigen Sexualdelikten in den Katalog von § 138 StGB wurde ferner angeführt, dass dies einen Dambruch nach sich ziehe und nach und nach weitere Sexualdelikte Eingang in § 138 StGB erhielten.

Vereinzelt wurde sich dafür ausgesprochen, besonders schwere Sexualdelikte in § 138 StGB aufzunehmen, um zu verdeutlichen, dass diese Straftaten besonders gravierend seien. Aus kriminologischer Sicht geschehe der sexuelle Missbrauch nicht zwingend spontan und ungeplant. Zu denken sei insbesondere an den rituellen Missbrauch und an Pädophile, die sich z. B. in Organisationen zusammenschließen, um gemeinsam als Sextouristen zu reisen und im Ausland Kinder zu missbrauchen.

Die vermittelnde Idee, in den Katalog des § 138 StGB eine Formulierung aufzunehmen, nach der Straftaten erfasst werden, mit denen das Opfer körperlich oder psychisch schwer geschädigt wird, wurde als zu unbestimmt zurückgewiesen.

Die Mitglieder der Reformkommission entschieden, über die Frage der Aufnahme von Sexualdelikten in den Katalog des § 138 StGB sofort abzustimmen und warfen die folgende Frage auf:

Frage: Sollen die Katalogtaten in § 138 Abs. 1 StGB um bestimmte Straftatbestände aus dem 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB ergänzt werden?

Abstimmung: Ja: 1 Mitglied; Nein: 8 Mitglieder

V. Organisatorisches

Gegen die Protokolle der 13. und 14. Sitzung wurden keine Einwendungen erhoben.

VI. Abstimmung zum Themenkomplex 3: „Reformbedarf bei den Straftatbeständen des sexuellen Missbrauchs von Kindern und Jugendlichen und des sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen“

Der Fragebogen, der zuletzt in der 14. Sitzung vom 18. März 2016 (Fragen 1l bis p) und in der 16. Sitzung vom 15. April 2016 (Fragen 2d bis k) von den Mitgliedern der Reformkommission²⁶⁵ zur Abstimmung gestellt wurde, wurde erneut aufgegriffen. Die Teilnehmer setzten die Diskussion fort und griffen zunächst erneut die Frage 2k) auf.

Frage 2: Reformbedarf bei § 174 StGB (Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen)

k) Unterstellt, Frage 2h²⁶⁶ wird verneint: Soll in § 174 Abs. 2 Nr. 2 StGB das Tatbestandsmerkmal des Ausnutzens durch das Tatbestandsmerkmal des Missbrauchens ersetzt werden?

Über diese Frage wurde bereits in der 16. Sitzung abgestimmt. Im Nachgang zur dortigen Abstimmung wurde angeregt, zu prüfen, ob der Gesetzgeber für die abweichende Formulierung des Ausnutzens eine Begründung gegeben habe.²⁶⁷ Nach Prüfung konnte nunmehr mitgeteilt werden, dass sich aus der Gesetzesbegründung hierfür keine Anhaltspunkte ergeben. Ein Mitglied stellte die Vermutung auf, dass § 174 Abs. 1 Nr. 2 StGB mit der Formulierung „unter Missbrauch“ das unmittelbare Verhältnis zwischen Täter und Opfer meint, welches sich einer mit dem Erziehungs-, Ausbildungs-, Betreuungs-, Dienst- oder Arbeitsverhältnis verbundenen Abhängigkeit manifestiere, während es in § 174 Abs. 2 Nr. 2 StGB an einem solchen unmittelbaren Verhältnis fehle, so dass das Gesetz „unter Ausnutzung“ for-

²⁶⁵ Vgl. Protokoll der 14. Sitzung der Reformkommission, Punkt VI. und Protokoll der 16. Sitzung der Reformkommission, Punkt IV.

²⁶⁶ Frage h) lautet: „Soll § 174 Abs. 2 StGB im Hinblick auf die Regelung des § 182 Abs. 3 StGB gestrichen werden?“

²⁶⁷ Vgl. Protokoll der 16. Sitzung der Reformkommission, Punkt IV.

muliere. Die Teilnehmer diskutierten darüber, ob es zwischen den verschiedenen Formulierungen einen inhaltlichen Unterschied gebe.

Fazit: Die Frage wurde erneut zur Abstimmung gestellt.

Abstimmung: Ja: 2 Mitglieder; Nein: 7 Mitglieder

I) Soll § 174 Abs. 5 StGB auch auf die Fälle von § 174 Abs. 1 Nr. 3 StGB zur Anwendung kommen?

a) Ja oder

b) Ja, mit Ausnahme der Fälle der leiblichen und rechtlichen Abkömmlinge, oder

c) Ja, mit Ausnahme der Fälle der leiblichen Abkömmlinge, oder

d) Nein

Die ursprüngliche Fassung der Frage lautete wie folgt:

Frage 2k) Soll § 174 Abs. 5 StGB auch auf die mit dem 49. Strafrechtsänderungsgesetz – Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht in § 174 Abs. 1 Nr. 3 StGB eingeführten neuen Tatbestandsvarianten zur Anwendung kommen?

Die Mitglieder diskutierten, ob und inwieweit das Gericht in den Fällen des § 174 Abs. 1 Nr. 3 StGB gemäß § 174 Abs. 5 StGB von einer Bestrafung absehen können soll, wenn das Unrecht der Tat gering ist. Dabei wurde insbesondere die Frage aufgeworfen, inwieweit zwischen leiblichen und rechtlichen Abkömmlingen des Täters differenziert werden müsse. Teilweise wurde aus historischen Gesichtspunkten heraus ein Bedürfnis für eine Differenzierung bejaht. Denn es sei ein Unterschied, ob sexuelle Handlungen mit einem leiblichen Abkömmling vorgenommen würden oder „nur“ mit einem Abkömmling, bei dem der Täter etwa das Kind adoptiert hat, ohne der leibliche Vater zu sein. Soweit die „Leibesbande“ einem Absehen von Strafe von vornherein entgegenstünde, könne dieser Aspekt auch im Hinblick auf den gesamten § 174 Abs. 1 StGB in Verbindung mit § 174 Abs. 5 StGB berücksichtigt werden. Gegen Letzteres spreche allerdings, dass § 174 Abs. 1 Nr. 2 StGB ohnehin voraussetze, dass die sexuelle Handlung unter Missbrauch eines besonderen Verhältnisses stattfinden müsse. Wenn ein solcher Missbrauch vorliege, sei das Unrecht der Tat niemals gering.

Vereinzelt wurde vorgeschlagen, nicht zwischen leiblichen und rechtlichen Abkömmling des Täters zu differenzieren, sondern das Gericht jeweils im Einzelfall entscheiden zu lassen.

Hiergegen wurde jedoch vorgebracht, dass das Gericht diesbezüglich auf Vorgaben angewiesen sei und diese Frage vom Gesetzgeber zu klären sei. Außerdem müsse man sich die Frage stellen, ob zwischen leiblichen und rechtlichen Abkömmlingen tatsächlich ein solcher Unterschied bestehe, dass eine unterschiedliche Behandlung in Hinblick auf § 174 Abs. 5 StGB angezeigt sei.

Fazit: Auf der Grundlage der dargestellten Diskussion wurde die Frage 2I wie oben (Fett-druck) ersichtlich neu gefasst.

Abstimmung: a): 2 Mitglieder; b): 1 Mitglied; c): 4 Mitglieder; d): 2 Mitglieder

Frage 3: Reformbedarf bei § 180 StGB (Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger)

Soll § 180 Abs. 1 StGB (sogenanntes Kuppeleiverbot) gestrichen werden?

Es bestand Einigkeit, dass die Frage klar sei und unverändert bleibt.

Abstimmung: Ja: 9 Mitglieder; Nein: 0 Mitglieder

Frage 4: Reformbedarf bei § 182 StGB (Sexueller Missbrauch von Jugendlichen)

a) Soll § 182 Abs. 3 StGB dahingehend erweitert werden, dass die Opfereigenschaft auf Personen unter 18 Jahren festgelegt wird?

Die Mitglieder diskutierten, ob es sinnvoll sei, den Opferschutz dahingehend auszudehnen, dass Personen unter 18 Jahren – anstatt wie bislang Personen unter 16 Jahren – geschützt werden. Da der Täter zusätzlich stets die ihm gegenüber fehlende Fähigkeit des Opfers zur sexuellen Selbstbestimmung ausnutzen müsse, bestünde nicht die Gefahr einer Überkriminalisierung. Denn es sei auch strafwürdig, wenn ein solches Ausnutzen im konkreten Einzelfall zum Nachteil eines 17jährigen Opfers erfolge. Dieser Punkt sei der entscheidende Anknüpfungspunkt für die Strafbarkeit, da die Altersgrenze ohnehin letztlich willkürlich sei und etwa ein 15jähriges Opfer im Einzelfall reifer sein könne als ein 17jähriges Opfer. Dagegen wurde angeführt, dass der Gesetzgeber im Rahmen der Straftatbestände zum Schutz von Minderjährigen immer gezwungen sei, zu typisieren. Er habe mit der Schutzaltersgrenze

unter 16 Jahren eine stimmige Altersbegrenzung gefunden, die nicht zu kritisieren sei und daher keiner Änderung bedürfe. Ferner sei zu berücksichtigen, dass es aus Sicht des Täters in der Regel naheliegen dürfte, dass sexuelle Handlungen mit einer 15jährigen Person stärkeres Unrecht verwirklichten als sexuelle Handlungen mit einer Person unter 18 Jahren.

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

Abstimmung: Ja: 2 Mitglieder; Nein: 7 Mitglieder

b) Wie soll bei § 182 Absatz 3 StGB mit der Altersbeschränkung des Täters umgegangen werden?

aa) Die Altersbeschränkung wird aufgehoben, oder

bb) die Altersbeschränkung wird geändert, oder

cc) die Altersbeschränkung bleibt, wie sie ist.

Die Teilnehmer stellten heraus, dass der Gesetzgeber § 182 Abs. 3 StGB durch die Altersbegrenzungen einen typisierten Rahmen gegeben habe, innerhalb dessen sexuelle Handlungen aufgrund des Altersgefälles zwischen Täter und Opfer missbräuchlich seien. Es stelle sich auch hier – vergleichbar mit Frage 4a – die Frage, ob es eines solchen Rahmens bedürfe, weil der Täter zusätzlich stets eine ihm gegenüber fehlende Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung ausnutzen müsse. Die ursprüngliche Antwortmöglichkeit „cc) Der Täter muss mindestens das Alters des Opfers aufweisen“, wurde zugunsten der nachfolgenden Frage 4c fallengelassen, weil die Mitglieder in einem ersten Schritt klären wollten, ob überhaupt Änderungen an der Altersbeschränkung des Täters vorgenommen werden sollten. Aus diesem Grund wurde zusätzlich die Antwortmöglichkeit „bb) Die Altersbeschränkung wird geändert“ neu aufgenommen.

Fazit: Auf der Grundlage der dargestellten Diskussion wurden die Antwortmöglichkeiten zu Frage 4b wie oben (Fettdruck) ersichtlich neu gefasst.

Abstimmung: aa): 0 Mitglieder; bb): 4 Mitglieder; cc): 5 Mitglieder

c) Unterstellt, bei Frage 4b) wird Antwort bb) bejaht: Wie soll die Altersgrenze des Täters bei § 182 Abs. 3 StGB gefasst werden?

aa) 18 Jahre oder

- bb) mindestens das Alter des Opfers oder**
cc) mindestens 5 Jahre älter als das Opfer

In Anlehnung an die Diskussion zu Frage 4b stimmten die Mitglieder in einem zweiten Schritt darüber ab, in welcher Form die Altersbegrenzung auf Täterseite ggf. geändert werden sollte.

Fazit: Auf der Grundlage der dargestellten Diskussion wurde die Frage 4c neu eingefügt.

Abstimmung: aa): 4 Mitglieder; bb): 0 Mitglieder; cc): 4 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 5: Reformbedarf bei sexuellen Handlungen Minderjähriger gegen Entgelt

a) Soll es einen Straftatbestand geben, der die Tathandlungen, die mit sexuellen Handlungen Minderjähriger gegen Entgelt im Zusammenhang stehen, unter Aufhebung der §§ 180 Abs. 2 und 182 Abs. 2 StGB zusammenfasst?

aa) Ja oder

bb) Ja, und zwar unter Einbeziehung von § 180a Abs. 2 Nr. 1 StGB, oder

cc) Nein

Die Teilnehmer diskutierten, ob § 180a Abs. 2 Nr. 1 StGB mit den §§ 180 Abs. 2, 182 Abs. 2 StGB insoweit kompatibel sei, dass an eine Zusammenfassung dieser drei Vorschriften gedacht werden könne. Teilweise wurde die Auffassung vertreten, dass sich nur die §§ 180 Abs. 2, 182 Abs. 2 StGB sinnvoll zusammenfassen ließen. Denn bei der in § 180a Abs. 2 Nr. 1 StGB enthaltenen Prostitution gehe es um eine auf Dauer angelegte Tätigkeit, die für §§ 180 Abs. 2, 182 Abs. 2 StGB nicht erforderlich sei. Ausreichend sei diesbezüglich vielmehr eine einmalige sexuelle Handlung. Die §§ 180 Abs. 2, 182 Abs. 2 StGB sollten lediglich ein Abgleiten von Minderjährigen in die Prostitution verhindern. Außerdem sei bei diesen Vorschriften auch ein anderes Täterklientel betroffen.

Teilweise wurde vertreten, dass § 180a Abs. 2 Nr. 1 StGB besser zum Menschenhandel passe und daher aus § 180a StGB herausgelöst werden solle.

Fazit: Im Ergebnis kamen die Teilnehmer überein, den § 180a Abs. 2 Nr. 1 StGB aus der Fragestellung herauszunehmen und in Antwort bb) zu integrieren.

Abstimmung: aa): 4 Mitglieder; bb): 5 Mitglieder; cc): 0 Mitglieder

b) Wie soll bei den Tathandlungen aus den §§ 180 Abs. 2, 182 Abs. 2 StGB mit dem Mindestalter auf Täterseite umgegangen werden?

aa) Streichung oder

bb) Festlegung auf 18 Jahre

Die ursprüngliche Frage lautete wie folgt:

b) Soll für die Tathandlungen aus den §§ 180 Abs. 2, 182 Abs. 2 StGB auf Täterseite ein Mindestalter von über 18 Jahren festgelegt werden (wie gegenwärtig in § 182 Abs. 2 StGB, anders als in § 180 Abs. 2 StGB)?

Die Frage 5b stelle sich vor dem Hintergrund der Frage 5a. Wenn § 180 Abs. 2 StGB und § 182 Abs. 2 StGB zusammengefasst würden, müsse man sich überlegen, ob die Altersbegrenzung aus § 182 Abs. 2 StGB (Person über 18 Jahren) auch für den Regelungsgehalt des § 180 Abs. 2 StGB gelten solle, der gegenwärtig auf Täterseite keine Altersbeschränkung enthalte. Auf dieser Grundlage diskutierten die Teilnehmer, ob eine entsprechende Altersgrenze überhaupt erforderlich sei. Dieser Aspekt wird durch die offenere Neufassung der Frage und die neu eingefügte Antwort „aa) Streichung“ der Altersgrenze auf Täterseite abgebildet.

Fazit: Auf der Grundlage der dargestellten Diskussion wurde die Frage 5b wie oben (Fett-druck) ersichtlich verändert.

Abstimmung: aa): 7 Mitglieder; bb): 2 Mitglieder

c) Soll die Schutzaltersgrenze in den §§ 180 Abs. 2 und 182 Abs. 2 StGB auf 21 Jahre angehoben werden?

Diese Frage wurde ursprünglich als Frage 1 zum Themenkomplex 6: „Reformbedarf bei den Strafvorschriften zur Prostitution“ aufgeworfen. Da sie hier jedoch thematisch passender sei, fand die Frage in den hiesigen Fragebogen als neue Frage 5c Eingang.

Bei der Schutzaltersgrenze handele es sich um das Alter des Opfers, welches aber für sich genommen keine Aussage über die Ausprägung der Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestim-

mung treffe. So könne es sein, dass auch 18 - bis 21jährige Personen noch keine maximale Fähigkeit zur Ausübung ihrer sexuellen Selbstbestimmung entwickelt hätten. Die Schutzaltersgrenze von 21 Jahren orientiere sich an den Regelungen zum Menschenhandel. Die Mitglieder wiesen darauf hin, dass die Anhebung der Schutzaltersgrenze für die Prostitutionsdelikte zwar sinnvoll sein mag, nicht aber für die §§ 180 Abs. 2, 182 Abs. 2 StGB.

Fazit: Die Frage wurde wie ersichtlich zur Abstimmung gestellt.

Abstimmung: Ja: 0 Mitglieder; Nein: 9 Mitglieder

d) Welche Form der sexuellen Handlung soll für die Tathandlungen aus den §§ 180 Abs. 2, 182 Abs. 2 StGB bestimmt werden?

aa) Alle in den Vorschriften normierten Tathandlungen sollen nur sexuelle Handlungen mit Körperkontakt erfassen.

bb) Die in den Vorschriften normierten Tathandlungen sollen sexuelle Handlungen mit und ohne Körperkontakt erfassen.

cc) Die von den Vorschriften erfassten Tathandlungen sollen, wie gegenwärtig, teils Körperkontakt und teils keinen Körperkontakt erfordern.

Die ursprüngliche vorab versandte Frage 5c wurde nun als Frage 5d geführt und lediglich redaktionell verändert. Die Teilnehmer erörterten, dass die Frage sich insbesondere in Bezug auf sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt („Hands-Off-Delikte“) nicht zur Strafraumhöhe verhalte.

Fazit: Die Frage 5d wurde nach redaktioneller Änderung wie oben ersichtlich zur Abstimmung gestellt.

Abstimmung: aa): 0 Mitglieder; bb): 9 Mitglieder; cc): 0 Mitglieder

VII. Abstimmung zum Themenkomplex 8: „Reformbedarf bei § 183 StGB (Exhibitionistische Handlungen) und § 183a StGB (Erregung öffentlichen Ärgernisses)“

Die Mitglieder der Reformkommission stimmten über den benannten Themenkomplex wie folgt ab:

Frage 1: Soll § 183 StGB (Exhibitionistische Handlungen) gestrichen werden?

a) Ja oder

b) Ja, soweit sichergestellt ist, dass der Aspekt des Jugendschutzes in den Vorschriften zum Jugendschutz außerhalb des StGB enthalten ist, oder

c) Ja, soweit die Opfer nicht Kinder sind, oder

d) Nein

Die Teilnehmer diskutierten, ob der Straftatbestand der exhibitionistischen Handlung beibehalten werden solle. In Bezug auf Kinder wurde darauf hingewiesen, dass diese unter den Voraussetzungen von § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB gesondert geschützt seien, wenn der Täter sexuelle Handlungen vor ihnen vornehme. Hinsichtlich des Jugendschutzes waren sich die Teilnehmer darin einig, dass hier Vorschriften zum Jugendschutz außerhalb des StGB gemeint seien, so dass die Antwort b) entsprechend ergänzt wurde.

Fazit: Die Frage wurde wie oben ersichtlich zur Abstimmung gestellt.

Abstimmung: a): 3 Mitglieder; b): 2 Mitglieder; c): 0 Mitglieder; d): 4 Mitglieder

Frage 2: Unterstellt § 183 StGB wird nicht gestrichen: Soll der Tatbestand auch die Frau als potenzielle Täterin erfassen?

Es bestand Einigkeit, dass die Frage klar sei und unverändert bleibe.

Abstimmung: Ja: 5 Mitglieder; Nein: 3 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 3: Soll § 183a StGB (Erregung öffentlichen Ärgernisses) gestrichen werden?

Es bestand Einigkeit, dass die Frage klar sei und unverändert bleibt.

Abstimmung: Ja: 7 Mitglieder; Nein: 1 Mitglied; Enthaltung: 1 Mitglied

VIII. Abstimmung zum Themenkomplex 6: „Reformbedarf bei den Strafvorschriften zur Prostitution“

Die Mitglieder der Reformkommission stimmten über den benannten Themenkomplex wie folgt ab:

Frage 1: Soll die Schutzaltersgrenze in den §§ 180 Abs. 2 und 182 Abs. 2 StGB auf 21 Jahre angehoben werden?

Die Teilnehmer waren übereingekommen, dass die Frage bei der Abstimmung des Themenkomplexes „Reformbedarf bei den Straftatbeständen des sexuellen Missbrauchs von Kindern und Jugendlichen und des sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen“ besser verortet sei. Sie wurde entsprechend dort als Frage 5c aufgenommen²⁶⁸ und hier gestrichen. Die nachfolgenden Fragen rücken daher numerisch auf.

Frage 1: Sollen die Prostitutionsvorschriften insgesamt aus dem Kernstrafrecht zugunsten von gewerberechtlichen Regelungen gestrichen werden (ggf. mit flankierenden Straf- und Ordnungswidrigkeitsvorschriften)?

Es bestand Einigkeit, dass die Frage klar sei und – nunmehr als neue Frage 1 – unverändert bleibt.

Abstimmung: Ja: 0 Mitglieder; Nein: 9 Mitglieder

Frage 2: Sollen die Prostitutionsvorschriften aus dem 13. Abschnitt des StGB und die die Prostitution betreffenden Vorschriften aus dem 18. Abschnitt des StGB in einen Abschnitt zusammengeführt werden?

- a) Ja, und zwar sollen sie zusammen im 13. Abschnitt des StGB geregelt werden.
- b) Ja, und zwar sollen sie zusammen im 18. Abschnitt des StGB geregelt werden.
- c) Nein.

Die Teilnehmer diskutierten, ob sich aus dem geschützten Rechtsgut eine eindeutige Zuordnung der Vorschriften in den 13. bzw. in den 18. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB entnehmen lasse. Eine entsprechende Eindeutigkeit ergebe sich jedoch nicht. Denn die Prostitutionsdelikte schützten sowohl die sexuelle Selbstbestimmung des Opfers als auch dessen persönliche Freiheit. Die Überlegung, die Prostitutionsdelikte in einem eigenständigen Abschnitt zu regeln, wurde verworfen.

Fazit: Auf der Grundlage der dargestellten Diskussion wurde die Frage 2 wie oben (Fett-druck) ersichtlich mit einer redaktionellen Änderung zur Abstimmung gestellt.

²⁶⁸ Vgl. oben, Punkt VI.5.

Abstimmung: a): 6 Mitglieder; b): 3 Mitglieder; c): 0 Mitglieder

IX. Organisation:

Frau Bunke kündigte an, dass in der nächsten Sitzung am 10. Juni 2016 Herr Prof. Schölmerich zu den Auswirkungen von Pornographie auf Kinder und Jugendliche referieren werde. In den Julisitzungen am 21. und 22. Juli 2016 sollen sodann weitere Abstimmungen vorgenommen und Vorträge zum Änderungsbedarf in den Ermittlungsvorschriften der StPO (Herr Thiele) und zum Verjährungsrecht (Herr Prof. Wolters) gehört werden. Die darauf folgende Sitzung solle am 9. oder 16. September 2016 stattfinden.

18. Sitzung am 10. Juni 2016

Protokoll
der 18. Sitzung der Reformkommission
zur Überarbeitung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches
im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
am 10. Juni 2016
11:00 – 17:00 Uhr

I. Anwesenheit

1. Mitglieder der Reformkommission

- Frau LOStAin Birgit Cirullies
- Frau RAin Christina Clemm
- Herr Prof. Dr. Jörg Eisele
- Herr StA Christian Kohle
- Herr Prof. Dr. Klaus Laubenthal
- Herr MR Peter Marx
- Frau RinOLG Andrea Röhrig (bis TOP VIII, nach Abstimmung zu Frage 4)
- Frau RAin Elke Thom-Eben
- Herr Prof. Dr. Gereon Wolters

An der Teilnahme verhindert war:

- Frau Prof. Dr. Tatjana Hörnle
- Frau RinBGH Dr. Ursula Schneider
- Herr KD Jürgen Thiele

2. Für das BMJV

- Herr UAL II A Dr. Bernhard Böhm
- Frau RLn II A 7 Susanne Bunke
- Frau RDn Dr. Garonne Bezjak
- Herr RD Dr. Michael Sommerfeld
- Frau Tatjana Windgassen

3. Gast

Prof. Dr. Axel Schölmerich, Entwicklungspsychologe, Rektor der Ruhr-Universität Bochum, von 11.00 bis 12.00 Uhr

II. Eröffnung der Sitzung und Begrüßung der Mitglieder

Herr Dr. Böhm begrüßte die Mitglieder der Reformkommission und eröffnete die Sitzung.

III. Anhörung zum Themenkomplex 9: „Reformbedarf bei §§ 184 ff StGB (Pornographielikte)“

Herr Prof. Schölmerich referierte zum Thema: „Die Auswirkungen von Pornographie auf Kinder und Jugendliche aus entwicklungspsychologischer Sicht“ (**Anlage 1**).

Er fasste zunächst zusammen, welche Wirkungen das Betrachten von einfacher Pornographie auf Kinder und Jugendliche haben könnte. So könne einerseits die Vermutung aufgestellt werden, dass Kinder und Jugendliche durch ungewollten Konsum von Pornographie traumatisiert würden, dass ihre sexuelle Aktivität gesteigert werde, dass ihr Sexualverhalten aggressiver werde, dass sich das Frauenbild verändere oder dass sexuelles Verhalten standardisiert werde. Andererseits könne der Konsum von Pornographie jedoch von Kindern und Jugendlichen auch als Instrument der Sexualaufklärung verstanden werden.

Für die Beantwortung der Frage, ob die aufgezeigten möglichen Szenarien tatsächlich zutreffen, müsse man zunächst einen Blick auf die psychosoziale Entwicklung werfen. Danach lasse sich festhalten, dass bei Kindern bereits ab der Geburt die Fähigkeit zum sexuellen Lustgewinn zu verzeichnen sei. Je älter der Mensch werde umso mehr trete der Lustgewinn hinter dem Beziehungsgewinn zurück. Die sexuelle Beziehung sei zunehmend an feste Bindungen zu einem anderen Menschen gekoppelt. Im Rahmen der Geschlechtsreife entstehe ein erhebliches Interesse an der Erkundung des eigenen Körpers und an der Erkundung fremder Körper, das mit Verunsicherung und Informationssuche einhergehe. In dieser Zeit entwickelten Jugendliche im hohen Maße eine Neugier an Pornographie. Etwa 15 % der 10 bis 12jährigen habe bereits Pornographie betrachtet. Ab dem Alter von 15 Jahren sei Pornographie fast allen Jugendlichen bekannt, wobei der Anteil der Jungen unter den Jugendlichen, die Pornographie konsumieren, etwas höher sei als der Anteil der Mädchen. Ein neues Phänomen bestünde darin, dass Jugendliche zunehmend selbst Produzenten von pornographischem Material seien.

Ausweislich einer Studie von Elsner und König aus dem Jahr 2010 hätten 67 % von sexuell übergriffigen Kindern (Personen unter 14 Jahren) selbst Pornographie konsumiert. Allerdings sei hierdurch nichts über Ursache und Wirkung gesagt. Denn die Ergebnisse basierten auf einer selektiven Schätzung auf der Grundlage der Befragung von Eltern und Erziehern. Dabei sei etwa zu berücksichtigen, dass die Eltern von unauffälligen Kindern in der Regel gar nicht wüssten, ob diese auch Pornographie konsumierten.

Betrachte man, das Empfinden von Kindern und Jugendlichen, die unbeabsichtigt Pornographie betrachtet hätten, lasse sich sagen, dass etwa 30-50 % der jüngeren Konsumenten nach dem Konsum „beunruhigt oder verstört“ gewesen seien. Bei 16 bis 17jährigen sinke dieser Prozentsatz auf ca. 20 %. Das Empfinden von Verstörung habe jedoch nicht lange angehalten und sei nicht als gravierend zu bezeichnen. Eine Langzeitwirkung gebe es nicht. Mit zunehmendem Konsum nehme die emotionale Verstörung ab. Ferner lasse sich sagen, dass trotz stark erhöhter Zugänglichkeit von Pornographie, kein erhöhtes Risiko vorhanden sei, dass sich negative Folgen durch den Konsum einstellten. Dabei werde Risiko als Abschätzung der Wahrscheinlichkeit und Schwere einer Schädigung definiert, die durch den Konsum von Pornographie erfolgen könne. In Abgrenzung dazu liege eine Schädigung vor, wenn eine Veränderung ursächlich auf ein Erlebnis oder eine Situation zurückgeführt werden könne.

Eine Studie sei zu dem Ergebnis gekommen, dass bei Jugendlichen das Leben von realer Sexualität ohne Beziehung zu dem Sexualpartner mit dem Pornographiekonsum in Korrelation stehe. Das gelte insbesondere in Verbindung mit Alkohol. Demgegenüber hätten andere Studien keine Übertragung der betrachteten Pornographie auf das reale Sexualverhalten feststellen können. So hätten die Befragten klar zwischen Realität und Fiktion unterscheiden können und auch kein negatives Frauenbild entwickelt.

Besonders aufschlussreich sei eine belgische Studie aus 2015 gewesen (Doornward, Bickham, Rich, ter Bogt, Van den Eijnden, in *Developmental Psychology* 51 (10)), in der Mädchen und Jungen im Alter von 12 bis 16 Jahren in repräsentativer Anzahl über einen Zeitraum von 18 Monaten zu ihrem Konsum und zu ihrer sexuellen Einstellung befragt worden seien. Aus der Studie ergebe sich, dass Jungen mehr Internetpornographie konsumierten als Mädchen. Während sich bei den Jungen die Einstellung zur Sexualität mit zunehmendem Pornographiekonsum leicht verändere, sei dies bei Mädchen nicht im selben Maße der Fall. Allerdings sei die Korrelation zwischen Handlungsänderung und Pornographiekonsum auch im Hinblick auf die Jungen sehr schwach.

Zusammenfassend lasse sich sagen, dass sich weder bei Jungen noch bei Mädchen ein signifikanter Effekt durch Pornographiekonsum verzeichnen lasse. Eine Wirkungsaussage sei gering bis nicht vorhanden. Wo sich eine geringe Wirkungsaussage feststellen lasse, beziehe sich diese lediglich auf die Einstellung zur Sexualität und nicht auf das Erleben realer Sexualität. Hinsichtlich des letztgenannten Punktes lasse sich keinerlei Einfluss der Pornographie nachweisen. Im Ergebnis lasse sich keine belastbare Evidenz für allgemeine Risiken durch Zugänglichkeit einfacher Pornographie im Kindes- und Jugendalter feststellen.

Diskussion:

Teilweise wurde darauf hingewiesen, dass es ein Idealbild von Sexualität nicht gebe und dass man daher vorsichtig sein müsse, Wertungen zur Grundlage der Gesetzgebung zu machen. So sei z. B. die Aussage, dass Sexualität mit Liebe einhergehen müsse, eine Wertung. Tatsächlich sei es aber aus rechtlicher Sicht auch nicht zu beanstanden, wenn sich jemand dafür entscheide, möglichst viel Sexualität ohne Liebe zu leben. Der Umstand, dass Pornographie vielleicht die Einstellung der Gesellschaft zur Sexualität verändere, sei aus strafrechtlicher Sicht nicht relevant.

Auf die Frage, ob man sagen könne, dass Jugendliche vor Pornographie geschützt werden müssten, weil sie jedenfalls anders darauf reagierten als erwachsenen Personen, antwortete Herr Prof. Schölmerich, dass er diese Schutzbedürftigkeit im Grundsatz nicht sehe. Denn die normale Sexualentwicklung werde durch den Konsum von Pornographie nicht gefährdet.

Es sei im Gegenteil so, dass Pornographie die sexuelle Neugier auch positiv begleiten könne. Entgegen einer weitverbreiteten Auffassung könne man ferner nicht sagen, dass die sexuelle Reife von Kindern und Jugendlichen aufgrund des Pornographiekonsums zunehmend früher eintrete. Ein entsprechender Trend lasse sich vielmehr bereits seit 1870 verzeichnen.

Es gebe allerdings eine Gruppe, die repressive Maßnahmen im Hinblick auf den Konsum von Pornographie rechtfertigen könnte, wobei auch diesbezüglich die Prävention im Vordergrund stehen sollte. Es handele sich dabei um die spezifische Gruppe von traumatisierten Kindern und Jugendlichen, die bereits sexuellen Missbrauch erlebt haben. Dabei dürfte es sich jedoch um eine kleine Gruppe handeln. Außerhalb dieser Gruppe lasse sich ein Risiko für Kinder und Jugendliche nicht nachweisen. Das gelte selbst für Kinder. Diese mögen zwar bei ungewollter Konfrontation mit Pornographie kurzzeitig beunruhigt oder verstört sein. Dies gehe aber letztlich nicht über ein Unwohlsein hinaus. Dabei handele es sich um ein Gefühl, welches jeder Mensch im Rahmen des allgemeinen Lebensrisikos aushalten müsse, vergleichbar dem Gefühl nach dem Betrachten eines Unfalles im Fernsehen.

Auf weitere Nachfrage führte Herr Prof. Schölmerich aus, dass ihm Studien, die sich damit beschäftigen, dass Pädophile vor einem sexuellen Übergriff Kindern und Jugendlichen Pornographie zeigten, nicht bekannt seien. In manchen Studien werde das Präsentieren von Pornographie durch Erwachsene erwähnt. Man müsse jedoch auch bei Kindern, die selbst sexuell übergriffig werden, festhalten, dass Pornographiekonsum hierfür nicht ursächlich gemacht werden könne. Es handele sich vielmehr um eine Kanalisierung, die ebenso durch Ladendiebstähle oder Tierquälerei erfolgen könnte.

Zu der Frage, ob das Alter des konsumierenden Kindes oder Jugendlichen eine Rolle spiele, teilte Herr Prof. Schölmerich mit, dass es auch bei Personen unter 14 Jahren keine besondere Schutzbedürftigkeit gebe. Neben der kurzfristigen Verstörung bei aufgedrängter Pornographie gebe es keine weiteren Auswirkungen. Im Übrigen würden Kinder, die noch kein Interesse an Sexualität haben, von sich heraus nicht den Kontakt zu Pornographie suchen. Selbst Pornographie mit homosexuellem, sadistischem oder tierpornographischem Inhalt würde ganz überwiegend lediglich als ekelhaft empfunden. Auch insoweit sei Herrn Prof. Schölmerich keine Studien bekannt, die die Annahme negativer Auswirkungen nahe legten

Die Nachfrage eines Mitgliedes der Reformkommission, ob der Umstand, dass das Kind nach unfreiwilligem Konsum von Pornographie kurzfristig verstört sein könne, auch darauf zurückzuführen sei, dass Sexualität künstlich von Kindern ferngehalten werde, wurde von Herrn Prof. Schölmerich bejaht. Der Mensch wachse auch an seinen Herausforderungen, so dass es nicht gut sei, darauf bedacht zu sein, möglichst jede Konfrontation mit Sexualität zu verhindern. Denn die Entwicklung zum selbstbestimmten Agieren setze auch Konfrontation voraus. Einschränkend führte Herr Prof. Schölmerich aus, dass traumatisierte Kinder jedoch anders auf Pornographie reagierten. Die Konsequenz des Traumas bestehe darin, dass bestimmte Bilder immer wieder beim Betroffenen hervorgerufen würden. Der Konsum von Pornographie wirke da kontraproduktiv.

Ein Mitglied nahm Bezug auf den historischen Gesetzgeber, der keineswegs davon ausgegangen sei, dass der Konsum von Pornographie schädliche Folgen hervorrufe. Der Gesetzgeber habe dies lediglich für nicht ausgeschlossen gehalten. Auf die Frage, ob sich diese Annahme aufrechterhalten lasse, teilte Prof. Schölmerich mit, dass dies nicht der Fall sei. Der Nachweis von schädlichen Folgen durch Pornographiekonsum sei methodisch unmöglich. Das Risiko eines Schadenseintrittes sei ebenfalls – wie dargelegt – nicht in einem Ausmaß vorhanden, der repressive Maßnahmen – auch vor dem Hintergrund des Informationsinteresses von Jugendlichen – rechtfertigen dürfte.

Erkenntnisse zum Konsum von Kinder- und Jugendpornographie durch Kinder und Jugendliche seien Prof. Schölmerich nicht bekannt.

IV. Organisatorisches

Frau Bunke wies darauf hin, dass Anmerkungen zu den Protokollen der 15. und 16. Sitzung nachgereicht werden könnten. Frau Cirullies wies darauf hin, dass sie in der 16. Sitzung entgegen der Angabe im Protokoll anwesend gewesen sei.

V. Bericht über die nachgereichten Stimmen zur Abstimmung in der 13. Sitzung

Frau Bunke berichtete über die nachträglich per E-Mail kommunizierten Abstimmungsergebnisse zum Themenkomplex 3: „Reformbedarf bei den Straftatbeständen des sexuellen Missbrauchs von Kindern und Jugendlichen und des sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen“. Konkret ging es um die in der 13. Sitzung zur Abstimmung gestellten Fragen²⁶⁹. Das Abstimmungsergebnis stellt sich abschließend wie folgt dar:

Themenkomplex 3: Reformbedarf bei den Straftatbeständen des sexuellen Missbrauchs von Kindern und Jugendlichen und des sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen (Anlage 2)

Frage 1: Reformbedarf bei § 176 StGB (Sexueller Missbrauch von Kindern) und § 176a StGB (Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern)

g) Soll das Absichtserfordernis des § 176 Abs. 4 Nr. 3a StGB dahingehend ergänzt werden, dass auch die Absicht des Täters erfasst wird, selbst Handlungen vor dem Kind vorzunehmen?

aa) Ja, wobei sowohl die Absicht des Täters, selbst sexuelle Handlungen vor einem Kind (an sich oder an einem Dritten) vorzunehmen als auch die Absicht des Täters, sexuelle Handlungen vor einem Kind durch einen Dritten an sich vornehmen zu lassen (siehe Frage f), erfasst werden soll, oder

bb) Ja, aber nur bezüglich der Absicht des Täters selbst sexuelle Handlungen vor einem Kind (an sich oder an einem Dritten) vorzunehmen, oder

cc) Nein

Abstimmung: aa) 7 Mitglieder; bb) 1 Mitglied; cc) 4 Mitglieder

²⁶⁹ Vgl. Protokoll der 13. Sitzung der Reformkommission, Punkt VI.

h) Soll § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB um das Einwirken mit einem ungebildeten, geschriebenen, pornographischen Text ergänzt werden?

Abstimmung: Ja: 5 Mitglieder; Nein: 6 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

i) Soll § 176 Abs. 5, 1. Variante StGB dahingehend ergänzt werden, dass nur das ernst gemeinte Angebot tatbestandsmäßig ist?

Abstimmung: Ja: 3 Mitglieder; Nein: 9 Mitglieder

j) Soll § 176 Abs. 5, 2. Variante StGB dahingehend ergänzt werden, dass nur das ernst gemeinte Versprechen des Nachweises eines Kindes tatbestandsmäßig ist?

Abstimmung: Ja: 3 Mitglieder; Nein: 9 Mitglieder

k) Sollen die Bezugstaten des § 176 Abs. 5 StGB eingeschränkt werden?

aa) Ja, § 176 Abs. 5 StGB sollte keinen Bezug auf Taten nach § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB nehmen, oder

bb) Ja, § 176 Abs. 5 StGB sollte keinen Bezug auf Taten nach § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB nehmen, oder

cc) Ja, § 176 Abs. 5 StGB sollte weder auf Taten nach § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB noch auf Taten nach § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB Bezug nehmen, oder

dd) Nein, die Bezugstaten des § 176 Abs. 5 StGB sollen unverändert bleiben

Abstimmung: aa): 0 Mitglieder; bb): 1 Mitglied; cc): 10 Mitglieder; dd): 1 Mitglied

Frage 2: Reformbedarf bei § 174 StGB (Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen)

a) Sollen die Vorschriften betreffend den sexuellen Missbrauch von Schutzbefohlenen (§ 174 und § 180 Abs. 3 StGB) in einer Norm geregelt werden?

Ja: 12 Mitglieder; Nein: 0 Mitglieder

b) Sollen die Tathandlungen des § 174 Abs. 1 StGB dahingehend erweitert werden, dass sich auch strafbar macht, wer den Schutzbefohlenen dazu bestimmt, sexuelle Handlungen an einem Dritten vorzunehmen oder von einem Dritten an sich vornehmen zu lassen?

Abstimmung: Ja: 12 Mitglieder; Nein: 0 Mitglieder

c) Sollen die Tathandlungen des § 174 Abs. 3 StGB dahingehend erweitert werden, dass sich auch strafbar macht, wer den Schutzbefohlenen dazu bestimmt, sexuelle Handlungen vor einem Dritten vorzunehmen?

Abstimmung: Ja: 12 Mitglieder; Nein: 0 Mitglieder

e) Soll die Erregungsabsicht in § 174 Abs. 3 StGB beibehalten werden?

aa) Ja oder

bb) Ja, aber nur in Bezug auf Nummer 1, oder

cc) Ja, aber nur in Bezug auf Nummer 1 und unter Beschränkung auf die Absicht des Täters *sich* hierdurch sexuell zu erregen, oder

dd) Nein, allerdings bedarf es dann anderer tatbestandlicher Korrekture (z. B. Wissentlichkeit), oder

ee) Nein

Abstimmung: aa): 0 Mitglieder; bb): 0 Mitglieder; cc): 8 Mitglieder; dd): 1 Mitglied; ee): 3 Mitglieder

VI. Impulsreferate zum Themenkomplex 9: „Reformbedarf bei den §§ 184 ff StGB (Pornographiedelikte)“

Herr Marx und Herr Prof. Eisele referierten zum Bereich der Kinder- und Jugendpornographie wie nachfolgend dargestellt.

1. Impuls von Herrn Marx zu den Straftatbeständen der Kinder- und Jugendpornographie

Herr Marx referierte aus seinem Impulsreferat (**Anlage 3a und b**) und zeichnete zunächst die neuere Entwicklungsgeschichte nach. Mit dem Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften vom 27. Dezember 2003 sei mit § 184b StGB erstmalig ein eigener Straftatbestand zur Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften am 1. April 2004 in Kraft getreten. Mit § 184c StGB sei daneben die Verbreitung, der Erwerb und der Besitz jugendpornographischer Schriften im Wirkung zum 5. November 2008 in Kraft getreten. Beide Vorschriften seien mit dem 49. Strafrechtsänderungsgesetz – Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht vom 21. Januar 2015 (49. StrafRÄndG) grundlegend geändert worden. Zeitgleich sei mit § 184d Abs. 2 StGB der Abruf kinder- und jugendpornographischer Inhalte mittels Telemedien speziell erfasst worden. Darüber hinaus sei mit dem 49. StrafRÄndG § 184e StGB (Veranstaltung und Besuch kinder- und jugendpornographischer Darbietungen) neu in das StGB aufgenommen worden.

§ 184b StGB verfolge nach h. M. den Zweck, Kinder vor sexuellem Missbrauch zu schützen. Durch die Vermarktung kinderpornographischer Produkte werde der sexuelle Missbrauch von Kindern mittelbar gefördert. Durch den Konsum von Kinderpornographie werde dieser Markt belebt. Dabei stelle sich jedoch die Frage, inwieweit Besitzer von Kinderpornographie, die nicht aktiv nachfragend in Erscheinung treten, für den Markt verantwortlich gemacht werden können. Ferner sei nicht auszuschließen, dass der Betrachter von Kinderpornographie selbst zum Missbrauch von Kindern angeregt werde. Hiergegen werde jedoch angeführt, dass der Nachahmungseffekt empirisch nicht belegt sei. Zu berücksichtigen sei vielmehr neben den angeführten Aspekten, dass auch die Persönlichkeitsrechte und die Menschenwürde der minderjährigen Darsteller tangiert seien. Hinsichtlich des § 184c StGB stehe der Jugendschutz und der Schutz der Persönlichkeitsrechte im Vordergrund. Ferner sollten Jugendliche nicht in das kommerzielle Pornographiegewerbe eingebunden werden. Zu berücksichtigen sei, dass sexuelle Handlungen mit Jugendlichen, anders als bei Kindern, grundsätzlich erlaubt seien.

a) Reformüberlegungen zu § 184b StGB (Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften)

Im Hinblick auf § 184b StGB nahm Herr Marx die folgenden Punkte in den Blick:

aa) Kinderpornographische Schrift

In § 184b Abs. 1 StGB werde die kinderpornographische Schrift legaldefiniert. Dies sei nicht zu beanstanden. Es sei insbesondere gut, dass die Formulierung „pornographische Schrift (§ 11 Absatz 3)“ enthalten sei. Auf diese Weise würden größere Werke, wie Bücher oder Filme, aus dem Anwendungsbereich ausgenommen, wenn nur einzelne Textteile oder Szenen sexuelle Handlungen schilderten, ohne das gesamte Werk zu einem pornographischen Werk zu machen.

bb) Posing, Nacktfotos, Abbildung von Genitalien und Gesäß

Gemäß § 184b Abs. 1 Nr. 1 StGB ist eine pornographische Schrift (§ 11 Abs. 3 StGB) kinderpornographisch, wenn sie entweder sexuelle Handlungen von, an oder vor einem Kind (Buchstabe a) oder die Wiedergabe eines ganz oder teilweise unbedeckten Kindes in unnatürlich geschlechtsbetonter Körperhaltung (Buchstabe b) oder die sexuell aufreizende Wiedergabe der unbedeckten Genitalien oder des unbedeckten Gesäßes eines Kindes (Buchstabe c) zum Gegenstand hat. Durch diese Definition werde den Vorgaben von Artikel 2 c) ii) der RL 2011/93/EU sowie Artikel 20 Absatz 2 der Lanzarote-Konvention Rechnung getragen, nach der insbesondere auch Abbildungen der Genitalien von Kleinkindern bzw. von schlafenden Kindern erfasst werden sollen. Unklar sei allerdings, wann ein Kind teilweise unbedeckt im Sinne des § 184b Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b StGB sei (streitig z. B. beim Tragen einer Badehose, was eine anlassbezogene vollständige Bekleidung sein könnte). Ferner sei unklar, was eine unnatürlich geschlechtsbetonte Körperhaltung sei. So nehme z. B. ein schlafendes Kind keine unnatürliche, sondern eine natürliche Körperhaltung ein, so dass der Begriff „unwillkürlich“ statt „unnatürlich“ treffender sei, wenn man schlafende Kinder vom Schutzbereich erfassen wolle. Herr Marx schlug vor, § 184b Abs. 1 Nr. 2 Buchstabe b StGB vor diesem Hintergrund zu streichen. Gravierende Strafbarkeitslücken seien im Hinblick auf § 184b Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe c StGB und § 201a Abs. 3 StGB nicht zu erwarten. Gemäß § 201a Abs. 3 StGB wird bestraft, wer eine Bildaufnahme, die die Nacktheit einer anderen Person unter 18 Jahren zum Gegenstand hat, herstellt oder anbietet, um sie einer dritten Person gegen Entgelt zu verschaffen (Nr. 1) oder sich oder einer dritten Person gegen Entgelt verschafft (Nr. 2) bestraft.

cc) Scheinkinder

§ 184b Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe a StGB sei auch dann einschlägig, wenn die pornographische Schrift eine sexuelle Handlung an einer Person zum Gegenstand habe, die zwar tatsächlich nicht unter 14 Jahren alt sei, aber von einem gewissenhaft urteilendem Beobachter als Person unter 14 Jahren eingeordnet würde. Diesbezüglich bestehe kein Änderungsbedarf, da

gemäß Artikel 2 c) iii) der RL 2011/93/EU auch Personen mit kindlichem Erscheinungsbild von dem Begriff der Kinderpornographie zu erfassen seien.

dd) Tatsächliches, wirklichkeitsnahes und fiktives Geschehen

§ 184b StGB erfasse grundsätzlich tatsächliche Kinderpornographie (z. B. Abbildung eines realen sexuellen Kindesmissbrauchs), wirklichkeitsnahe Kinderpornographie (z. B. sexuelle Handlungen mit täuschend echt aussehenden kindlichen Avataren oder mit Personen, die tatsächlich 14 Jahre oder älter sind) und fiktive Kinderpornographie (z. B. Zeichnungen sexueller Handlungen an Kindern). Insbesondere in Bezug auf das Letztere werde nicht das Kind selbst oder die Persönlichkeitsrechte eines Kindes geschützt, so dass die oben aufgezeigten Rechtsgüter hier nicht im selben Maße einschlägig wären wie bei der Einbindung realer Personen. Es sei gleichwohl nicht auszuschließen, dass fiktive Kinderpornographie Nachahmungstaten provoziere oder durch sie die Jugend gefährdet werde. Aus diesem Grund sei die Aufnahme des fiktiven Geschehens nicht zu beanstanden. Änderungsbedarf sei nicht gegeben.

ee) Herstellen einer kinderpornographischen Schrift, die ein tatsächliches Geschehen wiedergibt (§ 184b Abs. 1 Nr. 3 StGB)

Gemäß § 184b Abs. 1 Nr. 3 StGB wird mit Freiheitsstrafe von 3 Monaten bis zu 5 Jahren bestraft, wer eine kinderpornographische Schrift, die ein tatsächliches Geschehen wiedergibt, herstellt. Nicht erforderlich ist, – anders als bei § 184b Abs. 1 Nr. 4 StGB – dass der Täter in Verwendungsabsicht handelt. Das Herstellen umfasse dabei nicht nur die erstmalige Herstellung einer entsprechenden Schrift, sondern auch das Anfertigen von Kopien oder das Ausdrucken und Abspeichern entsprechender Dateien. Durch diese Auslegung komme es zu Überschneidungen mit anderen Vorschriften. So werde nach § 184b Abs. 3 StGB mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer es unternimmt, sich den Besitz an einer kinderpornographischen Schrift, die ein tatsächliches oder ein wirklichkeitsnahes Geschehen wiedergibt, zu verschaffen oder wer eine solche Schrift besitzt. Da etwa das Abspeichern der kinderpornographischen Schrift gleichzeitig ein Herstellen sei, verwirkliche der Täter gleichzeitig § 184b Abs. 1 Nr. 3 StGB mit dem höheren Strafrahmen. Die Gesetzesbegründung zum 49. StrafRÄndG geht daher davon aus, dass die Reproduktion bereits vorhandener kinderpornographischer Schriften den Tatbestand des § 184b Abs. 1 Nr. 3 StGB nicht erfülle. Sollte sich dies in der Praxis nicht durchsetzen, schlug Herr Marx vor, entsprechend in der Norm klarzustellen, dass in § 184b Abs. 1 Nr. 3 StGB lediglich die erstmalige Fixierung eines tatsächlichen Geschehens in kinderpornographischer Schrift gemeint sei.

ff) § 184b Abs. 3 StGB

Um auch die Besitzverschaffung von Kinderpornographie via Internet zu erfassen, lege die Rechtsprechung die Vorschrift bedenklich weit aus. Diese Problematik dürfte sich jedoch durch § 184d Abs. 2 Satz 1 StGB erledigt haben. Nach dieser Vorschrift wird auch bestraft, wer es unternimmt, einen kinderpornographischen Inhalt mittels Telemedien abzurufen.

gg) Qualifikation für harte Kinderpornographie

Soweit Herr StA Dr. Krause in seinem Impulsreferat vorgeschlagen habe, eine Qualifikation für Fälle vorzusehen, bei denen die Kinderpornographie Gewalt im Sinne von § 184a StGB oder schwere Missbrauchshandlungen im Sinne von §§ 176, 176a StGB zum Gegenstand habe, sehe Herr Marx hierfür kein Bedürfnis. Der gegenwärtige Strafraum decke auch diese Fälle angemessen ab. Die konkrete Ausgestaltung der kinderpornographischen Schrift könne im Rahmen der Strafzumessung hinreichend berücksichtigt werden.

hh) Versuchsstrafbarkeit (§ 184b Absatz 4 StGB)

Die Versuchsstrafbarkeit aus § 184b Abs. 4 StGB beziehe sich nicht auf § 184 Abs. 1 Nr. 4 StGB (Herstellen, Beziehen, Liefern, Vorrätig halten, Anbieten, Bewerben einer kinderpornographischen Schrift). Es sei zwar nicht plausibel, dass der Versuch des Verbreitens (§ 184b Abs. 1 Nr. 1, Abs. 4 StGB) strafbar sei und der Versuch der Lieferung nicht. Gleichwohl sei die komplette Einführung der Versuchsstrafbarkeit für § 184b Abs. 4 Nr. 4 StGB zu weitgehend, so dass kein Änderungsbedarf bestehe.

b) Reformüberlegungen zu § 184c StGB (Verbreitung, Erwerb und Besitz jugendpornographischer Schriften)

Im Hinblick auf § 184c StGB nahm Herr Marx die folgenden Punkte in den Blick. Soweit die Problematik ähnlich gelagert sei wie bei § 184b StGB, werde dies nicht erneut aufgeführt:

aa) Posing, Abbildung von Genitalien und Gesäß

Gemäß § 184c Abs. 1 StGB liegt eine jugendpornographische Schrift vor, wenn sie sexuelle Handlungen von, an oder vor einer 14, aber noch nicht 18 Jahre alten Person (Buchstabe a) oder die Wiedergabe einer ganz oder teilweise unbedeckten 14, aber noch nicht 18 Jahre alten Person in unnatürlich geschlechtsbetonter Körperhaltung (Buchstabe b) zum Gegen-

stand hat. Die in § 184b Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe c StGB enthaltene sexuell aufreizende Wiedergabe der unbekleideten Genitalien oder unbekleideten Gesäßes fehlt in § 184c Abs. 1 StGB. Dies sei nicht überzeugend. Es werde daher vorgeschlagen, § 184c Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b StGB zugunsten einer Regelung entsprechend § 184b Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe c StGB zu streichen.

bb) Fiktivpornographie

Ebenso wie § 184b StGB erfasse auch § 184c StGB im Grundsatz die fiktive Pornographie (z. B. Comiczeichnung mit jugendpornographischem Inhalt). Dies sei nicht überzeugend. Denn bereits der Herstellung von realer Jugendpornographie liege nicht zwingend eine Straftat zugrunde, weil sexuelle Handlungen unter Einbeziehung von Jugendlichen nur unter besonderen Voraussetzungen strafbar seien. Daher sei das Anliegen, zu verhindern, dass durch die Beschäftigung mit Jugendpornographie ein Anreiz für die Vornahme sexueller Handlungen mit Jugendlichen geschaffen werde, nicht im selben Maße tragfähig, wie dies bei der Kinderpornographie der Fall sei. Jugendliche würden mit der fiktiven Pornographie auch nicht in das kommerzielle Pornographiegewerbe eingebunden. Ferner seien weder Persönlichkeitsrechte noch die Menschenwürde tangiert. Soweit der Jugendschutz betroffen sei, lasse sich ein hinreichender Schutz durch § 184 StGB (Verbreitung pornographischer Schriften) gewährleisten. Gegen den Verzicht auf die Einbindung von Fiktivpornographie sprächen jedoch die europäischen Vorgaben.

cc) Scheinjugendliche

§ 184c StGB erfasse teilweise auch wirklichkeitsnahes Geschehen, also jugendpornographische Darstellungen, die tatsächlich erwachsene Personen zeigen, die aber von einem verständigen Beobachter für Jugendlich gehalten werden. Bei der Herstellung von Jugendpornographie ohne Verwendungsabsicht (§ 184c Abs. 1 Nr. 3 StGB) sowie bei der Eigenbeschaffung bzw. dem Besitz (§ 184c Abs. 3 StGB) beschränke sich die Vorschrift auf tatsächliche Jugendpornographie. Es sei daher insgesamt nicht zu beanstanden, dass im Hinblick auf die übrigen Tatbestandsalternativen auch Scheinjugendliche erfasst seien.

dd) Unternehmen des Sichverschaffens des Besitzes und Besitz einer jugendpornographischen Schrift (§ 184c Absatz 3 StGB)

Gemäß § 184c Absatz 3 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu 2 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer es unternimmt, sich den Besitz an einer jugendpornographischen Schrift, die ein

tatsächliches Geschehen wiedergibt, zu verschaffen, oder wer eine solche Schrift besitzt. Die Legitimation für die Strafnorm sei sehr fragwürdig, aber durch europäische Vorgaben verpflichtend.

ee) Tatbestandsausschluss nach § 184c Abs. 4 StGB

Gemäß § 184c Abs. 4 StGB sind § 184c Abs. 1 Nr. 3 StGB (Herstellung von Jugendpornographie) und § 184c Abs. 3 StGB (Besitzverschaffung und Besitz von Jugendpornographie) nicht anzuwenden auf Handlungen von Personen in Bezug auf solche jugendpornographische Schriften, die sie ausschließlich zum persönlichen Gebrauch mit Einwilligung der dargestellten Person hergestellt haben. Herr Marx hielt die Regelung unter verschiedenen Aspekten für problematisch:

- § 184c Abs. 4 StGB enthalte anders als die Vorgängerregelung keine Altersbeschränkung für denjenigen, der die jugendpornographische Schrift herstellt (vormals unter 18 Jahren), so dass Darsteller und Hersteller altersmäßig große Unterschiede aufweisen können und sich diesbezüglich nicht mehr zwangsläufig auf Augenhöhe begegnen (z. B. ein 50jähriger stellt mit Einverständnis der jugendlichen Darsteller jugendpornographische Aufnahmen her und besitzt diese straffrei).
- § 184c Abs. 4 StGB sei zu weit, da sich der Tatbestandsausschluss nicht darauf beschränke, dass Hersteller und Darsteller in einer engeren bzw. sexuellen Beziehung zueinander stehen. Insoweit solle § 184c Abs. 4 StGB eine Einschränkung erfahren.
- § 184c Abs. 4 StGB sei zu eng, weil sich weiterhin strafbar mache, wer eine jugendpornographische Schrift von der dort dargestellten Person freiwillig überreicht bekomme. Es könne keinen Unterschied machen, ob der Besitzer die Schrift mit Einverständnis des Darstellers hergestellt habe, so dass § 184 Abs. 4 StGB greift, oder ob er die anderweitig zustande gekommene Schrift lediglich freiwillig vom Darsteller erhalte. Im letzteren Fall greife § 184 Abs. 4 StGB gegenwärtig nicht.
- Aus dem Wortlaut des § 184 Abs. 4 StGB ergebe sich nicht, dass der besitzende Darsteller selbst straffrei sein müsse, was aber von der Literatur angenommen werde. Insoweit könne eine Klarstellung im Normtext angezeigt sein.
- Schließlich sei zu überlegen, ob die Straffreiheit des Besitzes enden solle, wenn die dargestellte Person die Herausgabe oder Löschung der jugendpornographischen Schrift fordere. Dagegen spreche aber, dass dem Darsteller der Zivilrechtsweg auf

Herausgabe oder Löschung zustehe und der über die Rückforderung hinausgehende Besitz nicht strafwürdig sei.

- § 184c Abs. 4 StGB stehe nicht im Einklang mit Artikel 20 Abs. 3, 2. Spiegelstrich der Lanzarote-Konvention. Denn danach könne von Strafe nur abgesehen werden, wenn sich die zum persönlichen Gebrauch der dargestellten Person hergestellte jugendpornographische Schrift im Besitz der dargestellten Person befände. Die Regelung habe jedenfalls durch die Verbreitung von „Selfies“ etc. keinen sinnvollen Anwendungsbereich mehr.

c) Reformüberlegungen zu § 184d StGB (Zugänglichmachen pornographischer Inhalte mittels Rundfunk oder Telemedien; Abruf kinder- und jugendpornographischer Inhalte mittels Telemedien)

aa) Zugänglichmachen pornographischer Inhalte mittels Rundfunk oder Telemedien

Gemäß § 184d Abs. 1 Satz 1 StGB wird nach den §§ 184 bis 184c StGB auch bestraft, wer einen pornographischen Inhalt mittels Rundfunk oder Telemedien einer anderen Person oder der Öffentlichkeit zugänglich macht. Es sei zu überlegen, ob der Begriff „Rundfunk oder Telemedien“ durch den Begriff „Informations- oder Telekommunikationstechnologie“ zu ersetzen sei. Denn hierdurch werde auch die Telekommunikation mit umfasst und die europäischen Vorgaben würden textidentisch umgesetzt. Ferner könne überlegt werden, auf § 184d StGB zu verzichten und die Regelung in den jeweiligen Strafvorschriften zu normieren.

bb) Abruf kinder- und jugendpornographischer Inhalte mittels Telemedien

Gemäß § 184d Abs. 2 StGB wird nach § 184b Abs. 3 StGB bzw. nach § 184c Abs. 3 StGB auch bestraft, wer es unternimmt, einen kinder- bzw. jugendpornographischen Inhalt mittels Telemedien abzurufen. Damit komme es für eine Strafbarkeit nicht mehr darauf an, ob Besitz bereits mit Zugang der Daten im Arbeitsspeicher des PCs des Abrufenden oder erst mit einer Abspeicherung im Cache-Speicher eintrete und welches Vorstellungsbild der PC-Nutzer von den technischen Abläufen habe. Die Vorschrift erfasse allerdings nicht Zugriffe mittels Telekommunikation. Insoweit bleiben daher die Probleme der Besitzstrafbarkeit in § 184b Abs. 3 StGB und § 184c Abs. 3 StGB bestehen. So sei es etwa fraglich, ob ein Besitz vorliege, wenn die inkriminierte Bilddatei lediglich auf dem Mailserver des Providers gespeichert sei, auf den der Empfänger zugreifen kann. Es sei daher auch insoweit der Begriff der „Tele-

medien“ durch den Begriff der „Informations- oder Telekommunikationstechnologie“ zu ersetzen.

Ein weiteres Problem bestünde darin, dass auch der Abruf fiktiver Kinder- oder Jugendpornographie erfasst sei. Dies entspreche jedoch nicht dem Willen des Gesetzgebers, der lediglich mögliche Lücken der Besitzstrafbarkeit habe schließen wollen, ohne die Besitzstrafbarkeit zu erweitern. Die Strafbarkeit müsse daher bei Kinderpornographie auf das tatsächliche oder wirklichkeitsnahe Geschehen und bei Jugendpornographie auf das tatsächliche Geschehen beschränkt bleiben.

d) § 184e StGB (Veranstaltung und Besuch kinder- und jugendpornographischer Darbietungen)

Gemäß § 184e Abs. 1 StGB wird nach § 184b Abs. 1 StGB bzw. nach § 184c Abs. 1 StGB bestraft, wer eine kinder- bzw. jugendpornographische Darbietung veranstaltet. Gemäß § 184e Abs. 2 StGB wird nach § 184b Abs. 3 StGB bzw. nach § 184c Abs. 3 StGB bestraft, wer eine kinder- bzw. jugendpornographische Darstellung besucht. Die Vorschrift diene der Umsetzung von Artikel 21 der Lanzarote-Konvention sowie von Artikel 4 RL 2011/93/EU. Im Vorfeld sei teilweise angeregt worden, von Vorbehaltsmöglichkeiten Gebrauch zu machen, da eine entsprechende Vorschrift zu weitgehend sei. Es bestünde die Gefahr, dass das einvernehmliche Sexualverhalten zwischen Jugendlichen als Veranstalten bzw. Besuch von jugendpornographischen Darbietungen angesehen werden könne. Diese Befürchtung habe sich jedoch mit der Ausgestaltung von § 184e StGB nicht bewahrheitet. Unabhängig davon biete es sich jedoch an, den Regelungsgehalt des § 184e StGB in die §§ 184b und 184c StGB zu überführen, um die Vorschriften zur Kinder- und Jugendpornographie in jeweils einer Norm abbilden zu können.

2. Impulsreferat von Herrn Prof. Eisele zum Reformbedarf in Bezug auf „Posing“

Herr Prof. Eisele referierte aus seinem Impulsbeitrag „‘Posing‘ und ‚Kinderpornografie‘ in § 184b StGB nach dem 49. Strafrechtsänderungsgesetz“ (**Anlage 4a und b**).

Prof. Eisele gab zunächst einen Überblick über die bisherige Rechtslage zum Posing. § 184b StGB habe in der Zeit von 2004 bis 2008 auf pornographische Schriften abgestellt, die den sexuellen Missbrauch von Kindern (§§ 176 bis 176b StGB) zum Gegenstand hatten. Danach sei das Posing von dieser alten Fassung nicht erfasst gewesen, da § 176 Abs. 4 Nr. 2 StGB vorausgesetzt habe, dass das Kind die sexuelle Handlung *an sich* vornimmt. Das bloße Posieren sei hiervon nicht erfasst gewesen. Mit dem Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbe-

schlusses zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie habe der Gesetzgeber im Jahr 2008 ausdrücklich das Posing erfassen wollen, indem nunmehr sexuelle Handlungen von Kindern in den Schutzbereich einbezogen wurden. Allerdings sei zweifelhaft gewesen, ob das Posing eine sexuelle Handlung sein könne. Nicht erfasst seien jedenfalls schlafende Kinder oder Kinder, die etwa unbekleidet am Strand abgelichtet wurden, soweit diese natürliche und nicht sexualisierte Posen zeigten. Auch die Erfassung von Kleinkindern, bei denen die Abgrenzung zwischen natürlicher und unnatürlicher Pose schwierig sei, seien nicht sicher erfasst gewesen. Ferner sei zweifelhaft gewesen, ob Nahaufnahmen von Geschlechtsorganen erfasst seien. Mit dem 49. StrÄndG hat der Gesetzgeber im Jahr 2015 in § 184b Abs. 1 StGB eine Legaldefinition vorgenommen.

a) Pornographische Schrift

Der Gesetzgeber habe vor dem Hintergrund der Sachverständigenanhörung am 13. Oktober 2014 daran festgehalten, dass es sich auch bei Kinderpornographie um eine pornographische Schrift handeln müsse. Auf diese Weise könnten Gesamtwerke, die etwa in einzelnen Textteilen den sexuellen Missbrauch von Kindern zum Gegenstand haben, aus dem Schutzbereich des § 184b StGB genommen werden, da sie in der Gesamtbetrachtung nicht pornographisch seien (z. B. die Verfilmung des Romans „Die Blechtrommel“ von Günter Grass).

b) § 184b Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe a StGB

Gemäß § 184b Abs. 1 Nr. 1 StGB ist eine pornographische Schrift (§ 11 Abs. 3 StGB) kinderpornographisch, wenn sie entweder sexuelle Handlungen von, an oder vor einem Kind zum Gegenstand hat. Die Vorschrift entspreche der Rechtslage vor dem 49. StrÄndG.

c) § 184b Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b StGB

Gemäß § 184b Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b StGB ist eine pornographische Schrift (§ 11 Abs. 3 StGB) kinderpornographisch, wenn sie die Wiedergabe eines ganz oder teilweise unbekleideten Kindes in unnatürlich geschlechtsbetonter Körperhaltung zum Gegenstand hat. Die Vorschrift orientiere sich an § 4 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9 Jugendmedienschutz-Staatsvertrag und an § 15 Abs. 2 Nr. 4 JuSchG. Soweit das Kind auch teilweise unbekleidet sein könne, werde dies gelegentlich für zu unbestimmt gehalten. Das Erfordernis der pornographischen Schrift könne hier aber als Korrektiv gelten. Die Aufnahme der Genitalien oder des Gesäßes spreche dafür, dass die Vorschrift einschlägig sei. Da lediglich auf die Körperhaltung und nicht auf die sexuelle Handlung abgestellt werde, erfasse die Vorschrift sogenannte Model-Serien,

bei denen Kinder dazu veranlasst werden z. B. in Reizwäsche sexualbezogenen Posen einzunehmen. Nach Auffassung von Herrn Prof. Eisele sei die Vorschrift wenig geeignet, um die vorhandenen Lücken zu schließen. So blieben etwa die Abgrenzungsprobleme zwischen natürlicher und unnatürlicher Handlung bestehen. Überraschende Aufnahmen oder Aufnahmen von schlafenden Kindern seien weiterhin nicht erfasst, da es sich zwar um unwillkürliche, aber gleichwohl um natürliche Handlungen handele. Die Vorschrift wäre bei einer sachgerechten Neuregelung entbehrlich gewesen.

d) § 184b Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe c StGB

Gemäß § 184b Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe c StGB ist eine pornographische Schrift (§ 11 Abs. 3 StGB) kinderpornographisch, wenn sie die sexuell aufreizende Wiedergabe der unbedeckten Genitalien oder des unbedeckten Gesäßes eines Kindes zum Gegenstand hat. Die Vorschrift erfasse auch schlafende Kinder. Der Tatbestand sei nicht auf Nahaufnahmen kindlicher Genitalien beschränkt. Es seien vielmehr auch Ganzkörperaufnahmen erfasst, die das Opfer häufig stärker in seinem Persönlichkeitsrecht beschneiden als die Großaufnahme des Genitals. Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass es technisch ohnehin einfach sei, aus einer Ganzkörperaufnahme die Abbildung des Genitals zu isolieren, und es keinen Grund gebe, dass die Aufnahme erst dann vom Schutzbereich erfasst sei. Ob die Wiedergabe der unbedeckten Genitalien oder des unbedeckten Gesäßes sexuell aufreizend sei, müsse aus der Sicht eines durchschnittlichen Betrachters beurteilt werden. Es sei eine zweistufige Prüfung erforderlich: Zum einen müsse die Abbildung objektiv für einen Betrachter aus einschlägigen Kreisen zur sexuellen Stimulation geeignet sein und zum anderen müsse die Abbildung dem Täter zur sexuellen Verwendung dienen. Im Zuge der Prüfung könne dieselbe Aufnahme einmal strafrechtlich irrelevant sein (z. B. Nacktaufnahme des Kindes im elterlichen Besitz) und einmal strafrechtlich relevant, wenn die sexuelle Zweckbestimmung hinzutrete.

e) § 184c Abs. 1 StGB

Gemäß § 184c Abs. 1 StGB liegt eine jugendpornographische Schrift vor, wenn sie sexuelle Handlungen von, an oder vor einer 14, aber noch nicht 18 Jahre alten Person (Buchstabe a) oder die Wiedergabe einer ganz oder teilweise unbedeckten 14, aber noch nicht 18 Jahre alten Person in unnatürlich geschlechtsbetonter Körperhaltung (Buchstabe b) zum Gegenstand hat. Auf die Aufnahme des Regelungsgehaltes des § 184b Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe c StGB habe der Gesetzgeber verzichtet, um der wachsenden sexuellen Selbstbestimmung junger Menschen Rechnung zu tragen, die auch ein sexuelles Ausprobieren beinhaltet. Aller-

dings wäre es unter diesem Aspekt plausibler gewesen, auf § 184c Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b StGB zu verzichten, da sich Jugendliche dort beim Posing ablichten, was einem sexuellen Ausprobieren näher kommen dürfte als die Abbildung unbekleideter Genitalien oder des unbekleideten Gesäßes. Ferner sei es zweifelhaft, ob die europäischen Vorgaben hinreichend umgesetzt seien.

f) Ergänzende Regelung in § 201a Abs. 3 StGB

Gemäß § 201a Abs. 3 StGB wird bestraft, wer eine Bildaufnahme, die die Nacktheit einer anderen Person unter 18 Jahren zum Gegenstand hat, herstellt oder anbietet, um sie einer dritten Person gegen Entgelt zu verschaffen (Nr. 1) oder sich oder einer dritten Person gegen Entgelt verschafft (Nr. 2). Im Unterschied zu § 184b Abs. 1 Nr. 1 StGB erfasse die Vorschrift nur entgeltliche Verschaffungsakte. Gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 9 StGB ist unter Entgelt jede in einem Vermögensvorteil bestehende Gegenleistung zu verstehen. Ein solcher Vermögenswert sei auch in der Gewährung von Zugriffsmöglichkeiten auf vergleichbare Nacktaufnahmen zu sehen, so dass sogenannte Filesharing-Netzwerke erfasst seien. Nacktheit meine wesentlich unbekleidete Minderjährige. Erfasst würden daher auch Personen, die lediglich Strümpfe, Schuhe, Mütze, Handschuhe etc. tragen. Ein maßgebliches Indiz für Nacktheit sei darin zu sehen, ob zumindest die Geschlechtsorgane oder das Gesäß unbekleidet seien.

3. Diskussion

Die Diskussion bezog sich sowohl auf das Impulsreferat von Herrn Marx als auch auf das Impulsreferat von Herrn Prof. Eisele.

a) § 184b Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b StGB (siehe oben VI.1.a.bb und VI.2.c)

Es bestand Einigkeit, dass das Abstellen auf eine unnatürlich geschlechtsbetonte Körperhaltung problematisch sei. Vereinzelt wurde vertreten, dass es aber auch der Begriff „unwillkürlich“ nicht treffe. Denn bei Photographien sei es z. B. unklar, ob das dargestellte Kind posiert habe oder eine unwillkürliche Bewegung vornehme. „Unwillkürlich“ passe aber für schlafende Kinder. Vorgeschlagen wurde ferner der Begriff „aufreizend“.

Es wurde übereinstimmend als problematisch angesehen, dass der Begriff „teilweise unbekleidet“ unklar sei. Die Auffassung, dass man das Problem im Hinblick auf das Pornographieerfordernis auffangen könne, wurde nicht von allen Teilnehmern geteilt. Wenn man

§ 184b Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b StGB streiche, müsse der Aspekt des Posings anderweitig zum Ausdruck kommen, was gegenwärtig bei § 184b Abs. 1 Nr. 1 Buchstaben a und c StGB nicht der Fall sei. Teilweise wurde jedoch angeführt, dass es für Buchstabe b keinen rechten Anwendungsbereich gebe und man sich auch die Frage stellen müsse, ob es wirklich strafwürdig sei, wenn etwa Kinder wie erwachsene Frauen geschminkt würden und dann teilweise unbedeckt abgelichtet werden.

b) § 184b Abs. 1 Nr. 3 StGB (siehe oben VI.1.ee)

Die Mitglieder hielten eine Klarstellung für geboten, aus der hervorgeht, dass die Herstellung von Kinderpornographie nur dann erfasst sei, wenn eine Bildaufnahme von einem tatsächlichen Geschehen gefertigt werde, so dass das Fertigen von Kopien oder Speichervorgänge den Tatbestand des § 184b Abs. 1 Nr. 3 StGB nicht erfüllten. Die Kopie einer bestehenden Schrift könne von § 184b Abs. 3 StGB ausreichend erfasst werden.

c) § 184c Abs. 1 StGB (siehe oben VI.1.b.aa und VI.2.e)

Ein Teilnehmer sprach sich gegen die Aufnahme des Regelungsgehaltes von § 184b Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe c StGB in § 184c Abs. 1 StGB auf. Denn es gehe im Wesentlichen um Großaufnahmen von Genitalien. Es sei zwar erkennbar, wenn es sich um kindliche Genitalien handele, nicht aber wenn es sich um die Genitalien von Jugendlichen handele. Das Abstellen auf unbedeckte Genitalien sei daher im Bereich der Jugendpornographie nicht praktikabel.

d) § 184c StGB – Fiktive Jugendpornographie (siehe oben VI.1.b.dd)

Es wurde angeregt, die Fiktivpornographie aus dem Tatbestand des § 184c StGB insgesamt herauszunehmen. Es gebe diesbezüglich keinen hinreichenden Rechtsgutsbezug. Außerdem stelle sich für die Praxis die Frage, wann z. B. eine Comicfigur jugendlich sei.

e) § 184c Abs. 4 StGB (siehe oben VI.1.b.ee)

Ein Mitglied führte aus, dass die Fassung des § 184c Abs. 4 StGB im Grunde nicht zu beanstanden sei, weil das maßgebliche Kriterium der Einwilligung der dargestellten Person genannt sei. Wollte man an der Vorschrift etwas ändern, dann müsse man für die Straffreiheit auch daran anknüpfen, dass die jugendpornographische Schrift nicht zu kommerziellen Zwecken benutzt werde.

VII. Fortsetzung des Berichtes über die nachgereichten Stimmen zur Abstimmung in der 14. Sitzung

Frau Bunke setzte ihren oben unter Punkt V. begonnenen Bericht über die nachträglich per E-Mail kommunizierten Abstimmungsergebnisse zum Themenkomplex 3: „Reformbedarf bei den Straftatbeständen des sexuellen Missbrauchs von Kindern und Jugendlichen und des sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen“ fort. Konkret ging es um die in der 14. Sitzung zur Abstimmung gestellten Fragen 1 Buchstabe l bis p²⁷⁰. Das Abstimmungsergebnis stellt sich abschließend wie folgt dar:

Themenkomplex 3: „Reformbedarf bei den Straftatbeständen des sexuellen Missbrauchs von Kindern und Jugendlichen und des sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen“

(Anlage 2)

Frage 1: Reformbedarf bei § 176 StGB (Sexueller Missbrauch von Kindern) und § 176a StGB (Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern)

l) Soll § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB dahingehend geändert werden, dass sich auch als Täter der Qualifikation strafbar macht, wer über 18 Jahre alt ist und das Kind zum Beischlaf etc. mit einer Person unter 18 Jahren bestimmt?

Abstimmung: Ja: 9 Mitglieder; Nein: 3 Mitglieder

m) Soll eine Person, die nicht über 18 Jahre alt ist und das Kind zum Beischlaf etc. mit einer Person, die über 18 Jahre alt ist, bestimmt, aus dem Täterkreis des § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB ausgeschlossen werden?

Abstimmung: Ja: 7 Mitglieder; Nein: 5 Mitglieder

n) Soll § 176a Abs. 2 Nr. 2 StGB dahingehend eingeschränkt werden, dass sich die gemeinschaftliche Tatbegehung entweder auf eine Tat nach § 176 Abs. 1 StGB oder auf eine Tat nach § 176 Abs. 2 StGB beziehen muss (und damit nicht – wie bislang –

²⁷⁰ Vgl. Protokoll der 14. Sitzung der Reformkommission, Punkt VI.

auch eine gemeinschaftliche Tatbegehung erfasst, bei der ein Täter § 176 Abs. 1 StGB und der andere Täter § 176 Abs. 2 StGB verwirklicht)?

Abstimmung: Ja: 4 Mitglieder; Nein: 8 Mitglieder

o) Soll § 176a Abs. 3 StGB um einen minder schweren Fall ergänzt werden?

Abstimmung: Ja: 11 Mitglieder; Nein: 1 Mitglied

p) Soll § 176a Abs. 1 StGB abgeschafft werden?

aa) Ja, und zwar ersatzlos, oder

bb) Ja, unter der Voraussetzung, dass die Vorschrift als Regelbeispiel in § 176 Abs. 3 StGB angeführt wird, oder

cc) Nein

Abstimmung: aa): 6 Mitglieder; bb): 3 Mitglieder; cc): 3 Mitglieder

VIII. Abstimmung zum Themenkomplex 6: „Reformbedarf bei den Strafvorschriften zur Prostitution“

Der Fragebogen wurde zuletzt in der 17. Sitzung in Bezug auf die Fragen 1 bis 3 zur Abstimmung gestellt. Dabei kamen die Teilnehmer überein, die ursprüngliche Frage 1 zu streichen. In der Folge wurde die ursprüngliche Frage 2 zur Frage 1 und die ursprüngliche Frage 3 zur Frage 2.²⁷¹ Die Teilnehmer griffen den Fragebogen erneut auf, wobei die ursprüngliche Frage 4 entsprechend zur Frage 3 wurde etc. Die Teilnehmer setzten die Diskussion entsprechend bei Frage 3 (ursprünglich Frage 4) fort.

Frage 3: Soll § 180a StGB (Ausbeutung von Prostituierten) gestrichen werden?

a) Ja und zwar ersatzlos oder

b) Ja, aber unter Ergänzung von anderen Prostitutionsvorschriften in Bezug auf den anderenfalls wegfallenden Regelungsgehalt des § 180a StGB, oder

c) Nein, § 180a StGB soll sogar um eine Versuchsstrafbarkeit ergänzt werden, oder

d) Nein

²⁷¹ Vgl. Protokoll der 17. Sitzung der Reformkommission vom 20. Mai 2016, Punkt VIII.

Es bestand Einigkeit, dass in der Praxis insbesondere § 181a StGB (Zuhälterei) von besonderer Relevanz sei. § 180a StGB komme daneben nur eine Auffangfunktion zu. Die meisten der in § 180a StGB umfassten Tathandlungen seien bereits durch andere Vorschriften wie § 232 StGB und § 181a StGB erfasst. Soweit § 180a StGB eigenständige Regelungen enthalte, sollte sein Inhalt erhalten oder in andere Vorschriften überführt werden.

Uneinig waren sich die Teilnehmer über die Relevanz von § 180a Abs. 2 Nr. 1 StGB. Nach dieser Vorschrift macht sich strafbar, wer einer Person unter 18 Jahren zur Ausübung der Prostitution Wohnung, gewerbsmäßig Unterkunft oder gewerbsmäßig Aufenthalt gewährt. Zum Teil wurde vertreten, dass die Regelung Jugendliche in die Straßenprostitution treibe. Zum Teil wurde dagegen betont, dass die Wohnungsgewährung eine klassische Beihilfehandlung der Förderung der Prostitution sei.

Die Forderung nach einer Erweiterung der Vorschrift um eine Versuchsstrafbarkeit entspringe ermittlungstaktischen Erwägungen, weil sich die Tatvollendung häufig nicht beweisen lasse.

Die ursprüngliche Antwortmöglichkeit b) („Ja, aber unter Ergänzung von anderen Prostitutionsvorschriften im Hinblick auf Tathandlungen dessen Unrecht nicht bereits durch § 232 StGB [Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung] oder § 181a StGB [Zuhälterei] erfasst wird“) und die ursprüngliche Antwortmöglichkeit c) („Ja, aber mit Ausnahme von § 180a Abs. 2 Nr. 1 StGB, der erhalten bleiben soll oder“) wurden in der neu gefassten Antwortmöglichkeit b) zusammengefasst. Die ursprünglichen Antwortmöglichkeiten d) und e) wurden zu den Antwortmöglichkeiten c) und d).

Fazit: Auf der Grundlage der dargestellten Diskussion wurde die Frage 4 wie oben (Fett-druck) ersichtlich neu gefasst.

Abstimmung: a): 0 Mitglieder; b): 9 Mitglieder; c): 0 Mitglieder; d): 0 Mitglieder

Frage 4: Soll § 181a Abs. 1 Nr. 2 StGB (Dirigistische Zuhälterei) dahingehend neu gefasst werden, dass Tathandlungen, die nach dem ProstG und nach dem ProstSchG-E erlaubt sind, tatbestandlich ausgeklammert werden?

a) Ja, wobei möglichst nur Handlungen erfasst werden sollen, die nicht bereits von § 232 Abs. 1 Satz 1 StGB (Überschneidungen zu Bringen zur Fortsetzung der Prostitution) erfasst werden, oder

b) Nein, § 181a Abs. 1 Nr. 2 StGB soll zugunsten von flankierenden ordnungsrechtlichen Vorschriften im ProstG und ProstSchG-E ganz gestrichen werden, oder

c) Nein

Gemäß § 181a Abs. 1 Nr. 2 StGB macht sich strafbar, wer seines Vermögensvorteils wegen eine andere Person bei der Ausübung der Prostitution überwacht, Ort, Zeit, Ausmaß oder andere Umstände der Prostitutionsausübung bestimmt oder Maßnahmen trifft, die sie davon abhalten sollen, die Prostitution aufzugeben, und im Hinblick darauf Beziehungen zu ihr unterhält, die über den Einzelfall hinausgehen. Die Vorschrift werde von der Rechtsprechung im Lichte des ProstG ausgelegt, so dass die Weisungen zur Art und Weise der sexuellen Handlung immer und die übrigen Weisungen nur dann unzulässig seien, wenn sich das Opfer der Weisung aufgrund persönlicher oder wirtschaftlicher Abhängigkeit nicht entziehen könne. Zukünftig würden auch die Bestimmungen des ProstSchG-E zu den Weisungen bei der Auslegung von § 181a Abs. 1 Nr. 2 StGB berücksichtigt werden müssen. Es stelle sich daher die Frage, ob sich der Wortlaut des § 181a Abs. 1 Nr. 2 StGB nur auf die unzulässigen Weisungen beschränken solle.

Die ursprüngliche Antwortmöglichkeit a) („Ja“) wurde gestrichen und die Antwortmöglichkeit b) wurde redaktionell angepasst und zur neuen Antwort a).

Fazit: Auf der Grundlage der dargestellten Diskussion wurde die Frage 5 wie oben (Fett-druck) ersichtlich neu gefasst.

Abstimmung: a): 9 Mitglieder; b): 0 Mitglieder; c): 0 Mitglieder

Frau Röhrig musste die Sitzung verlassen, so dass im Folgenden nur noch 8 Mitglieder zur Abstimmung anwesend waren.

Frage 5: Unterstellt, § 181a Abs. 1 Nr. 2 StGB wird nicht im Sinne von Frage 5 b) gestrichen: Soll im Rahmen eines Tatbestandes der dirigistischen Zuhälterei für Weisungen, die nicht die Art und Weise der sexuellen Handlung betreffen, in Anlehnung an die Rechtsprechung des BGH ausdrücklich auf die persönliche oder wirtschaftliche Abhängigkeit abgestellt werden?

a) Ja oder

b) Nein, dieser Aspekt soll zukünftig nicht in einem Tatbestand der dirigistischen Zuhälterei, sondern in einem Ausbeutungstatbestand erfasst werden oder

c) Nein, es soll diesbezüglich so bleiben, wie es ist.

Die Mitglieder kamen überein, diese Frage zu streichen, da sich die sich prostituierende Person ohnehin immer in einer wirtschaftlichen Abhängigkeit befinde. Außerdem sei der Fragenkomplex mit Frage 4 hinreichend erfasst.

Frage 5: Soll im Hinblick auf Weisungen gemäß § 181a Abs. 1 Nr. 2 StGB, die die Art und Weise der sexuellen Handlung betreffen, zusätzlich explizit auf die Beeinträchtigung der sexuellen Selbstbestimmung des Opfers abgestellt werden?

Der Frage liege die Überlegung zugrunde, dass eine Weisung, die die Art und Weise der sexuellen Handlung betreffe, nur dann strafwürdig sein könne, wenn sie zusätzlich die sexuelle Selbstbestimmung der Prostituierten beeinträchtige. Dies sei z. B. nicht der Fall, wenn die Prostituierte die Weisung erhalte, Oralverkehr an einem bestimmten Kunden durchzuführen und sie hiermit kein Problem habe. Dagegen wurde teilweise eingewandt, dass derartige Weisungen unabhängig vom Einverständnis der Prostituierten strafwürdig seien. Andernfalls stehe es dem Täter frei, zu behaupten, davon ausgegangen zu sein, dass die sexuelle Selbstbestimmung der Prostituierten nicht tangiert sei. Ferner sei die Strafbarkeit anderenfalls vom Empfinden der Prostituierten abhängig.

Fazit: Die ursprüngliche Frage 6 wurde zu Frage 5 und blieb ansonsten unverändert.

Abstimmung: Ja: 0 Mitglieder; Nein: 7 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 6: Sollen die Ausbeutungstatbestände der §§ 181a und 180a StGB zu einem einheitlichen Ausbeutungstatbestand zusammengefasst werden?

a) Ja, wobei der Ausbeutungstatbestand auf die Prostitution zugeschnitten sein soll, oder

b) Ja, wobei der Ausbeutungstatbestand nicht auf die Prostitution zugeschnitten sein soll, sondern jegliche Ausbeutung der Arbeitskraft erfassen soll, oder

c) Nein

Zunächst wurden Bedenken hinsichtlich des Standorts der ggf. neu zu schaffenden Vorschrift geäußert. Die müsse ggf. aus dem 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB herausgenommen und eher im Bereich des Wuchers eingeordnet werden, sollte sie die Ausbeutung jeglicher Arbeitskraft erfassen. Es wurde jedoch darauf hingewiesen, dass die neuen

Vorschriften zum Menschenhandel die Ausbeutung der Arbeitskraft bereits umfassend regeln würden.

Die Teilnehmer kamen überein, dass die ursprüngliche Frage, die sich auf § 181a Abs. 2 StGB und auf § 180a Abs. 2 Nr. 2 StGB bezog, zu eng gefasst sei und sich vielmehr auf alle Ausbeutungstatbestände der §§ 180a und 181a StGB erstrecken müsse. Ferner wurde die ursprüngliche Antwortmöglichkeit a) („Ja“) zur Klarstellung um die Formulierung „,wobei der Ausbeutungstatbestand auf die Prostitution zugeschnitten sein soll“, ergänzt.

Fazit: Auf der Grundlage der dargestellten Diskussion wurde die Frage 8 zur Frage 7 und wie oben (Fettdruck) ersichtlich neu gefasst.

Abstimmung: a): 8 Mitglied; b): 0 Mitglieder; c): 0 Mitglieder

Frage 7: Soll in § 181a StGB (Zuhälterei) bzw. in einem neuen Ausbeutungstatbestand (siehe Frage 6) auf eine Beziehungsklausel verzichtet werden?

Der überwiegend Teil der Mitglieder vertrat die Auffassung, dass das Unrecht der Tat unabhängig davon bestehe, ob der Täter eine (dauerhafte) Beziehung zu der Prostituierten unterhalte. Zwar sollte die Vorschrift ursprünglich gerade die Zuhälterei erfassen. Insbesondere eine Ausbeutung sei aber bereits bei einmaliger Begehung strafwürdig. Die Überschrift der Vorschrift müsse dann ggf. von „Zuhälterei“ in „Ausbeutung“ geändert werden. In § 181a Abs. 2 StGB werde zudem auf die Gewerbsmäßigkeit abgestellt. Diese könne bereits bei einmaliger Ausbeutung der Prostituierten zu bejahen sein.

Ein Mitglied der Reformkommission erhob Bedenken, da nicht alle Varianten des § 181a StGB auf eine Ausbeutung abstellten und eine Einschränkung durch die Beziehungsklausel daher sinnvoll sein könne.

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

Abstimmung: Ja: 7 Mitglieder; Nein: 0 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 8: Soll § 181a StGB (Zuhälterei) um eine Versuchsstrafbarkeit ergänzt werden?

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

Abstimmung: Ja: 0 Mitglieder; Nein: 8 Mitglieder

IX. Nächste Sitzung

Die nächste Sitzung findet am 21. und 22. Juli 2015 jeweils von 11.00 Uhr bis 17.00 Uhr im BMJV, Gustav-Radbruch-Saal statt. In diesen Sitzungen werden Impulsreferate zu der Erweiterung der Haftgründe von Herrn Thiele sowie zur Verjährung von Herrn Prof. Wolters gehalten. Ferner soll über den Fortgang des Gesetzgebungsverfahrens im Hinblick auf das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung berichtet werden.

19. Sitzung am 21. Juli 2016

Protokoll
der 19. Sitzung der Reformkommission
zur Überarbeitung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches
im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
am 21. Juli 2016
11:00 – 17:00 Uhr

I. Anwesenheit

1. Mitglieder der Reformkommission

- Frau LOStAin Birgit Cirullies
- Herr Prof. Dr. Jörg Eisele
- Frau Prof. Dr. Tatjana Hörnle
- Herr StA Christian Kohle
- Herr Prof. Dr. Klaus Laubenthal
- Herr MR Peter Marx
- Frau RinOLG Andrea Röhrig (im Laufe zu TOP III.)
- Herr KD Jürgen Thiele
- Frau RAin Elke Thom-Eben
- Herr Prof. Dr. Gereon Wolters

An der Teilnahme verhindert waren:

- Frau RAin Christina Clemm
- Frau RinBGH Dr. Ursula Schneider

2. Für das BMJV

- Herr UAL II A Dr. Bernhard Böhm
- Frau RLn II A 7 Susanne Bunke
- Frau RDn Dr. Garonne Bezzak
- Frau Jenny Barthel

II. Eröffnung der Sitzung und Begrüßung der Mitglieder

Herr Dr. Böhm begrüßte die Mitglieder der Reformkommission und eröffnete die Sitzung.

III. Bericht über den Fortgang des Gesetzgebungsverfahrens und die Folgen für die Reformkommission einschließlich Diskussion

Herr Dr. Böhm berichtete über den Verfahrensstand des Gesetzesentwurfs zur Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung (GE). Der Entwurf habe weitreichende Änderungen erfahren und werde am 23. September 2016 im Bundesrat beraten werden.

Frau Bunke stellte die mit dem GE nunmehr anvisierten Änderungen anhand einer Power-Point Präsentation (**Anlage 1**) vor:

In § 177 StGB-E werde nunmehr der Missbrauchs- und der Nötigungstatbestand zusammengeführt. Die Vorschrift nehme den Regelungsgehalt von § 179 StGB (Sexueller Missbrauch widerstandsunfähiger Personen) und teilweise von § 240 StGB (Nötigung) in sich auf. Ferner enthalte § 177 StGB darüberhinausgehende Straftatbestände, mit denen Strafbarkeitslücken geschlossen werden sollten. Darüber hinaus seien die §§ 184i StGB-E (Sexuelle Belästigung) und 184j StGB-E (Straftaten aus Gruppen) neu aufgenommen worden. Im Einzelnen führt Frau Bunke wie folgt aus:

1. § 177 StGB-E (Sexueller Übergriff, sexuelle Nötigung, Vergewaltigung)

Von dem Straftatbestand der sexuellen Nötigung sei nicht mehr viel übrig geblieben. Das gegenwärtig in § 177 Abs. 1 Nr. 1 StGB enthaltende Nötigen mittels Gewalt sei weggefallen. Es gebe nur noch die sexuelle Nötigung mittels Drohung in § 177 Abs. 2 Nr. 4 StGB-E.

a) § 177 Absatz 1 StGB-E

Gemäß § 177 Abs. 1 StGB-E solle sich strafbar machen, wer gegen den erkennbaren Willen des Opfers eine sexuelle Handlung an diesem vornehme. Die von Frau Prof. Hörnle angedachte Formulierung „gegen den *erklärten* Willen“ sei damit nicht aufgenommen worden. Die Vorschrift erfasse nunmehr auch Hands-off-Delikte. Dabei habe es sich um eine bewusste Entscheidung gehandelt, die durch das „an“ anstelle von „an sich“ zum Ausdruck gebracht werde. Für die Hands-on- und die Hands-off-Delikte sei derselbe Strafrahmen vorgesehen worden.

b) § 177 Absatz 2 StGB-E

§ 177 Abs. 2 StGB-E normiere Fälle, bei denen das Opfer aus bestimmten Gründen nicht „Nein“ sagen könne oder ein „Ja“ wegen bestimmter Umstände nicht tragfähig ist. Die Norm weise denselben Strafrahmen auf wie § 177 Abs. 1 StGB-E. Absatz 2 enthalte gleichermaßen Missbrauchs- und Nötigungstatbestände.

aa) § 177 Absatz 2 Nummer 1 StGB-E

§ 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB-E greife im Wesentlichen den gegenwärtigen Regelungsgehalt aus § 179 StGB auf.

bb) § 177 Absatz 2 Nummer 2 StGB-E

Gemäß § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB-E macht sich strafbar, wer eine sexuelle Handlung an einer anderen Person vornimmt und dabei ausnutzt, dass die Person aufgrund ihres körperlichen oder psychischen Zustands in der Bildung oder Äußerung des Willens erheblich eingeschränkt ist, es sei denn, er hat sich der Zustimmung dieser Person versichert. Die Vorschrift enthalte damit das „Nur-Ja-heißt-Ja“-Prinzip.

Diskussion:

Vereinzelt wurde vertreten, dass es sich hierbei um eine ganz wesentliche Vorschrift mit weitreichenden Auswirkungen auf andere Vorschriften des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des StGB handle. Zu denken sei etwa an die §§ 174 bis 174c StGB, aber auch an § 176 ff. StGB.

cc) § 177 Absatz 2 Nummer 3 StGB-E

Gemäß § 177 Abs. 2 Nr. 3 StGB-E macht sich strafbar, wer für die sexuelle Handlung ein Überraschungsmoment ausnutzt. Hier könne es zu einer Doppelung mit § 177 Abs. 1 Nr. 1 StGB-E kommen.

dd) § 177 Absatz 2 Nummer 4 StGB-E

Gemäß § 177 Abs. 2 Nr. 4 StGB-E macht sich strafbar, wer eine Lage ausnutzt, in der dem Opfer bei Widerstand ein empfindliches Übel droht. Der Regierungsentwurf hatte es ausreichen lassen, dass das Opfer ein empfindliches Übel befürchten müsse und der Täter diesen Umstand ausnutze. Die jetzt vorgesehene Fassung sei objektiviert worden. Damit würden die Fälle nicht erfasst, in denen objektiv kein Übel droht, bei denen der Täter aber wisse, dass

das Opfer die sexuelle Handlung nur vornehme, weil es anderenfalls ein empfindliches Übel befürchte (z. B. die „Voodoo-Fälle“).

ee) § 177 Absatz 2 Nummer 5 StGB-E

§ 177 Abs. 2 Nr. 5 StGB-E enthalte das Drohen mit einem empfindlichen Übel.

c) § 177 Absatz 3 StGB-E

§ 177 Abs. 3 StGB-E normiert die Versuchsstrafbarkeit.

d) § 177 Absatz 4 StGB-E

Gemäß § 177 Abs. 4 StGB-E ist auf Freiheitsstrafe nicht unter 1 Jahr zu erkennen, wenn die Unfähigkeit einen Willen zu bilden oder zu äußern, auf einer Krankheit oder Behinderung beruht. Die Vorschrift erfasse nahezu alle Fälle des § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB-E.

e) § 177 Absatz 5 StGB-E

§ 177 Abs. 5 StGB-E stelle eine Qualifikation zu § 177 Abs. 1 und 2 StGB-E bei Anwendung von Gewalt (Nr. 1), Drohung mit Gewalt (Nr. 2) oder Ausnutzen einer schutzlosen Lage (Nr. 3) dar. Anders als in der gegenwärtigen Regelung des § 177 Abs. 1 StGB sei es nicht erforderlich, dass der Täter das Opfer nötige.

f) § 177 Absatz 6 StGB-E

Der Begriff der Vergewaltigung erfahre eine komplette Neuorientierung. Denn die Vergewaltigung erfordere keine Nötigung mehr. Als Vergewaltigung strafbar sei z. B. auch der Beischlaf mit dem Opfer gegen dessen erkennbaren Willen (§ 177 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 6 StGB-E). Ferner sei es auch strafbar, wenn der Täter das Opfer unter den Voraussetzungen des § 177 Abs. 1 oder 2 StGB-E dazu veranlasst, selbst sexuelle Handlungen an sich vorzunehmen, die mit einem Eindringen verbunden sind oder das Opfer sonst besonders erniedrigen.

g) § 177 Absatz 7 StGB-E

§ 177 Abs. 7 StGB-E enthält die bereits aus § 177 Abs. 3 StGB bekannten Qualifikationen.

2. § 184i StGB-E Sexuelle Belästigung

Frau Bunke wies darauf hin, dass dieser Tatbestand in der morgigen Sitzung gesondert behandelt werden solle.

3. § 184j StGB-E Straftaten aus Gruppen

Gemäß § 184j StGB-E soll sich strafbar machen, wer eine Straftat dadurch fördert, dass er sich an einer Personengruppe beteiligt, die eine andere Person zur Begehung einer Straftat an ihr bedrängt, wenn von einem Beteiligten der Gruppe eine Straftat nach den §§ 177 oder 184i begangen wird und die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist. Die Norm sei recht kompliziert gefasst. Auffällig sei, dass der Tatbestand dreimal den Begriff der „Straftat“ verwende, die aber nicht zueinander in einem Verhältnis stehen müssten. So werde der Täter auch bestraft, wenn er sich an einer Gruppe beteilige und dabei billigend in Kauf nehme, dass z. B. einer Person ein Handy gestohlen werden solle, tatsächlich allerdings ein Beteiligter der Gruppe ein vom Täter nicht in seinen Vorsatz aufgenommenes Sexualdelikt nach § 177 StGB oder § 184i StGB begehe.

Diskussion:

Die Mitglieder der Reformkommission vertraten die Ansicht, dass sich die Kommission mit den vorgesehenen Änderungen grundlegend befassen solle. Es müsse geprüft werden, was die Änderungen für die bisherige Arbeit der Reformkommission bedeuteten. Denn alle bisherigen Diskussionen fanden auf der Grundlage der gegenwärtigen Rechtslage statt. Darüber hinaus müsse man ggf. auch Kritik an den vorgesehenen Änderungen üben.

Teilweise wurde kritisiert, dass eine solche Gesetzesänderung von der Politik vorgenommen werde, ohne dass man Wert auf die Meinung der Reformkommission lege. Die Arbeit der Reformkommission werde hierdurch allerdings im Ergebnis nicht grundlegend in Frage gestellt. Es gebe viele Themenfelder, die inhaltlich nicht von der Änderung betroffen seien und hinsichtlich der anderen Themen müsse man ggf. noch mal in die Diskussion einsteigen. Dazu müsse geprüft werden, welche Vorschriften von der Neuregelung betroffen seien.

Die Teilnehmer verständigen sich darauf, dass zunächst zu prüfen sei, ob § 177 StGB-E in sich ein konsistentes System sei. Daran anschließend sollten die Auswirkungen der Regelung auf andere Vorschriften geprüft werden. Es sollen zu diesem Zweck zwei Impulsreferate gehalten werden. Der erste Impuls werde von Frau Prof. Hörnle und der zweite Impuls von

Herrn Prof. Wolters²⁷² vorgenommen. Darüber hinaus werde Herr Prof. Eisele ein Impulsreferat zum Gruppendedelikt halten.

Es bestand Einigkeit, dass es aufgrund der Gesetzesänderung unrealistisch sei, im Herbst dieses Jahres einen Bericht und Empfehlungen vorzulegen. Herr Dr. Böhm teilte mit, dass dies der Hausleitung kommuniziert werde und ein späterer Zeitpunkt gefunden werden müsse.

IV. Fortsetzung der Abstimmung zum Themenkomplex 6: „Reformbedarf bei den Strafvorschriften zur Prostitution“

Der Fragebogen wurde zuletzt in der 18. Sitzung der Reformkommission aufgegriffen. Dort wurde über die Fragen 3 bis 8 abgestimmt.²⁷³

Frage 9: Soll § 181a StGB (Zuhälterei) um eine Qualifikation der bandenmäßigen Zuhälterei ergänzt werden?

Die ursprüngliche Frage bezog als Antwortmöglichkeit b) neben der gewerbsmäßigen auch die bandenmäßige Zuhälterei mit ein. Die Teilnehmer lehnten jedoch die Aufnahme der Gewerbsmäßigkeit ab, da § 181a Abs. 1 und 2 StGB die Gewerbsmäßigkeit bereits im Grundtatbestand enthalte. Die Frage wurde daher dahingehend gefasst, ob eine bandenmäßige Zuhälterei eingeführt werden sollte oder nicht.

Fazit: Auf der Grundlage der dargestellten Diskussion wurde die Frage 10 wie oben (Fettdruck) ersichtlich neu gefasst.

Abstimmung: Ja: 4 Mitglieder; Nein: 6 Mitglieder

Frage 10: Soll die Freierstrafbarkeit auch in Bezug auf erwachsene sich prostituierende Personen als eigenständiger Straftatbestand eingeführt werden?

a) Ja und zwar ohne Einschränkung, oder

b) Ja, aber beschränkt auf die Fälle der Zwangsprostitution und der unzulässigen Weisungen, oder

c) Ja, aber beschränkt auf die Fälle der Zwangsprostitution, oder

²⁷² Im Anschluss an die Sitzung hat sich herausgestellt, dass Herr Prof. Wolters das Impulsreferat aufgrund von Terminschwierigkeiten nicht halten können wird. Herr Marx hat sich daher zur Übernahme bereit erklärt.

²⁷³ Vgl. Protokoll der 18. Sitzung der Reformkommission, Punkt VIII.

d) Nein

Die Teilnehmer formulierten die Frage zum einen redaktionell um, indem aus dem Wort „Prostituierte“ „sich prostituierende Personen“ wurde. Zum anderen wurde betont, dass sich die Frage auf die Schaffung eines eigenen Straftatbestandes beziehe. Denn insoweit wurde problematisiert, ob die Frage in Anbetracht der Neuregelung in § 177 Abs. 2 Nr. 4 StGB-E noch sinnvoll sei (s. o. Punkt III.1.dd), da die Neuregelung Fälle der Zwangsprostitution grundsätzlich erfasse. Ein Mitglied vermisste die Problematik des leichtfertigen Nichterkennens einer Zwangsprostitution. Diesbezüglich sollte eine eigenständige Frage neu eingefügt werden (siehe sogleich Frage 12).

Fazit: Auf der Grundlage der dargestellten Diskussion wurde die Frage 11 wie oben (Fett-druck) ersichtlich neu gefasst.

Abstimmung: a): 0 Mitglieder; b): 0 Mitglieder; c): 6 Mitglieder; d): 4 Mitglieder

Frage 11: Unterstellt bei Frage 10 wird Antwort c bejaht: Soll die Strafbarkeit schon dann eintreten, wenn der Täter leichtfertig verkennt, dass es sich um einen Fall der Zwangsprostitution handelt?

Die Frage stellte sich im Anschluss an die Diskussion zu Frage 11 und wurde als Frage 12 neu eingeführt.

Abstimmung: Ja: 3 Mitglieder; Nein: 7 Mitglieder

Frage 12: Soll die Vorschrift des § 184f StGB (Ausübung verbotener Prostitution) gestrichen werden?

a) Ja und zwar ersatzlos, oder

b) Ja, wobei eine entsprechende Regelung als Ordnungswidrigkeit außerhalb des StGB aufzunehmen ist, oder

c) Nein

Die Teilnehmer wollten sich bei Antwortmöglichkeit b) nicht auf eine Neuregelung in § 120 Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG – Verbotene Ausübung der Prostitution; Werbung für Prostitution) festlegen, so dass Antwortmöglichkeit b) wie ersichtlich neu gefasst wurde.

Fazit: Auf der Grundlage der dargestellten Diskussion wurde die Frage 12 wie oben (Fett-druck) ersichtlich neu gefasst.

Abstimmung: a): 2 Mitglieder; b): 8 Mitglieder; c): 0 Mitglieder

Frage 13: Unterstellt bei Frage 12 wird Antwort b) gewählt: Soll auch der Freier in die Ordnungswidrigkeit einbezogen werden?

a) Ja oder

b) Ja, und zwar unter Aufnahme eines Fahrlässigkeitstatbestandes, oder

c) Nein

Die Teilnehmer diskutierten, dass sich grundsätzlich nur der unmittelbare Adressat einer Vorschrift einer Ordnungswidrigkeit ausgesetzt sehe. Als Gegenargument wurde § 28 Abs. 2 Nr. 4 des Gaststättengesetzes angeführt, da sich nach dieser Vorschrift nicht der Gastwirt, sondern der Gast einer Ordnungswidrigkeit ausgesetzt sehe. Ferner war es den Teilnehmern wichtig, die Frage auf Ordnungswidrigkeiten zu beschränken, so dass die Strafbarkeit aus der ursprünglichen Fassung ausgeklammert wurde.

Fazit: Auf der Grundlage der dargestellten Diskussion wurde die Frage 13 wie oben (Fett-druck) ersichtlich neu gefasst.

Abstimmung: a): 2 Mitglieder; b): 3 Mitglieder; c): 5 Mitglieder

Frage 14: Soll die Vorschrift des § 184g StGB (Jugendgefährdende Prostitution) gestrichen werden?

a) Ja und zwar ersatzlos, oder

b) Ja, wobei eine entsprechende Regelung als Ordnungswidrigkeit außerhalb des StGB aufzunehmen ist, oder

c) Nein

Ebenso wie bei Frage 13 Antwortmöglichkeit b) so wurde auch hier bei Antwortmöglichkeit b) auf die Nennung von § 120 OWiG verzichtet und allein auf die Ordnungswidrigkeit abgestellt.

Fazit: Auf der Grundlage der dargestellten Diskussion wurde die Frage 14 wie oben (Fett-druck) ersichtlich neu gefasst.

Abstimmung: a): 5 Mitglieder; b): 5 Mitglieder; c): 0 Mitglieder

Frage 15: Unterstellt, bei Frage 14 wird Antwort b) gewählt: Soll auch der Freier in die Ordnungswidrigkeit einbezogen werden?

a) Ja oder

b) Ja, und zwar unter Aufnahme eines Fahrlässigkeitstatbestandes, oder

c) Nein

Ebenso wie bei Frage 13 sollte auch zu Frage 14 die Frage nach der Freierstrafbarkeit aufgeworfen werden. Daher wurde Frage 15 neu aufgenommen.

Fazit: Auf der Grundlage der dargestellten Diskussion wurde die Frage 15 wie oben (Fett-druck) ersichtlich neu gefasst.

Abstimmung: a): 2 Mitglieder; b): 2 Mitglieder; c): 6 Mitglieder

V. Impuls zum Themenkomplex 10: „Materielle und Prozessuale Folgeänderungen“

Herr Prof. Wolters hielt sein Impulsreferat „Die Verjährung im dreizehnten Abschnitt des Strafgesetzbuchs“ (**Anlage 2**).

Einleitend führte Herr Prof. Wolters aus, dass die Verjährungsvorschriften in Bezug auf das Sexualstrafrecht in der Vergangenheit mehrere gesetzgeberische Änderungen erfahren hätten. Auf diese Weise habe man dem Umstand Rechnung tragen wollen, dass die Aufarbeitung der Tatfolgen in der Regel erst später stattfindet, so dass der Rechtsgüterschutz nur durch eine verlängerte Verjährungsfrist zu gewährleisten gewesen sei.

§ 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB regelt das Ruhen der Verjährung. Ursprünglich sei die Vorschrift 1994 in das Gesetz aufgenommen worden. Sie habe damals bei Straftaten nach den §§ 176 bis 179 StGB das Ruhen der Verjährung bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres des Opfers angeordnet. Nachdem § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB mit dem 33. Strafrechtsänderungsgesetz vom 1. Juli 1997 eine redaktionelle Anpassung erfahren habe, sei mit dem 6. Strafrechtsreformgesetz vom 26. Januar 1998 erneut der zwischenzeitlich gestrichene

§ 178 StGB in den § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB aufgenommen worden. Problematisch sei diesbezüglich, dass damit die Verjährung des § 178 StGB (Sexuelle Nötigung und Vergewaltigung mit Todesfolge) erst mit dem Tod des Opfers beginne, da die Verjährung gem. § 78a StGB beginnt, sobald die Tat vollendet ist. Mit dem Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften vom 27. Dezember 2003 seien die §§ 174 bis 174c StGB in § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB aufgenommen worden. Durch das 2. Opferrechtsreformgesetz sei mit Wirkung zum 1. Oktober 2009 § 225 StGB sowie § 224 StGB und § 226 StGB jeweils in Verbindung mit § 225 StGB aufgenommen worden, um der Genitalverstümmelung von Mädchen entgegen zu treten. Hintergrund sei, dass die Familie häufig die Strafverfolgung verhindere und das Opfer daher erst mit 18 Jahren entscheiden könne, ob es die Tat anzeige. Mit dem Gesetz zur Stärkung der Rechte von Opfern sexuellen Missbrauchs (StORMG) vom 26. Juni 2013 sei das Ruhen der Verjährung bis zum 21. Lebensjahr aufgenommen worden. Damit sei ein weitestgehender Gleichklang zu § 208 BGB hergestellt worden. Mit dieser Vorschrift werde die Hemmung der Verjährung zivilrechtlicher Ansprüche wegen der Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres angeordnet. Mit dem 47. StrRÄndG – Strafbarkeit der Verstümmelung weiblicher Genitalien seien die §§ 224, 226 StGB in § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB durch den neuen Straftatbestand des § 226a StGB (Verstümmelung weiblicher Genitalien) ersetzt worden. Schließlich sei § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB mit dem 49. StrÄndG erneut erweitert worden. Zusätzlich aufgenommen wurden § 180 Abs. 3 StGB (Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger in Betreuungsverhältnissen), § 182 StGB (sexueller Missbrauch von Jugendlichen) und § 237 StGB (Zwangsheirat). Ferner sei die Altersgrenze auf 30 Jahre angehoben worden.

Im Folgenden setzte sich Herr Prof. Wolters mit den einzelnen an § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB geübten Kritikpunkten auseinander:

1. Einwände gegen die Altersgrenze

Eine Altersgrenze von 18 Jahren werde gemeinhin als sinnvoll angesehen, weil die Opfer von Kindesmissbrauch häufig erst mit zunehmender Reife erkennen, dass ihnen Unrecht angetan wurde und sie sich ferner erst mit dem 18. Lebensjahr aus dem Abhängigkeitsverhältnis der Familie lösen könnten. Eine Altersgrenze bis zum 21. Lebensjahr werde demgegenüber bereits kritischer bewertet. Zwar werde teilweise anerkannt, dass mögliche Reifeverzögerungen auch im Jugendstrafrecht Heranwachsenden bis zum 21. Lebensjahr zugestanden werde. Es sei aber zu berücksichtigen, dass schwere Sexualdelikte bereits bei einer Altersgrenze von 18 Jahren erst mit Vollendung des 38. Lebensjahres des Opfers verjährten.

Daraus folge, dass für einen Tatnachweis aufgrund des Zeitablaufs erhebliche Schwierigkeiten bestünden, da die Qualität der Beweismittel über die Jahre erheblich abnehme (z. B. Erinnerungslücken bei Zeugen). Die Situation verschärfe sich, wenn das Ruhen der Verjährung bis zum 30. Lebensjahr andauere. Die Verjährung schwerer Sexualdelikte trete erst mit Vollendung des 50. Lebensjahres des Opfers ein. Ferner müsse auch die Belastung der Strafverfolgungsbehörden bedacht werden, da trotz mangelnder Erfolgsaussicht in jedem Fall ermittelt werden müsse. Andererseits sei für weniger schwere Sexualstraftaten, um die es sich überwiegend handele, zu berücksichtigen, dass bei einem Ruhen der Verjährung bis zum 18. Lebensjahr die Verjährung bereits mit der Vollendung des 28. Lebensjahres eintrete. Die Altersgrenze von 30 Jahren sei jedenfalls zu hoch gegriffen.

2. Einwände gegen die einbezogenen Delikte

Die Bezugnahme von § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB auf die §§ 174a bis 174c StGB werde überwiegend als überzogen und systemwidrig angesehen. Es bestünde nicht das erforderliche Abhängigkeitsverhältnis und die Taten richteten sich nicht gegen Minderjährige. Die Aufnahme von § 180 Abs. 3 StGB in Anlehnung an den bereits in § 74b Abs. 1 Nr. 1 StGB enthaltenen § 174 StGB sei überwiegend positiv aufgenommen worden, weil die Interessenlage vergleichbar sei. Die Aufnahme des § 182 StGB unter dem Aspekt der wirtschaftlichen oder sozialen Abhängigkeit, Angst, Schuld und Scham sei kritisch zu sehen. § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB sei eine Ausnahmeregelung. Das Abhängigkeitsverhältnis sei bei § 182 StGB anders gelagert als bei den übrigen Vorschriften, so dass die Aufnahme von § 182 StGB nicht gerechtfertigt sei. Gegen die Aufnahme von §§ 225, 226a StGB habe sich in der Literatur kein Widerstand geregt. § 237 StGB (Zwangsheirat) sei aufgenommen worden, um auch den Fällen Rechnung zu tragen, bei denen das Opfer 13 Jahre oder jünger sei.

3. Alternative Gestaltung der Verjährungsregeln

Teilweise werde vertreten, dass die Verjährung für Delikte des sexuellen Kindesmissbrauchs insgesamt abzuschaffen sei. Auch der Mord weise keine Verjährung auf. Die Vergleichbarkeit ergebe sich daraus, dass die Kinderseele durch sexuellen Missbrauch ermordet werde. In der Literatur werde dieser Vorschlag unter Hinweis auf die Beweiswürdigung nahezu einhellig abgelehnt. Ferner führte Herr Prof. Wolters aus, dass es kein gangbarer Weg sei, die Strafraumen der einzelnen Straftatbestände zu erhöhen, um damit als Reflex die Verjährungsfrist zu verlängern. Denn der abstrakte Strafraumen solle das Unrecht der Tat abbilden können und sich nicht an Verjährungsfristen orientieren. Kritisch werde auch die Schaffung

eines neuen Verjährungssystems gesehen, mit dem für die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung eine längere Verjährungsfrist geschaffen werden könne.

Abschließend warf Herr Prof. Wolters die Frage auf, ob man nicht über eine generelle Ruhensregelung für minderjährige Opfer nachdenken solle. Darunter falle dann z. B. auch die versuchte Tötung eines Kindes. In der Konsequenz müsse man keine Einzelnormen aufnehmen. Ein gangbarer Weg könnte auch sein, sich an § 208 BGB (Hemmung der Verjährung bei Ansprüchen wegen Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung) zu orientieren. Gemäß § 208 BGB ist die Verjährung von Ansprüchen wegen Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung bis zur Vollendung des 21. Lebensjahrs des Gläubigers gehemmt. Lebt der Gläubiger von Ansprüchen wegen Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung bei Beginn der Verjährung mit dem Schuldner in häuslicher Gemeinschaft, so ist die Verjährung auch bis zur Beendigung der häuslichen Gemeinschaft gehemmt. Interessant sei hier insbesondere § 208 Satz 2 BGB.

Diskussion:

Gegen eine generelle Ruhensregelung zugunsten von Minderjährigen wurde angeführt, dass eine solche Regelung nur erforderlich sei, wo das Opfer wegen des Näheverhältnisses nicht in der Lage sei, sofort Anzeige zu erstatten. Das passe aber nicht, wenn etwa ein 10-Jähriger Opfer eines Raubüberfalles werde, weil die Eltern in aller Regel Anzeige erstatten werden. Allerdings könne es auch hier im Einzelnen Ausnahmen geben, wenn etwa das Kind aus einem verwahrlosten Haushalt stamme.

Teilweise wurde vertreten, dass eine Ruhensregelung bis zum 21. Lebensjahr unzureichend sei, da das Opfer dann gerade erst beginne, eine hinreichende Reife und Unabhängigkeit auszubilden. Dagegen wurde angeführt, dass die Verjährungsfrist aber erst mit Erreichen des 21. Lebensjahres beginne. Die erste Vernehmung unterbreche dann die Verjährung bereits wieder.

Vereinzelt wurde vertreten, die Verjährung für gravierende Sexualstraftaten ganz abzuschaffen. Opfer von solchen Delikten verdrängten das Delikt häufig für eine lange Zeit, damit sie das Erlebte überhaupt ertragen könnten. Es dauere oft erhebliche Zeit bis die Tat wieder ins Bewusstsein gelange und dann weitere Zeit, um darüber sprechen zu können. Wenn es so weit sei, sei es den Opfern wichtig, das Erlebte mitzuteilen. Wenn die Tat dann verjährt sei, würde dies die Opfer erneut traumatisieren. Ein möglicher Freispruch sei hingegen nicht so schlimm, weil das Opfer im Wesentlichen möchte, dass sich das Gericht mit seinem Fall befasse. Es sei im Übrigen aber auch nicht richtig, dass man die Tat nach einem gewissen

Zeitablauf nicht mehr beweisen könne. So würden derartige Taten nach kirchlichem Recht nicht verjähren. Die Erfahrung zeige, dass es dort durchaus zu Verurteilungen komme, weil etwa die Täter geständig seien. Auch für den Beschuldigten könne die Verjährung nachteilig sein, wenn es nämlich für ihn darum gehe, seine Unschuld zu beweisen.

Dagegen wurde angeführt, dass das Strafrecht nicht allein Opferrecht sei. Der Täter müsse irgendwann Ruhe haben dürfen. Nach einer gewissen Zeit schließe die Gesellschaft mit dem Täter trotz der Tat ihren Frieden. In der Praxis seien die Taten nach Ablauf von einiger Zeit jedenfalls von weltlichen Gerichten kaum noch zu beweisen. Auch habe man in der Praxis die Erfahrung gemacht, dass der Freispruch für die Opfer eine Katastrophe sei. Es gehe auch nicht an, dass eine Tat wegen Totschlags früher verjähre als wegen schweren sexuellen Kindesmissbrauchs. Der Täter stünde damit besser, wenn er an dem Kind zusätzlich zum Missbrauch einen Totschlag nach § 212 StGB verübe. Auf dieser Grundlage sprachen sich einige Teilnehmer dafür aus, das Alter für die Ruhensregelung sogar wieder zurückzusetzen. Ferner sei es nicht Aufgabe der Justiz, den Opfern ein Forum für die Verarbeitung anzubieten. Davon ausgehend, dass sich die Taten in der Regel nach Ablauf einer langen Zeit nicht mehr beweisen ließen, sei es legitim, im Sinne der Prozessökonomie die Ruhensregelung moderat zu halten. Zu berücksichtigen sei auch, dass ganz ohne eine Verjährung die Strafverfolgung ggf. auch gegen den Willen des Opfers immer betrieben werden müsste, wenn es Anhaltspunkte für eine Missbrauchstat gebe.

Teilweise wurde vertreten, dass die zivilrechtlichen Regeln nicht tauglich seien, um in das Strafrecht übertragen zu werden. Die Rechtsmaterien würden unterschiedliche Zielrichtungen verfolgen, die sich nicht einfach übertragen ließen.

VI. Organisatorisches

Einwände gegen das Protokoll der 17. Sitzung wurden nicht erhoben.

VII. Bericht über die nachgereichten Stimmen zur Abstimmung in der 15. und 16. Sitzung

Frau Bunke berichtete über die nachträglich per E-Mail kommunizierten Abstimmungsergebnisse zum Themenkomplex 4: „Reformbedarf bei den übrigen Missbrauchstatbeständen

(§§ 174a bis 174c StGB)“. Konkret ging es um die in der 15. und 16. Sitzung zur Abstimmung gestellten Fragen²⁷⁴. Das Abstimmungsergebnis stellt sich abschließend wie folgt dar:

Themenkomplex 4: Reformbedarf bei den übrigen Missbrauchstatbeständen (§§ 174a bis 174c StGB) – Anlage 3

Frage 1: Sollen die Tatbestände der §§ 174a bis 174c StGB um sexuelle Handlungen ergänzt werden, die das Opfer vor dem Täter vornimmt bzw. die der Täter vor dem Opfer vornimmt („Hands-off“-Fälle)?

a) Ja oder

b) Ja, aber nur für § 174a Abs. 1 und für § 174b StGB, weil diese Vorschriften jedenfalls auch die störungsfreie Funktion von Vollzugseinrichtungen sowie das Vertrauen der Allgemeinheit in die Integrität der Ausübung staatlicher Macht schützen sollen, oder

c) Nein

Abstimmung: a): 1 Mitglied; b): 4 Mitglieder; c): 5 Mitglieder; Enthaltung: 2 Mitglieder

Frage 2: Sollen die Tatbestände der §§ 174a bis 174c StGB dahingehend erweitert werden, dass auch vom Täter veranlasste Sexualkontakte des Opfers mit einem Dritten strafrechtlich erfasst werden?

Abstimmung: Ja: 7 Mitglieder; Nein: 4 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 3: Soll in Abkehr von der gegenwärtigen Strukturierung der §§ 174a bis 174c StGB eine einheitliche Regelung geschaffen werden, mit der sexuelle Handlungen, die im Rahmen von „totalen Institutionen“ (z. B. Heime, Gefängnisse, Klöster, bestimmte militärische Einrichtungen) vorgenommen werden, kriminalisiert werden?

a) Ja oder

b) Ja, und zwar unter Einbeziehung von Sekten oder

c) Nein, es sollte stattdessen auf eine erhebliche Zwangslage abgestellt werden oder

d) Nein

²⁷⁴ Vgl. Protokolle der 15. Sitzung der Reformkommission, Punkt III. und 16. Sitzung der Reformkommission, Punkt IV.

Abstimmung: a): 0 Mitglieder; b): 1 Mitglieder; c): 1 Mitglied; d): 9 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 4: Soll bei den §§ 174a bis 174c StGB das Tatbestandsmerkmal „unter Missbrauch ...“ jeweils gestrichen werden, um alle einvernehmlichen sexuellen Handlungen zu erfassen?

a) Ja oder

b) Ja, aber nur bei § 174c Absatz 2 StGB, oder

c) Nein

Abstimmung: a): 1 Mitglied; b): 4 Mitglieder; c): 6 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 5: Soll der Strafraumen der §§ 174 bis 174c StGB auf Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe abgesenkt werden?

a) Ja oder

b) Ja, aber nur wenn man für § 176 StGB zukünftig einen minder schweren Fall vorsieht, oder

c) Nein, der Strafraumen soll so bleiben, wie er ist, oder

d) Nein, der Strafraumen soll sogar erhöht werden, oder

e) Nein, aber die §§ 174 bis 174c StGB sollten um einen minder schweren Fall ergänzt werden

Abstimmung: a): 4 Mitglieder; b): 1 Mitglied; c): 5 Mitglieder; d): 0 Mitglieder; e): 1 Mitglied; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 6: Soll § 174a Abs. 1 StGB dahingehend erweitert werden, dass neben der gefangenen oder auf behördliche Anordnung verwahrten Person auch Personen erfasst werden, die stationär in einer Jugendhilfeeinrichtung untergebracht sind?

Abstimmung: Ja: 8 Mitglieder; Nein: 3 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 7: Sollen die §§ 174a Abs. 1 und 174b Abs. 1 StGB dahingehend erweitert werden, dass zusätzlich Personen erfasst werden, die mit gerichtlicher Genehmigung untergebracht sind?

a) Ja oder

b) Nein, es soll nur § 174a Abs. 1 StGB entsprechend erweitert werden, oder

c) Nein, es soll nur § 174b Abs. 1 StGB entsprechend erweitert werden, oder

d) Nein

Abstimmung: a): 11 Mitglieder; b): 0 Mitglieder; c): 0 Mitglieder; d): 0 Mitglieder;

Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 8: Sollen die §§ 174a Abs. 1 und 174b StGB gestrichen werden, falls § 179 Abs. 1 Nr. 3 StGB-E (Gesetzentwurf zur Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung) in Kraft tritt?

a) Ja oder

b) Nein, es soll nur § 174a Absatz 1 StGB gestrichen werden, oder

c) Nein, es soll nur § 174b StGB gestrichen werden, oder

d) Nein

Abstimmung: a): 1 Mitglied; b): 0 Mitglieder; c): 0 Mitglieder; d): 10 Mitglieder;

Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 9: Soll § 174a Abs. 1 StGB auf Täterseite zusätzlich das Anstaltspersonal erfassen, dem das Opfer nicht persönlich anvertraut ist?

Abstimmung: Ja: 8 Mitglieder; Nein: 3 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 10. Soll § 174a Abs. 2 StGB dahingehend eingeschränkt werden, dass es sich um *stationär* aufgenommene Personen handeln muss?

Abstimmung: Ja: 2 Mitglieder; Nein: 9 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 11: Soll der potenzielle Täterkreis des § 174a Abs. 2 StGB auf Mitbewohner bzw. Mitpatienten in der Einrichtung erweitert werden?

Abstimmung: Ja: 0 Mitglieder; Nein: 11 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 12: Soll § 174b StGB im Hinblick auf Strafverfahren nur dann anwendbar sein, wenn für das Opfer eine Freiheitsstrafe zu erwarten ist?

Abstimmung: Ja: 1 Mitglied; Nein: 10 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 13: Soll § 174b Abs. 1 StGB auf Täterseite auch das Hilfspersonal mit Amtsträgereigenschaft (z. B. Mitarbeiter der Geschäftsstelle) erfassen?

Abstimmung: Ja: 1 Mitglied; Nein: 10 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 14: Soll § 174b Abs. 1 StGB auf Opferseite auch Angehörige der Person, gegen die sich das Verfahren richtet, erfassen?

Abstimmung: Ja: 1 Mitglied; Nein: 10 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 15. Sollen die Tatbestandsmerkmale der „körperlichen Krankheit oder Behinderung“ aus § 174c Abs. 1 StGB entfernt werden?

a) Ja, und zwar ersatzlos, oder

b) Ja, aber nur, wenn in einem zusätzlichen Absatz die Fälle der körperlichen Krankheit oder Behinderung erfasst werden, in denen die Behandlung auch zur Vornahme sexueller Handlungen genutzt wird, oder

c) Nein

Abstimmung: a): 2 Mitglieder; b): 8 Mitglieder; c): 2 Mitglieder

Frage 16: Soll § 174c Absatz 1 StGB oder der neue Absatz – unterstellt bei Frage 15 wurde b) bejaht – dahingehend ergänzt werden, dass auch Vorsorge- und Nachsorgeuntersuchungen erfasst werden?

Abstimmung: Ja: 9 Mitglieder; Nein: 2 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 17: Soll § 174c Abs. 2 StGB erweitert werden mit dem Ziel, auch Personen, die nicht anerkannte, sondern „alternative“ Therapieformen anbieten sowie „Scharlatane“ mit zu erfassen?

Abstimmung: Ja: 8 Mitglieder; Nein: 3 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

VIII. Abstimmung zum Themenkomplex 7: „Begriffsbestimmungen und sonstige Vorschriften“

BMJV hatte den Entwurf des Fragebogens vorab an die Mitglieder der Reformkommission übersandt. Dabei handelte es sich lediglich um einen Vorschlag, der nun von den Mitgliedern der Reformkommission diskutiert und sodann zur Abstimmung gestellt wurde.

Frage 1: Soll § 184h Nr. 1 StGB gestrichen werden?

a) Ja oder

b) Ja, wobei darüber hinaus auch § 184h Nr. 2 StGB gestrichen werden soll, oder

c) Nein

Die Teilnehmer diskutierten, ob die Frage vor dem Hintergrund des neu einzufügenden § 184i StGB-E (Sexuelle Belästigung) noch Relevanz habe. Teilweise wurde vertreten, dass man auf § 184h Nr. 1 StGB in Abgrenzung zu § 184i StGB-E nicht mehr verzichten könne. Überwiegend wurde vertreten, dass § 184i StGB-E für die Frage, ob § 184h Nr. 1 StGB-E gestrichen werden solle, keine Relevanz aufweise. Denn die Bedeutung der sexuellen Handlung könne nach wie vor aus den einzelnen Straftatbeständen, in denen die sexuelle Handlung eine Rolle spiele, selbst gewonnen werden.

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

Abstimmung: a): 0 Mitglieder; b): 2 Mitglieder; c): 8 Mitglieder

Frage 2: Soll der Begriff der sexuellen Handlung im 13. Abschnitt des StGB legaldefiniert werden?

Zwischen den Teilnehmern bestand Konsens, dass die sexuelle Handlung aufgrund ihrer Komplexität in einer Vorschrift kaum zu definieren sei.

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

Abstimmung: Ja: 0 Mitglieder; Nein: 10 Mitglieder

Frage 3: Sollen die Tathandlungen in § 184d Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 StGB um die Telekommunikation erweitert werden?

Ja

Nein

Frage 4: Soll § 184d Abs. 1 Satz 2 StGB um die in § 184d Abs. 1 Satz 1 StGB dargestellten Medien (Rundfunk bzw. Rundfunk oder Telekommunikation) erweitert werden?

Ja

Nein]

Die Teilnehmer kamen zunächst überein, die Fragen 3 und 4 im Hinblick auf die Fragen 5 und 6 zunächst zurückzustellen. In Abhängigkeit zu den Antworten auf die Fragen 5 und 6 wurden die Fragen dann jedoch ganz gestrichen. In der Folge wird die ursprüngliche Frage 5 zu Frage 3 und die ursprüngliche Frage 6 zu Frage 4.

Frage 3: Soll der Schriftenbegriff in § 11 Abs. 3 StGB dahingehend modernisiert werden, dass auch Daten oder Informationen aufgenommen werden?

Die Teilnehmer einigten sich darauf, die ursprüngliche Antwortmöglichkeit a) („Ja, und zwar soll die Informations- oder Kommunikationstechnologie in § 11 Abs. 3 StGB aufgenommen werden“) zu streichen, da dies keine wirklich realistische Option sei. Die Antwortmöglichkeit b) („Ja, und zwar sollen Daten oder Informationen in § 11 Abs. 3 StGB aufgenommen

werden“) rückte daraufhin in die Frage auf, die nunmehr mit „Ja“ oder „Nein“ beantwortet werden konnte.

Fazit: Auf der Grundlage der dargestellten Diskussion wurde die Frage 3 wie oben (Fett-
druck) ersichtlich neu gefasst.

Abstimmung: Ja: 9 Mitglieder; Nein: 1 Mitglied

Frage 4: Sollen die Begriffe „Telemedien oder Rundfunk“ im 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB durch die Begriffe „Informations- oder Kommunikationstechnologie“ ersetzt werden?

Die Teilnehmer kamen überein, dass diese Frage sich von Frage 3 dahingehend unterscheidet, als es bei § 11 Abs. 3 StGB um Inhalte gehe, die z. B. einem Besitz unterfallen können, während es bei Frage 4 um das Tatmittel geht. Aus diesem Grund könne der ursprüngliche Zusatz „Unterstellt Frage 5 [jetzt Frage 3] wird verneint“, entfallen.

Fazit: Auf der Grundlage der dargestellten Diskussion wurde die Frage 4 wie oben (Fett-
druck) ersichtlich neu gefasst.

Abstimmung: Ja: 10 Mitglieder; Nein: 0 Mitglieder

Frage 5: Soll § 181b StGB um weitere Straftaten erweitert werden?

a) Ja und zwar um die §§ 184b StGB (Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften), 184c (Verbreitung, Erwerb und Besitz jugendpornographischer Schriften), 184d (Zugänglichmachen pornographischer Inhalte mittels Rundfunk oder Telemedien; Abruf kinder- und jugendpornographischer Inhalte mittels Telemedien) und 184e StGB (Veranstaltung und Besuch kinder- und jugendpornographischer Darbietungen), oder

b) Ja, aber nur soweit es um Kinderpornographie geht, oder

c) Nein, vielmehr soll § 176 Abs. 4 Nr. 3 und 4, Abs. 5 StGB aus dem Katalog des § 181b StGB entfernt werden, oder

d) Nein

Es wurde erläutert, dass es nicht plausibel sei, dass das Zeigen eines pornographischen Bildes über § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB von § 184b StGB erfasst sei und der Besitz von Kinderpornographie nicht. Das wesentliche Argument sei, dass bei Personen, die Kinderpornographie besitzen, nicht auszuschließen sei, dass sie gefährdet seien, auch Kinder zu missbrauchen. Daher bräuchten die Täter ggf. die Unterstützung der Führungsaufsicht. Diesbezüglich waren die Teilnehmer jedoch uneins, ob sich eine solche These belegen lasse.

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

Abstimmung: a): 0 Mitglieder; b): 8 Mitglieder; c): 0 Mitglieder; d): 2 Mitglieder

IX. Sitzungsende

Die Sitzung endete um 17.00 Uhr.

20. Sitzung am 21. Juli 2016

Protokoll
der 20. Sitzung der Reformkommission
zur Überarbeitung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches
im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
am 22. Juli 2016
11:00 – 17:00 Uhr

I. Anwesenheit

1. Mitglieder der Reformkommission

- Frau LOStAin Birgit Cirullies
- Herr Prof. Dr. Jörg Eisele
- Frau Prof. Dr. Tatjana Hörnle
- Herr StA Christian Kohle
- Herr Prof. Dr. Klaus Laubenthal
- Herr MR Peter Marx
- Frau RinOLG Andrea Röhrig
- Herr KD Jürgen Thiele
- Frau RAin Elke Thom-Eben

An der Teilnahme verhindert waren:

- Frau RAin Christina Clemm
- Frau RinBGH Dr. Ursula Schneider
- Herr Prof. Dr. Gereon Wolters

2. Für das BMJV

- Frau Staatssekretärin Christiane Wirtz (nur zu TOP II)
- Herr UAL II A Dr. Bernhard Böhm
- Frau RLn II A 7 Susanne Bunke
- Frau RDn Dr. Garonne Bezjak
- Frau Jenny Barthel

II. Eröffnung der Sitzung und Begrüßung der Mitglieder

Herr Dr. Böhm eröffnete Sitzung und begrüßte die Mitglieder der Reformkommission sowie Frau Stn Wirtz, die sich bei der Reformkommission für die seit Februar 2015 geleistete Arbeit bedankte. Sie unterstrich, dass sich die Reformkommission dabei auf hohem Niveau mit ganz grundlegenden Problemen des Sexualstrafrechts auseinandersetze. Es sei ihr bewusst, dass die Arbeit durch den überholenden Gesetzentwurf zur Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung nicht einfacher geworden sei. Die Arbeit der Reformkommission sei gleichwohl weiterhin notwendig. Es bestehe nach wie vor Reformbedarf für den gesamten 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB. Dies sei z. B. im Hinblick auf Wertungswidersprüche und bestehende Unübersichtlichkeiten unbestritten der Fall. Frau Stn Wirtz führte aus, dass sie auf die Empfehlungen und den Bericht sehr gespannt sei und dass beides für ein konkretes Gesetzgebungsvorhaben benötigt werde.

III. Abstimmung zum Themenkomplex 9: „Reformbedarf bei den §§ 184 ff. StGB“

BMJV hatte den Entwurf des Fragebogens vorab an die Mitglieder der Reformkommission übersandt. Dabei handelte es sich lediglich um einen Vorschlag, der nun von den Mitgliedern der Reformkommission diskutiert und sodann zur Abstimmung gestellt wurde.

Frage 1. Soll § 184 StGB (Verbreitung pornographischer Schriften) gestrichen werden?

a) Ja oder

b) Ja, aber nur, wenn die jugendschützenden Vorschriften außerhalb des StGB abgebildet werden, oder

c) Ja, aber nur, wenn alle Tathandlungen weiterhin außerhalb des StGB abgebildet werden, oder

d) Nein, es sollen aber nur die jugendschützenden Vorschriften weiterhin im StGB verbleiben, oder

e) Nein

Teilweise wurde vertreten, dass es nicht um die Aufhebung von § 184 StGB gehen könne, sondern nur darum, die einzelnen Tatbestandsvarianten zu modernisieren. Teilweise wurde aber auch vertreten, dass jedenfalls § 184 Abs. 1 Nr. 9 StGB und die Tatbestandsvarianten, die ausschließlich dem Schutz von Erwachsenen dienen, im StGB gestrichen werden müssten. Die jugendschützenden Tatbestandsvarianten sollten dagegen im StGB verbleiben. Auf dieser Grundlage wurde die Frage um die Antwortmöglichkeit d) ergänzt. Schließlich wurde darauf hingewiesen, dass zu dem Zeitpunkt, zu dem diese Frage diskutiert wurde, auf der Grundlage des Vortrages von Herrn Prof. Schölmerich eigentlich Konsens bestanden hätte,

die Vorschrift im StGB ganz zu streichen, da sich eine hinreichende Rechtsgutsverletzung oder –gefährdung nicht ausmachen lasse. Ferner sei es Realität, dass Pornographie im Internet ohnehin mühelos abrufbar sei.

Dagegen wurde ausgeführt, dass die Vorschrift in der polizeilichen Praxis nicht unbedeutend sei. Auch die Gesellschaft erwarte, dass derartige Handlungen bestraft würden. Die Aussage, dass eine Schädigung für Jugendliche nicht zu befürchten sei, lasse sich auch so nicht treffen. In der Wissenschaft würde teilweise auch eine gegenteilige Meinung vertreten.

Die Teilnehmer kamen überein, die Antwortmöglichkeiten b) und c) dahingehend zu modifizieren, ob eine Regelung außerhalb des StGB gefunden werden solle. Das könne dann sowohl eine Ordnungswidrigkeit als auch eine Strafnorm sein.

Fazit: Auf der Grundlage der dargestellten Diskussion wurde die Frage wie oben (Fettdruck) ersichtlich neu gefasst.

Abstimmung: a): 3 Mitglieder; b): 1 Mitglied; c): 0 Mitglieder; d): 4 Mitglieder; e): 1 Mitglied

Frage 2: Unterstellt bei Frage 1 wird Antwort d) oder e) bejaht: Sollen die Tatbestandsmerkmale von § 184 StGB modernisiert werden?

Die Frage wurde im Hinblick auf die Frage 1 neu aufgeworfen. Die Nummerierung der nachfolgenden Fragen war entsprechend zu ändern.

Abstimmung: Ja: 8 Mitglieder; Nein: 0 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 3: Soll § 184a StGB (Verbreitung gewalt- oder tierpornographischer Schriften) gestrichen werden?

a) Ja oder

b) Ja, aber nur, wenn die Tathandlung der Verbreitung gewaltpornographischer Schriften außerhalb des StGB abgebildet wird, oder

c) Nein, es soll nur die Verbreitung tierpornographischer Schriften gestrichen werden, oder

d) Nein

Während es zwar grundsätzlich straffrei sei, mit Tieren sexuelle Handlungen vorzunehmen, sei die Verbreitung tierpornographischer Schriften nach § 184a StGB strafbar. In diesem Kontext wurde darauf hingewiesen, dass der Sachverständige, Herr Prof. Schölmerich, berichtet habe, dass derartige Bilder kein nachweisbares Risiko für eine Schädigung des Kindes oder des Jugendlichen berge. Es sei eher zu erwarten, dass Kinder und Jugendliche mit Ekel reagieren würden.

Hinsichtlich der Gewaltpornographie sahen einige Teilnehmer das Risiko von Nachahmungseffekten, denen man mit § 184a StGB entgegenetrete. Vor allem sozial isolierte Personen könnten sich durch die Abbildungen zur Nachahmung motivieren lassen. Dies betreffe vor allem auch erwachsene Personen. Auch § 131 StGB (Gewaltdarstellung) sei keine hinreichende Alternative zu § 184a StGB.

Die Antwortmöglichkeit b) wurde – vergleichbar zu den Antwortmöglichkeiten in Frage 1 – dahingehend modifiziert, dass keine Festlegung auf Ordnungswidrigkeiten erfolgen sollte.

Fazit: Auf der Grundlage der dargestellten Diskussion wurde die Frage wie oben (Fettdruck) ersichtlich neu gefasst.

Abstimmung: a): 0 Mitglieder; b): 1 Mitglied; c): 7 Mitglieder; d): 1 Mitglied

Frage 4: Soll § 184b Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b StGB gestrichen werden?

a) Ja oder

b) Nein, aber das Wort „unnatürlich“ soll durch das Wort „unwillkürlich“ ersetzt werden, oder

c) Nein, aber das Wort „unnatürlich“ soll durch das Wort „aufreizend“ ersetzt werden, oder

d) Nein

Die Frage sei vor dem Hintergrund zu verstehen, dass das Wort „unnatürlich“ in § 184b Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b StGB das schlafende Kind nicht erfasse. Teilweise wurde vertreten, dass diese Vorschrift damit ohnehin nur den Inhalt erfasse, der unter § 184b Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe a StGB falle. Das schlafende Kind falle ferner auch unter § 184b Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe c StGB. Das gefesselte Kind werde von § 184b Abs. 1 Nr. 1 Buchstaben a und c StGB erfasst, so dass auch insoweit auf Buchstabe b verzichtet werden könne. Vereinzelt wurde bestritten, dass die sogenannten „Posing-Fälle“ von § 184b Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe a

StGB erfasst seien. Dem wurde jedoch entgegnet, dass es der gängigen Rechtsprechung entspreche, dass das Posing von der sexuellen Handlung eines Kindes erfasst sei.

Diskutiert wurde, inwieweit es wichtig sei, dass der Schutzbereich der Norm Kinder erfasse, die Reizwäsche tragen. Hierzu wurde vertreten, dass ein solches Kind zwar unangemessen gekleidet sei, dies aber für sich genommen nicht zwingend strafrechtlich erfasst werden müsse. Denn das eigentlich pornographische Element finde nur im Kopf des Betrachters statt.

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

Abstimmung: a): 5 Mitglieder; b): 0 Mitglieder; c): 4 Mitglieder; d): 0 Mitglieder

Frage 5: Soll § 184b StGB weiterhin auch dann einschlägig sein, wenn die kinderpor-nographische Schrift tatsächlich keine Person unter 14 Jahren zeigt, dies aber von einem gewissenhaft urteilenden Beobachter angenommen wird (wirklichkeitsnahe Kinderpornographie)?

Frage 6: Soll § 184b StGB weiterhin auch fiktive Kinderpornographie umfassen soweit dies im geltenden Recht der Fall ist?

Die Fragen 5 und 6 wurden von den Teilnehmern zurückgestellt, um für die nächste Sitzung zunächst die europarechtlichen Grundlagen zu beleuchten. Im späteren Verlauf der Diskussionen wurden diese Fragen in veränderter Form als Fragen 15 bis 17 aufgenommen.²⁷⁵ Aus diesem Grund handelt es sich bei der Anschlussfrage um die Frage 5.

Frage 5: Soll § 184b Abs. 1 Nr. 3 StGB dahingehend klargestellt werden, dass lediglich die erstmalige Fixierung eines tatsächlichen Geschehens in einer kinderpornographischen Schrift erfasst ist und nicht etwa auch das spätere Anfertigen von Kopien bzw. das Ausdrucken oder Abspeichern entsprechender Dateien?

²⁷⁵ Siehe Protokoll der 24. Sitzung der Reformkommission, Punkt V.

Gemäß § 184b Abs. 1 Nr. 3 StGB macht sich strafbar, wer eine kinderpornographische Schrift, die ein tatsächliches Geschehen darstellt, herstellt. Unter Herstellen falle auch das Anfertigen von Kopien oder das Speichern von Dateien, auf denen bereits hergestellte Kinderpornographie zu sehen sei. Gleichzeitig seien dies jedoch Akte der Besitzverschaffung des § 184b Abs. 3 StGB. Dort sei die Tathandlung des Kopierens oder Speicherns im Hinblick auf den Strafrahmen korrekt verortet. § 184b Abs. 1 Nr. 3 StGB könnte daher eine Klarstellung erfahren, um nur die erstmalige Fixierung als Herstellung von Kinderpornographie zu erfassen. Die Teilnehmer ersetzten in der Frage das Wort „ergänzt“ entsprechend durch das Wort „klargestellt“.

Fazit: Auf der Grundlage der dargestellten Diskussion wurde die Frage wie oben (Fettdruck) ersichtlich gefasst.

Abstimmung: Ja: 7 Mitglieder; Nein: 2 Mitglieder

Frage 7²⁷⁶: Soll § 184b StGB um eine Qualifikation für Fälle erweitert werden, bei denen es um Kinderpornographie geht, welche Gewalt im Sinne von § 184a StGB oder schwere Missbrauchshandlungen im Sinne von §§ 176, 176a StGB zum Gegenstand hat?

Ganz überwiegend wurde eine solche Qualifikation nicht für erforderlich gehalten. Sogenannte „harte“ Kinderpornographie könne im Rahmen der allgemeinen Strafzumessung nach § 46 StGB hinreichend berücksichtigt werden.

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

Abstimmung: Ja: 1 Mitglied; Nein: 8 Mitglieder

Frage 8: Soll sich die Versuchsstrafbarkeit des § 184b Abs. 4 StGB auch auf § 184b Abs. 1 Nr. 4 StGB beziehen?

a) Ja oder

b) Ja, aber nur im Hinblick auf das Liefern einer kinderpornographischen Schrift oder

c) Nein

²⁷⁶ Die Teilnehmer verständigten sich zu einem späteren Zeitpunkt noch auf eine Frage 6 (siehe unten Punkt V.). Aus diesem Grund setzt sich die Aufzählung hier mit Frage 7 fort.

Neben den Unternehmensdelikten sei auch § 184b Abs. 1 Nr. 4 StGB von der Versuchsstrafbarkeit ausgenommen, was – jedenfalls in Bezug auf das Liefern der kinderpornographischen Schrift – diskussionswürdig sei.

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

Abstimmung: a): 0 Mitglieder; b): 0 Mitglieder; c): 9 Mitglieder

Frage 9: Soll die Definition für die jugendpornographischen Schriften in § 184c Abs. 1 Nr. 1 StGB entsprechend zu § 184b Abs. 1 Nr. 1 StGB gefasst werden?

Ursprünglich lautete die Frage in dem vorab versandten Fragebogen wie folgt:

Frage 9: Soll § 184c Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b StGB zugunsten einer § 184b Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe c StGB entsprechenden Regelung gestrichen werden?

- a) Ja, oder
- b) Ja, aber nur unter Aufnahme eines Regelungsgehaltes entsprechend § 184b Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe c StGB oder
- c) Nein, aber das Wort „unnatürlich“ soll durch das Wort „aufreizend“ ersetzt werden oder
- d) Nein, es soll sogar zusätzlich eine Regelung entsprechend § 184b Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe c StGB aufgenommen werden oder
- e) Nein

Im Gegensatz zu § 184b Abs. 1 Nr. 1 StGB gibt es bei § 184c Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht die Regelung der aufreizenden Wiedergabe der unbedeckten Genitalien oder des unbedeckten Gesäßes (§ 184b Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe c StGB). Man habe diese Vorschrift nicht in § 184c StGB aufgenommen, um es Jugendlichen zu gestatten, sich sexuell auszuprobieren. Hierzu wurden jedoch Zweifel laut, ob der Regelungsinhalt von Buchstabe c) Handlungen erfasse, die typischerweise zum sexuellen Ausprobieren gehören. Es wäre vielmehr plausibler gewesen, § 184c Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b StGB zu streichen. Hinsichtlich des Wortes „unnatürlich“ in § 184c Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b StGB stelle sich dieselbe Problematik wie bei § 184b Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b StGB.

Generell wurde darauf hingewiesen, dass § 184b StGB und § 184c StGB nicht vergleichbar seien. Während die Verbote von Kinderpornographie Kinder vor sexuellen Handlungen schützen sollen, sollen die Jugendlichen mit § 184c StGB vor fremden Einflüssen geschützt werden, die sie in die Pornographie treiben. § 184c StGB sei auch vor dem Hintergrund europäischer Vorgaben zu sehen, nach denen „Kind“ jede Person unter 18 Jahren meine. § 184c StGB sei in der Praxis ferner als Auffangtatbestand für § 184b StGB wichtig, wenn

die abgebildeten Personen älter als 13 Jahre seien oder sich nicht nachweisen lasse, dass es der Täter billigend in Kauf genommen habe, dass ein Kind auf der Abbildung zu sehen sei.

Die Teilnehmer kamen überein, die Frage einfacher zu fassen und nicht auf § 184c Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b StGB zu beschränken.

Fazit: Auf der Grundlage der dargestellten Diskussion wurde die Frage wie oben (Fettdruck) ersichtlich neu gefasst.

Abstimmung: Ja: 9 Mitglieder; Nein: 0 Mitglieder

IV. Themenkomplex 1: „Reformbedarf bei § 177 StGB – Das Für und Wider einer Einverständnislösung und von alternativen Regelungsmöglichkeiten“

Der Bundestag hat am 7. Juli 2016 in 2. und 3. Lesung den Beschlussvorschlag des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz angenommen, mit dem der Regierungsentwurf zur Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung zahlreiche Änderungen erfahren hat. Unter anderem soll ein Straftatbestand der sexuellen Belästigung eingeführt werden. Ein solcher Straftatbestand wurde bereits von den Mitgliedern der Reformkommission diskutiert. Frau Dr. Bezzak verglich die von Frau Dr. Herrmann in der 4. Sitzung der Reformkommission dargestellte Regelung²⁷⁷ mit der Neuregelung des § 184i StGB-E (**Anlage 1**).

Die damals von der Kommission angedachte Regelung habe wie folgt gelautet:

Wer eine andere Person in sexuell bestimmter Weise [unter Umständen, die geeignet sind, ein Ärgernis zu erregen] körperlich berührt und dadurch [absichtlich oder wissentlich] belästigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft [sofern die Tat nicht nach § 185 StGB oder in einer anderen Vorschrift des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches mit Strafe bedroht ist]. Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt.

Mit dieser Fassung sollte sichergestellt sein, dass nur Handlungen mit Körperkontakt tatbestandsmäßig sind. Ferner sollte sich der tatbestandliche Erfolg – die Belästigung – an § 183 StGB (Exhibitionistische Handlungen) orientieren. Dasselbe gilt für das Erfordernis des Eventualvorsatzes, wobei alternativ entsprechend § 183a StGB (Erregung öffentlichen Ärgernisses) „absichtlich oder wissentlich“ angedacht worden sei. Durch die Subsidiaritätsklau-

²⁷⁷ Vgl. Protokoll der 4. Sitzung der Reformkommission vom 12. Juni 2015, Punkt III.2.

sel sei zum Ausdruck gebracht worden, dass es sich um einen Auffangtatbestand handele. Ferner habe sich die Norm als Antragsdelikt an §§ 185, 194 StGB orientiert. Der Strafraumen sei identisch mit dem Strafraumen der tätlichen Beleidigung aus § 185 StGB. Die Regelung sollte im 13. Abschnitt des StGB aufgenommen werden, da das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung geschützt werde. Die Mitglieder der Reformkommission hätten sich mehrheitlich für die Schaffung eines Straftatbestandes der sexuellen Belästigung ausgesprochen.²⁷⁸

Die vom Bundestag am 7. Juli 2016 verabschiedete Fassung laute wie folgt:

§ 184i Sexuelle Belästigung

(1) Wer eine andere Person in sexuell bestimmter Weise körperlich berührt und dadurch belästigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn nicht die Tat in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist.

(2) In besonders schweren Fällen ist die Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn die Tat von mehreren gemeinschaftlich begangen wird.

(3) Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, dass die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält

§ 184i StGB-E sei mit der von der Kommission erörterten Fassung bis auf die veränderte Subsidiaritätsklausel identisch. Den oben genannten Aspekten werde ausweislich der Gesetzesbegründung Rechnung getragen (Körperkontakt, Belästigung aus § 183 StGB, Vorsatz, Subsidiaritätsklausel, Strafraumen und Regelungsstandort).

Das Regelbeispiel aus § 184i Abs. 2 StGB-E lehne sich im Wortlaut an § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB an. Die Aufnahme des besonders schweren Falles sei diskussionswürdig. Dagegen spreche, dass die sexuelle Belästigung für sich genommen nur eine geringfügige Rechtsverletzung darstelle und die gemeinschaftliche Tatbegehung hinreichend über die allgemeinen Strafzumessungsregeln berücksichtigt werden könne. Ferner sehen auch vergleichbare Regelungen wie etwa § 185 StGB (Beleidigung) keinen besonders schweren Fall vor.

§ 184i StGB-E unterscheide sich von der erörterten Fassung dadurch, dass auch die Strafverfolgungsbehörden wegen des besonderen öffentlichen Interesses die Strafverfolgung

²⁷⁸ Vgl. Protokoll der 8. Sitzung der Reformkommission vom 25. September 2015.

ohne Antrag aufnehmen könnten. Diese Regelung sei im Kontext zu § 184i Abs. 2 StGB-E zu sehen. Offenbar gehe der Gesetzgeber von Straftaten mit Öffentlichkeitsbezug aus.

Diskussion:

Die Teilnehmer diskutierten darüber, was das Tatbestandsmerkmal „in sexuell bestimmter Weise“ genau meine. Ausweislich der Gesetzesbegründung erfolge die körperliche Berührung in sexuell bestimmter Weise, wenn sie sexuell motiviert sei. Das sei naheliegend, wenn der Täter das Opfer an den Geschlechtsorganen berühre oder Handlungen vornehme, die typischerweise eine sexuelle Intimität zwischen den Beteiligten voraussetzen (zum Beispiel Küssen des Mundes oder des Halses, „Begrapschen“ des Gesäßes).²⁷⁹ Teilweise wurde vertreten, dass das Vorliegen der sexuell bestimmten Weise aus objektiver Sicht betrachtet werden müsse. Die sexuelle Intention des Täters könne hingegen nicht maßgeblich sein, da dann jede Form der körperlichen Annäherung bereits erfasst wäre. Liege danach eine sexuelle Motivation vor, müsse die in sexuell bestimmter Weise vorgenommene Berührung in einem zweiten Schritt aus objektiver Sicht zu einer sexuellen Belästigung des Opfers führen. Hierdurch müsse die sexuelle Selbstbestimmung des Opfers verletzt werden. Dies sei laut Gesetzesbegründung z. B. bei einem schlichten Kuss auf die Wange nicht ohne Weiteres der Fall. Damit sei gleichzeitig klar, dass bloße Alltagshandlungen nicht erfasst seien.

Hiergegen wurde angeführt, dass die Frage der Belästigung z. B. in § 183 StGB (Exhibitionistische Handlungen) subjektiv auszulegen sei. Auf dieser Grundlage sei der Tatbestand des § 184i StGB-E bereits erfüllt, wenn der Täter etwa einen Arm um das Opfer lege und sich das Opfer hierdurch sexuell belästigt fühle. In diesen Fällen bestünden allerdings Zweifel am Vorsatz.

Vor dem aufgezeigten Hintergrund wünschten sich einige Mitglieder ein objektives Kriterium im Tatbestand, wie z. B. „sexuell berührt und dadurch belästigt“. Problematisch sei gegenwärtig das Wort „bestimmt“. Hiergegen wurde angeführt, dass es auch ein subjektives Element geben müsse, um insbesondere ambivalente Handlungen richtig einordnen zu können.

Darüber hinaus wurde moniert, dass der Tatbestand nur von „belästigt“ und nicht von „sexuell belästigt“ spreche.

Vereinzelt wurde vorgeschlagen, den Tatbestand dahingehend zu modifizieren, dass sexuelle Handlungen erfasst seien, die unterhalb der Erheblichkeitsschwelle liegen. Hiergegen wurde eingewandt, dass Handlungen, die nicht im Sinne von § 184h Nr. 1 StGB erheblich

²⁷⁹ Vgl. BT-Drs. 18 / 9097, S. 31.

seien, zwar keine sexuellen Handlungen im Sinne des 13. Abschnitts sein könnten. Gleichwohl müssten sie natürlich in Bezug auf das Ultima-Ratio-Prinzip hinreichend erheblich sein, damit eine Bestrafung verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein kann.

Ferner diskutierten die Teilnehmer die Konstellation, dass der Täter dem Opfer an die Brust greife, um die Frau in Aufregung zu versetzen und die hierdurch geschaffene Verwirrung für den Diebstahl des Handys zu nutzen. Im Ergebnis wurde dies als unproblematisch angesehen, da der Täter die Frau auch dann in sexuell bestimmter Weise berühre. Denn ein sexueller Lustgewinn sei nicht erforderlich.

Darüber hinaus wurde kritisiert, dass die Subsidiaritätsklausel zu allgemein gehalten sei. Teilweise wurde vorgeschlagen, auf diese ganz zu verzichten und sich mit den Konkurrenzen zu behelfen. Mehrheitlich wurde vorgeschlagen, die Subsidiaritätsklausel auf den 13. Abschnitt zu beschränken, wobei die ursprüngliche Fassung von Frau Dr. Herrmann zusätzlich eine Bezugnahme auf § 185 StGB (Beleidigung) vorgesehen habe. Gegen die Aufnahme von § 185 StGB wurde angeführt, dass § 184i StGB-E die speziellere Norm sei.

Die Teilnehmer diskutierten, ob § 184i Abs. 2 StGB-E erforderlich sei. Für die Beibehaltung spreche, dass hinter einer gemeinschaftlichen Tatbegehung ein größeres Bedrohungspotenzial stecke. Im Unterschied zur Beleidigung und exhibitionistischen Handlung gehe es ferner um ein Delikt mit Körperkontakt. Gegen den besonders schweren Fall wurde angeführt, dass er systematisch nicht passe. Auch bei anderen Delikten wie z. B. § 123 StGB (Hausfriedensbruch) komme man ohne einen besonders schweren Fall aus.

Im Hinblick auf § 184i Abs. 3 StGB-E wurde zum Teil vertreten, dass diese Vorschrift für den Fall der Streichung des Absatzes 2 auf ein absolutes Antragsdelikt zurückgeführt werden sollte. Denn die Tathandlung weise nur einen schwachen Unrechtsbezug auf, so dass das Opfer allein entscheiden solle, ob es die Strafverfolgung wünsche. Es sei auch nicht nachvollziehbar, dass § 184i StGB-E im Gegensatz zu § 185 StGB von Amts wegen verfolgt werden könnte, wenn die Vorschriften tateinheitlich erfüllt seien. Dagegen wurde vereinzelt angeführt, dass der Öffentlichkeitsbezug unabhängig von § 184i Abs. 2 StGB-E gegeben sein könne.

V. Fortsetzung der Abstimmung zum Themenkomplex 9: „Reformbedarf bei §§ 184 ff. StGB“

Die am Vormittag begonnene Abstimmung wurde fortgesetzt.

Frage 6: Soll der Strafrahmen von § 184b Abs. 3 StGB im Höchstmaß auf 5 Jahre Freiheitsstrafe angehoben werden?

Diese Frage greife eine Forderung auf, die zuweilen in der Fachöffentlichkeit erhoben werde. Hintergrund der Strafrahmenerhöhung sei der erleichterte Zugang zu Ermittlungsmaßnahmen.

Fazit: Auf Grundlage der dargestellten Tatsachen wurde die Frage als neue Frage wie oben ersichtlich (Fettdruck) aufgenommen.

Abstimmung: Ja: 1 Mitglied; Nein: 7 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

11. Soll § 184c StGB weiterhin auch dann einschlägig sein, wenn die jugendpornographische Schrift tatsächlich zwar keine Person zeigt, die 14, aber noch nicht 18 Jahre alt ist, dies aber von einem gewissenhaft urteilendem Beobachter angenommen wird (wirklichkeitsnahe Jugendpornographie)?

12. Soll § 184c StGB weiterhin auch fiktive Jugendpornographie umfassen soweit dies im geltenden Recht der Fall ist?

Die Fragen 11 und 12 wurden von den Teilnehmern zurückgestellt, um für die nächste Sitzung zunächst die europarechtlichen Grundlagen zu beleuchten.

Frage 10²⁸⁰: Soll für den Hersteller einer jugendpornographischen Schrift in § 184c Abs. 4 StGB eine Altersbegrenzung vorgesehen werden?

- a) Ja und zwar soll die Straffreiheit nur für Personen unter 18 Jahren in Betracht kommen, oder
- b) Ja und zwar soll die Straffreiheit nur für Personen unter 21 Jahren in Betracht kommen, oder
- c) Nein

²⁸⁰ Die Nummerierung schließt an die Nummerierung der Frage 9 oben unter Punkt III. an.

Gemäß § 184c Abs. 4 StGB ist Absatz 1 Nummer 3, auch in Verbindung mit Absatz 5, und Absatz 3 nicht anzuwenden auf Handlungen von Personen in Bezug auf solche jugendpornographische Schriften, die sie ausschließlich zum persönlichen Gebrauch mit Einwilligung der dargestellten Person hergestellt haben. Die Vorschrift sei in dieser Fassung seit Januar 2015 in Kraft. Die Vorfassung habe die Straffreiheit zusätzlich daran geknüpft, dass der Hersteller unter 18 Jahre alt sei. Dies sei aber insoweit problematisch angesehen worden, als dass der 17jährige noch straffrei bleibe, während er sich mit seinem 18. Geburtstag strafbar mache.

Die Lanzarote-Konvention und die RL 2011/93/EU würden sich in diesem Punkt zur Straffreiheit widersprechen. Während die RL 2011/93/EU voraussetze, dass das Material dem Hersteller der jugendpornographischen Schrift zum persönlichen Gebrauch dienen müsse, gehe die Lanzarote-Konvention davon aus, dass die jugendpornographische Schrift dem dargestellten Jugendlichen zum persönlichen Gebrauch dienen müsse.

Es wurde diskutiert, ob die Altersbeschränkung in § 184c Abs. 4 StGB wieder eingeführt werden sollte. Alternativ gab es auch den Vorschlag, das Alter auf 21 Jahre anzuheben. Gegen eine Altersgrenze wurde argumentiert, dass auch nach gegenwärtiger Rechtslage die Einwilligung der dargestellten Person für die Straffreiheit erforderlich sei.

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

Abstimmung: a): 0 Mitglieder; b): 1 Mitglied; c): 8 Mitglieder

Frage 11: Soll § 184c Abs. 4 StGB ergänzt werden?

- a) Ja, um die Voraussetzung, dass die Herstellung im Kontext einer einvernehmlichen sexuellen Beziehung zwischen Hersteller und Darsteller erfolgt, oder**
- b) Ja, um die Voraussetzung, dass die Herstellung nicht gegen Entgelt erfolgt, oder**
- c) Ja, um die kumulativen Voraussetzungen aus Antwort a und b, oder**
- d) Nein**

Die ursprüngliche Fassung der Frage lautete wie folgt:

Soll § 184c Abs. 4 StGB dahingehend beschränkt werden, dass zwischen Hersteller und Darsteller der jugendpornographischen Schrift eine persönliche oder sexuelle Beziehung bestehen muss?

Die Teilnehmer diskutierten, ob zwischen Hersteller und Darsteller der jugendpornographischen Schrift ein bestimmtes Verhältnis vorliegen müsse, damit die Straffreiheit eintritt. So müssten Personen, die legal sexuellen Kontakt miteinander hätten, wohl auch hiervon gefertigte Bilder besitzen dürfen. Dagegen wurde angeführt, dass der Schutzzweck des § 184c StGB darin zu sehen sei, dass Jugendliche nicht in das Pornographiegewerbe hineinrutschen. Klassischerweise erfolge dies über die Aufnahme einer legalen sexuellen Beziehung. Ferner seien auch insoweit europarechtliche Vorgaben zu berücksichtigen. Danach müsse vor allem der Gefahr der Verbreitung des Materials entgegen getreten werden. Diese Gefahr sei jedoch innerhalb einer Beziehung geringer. Die Gefahr bestehe jedoch im stärkeren Umfang, wenn für das Bild bezahlt werde.

Teilweise wurde die Sorge geäußert, dass unklar sei, was eine persönliche oder sexuelle Beziehung ausmache. Es könne auch vermehrt zu Schutzbehauptungen kommen. Es sei ferner nicht ganz nachvollziehbar, dass die Person, die mit dem Darsteller sexuell verkehre, straffrei bleibe, während die Person, die lediglich Bilder anfertige, sich strafbar mache. Vor diesem Hintergrund wurde vorgeschlagen, die Entgeltlichkeit aufzunehmen.

Fazit: Auf der Grundlage der dargestellten Diskussion wurde die Frage 14 wie oben (Fettdruck) ersichtlich neu gefasst.

Abstimmung: a): 0 Mitglieder; b): 5 Mitglieder; c): 3 Mitglieder; d): 0 Mitglieder;

Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 12: Soll § 184c Abs. 4 StGB auch dann einschlägig sein, wenn die jugendpornographische Schrift zwar nicht von dem Besitzer hergestellt worden ist, dieser die jugendpornographische Schrift aber vom Darsteller freiwillig überreicht bekommen hat?

Nach gegenwärtiger Rechtslage sei § 184c Abs. 4 StGB nur dann einschlägig, wenn der Besitzer der jugendpornographischen Schrift auch der Hersteller sei. Es stelle sich daher die Frage, ob nicht auch der Besitzer, der nicht Hersteller sei, straffrei sein müsse, wenn er die Bilder vom Darsteller freiwillig überreicht bekomme („Selfie“). Aus europarechtlicher Sicht seien keine zwingenden Vorgaben zu beachten. Weder der Europarat noch die EU hätten das Problem thematisiert.

Es bestand Einigkeit, dass das in Frage 11 gefundene Ergebnis zur Entgeltlichkeit auch für diese Frage Geltung beanspruche.

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

Abstimmung: Ja: 7 Mitglieder; Nein: 2 Mitglieder

Frage 16²⁸¹: *Soll § 184c Abs. 4 StGB dahingehend eine Klarstellung erfahren, dass auch der Darsteller selbst, der die jugendpornographische Schrift besitzt, straffrei bleibt?*

Es bestand Einigkeit, die Frage zu streichen, da der Eigenbesitz auch nach gegenwärtiger Rechtslage nicht strafbar sei. Die Frage wurde daher gestrichen.

Frage 13: **Soll § 184c Abs. 4 StGB nicht mehr einschlägig sein, sobald der Darsteller seine Einwilligung zum Besitz zurücknimmt, indem er die jugendpornographische Darstellung zurückfordert bzw. die Löschung erbittet?**

Die Teilnehmer waren sich darin einig, dass die Rücknahme der ursprünglich erklärten Einwilligung nicht dazu führen solle, dass die Strafbarkeit wieder auflebe. Der Darsteller könne den Zivilrechtsweg beschreiten.

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

Abstimmung: Ja: 0 Mitglieder; Nein: 9 Mitglieder

Frage 14: **Soll § 184c Abs. 4 StGB auch dann eingreifen, wenn die Schrift zum persönlichen Gebrauch der dargestellten Person hergestellt wird?**

Die ursprüngliche Fassung der vorab versandten Frage lautete wie folgt:

Soll § 184c Abs. 4 StGB im Einklang mit Artikel 20 Abs. 3, 2. Spiegelstrich der Lanzarote-Konvention dahingehend geändert werden, dass die Straffreiheit nur

²⁸¹ Nummerierung nach vorab versandten Fragebogen.

dann eintreten kann, wenn sich die jugendpornographische Schrift im Besitz der Darsteller befindet?

Die Frage beziehe sich auf den Fall, dass der jugendliche Darsteller den Hersteller darum bitte, ein jugendpornographisches Bild zu fertigen. Der Hersteller besitze das Bild nur ganz kurz, da er es sofort an den Darsteller übergebe. In diesen Fällen solle der Hersteller straflos bleiben. Insoweit gebe es keine Probleme mit den Vorgaben der RL 2011/93/EU oder der Lanzarote-Konvention.

Fazit: Auf der Grundlage der dargestellten Diskussion wurde die Frage 17 wie oben (Fett-druck) ersichtlich neu gefasst.

Abstimmung: Ja: 9 Mitglieder; Nein: 0 Mitglieder

Frage 18²⁸²: Soll der Regelungsgehalt des § 184d Abs. 1 StGB in die einschlägigen Vorschriften der §§ 184 bis 184c StGB überführt werden?

Die Teilnehmer waren sich darüber einig, dass diese Frage nur dann Bedeutung habe, wenn § 184 StGB im Strafrecht erhalten bleibe.

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

Abstimmung: Ja: 9 Mitglieder; Nein: 0 Mitglieder

Frage 19: *Unterstellt, Frage 18 wird verneint: Soll § 184d Abs. 2 StGB dahingehend eine Klarstellung erfahren, dass der Besitz von Kinderpornographie nur bei einem tatsächlichen oder wirklichkeitsnahen Geschehen und der Besitz von Jugendpornographie nur bei einem tatsächlichen Geschehen strafbar ist?*

Die Frage wurde gestrichen, da Frage 18 nicht verneint wurde.

²⁸² Die Fragen 15, 16 und 17 wurden von der Reformkommission in der 24. Sitzung ergänzt, vgl. Protokoll der 24. Sitzung der Reformkommission, Punkt V.

Frage 20. Soll der Regelungsgehalt von § 184e StGB in die Vorschriften zur Kinder- und Jugendpornographie überführt werden?

Die Teilnehmer verständigten sich auf die Streichung der Frage.

VI. Bericht über die nachgereichten Stimmen zur Abstimmung in der 16. Sitzung

Frau Bunke berichtete über die nachträglich per E-Mail kommunizierten Abstimmungsergebnisse zum Themenkomplex 3: „Reformbedarf bei den Straftatbeständen des sexuellen Missbrauchs von Kindern und Jugendlichen und des sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen“. Konkret ging es um die in der 16. Sitzung zur Abstimmung gestellte Fragen²⁸³. Das Abstimmungsergebnis stellt sich abschließend wie folgt dar:

Themenkomplex 3: „Reformbedarf bei den Straftatbeständen des sexuellen Missbrauchs von Kindern und Jugendlichen und des sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen“ – Anlage 2

Frage 2: Reformbedarf bei § 174 StGB (Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen)

.....

d)²⁸⁴ Unterstellt, Frage 2a wird bejaht: Welcher Strafraumen soll in Bezug auf sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt in den neuen Tatbestand übernommen werden?

aa) Der Strafraumen des § 174 Abs. 3 StGB (Geldstrafe bis 3 Jahre Freiheitsstrafe) soll übernommen werden.

bb) Der Strafraumen des § 180 Abs. 3 StGB (Geldstrafe bis 5 Jahre Freiheitsstrafe) soll übernommen werden.

Abstimmung: aa): 9 Mitglieder; bb): 3 Mitglieder

f) Soll § 174 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB dahingehend geändert werden, dass erstens: einheitlich Personen unter 18 Jahren erfasst werden, die dem Täter zur Erziehung, oder zur Betreuung anvertraut sind und zugleich auf das Erfordernis des Miss-

²⁸³ Vgl. Protokoll der 16. Sitzung der Reformkommission, Punkt V.

²⁸⁴ Frage 2a) lautete: „Sollen die Vorschriften betreffend den sexuellen Missbrauch von Schutzbefohlenen (§ 174 und § 180 Abs. 3 StGB) in einer Norm geregelt werden?“ Antwort: Ja: alle, der am 17. März 2016 anwesenden 7 Mitglieder ; Nein: 0 der am 17. März 2016 anwesenden Mitglieder.

brauchs einer mit dem Erziehungs-, oder Betreuungsverhältnis verbundenen Abhängigkeit verzichtet werden und

zweitens: einheitlich Personen unter 18 Jahren erfasst werden, die dem Täter im Rahmen eines Dienst-, Ausbildungs- oder Arbeitsverhältnisses untergeordnet sind und bei denen der Täter zusätzlich eine mit dem Dienst-, Ausbildungs- oder Arbeitsverhältnis verbundene Abhängigkeit missbraucht?

Abstimmung: Ja: 12 Mitglieder; Nein: 0 Mitglieder

g) Soll § 174 Abs. 1 Nr. 3 StGB um Fälle erweitert werden, bei denen der Täter mit dem Opfer in häuslicher Gemeinschaft lebt?

Abstimmung: Ja: 2 Mitglieder; Nein: 10 Mitglieder

h) Soll § 174 Abs. 2 StGB im Hinblick auf die Regelung des § 182 Abs. 3 StGB gestrichen werden?

Abstimmung: Ja: 0 Mitglieder; Nein: 12 Mitglieder

i) Soll § 174 Abs. 2 StGB dahingehend geändert werden, dass Ausbildungsverhältnisse ausgenommen werden?

Abstimmung: Ja: 8 Mitglieder; Nein: 4 Mitglieder

j) Unterstellt Frage 2h wird verneint: Soll § 174 Abs. 2 StGB wie folgt geändert werden?

aa) § 174 Abs. 2 Nr. 2 StGB wird gestrichen und die Altersgrenze in § 174 Abs. 2 Nr. 1 StGB wird auf Personen unter 18 Jahren angehoben, oder

bb) § 174 Abs. 2 Nr. 1 StGB wird gestrichen, oder

cc) § 174 Abs. 2 StGB wird in der jetzigen Fassung belassen

Abstimmung: aa): 0 Mitglieder; bb): 8 Mitglieder; cc): 4 Mitglieder

Da die Frage 2k in späterer Sitzung erneut zur Abstimmung gestellt wurde, liegt insoweit noch kein abschließendes Abstimmungsergebnis vor.²⁸⁵

VII. Organisatorisches und Sitzungsende:

Die nächsten Sitzungen finden am 9. September und am 14. Oktober 2016 statt.

Am 9. September sollen Frau Clemm (Beschleunigungsgrundsatz, Akteneinsichtsrecht, Beratungshilfe etc.), Herr Thiele (Änderungsbedarf in §§ 100a, 112a StPO) und Frau Prof. Hörnle (Neuregelung zu § 177 StGB-E) und am 14. Oktober Herr Prof. Wolters (Auswirkungen der Neuregelung zu § 177 StGB-E auf die übrigen Straftatbestände des 13. Abschnitts) sowie Herr Prof. Eisele (§ 184j StGB-E [Straftaten aus Gruppen]) ihre Impulsvorträge halten²⁸⁶.

Eine weitere Sitzung ist für Anfang November 2016²⁸⁷ vorgesehen. Auf dieser sollen restliche Abstimmungen stattfinden sowie das Konzept für den Abschlussbericht vorgestellt werden.

²⁸⁵ Vgl. Protokoll der 17. Sitzung der Reformkommission, Punkt VI.

²⁸⁶ Erst nach der Sitzung stellte sich heraus, dass Frau Clemm am 9. September 2016 und Herr Prof. Wolters am 14. Oktober 2016 verhindert sind. Frau Clemm wird daher am 14. Oktober 2016 ihr Impulsreferat halten. Das Referat von Herrn Prof. Wolters wird Herr Marx am 14. Oktober 2016 übernehmen.

²⁸⁷ Der konkrete Termin soll der 11. November 2016 sein.

21. Sitzung am 9. September 2016

Protokoll
der 21. Sitzung der Reformkommission
zur Überarbeitung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches
im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
am 9. September 2016
11:00 – 17:00 Uhr

I. Anwesenheit

1. Mitglieder der Reformkommission

- Frau LOStAin Birgit Cirullies
- Herr Prof. Dr. Jörg Eisele
- Frau Prof. Dr. Tatjana Hörnle (ab TOP VII)
- Herr StA Christian Kohle
- Herr Prof. Dr. Klaus Laubenthal
- Herr MR Peter Marx
- Frau RinBGH Dr. Ursula Schneider
- Herr KD Jürgen Thiele
- Frau RAin Elke Thom-Eben

An der Teilnahme verhindert waren:

- Frau RAin Christina Clemm
- Herr Prof. Dr. Gereon Wolters
- Frau RinOLG Andrea Röhrig

2. Für das BMJV

- Herr UAL II A Dr. Bernhard Böhm
- Frau RLn II A 7 Susanne Bunke
- Frau RDn Dr. Garonne Bezjak
- Frau Jenny Barthel
- Herr OStA BGH Köhler (zu TOP IV)

II. Eröffnung der Sitzung und Begrüßung der Mitglieder

Herr Dr. Böhm begrüßte die Mitglieder der Reformkommission und eröffnete die Sitzung. Anmerkungen zu den Protokollen der 17. bis 19. Sitzung gab es auf Nachfrage nicht. Herr Marx hatte bereits vorab elektronisch Anmerkungen zum Protokoll der 18. Sitzung an BMJV übersandt. Diese waren redaktioneller Natur und betrafen das von Herrn Marx gehaltene Impulsreferat zu den §§ 184 ff. StGB. Die Änderungen sollen übernommen werden.

III. Bericht über die nachgereichten Stimmen zur Abstimmung in der 17. Sitzung

Frau Bunke berichtete über die nachträglich per E-Mail kommunizierten Abstimmungsergebnisse zu den in der 17. Sitzung zur Abstimmung gestellten Themenkomplex 10: „Materielle und prozessuale Folgeänderungen“, Themenkomplex 3: „Reformbedarf bei den Straftatbeständen des sexuellen Missbrauchs von Kindern und Jugendlichen und des sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen“, Themenkomplex 8: „Reformbedarf bei § 183 StGB (Exhibitionistische Handlungen) und § 183a StGB (Erregung öffentlichen Ärgernisses)“ und zum Themenkomplex 6: „Reformbedarf bei den Strafvorschriften zur Prostitution“.

1. Themenkomplex 10: „Materielle und prozessuale Folgeänderungen“ – Anlage 1

Konkret ging es um die in der 17. Sitzung zur Abstimmung gestellte Frage²⁸⁸. Das Abstimmungsergebnis stellt sich abschließend wie folgt dar:

Frage: Sollen die Katalogtaten in § 138 Abs. 1 StGB um bestimmte Straftatbestände aus dem 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB ergänzt werden?

Abstimmung: Ja: 2 Mitglieder; Nein: 10 Mitglieder

2. Themenkomplex 3: „Reformbedarf bei den Straftatbeständen des sexuellen Missbrauchs von Kindern und Jugendlichen und des sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen“ – Anlage 2

Konkret ging es um die in der 17. Sitzung zur Abstimmung gestellte Fragen²⁸⁹. Das Abstimmungsergebnis stellt sich abschließend wie folgt dar:

Frage 2: Reformbedarf bei § 174 StGB (Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen)

²⁸⁸ Vgl. Protokoll der 17. Sitzung der Reformkommission, Punkt IV.

²⁸⁹ Vgl. Protokoll der 17. Sitzung der Reformkommission, Punkt VI.

k) Unterstellt, Frage 2h²⁹⁰ wird verneint: Soll in § 174 Abs. 2 Nr. 2 StGB das Tatbestandsmerkmal des Ausnutzens durch das Tatbestandsmerkmal des Missbrauchens ersetzt werden?

Abstimmung: Ja: 2 Mitglieder; Nein: 10 Mitglieder

l) Soll § 174 Abs. 5 StGB auch auf die Fälle von § 174 Abs. 1 Nr. 3 StGB zur Anwendung kommen?

a) Ja oder

b) Ja, mit Ausnahme der Fälle der leiblichen und rechtlichen Abkömmlinge, oder

c) Ja, mit Ausnahme der Fälle der leiblichen Abkömmlinge, oder

d) Nein

Abstimmung: a): 2 Mitglieder; b): 1 Mitglied; c): 5 Mitglieder; d): 4 Mitglieder

Frage 3: Reformbedarf bei § 180 StGB (Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger)

Soll § 180 Abs. 1 StGB (sogenanntes Kuppeleiverbot) gestrichen werden?

Abstimmung: Ja: 12 Mitglieder; Nein: 0 Mitglieder

Frage 4: Reformbedarf bei § 182 StGB (Sexueller Missbrauch von Jugendlichen)

a) Soll § 182 Abs. 3 StGB dahingehend erweitert werden, dass die Opfereigenschaft auf Personen unter 18 Jahren festgelegt wird?

Abstimmung: Ja: 3 Mitglieder; Nein: 9 Mitglieder

b) Wie soll bei § 182 Absatz 3 StGB mit der Altersbeschränkung des Täters umgegangen werden?

aa) Die Altersbeschränkung wird aufgehoben, oder

²⁹⁰ Frage h) lautet: „Soll § 174 Abs. 2 StGB im Hinblick auf die Regelung des § 182 Abs. 3 StGB gestrichen werden?“

- bb) die Altersbeschränkung wird geändert, oder
- cc) die Altersbeschränkung bleibt, wie sie ist.

Abstimmung: aa): 1 Mitglied; bb): 4 Mitglieder; cc): 7 Mitglieder

c) Unterstellt, bei Frage 4b) wird Antwort bb) bejaht: Wie soll die Altersgrenze des Täters bei § 182 Abs. 3 StGB gefasst werden?

- aa) 18 Jahre oder
- bb) mindestens das Alter des Opfers oder
- cc) mindestens 5 Jahre älter als das Opfer

Abstimmung: aa): 6 Mitglieder; bb): 0 Mitglieder; cc): 4 Mitglieder; Enthaltung: 2 Mitglieder

Frage 5: Reformbedarf bei sexuellen Handlungen Minderjähriger gegen Entgelt

a) Soll es einen Straftatbestand geben, der die Tathandlungen, die mit sexuellen Handlungen Minderjähriger gegen Entgelt im Zusammenhang stehen, unter Aufhebung der §§ 180 Abs. 2 und 182 Abs. 2 StGB zusammenfasst?

- aa) Ja oder
- bb) Ja, und zwar unter Einbeziehung von § 180a Abs. 2 Nr. 1 StGB, oder
- cc) Nein

Abstimmung: aa): 6 Mitglieder; bb): 6 Mitglieder; cc): 0 Mitglieder

b) Wie soll bei den Tathandlungen aus den §§ 180 Abs. 2, 182 Abs. 2 StGB mit dem Mindestalter auf Täterseite umgegangen werden?

- aa) Streichung oder
- bb) Festlegung auf 18 Jahre

Abstimmung: aa): 9 Mitglieder; bb): 3 Mitglieder

c) Soll die Schutzaltersgrenze in den §§ 180 Abs. 2 und 182 Abs. 2 StGB auf 21 Jahre angehoben werden?

Abstimmung: Ja: 0 Mitglieder; Nein: 12 Mitglieder

d) Welche Form der sexuellen Handlung soll für die Tathandlungen aus den §§ 180 Abs. 2, 182 Abs. 2 StGB bestimmt werden?

aa) Alle in den Vorschriften normierten Tathandlungen sollen nur sexuelle Handlungen mit Körperkontakt erfassen.

bb) Die in den Vorschriften normierten Tathandlungen sollen sexuelle Handlungen mit und ohne Körperkontakt erfassen.

cc) Die von den Vorschriften erfassten Tathandlungen sollen, wie gegenwärtig, teils Körperkontakt und teils keinen Körperkontakt erfordern.

Abstimmung: aa): 0 Mitglieder; bb): 12 Mitglieder; cc): 0 Mitglieder

3. Themenkomplex 8: „Reformbedarf bei § 183 StGB (Exhibitionistische Handlungen) und § 183a StGB (Erregung öffentlichen Ärgernisses)“ – Anlage 3

Konkret ging es um die in der 17. Sitzung zur Abstimmung gestellten Fragen²⁹¹. Das Abstimmungsergebnis stellt sich abschließend wie folgt dar:

Frage 1: Soll § 183 StGB (Exhibitionistische Handlungen) gestrichen werden?

a) Ja oder

b) Ja, soweit sichergestellt ist, dass der Aspekt des Jugendschutzes in den Vorschriften zum Jugendschutz außerhalb des StGB enthalten ist, oder

c) Ja, soweit die Opfer nicht Kinder sind, oder

d) Nein

Abstimmung: a): 3 Mitglieder; b): 4 Mitglieder; c): 0 Mitglieder; d): 5 Mitglieder

Frage 2: Unterstellt, § 183 StGB wird nicht gestrichen: Soll der Tatbestand auch die Frau als potenzielle Täterin erfassen?

Abstimmung: Ja: 7 Mitglieder; Nein: 4 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

²⁹¹ Vgl. Protokoll der 17. Sitzung der Reformkommission, Punkt VI.

Frage 3: Soll § 183a StGB (Erregung öffentlichen Ärgernisses) gestrichen werden?

Abstimmung: Ja: 10 Mitglieder; Nein: 1 Mitglied; Enthaltung: 1 Mitglied

4. Themenkomplex 6: „Reformbedarf bei den Strafvorschriften zur Prostitution“ – Anlage 4

Konkret ging es um die in der 17. Sitzung zur Abstimmung gestellten Fragen²⁹². Das Abstimmungsergebnis stellt sich abschließend wie folgt dar:

Frage 1: Sollen die Prostitutionsvorschriften insgesamt aus dem Kernstrafrecht zugunsten von gewerberechtlichen Regelungen gestrichen werden (ggf. mit flankierenden Straf- und Ordnungswidrigkeitsvorschriften)?

Abstimmung: Ja: 1 Mitglied; Nein: 11 Mitglieder

Frage 2: Sollen die Prostitutionsvorschriften aus dem 13. Abschnitt des StGB und die die Prostitution betreffenden Vorschriften aus dem 18. Abschnitt des StGB in einen Abschnitt zusammengeführt werden?

- a) Ja, und zwar sollen sie zusammen im 13. Abschnitt des StGB geregelt werden.
- b) Ja, und zwar sollen sie zusammen im 18. Abschnitt des StGB geregelt werden.
- c) Nein.

Abstimmung: a): 8 Mitglieder; b): 3 Mitglieder; c): 1 Mitglied

IV. Impuls von Herrn Thiele zum Themenkomplex 10: „Materielle und prozessuale Folgeänderungen“ mit anschließender Diskussion

Herr Thiele hielt ein Impulsreferat (**Anlage 5**) zu der Frage des Erfordernisses von prozessualen Weiterungen in § 100a StPO (Überwachung der Telekommunikation) und § 112a StPO (Weitere Haftgründe). Für eine Erweiterung von § 112a StPO sah Herr Thiele kein Bedürfnis. Anders verhalte es sich in Bezug auf § 100a StPO. Gemäß § 100a Abs. 1 StPO darf die Telekommunikation auch ohne Wissen des Betroffenen überwacht und aufgezeichnet

²⁹² Vgl. Protokoll der 17. Sitzung der Reformkommission, Punkt VI.

werden, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass jemand als Täter oder Teilnehmer eine in Absatz 2 bezeichnete schwere Straftat begangen, in Fällen, in denen der Versuch strafbar ist, zu begehen versucht, oder durch eine Straftat vorbereitet hat (Nr. 1), die Tat auch im Einzelfall schwer wiegt (Nr. 2) und die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten auf andere Weise wesentlich erschwert oder aussichtslos wäre (Nr. 3). § 100a Abs. 2 StPO benennt abschließend die schweren Straftaten im Sinne des § 100a Abs. 1 Nr. 1 StPO.

Im Hinblick auf die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung ist die Mehrzahl der Straftaten nicht enthalten. Der Gesetzgeber halte bisher ausdrücklich an der Kataloglösung fest. Es stelle sich daher die Frage, nach welchen Kriterien der Gesetzgeber darüber entscheide, welche Vorschriften in den Katalog aufgenommen werden. Der Gesetzgeber habe bisher zu keinem Zeitpunkt eine erkennbare Überprüfung sämtlicher Sexualdelikte bzgl. einer Aufnahme in den Katalog vorgenommen. Nach Auffassung von Herrn Thiele sei das anhand der drei Kriterien: Angemessenheit, Geeignetheit und Erforderlichkeit durchzuführen.

Gesetzestext und –materialien stellten bei der Prüfung bzgl. der erheblichen Eingriffsintensität durch eine Telekommunikationsüberwachung (TKÜ-Maßnahme) im Vergleich der durch die Anlasstaten beeinträchtigten Rechtsgüter jeweils auf die Schwere der Anlasstat ab. Angemessen schwere Straftaten müssten eine Mindesthöchststrafe von 5 Jahren Freiheitsstrafe aufweisen, in Einzelfällen genüge aufgrund der besonderen Bedeutung des geschützten Rechtsguts oder des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung aber auch eine geringere Freiheitsstrafe. Die diesbezügliche Prüfung der nicht katalogisierten Sexualdelikte lasse erkennen, dass sich insbesondere die §§ 176 bis 179 StGB vollständig in den Katalog integrieren ließen. Diese Delikte würden zudem regelmäßig zu schweren und langanhaltenden insbesondere psychischen Schäden führen und insofern auch die vom Gesetzgeber teilweise zur Begründung für die Katalogaufnahme herangezogene Argumentation erfüllen, dass die Katalogtaten „*weitreichende negative Folgen*“ aufwiesen. Herr Thiele warf vor diesem Hintergrund die Frage auf, warum die genannten Sexualdelikte keinen Eingang in den Katalog gefunden hätten. Es sei zumindest unstimmtig, dass zwar die Qualifikation der gemeinschaftlichen Tatbegehung in den §§ 177, 179 StGB erfasst seien, nicht aber die übrigen Qualifikationen.

Nicht verständlich sei auch, dass der Katalog zwar § 249 StGB (Raub) enthalte, nicht aber z. B. den § 177 StGB (Sexuelle Nötigung, Vergewaltigung) in Gänze. Beide Straftatbestände schützten u. a. die persönliche Freiheit des Opfers. Jedoch dauere die Nötigungshandlung beim Raub nur kurz an, während die Einwirkung bei der Vergewaltigung länger anhalte und

für das Opfer belastender sei. Schließlich sei die Vergewaltigung zwangsläufig mit einer körperlichen Einwirkung und daher mit regelmäßig erheblicheren Tatfolgen für das Opfer verbunden. Insofern sei dem durch § 249 StGB ebenfalls geschütztem Rechtsgut Eigentum nicht mehr Wert bei der Strafverfolgung zuzumessen als der sexuellen Selbstbestimmung.

Schließlich sei unverständlich, dass zwar mit der letzten Änderung die §§ 184b Abs. 1 und 2, 184c Abs. 2 StGB, nicht aber § 176 StGB (Sexueller Missbrauch von Kindern) und § 182 StGB (Sexueller Missbrauch von Jugendlichen) aufgenommen worden seien. Damit sei zwar die pornographische Verwertung erfasst, nicht aber der eigentliche Missbrauch.

Die vielfältigen technischen Neuerungen sowie damit einhergehend veränderte Verhaltensweisen der Sexualstraftäter erforderten nach Auffassung von Herrn Thiele eine aktuelle Prüfung der Geeignetheit von TKÜ-Maßnahmen sowohl für die Sachverhaltserforschung (Ermittlungs-TKÜ) als auch zur Aufenthaltsermittlung gesuchter Sexualstraftäter (Ergreifungs-TKÜ). Dabei sei eine Beschränkung bei der Bewertung der Eignung einer TKÜ-Maßnahme auf die Wahrscheinlichkeit von Kommunikation mittels gesprochenen Wortes nicht mehr zeitgemäß. Durch die veränderten technischen Möglichkeiten der TKÜ könne dem Aufklärungs- und dem Ergreifungszweck des § 100a StPO mittlerweile in technisch vielfältiger Weise entsprochen werden, ohne dass es einer Kommunikation mittels Wörter bedürfe.

Durch das Erstellen von Bildaufzeichnungen sexueller Übergriffe oder ein zunehmend festzustellendes täterseitiges Mitteilungsbedürfnis (Austausch mit Gleichgesinnten, Prahlerei etc.) entstünden verwertbare Beweise, die beim Versenden an eigene Speicherorte oder das „Teilen“ über soziale Dienste und Chatprogramme abgefangen werden könnten. Dabei könnten über § 100a StPO (analog) z. B. auch Email-Postfächer, Accounts bei Telemediendiensten oder Cloud-Speicher im Hinblick auf Nachrichten, Bilder etc. retrograd bei Serienvergewaltigern gesichert werden.

Herr Thiele führte ferner aus, dass in der Praxis eher serienhafte Tatbegehungen durch Einzeltäter als die katalogisierten gruppenbezogenen Qualifizierungen der §§ 177, 179 StGB zu beklagen seien. Hierzu sei es nicht nachvollziehbar, weshalb die Ermittlungsmöglichkeiten der TKÜ für die Aufklärung schwerer Sexualstraftaten nur deswegen nicht zulässig sein sollten, weil diese durch einen Einzeltäter begangen worden seien. Soweit keine sonstigen Ermittlungsmöglichkeiten zum Erfolg führten (z. B. DNA-Spuren), könnten die Möglichkeiten der TKÜ z. B. zur Identifizierung des Täters beitragen, wenn der Sexualtäter dem Opfer das Handy gestohlen habe oder sich durch Funkzellenabfragen usw. Hinweise auf ein vom Täter genutztes Handy ergeben hätten. Aufgrund täterseitiger Verschleierung (Falschpersonalien,

Prepaidkarten, gebrauchte Karten, ausländische Karten etc.) könnte ggf. erst die inhaltliche TKÜ gemäß § 100a StPO eine Identifizierung des Nutzers ermöglichen. Dies gelte ebenso aufgrund technischer Schwierigkeiten und Grenzen, die eine Identifizierung wesentlich erschweren bzw. unmöglich machen würden (zeitverzögerte Datenübermittlung, Größe möglicher Aufenthaltsbereiche usw.). Ein erhebliches Problem stelle nach Herrn Thiele vor diesem Hintergrund auch die Unzulässigkeit der Ergreifungs-TKÜ bei der Fahndung nach gesuchten Sexualverbrechern dar, sofern es sich dabei um Einzeltäter handele (Serienvergewaltiger usw.). Hier bedürfe es der Erhebung von Gesprächsinhalten als Anknüpfungspunkt für die Aufenthaltsfeststellung (z. B. bei Nachrichtenmittlern / Kontaktpersonen).

Der Gesetzgeber habe zuletzt die Erforderlichkeit der TKÜ für mehrere Menschenhandelsdelikte damit begründet, dass deren Aufklärung gerade auf die TKÜ angewiesen seien, um in die abgeschottet agierenden Täterkreise der Organisierten Kriminalität eindringen zu können. Diese noch immer gültigen Begründungsansätze wären nun auch für Straftaten gem. § 181a StGB (Zuhälterei) zu diskutieren, die ebenfalls der organisierten Kriminalität zuzurechnen seien und nicht zuletzt wegen der Angst der Prostituierten ohne verdeckte Maßnahmen schwer aufzuklären seien. Auch wären diesbezüglich die vorgenannten Kriterien der Angemessenheit (hier: Höchststrafe 5 Jahre Freiheitsstrafe) und Geeignetheit erfüllt.

Im Ergebnis sah Herr Thiele die Kriterien der Angemessenheit, Geeignetheit und Erforderlichkeit mindestens für die §§ 176-179, 181a StGB als erfüllt an und sprach sich daher für eine Ausweitung des Straftatenkataloges in § 100a Abs. 2 StPO aus.

Diskussion:

Von Seiten des BMJV wurde darauf hingewiesen, dass die Erweiterung des Katalogs des § 100a Abs. 2 StPO bereits in der Expertenkommission zur effektiven und praxistauglichen Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens ein Thema gewesen sei.²⁹³

Die Auffassung, dass der Straftatenkatalog des § 100a Abs. 2 StPO Wertungswidersprüche aufweise, wurde geteilt. Es sei jedoch nicht angezeigt, allein auf die Strafraumen der aufzunehmenden Delikte abzustellen. Zumal man auf dieser Grundlage umgekehrt auch für die

²⁹³ Die Expertenkommission hat empfohlen, den Katalog des § 100a Abs. 2 StPO anhand übergeordneter systematischer Kriterien grundlegend neu auszurichten, um bestehende Wertungswidersprüche aufzulösen. Dabei sollen die Schwere der Straftat sowie die Umstände, unter denen sie begangen wurde, von entscheidender Bedeutung sein (vgl. Bericht der Expertenkommission zur effektiven und praxistauglichen Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens, Empfehlung A.5.2, S. 77).

Streichung einiger Delikte plädieren könnte. Ein entscheidender Aspekt sei vielmehr, ob es sich um ein Delikt handele, bei dem der Täter typischerweise kommuniziere.

Ferner sei zu berücksichtigen, dass die Telekommunikationsüberwachung eine grundrechtsintensive Maßnahme darstelle. Dies gelte insbesondere, soweit auch die Kommunikation unbeteiligter Dritter abgehört werde. Eine Erweiterung des Kataloges komme daher nur in Betracht, wenn der damit zu erzielende Grundrechtsschutz der Opfer hierzu in einem angemessenen Verhältnis stünde. Dies wurde teilweise insbesondere für die pauschale Aufnahme der §§ 176, 179 StGB bezweifelt. Soweit Täter ihre Tat auf Video o. ä. dokumentierten, könnte man das Material ohnehin beschlagnahmen.

Weitestgehend Einigkeit bestand darin, dass das Eintauschen eines Straftatenkataloges gegen die gesetzliche Nennung allgemeiner Kriterien keine Alternative sei. Allgemeine Kriterien seien – auch im Hinblick auf die Grundrechtssensibilität – zu unbestimmt und vom Gesetzgeber bislang zu Recht abgelehnt worden.

Ferner wurde hervorgehoben, dass die Telekommunikationsüberwachung als Ermittlungsmaßnahme auch geeignet sein müsse, damit sie verhältnismäßig sein könne. So sei es z. B. plausibel, die gemeinschaftliche Tatbegehung zu erfassen, weil es diesbezüglich nicht fernliegend sei, dass sich etwa die Mittäter nach der Tat telefonisch über die Tat austauschten. Andere Qualifikationen wiesen demgegenüber keine zwingenden Anknüpfungspunkte für eine spätere Kommunikation auf. Auch bei Straftaten nach §§ 184b Abs. 1 und 2, 184c Abs. 2 StGB sei es plausibel, dass kinder- bzw. jugendpornographische Schriften als Datei versandt werden und damit einer Telekommunikationsüberwachung zugänglich seien, was etwa für die Herstellung von Kinder- oder Jugendpornographie nicht im selben Maße gelte.

Gegen die Kommunikationswahrscheinlichkeit als Kriterium für die Aufnahme in den Katalog des § 100a Abs. 2 StPO wurde angeführt, dass dies zwar bei Dauerdelikten wie z. B. Wirtschaftsdelikten oder Verbreitung von Kinderpornographie plausibel sei, nicht aber z. B. für eine gemeinschaftlich begangene Vergewaltigung. Es sei nicht zwingend, dass sich der Täter mit seinem Komplizen über die Tat austausche. Genauso gut könne jeder Einzeltäter mit einer anderen Person über seine Tat reden. Überhaupt nicht verständlich sei es, dass § 178 StGB nicht von § 100a Abs. 2 StPO erfasst werde. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit sei dabei zu berücksichtigen, dass die jeweilige Tat zusätzlich im konkreten Einzelfall schwer wiegen müsse. Auch die von der Reformkommission angedachte Strafbarkeit der bandenmäßigen Zuhälterei sollte als Delikt in den Katalog des § 100a Abs. 2 StPO Eingang finden.

Gegen Letzteres wurde angeführt, dass die Zuhältereidelikte nicht schwerwiegend genug seien, um eine Telekommunikationsüberwachung rechtfertigen zu können.

Für die Erweiterung des Straftatenkataloges spreche weiter, dass § 100a StPO veraltet sei und nicht hinreichend berücksichtige, dass sich das Kommunikationsverhalten von Menschen geändert habe. Die Annahme, dass sich der Täter nicht über seine Straftat unterhalte, sei so nicht mehr zutreffend. Viele Täter würden sich gegenüber anderen Personen über Telekommunikationsmittel mit ihren Taten brüsten.

Im Hinblick auf das Argument, dass auch der Tatbestand des Raubes in § 100a Abs. 2 StPO enthalten sei und daher auch § 177 StGB aufgenommen werden müsste, wurde angeführt, dass die Aufnahme des Raubdeliktes damit zu tun habe, dass der Gesetzgeber davon ausgegangen sei, dass der Täter eines Raubdeliktes Kontakt zu Dritten aufnehme, um die erbeutete Sache zu verwerten. Diese Konstellation passe auf § 177 StGB nicht.

Die Teilnehmer waren sich einig, dass sich die Diskussion an der gegenwärtigen Rechtslage orientiere und nicht etwa von § 177 StGB n. F.²⁹⁴ ausgehe. Die Aufnahme des § 177 StGB n. F. wurde als zu weitgehend angesehen. Ferner bestand Einigkeit, dass die Kommission keine Empfehlungen zu § 100a StPO aussprechen könne, sondern lediglich die hierzu diskutierten Gedanken darstellen könne.

Auf die Nachfrage, ob es in der Praxis Erfahrungen damit gebe, inwieweit eine Telekommunikationsüberwachung für die Ermittlung von Sexualdelikten geeignet sei, führte Herr Thiele aus, dass dies durchaus ein erfolgreicher Ansatz sei. Werde z. B. eine Serienvergewaltigung begangen, so könne man gemäß § 100g Abs. 1 Nr. 1 StPO (Erhebung von Verkehrsdaten) eine Funkzellenabfrage vornehmen. Mobiltelefone wählten sich in die Funkzellen ein, so dass ersichtlich sei, welche Mobiltelefone zum Tatzeitpunkt in der Nähe des Tatortes eingewählt gewesen seien. Erscheine dieselbe Telefonnummer an den verschiedenen Tatorten der Serientaten mehrfach, begründe dies den Verdacht, dass der Nutzer des Handys der gesuchte Serientäter sein könnte. Man könne dann im Hinblick auf das betreffende Mobiltelefon eine Telekommunikationsüberwachung anordnen, um den Täter zu identifizieren.

Gegen die Notwendigkeit von Telekommunikationsüberwachung in Fällen der Serienvergewaltigung wurde angeführt, dass der mit Hilfe der Funkzellenabfrage ermittelte Beschuldigte ebenso gut gemäß § 163f StPO (Längerfristige Observation) observiert werden könnte. Hat der Täter DNA-Spuren am Tatort hinterlassen, könne an dem Beschuldigten auch ein DNA-

²⁹⁴ Siehe hierzu unten Punkt VII.

Abgleich vorgenommen werden. In Betracht käme auch die Durchführung einer Durchsuchung beim Beschuldigten. Diese genannten Ermittlungsmaßnahmen stellten gegenüber der Telekommunikationsüberwachung das mildere Mittel dar. Dagegen wurde angeführt, dass diese Punkte im Rahmen der konkreten Einzelfallprüfung gem. § 100a Abs. 1 Nr. 2 StPO zu prüfen seien.

V. Bericht über die nachgereichten Stimmen zur Abstimmung in der 20. Sitzung

Frau Bunke berichtete über die nachträglich per E-Mail kommunizierten Abstimmungsergebnisse zum Themenkomplex 9: „Reformbedarf bei §§ 184 ff. StGB“. Konkret ging es um die in der 20. Sitzung zur Abstimmung gestellten Fragen²⁹⁵. Das Abstimmungsergebnis stellt sich abschließend wie folgt dar:

Themenkomplex 9: „Reformbedarf bei §§ 184 ff. StGB“ – Anlage 6

Frage 1. Soll § 184 StGB (Verbreitung pornographischer Schriften) gestrichen werden?

a) Ja oder

b) Ja, aber nur, wenn die jugendschützenden Vorschriften außerhalb des StGB abgebildet werden, oder

c) Ja, aber nur, wenn alle Tathandlungen weiterhin außerhalb des StGB abgebildet werden, oder

d) Nein, es sollen aber nur die jugendschützenden Vorschriften weiterhin im StGB verbleiben, oder

e) Nein

Abstimmung: a): 4 Mitglieder; b): 1 Mitglied; c): 0 Mitglieder; d): 5 Mitglieder; e): 2 Mitglieder

Frage 2: Unterstellt bei Frage 1 wird Antwort d) oder e) bejaht: Sollen die Tatbestandsmerkmale von § 184 StGB modernisiert werden?

Abstimmung: Ja: 11 Mitglieder; Nein: 0 Mitglieder, Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 3: Soll § 184a StGB (Verbreitung gewalt- oder tierpornographischer Schriften) gestrichen werden?

²⁹⁵ Vgl. Protokoll der 20. Sitzung der Reformkommission, Punkt III.

- a) Ja oder
- b) Ja, aber nur, wenn die Tathandlung der Verbreitung gewaltpornographischer Schriften außerhalb des StGB abgebildet wird, oder
- c) Nein, es soll nur die Verbreitung tierpornographischer Schriften gestrichen werden, oder
- d) Nein

Abstimmung: a): 1 Mitglied; b): 1 Mitglied; c): 8 Mitglieder; d): 2 Mitglied

Frage 4: Soll § 184b Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b StGB gestrichen werden?

- a) Ja oder
- b) Nein, aber das Wort „unnatürlich“ soll durch das Wort „unwillkürlich“ ersetzt werden, oder
- c) Nein, aber das Wort „unnatürlich“ soll durch das Wort „aufreizend“ ersetzt werden, oder
- d) Nein

Abstimmung: a): 5 Mitglieder; b): 0 Mitglieder; c): 6 Mitglieder; d): 1 Mitglied

Frage 5: Soll § 184b Abs. 1 Nr. 3 StGB dahingehend klargelegt werden, dass lediglich die erstmalige Fixierung eines tatsächlichen Geschehens in einer kinderpornographischen Schrift erfasst ist und nicht etwa auch das spätere Anfertigen von Kopien bzw. das Ausdrucken oder Abspeichern entsprechender Dateien?

Abstimmung: Ja: 9 Mitglieder; Nein: 3 Mitglieder.

Frage 6: Soll der Strafrahmen von § 184b Abs. 3 StGB im Höchstmaß auf 5 Jahre Freiheitsstrafe angehoben werden?

Abstimmung: Ja: 2 Mitglieder; Nein: 8 Mitglieder; Enthaltung: 2 Mitglieder

Frage 7: Soll § 184b StGB um eine Qualifikation für Fälle erweitert werden, bei denen es um Kinderpornographie geht, welche Gewalt im Sinne von § 184a StGB oder

schwere Missbrauchshandlungen im Sinne von §§ 176, 176a StGB zum Gegenstand hat?

Abstimmung: Ja: 2 Mitglieder; Nein: 10 Mitglieder

Frage 8: Soll sich die Versuchsstrafbarkeit des § 184b Abs. 4 StGB auch auf § 184b Abs. 1 Nr. 4 StGB beziehen?

a) Ja oder

b) Ja, aber nur im Hinblick auf das Liefern einer kinderpornographischen Schrift, oder

c) Nein

Abstimmung: a): 1 Mitglied; b): 0 Mitglieder; c): 11 Mitglieder

Frage 9: Soll die Definition für die jugendpornographischen Schriften in § 184c Abs. 1 Nr. 1 StGB entsprechend zu § 184b Abs. 1 Nr. 1 StGB gefasst werden?

Abstimmung: Ja: 12 Mitglieder; Nein: 0 Mitglieder

Frage 10: Soll für den Hersteller einer jugendpornographischen Schrift in § 184c Abs. 4 StGB eine Altersbegrenzung vorgesehen werden?

a) Ja und zwar soll die Straffreiheit nur für Personen unter 18 Jahren in Betracht kommen, oder

b) Ja und zwar soll die Straffreiheit nur für Personen unter 21 Jahren in Betracht kommen, oder

c) Nein

Abstimmung: a): 0 Mitglieder; b): 3 Mitglieder; c): 9 Mitglieder

Frage 11: Soll § 184c Abs. 4 StGB ergänzt werden?

a) Ja, um die Voraussetzung, dass die Herstellung im Kontext einer einvernehmlichen sexuellen Beziehung zwischen Hersteller und Darsteller erfolgt, oder

b) Ja, um die Voraussetzung, dass die Herstellung nicht gegen Entgelt erfolgt, oder

c) Ja, um die kumulativen Voraussetzungen aus Antwort a und b, oder

d) Nein

Abstimmung: a): 0 Mitglieder; b): 6 Mitglieder; c): 4 Mitglieder; d): 1 Mitglied;

Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 12: Soll § 184c Abs. 4 StGB auch dann einschlägig sein, wenn die jugendpornographische Schrift zwar nicht von dem Besitzer hergestellt worden ist, dieser die jugendpornographische Schrift aber vom Darsteller freiwillig überreicht bekommen hat?

Abstimmung: Ja: 10 Mitglieder; Nein: 2 Mitglieder

Frage 13: Soll § 184c Abs. 4 StGB nicht mehr einschlägig sein, sobald der Darsteller seine Einwilligung zum Besitz zurücknimmt, indem er die jugendpornographische Darstellung zurückfordert bzw. die Löschung erbittet?

Abstimmung: Ja: 0 Mitglieder; Nein: 12 Mitglieder

Frage 14: Soll § 184c Abs. 4 StGB auch dann eingreifen, wenn die Schrift zum persönlichen Gebrauch der dargestellten Person hergestellt wird?

Abstimmung: Ja: 11 Mitglieder; Nein: 0 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 18: Soll der Regelungsgehalt des § 184d Abs. 1 StGB in die einschlägigen Vorschriften der §§ 184 bis 184c StGB überführt werden?

Abstimmung: Ja: 12 Mitglieder; Nein: 0 Mitglieder

VI. Organisatorisches

Frau Bunke berichtete über den Stand des Gesetzgebungsverfahrens betreffend den Gesetzentwurf zur Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung. Der Bundesrat werde dem Gesetzentwurf voraussichtlich am 23. September 2016 zustimmen. Ein Antrag auf Anrufung des Vermittlungsausschusses wurde im Ausschuss für Recht und Ver-

braucherschutz abschlägig beschieden. Mit der Verkündung des Gesetzes werde Anfang Oktober gerechnet.²⁹⁶

Ferner berichtet Frau Bunke über eine Bund-Länder-Arbeitsgruppe, die sich mit dem Umgang von Kinderehen in Deutschland befasst. Derartige Ehen seien nach manchen Rechtsordnungen im Ausland möglich. In Deutschland müssten beide Ehepartner in der Regel 18 Jahre alt sein. Die Eingehung der Ehe mit 16 Jahren komme nur unter besonderen Voraussetzungen in Betracht. Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe habe sich mit dem Thema insbesondere vor dem Hintergrund des Zuzuges von Flüchtlingen beschäftigt. Dabei werde es in der Bund-Länder-Arbeitsgruppe ganz überwiegend um den Umgang mit den Kinderehen aus zivilrechtlicher Sicht gehen und die Folgen einer möglichen Nichtanerkennung. Frau Bunke informierte die Reformkommission über ein Schreiben der Union, das in diesem Zusammenhang auch auf das Sexualstrafrecht verweist und auf die Reformkommission, die sich mit dem Thema beschäftigen soll. Die Bund-Länder-Arbeitsgruppe habe für das Strafrecht keinen Handlungsbedarf gesehen. Die Vorschriften zum Schutz von Kindern und Jugendlichen beanspruchten unabhängig von dem Bestehen einer Ehe vollumfassende Geltung. Die Mitglieder der Reformkommission teilten diese Auffassung. Sie sahen insoweit keinen gesetzgeberischen Handlungsbedarf und auch keinen weiteren Diskussionsbedarf.

VII. Impuls von Frau Prof. Hörnle zum Themenkomplex 1: „Reformbedarf bei § 177 StGB – Das Für und Wider einer Einverständnislösung und von alternativen Regelungsmöglichkeiten“ mit anschließender Diskussion

Frau Prof. Hörnle stellte die zu erwartende Neufassung des § 177 StGB-E des Gesetzentwurfes zur Verbesserung der sexuellen Selbstbestimmung vor, wie sie vom Bundestag in 2. und 3. Lesung beschlossen wurde (vgl. BT-Drs. 18 / 9097). Dabei bezog sie sich auf den von ihr in der Novemberausgabe der Neuen Zeitschrift für Strafrecht (NStZ) erscheinenden Aufsatz „Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung“ (**Anlage 7**).

Prof. Hörnle stellte heraus, dass die neue Vorschrift des § 177 StGB-E (Sexueller Übergriff; Sexuelle Nötigung, Vergewaltigung) insgesamt über sechs Grundtatbestände verfüge. Erfasst seien dabei nunmehr auch sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt. Dabei wären zukünftig auch solche sexuelle Aktivitäten strafbar, die weder der Täter noch ein Dritter wahrnehme, ohne dass klar sei, warum diese Handlungen künftig einbezogen sein sollten. Zu den Grundtatbeständen im Einzelnen führte Frau Prof. Hörnle wie folgt aus:

²⁹⁶ Der Bundesrat hat seine Zustimmung am 23. September 2016 erteilt. Es steht lediglich noch die Verkündung des Gesetzes aus, die zeitnah erfolgen dürfte. [Das 50. Strafrechtsänderungsgesetzes vom 4. November 2016 ist am 10. November 2016 in Kraft getreten.]

1. § 177 Abs. 1 StGB-E

Gemäß § 177 Abs. 1 StGB-E wird mit Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 5 Jahren bestraft, wer gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt. Der entgegenstehende Wille sei erkennbar, wenn er ausdrücklich verbal oder konkludent erklärt werde. Unklar bleibe allerdings, ob die Erkennbarkeit immer einen Kommunikationsbeitrag voraussetze oder ob sich der entgegenstehende Wille auch aus dem sonstigen Kontext ergeben könne. Da die Fälle fehlender Kommunikation von § 177 Abs. 2 StGB-E erfasst seien, sei Absatz 1 im Ergebnis dahingehend zu verstehen, dass immer eine ausdrückliche oder verbale Erklärung des Opfers erforderlich sei. Anderenfalls wären § 177 Abs. 2 Nr. 5 StGB-E und § 177 Abs. 1 StGB-E nahezu deckungsgleich, da der entgegenstehende Wille auch im Falle einer Drohung aus objektiver Sicht erkennbar sei.

Diskussion:

Die Erfassung von sexuellen Handlungen ohne Körperkontakt wurde teilweise begrüßt. Sogenannte „Hands-off“-Delikte könnten die sexuelle Selbstbestimmung sogar stärker beeinträchtigen als sexuelle Handlungen mit Körperkontakt (z. B. Vornahme sexueller Handlungen mit einem Tier). Teilweise wurde Unverständnis darüber geäußert, dass ein Opfer gegen seinen Willen eine aktive sexuelle Handlung an sich vornehmen könne. Hiergegen wurde vorgebracht, dass komplexe psychologische Vorgänge vorliegen könnten, die es dem Opfer unmöglich machten, dem Ansinnen des Täters nicht nachzukommen. Es sei im Übrigen auch unerheblich, warum das Opfer die sexuelle Handlung nicht wolle. Entscheidend sei, dass der Täter sich über diesen Willen hinwegsetze.

2. § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB-E

Gemäß § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB-E wird mit Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 5 Jahren bestraft, wenn der Täter ausnutzt, dass die Person nicht in der Lage ist, einen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern.

Das Opfer müsse zur Willensbildung oder –äußerung absolut unfähig sein, wobei der Grund für diesen Zustand irrelevant sei (Alkohol, Drogen, Schlaf, Behinderung etc.). § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB-E solle dabei nach der Begründung der Beschlussempfehlung auch zur Anwendung kommen, wenn sich das Opfer in einer schutzlosen Lage befinde und starr vor Furcht

sei. Das Tatbestandsmerkmal „nicht in der Lage sein“ sei grundsätzlich immer gegeben, wenn aus objektiver Sicht Umstände vorlägen, die in § 177 StGB-E als relevant eingestuft würden (z. B. körperlicher oder psychischer Zustand, Einschüchterung durch Gewalt oder durch eine schutzlose Lage). Vorzugswürdig wäre es nach Auffassung von Frau Prof. Hörnle gewesen, einen weiteren Grundtatbestand vorzusehen, der ausdrücklich die Anwendung von Gewalt erfasse, weil es künstlich anmute, die Fälle, bei denen das Opfer wegen Gewaltanwendung starr vor Furcht sei unter die Nummer 1 zu subsumieren.

Diskussion:

Gegen das Verständnis von Frau Prof. Hörnle wurde vorgebracht, dass die schutzlose Lage nicht zwingend mit der Nummer 1 verbunden sei. Entscheidend sei, ob das Opfer aus objektiver Sicht absolut unfähig sei, einen Willen zu bilden oder zu äußern. Eine solche Situation müsse nach außen erkennbar sein, da der Täter andererseits keinen Vorsatz habe. Die rein subjektive Befürchtung werde vom Grundtatbestand hingegen auch dann nicht erfasst, wenn Gewalt vorliege oder sich das Opfer in einer schutzlosen Lage befinde.

2. § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB-E

Gemäß § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB-E wird bestraft, wer ausnutzt, dass die Person aufgrund ihres körperlichen oder psychischen Zustands in der Bildung oder Äußerung des Willens erheblich eingeschränkt ist, es sei denn, er hat sich der Zustimmung dieser Person versichert.

Zum Schutz von Personen mit erheblicher Einschränkung in der Willensbildung oder –äußerung (z. B. Menschen mit Behinderung, stark Betrunkene) werde das im Übrigen geltende „Nein-heißt-Nein“-Prinzip in das „Nur-Ja-heißt-Ja“-Prinzip verkehrt. Der Sexualpartner müsse sich bei diesem Personenkreis der Zustimmung zu einer sexuellen Handlung versichern. Ein Filter liege im Tatbestandsmerkmal des Ausnutzens. Ausnutzen liege etwa nicht vor, wenn alle Beteiligten stark betrunken oder Menschen mit erheblicher geistiger Behinderung seien. Aus § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB-E sei nicht herauszulesen, dass die faktische Zustimmung nunmehr generell eine Strafbarkeit etwa nach §§ 174a, 174c oder 176 StGB ausschließe. So sei es etwa keine plausible Annahme, dass eine sexuelle Handlung, die aufgrund des Vorliegens einer Zustimmung nicht nach § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB-E strafbar sei auch nicht nach §§ 174a oder 174c StGB strafbar sein könne. Man müsse sich allerdings die Frage stellen, ob sich der Schutzzweck der §§ 174a bis 174c StGB ändere und diese Vorschriften vor dem Hintergrund des § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB-E nur noch dem Schutz der Allgemeininteressen (z. B. Schutz öffentlicher Einrichtungen) dienten.

Diskussion:

Die Teilnehmer unterstrichen, dass ambivalente Fälle gerade nicht erfasst seien. Das Opfer müsse zustimmen, wobei die Zustimmung konkludent erteilt werden könne. Mehrheitlich waren sich die Teilnehmer darin einig, dass die Versicherung der Zustimmung ein Tatbestandsmerkmal und nicht etwa objektive Bedingung der Strafbarkeit sei. In der Praxis dürften insbesondere die Fälle Probleme bereiten, bei denen beide Beteiligte betrunken gewesen seien.

Auf Kritik stieß bei den Teilnehmern die Formulierung „es sei denn“ und „versichern“. Diese Begriffe würden in der Praxis Probleme bereiten. Vereinzelt wurde vertreten, dass es sich dabei faktisch um eine Beweislastumkehr handele, weil der Beschuldigte beweisen müsse, dass er sich der Zustimmung versichert habe. Vereinzelt wurde auch vertreten, dass die Vorschrift gestrichen werden solle, da sie Menschen mit Behinderung den Zugang zur Sexualität erschwere. Die in § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB-E geschützte Personengruppe sei hinreichend durch § 177 Abs. 1 StGB-E geschützt. Wenn der Gesetzgeber meint, dass die Personengruppe zustimmen könne, dann könnte sie auch ihren entgegenstehenden Willen äußern. Dagegen wurde eingewandt, dass dies für Menschen mit erheblicher Behinderung gerade nicht im selben Maße möglich sei, wie für Menschen ohne Behinderung.

3. § 177 Abs. 2 Nr. 3 StGB-E

Gemäß § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB-E macht sich strafbar, wer ein Überraschungsmoment ausnutzt.

Hierzu führte Frau Prof. Hörnle aus, dass die Willensbildung oder –äußerung für das Opfer unmöglich sei, wenn der Täter das Opfer überrumple und es auf die Vornahme der sexuellen Handlung nicht reagieren könne.

Diskussion:

Zu § 177 Abs. 2 Nr. 3 StGB-E wurde angemerkt, dass sie neben § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB-E eigentlich überflüssig sei. Denn das überraschte Opfer sei gleichzeitig nicht fähig, einen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern. Andererseits schade die Vorschrift auch nicht.

4. § 177 Abs. 2 Nr. 4 und 5 StGB-E

Gemäß § 177 Abs. 2 Nr. 4 StGB-E macht sich strafbar, wer eine Lage ausnutzt, in der dem Opfer bei Widerstand ein empfindliches Übel droht. Gemäß § 177 Abs. 2 Nr. 5 StGB-E macht sich strafbar, wer das Opfer durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zur Vornahme oder Duldung der sexuellen Handlung nötigt.

Nach Auffassung von Frau Prof. Hörnle sei es überzeugend, den § 240 Abs. 4 Nr. 1 StGB unter Beibehaltung des Strafrahmens im Gegenzug zu streichen. § 177 Abs. 2 Nr. 4 StGB-E sei im Gegensatz zum Gesetzentwurf in der Fassung der Bundesregierung (BT-Drs. 18 / 8210) objektiv gefasst. Dem Opfer müsse also nunmehr aus objektiver Sicht ein empfindliches Übel drohen, was für die „Klima-der-Gewalt“-Fälle Beweisprobleme im Hinblick auf den Vorsatz mit sich bringen dürfte. Das Merkmal „bei Widerstand“ sei im Sinne von „im Fall einer Weigerung“ zu verstehen. Nicht erfasst würden sexuelle Handlungen, die vorgenommen würden um sich hierdurch einen Vorteil zu sichern (z. B. Verhinderung einer Kündigung). Denn es sei Bestandteil der positiven Freiheit, die Vornahme sexueller Handlungen zweckrational einzusetzen. Erfasst seien Fälle der Zwangsprostitution, wobei sich bei einem Vergleich zu dem neuen § 232a StGB (Zwangsprostitution) mit einer Mindestfreiheitsstrafe von 3 Monaten die Frage nach der Strafrahenkonsistenz stelle.

Diskussion:

Die Teilnehmer warfen die Frage auf, ob § 177 Abs. 2 Nr. 4 StGB-E neben der Nummer 5 überhaupt einen eigenständigen Anwendungsbereich habe. Es bestand jedoch Einigkeit, dass dies der Fall sei, wenn der Täter mit einem empfindlichen Übel droht, auf dessen Eintritt der Täter tatsächlich keinen Einfluss hat. In diesen Fällen sei zwar die Nummer 5 wegen des Vorliegens der Drohung, nicht aber die Nummer 4 erfüllt. Denn die Nummer 4 setze das Vorliegen einer objektiv tatsächlich bestehenden Gefahrensituation voraus. Ferner wurde darauf hingewiesen, dass insbesondere die „Klima-der-Gewalt“-Fälle nur dann von Nummer 4 erfasst seien, wenn dem Opfer zur Tatzeit aus objektiver Sicht tatsächlich ein empfindliches Übel drohe. Demgegenüber hätte bei dem Regierungsentwurf bereits das Befürchten eines solchen Übels ausgereicht, wodurch die „Klima-der-Gewalt“-Fälle zuverlässiger erfasst gewesen wären. Hierzu wurde jedoch angemerkt, dass auch die subjektive Fassung nicht ohne objektive Anknüpfungspunkte ausgekommen wäre, da der Täter anderenfalls weder ausnutzt noch einen Vorsatz begründen kann.

5. § 177 Abs. 3 StGB-E

Die Vorschrift enthalte die Versuchsstrafbarkeit und sei unproblematisch.

6. § 177 Abs. 4 StGB-E

Gemäß § 177 Abs. 4 StGB-E ist auf Freiheitsstrafe nicht unter 1 Jahr zu erkennen, wenn die Unfähigkeit, einen Willen zu bilden oder zu äußern, auf einer Krankheit oder Behinderung des Opfers beruht.

Die Qualifikation sei ausdrücklich auf § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB-E zugeschnitten. Personen, die etwa aufgrund einer Alkoholisierung oder wegen einer Vollnarkose von § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB-E erfasst seien, fielen nicht unter die Qualifikation. Die Ratio dieser Qualifikation erschließe sich nicht. Die Differenzierung könne allenfalls auf dem Gedanken beruhen, dass bei Krankheit und Behinderung kein Eigenverschulden des Opfers vorliege, was aber ebenfalls nicht überzeugend sei. Frau Prof. Hörnle schlug die Streichung dieser Vorschrift vor.

7. § 177 Abs. 5 StGB-E

Gemäß § 177 Abs. 5 StGB-E ist auf Freiheitsstrafe nicht unter 1 Jahr zu erkennen, wenn der Täter gegenüber dem Opfer Gewalt anwendet (Nr. 1), dem Opfer mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben droht (Nr. 2) oder eine Lage ausnutzt, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist (Nr. 3).

Die Vorschrift lehne sich an die gegenwärtige Fassung des § 177 Abs. 1 StGB an, ohne jedoch auf das Erfordernis der Nötigung abzustellen, was zu begrüßen sei. Ein Finalzusammenhang zwischen Gewalt, Drohung oder Ausnutzen der schutzlosen Lage und der sexuellen Handlung sei damit nicht mehr erforderlich. Allerdings müsse der Täter die Gewalt etc. unmittelbar gegen das Opfer richten. Nicht erfasst werde daher der Fall, bei dem der Täter zunächst den Freund des Opfers erschießt und sodann sexuelle Handlungen an dem Opfer vornimmt, welches noch unter dem Eindruck der Tötung steht. Die Formulierung „gegen das Opfer“ solle daher gestrichen werden. Gewalt und Drohung etc. müssten im engen zeitlichen Zusammenhang zur sexuellen Handlung stehen. Die in Nummer 3 genannte schutzlose Lage orientiere sich inhaltlich an der Auslegung des gegenwärtigen § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB durch die Rechtsprechung (objektiv schutzlose Lage, Befürchten von Körperverletzungs- oder Tötungsdelikten). Nach Auffassung von Prof. Hörnle sollten die Absätze 5 und 6 als Qualifikation oder als Regelbeispiel zusammengeführt werden.

Zur Frage der Tenorierung vertrat Frau Prof. Hörnle den Standpunkt, dass die Tat bei Verwirklichung des Absatzes 5 als sexuelle Nötigung zu bezeichnen sei. Zwar müsse das Element der Nötigung nicht zwingend vorliegen. Es überzeuge jedoch nicht, den Begriff der se-

xuellen Nötigung auf Fälle des § 177 Abs. 2 Nr. 5 StGB-E zu beschränken. Aus der Überschrift solle „sexuelle Nötigung“ gestrichen werden.

Diskussion:

Teilweise wurde vertreten, den Tatbestand weiter einzuschränken, damit der Einsatz von Gewalt etc. nicht bis zur Beendigung der Tat nach § 177 Abs. 5 StGB-E strafbar ist. Ferner wurde teilweise das Festhalten an der schutzlosen Lage für überflüssig gehalten. Dieses Merkmal habe man in den gegenwärtigen § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB eingeführt, um Strafbarkeitslücken zu schließen. Dieses Erfordernis sei nunmehr aber durch die Neufassung des § 177 StGB-E entfallen.

Hinsichtlich des Strafrahmens bestand weitestgehend Einigkeit, dass dieser vor dem Hintergrund des geänderten Vergewaltigungsbegriffes zu hoch sei. Die Ausgestaltung des Vergewaltigungsbegriffes sei ebenfalls – vor allem im Hinblick auf sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt – kritisch zu sehen. Die Bevölkerung verstehe darunter den Einsatz von Gewalt oder Drohung. Dem wurde entgegengehalten, dass die Bevölkerung im Gegenteil davon ausgehe, dass bereits jede sexuelle Handlung gegen den Willen einer Person eine Vergewaltigung sei.

Der Vorschlag, die Fälle des Absatzes 5 als sexuelle Nötigung zu bezeichnen, wurde mehrheitlich abgelehnt, weil die Qualifikation ein Nötigen gerade nicht voraussetze.

8. § 177 Abs. 6 StGB-E

§ 177 Abs. 6 StGB-E entspreche weitestgehend dem gegenwärtigen § 177 Abs. 2 StGB, wobei sich allerdings für den Begriff der Vergewaltigung gravierende Änderungen ergeben hätten. Erfasst seien nunmehr auch sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt.

9. Weitere Qualifikationen

Nicht überzeugend sei es, dass § 177 StGB-E teilweise Regelbeispiele (§ 177 Abs. 6 StGB-E) und teilweise Qualifikationen (§ 177 Abs. 4, 5, 7 und 8 StGB-E) enthalte. Problematisch seien auch die Strafrahmen. So werde mit 3 Jahren Mindestfreiheitsstrafe bestraft, wer eine sexuelle Handlung gegen den erkennbaren Willen einer Person vornehme und dabei ein gefährliches Werkzeug bei sich führe. Dies sei sehr hoch.

Diskussion:

Teilweise wurde vertreten, dass die Qualifikationen insgesamt unausgegoren seien. Insbesondere der Absatz 7 passe eigentlich nur für Nötigungsdelikte. Einigkeit bestand darin, dass eine Mindestfreiheitsstrafe von 3 Jahren zu hoch sei, wenn eine sexuelle Handlung ohne Körperkontakt vorliege und der Täter ein Messer bei sich führe. Die Strafrahmengefüge bedürften insgesamt einer näheren Prüfung. So sei es etwa denkbar, sexuelle Handlungen mit und ohne Körperkontakt in zwei getrennten Straftatbeständen zu regeln und dabei für die „Hands-off“-Delikte auf bestimmte Qualifikationen zu verzichten. Ferner wurde vorgeschlagen, den Nötigungstatbestand in der jetzigen Fassung des § 177 Abs. 1 StGB als Qualifikation aufzunehmen. Dagegen wurde eingewandt, dass der bei der Nötigung erforderliche Finalzusammenhang nicht den Unrechtsgehalt erhöhe, so dass sich insoweit eine gesonderte Qualifikation nicht anbiete.

VIII. Organisatorisches

Die nächsten Sitzungen der Reformkommission werden am 14. Oktober 2016 und am 11. November 2016 im BMJV stattfinden.²⁹⁷

Am 14. Oktober 2016 wird Herr Marx zu den Auswirkungen der Neufassung von § 177 StGB-E auf die übrigen Straftatbestände des 13. Abschnitts des StGB referieren. Herr Prof. Eisele wird zu dem Gruppendedikt gemäß § 184j StGB-E und Frau Clemm zu prozessualen Fragen vortragen.

Am 11. November 2016 soll die Gliederung des Abschlussberichtes diskutiert werden.

Am 2. Dezember 2016 sollen die Empfehlungen der Reformkommission nebst Abstimmung diskutiert werden.

²⁹⁷ Mittlerweile ist als weiterer Termin der 2. Dezember 2016 benannt.

22. Sitzung am 14. Oktober 2016

Protokoll
der 22. Sitzung der Reformkommission
zur Überarbeitung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches
im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
am 14. Oktober 2016
11:00 – 17:00 Uhr

I. Anwesenheit

1. Mitglieder der Reformkommission

- Frau LOStAin Birgit Cirullies
- Frau RAin Christina Clemm (bis zur Diskussion von TOP IX – ohne Abstimmung)
- Herr Prof. Dr. Jörg Eisele (ab TOP V)
- Herr Prof. Dr. Klaus Laubenthal
- Herr MR Peter Marx
- Frau RinBGH Dr. Ursula Schneider
- Herr KD Jürgen Thiele

An der Teilnahme verhindert waren:

- Frau Prof. Dr. Tatjana Hörnle
- Herr StA Christian Kohle
- Frau RinOLG Andrea Röhrig
- Herr Prof. Dr. Gereon Wolters
- Frau RAin Elke Thom-Eben

2. Für das BMJV

- Herr UAL II A Dr. Bernhard Böhm (zu TOP VI)
- Frau RLn II A 7 Susanne Bunke
- Frau RDn Dr. Garonne Bezjak
- Frau Jenny Barthel
- Frau Mirjam Lück

II. Eröffnung der Sitzung und Begrüßung der Mitglieder

Frau Bunke begrüßte die Mitglieder der Reformkommission und eröffnete die Sitzung. Zum Stand des Gesetzentwurfes zur Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung teilte Frau Bunke mit, dass mit einer zeitnahen Verkündung zu rechnen sei.

Hinsichtlich des Protokolls der 21. Sitzung teilte Herr Thiele mit, dass er Anmerkungen zu den Ausführungen zu § 100a StPO habe. Es bestand Einigkeit, dass Herr Thiele im Änderungsmodus Ergänzungen im Protokoll der 21. Sitzung vornehmen werde und diese vor der nächsten Sitzung versenden werde. Die Abstimmung zu diesem Punkt soll dann auf der Grundlage des ggf. geänderten Protokolls erfolgen.

III. Bericht über die nachgereichten Stimmen zur Abstimmung in der 18. Sitzung

Frau Bunke berichtete über die nachträglich per E-Mail kommunizierten Abstimmungsergebnisse zum Themenkomplex 6: „Reformbedarf bei den Strafvorschriften zur Prostitution“. Konkret ging es um die in der 18. Sitzung zur Abstimmung gestellten Fragen²⁹⁸. Das Abstimmungsergebnis stellt sich abschließend wie folgt dar:

Themenkomplex 6: „Reformbedarf bei den Strafvorschriften zur Prostitution“ – Anlage 1

Frage 3: Soll § 180a StGB (Ausbeutung von Prostituierten) gestrichen werden?

- a) Ja und zwar ersatzlos oder
- b) Ja, aber unter Ergänzung von anderen Prostitutionsvorschriften in Bezug auf den anderenfalls wegfallenden Regelungsgehalt des § 180a StGB, oder
- c) Nein, § 180a StGB soll sogar um eine Versuchsstrafbarkeit ergänzt werden, oder
- d) Nein

Abstimmung: a): 0 Mitglieder; b): 12 Mitglieder; c): 0 Mitglieder; d): 0 Mitglieder

Frage 4: Soll § 181a Abs. 1 Nr. 2 StGB (Dirigistische Zuhälterei) dahingehend neu gefasst werden, dass Tathandlungen, die nach dem ProstG und nach dem ProstSchG-E erlaubt sind, tatbestandlich ausgeklammert werden?

²⁹⁸ Vgl. Protokoll der 18. Sitzung der Reformkommission, Punkt VIII.

- a) Ja, wobei möglichst nur Handlungen erfasst werden sollen, die nicht bereits von § 232 Abs. 1 Satz 1 StGB (Überschneidungen zu Bringen zur Fortsetzung der Prostitution) erfasst werden, oder
- b) Nein, § 181a Abs. 1 Nr. 2 StGB soll zugunsten von flankierenden ordnungsrechtlichen Vorschriften im ProstG und ProstSchG-E ganz gestrichen werden, oder
- c) Nein

Abstimmung: a): 11 Mitglieder; b): 0 Mitglieder; c): 1 Mitglied

Frage 5: Soll im Hinblick auf Weisungen gemäß § 181a Abs. 1 Nr. 2 StGB, die die Art und Weise der sexuellen Handlung betreffen, zusätzlich explizit auf die Beeinträchtigung der sexuellen Selbstbestimmung des Opfers abgestellt werden?

Abstimmung: Ja: 1 Mitglied; Nein: 10 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 6: Sollen die Ausbeutungstatbestände der §§ 181a und 180a StGB zu einem einheitlichen Ausbeutungstatbestand zusammengefasst werden?

- a) Ja, wobei der Ausbeutungstatbestand auf die Prostitution zugeschnitten sein soll, oder
- b) Ja, wobei der Ausbeutungstatbestand nicht auf die Prostitution zugeschnitten sein soll, sondern jegliche Ausbeutung der Arbeitskraft erfassen soll, oder
- c) Nein

Abstimmung: a): 11 Mitglieder; b): 1 Mitglied; c): 0 Mitglieder

Frage 7: Soll in § 181a StGB (Zuhälterei) bzw. in einem neuen Ausbeutungstatbestand (siehe Frage 6) auf eine Beziehungsklausel verzichtet werden?

Abstimmung: Ja: 11 Mitglieder; Nein: 0 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 8: Soll § 181a StGB (Zuhälterei) um eine Versuchsstrafbarkeit ergänzt werden?

Abstimmung: Ja): 1 Mitglied; Nein: 11 Mitglieder

IV. Impuls von Frau Clemm zum Themenkomplex 10: „Materielle und prozessuale Folgeänderungen“ mit anschließender Diskussion

Frau RAin Clemm referierte zu dem Thema „Besonderer Beschleunigungsgrundsatz, Akteneinsichtsrecht und Beratungshilfe“. Sie teilte mit, dass es im Hinblick auf die Strafverfolgung bei Sexualdelikten die folgenden Probleme gebe:

1. Dokumentation der Hauptverhandlung

Frau Clemm sprach sich für die Einführung der Dokumentationspflicht in der Hauptverhandlung aus. Da dieser Punkt Thema in der Expertenkommission zum Strafverfahrensrecht war, bestand Einigkeit, ihn hier nicht weiter zu vertiefen.²⁹⁹

2. Akteneinsichtsrecht

Frau Clemm nahm Bezug auf eine Entscheidung des OLG Hamburg vom 22. Juli 2015. Das OLG Hamburg hatte entschieden, dass einem Nebenkläger Akteneinsicht gemäß § 406e Abs. 2 Satz 2 StPO bei Vorliegen einer Aussage-gegen-Aussage-Konstellation zu versagen sei, da dieser Umstand bei einer Entscheidung über ein entsprechendes Aktenantragsgesuch zu einer Ermessensreduzierung auf Null führe. Denn die unbeschränkte Akteneinsicht des Verletzten sei in diesem Fall mit der gerichtlichen Pflicht zur bestmöglichen Sachaufklärung unvereinbar. Eine Verpflichtungserklärung des Nebenklagevertreters, die Akteninhalte dem Nebenkläger nicht zur Kenntnis zu bringen, sei weder durchsetzbar noch mit der gebotenen Sicherheit zu kontrollieren.³⁰⁰

Nach Auffassung von Frau Clemm führe diese Rechtsprechung dazu, dass ein grundlegendes Recht der Nebenklage ausgehebelt werde. Die Nebenklagevertretung könne sich ohne Akteneinsicht noch nicht einmal substantiiert zur Anklage einlassen. Die Verpflichtung des Nebenklagevertreters, die Akte nicht dem Mandanten zu zeigen, sei durchaus tragfähig. Aber auch wenn der Nebenkläger die Akte gelesen habe, könne man diesen Umstand in der Hauptverhandlung erfragen und entsprechend in die Beweiswürdigung einbeziehen. Die dem Akteneinsichtsrecht entgegenstehende Rechtsprechung des OLG Hamburg erfordere eine

²⁹⁹ Vgl. Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens, S. 128 ff.

³⁰⁰ Vgl. OLG Hamburg, Beschluss vom 22. Juli 2015 – 1 Ws 88/15; A.A. OLG Braunschweig, Beschluss vom 3. Dezember 2015 – 1 Ws 309/15; BGH, Beschluss vom 5. April 2016 – 5 StR 40/16; siehe aber OLG Hamburg, Beschluss vom 21. März 2016 – 1 Ws 40/16 unter Bezugnahme auf die angeführte Entscheidung des OLG Braunschweig.

gesetzliche Änderung des § 406e StPO. Die Gerichte müssten zur Gewährung von Akteneinsicht verpflichtet werden.

Diskussion:

Es stelle sich die Frage, ob die Entscheidung des OLG Hamburg tatsächlich gesetzgeberischen Handlungsbedarf auslöse. Mit der Revision könne die Entscheidung des OLG Hamburg wohl nicht angefochten werden. Es liege auch kein Fall der Aufklärungsrüge vor. Das Gericht habe ja den Sachverhalt vollständig aufgeklärt. Die Nebenklage habe lediglich keine Akteneinsicht gehabt. Aus Sicht des BGH sei zu sagen, dass es dort lediglich Fälle gebe, in denen gerügt würde, dass der Umstand der Akteneinsicht durch die Nebenklage in der Beweiswürdigung des entscheidenden Gerichtes keinen hinreichenden Niederschlag gefunden habe. In diesem Kontext sei auch die in Fn. 3 zitierte BGH-Entscheidung ergangen. Es bestand weitestgehend Einigkeit, dass zunächst die weitere Entwicklung der Rechtsprechung abzuwarten sei. Zur Abstimmung solle lediglich die Frage gestellt werden, ob eine Gesetzesänderung für erforderlich gehalten werde oder nicht.

Es bestand weitestgehend Einigkeit darin, dass eine etwaige Änderung des § 406e Abs. 2 StPO nicht dergestalt ausfallen könne, dass der Nebenklage in jedem Fall Akteneinsicht zu gewähren sei. Der Beschuldigte könne durchaus ein berechtigtes Interesse an der Verweigerung der Akteneinsicht haben. Dagegen wurde argumentiert, dass ein solches berechtigtes Interesse an der Verweigerung der Akteneinsicht nicht ersichtlich sei, zumal die Nebenklagevertretung in der Hauptverhandlung ohnehin alle beweisrelevanten Umstände erfahre. Dort werde z. B. ein Gutachten mit persönlichen Details zum Beschuldigten verlesen. Dürfe die Nebenklage aber nicht vorab das Gutachten einsehen, könne es sich hierzu in der Hauptverhandlung nicht fundiert verhalten.

3. Beschleunigung der Verfahren

Frau Clemm führte aus, dass die Gerichte nach ihrer Erfahrung vollkommen überlastet seien. Befände sich der Beschuldigte nicht in Untersuchungshaft, dann warte man bis zu 2 Jahren bis es zur Eröffnung des Hauptverfahrens komme. Berufungssachen würden bis zu 5 Jahre dauern. Es gebe keine Möglichkeit, hierauf Einfluss zu nehmen. Es sei dem Opfer auch nur schwierig zu vermitteln, dass sich die überlange Verfahrensdauer für den Beschuldigten strafmildernd auswirke.

Diskussion:

Es bestand Einigkeit, dass die überlange Verfahrensdauer ein wesentliches Problem für die Wahrheitsfindung darstelle. Typischerweise stelle sich in der Praxis das folgende – beispielhaft aufgeführte – Problem: Ein Vater werde beschuldigt, sein Kind missbraucht zu haben. Da er nicht vorbestraft sei und Aussage gegen Aussage stehe, werde die Untersuchungshaft nicht angeordnet, weil das Vorliegen eines dringenden Tatverdachtes verneint werde. Aus diesem Grund fördere die Strafkammer das Verfahren nicht prioritär, weil es z. B. auch Haftsachen etc. zu bearbeiten habe, die eilbedürftiger seien. Es komme daher zu einer langen Verfahrensdauer, die für das Kind und die ganze Familie eine große Belastung darstelle. Schließlich verschwimme auch die Erinnerung der Zeugen, so dass der Tatnachweis erschwert werde. Vor diesem Hintergrund seien auch die Strafmilderung für überlange Verfahrensdauern sowie die lange Verjährungszeit keine Hilfe. Beschleunigungsregeln sehe die StPO – außer mittelbar im Zuge der Eilbedürftigkeit wegen angeordneter Untersuchungshaft – nicht vor.

Die Teilnehmer diskutierten, ob eine Regelung, mit der die Beschleunigung bestimmter Verfahren bezweckt werde, sinnvoll sei. Vergleichbares gebe es im Arbeitsrecht in Bezug auf die Kündigung, wobei die Vorschrift lediglich Appellcharakter aufweise und die Gerichte nicht binde. Eine vergleichbare Vorschrift könne – in Bezug auf den sexuellen Missbrauch von Kindern bzw. in Bezug auf minderjährige Opfer – im GVG aufgenommen werden. Teilweise wurde vertreten, dass eine Beschleunigung des Verfahrens nur dann eintreten könne, wenn mehr Personal zur Verfügung stünde.

Die Teilnehmer waren sich darüber einig, dass die Frage zur Erforderlichkeit einer gesetzlichen Regelung zur Abstimmung gestellt werden solle.

4. Anwesenheitsrecht der Nebenklage, Verfahrenssicherung

Frau Clemm kritisierte, dass die Gerichte die Termine für die Hauptverhandlungen zwar mit der Verteidigung, nicht aber mit der Nebenklagevertretung abstimmten. In der Konsequenz müsse sie sich als Nebenklagevertreterin in der Hauptverhandlung häufig von einem Kollegen vertreten lassen. Gewährleistet sei es in der Praxis allenfalls, dass die originäre Nebenklagevertretung an der Hauptverhandlung teilnehmen kann, wenn der eigene Mandant als Zeuge vernommen wird. Die Aufgabe der Nebenklagevertretung bestehe aber nicht vorrangig in psychologischer Betreuung des Mandanten, sondern in seiner Interessenvertretung, was eine personelle Kontinuität erfordere. Die Ungleichbehandlung im Vergleich zur Verteidigung zeige sich auch daran, dass in Berlin bei mindestens acht Verhandlungstagen in der

Regel zwei Verteidiger beigeordnet werden, was bei der Nebenklagevertretung nicht der Fall sei.

Diskussion:

Überwiegend wurde vertreten, dass der Umstand, dass eine Terminabsprache mit der Nebenklagevertretung nicht erfolge, im Hinblick auf den Beschleunigungsgrundsatz hinzunehmen sei.

5. Fortbildungsverpflichtung

Als weiteres Problem führte Frau Clemm die fehlende Fortbildungsverpflichtung für Richter und Staatsanwälte an. Nicht zuletzt darauf sei es zurückzuführen, dass der Umgang von Richtern und Staatsanwälten mit Zeugen zuweilen unzumutbar sei. So komme es vor, dass dem Opfer keine Empathie entgegengebracht werde. Auch gebe es Richter und Staatsanwälte, die Defizite darin aufwiesen, über das Thema „Sexuelle Gewalt“ adressatengerecht zu kommunizieren. Frau Clemm vertrat die Auffassung, dass die richterliche Unabhängigkeit einer Fortbildungsverpflichtung nicht entgegenstehe.

Diskussion:

Teilweise wurde vertreten, dass es bei der Kommunikation eher um Fragen des täglichen Umgangs und der Höflichkeit gehe, was sich durch Fortbildungen nicht verbessern lasse. Ferner sei zu berücksichtigen, dass die Zuständigkeiten von Richtern und Staatsanwälten häufig wechselten, so dass eine Fortbildung nicht zielführend sei. Fortbilden lasse sich ohnehin nur, wer daran interessiert sei. Mit einer Verpflichtung erreiche man das nicht. Die entscheidenden Themen zur Kommunikation sollten eher innerhalb der juristischen Ausbildung vermittelt werden. Vielleicht könne man auch über die Geschäftsverteilung dafür Sorge tragen, dass bestimmte Bereiche nur von Personen bearbeitet werden, die auf diesem Feld eine Fortbildung genossen haben. Allerdings müsse gleichzeitig darauf geachtet werden, dass dies für kleinere Gerichte keine Probleme mit sich bringe.

Teilweise wurde aber auch vertreten, dass es sehr wohl Fortbildungsveranstaltungen zur Kommunikation mit Verfahrensbeteiligten gebe. Zumindest an größeren Gerichten solle man ferner für personelle Kontinuität in bestimmten Bereichen, wie etwa bei den Sexualdelikten, sorgen. Es bestehe auch kein sachlicher Grund dafür, dass zwar Rechtsanwälte, nicht aber Richter und Staatsanwälte sich fortbilden müssen. Die richterliche Unabhängigkeit stünde einer solchen Pflicht nicht entgegen. Es müsse aber sichergestellt sein, dass genügend Personal vorhanden sei, um den Kollegen, der sich in der Fortbildung befindet, auch ordentlich

vertreten zu können. Erstrebenswert sei ferner ein professionelles Coaching für Richter und Staatsanwälte, die ansonsten keine Möglichkeit hätten, Rückmeldungen in Bezug auf ihr Auftreten im Gerichtssaal zu erhalten.

6. Die Nichtanwendung des § 68a StPO

Frau Clemm führte aus, dass § 68a StPO (Beschränkung des Fragerechts aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes) kaum zur Anwendung komme. In der Praxis müssten die Zeugen nahezu alles offenlegen. Sie würden dabei auch mit Stereotypen konfrontiert. Die Situation sei für das Opfer oft unerträglich. So würden etwa an die Zeugenaussagen eines Polizeibeamten andere Anforderungen gestellt als an die Zeugenaussagen einer Opferzeugin.

Diskussion:

Es bestand Einigkeit, dass § 68a StPO eine hinreichende Grundlage biete, um das Persönlichkeitsrecht des Zeugen zu schützen, so dass kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf bestünde.

Daneben wurde die Frage aufgeworfen, ob die Aufzeichnung einer Zeugenaussage auf Bild-Ton-Träger gemäß § 58a StPO in Verbindung mit § 163a Abs. 1 Satz 2 StPO der Vollverschriftung bedürfe. Teilweise wurde dies nicht für erforderlich gehalten, weil sich die Verteidigung die gefertigte Aufnahme ansehen könne. Teilweise wurde die Vollverschriftung aber für erforderlich gehalten, weil es der Verteidigung nicht zumutbar sei, selbst auf der Geschäftsstelle bei Ansicht des Videos mitzuschreiben. Außerdem sei eine Vollverschriftung erforderlich, um dem Zeugen bestimmte Passagen in der Hauptverhandlung vorhalten zu können.³⁰¹

7. § 153a StPO und Verfahrensabsprachen

Hierzu merkte Frau Clemm an, dass der Nebenklage weder in Bezug auf eine Einstellung nach § 153a StPO noch im Hinblick auf Verfahrensabsprachen ein Anhörungsrecht oder eine Rechtsmittelbefugnis zukomme.

³⁰¹ Vgl. auch Bericht der Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens, S. 71 f.

V. Impuls von Herrn Marx zum Themenkomplex 1: „Reformbedarf bei § 177 StGB – Das Für und Wider einer Einverständnislösung und von alternativen Regelungsmöglichkeiten“

Herr Marx referierte zu dem Thema „Auswirkungen von § 177 – neu – StGB auf die übrigen Missbrauchstatbestände“ (**Anlage 2a und 2b**). Einleitend stellte er dar, dass § 177 StGB n. F.³⁰² ganz überwiegend als Missbrauchsdelikt ausgestaltet sei. Im Übrigen enthalte der 13. Abschnitt des StGB die folgenden Missbrauchstatbestände:

- Missbrauch von Minderjährigen
 - § 174 StGB (Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen)
 - § 176 StGB (Sexueller Missbrauch von Kindern)
 - § 176a StGB (Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern)
 - § 176b StGB (Sexueller Missbrauch von Kindern mit Todesfolge)
 - § 180 StGB (Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger)
 - § 182 StGB (Sexueller Missbrauch von Jugendlichen)

- Missbrauch von Erwachsenen oder Minderjährigen
 - § 174a StGB (Sexueller Missbrauch von Gefangenen, behördlich Verwahrten oder Kranken und Hilfsbedürftigen in Einrichtungen)
 - § 174b StGB (Sexueller Missbrauch unter Ausnutzung einer Amtsstellung)
 - § 174c StGB (Sexueller Missbrauch unter Ausnutzung eines Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses)

1. § 177 Abs. 1 StGB n. F.

Bei dieser Vorschrift sei es naheliegend, dass sie zu (anderen) Missbrauchsdelikten in Tateinheit stehe. Die Vorschrift komme bei jedem Handeln gegen den erkennbaren Willen zur Anwendung, während die übrigen Missbrauchstatbestände nicht von einem entgegenstehenden Willen abhängen, sondern der Täter eine Schwächeposition des Opfers ausnutze. Dies gelte auch im Verhältnis zu den §§ 176 ff. StGB. Denn wenn das Kind einen entgegenstehenden Willen erkennen lasse, verwirkliche der Täter über §§ 176 ff. StGB hinausgehendes Unrecht. Allerdings ergäben sich aus demselben Erschwerungsgrund teilweise unterschiedliche Auswirkungen (z. B. Beischlaf: Qualifikation in § 176a Abs. 1 Nr. 1 StGB, Regelbeispiel für den besonders schweren Fall in § 177 Abs. 6 Satz 2 Nr. 1 StGB n. F.).

³⁰² Das Referat von Herrn Marx bezieht sich auf die Rechtslage wie sie mit dem 50. Strafrechtsänderungsgesetz vom 4. November 2016 mit Wirkung zum 10. November 2016 eingetreten ist.

2. § 177 Abs. 2 StGB n. F.

Da Absatz 2 verschiedene Grundtatbestände enthalte, müssten diese im Einzelnen betrachtet werden.

a) § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB n. F. (absolute Unfähigkeit zur Willensbildung oder –äußerung)

Bislang beziehe § 179 StGB Kinder, die aufgrund ihres altersentsprechenden Entwicklungsstandes widerstandsunfähig seien, nicht in seinen Tatbestand ein. Da § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB n.F. den Regelungsgehalt des § 179 StGB in sich aufnehme, liege die Annahme nahe, dass dies auch weiterhin gelte. Der sexuelle Missbrauch von Kindern gemäß §§ 176 ff. StGB wäre daher weiterhin eine den § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB n. F. ausschließende Spezialregelung. Allerdings kämen Kinder, die altersbedingt nicht zur Willensbildung oder –äußerung in der Lage sind, damit grundsätzlich nicht in den Genuss bestimmter Qualifikationen (§ 177 Abs. 5, 7 Nr. 1 und 2, 8 Nr. 1 StGB n. F.) bzw. nur mit einem reduzierten Strafraumen (§ 176a Abs. 2 Nr. 3 StGB im Vergleich zu § 177 Abs. 7 Nr. 3 StGB n. F.). Ferner sei eine Tenorierung wegen Vergewaltigung in diesen Fällen nicht möglich. Es sei daher erforderlich, dass die Qualifikationen des § 177 StGB n. F. und des § 176a StGB sinnvoll aufeinander abgestimmt würden.

Im Übrigen stünde § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB n. F. zu den übrigen Missbrauchstatbeständen in Tateinheit.

b) § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB n. F. (erheblich eingeschränkte Fähigkeit zur Willensbildung oder –äußerung)

Herr Marx vertrat die Auffassung, dass der psychische Zustand eng auszulegen sei und nicht bereits etwa die Sorge eines Gefangenen vor Nachteilen einen hinreichenden psychischen Zustand im Sinne des § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB n. F. begründe. Ebenso wie bei § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB n. F. sei der sexuelle Missbrauch von Kindern eine vorrangige Spezialregelung soweit sich die erhebliche Einschränkung der Willensbildung oder –äußerung als altersbedingt darstellt. Liegen jedoch andere Gründe vor (z. B. eine Krankheit) stünden die Vorschriften zueinander in Tateinheit.

Im Übrigen stehe § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB n. F. zu den übrigen Missbrauchstatbeständen wegen der unterschiedlichen Schutzrichtungen in Tateinheit. Das gelte auch für § 174a Abs. 2 StGB. Nach dieser Vorschrift macht sich strafbar, wer eine Person, die in einer Ein-

richtung für Kranke oder hilfsbedürftige Menschen aufgenommen und ihm zur Beaufsichtigung oder Betreuung anvertraut ist, dadurch missbraucht, dass er unter Ausnutzung der Krankheit oder Hilfsbedürftigkeit dieser Person sexuelle Handlungen an ihr vornimmt oder an sich vornehmen lässt. Die Vorschrift berücksichtige damit die Sonderposition eines kranken oder hilfsbedürftigen Menschen, der in Abhängigkeit zu einer Person stehe, der er anvertraut sei, während er sich in einer räumlich begrenzten Einrichtung befinde. Hierin unterscheide sich die Vorschrift vom Schutzzweck des § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB n. F., der ferner nur erheblich beeinträchtigte Menschen schütze.

Vergleichbares gelte für das Verhältnis zu § 174c Abs. 1 und 2 StGB (Sexueller Missbrauch unter Ausnutzung eines Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses). Bei der Vorschrift nutze der Täter ebenfalls ein spezielles Schwächeverhältnis aus.

Die von Frau Prof. Hörnle aufgeworfene Frage, ob § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB n. F. dazu führe, dass der Schutzbereich der §§ 174a bis c StGB neu definiert werden müsse (z. B. nur noch Schutz öffentlicher Einrichtungen und Professionen vor korruptionsähnlichem Verhalten), verneinte Herr Marx. Denn der Schutzbereich des § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB n. F. weise im Vergleich zu den übrigen Missbrauchsdelikten – wie dargelegt – ohnehin eine unterschiedliche Ausprägung auf. § 177 StGB n. F. fange die Ausprägungen der Schutzbereiche der übrigen Missbrauchsdelikte nicht auf, so dass ihr Individualschutz gegen Beeinträchtigungen der sexuellen Selbstbestimmung neben § 177 StGB eine eigenständige Berechtigung behalte.

Schließlich lasse sich auch das Merkmal der Straflosigkeit für den Fall der Versicherung der Zustimmung in § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB n. F. nicht auf andere Missbrauchstatbestände übertragen. So könne sich etwa bei den §§ 174, 176 StGB eine Zustimmung gerade nicht als strausschließend darstellen. Auch bei den übrigen Missbrauchstatbeständen könne es ja gerade die Schwächeposition sein, die das Opfer zur Zustimmung bewege. Hat sich der Täter einer Zustimmung versichert, entfalle damit nur die Strafbarkeit des § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB n. F. und nicht auch die der übrigen einschlägigen Missbrauchstatbestände. Allerdings könne das Vorliegen einer Zustimmung im Einzelfall Einfluss auf das Tatbestandsmerkmal „ausnutzen“ oder „missbrauchen“ haben.

c) § 177 Abs. 2 Nr. 3 bis 5 StGB n. F.

Bezüglich dieser Grundtatbestände ergäben sich keine Besonderheiten, so dass in Bezug auf die übrigen Missbrauchstatbestände Tateinheit vorliege.

Diskussion:

Die Teilnehmer stimmten den Ausführungen von Herrn Marx zu. Es wurde zwar darauf hingewiesen, dass der Regierungsentwurf in seiner Fassung des § 179 Abs. 1 Nr. 1 StGB-E ausdrücklich auch Kinder erfasst habe.³⁰³ Es sei gleichwohl davon auszugehen, dass dies für die Neufassung des § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB n. F. nicht der Fall sei. Denn die Erfassung von Kindern sei für die Praxis schwierig und könne unnötige Gutachten provozieren. Die Beschlussfassung enthalte anders als der Regierungsentwurf auch keine Ausführungen zur Aufnahme von Kindern in den Schutzbereich. Im Hinblick darauf, dass die Qualifikationen des § 177 StGB n. F. für Kinder nicht zur Anwendung kämen, wenn sie nicht von § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB n. F. erfasst seien, wurde ausgeführt, dass sie allerdings dann zur Anwendung kämen, wenn das Kind einen entgegenstehenden Willen äußere und der Täter z. B. Gewalt einsetze. Außerdem entspreche es auch der gegenwärtigen Rechtslage, dass Kinder von § 177 StGB erfasst sein können, dies aber nicht zwangsläufig der Fall sei.

VI. Impuls von Herrn Prof. Eisele zum Themenkomplex 1: „Reformbedarf bei § 177 StGB – Das Für und Wider einer Einverständnislösung und von alternativen Regelungsmöglichkeiten“

Herr Prof. Eisele referierte zu dem Thema „Straftaten aus Gruppen (§ 184j StGB)“ (**Anlage 3a und 3b**). Gemäß § 184j StGB n. F. wird mit Freiheitsstrafe bis zu 2 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer eine Straftat dadurch fördert, dass er sich an einer Personengruppe beteiligt, die eine andere Person zur Begehung einer Straftat an ihr bedrängt, wenn von einem Beteiligten der Gruppe eine Straftat nach den §§ 177 oder 184i begangen wird und die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist.

Herr Prof. Eisele führte aus, dass die Vorschrift eine Reaktion auf die Ereignisse der Kölner Silvesternacht 2015 / 2016 darstelle. Nach Ansicht des Gesetzgebers beinhalteten Sexualstraftaten, die aus Gruppen heraus begangen würden, ein erhöhtes Gefahrenpotenzial, da die Verteidigungs- und Fluchtmöglichkeiten des Opfers bei einer Vielzahl von Personen stark eingeschränkt seien. Ferner führe die Gruppendynamik dazu, dass beim einzelnen Beteiligten Hemmungen gar nicht erst entstünden oder überwunden würden. Der Gesetzgeber habe vor allem die Fälle vor Augen gehabt, bei denen die Gruppe ein Opfer bedränge, um einen Diebstahl oder Raub zu begehen, es dann aber zu Sexualstraftaten komme.

Herr Prof. Eisele beleuchtete sodann die einzelnen Tatbestandsmerkmale wie folgt:

³⁰³ Vgl. BT-Drs. 18 / 8210, S. 15.

1. Begriff der Personengruppe

Die Personengruppe müsse sich ausweislich der Gesetzesbegründung aus mindestens 3 Personen zusammensetzen. Damit würde zukünftig ein Mittäterexzess auch in relativ gängigen Drei-Personen-Verhältnissen den übrigen beiden Beteiligten entgegen der allgemeinen Beteiligungsregeln zugerechnet werden (z. B. 3 Personen führen mittäterschaftlich einen Raub durch. Ein Mittäter nimmt zusätzlich eine sexuelle Belästigung zum Nachteil des Opfers vor. Die Tat nach § 184i StGB n. F. werde den anderen beiden Mittätern zugerechnet, ohne dass die sexuelle Belästigung von ihrem Vorsatz erfasst gewesen sei.).

2. Bedrängen

Ein Bedrängen liege ausweislich der Gesetzesbegründung vor, wenn das Opfer von der Gruppe mit Nachdruck an der Ausübung seiner Bewegungsfreiheit oder seiner sonstigen freien Willensbetätigung gehindert werde. Das bloß kurzfristige Versperren des Weges oder kurzfristiges Einschüchtern durch lautstarke Präsenz reiche nicht aus.

3. Beteiligung an einer Personengruppe

Der Täter müsse sich an der Gruppe beteiligen, wobei der Gruppenzweck bei objektiver Betrachtung auf die Begehung einer Straftat gerichtet sein müsse. Eine bloße Ansammlung von Menschen – z. B. in einer überfüllten U-Bahn – reiche nicht aus. Ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken sei nicht erforderlich. Erforderlich sei eine Beteiligung an der Gruppe. Die bloße Anwesenheit in einer Gruppe sei nicht ausreichend, denn der Gesetzgeber habe kein echtes Unterlassungsdelikt schaffen wollen. Ferner stelle die bloße Anwesenheit selbst bei vorhandenem deliktischen Vorsatz grundsätzlich kein strafwürdiges Unrecht dar, so dass eine gleichwohl erfolgende Bestrafung Bedenken im Hinblick auf das Schuldprinzip hervorrufen würde. Entsprechend führe der Gesetzgeber in seiner Begründung aus, dass der Täter es mindestens billigend in Kauf nehmen müsse, dass er durch seinen Beitrag die Begehung einer Straftat ermöglicht oder erleichtert. Der Täter müsse hierfür auf objektiver Ebene einen aktiven Beitrag am Bedrängen leisten. Daraus folge allerdings, dass es neben den allgemeinen Beteiligungsregeln keinen eigenständigen Anwendungsbereich gebe. Denn nach ständiger Rechtsprechung genüge als Gehilfenhandlung jede Tätigkeit, die die Haupttat irgendwie fördert, ohne dass es einer Ursächlichkeit des Gehilfenbeitrags für die Vollendung der Haupttat bedürfe.

4. Fördern einer Straftat

Nach Auffassung von Herrn Prof. Eisele sei es unklar, ob den Worten „wer eine Straftat dadurch fördert“ eine eigenständige unrechtsbegründende Bedeutung zukomme. Unklar sei auch, ob eine solche Straftat tatsächlich begangen bzw. versucht sein müsse. Erschwerend komme hinzu, dass die Straftat dreifach in der Norm genannt werde, ohne dass diese zueinander in Beziehung stünden: 1. Fördern einer Straftat durch den Täter, 2. Bedrängung einer Person zur Begehung einer Straftat durch die Gruppe und 3. Tatsächliche Begehung einer Straftat nach § 184i StGB n. F. oder nach § 177 StGB n. F.

Nach Auffassung von Herr Prof. Eisele komme den Worten „wer eine Straftat dadurch fördert“ eine eigenständige Bedeutung zu. Anderenfalls hätte der Gesetzgeber formulieren können „Wer sich an einer Personengruppe beteiligt, die...“. Eine solche Formulierung sei zwar im Gesetzgebungsverfahren erwogen, aber dann verworfen worden. Der Täter müsse daher entweder eine Straftat fördern, die von der Gruppe intendiert ist oder eine Straftat nach § 177 StGB n. F. bzw. nach § 184i StGB n. F. fördern.

Ferner stelle sich die Frage, ob die geförderte Straftat tatsächlich begangen bzw. versucht werden müsse. Dagegen spreche, dass § 177 StGB n.F. bzw. § 184i StGB n. F. entgegen der Intention des Gesetzgebers für die Fälle Teil des objektiven Tatbestandes wäre, bei denen eine weitere Straftat de facto weder begangen noch versucht wurde. Im Ergebnis reiche es daher aus, dass der Täter günstigere Bedingungen für die Begehung der geförderten Straftat schaffe. Kriminalisiert werde daher bereits die versuchte Beihilfe, wenn die objektive Bedingung der Strafbarkeit tatsächlich eintrete.

5. Vorsatz

Der Täter müsse es mindestens billigend in Kauf nehmen, dass eine Person durch die Gruppe zum Zwecke der Begehung einer Straftat bedrängt werde und dass der Täter durch seinen Beitrag die Begehung einer Straftat ermöglicht oder erleichtert. Der Vorsatz müsse sich dabei auf die Begehung irgendeiner Straftat aus der Gruppe heraus beziehen, nicht aber auf die Taten nach § 177 StGB n. F. bzw. nach § 184i StGB n. F., weil diese nur Bestandteil der objektiven Bedingung der Strafbarkeit seien. Es ergebe sich dadurch eine – allerdings minimale – Erweiterung zur Gehilfenstrafbarkeit, weil der Täter keine bestimmte Straftat in Bezug nehmen müsse.

6. Objektive Bedingung der Strafbarkeit

Irgendein Gruppenmitglied müsse eine Straftat nach § 177 StGB n. F. oder nach § 184i StGB n. F. begehen. Damit würden allerdings die in der Silvesternacht zutage getretenen Beweisschwierigkeiten nicht verbessert. Denn auch § 184j StGB n. F. erfordere, dass dem Täter eine aktive Tathandlung der Beteiligung am Bedrängen nebst Vorsatz zur Begehung einer Straftat aus der Gruppe heraus sowie deren Förderung nachgewiesen werden müsse.

7. Formelle Subsidiarität

Der Straftatbestand sei formell subsidiär, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht sei. Dies sei insbesondere im Hinblick auf eine mittäterschaftliche Tatbegehung nach § 177 StGB n. F. der Fall. Ferner sei auch der nach § 27 Abs. 2 Satz 2 StGB i. V. m. § 49 Abs. 1 StGB gemilderte Strafraumen höher als der Strafraumen des § 184j StGB n. F.

8. Konkurrenzverhältnis zwischen § 184j StGB n. F. und § 184i StGB n. F.

Beide Vorschriften weisen denselben Strafraumen auf, so dass die formelle Subsidiarität nach Herr Prof. Eisele nicht einschlägig sei. Begehe ein Täter eine Beihilfe zu § 184i StGB n. F. und verwirkliche er gleichzeitig § 184j StGB n. F., liege gleichwohl nicht Tateinheit vor. Zwar liege das besondere Unrecht des § 184j StGB n. F. in der Gefährdung des Opfers durch die Gruppendynamik, was grundsätzlich für eine tateinheitliche Tatbegehung spreche. Dieselbe Überlegung müsste dann aber auch in Bezug auf § 177 StGB n. F. greifen. Richtigerweise werde das Unrecht bereits vollständig von § 184i StGB n. F. erfasst, so dass nach allgemeinen Regeln der Gesetzeskonkurrenz der § 184j StGB n. F. hinter § 184i StGB n. F. zurücktrete.

Abschließend schlug Herr Prof. Eisele vor, die Vorschrift wieder abzuschaffen. § 184j StGB n.F. komme de facto kaum ein eigenständiger Anwendungsbereich zu, so dass es sich um Symbolstrafrecht handele.

Diskussion:

Die von Herrn Prof. Eisele vorgetragene Einschätzung wird von der ganz überwiegenden Mehrheit der Teilnehmer geteilt. Insbesondere werfe § 184j StGB n. F. verfassungsrechtliche Bedenken auf und weise kaum einen eigenständigen Anwendungsbereich auf. Ferner würden bestehende Beweisprobleme nicht gelöst. Die Mitglieder der Reformkommission ver-

ständigensich darauf, dass die Frage zur Abstimmung gestellt werden soll, ob § 184j StGB n. F. abgeschafft werden soll oder nicht:

Frage: Soll § 184j StGB gestrichen werden?

Abstimmung: Ja: 5 Mitglieder; Nein: 0 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

VII. Bericht über die nachgereichten Stimmen zur Abstimmung in der 19. Sitzung

Frau Bunke berichtete über die nachträglich per E-Mail kommunizierten Abstimmungsergebnisse zum Themenkomplex 7: „Begriffsbestimmungen und sonstige Vorschriften“. Konkret ging es um die in der 19. Sitzung zur Abstimmung gestellten Fragen³⁰⁴. Das Abstimmungsergebnis stellt sich abschließend wie folgt dar:

Themenkomplex 7: „Begriffsbestimmungen und sonstige Vorschriften“ – Anlage 4

Frage 1: Soll § 184h Nr. 1 StGB gestrichen werden?

a) Ja oder

b) Ja, wobei darüber hinaus auch § 184h Nr. 2 StGB gestrichen werden soll, oder

c) Nein

Abstimmung: a): 0 Mitglieder; b): 3 Mitglieder; c): 9 Mitglieder

Frage 2: Soll der Begriff der sexuellen Handlung im 13. Abschnitt des StGB legaldefiniert werden?

Abstimmung: Ja: 0 Mitglieder; Nein: 12 Mitglieder

Frage 3: Soll der Schriftenbegriff in § 11 Abs. 3 StGB dahingehend modernisiert werden, dass auch Daten oder Informationen aufgenommen werden?

Abstimmung: Ja: 11 Mitglieder; Nein: 1 Mitglied

³⁰⁴ Vgl. Protokoll der 19. Sitzung der Reformkommission, Punkt VIII.

Frage 4: Sollen die Begriffe „Telemedien oder Rundfunk“ im 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB durch die Begriffe „Informations- oder Kommunikationstechnologie“ ersetzt werden?

Abstimmung: Ja: 12 Mitglieder; Nein: 0 Mitglieder

Frage 5: Soll § 181b StGB um weitere Straftaten erweitert werden?

a) Ja und zwar um die §§ 184b StGB (Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften), 184c (Verbreitung, Erwerb und Besitz jugendpornographischer Schriften), 184d (Zugänglichmachen pornographischer Inhalte mittels Rundfunk oder Telemedien; Abruf kinder- und jugendpornographischer Inhalte mittels Telemedien) und 184e StGB (Veranstaltung und Besuch kinder- und jugendpornographischer Darbietungen), oder

b) Ja, aber nur soweit es um Kinderpornographie geht, oder

c) Nein, vielmehr soll § 176 Abs. 4 Nr. 3 und 4, Abs. 5 StGB aus dem Katalog des § 181b StGB entfernt werden, oder

d) Nein

Abstimmung: a): 0 Mitglieder; b): 10 Mitglieder; c): 0 Mitglieder; d): 2 Mitglieder

VIII. Bericht über die nachgereichten Stimmen zur Abstimmung in der 19. Sitzung

Frau Bunke setzte den Bericht über die nachträglich per E-Mail kommunizierten Abstimmungsergebnisse zum Themenkomplex 6: „Reformbedarf bei den Strafvorschriften zur Prostitution“ fort. Konkret ging es um die in der 19. Sitzung zur Abstimmung gestellten Fragen³⁰⁵. Das Abstimmungsergebnis stellt sich abschließend wie folgt dar:

Themenkomplex 6: „Reformbedarf bei den Strafvorschriften zur Prostitution“ – Anlage 1

Frage 9: Soll § 181a StGB (Zuhälterei) um eine Qualifikation der bandenmäßigen Zuhälterei ergänzt werden?

Abstimmung: Ja: 6 Mitglieder; Nein: 6 Mitglieder

³⁰⁵ Vgl. Protokoll der 19. Sitzung der Reformkommission, Punkt IV.

Frage 10: Soll die Freierstrafbarkeit auch in Bezug auf erwachsene sich prostituierende Personen als eigenständiger Straftatbestand eingeführt werden?

- a) Ja und zwar ohne Einschränkung, oder
- b) Ja, aber beschränkt auf die Fälle der Zwangsprostitution und der unzulässigen Weisungen, oder
- c) Ja, aber beschränkt auf die Fälle der Zwangsprostitution, oder
- d) Nein

Abstimmung: a): 1 Mitglied; b): 0 Mitglieder; c): 6 Mitglieder; d): 5 Mitglieder

Frage 11: Unterstellt bei Frage 10 wird Antwort c bejaht: Soll die Strafbarkeit schon dann eintreten, wenn der Täter leichtfertig verkennt, dass es sich um einen Fall der Zwangsprostitution handelt?

Abstimmung: Ja: 4 Mitglieder; Nein: 8 Mitglieder

Frage 12: Soll die Vorschrift des § 184f StGB (Ausübung verbotener Prostitution) gestrichen werden?

- a) Ja und zwar ersatzlos, oder
- b) Ja, wobei eine entsprechende Regelung als Ordnungswidrigkeit außerhalb des StGB aufzunehmen ist, oder
- c) Nein

Abstimmung: a): 3 Mitglieder; b): 9 Mitglieder; c): 0 Mitglieder

Frage 13: Unterstellt bei Frage 12 wird Antwort b) gewählt: Soll auch der Freier in die Ordnungswidrigkeit einbezogen werden?

- a) Ja oder
- b) Ja, und zwar unter Aufnahme eines Fahrlässigkeitstatbestandes, oder
- c) Nein

Abstimmung: a): 3 Mitglieder; b): 3 Mitglieder; c): 6 Mitglieder

Frage 14: Soll die Vorschrift des § 184g StGB (Jugendgefährdende Prostitution) gestrichen werden?

a) Ja und zwar ersatzlos, oder

b) Ja, wobei eine entsprechende Regelung als Ordnungswidrigkeit außerhalb des StGB aufzunehmen ist, oder

c) Nein

Abstimmung: a): 6 Mitglieder; b): 6 Mitglieder; c): 0 Mitglieder

Frage 15: Unterstellt, bei Frage 14 wird Antwort b) gewählt: Soll auch der Freier in die Ordnungswidrigkeit einbezogen werden?

a) Ja oder

b) Ja, und zwar unter Aufnahme eines Fahrlässigkeitstatbestandes, oder

c) Nein

Abstimmung: a): 3 Mitglieder; b): 2 Mitglieder; c): 7 Mitglieder

IX. Abstimmung zum Themenkomplex 5: „Neuordnung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches sowie Wertungswidersprüche“

Die anwesenden Mitglieder der Kommission stimmten über die Fragen zum Themenkomplex 5 „Neuordnung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches sowie Wertungswidersprüche“ auf der Grundlage eines vorab übersandten Fragebogens ab. Grundlage waren die Impulsreferate von Herr Prof. Laubenthal „Sinnhafte Neuordnung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs“ und von Frau Prof. Hörnle „Geschütztes Rechtsgut des 13. Abschnitts und Verhältnis zu den geschützten Rechtsgütern der einzelnen Vorschriften“, wie sie in der 9. Sitzung der Reformkommission gehalten wurden.³⁰⁶

Frage 1: Soll die Überschrift des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches geändert werden?

a) Ja, die Überschrift soll zukünftig „Sexualstraftaten“ lauten, oder

b) Ja, die Überschrift soll zukünftig „Straftaten gegen die sexuelle Freiheit“ lauten, oder

³⁰⁶ Vgl. Protokoll der 9. Sitzung der Reformkommission, Punkt VI.

c) Nein

Die Teilnehmer waren sich einig, dass die Bezeichnung „Sexuelle Selbstbestimmung“ ein Oberbegriff sei, der grundsätzlich auf alle Straftatbestände des 13. Abschnitts – ggf. mit Ausnahme der §§ 184f StGB und 184g StGB als Ordnungsvorschriften zur Prostitution – passe. Dies gelte auch, wenn man die ungestörte sexuelle Entwicklung oder die ungestörte Gesamtentwicklung des Kindes als Rechtsgut des sexuellen Missbrauchs von Kindern ansehe. Wenn man die Benennung des Rechtsguts der sexuellen Selbstbestimmung in der Überschrift des 13. Abschnitts ersetzen müsse, müsse man sich schon genau überlegen, durch welche Begrifflichkeit diese Überschrift sinnvoll ersetzt werden könne. Zwar gebe es im StGB zahlreiche Überschriften, die nur die Tat an sich bezeichneten (z. B. 14. Abschnitt: „Beleidigung“ oder 16. Abschnitt „Straftaten gegen das Leben“), es sei aber durchaus hilfreich, ein übergeordnetes Rechtsgut zu benennen, an dem sich z. B. die Auslegung der Vorschriften orientieren kann. Dies sei gerade bei den Sexualstraftaten wichtig, da diese besonders anfällig für moralische Wertungen seien.

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

Abstimmung: a): 0 Mitglieder; b): 0 Mitglieder; c): 6 Mitglieder

Frage 2: Soll die Struktur des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches im Grundsatz wie folgt ausgestaltet werden:

- **Tatbestände zum Schutz der Freiheit der sexuellen Selbstbestimmung im engeren Sinne**
 - **§§ 177, 178 StGB (Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung [mit Todesfolge])**
 - **§ 174a Abs. 2 (Sexueller Missbrauch von Kranken und hilfsbedürftigen Personen)**
 - **§ 174c StGB (Sexueller Missbrauch unter Ausnutzung eines Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses)**
- **Tatbestände zum Schutz vor Ausnutzung durch staatliche Macht begründeter institutioneller Abhängigkeit**
 - **§ 174a Abs. 1 StGB (Sexueller Missbrauch von Gefangenen, behördlich Verwahrten)**

- § 174b StGB (Sexueller Missbrauch unter Ausnutzung einer Amtsstellung)
- **Tatbestände zum Schutz minderjähriger Personen**
 - § 174 StGB (Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen)
 - § 176 StGB (Sexueller Missbrauch von Kindern)
 - § 176a StGB (Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern)
 - § 176b StGB (Sexueller Missbrauch von Kindern mit Todesfolge)
 - § 180 Abs. 3 StGB (Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger [Thematisch zu § 174 StGB gehörig])
 - § 182 Abs. 1 und 3 StGB (Sexueller Missbrauch von Jugendlichen)
- **Tatbestände zum Schutz vor Straftaten im Zusammenhang mit der Prostitutionsausübung**
 - § 180 Abs. 2 StGB (Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger [gegen Entgelt])
 - § 180a StGB (Ausbeutung von Prostituierten)
 - § 181a StGB (Zuhälterei)
 - § 182 Abs. 2 StGB (Sexueller Missbrauch von Jugendlichen [gegen Entgelt])
 - § 184f StGB (Ausübung der verbotenen Prostitution)
 - § 184g StGB (Jugendgefährdende Prostitution)
- **Tatbestände zum Schutz vor Straftaten im Zusammenhang mit Pornographie**
 - § 184 StGB (Verbreitung pornographischer Schriften [mit Ausnahme von § 184 Abs. 1 Nr. 9 StGB, der in den 3. Abschnitt des BT StGB rücken könnte])
 - § 184a StGB (Verbreitung gewalt- oder tierpornographischer Schriften)
 - § 184b StGB (Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften)
 - § 184c StGB (Verbreitung, Erwerb und Besitz jugendpornographischer Schriften)
 - § 184d StGB (Zugänglichmachen pornographischer Inhalte mittels Rundfunk oder Telemedien; Abruf kinder- und jugendpornographischer Inhalte mittels Telemedien)
 - § 184e StGB (Veranstaltung und Besuch kinder- und jugendpornographischer Darbietungen)
- **Tatbestände zum Schutz vor Belästigung durch sexuelle Handlungen**
 - § 183 StGB (Exhibitionistische Handlungen)
 - § 183a StGB (Erregung öffentlichen Ärgernisses)

- **Begriffsbestimmungen**
- **Sexuelle Belästigung**
- **Straftaten aus Gruppen**
- **Führungsaufsicht**

(5 Antwortmöglichkeiten)

a) Ja oder

b) Ja, wobei aber § 184e StGB in der Ordnungsstruktur dem Punkt „Tatbestände zum Schutz minderjähriger Personen“ zugeordnet werden soll, oder

c) Ja, wobei aber §§ 180 Abs. 2, § 182 Abs. 2 in der Ordnungsstruktur dem Punkt „Tatbestände zum Schutz minderjähriger Personen“ zugeordnet werden sollen, oder

d) Ja, wobei Antwort b und c kumulativ vorliegen sollen, oder

e) Nein

Einleitend wurde ausgeführt, dass das dargestellte Gerüst als Orientierung dienen solle. Soweit Vorschriften gestrichen oder geändert würden, müsste man dieses bei der konkreten Ausgestaltung entsprechend anpassen.

Die Teilnehmer diskutierten, ob § 184i (Sexuelle Belästigung) hinter § 184h StGB (Begriffsbestimmungen) richtig verortet sei. Dabei wurde die Frage aufgeworfen, ob die Verortung von § 184i StGB n. F. hinter § 184h StGB ein redaktioneller Bruch sei. Dagegen wurde aber argumentiert, dass es wichtig sei, durch den Standort zu verdeutlichen, dass die sexuelle Belästigung nicht zwingend eine sexuelle Handlung sein müsse, sondern unter der für eine sexuelle Handlung erforderlichen Erheblichkeitsschwelle im Sinne von § 184h Nr. 1 StGB liegen könne. In diesem Rahmen wurde kurz angesprochen, ob es sinnvoll sei, den Inhalt von § 184h StGB in § 11 StGB (Personen- und Sachbegriffe) zu integrieren. Dies wurde aber verworfen, weil § 184h StGB gerade keine Definitionen enthalte.

Wegen der Aufnahme des Straftatbestandes der sexuellen Belästigung wurde die ursprünglich vorgesehene Überschrift zu §§ 183, 183a (Tatbestände zum Schutz vor sexueller Belästigung) in „Tatbestände zum Schutz vor Belästigung durch sexuelle Handlungen“ ersetzt.

Darüber hinaus wurde die Antwort an die neue Rechtslage auf der Grundlage des Gesetzes zum Schutz der sexuellen Selbstbestimmung angepasst. In diesem Zuge verständigt-

ten sich die Teilnehmer darauf, die Führungsaufsicht ganz am Ende zu regeln und nicht vor den Begriffsbestimmungen zu belassen.

Einige Teilnehmer sprachen sich dafür aus, die §§ 180 Abs. 2, 182 Abs. 2 StGB in die Ordnungsstruktur „Tatbestände zum Schutz minderjähriger Personen“ aufzunehmen.

Fazit: Auf der Grundlage der dargestellten Diskussion wurde die Frage 2 wie oben (Fett-druck) ersichtlich angepasst.

Abstimmung: a): 2 Mitglieder; b): 0 Mitglieder; c): 2 Mitglieder; d): 2 Mitglieder; e): 0 Mitglieder

Frage 3: Soll hinsichtlich der Tatbestände zum Schutz von minderjährigen Personen auf die Bezeichnung „Missbrauch“ in der jeweiligen amtlichen Überschrift verzichtet werden?

a) Ja oder

b) Ja, der Begriff „Missbrauch“ soll darüber hinaus auch in den anderen amtlichen Überschriften nicht genannt werden, oder

c) Nein

Einleitend riefen sich die Teilnehmer in Erinnerung, dass der Begriff „Missbrauch“ deswegen problematisch sei, weil er suggeriere, dass es einen legalen sexuellen Gebrauch von z. B. Kindern gebe, was selbstverständlich nicht der Fall sei. So könne man zwar seine Amtsstellung missbrauchen, nicht aber ein Kind. Vereinzelt wurde daher vertreten, bei Straftatbeständen zum Schutz von minderjährigen Personen – und nur insoweit – auf den Begriff „Missbrauch“ zu verzichten. Die ganz überwiegende Mehrheit der Mitglieder der Reformkommission sprach sich jedoch gegen eine Änderung des Begriffs „Missbrauchs“ aus, da sich dieser Begriff etabliert habe. Ein neuer Begriff sei zum einen schwierig zu finden und zum anderen sei unklar, ob er denselben Inhalt aufweise wie das Wort „Missbrauch“, so dass weiterhin alle einschlägigen Fallkonstellationen erfasst seien.

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

Abstimmung: a): 1 Mitglied; b): 0 Mitglieder; c): 5 Mitglieder

X. Organisatorisches

Frau Bunke führte aus, dass die nächsten Termine am 11. November und am 2. Dezember 2016 im BMJV in der Zeit von 11.00 Uhr bis 17.00 Uhr stattfinden werden³⁰⁷. Die nächste Sitzung solle intensiv für Abstimmungen und für die Besprechung der Gliederung des Abschlussberichtes genutzt werden. Am 2. Dezember 2016 sollten dann die Empfehlungen besprochen werden. Die Abstimmung des Berichtes solle im Wesentlichen im schriftlichen Verfahren erfolgen. Die Teilnehmer baten darum, nach der Novembersitzung die gesammelten Abstimmungsbögen zu übersenden.

³⁰⁷ Eine weitere Sitzung soll am 13. Januar 2017 stattfinden.

23. Sitzung am 11. November 2016

Protokoll
der 23. Sitzung der Reformkommission
zur Überarbeitung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches
im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
am 11. November 2016
11:00 – 17:00 Uhr

I. Anwesenheit

1. Mitglieder der Reformkommission

- Frau LOStAin Birgit Cirullies
- Frau Prof. Dr. Tatjana Hörnle
- Herr Prof. Dr. Klaus Laubenthal
- Herr MR Peter Marx
- Frau RinOLG Andrea Röhrig
- Frau RinBGH Dr. Ursula Schneider
- Herr KD Jürgen Thiele
- Frau RAin Elke Thom-Eben

An der Teilnahme verhindert waren:

- Frau RAin Christina Clemm
- Herr Prof. Dr. Jörg Eisele
- Herr StA Christian Kohle
- Herr Prof. Dr. Gereon Wolters

2. Für das BMJV

- Herr UAL II A Dr. Bernhard Böhm (zu TOP V)
- Frau RLn II A 7 Susanne Bunke
- Frau RDn Dr. Garonne Bezjak
- Frau Jenny Barthel
- Frau Mareike Hill

II. Eröffnung der Sitzung und Begrüßung der Mitglieder

Frau Bunke begrüßte die Mitglieder der Reformkommission und eröffnete die Sitzung. Anmerkungen zu dem Protokoll der 22. Sitzung gab es von Frau Röhrig und Herrn Marx. Die Änderungsanregungen sollen berücksichtigt werden.

Die Teilnehmer besprachen die vorab versandten Änderungsanregungen von Herrn Thiele zu § 100a StPO. Frau Bunke gab zu bedenken, dass in allen Protokollen versucht wurde, die Pro- und Contra-Argumente ausgewogen und knapp darzulegen. Die Änderungen von Herrn Thiele ließen hier eine gewisse Unwucht entstehen, zumal die Problematik um § 100a StPO keine originäre Vorschrift des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des StGB betreffe. Vor diesem Hintergrund wurde vorgeschlagen, dass Herr Thiele ein Impulsreferat nachreichen solle, um den Argumenten und den technischen Ausführungen dort mehr Raum geben zu können. Herr Thiele erklärte, dass er für Kürzungen offen sei. Wichtig sei ihm, dass die Punkte Aufnahme fänden, die bislang noch gar nicht genannt seien. Die Teilnehmer kamen überein, dass BMJV auf der Grundlage der Änderungen von Herrn Thiele die entsprechende Passage im Protokoll überarbeiten wird und sich diesbezüglich mit Herrn Thiele abstimmt.

III. Abstimmung zum Themenkomplex 1: „Reformbedarf bei § 177 StGB – Das Für und Wider einer Einverständnislösung und von alternativen Regelungsmöglichkeiten“

Die Teilnehmer stimmten über einen vorab übersandten Fragebogen zum Themenkomplex 1: „Reformbedarf bei § 177 StGB – Das Für und Wider einer Einverständnislösung und von alternativen Regelungsmöglichkeiten“ ab. Grundlage war das Impulsreferat von Frau Dr. Bezjak „Der Tatbestand der sexuellen Belästigung“, wie es in der 20. Sitzung der Reformkommission gehalten wurde.³⁰⁸

Vorab teilte Frau Bunke mit, dass der Gesetzentwurf zur Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung am 9. November 2016 verkündet wurde und am 10. November 2016 in Kraft getreten ist. Aus diesem Grund war in dem gesamten Fragebogen bezüglich der Vorschrift des § 184i StGB der Zusatz „-E“ für Entwurf zu streichen.

Frage 1: Soll das Tatbestandsmerkmal aus § 184i Abs. 1 StGB „in sexuell bestimmter Weise“ tatbestandlich objektiviert werden?

- a) Ja und zwar durch die Formulierung „sexuell berührt“, oder**
- b) Nein**

³⁰⁸ Vgl. Protokoll der 20. Sitzung der Reformkommission, Punkt IV.

Gemäß § 184i StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu 2 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer eine andere Person in sexuell bestimmter Weise körperlich berührt und dadurch belästigt, wenn nicht die Tat in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist. Überwiegend wurde vertreten, dass die Formulierung in § 184i Abs. 1 StGB nahe lege, dass es aus subjektiver Sicht zu beurteilen sei, ob die körperliche Berührung in sexuell bestimmter Weise erfolgt sei. Dafür spreche auch, dass die körperliche Berührung auf der Grundlage der Begründung der Beschlussempfehlung dann in sexuell bestimmter Weise erfolge, wenn sie „sexuell motiviert“³⁰⁹ sei. Vereinzelt wurde vertreten, dass das Vorliegen einer körperlichen Berührung in sexuell bestimmter Weise auch aus der Sicht eines objektiven Dritten beurteilt werden könne und somit nicht zwingend subjektiv geprägt sei.

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

Abstimmung: a): 7 Mitglieder; b): 1 Mitglied

Frage 2: Soll das Tatbestandsmerkmal aus § 184i Abs. 1 StGB „belästigt“ durch „sexuell belästigt“ ersetzt werden?

Es bestand Einigkeit, dass das Wort „belästigt“ lediglich einen weiteren tatbestandlichen Filter darstelle. Ausweislich der Beschlussbegründung setzt die Belästigung voraus, dass die Handlung das Opfer in seinem Empfinden nicht unerheblich beeinträchtigt.³¹⁰ Die Erweiterung auf „sexuell belästigt“ wurde für nicht erforderlich gehalten.

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

Abstimmung: Ja: 0 Mitglieder; Nein: 8 Mitglieder

Frage 3: Soll die Subsidiaritätsklausel aus § 184i Abs. 1 StGB gestrichen werden?

a) Ja oder

b) Nein, sie soll aber dahingehend modifiziert werden, dass sie nur eingreift, wenn die Tat nicht in einer anderen Vorschrift des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des StGB mit schwererer Strafe bedroht ist, oder

c) Nein

³⁰⁹ Vgl. BT-Drs. 18 / 9097, S. 31.

³¹⁰ Vgl. BT-Drs. 18 / 9097, S. 31.

Die Teilnehmer waren sich einig, die ursprüngliche Antwortmöglichkeit c („Nein, sie soll aber dahingehend modifiziert werden, dass sie nur eingreift, wenn die Tat nicht nach § 185 StGB oder in einer anderen Vorschrift des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des StGB mit schwererer Strafe bedroht ist“) zu streichen. § 185 StGB weise ebenso wie § 184i StGB einen maximalen Strafraum von Geldstrafe bis zu Freiheitsstrafe von 2 Jahren auf. Die Tat handlung könne daher nicht nach § 185 StGB mit schwererer Strafe bedroht sein.

Ferner wurde ausgeführt, dass es nicht überzeugend sei, dass eine Bestrafung wegen der weiten Subsidiaritätsklausel nur wegen Raubes erfolge, wenn der Täter einen Raub verübe und gleichzeitig eine sexuelle Belästigung vornehme.³¹¹

Fazit: Auf der Grundlage der dargestellten Diskussion wurde die Frage wie oben (Fettdruck) ersichtlich neu gefasst.

Abstimmung: a): 0 Mitglieder; b): 8 Mitglieder; c): 0 Mitglieder

Frage 4: Soll der besonders schwere Fall in § 184i Abs. 2 StGB gestrichen werden?

a) Ja oder

b) Ja, aber die Höchststrafe in Absatz 1 soll auf 3 Jahre angehoben werden, oder

c) Nein oder

d) Nein, der Strafraum in Absatz 2 soll aber auf Freiheitsstrafe von 3 Monaten bis zu 3 Jahren abgesenkt werden

Die ursprüngliche Frage sah lediglich „Ja“ und „Nein“ als Antwortmöglichkeiten vor. Die Antwortmöglichkeiten wurden vor dem Hintergrund der folgenden Diskussion jedoch erweitert:

Teilweise wurde vertreten, dass es richtig sei, für die gemeinschaftliche Tatbegehung eine Strafschärfung vorzusehen. Die von mehreren Tätern durchgeführte sexuelle Belästigung belaste das Opfer auch deswegen besonders schwer, weil es sich bei mehreren Tätern besonders ausgeliefert fühle und nicht einschätzen könne, ob es bei der sexuellen Belästigung bleibe oder dies nur der Einstieg zu schwerwiegenden Handlungen sei.

³¹¹ Vgl. hierzu aber BT-Drs. 18 / 9097, S. 31: „§ 184i StGB-E greift nur subsidiär ein, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften, die eine vergleichbare Schutzrichtung aufweisen, mit schwerer Strafe bedroht ist.“

Dagegen wurde argumentiert, dass das Opfer bei der Beteiligung von mehreren Tätern auch im Hinblick auf andere Delikte nicht sicher sein könne, ob weitere Rechtsgutsverletzungen folgen. Außerdem sei es schwer vorstellbar, welche weiteren Tathandlungen ein unbenanntes Regelbeispiel begründen könnten, ohne dass die Handlung gleichzeitig die Erheblichkeit einer sexuellen Handlung erreiche. Die sexuelle Belästigung tangiere das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung lediglich in seinem Randbereich. Daran ändere auch der Übergriff durch mehrere Täter nichts. Der durch die gemeinschaftliche Tatbegehung entstehende erhöhte Unwertgehalt der Tat könne durch allgemeine Strafzumessungsregeln hinreichend gemäß § 46 StGB (Grundsätze der Strafzumessung) berücksichtigt werden. Teilweise wurde vertreten, dass es sich aber vor diesem Hintergrund anbiete, den Strafraumen des Grundtatbestandes zu erhöhen und im Gegenzug auf den besonders schweren Fall zu verzichten.

Ferner wurde diskutiert, den besonders schweren Fall durch die Qualifikation der gemeinschaftlichen Tatbegehung zu ersetzen, was aber im Ergebnis verworfen wurde. Denn eine Qualifikation biete in Bezug auf die Anwendbarkeit nicht dieselbe Flexibilität wie der Strafzumessungsaspekt des besonders schweren Falles. Vereinzelt wurde erwogen, den besonders schweren Fall zwar beizubehalten, für diesen aber einen geringeren Strafraumen vorzusehen.

Fazit: Auf der Grundlage der dargestellten Diskussion wurde die Frage wie oben (Fettdruck) ersichtlich neu gefasst.

Abstimmung: a): 2 Mitglieder; b): 4 Mitglieder; c): 1 Mitglied; d): 1 Mitglied

Frage 5: Soll § 184i StGB als absolutes Antragsdelikt ausgestaltet werden?

a) Ja oder

b) Ja, wenn § 184i Abs. 2 StGB gestrichen wird, oder

c) Nein

Für die Beibehaltung der Möglichkeit der Aufnahme von Ermittlungen von Amts wegen spreche, dass Ermittlungen damit auch dann möglich wären, wenn das Opfer nicht ermittelt werden könne, die Tat aber durch eine Kamera dokumentiert sei.

Teilweise wurde vertreten, dass ein besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung voraussetze, dass ein erhöhtes Unrecht vorliege, wie dies durch den besonders schweren

Fall in Absatz 2 dokumentiert werde. Wenn aber der Absatz 2 entfalle, sollte auch die Möglichkeit der Ermittlung von Amts wegen entfallen.

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

Abstimmung: a): 0 Mitglieder; b): 2 Mitglieder; c): 6 Mitglieder

IV. Abstimmung zum Themenkomplex 1: „Reformbedarf bei § 177 StGB – Das Für und Wider einer Einverständnislösung und von alternativen Regelungsmöglichkeiten“

Die Teilnehmer stimmten über einen vorab übersandten Fragebogen zum Themenkomplex 1: „Reformbedarf bei § 177 StGB – Das Für und Wider einer Einverständnislösung und von alternativen Regelungsmöglichkeiten“ ab. Grundlagen waren das Impulsreferat von Frau Prof. Hörnle „Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung“, wie es in der 21. Sitzung der Reformkommission³¹² gehalten wurde, und das Impulsreferat von Herrn Dr. Simon „Wertungswidersprüche und Systemwidrigkeiten im 13. Abschnitt des StGB“, wie es in der 14. Sitzung der Reformkommission³¹³ gehalten wurde.

Frage 1: Soll die „Nein-heißt-Nein“-Lösung im Sexualstrafrecht wieder abgeschafft werden?

a) Ja, und zwar zugunsten des bisherigen Regelungsansatzes in §§ 177, 179 StGB a. F., oder

b) Ja, und zwar zugunsten des bisherigen Regelungsansatzes in §§ 177, 179 StGB a. F., aber unter punktueller Schließung bestehender Strafbarkeitslücken, oder

c) Nein

Eingangs wurde hervorgehoben, dass die Frage sich auf die Nichteinverständnislösung – auch „Nein-heißt-Nein“-Lösung genannt – an sich bezieht und nicht auf deren konkrete Umsetzung in § 177 Abs. 1 StGB n. F.

Die Mitglieder der Reformkommission hatten sich über das Für und Wider der Nichteinverständnislösung bereits in den ersten Sitzungen der Reformkommission intensiv ausgetauscht und auch über diese Frage abgestimmt.³¹⁴ Es bestand jedoch Einigkeit, dass die Frage in

³¹² Vgl. Protokoll der 21. Sitzung der Reformkommission, Punkt VII.

³¹³ Vgl. Protokoll der 14. Sitzung der Reformkommission, Punkt III.

³¹⁴ Vgl. Protokolle der 2. bis 4. und 7. Sitzung der Reformkommission.

Anbetracht der nunmehr geänderten Gesetzeslage erneut zur Abstimmung gestellt werden soll.

Teilweise wurde vertreten, dass sich die Argumente für und gegen die Nichteinverständnislösung seit der ersten Befassung nicht geändert hätten und es daher durchaus vertretbar sei, etwa bei einer ablehnenden Meinung zu bleiben.

Einige Mitglieder führten aus, dass sie zwar grundsätzlich mehr Sympathien für eine punktuelle Lösung hätten, aber andererseits auch der Umstand zu berücksichtigen sei, dass die Nichteinverständnislösung nunmehr auf der Grundlage vermehrter öffentlicher Debatten Gesetz geworden sei. Es gehe also anders als in den ersten Sitzungen nicht mehr darum, ob man dem Gesetzgeber die Einführung der Nichteinverständnislösung empfehlen wolle, sondern ob man ihm die Abschaffung dieser Lösung empfehlen solle. Dabei müsse man berücksichtigen, dass es in Bezug auf den vorgenommenen Paradigmenwechsel erstrebenswert sei, eine gesetzliche Kontinuität zu erhalten. Die konkrete Ausgestaltung der Norm könne natürlich gleichwohl kritisiert werden.

Gegen das Argument der Kontinuität wurde angeführt, dass der 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB auch in der Vergangenheit nicht unter dem Dogma der Kontinuität gestanden habe und weitere Änderungen erfolgen würden.

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

Abstimmung: a): 0 Mitglieder; b): 4 Mitglieder; c): 4 Mitglieder

V. Aufbau und Inhalt des Abschlussberichtes

Frau Dr. Bezjak stellte die mögliche Struktur für den Abschlussbericht vor (**Anlage**). Es werde vorgeschlagen, einen Bericht zu erstellen und die Impulsreferate und Protokolle als Anlagen hinzuzufügen. Die Impulsreferate solle sich jeder Verfasser und jede Verfasserin noch einmal auf Rechtschreibfehler etc. ansehen. Aktualisierungen sollten allerdings nicht erfolgen, weil die schriftlichen Referate den Stand wiedergeben, der zu dem Zeitpunkt des Vortrages vorlag.

Der Aufbau des Hauptbandes könne wie folgt aussehen:

- I. Rede von Staatssekretärin Hubig

II. Einleitung

1. Der Auftrag der Reformkommission
2. Die Arbeitsweise der Reformkommission
3. Die Mitglieder der Reformkommission

III. Gang der Beratung

1. Themenkomplex 1: Reformbedarf bei § 177 StGB – Das Für und Wider einer Einverständnislösung und von alternativen Regelungsmöglichkeiten
 - a) Reformbedarf bei § 177 StGB (Impulse, SV-Anhörung, Diskussion, Abstimmung)
 - b) Reformbedarf bei § 184i StGB (Impulse, ..., Abstimmung)
 - c) Reformbedarf bei § 184j StGB (Impulse, ..., Abstimmung)
2. Themenkomplex 2: (...)

IV. Empfehlungen mit Begründung

Diskussion:

Es bestand Einigkeit, dass die Reformkommission über den Inhalt der Empfehlungen gesondert entscheiden müsse. Die Abstimmungen geben diesbezüglich zwar eine Richtung vor. Sie können aber nicht 1:1 zum Gegenstand von Empfehlungen gemacht werden, weil teilweise recht kleinteilig abgestimmt worden sei. Die Empfehlungen müssten die Einzelpunkte sinnvoll zusammenfassen.

Die Teilnehmer waren sich ferner einig, dass ein Einverständnis darüber erzielt werden müsse, wann man von einer Empfehlung sprechen könne. So müsse geklärt werden, wie viele Mitglieder für eine Empfehlung sein müssten, damit sie abgegeben werden könne. Gleichzeitig bestand Einigkeit, dass auch bei knappen Entscheidungen über eine Empfehlung deutlich werden müsse, dass diese diskutiert worden sei. Es müsse sichergestellt sein, dass alle wichtigen Themen abgebildet würden und keine thematischen Lücken entstünden. So müsse etwa die Diskussion über die Nichteinverständnislösung einen für den Leser leicht zugänglichen Eingang in den Bericht finden. Die meisten Leser würden vermutlich nur die Empfehlungen des Berichtes lesen. Vor diesem Hintergrund könne man überlegen, auch Empfehlungen aufzunehmen, die nur eine knappe Zustimmung erhalten hätten.

Ferner wurde vorgeschlagen, die Diskussionen zu den Empfehlungen aufzunehmen. In diesem Kontext wurde klarstellend darauf hingewiesen, dass der Diskussionsverlauf zu den Abstimmungen bereits unter den einzelnen Themenkomplexen nachgezeichnet werden solle. Zu denken sei aber an eine vorgezogene Kurzzusammenfassung damit der Leser wisse, unter welcher Rubrik er bestimmte Themen finde.

Einigkeit bestand darin, dass die Ausführungen zu den Erwartungen an die Reformkommission, die jedes Mitglied in der ersten Sitzung formuliert hatte, nicht in den Bericht aufgenommen werden sollten, da diesbezüglich nur wenige schriftliche Ausführungen vorhanden seien.

VI. Fortsetzung der Abstimmung zum Themenkomplex 1: „Reformbedarf bei § 177 StGB – Das Für und Wider einer Einverständnislösung und von alternativen Regelungsmöglichkeiten“

Die Teilnehmer sind sich einig, dass sich der Fragebogen auf die geltende Rechtslage in der Fassung des 50. Strafrechtsänderungsgesetzes zur Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung vom 4. November 2016 bezieht.

Frage 2: Sollen sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt aus dem Anwendungsbereich des § 177 StGB n. F. herausgenommen werden?

Einleitend wurde die Frage aufgeworfen, ob es möglich sei, eine sexuelle Handlung ohne Körperkontakt gegen den eigenen Willen vorzunehmen. Dies wurde teilweise bejaht. Es seien psychologische Konstellationen denkbar, bei denen das Opfer zwar klar „Nein“ sagt, dann aber etwa auf erneute Aufforderung des Täters gleichwohl sexuelle Handlungen an sich selbst gegen seinen Willen und möglicherweise unter Tränen vornehme. Ferner wurde in Erinnerung gerufen, dass auch sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt eine massive Beeinträchtigung der sexuellen Selbstbestimmung darstellen und extrem demütigend sein können (z. B. Vornahme einer sexuellen Handlung mit einem Tier).

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

Abstimmung: Ja: 1 Mitglied; Nein: 7 Mitglieder

Frage 3: Soll sich die Höhe des Strafrahmens danach unterscheiden, ob die sexuellen Handlungen mit oder ohne Körperkontakt vorgenommen werden?

Die Teilnehmer verständigten sich darauf, über die ursprünglich im vorab versandten Fragebogen als Frage 21 geführte Frage bereits im Kontext zur Frage 2 abzustimmen, da die für die Beantwortung maßgeblichen Aspekte bereits im Kontext zur Frage 2 diskutiert wurden. Die ursprüngliche Frage 21 wurde hier daher als Frage 3 aufgenommen und redaktionell umgestellt. Für die Beantwortung der Frage 3 wurde insbesondere in Erinnerung gerufen, dass auch sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt demütigend sein können.

Fazit: Die Frage wurde wie oben (Fettdruck) ersichtlich neu gefasst.

Abstimmung: Ja: 0 Mitglieder; Nein: 7 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 4: Sollen die Nötigungstatbestände (Drohung oder Gewalt) und die Tatbestände des sexuellen Übergriffs in zwei verschiedenen Vorschriften geregelt werden?

Die Teilnehmer diskutierten zunächst, unter welchen Grundtatbestand die Fälle zu subsumieren seien, bei denen der Täter Gewalt anwende. Genannt wurden in diesem Kontext insbesondere § 177 Abs. 1 StGB n. F. (sexueller Übergriff), § 177 Abs. 2 Nr. 4 StGB n. F. (Drohen eines empfindlichen Übels) und § 177 Abs. 2 Nr. 5 StGB n. F. (Nötigung durch Drohung mit einem empfindlichen Übel).

Sodann wurde vertreten, dass es im Grunde nicht so sehr um Gewaltanwendung gehe, welche von der ursprünglichen Fassung der Frage aufgegriffen wurde („Soll § 177 StGB n. F. um einen Grundtatbestand der Gewaltanwendung ergänzt werden?“). Es gehe vielmehr darum, dass die Nötigungstatbestände insgesamt gesondert geregelt werden sollten. Durch die Trennung von Nötigungshandlungen und Handlungen des sexuellen Übergriffs in zwei getrennten Vorschriften könne man besser jeweils stimmige Strafraumen und Qualifikationen schaffen. Im Übrigen könne die Vergewaltigung wieder an die Nötigungshandlung gekoppelt werden.

Fazit: Vor dem dargestellten Hintergrund kamen die Mitglieder überein, die ursprüngliche Frage wie oben wie oben (Fettdruck) ersichtlich neu zu fassen.

Abstimmung: Ja: 8 Mitglieder; Nein: 0 Mitglieder

Frage 5: Soll § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB n. F. (erhebliche Einschränkung der Willensbildung oder –äußerung) gestrichen werden?

a) Ja oder

b) Nein, aber es soll nicht auf das Handeln des Täters abgestellt werden („sich der Zustimmung versichern“), sondern allein auf die Zustimmung des Opfers, oder

c) Nein, aber es soll nicht auf das Handeln des Täters abgestellt werden („sich der Zustimmung versichern“), sondern allein darauf, ob die Handlung dem erkennbaren natürlichen Willen des Opfers entspricht, oder

d) Nein

Teilweise wurde vertreten, dass die Vorschrift Menschen mit erheblicher Einschränkung in der Willensbildung oder –äußerung zu Unrecht anders behandle als Menschen ohne diese Einschränkungen. In diesem Kontext wurde daran erinnert, dass die Vertreterinnen der Behindertenverbände die Auffassung vertreten hätten, dass möglichst keine gesonderten Straftatbestände zum Schutz von Menschen mit Behinderung geschaffen werden solle. Menschen mit Behinderung hätten – wie jeder andere Mensch auch – sexuelle Bedürfnisse, die sie ausleben können sollen. Sie könnten auf der Grundlage eines natürlichen Willens auch zum Ausdruck bringen, ob sie die sexuelle Handlung wollten oder nicht. Erstrebenswert sei insoweit lediglich eine verbesserte Sexualerziehung, um Menschen mit Behinderung entsprechend über Risiken von Sexualkontakten aufzuklären. Ein gesonderter strafrechtlicher Schutz sei hingegen gerade nicht erforderlich. Es sei auch nicht nachvollziehbar, dass der Gesetzgeber dem von § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB n. F. geschützten Personenkreis zwar zutraue eine Zustimmung zu äußern, nicht aber einen entgegenstehenden Willen im Sinne des § 177 Abs. 1 StGB n. F. Menschen mit erheblicher Einschränkung würden hinreichend von § 177 Abs. 1 StGB n. F. geschützt. Soweit ihnen eine Willensäußerung oder –bildung gar nicht möglich sei, würden sie von § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB n. F. hinreichend geschützt.

Teilweise wurden Menschen mit erheblicher Einschränkung in der Willensbildung oder –äußerung jedoch im Vergleich zu Menschen ohne eine solche Einschränkung als schutzbedürftiger eingestuft und die Auffassung vertreten, § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB n. F. habe seine Berechtigung. Die andere Person treffe eine besondere Schutzpflicht, indem sie sich der Zustimmung der geschützten Person versichern müsse.

Vereinzelte wurde angeführt, dass die Nummer 2 zwar im Grundsatz ihre Berechtigung habe, die Einholung einer Zustimmung aber tatbestandlich nicht passe. Der Mensch mit Beeinträchtigung sei ja gerade nicht in der Lage eine zustimmende Willenserklärung abzugeben. Es müsse daher bereits im Tatbestand deutlich werden, dass es lediglich auf den natürlichen

Willen des Opfers ankomme. Vor dem Hintergrund dieser Auffassung wurde die Frage um die Antwortmöglichkeit c ergänzt. Demgegenüber wurde es eher als problematisch angesehen, dass das Versichern der Zustimmung allein auf ein Handeln des Täters abstelle. Wenn der Gesetzgeber aber die „Nur-Ja-heißt-Ja“-Lösung für die Nummer 2 vorgesehen habe³¹⁵, dann solle man es auch so formulieren.

Schließlich wurde § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB n. F. allein im Hinblick auf alkoholisierte Opfer als problematisch angesehen. Diese Fallgruppe werde in der Praxis große Probleme aufwerfen, zumal diese Fälle typischerweise ambivalente Fälle seien. Einschränkend wurde angeführt, dass Fälle, bei denen beide Personen alkoholisiert seien, in der Regel nicht das Tatbestandsmerkmal des Ausnutzens erfüllen würden.

Fazit: Auf der Grundlage der dargestellten Diskussion wurde die Frage wie oben (Fettdruck) ersichtlich neu gefasst.

Abstimmung: a): 5 Mitglieder; b): 0 Mitglieder; c): 1 Mitglied; d): 2 Mitglieder

Frage 6: Soll § 177 Abs. 2 Nr. 3 StGB n. F. (Überraschungsfälle) im Hinblick auf § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB n. F. (Unfähigkeit zur Willensbildung oder –äußerung) gestrichen werden?

Zum Teil wurde vertreten, dass die Überraschungsfälle bereits von § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB n. F. erfasst seien. Denn wenn das Opfer überrascht sei, dann könne es auch keinen entgegenstehenden Willen bilden oder äußern, weil es hierzu nicht schnell genug reagieren könne. Soweit die Beschlussbegründung einen marginalen eigenen Anwendungsbereich anspreche, wirke dies sehr konstruiert.³¹⁶

Teilweise wurde demgegenüber vertreten, dass es einen eigenständigen Anwendungsbereich für § 177 Abs. 2 Nr. 3 StGB n. F. gebe. Die Nummer 1 komme nur zur Anwendung, wenn der Willensbildungs- bzw. –äußerungsmangel in der Person des Opfers selbst liege (durch Behinderung, Alkoholisierung etc.). Außerdem weise auch die Beschlussbegründung einen eigenständigen Anwendungsbereich aus. Schließlich komme der Nummer 3 eine Klarstellungsfunktion zu.

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

³¹⁵ Vgl. BT-Drs. 18 / 9097, S. 26.

³¹⁶ Vgl. BT-Drs. 18 / 9097, S. 26.

Abstimmung: Ja: 4 Mitglieder; Nein: 4 Mitglieder

Frage 7: Soll § 177 Abs. 2 Nr. 4 StGB n. F. (Drohen eines empfindlichen Übels) subjektiv gefasst werden?

a) Ja und zwar durch „ein empfindliches Übel befürchtet“, oder

b) Ja, und zwar durch „ein empfindliches Übel befürchten muss“, oder

c) Nein

Gemäß § 177 Abs. 2 Nr. 4 StGB n. F. macht sich strafbar, wer eine Lage ausnutzt, in der dem Opfer bei Widerstand ein empfindliches Übel droht. Das Übel müsse dem Opfer dabei aus objektiver Sicht tatsächlich drohen. Damit würden die Fälle nicht erfasst, bei denen das Opfer lediglich davon ausgeht, dass ihm ein empfindliches Übel droht, was aber tatsächlich nicht der Fall ist.

Teilweise wurde es als strafwürdig angesehen, wenn das Opfer lediglich befürchtet, dass ihm ein empfindliches Übel droht, der Täter dies billigend in Kauf nimmt und für seine Zwecke ausnutzt. Damit würden auch die „Klima-der-Gewalt“-Fälle zuverlässiger erfasst werden. Bei der subjektiven Variante sei es ausreichend, dass das Opfer die erneute Gewaltanwendung zum Tatzeitpunkt lediglich befürchte. Dies sei im Hinblick auf die vorangegangene Gewalt auch plausibel. Demgegenüber müsse man bei der objektiven Fassung nachweisen, dass zum Tatzeitpunkt tatsächlich im Falle der Weigerung des Opfers die Gefahr der Gewaltanwendung bestanden habe. Allerdings müssten auch bei der subjektiven Fassung objektive Anknüpfungspunkte dafür vorliegen, dass das Opfer ein entsprechendes Übel befürchtet. Denn anderenfalls sei weder das Ausnutzen noch der Vorsatz des Täters nachweisbar.

Teilweise wurde es nicht für strafwürdig angesehen, wenn das Opfer das empfindliche Übel lediglich befürchte, ohne dass dies tatsächlich drohe.

Nach einer dritten Auffassung müsse jedenfalls sichergestellt sein, dass irrationale Befürchtungen tatbestandlich ausgeschlossen seien. Eine solche liege etwa vor, wenn das Opfer davon ausgehe, dass es einem Voodoo-Zauber anheimfalle, wenn es die sexuelle Handlung verweigere, der Täter dies billigend in Kauf nehme und für seine Zwecke ausnutze.

Für den Ausschluss von irrationalen Befürchtungen wurde die Antwort um die Antwortmöglichkeit b („Ja und zwar durch ‚ein empfindliches Übel befürchten muss‘“) ergänzt. Demgegenüber enthält die Neufassung der Antwortmöglichkeit a („Ja und zwar durch ‚ein empfindliches Übel befürchtet‘“) auch irrationale Befürchtungen des Opfers.

Fazit: Auf der Grundlage der dargestellten Diskussion wurde die Frage wie oben (Fettdruck) ersichtlich neu gefasst.

Abstimmung: a): 1 Mitglied; b): 2 Mitglieder; c): 5 Mitglieder

Frage 8: Soll § 177 Abs. 4 StGB n. F. (Qualifikation zu § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB n. F.) gestrichen werden?

Gemäß § 177 Abs. 4 StGB n. F. ist auf Freiheitsstrafe nicht unter 1 Jahr zu erkennen, wenn die Unfähigkeit, einen Willen zu bilden oder zu äußern, auf einer Krankheit oder Behinderung des Opfers beruht.

Die Teilnehmer gingen ganz überwiegend davon aus, dass diese Vorschrift nicht erforderlich sei, um einer etwaigen Diskriminierung von Menschen mit Behinderung entgegen zu wirken. Die von den Behindertenverbänden in Bezug auf den Strafraumen von § 179 StGB a. F. (Sexueller Missbrauch widerstandsunfähiger Personen) vorgetragene Diskriminierung sei bereits dadurch aufgehoben worden, dass nunmehr Menschen mit und Menschen ohne Behinderung gleichermaßen von § 177 StGB n. F. erfasst seien und sexuelle Handlungen zu ihrem Nachteil einem einheitlichen Strafraumen unterfielen. § 179 StGB a. F. wurde im Gegenzug gestrichen. Es sei auch sachlich nicht gerechtfertigt, dass Menschen ohne Behinderung, die gleichwohl – z. B. aufgrund von starker Alkoholisierung – vorübergehend bewusstlos seien, anders behandelt würden als Menschen mit Behinderung. Unklar sei auch, weshalb Menschen mit Behinderung, die ihren Willen äußern könnten und daher unter § 177 Abs. 1 StGB n. F. fielen, nicht von der Qualifikation erfasst seien.

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

Abstimmung: Ja: 7 Mitglieder; Nein: 1 Mitglied

Frage 9: Soll § 177 Abs. 5 StGB n. F. (Gewalt, Drohen mit Gewalt oder Ausnutzen einer schutzlosen Lage) so gefasst werden, dass die Gewalt bzw. die Drohung mit Gewalt nicht zwingend gegenüber dem Opfer erfolgen muss?

a) Ja oder

b) Ja, aber nur für die Fälle, in denen die Gewalt oder die Drohung mit Gewalt gegenüber Dritten als Nötigungsmittel eingesetzt wird, oder

c) Nein

Gemäß § 177 Abs. 5 StGB n. F wird der Täter mit Freiheitsstrafe nicht unter 1 Jahr bestraft, wenn er gegenüber dem Opfer Gewalt anwendet (Nr. 1), dem Opfer mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben droht (Nr. 2) oder eine Lage ausnutzt, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist (Nr. 3). Es stelle sich nun die Frage, ob in diesem Kontext auch Handlungen erfasst werden sollten, die sich nicht gegen das Opfer, sondern gegen einen Dritten richten.

Für die Ausweitung wurde angeführt, dass der Einsatz von Gewalt gegenüber einem Dritten denselben Unwertgehalt aufweisen könne wie der Einsatz von Gewalt gegenüber dem Opfer selbst. Dies sei etwa der Fall, wenn der Täter die Gewalt gegenüber einem Kind einsetze, um die Mutter zu sexuellen Handlungen zu bringen. Für eine Ausweitung wurde ferner auf den Fall verwiesen, bei dem der Täter zunächst ein Tötungsdelikt zum Nachteil eines Dritten begehe. Später komme es zu sexuellen Handlungen mit dem Opfer, welches noch deutlich unter dem Eindruck der vorangegangenen Tötung stehe. Bei diesen Fällen könne das Sexualdelikt nicht ohne die vorangegangene Tötung zum Nachteil eines Dritten beurteilt werden.

Gegen eine Ausweitung auf Dritte wurde angeführt, dass § 177 Abs. 5 StGB n. F. anders als § 177 StGB a. F. nicht mehr auf Nötigungen zugeschnitten sei. Ausreichend sei vielmehr die Gewalt bzw. die Drohung mit Gewalt an sich. Die Ausweitung auf den Dritten sei bei der Neufassung des § 177 StGB n.F. daher nicht erforderlich, um den Grundtatbestand bejahen zu können. Es gehe bei § 177 Abs. 5 StGB n. F. nur um das Vorliegen einer Qualifikation. Diesbezüglich sei die Ausweitung auf Dritte nicht erforderlich, zumal die Ausweitung in der Konsequenz auch bei anderen Gewaltdelikten etabliert werden müsste.

Schließlich wurde vertreten, dass die Qualifikation jedenfalls dann anwendbar sein solle, wenn der Täter das Opfer nötige, indem er Gewalt zum Nachteil eines Dritten einsetze bzw. diesem mit Gewalt drohe. Es wurde daher Antwortmöglichkeit b) neu eingeführt.

Fazit: Auf der Grundlage der dargestellten Diskussion wurde die Frage wie oben (Fettdruck) ersichtlich neu gefasst.

Abstimmung: a): 1 Mitglied; b): 2 Mitglieder; c): 4 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 10: Soll § 177 Abs. 5 Nr. 3 StGB n. F. (Ausnutzen der schutzlosen Lage) gestrichen werden?

Überwiegend wurde vertreten, dass das Ausnutzen einer schutzlosen Lage zwar unrechtfertig sei, aber nicht zwingend als Qualifikation ausgestaltet werden müsse. Dabei wurde auch an die Auslegungsschwierigkeiten bezüglich § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB a. F. erinnert. Die mit der Einfügung dieses Straftatbestandes verbundenen Hoffnungen hätten sich nicht erfüllt. Demgegenüber wurde zu bedenken gegeben, dass mit der Qualifikation sichergestellt werde, dass die Vornahme sexueller Handlungen unter Ausnutzung einer schutzlosen Lage weiterhin mit einer Mindestfreiheitsstrafe von 1 Jahr geahndet werde. § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB a. F. sah ebenfalls 1 Jahr Mindestfreiheitsstrafe vor.

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

Abstimmung: Ja: 6 Mitglieder; Nein: 2 Mitglieder

Frage 11: Soll § 177 Abs. 5 StGB n. F. dahingehend eingeschränkt werden, dass die Gewalt oder Drohung mit Gewalt bis zum Abschluss der sexuellen Handlungen erfolgen muss und nicht bis zur Beendigung der Tat möglich ist?

Der Wortlaut des § 177 Abs. 5 StGB n. F. sehe keine zeitliche Begrenzung für die Anwendung von Gewalt etc. vor. Daraus folge, dass diese bis zur Beendigung der Tat eingesetzt werden könne. Die Teilnehmer diskutierten, ob dieser Status beibehalten werden solle.

Dafür wurde angeführt, dass sich der Gesetzgeber vom Nötigungsmodell verabschiedet habe. Wenn die Gewalt nicht mehr eingesetzt werden müsse, um einen entgegenstehenden Willen des Opfers zu brechen, dann müsse in der Konsequenz die Qualifikation auch zur Anwendung kommen, wenn die Gewalt in dem Zeitraum nach Vornahme der sexuellen Handlung bis zur Tatbeendigung eingesetzt werde. So würden etwa Fälle erfasst, bei denen der Täter das Opfer nach Abschluss der sexuellen Handlung zusätzlich demütigt, indem er

ihm z. B. in die Rippen tritt. Aus kriminologischer Sicht sei es nicht selten, dass der Täter auf diese Weise seine Verachtung zum Ausdruck bringe.

Dagegen wurde angeführt, dass der nach der sexuellen Handlung erfolgende Tritt als Körperverletzung strafbar sei. Die Gewalt etc. solle nur als Qualifikation gewertet werden, wenn die Tat noch nicht vollendet ist. Denn nur in diesem Fall werde die Abwehrmöglichkeit des Opfers in Bezug auf die Vornahme der sexuellen Handlung durch die Gewalthandlung beschnitten.

Klarstellend wurde ausgeführt, dass die Tat vollendet ist, sobald der Täter mit der sexuellen Handlung begonnen habe. Beendet sei die Tat, wenn das gesamte Handlungsgeschehen zu einem Abschluss gebracht worden sei, so dass etwa das Ankleiden nach Vornahme der sexuellen Handlung noch zum Handlungsgeschehen gehöre. Die Frage wurde auf dieser Grundlage dahingehend geändert, dass nicht auf die Vollendung abgestellt wurde, sondern auf den Abschluss der sexuellen Handlungen.

Fazit: Auf der Grundlage der Diskussion wurde die Frage wie oben (Fettdruck) ersichtlich gefasst.

Abstimmung: Ja: 1 Mitglied; Nein: 6 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

VII. Organisatorisches

Frau Bunke teilte mit, dass alle Fragebögen erstellt und versandt seien und in der nächsten Sitzung am 2. Dezember 2016 zur Abstimmung gestellt würden. Im Januar solle ein Doppeltermin am 12. und 13. Januar 2017 stattfinden, bei dem die Empfehlungen zu besprechen seien. Für den Abend des 12. Januar 2017 wäre es schön, wenn man gemeinsam essen gehen könnte.

24. Sitzung am 2. Dezember 2016

Protokoll
der 24. Sitzung der Reformkommission
zur Überarbeitung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches
im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
am 2. Dezember 2016
11:00 – 17:00 Uhr

I. Anwesenheit

1. Mitglieder der Reformkommission

- Frau LOStAin Birgit Cirullies
- Frau Prof. Dr. Tatjana Hörnle
- Herr StA Christian Kohle
- Herr Prof. Dr. Klaus Laubenthal
- Herr MR Peter Marx
- Frau RinOLG Andrea Röhrig (bis TOP V. einschließlich)
- Frau RinBGH Dr. Ursula Schneider
- Herr KD Jürgen Thiele

An der Teilnahme verhindert waren:

- Frau RAin Christina Clemm
- Herr Prof. Dr. Jörg Eisele
- Frau RAin Elke Thom-Eben
- Herr Prof. Dr. Gereon Wolters

2. Für das BMJV

- Frau RLn II A 7 Susanne Bunke
- Frau RDn Dr. Garonne Bezjak
- Frau Jenny Barthel

II. Eröffnung der Sitzung und Begrüßung der Mitglieder

Frau Bunke begrüßte die Mitglieder der Reformkommission und eröffnete die Sitzung.

Frau Bunke wies darauf hin, dass die nächsten Sitzungen am 12. und 13. Januar 2017 stattfinden. In dieser Doppelsitzung werde es insbesondere um die Empfehlungen gehen. Es sei daher besonders wichtig, dass die Mitglieder der Reformkommission eine Teilnahme an der Doppelsitzung einrichten könnten. Darüber hinaus bat Frau Bunke darum, dass Mitglieder, die an der Teilnahme einer Sitzung verhindert waren, ihre Stimmen zeitnah nachreichen. Gegenwärtig müsse der Bericht über die nachgereichten Stimmen entfallen, da noch Rückmeldungen ausstünden.

Befragt nach Anmerkungen zum Protokoll der 23. Sitzung wies Frau Schneider darauf hin, dass das Protokoll auf Seite 4 einen Satz aufweise, der nicht korrekt ende. Dies werde überprüft werden.

Zum Protokoll der 21. Sitzung wurde Herr Thiele darum gebeten, seine Ausführungen zu § 100a StPO zeitnah zu kürzen und die gekürzte Fassung zu übersenden. Ferner wurde darauf hingewiesen, dass Herr Thiele seine PowerPoint Präsentation zu der Thematik um Notizen angereichert habe (**Anlage**). Die Neufassung wurde ausgelegt.

III. Fortsetzung der Abstimmung zum Themenkomplex 1: „Reformbedarf bei § 177 StGB – Das Für und Wider einer Einverständnislösung und von alternativen Regelungsmöglichkeiten“

Die Teilnehmer setzten ihre Abstimmung über den vorab übersandten Fragebogen zum Themenkomplex 1: „Reformbedarf bei § 177 StGB – Das Für und Wider einer Einverständnislösung und von alternativen Regelungsmöglichkeiten“ fort. Über die Fragen 1 bis 11 hatten die Mitglieder bereits in der 23. Sitzung abgestimmt.³¹⁷

Frage 11³¹⁸: Sollen die Absätze 5 und 6 des § 177 StGB n. F. in einen Absatz zusammengeführt werden?

a) Ja, und zwar als Regelbeispiel, oder

b) Ja, und zwar als Qualifikation, oder

c) Nein

Die Teilnehmer kamen überein, die Frage zu streichen. Die Beantwortung der Frage hänge davon ab, ob § 177 StGB n. F. in eine Vorschrift für Nötigungstatbestände und in eine Vorschrift für sexuelle Übergriffe aufgeteilt werde oder nicht. Die relativ geringfügigen Grundtat-

³¹⁷ Vgl. Protokoll der 23. Sitzung der Reformkommission, Punkt VI.

³¹⁸ Nummerierung nach vorab versandten Fragebogen.

bestände des sexuellen Übergriffs erforderten andere Straferschwerungsgründe als der Grundtatbestand der sexuellen Nötigung. So sei es etwa ein Unterschied, ob man als Straferschwerungsgrund einen besonders schweren Fall vorsehe oder eine Qualifikation. Die Verwirklichung der Qualifikation mache die Tat im Gegensatz zum besonders schweren Fall zum Verbrechen. Ferner wirke sich die Unterscheidung in der Urteilstenorierung aus.

Frage: 12: Unterstellt, § 177 StGB n. F. wird nicht in zwei Vorschriften aufgeteilt: Soll der Begriff „Sexuelle Nötigung“ aus der Überschrift des § 177 StGB n. F. gestrichen werden?

a) Ja oder

b) Ja, in der Überschrift soll aber stattdessen der Begriff „schwerer sexueller Übergriff“ ergänzt werden, oder

c) Nein

Die Teilnehmer waren sich darüber einig, dass die Frage 11 (ursprünglich Frage 12) unter der Prämisse stehe, dass § 177 StGB n. F. nicht in zwei Vorschriften aufgeteilt wird. Die Frage wurde entsprechend ergänzt.

Zum Teil wurde vertreten, dass die Streichung der sexuellen Nötigung aus der Überschrift sinnvoll sei, weil unklar sei, was der Gesetzgeber mit „sexueller Nötigung“ genau meine. Dies sei allerdings für den Begriff der „Vergewaltigung“ anders zu bewerten.

Im Hinblick auf den Begriff der Vergewaltigung wurde es teilweise als schwierig angesehen, dass der Gesetzgeber einem bislang klar definierten Begriff einen anderen Bedeutungsinhalt zuweise, indem nunmehr auch sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt und ohne Nötigung eine Vergewaltigung begründen könnten. Dies sei mit dem Verständnis von Vergewaltigung nicht ohne Weiteres zu vereinbaren.

Dagegen wurde vereinzelt vorgetragen, dass dies ein rein semantisches Problem sei. Das Eindringen stelle an sich zwangsläufig Gewalt dar, so dass der Begriff Vergewaltigung weiterhin seine Berechtigung habe. Auch bislang habe nicht nur Gewalt und Drohung mit Gewalt eine Vergewaltigung begründen können, sondern auch das Ausnutzen einer schutzlosen Lage.

Überwiegend wurde es für wichtig erachtet, dass jedenfalls der Begriff „Vergewaltigung“ in der amtlichen Überschrift verbleibe. Der Rechtsanwender suche diesen Begriff. Wenn am

Ende nur der Begriff des sexuellen Übergriffs in der Überschrift verbleibe, dann sei dies verharmlosend. Die Bedeutung der Überschrift sei nicht zu unterschätzen, da sie für den Urteils-tenor und den Eintrag im Bundeszentralregister wegweisend sei.

Ferner wurde vorgeschlagen, den Begriff „sexuelle Nötigung“ als Klammerzusatz in § 177 Abs. 2 Nr. 5 StGB n. F. aufzunehmen, damit klar sei, was der Gesetzgeber damit meine. Dagegen wurde vereinzelt vorgetragen, dass sich die sexuelle Nötigung nicht aus § 177 Abs. 2 Nr. 5 StGB n. F., sondern aus § 177 Abs. 5 StGB n. F. ergebe. Die Vorschrift setze zwar keine Nötigung voraus. Es sei aber typischerweise der Fall, dass Absatz 5 im Zusammenhang mit einer Nötigung begangen werde. Der Unterschied zur bisherigen Rechtslage bestehe lediglich darin, dass ein Finalzusammenhang zwischen Tathandlung und Taterfolg nicht mehr erforderlich sei. Gegen diese Auffassung wurde vorgetragen, dass Absatz 5 gerade keine Nötigung voraussetze und daher auch nicht den Tatbestand der sexuellen Nötigung ausmache. Die Nötigung sei lediglich in § 177 Abs. 2 Nr. 5 StGB n. F. benannt. Diese Vorschrift begründe daher den Grundtatbestand der sexuellen Nötigung.

Diskutiert wurde, ob man § 177 Abs. 5 und Abs. 6 StGB n. F. als Regelbeispiel zusammenfassen könnte und dies alles Vergewaltigung nennen könne. Es bleibe dann aber das Problem, dass der Begriff der Vergewaltigung im Vergleich zur bisherigen Rechtslage grundlegend verändert sei. So würde etwa eine Vergewaltigung vorliegen, wenn der Täter das Opfer an den Armen festhalte und das Opfer an den Brüsten streichelte, so dass eine sexuelle Handlung vorliege.

§ 177 Abs. 5 StGB n. F. könne nach Auffassung einiger Teilnehmer als „schwerer sexueller Übergriff“ tenoriert werden. Möglich sei auch, den Regelungsgehalt vergleichbar § 250 StGB (Schwerer Raub) als eigene Qualifikation des schweren sexuellen Übergriffs zu fassen. Allerdings wolle man bei dieser Frage von der Prämisse ausgehen, dass § 177 StGB n. F. nicht in zwei Vorschriften aufgeteilt werde. Man könne aber auch unabhängig davon bei der Verwirklichung von § 177 Abs. 5 StGB n. F. von einem schweren sexuellen Übergriff sprechen. Vor dem Hintergrund dieser Überlegung ergänzten die Teilnehmer die Antworten um Antwortmöglichkeit b).

Fazit: Die Frage wurde wie oben ersichtlich ergänzt.

Abstimmung: a): 3 Mitglieder; b): 3 Mitglieder; c): 2 Mitglieder

Frage 13: Soll die Vergewaltigung als eigener Tatbestand ausgestaltet werden?

a) Ja oder

b) Ja, aber nur für Nötigungsfälle im Sinne des § 177 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB a. F., oder

c) Nein

Die Teilnehmer waren sich einig, dass die Frage unter der Prämisse stehe, dass § 177 StGB n. F. nicht in zwei verschiedene Vorschriften aufgeteilt werde.

Teilweise wurde vertreten, dass nur der erzwungene Beischlaf als eigenständige Vergewaltigung ausgestaltet werden sollte. Verbleibe es inhaltlich bei der Vergewaltigung im Sinne von § 177 Abs. 6 Nr. 1 StGB n. F., komme ein eigenständiger Straftatbestand der Vergewaltigung nicht in Betracht. Vor diesem Hintergrund nahmen die Teilnehmer die Antwortmöglichkeit b) neu auf.

Fazit: Die Frage wurde wie oben ersichtlich ergänzt.

Abstimmung: a): 0 Mitglieder; b): 4 Mitglieder; c): 4 Mitglieder

Frage 14: Unterstellt, Frage 13 wird verneint: Soll der Begriff „Vergewaltigung“ im Straferschwerungsgrund und in der Folge auch aus der Überschrift des § 177 StGB n. F. herausgenommen werden?

Die Teilnehmer ergänzten die Frage dahingehend, dass mit der Streichung des Begriffes „Vergewaltigung“ im Straferschwerungsgrund der Begriff auch aus der Überschrift des § 177 StGB n. F. gestrichen werden müsse. Darüber hinaus wurde die Frage redaktionell geändert, indem nicht auf die *Definition* der Vergewaltigung abgestellt wurde, sondern lediglich auf den *Begriff* der Vergewaltigung.

Fazit: Die Frage wie oben ersichtlich ergänzt.

Abstimmung: Ja: 4 Mitglieder; Nein: 3 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 15: Sollen die Tathandlungen, die gegenwärtig durch § 177 Abs. 6 Nr. 1 StGB n. F. bezeichnet werden, stärker eingegrenzt werden?

- a) Ja, sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt sollen nicht erfasst sein, oder
- b) Ja, der Erschwerungsgrund soll nur vorliegen, wenn der Täter Gewalt oder Drohung mit Gefahr für Leib oder Leben einsetzt, oder
- c) Ja, der Erschwerungsgrund soll nur vorliegen, wenn der Täter mit den Mitteln des § 177 Abs. 5 StGB n. F. nötigt, oder
- d) Ja, es sollen die Voraussetzungen aus den Antworten a) und b) kumulativ vorliegen, oder
- e) Ja, es sollen die Voraussetzungen aus den Antworten a) und c) kumulativ vorliegen, oder
- f) Nein

Einleitend wurde ausgeführt, dass der Begriff der Vergewaltigung im Sinne des § 177 Abs. 6 Nr. 1 StGB n. F. nunmehr auch sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt enthalte und keine Nötigung mit Gewalt, durch Drohung mit Gewalt oder durch das Ausnutzen einer schutzlosen Lage mehr voraussetze.

Die Antwortmöglichkeit b) wurde von den Mitgliedern präziser gefasst, indem auf den Straferschwerungsgrund – und nicht auf die Vergewaltigung – abgestellt wurde. Hintergrund war, dass teilweise vertreten wurde, dass der Beischlaf zwar einen Straferschwerungsgrund rechtfertige, nicht aber die Definition als Vergewaltigung. Ferner wurde anstelle von der Drohung mit Gewalt auf die Drohung mit Gefahr für Leib oder Leben abgestellt.

Teilweise wurde vertreten, dass der Straferschwerungsgrund der Vergewaltigung nur vorliegen solle, wenn der Täter mit den Mitteln des § 177 Abs. 5 StGB n. F. nötige (Gewaltanwendung [Nr. 1], Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben [Nr. 2] bzw. Ausnutzen einer schutzlosen Lage [Nr. 3]). Diesbezüglich wurde Antwortmöglichkeit c) neu aufgenommen. In der Folge gab es mehrere Kombinationsmöglichkeiten, die sich in den Antwortmöglichkeiten d) und e) wiederfinden.

Fazit: Die Frage wurde wie oben ersichtlich ergänzt.

Abstimmung: a): 0 Mitglieder; b): 0 Mitglieder; c): 0 Mitglieder; d): 0 Mitglieder; e): 2 Mitglieder; f): 6 Mitglieder

Frage 16: Soll § 177 Abs. 7 Nr. 1 StGB n. F. (Beisichführen einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges) gestrichen werden?

a) Ja oder

b) Nein, es soll nur die Variante des Beisichführens eines gefährlichen Werkzeuges gestrichen werden, oder

c) Nein

Diskutiert wurde, ob das Beisichführen einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges tatsächlich eine Freiheitsstrafe von nicht unter 3 Jahren rechtfertigen könne. Teilweise wurde vertreten, dass dies zwar für das Beisichführen einer Waffe, nicht aber für das Beisichführen eines gefährlichen Werkzeuges gerechtfertigt sei. Es wurde daher Antwortmöglichkeit b) neu aufgenommen.

Fazit: Die Frage wurde wie oben ersichtlich ergänzt.

Abstimmung: a): 2 Mitglieder; b): 6 Mitglieder; c): 0 Mitglieder

Frage 17: Unterstellt, Frage 16 wird verneint: Soll das Verhältnis der Strafrahmen des § 177 Abs. 6 StGB n. F. (Regelbeispiel: 2 Jahre bis 15 Jahre) zu § 177 Abs. 7 Nr. 1 StGB n. F. (Qualifikation durch Beisichführen einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges mit Strafrahmen von 3 Jahren bis 15 Jahren) beibehalten werden?

a) Ja oder

b) Nein, die Qualifikation des § 177 Abs. 7 Nr. 1 StGB n. F. soll gleich bestraft werden wie die Vergewaltigung bzw. die gemeinschaftliche Tatbegehung, oder

c) Nein, die Qualifikation des § 177 Abs. 7 Nr. 1 StGB n. F. soll geringer bestraft werden als die Vergewaltigung bzw. die gemeinschaftliche Tatbegehung

Einleitend wurde ausgeführt, dass es ein Wertungswiderspruch sein könnte, wenn der besonders schwere Fall einen Strafrahmen von 2 bis 15 Jahren Freiheitsstrafe aufweist und die Qualifikation des § 177 Abs. 7 Nr. 1 StGB n. F. einen Strafrahmen von 3 Jahren bis 15 Jahren Freiheitsstrafe. Gleichzeitig wurde darauf hingewiesen, dass sich diese Problematik ähnlich auch beim Raub stelle (vgl. § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe a StGB).

Teilweise wurde eine Mindestfreiheitsstrafe von 3 Jahren für das bloße Beisichführen einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges für deutlich zu hoch gehalten. Dies gelte auch vor dem Hintergrund der Möglichkeit eines minder schweren Falles gemäß § 177 Abs. 9 StGB n. F. mit einer Freiheitsstrafe von 1 Jahr bis zu 10 Jahren. Teilweise wurde der vorgesehene Strafrahmen jedenfalls für das Beisichführen einer Waffe für gerechtfertigt ge-

halten. Eine Waffe sei anders als ein gefährliches Werkzeug von vornherein zur Verletzung bestimmt. Ferner setze sich der Täter unabhängig davon, ob er nötige, über den Willen eines Opfers hinweg, was gefährlicher sei, als wenn er eine Waffe bei sich führe. Der Täter könne die Waffe jederzeit einsetzen.

Ergänzend wurde von den Mitgliedern der Reformkommission die Antwortmöglichkeit b) vorgeschlagen, nach der die Qualifikation dasselbe Strafmaß aufweisen solle wie der besonders schwere Fall. Ferner wurde die Fragestellung an die neue Rechtslage angepasst.

Fazit: Die Frage wurde wie oben ersichtlich ergänzt.

Abstimmung: a): 1 Mitglied; b): 0 Mitglieder; c): 7 Mitglieder

Frage 18: Unterstellt, das gefährliche Werkzeug wird aus § 177 Abs. 7 Nr. 1 StGB n. F. gestrichen: Soll das Verhältnis der Strafrahmen des § 177 Abs. 6 StGB n. F. (Regelbeispiel: 2 Jahre bis 15 Jahre) zu § 177 Abs. 7 Nr. 1 StGB n. F. (Qualifikation durch Beisichführen einer Waffe mit Strafrahmen von 3 Jahren bis 15 Jahren) beibehalten werden?

a) Ja oder

b) Nein, die Qualifikation des § 177 Abs. 7 Nr. 1 StGB n. F. soll gleich bestraft werden wie die Vergewaltigung bzw. die gemeinschaftliche Tatbegehung, oder

c) Nein, die Qualifikation des § 177 Abs. 7 Nr. 1 StGB n. F. soll geringer bestraft werden als die Vergewaltigung bzw. die gemeinschaftliche Tatbegehung

Die Teilnehmer fügten die Frage 16a neu ein, um das Verhältnis zwischen Qualifikation und besonders schweren Fall unter der Voraussetzung zu beleuchten, dass in § 177 Abs. 7 Nr. 1 StGB n. F. das Beisichführen eines gefährlichen Werkzeuges gestrichen wird und nur das Beisichführen einer Waffe erhalten bleibt.

Fazit: Die Frage wurde wie oben ersichtlich neu eingefügt.

Abstimmung: a): 3 Mitglieder; b): 5 Mitglieder; c): 0 Mitglieder

Frage 19: Sollen die Qualifikationen aus § 177 Abs. 7 Nr. 1 und Abs. 7 Nr. 2 und Abs. 8 Nr. 1 StGB n. F. (Verwendung und Beisichführen von Waffen, Werkzeugen etc.) dahin-

gehend eingeschränkt werden, dass sie nur zur Anwendung kommen, wenn der Täter das Opfer nötigt?

a) Ja oder

b) Nein oder

c) Nein, aber in den Fällen ohne Nötigung soll der Strafraumen geringer sein

Einleitend wurde ausgeführt, dass die genannten Qualifikationen nach der alten Rechtslage im Kontext der Nötigung gestanden hätten. Im Falle der Nötigung habe sich für das Opfer die Gefährlichkeit erhöht, wenn der Täter eine Waffe etc. bei sich geführt habe oder diese gar verwendet habe. Wenn der Täter aber nicht nötige und die Handlung z. B. lediglich gegen den erkennbaren Willen des Opfers vornehme, erhöhe sich durch das Beisichführen eines gefährlichen Werkzeuges etc. nicht zwangsläufig die Gefährlichkeit des Täters. Vor diesem Hintergrund stelle sich die Frage, ob die Qualifikationen nur greifen sollten, wenn der Täter nötige.

Teilweise wurde angeführt, dass sich die Gefährlichkeit des Täters auch ohne Nötigung durch das in den Qualifikationstatbeständen erfasste Verhalten erhöhe. Allerdings sei für die Fälle, bei denen der Täter nicht nötige, der Strafraumen zu hoch. Vor diesem Hintergrund wurde die Antwortmöglichkeit c) neu aufgenommen.

Teilweise wurde darauf hingewiesen, dass für die in der Frage benannten Qualifikationen gemäß § 177 Abs. 9 StGB n. F. ein minder schwerer Fall mit einem Strafraumen von 1 Jahr bis zu 10 Jahren Freiheitsstrafe vorgesehen sei, so dass die Strafraumen auch für Fälle ohne Nötigung nicht zu beanstanden seien.

Fazit: Die Frage wurde wie oben ersichtlich ergänzt.

Abstimmung: a): 2 Mitglieder; b): 2 Mitglieder, c): 4 Mitglieder

Frage 20: Soll § 177 Abs. 1 StGB n. F. einen geringeren Strafraumen als § 177 Abs. 2 StGB n. F. aufweisen?

Die Mitglieder der Reformkommission sprachen sich gegen unterschiedliche Strafraumen aus. In § 177 Abs. 1 StGB n. F. müsse das Opfer einen entgegenstehenden Willen äußern. Davon unterscheide sich § 177 Abs. 2 StGB n. F. im Wesentlichen dadurch, dass das Opfer

keinen entgegenstehenden Willen äußern oder bilden könne. Der Unwertgehalt sei daher identisch.

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

Abstimmung: Ja: 0 Mitglieder; Nein: 8 Mitglieder

Frage 19: Sollen die Strafraumen der Qualifikationen für Straftaten nach § 177 Abs. 1 StGB n. F. abgesenkt werden?

Die Teilnehmer verständigten sich darauf, die im vorab versandten Fragebogen als Frage 19 geführte Frage zu streichen. Da im Hinblick auf Frage 20 Einigkeit darüber bestand, dass § 177 Abs. 1 und 2 StGB n. F. denselben Strafraumen aufweisen solle, sei es nicht sinnvoll den Strafraumen der Qualifikation bzw. der Straferschwerungsgründe unter Einbeziehung des besonders schweren Falls nur in Bezug auf Absatz 1 zu senken.

Frage 21: Sollen § 177 Abs. 5 und Abs. 6 StGB n. F. in einen Absatz zusammengefasst werden?

- a) Ja, und zwar als Qualifikation mit einer Mindestfreiheitsstrafe von 1 Jahr, oder
- b) Ja, und zwar als Regelbeispiel für einen besonders schweren Fall mit einer Freiheitsstrafe nicht unter 1 Jahr, oder
- c) Nein, es soll aber der Strafraumen in Absatz 6 auf nicht unter 1 Jahr Freiheitsstrafe abgesenkt werden, oder
- d) Nein, es soll aber § 177 Abs. 6 Nr. 2 StGB n. F. in Absatz 5 aufgenommen werden, oder
- e) Nein

In Anlehnung an die Diskussion um die soeben gestrichene Frage kam die Diskussion um die Strafraumen der Straferschwerungsgründe des § 177 StGB n. F. erneut auf.

Teilweise wurde der Strafraumen für § 177 Abs. 6 bis 8 StGB n.F. als zu hoch angesehen. Dies wurde jedoch überwiegend für zu pauschal gehalten. So sei der Strafraumen etwa durchaus gerechtfertigt, wenn der Täter das Opfer in die Gefahr des Todes bringe. Dem Vorschlag, für Nötigungsfälle einen höheren Strafraumen vorzusehen, wurde entgegnet, dass der Täter das Opfer auch ohne Nötigung in die Gefahr des Todes bringen könne.

Die Teilnehmer kamen überein, obwohl eingangs die ursprünglich im übersandten Fragebogen als Frage 11 geführte Frage gestrichen worden war (siehe oben), die Frage der Strafrahmen auf § 177 Abs. 5 und 6 StGB n. F. zu beschränken, da über § 177 Abs. 7 und 8 StGB n. F. bereits abgestimmt worden sei. Diesbezüglich wurde vorgeschlagen, den Strafrahmen in Absatz 6 abzusenken. Dagegen wurde vorgebracht, dass es nicht plausibel sei, dass Absatz 5 eine Qualifikation und Absatz 6 ein besonders schwerer Fall sei, wenn beide Absätze dasselbe Strafmaß aufwiesen. Daher wurde erwogen, die Absätze 5 und 6 als besonders schweren Fall zusammenzufassen und eine Mindestfreiheitsstrafe von 1 Jahr vorzusehen. Dagegen wurde allerdings angeführt, dass die Begehung von Straftaten nach den Absätzen 5 und 6 dann kein Verbrechen mehr begründeten. Nach einer vereinzelt gebliebenen Auffassung sei es auch nicht angemessen, dass der Ehemann, der gegen den Willen seiner Ehefrau den Beischlaf mit ihr ausübe, ein Verbrecher sei.

Vor dem Hintergrund der Diskussion wurde die oben gestrichene Frage 11 nunmehr als Frage 21 wieder aufgenommen und mit den Antwortmöglichkeiten a) bis e) versehen.

Fazit: Die Frage wurde wie oben ersichtlich neu gefasst.

Abstimmung: a): 3 Mitglieder; b): 1 Mitglied; c): 1 Mitglied; d): 1 Mitglied; e): 0 Mitglieder; Enthaltung: 2 Mitglieder

IV. Fragebogen zum Themenkomplex 5: „Neuordnung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches sowie Wertungswidersprüche“

Die Teilnehmer stimmten über einen vorab übersandten Fragebogen zum Themenkomplex 5: „Neuordnung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches sowie Wertungswidersprüche“ ab. Grundlage war das Impulsreferat von Herrn Dr. Simon „Wertungswidersprüche und Systemwidrigkeiten im 13. Abschnitt des StGB“ wie es in der 14. Sitzung der Reformkommission³¹⁹ gehalten wurde.

Frage 1: Soll der Straferschwerungsgrund des Beischlafs oder ähnlicher sexueller Handlungen in § 177 Abs. 6 Nr. 1 StGB n. F. wie in § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB auf das Eindringen beschränkt werden?

a) Ja oder

³¹⁹ Vgl. Protokoll der 14. Sitzung der Reformkommission, Punkt III.

b) Nein oder**c) Nein, aber die Formulierung von § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB soll an die Formulierung in § 177 Abs. 6 Nr. 1 StGB n. F. angepasst werden**

Gemäß § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB wird der sexuelle Missbrauch von Kindern in den Fällen des § 176 Abs. 1 und 2 StGB mit Freiheitsstrafe nicht unter 2 Jahren bestraft, wenn eine Person über 18 Jahren mit dem Kind den Beischlaf vollzieht oder ähnliche sexuelle Handlungen an ihm vornimmt oder an sich von ihm vornehmen lässt, die mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind. Demgegenüber liegt gemäß § 177 Abs. 6 Nr. 1 StGB n. F. ein besonders schwerer Fall in der Regel vor, wenn der Täter mit dem Opfer den Beischlaf vollzieht oder vollziehen lässt oder ähnliche sexuelle Handlungen an dem Opfer vornimmt oder von ihm vornehmen lässt, die dieses besonders erniedrigen, insbesondere wenn sie mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind (Vergewaltigung). § 177 Abs. 6 Nr. 1 StGB n. F. sieht damit abweichend von § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB eine besondere Erniedrigung des Opfers vor.

Teilweise wurde vertreten, dass die Differenzierung einen Sinn habe, da es um unterschiedliche Rechtsgüter gehe. Die Vornahme sexueller Handlungen zum Nachteil von Kindern sei unabhängig vom Willen des Kindes strafbar. Anders als bei Erwachsenen rechtfertige bei Kindern daher auch jedes Eindringen die Qualifikation des § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB. Würde man alleine auf das Erniedrigen abstellen, dann wäre z. B. der Fall nicht erfasst, bei dem die 13jährige mit einem Erwachsenen den Oralverkehr ausübt und der Meinung ist, es handle sich um echte Liebe. Oftmals würden Kinder erst später realisieren, dass sie sexuell ausgenutzt wurden.

Es wurde zu bedenken gegeben, dass ein Erniedrigen aber auch dann vorliegen könne, wenn der Täter nicht in das Kind eindringe. Dies sei etwa der Fall, wenn das Kind mit Fäkalien beschmiert werde. Allerdings könnten solche Fälle auch als unbenannter besonders schwerer Fall im Sinne des § 176 Abs. 3 StGB geahndet werden. Umgekehrt stelle nicht jedes Eindringen zwingend eine Erniedrigung dar. Gegen Letzteres wurde angeführt, dass jedenfalls die Rechtsprechung davon ausgehe, dass jedes Eindringen auch erniedrigend sei.

Teilweise wurde in dem unterschiedlichen Wortlaut des § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB und des § 177 Abs. 6 Nr. 1 StGB n. F. ein Wertungswiderspruch gesehen, der durch die Erweiterung des § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB aufgelöst werden sollte. Dabei sei es allerdings verfehlt, das Wort „Erniedrigung“ durch ein anderes Wort zu ersetzen, welches die Herabsetzung des Achtungsanspruches zum Ausdruck bringe. Denn der Achtungsanspruch sei bereits verletzt,

wenn der Täter die sexuelle Handlung gegen den Willen des Opfers vornehme. Vor diesem Hintergrund wurde die ursprüngliche Antwortmöglichkeit c) („Nein, aber die Erniedrigung soll durch ein anderes Wort ersetzt werden, mit dem die Herabsetzung des Achtungsanspruches des Opfers zum Ausdruck gebracht wird“) durch die neue Antwortmöglichkeit c) ersetzt. Redaktionell wurde die Frage an die neue Rechtslage angepasst.

Fazit: Die Frage wurde wie oben ersichtlich geändert.

Abstimmung: a): 2 Mitglieder; b): 3 Mitglieder; c): 3 Mitglieder

Frage 2: Soll der qualifizierende Umstand der Beteiligung mehrerer in den §§ 176a Abs. 2 Nr. 2 StGB und 177 Abs. 6 Nr. 2 StGB n. F. („...die Tat von mehreren gemeinschaftlich begangen wird...“) an den Wortlaut des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB für die gefährliche Körperverletzung („...mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich...“) angeglichen werden?

Einleitend wurde daran erinnert, dass der qualifizierende Umstand der gemeinschaftlichen Tatbegehung bei den Sexualdelikten zwischen den Beteiligten Mittäterschaft voraussetze, wohingegen bei der gefährlichen Körperverletzung Beihilfe zwischen den Beteiligten für eine gemeinschaftliche Tatbegehung ausreichend sei.

Fazit: Die Frage wurde an die neue Rechtslage angepasst.

Abstimmung: Ja: 8 Mitglieder; Nein: 0 Mitglieder

Frage 3: Soll § 176a Abs. 1 StGB gestrichen werden?

Über die Frage 3 wurde bereits im Rahmen des Themenkomplexes zum sexuellen Missbrauch von Kindern abgestimmt. Die Frage wurde daher gestrichen.

Frage 3: Soll der Strafrahmen des § 177 Abs. 7 Nr. 3 StGB n. F. (3 Jahre bis 15 Jahre Freiheitsstrafe) an den Strafrahmen des § 176a Abs. 2 Nr. 3 StGB (2 Jahre bis 15 Jahre Freiheitsstrafe) angeglichen werden?

a) Ja, die Mindestfreiheitsstrafe soll jeweils 3 Jahre Freiheitsstrafe betragen, oder

- b) Ja, die Mindestfreiheitsstrafe soll jeweils 2 Jahre Freiheitsstrafe betragen, oder**
c) Nein

Gemäß § 176a Abs. 2 Nr. 3 StGB wird der sexuelle Missbrauch von Kindern in den Fällen des § 176 Abs. 1 und 2 StGB mit Freiheitsstrafe nicht unter 2 Jahren bestraft, wenn der Täter das Kind durch die Tat in die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung oder einer erheblichen Schädigung der körperlichen oder seelischen Entwicklung bringt. Die vergleichbare Qualifikation des § 177 Abs. 7 Nr. 3 StGB n.F. sieht demgegenüber eine Mindestfreiheitsstrafe von 3 Jahren vor.

Vereinzelt wurde vertreten, dass das Gesamtsystem nicht stimme und überarbeitungsbedürftig sei. So spiele etwa die Verwendung von Waffen etc. für den schweren sexuellen Missbrauch von Kindern keine Rolle.

Mehrheitlich wurde eine Angleichung für sinnvoll angesehen, wobei die Mindestfreiheitsstrafe 2 Jahre betragen solle.

Fazit: Die Frage wurde redaktionell an die neue Rechtslage angepasst.

Abstimmung: a): 0 Mitglieder; b): 7 Mitglieder; c): 1 Mitglied

Frage 4: Sollen die Qualifikationen des § 176a Abs. 5 StGB – vergleichbar § 177 Abs. 8 Nr. 2 StGB n. F. – um einen minder schweren Fall ergänzt werden?

a) Ja oder

b) Nein oder

c) Nein, der minder schwere Fall in § 177 Abs. 9 StGB n. F. soll bezüglich Absatz 8 auf die Fälle der Nummer 1 beschränkt werden

Gemäß § 177 Abs. 8 Nr. 2 StGB ist auf Freiheitsstrafe nicht unter 5 Jahren zu erkennen, wenn der Täter das Opfer bei der Tat körperlich schwer misshandelt (Buchstabe a) oder durch die Tat in die Gefahr des Todes bringt (Buchstabe b). In minder schweren Fällen des Absatzes 8 ist gemäß § 177 Abs. 9 StGB n. F. auf Freiheitsstrafe von 1 Jahr bis zu 10 Jahren zu erkennen. Demgegenüber sieht § 176a Abs. 5 StGB für die benannten Qualifikationen zwar ebenfalls eine Mindestfreiheitsstrafe von 5 Jahren vor. Allerdings ist diesbezüglich ein minder schwerer Fall nicht vorgesehen.

Überwiegend wurde es als verfehlt angesehen, dass § 177 Abs. 9 StGB für § 177 Abs. 8 Nr. 2 StGB n. F. einen minder schweren Fall vorsieht. Der minder schwere Fall habe innerhalb des Absatzes 8 lediglich für § 177 Abs. 8 Nr. 1 StGB n. F. (Verwendung einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges) seine Berechtigung. Vor diesem Hintergrund wurde die Antwortmöglichkeit c) ergänzt. Darüber hinaus wurde die Frage an die neue Rechtslage angepasst und dahingehend präzisiert, dass sich der Wertungswiderspruch nur auf § 177 Abs. 8 Nr. 2 StGB n. F. und nicht auf den gesamten Absatz 8 bezieht.

Fazit: Die Frage wurde wie oben ersichtlich geändert.

Abstimmung: a): 0 Mitglieder; b): 1 Mitglied; c): 7 Mitglieder

V. Fortsetzung der Abstimmung zum Themenkomplex 9: „Reformbedarf bei §§ 184 ff. StGB (Pornographiedelikte)“

Die Teilnehmer setzten die Abstimmung zum Themenkomplex 9 „Reformbedarf bei §§ 184 ff. StGB (Pornographiedelikte)“ fort. Die Fragen waren zuletzt in der 20. Sitzung zur Abstimmung gestellt worden, wobei die Fragen mit internationalen Bezug zurückgestellt wurden, um vorab den europa- und völkerrechtlichen Hintergrund zu beleuchten.³²⁰

Frau Dr. Bezjak leitete die Abstimmung über die verbleibenden Fragen mit einem Überblick über die europa- und völkerrechtlichen Vorgaben zum Thema Kinder- und Jugendpornographie ein, wie sie sich nach der Richtlinie 2011/93/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI des Rates (RL 2011/93/EU) und nach dem Übereinkommen des Europarates zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch (Lanzarote-Konvention) darstellen. Auf der Grundlage der internationalen Vorgaben gebe es zwei Bereiche, bei denen die deutsche Rechtslage über die internationalen Vorgaben hinausgehe.

1. Fiktive Kinder- und Jugendpornographie

Die Verbreitung, der Erwerb und der Besitz von kinderpornographischen Darstellungen ist in § 184b StGB geregelt. Die Vorschrift erfasst Darstellungen von Personen unter 14 Jahren. Die Verbreitung, der Erwerb und der Besitz von jugendpornographischen Darstellungen ist in

³²⁰ Vgl. Protokoll der 20. Sitzung der Reformkommission, Punkt III.

§ 184c StGB geregelt. Die Vorschrift erfasst Darstellungen von Personen, die zwar 14, aber noch nicht 18 Jahre alt sind.

Die §§ 184b und 184c StGB erfassen nach Frau Dr. Bezjak grundsätzlich sowohl die tatsächliche als auch die wirklichkeitsnahe und die fiktive Kinder- und Jugendpornographie. Tatsächliche Pornographie liege vor, wenn die Kinder- oder Jugendpornographie ein echtes Kind oder einen echten Jugendlichen zum Gegenstand habe. Wirklichkeitsnahe Kinderpornographie liege vor, wenn die dargestellte Person tatsächlich kein Kind sei, es aber realistisch so aussehe als sei die dargestellte Person ein Kind. Dies sei z. B. der Fall, wenn tatsächlich eine Person im Alter von 14 Jahren dargestellt werde, die aber einem Kind täuschend ähnlich sehe. Ferner handele es sich um wirklichkeitsnahe Kinderpornographie, wenn es sich bei dem abgebildeten Kind tatsächlich um einen täuschend echt aussehenden Computer-Avatar handele. Entsprechendes gelte für die wirklichkeitsnahe Jugendpornographie: Die dargestellte Person ist tatsächlich 18 Jahre alt, hat aber das Erscheinungsbild eines Jugendlichen bzw. die Darstellung zeigt einen täuschend echt aussehenden, jugendlichen Computer-Avatar. Schließlich erfassen die §§ 184b und 184c StGB grundsätzlich die fiktive Kinder- und Jugendpornographie. Bei dieser sei klar ersichtlich, dass die Darstellung kein echtes Kind bzw. keinen echten Jugendlichen zeige, sondern es sich etwa um eine deutlich als solche zu erkennende Comic-Zeichnung handele.

Demgegenüber stelle sich der Begriff der Kinderpornographie auf internationaler Ebene wie folgt dar. Kinderpornographie bezeichne dabei immer Personen unter 18 Jahren. Es werde grundsätzlich nicht zwischen Kinder- und Jugendpornographie unterschieden.

Gemäß Artikel 2 Buchstabe c der RL 2011/93/EU werde unter Kinderpornographie die tatsächliche Darstellung eines Kindes verstanden, das an realen oder simulierten eindeutig sexuellen Handlungen beteiligt ist (Unterpunkt i). Ferner bezeichne der Ausdruck „Kinderpornographie“ jegliches Material mit Darstellungen einer Person mit kindlichem Erscheinungsbild, die an realen oder simulierten sexuellen Handlungen beteiligt ist (Unterpunkt iii) und die realistische Darstellungen eines Kindes, das an eindeutig sexuellen Handlungen beteiligt ist (Unterpunkt iv). Die RL 2011/93/EU umfasse damit übertragen auf deutsche Maßstäbe die tatsächliche Kinder- und Jugendpornographie (Unterpunkt i) und die wirklichkeitsnahe Kinder- und Jugendpornographie (Unterpunkte iii und iv). Die fiktive Kinder- und Jugendpornographie werde nicht erfasst.

Artikel 20 Abs. 2 der Lanzarote-Konvention verstehe unter „Kinderpornographie“ jedes Material mit der bildlichen Darstellung eines Kindes bei wirklichen oder simulierten eindeutig se-

xuellen Handlungen. Gemäß Artikel 20 Abs. 3 der Lanzarote-Konvention kann sich jede Vertragspartei für die Tathandlungen des Besitzes und der Herstellung das Recht vorbehalten, ausschließlich simulierte Darstellungen oder wirklichkeitsnahe Abbildungen eines nicht existierenden Kindes strafrechtlich nicht zu erfassen. Daraus folge im Umkehrschluss, dass der Begriff der Kinderpornographie grundsätzlich auch wirklichkeitsnahe Abbildungen eines nicht existierenden Kindes strafrechtlich erfasse. Nach der Lanzarote-Konvention seien damit zwar tatsächliche und wirklichkeitsnahe Kinder- und Jugendpornographie, nicht aber die fiktive Kinder- und Jugendpornographie zu erfassen.

Frau Dr. Bezjak zog hieraus den Schluss, dass es auf der Grundlage der internationalen Vorgaben nicht erforderlich sei, mit den §§ 184b und 184c StGB die fiktive Kinder- und Jugendpornographie zu erfassen. Auf dieser Grundlage wurde die folgende Frage zur Diskussion gestellt:

Frage 15: Sollen die §§ 184b und 184c StGB dahingehend eingeschränkt werden, dass fiktive Kinder- und Jugendpornographie, die als solche klar erkennbar ist (z. B. klassisches Comic), nicht erfasst wird?

a) Ja oder

b) Nein oder

c) Nein, die Einschränkung soll nur die Jugendpornographie betreffen.

Teilweise wurde vertreten, dass sich die Schutzrichtung des § 184b StGB von der Schutzrichtung des § 184c StGB unterscheide. Im Unterschied zu Kindern dürften Jugendliche grundsätzlich sexuell aktiv sein. Vor diesem Hintergrund könne man bei der Beantwortung der Frage zwischen § 184b StGB einerseits und § 184c StGB andererseits differenzieren. Die Frage wurde daher um Antwortmöglichkeit c) ergänzt.

Dagegen wurde argumentiert, dass es bei dem Schutzzweck des § 184b StGB auch um die Verhinderung des Nachahmungseffektes gehe. Dieser Effekt sei aber in Bezug auf Comics zu vernachlässigen.

Fazit: Die Frage wurde wie oben ersichtlich gefasst.

Abstimmung: a): 5 Mitglieder; b): 2 Mitglieder; c): 1 Mitglied

2. Besitz und Herstellung von Kinder- und Jugendpornographie

Frau Dr. Bezjak führte aus, dass es gemäß Artikel 5 Abs. 7 der RL 2011/93/EU im Ermessen der Mitgliedstaaten liege, kinderpornographisches Material mit Darstellungen einer Person mit kindlichem Erscheinungsbild, die an realen oder simulierten sexuellen Handlungen beteiligt ist (Artikel 2 Buchstabe c, Unterpunkt iii) strafrechtlich zu erfassen, wenn die Person mit kindlichem Erscheinungsbild zum Zeitpunkt der Aufnahme tatsächlich bereits 18 Jahre oder älter war.

Gemäß Artikel 5 Abs. 8 der RL 2011/93/EU liege es ferner im Ermessen der Mitgliedsstaaten, zu entscheiden, ob der Erwerb, der Besitz und die Herstellung von Kinderpornographie in den Fällen Anwendung finde, in denen feststeht, dass das pornographische Material, das eine realistische Darstellung eines Kindes zeigt, das an eindeutig sexuellen Handlungen beteiligt ist (Artikel 2 Buchstabe c, Unterpunkt iv), vom Hersteller ausschließlich zum persönlichen Gebrauch hergestellt worden ist und sich ausschließlich zu diesem Zweck in seinem Besitz befindet.

Artikel 20 Abs. 3 der Lanzarote-Konvention sehe demgegenüber die Möglichkeit vor, die Strafbarkeit des Herstellens und des Besitzes nicht auf pornographisches Material anzuwenden, welches sich auf ausschließlich simulierte Darstellungen oder wirklichkeitsnahe Abbildungen eines nicht existierenden Kindes bezieht. Vor dem Hintergrund dieser Vorgabe könnten also Einschränkungen von vornherein lediglich für den Besitz und die Herstellung von wirklichkeitsnahen Kinder- und Jugendpornographie vorgesehen werden.

§ 184b Abs. 1 Nr. 3 StGB stelle die Herstellung einer kinderpornographischen Schrift, die ein tatsächliches Geschehen wiedergebe, unter Strafe. Da sich die Vorschrift bereits auf das tatsächliche Geschehen beschränke, sei eine Streichung der wirklichkeitsnahen Kinderpornographie insoweit nicht möglich. Demgegenüber stelle § 184b Abs. 3 StGB den Besitz und das Unternehmen der Besitzverschaffung von Kinderpornographie unter Strafe, die ein tatsächliches oder wirklichkeitsnahes Geschehen wiedergibt. Diesbezüglich könne das wirklichkeitsnahe Geschehen gestrichen werden. Werde eine Person dargestellt, die tatsächlich z. B. 14 Jahre alt ist, aber ein kindliches Erscheinungsbild aufweise, werde der Besitz bzw. die Besitzverschaffung nach § 184c Abs. 3 StGB wegen Besitzes bzw. Besitzverschaffung von jugendpornographischen Schriften weiterhin bestraft. Zeige die Darstellung einen kindlichen Avatar, dann beziehe sich die Abbildung auf ein nicht existierendes Kind, so dass der Besitz nach der Lanzarote-Konvention nicht strafbar sein müsse.

Dies stehe auch im Einklang mit Artikel 5 Abs. 7 der RL 2011/93/EU. Dort sei zwar von Darstellungen einer Person mit kindlichem Erscheinungsbild, bei der die dargestellte Person tatsächlich 18 Jahre oder älter ist, die Rede. Aus Artikel 5 Abs. 8 der RL 2011/93/EU ergebe sich aber, dass eine realistische Darstellung eines Kindes nicht erfasst werden müsse, wenn sich die Darstellung ausschließlich zum persönlichen Gebrauch im Besitz befinde.

Die entsprechenden Vorschriften der Herstellung (§ 184c Abs. 1 Nr. 3 StGB) und des Besitzes bzw. der Besitzverschaffung (§ 184c Abs. 3 StGB) jugendpornographischer Schriften bezögen sich bereits ausschließlich auf tatsächliche Jugendpornographie, so dass die Streichung von wirklichkeitsnaher Jugendpornographie nicht in Betracht komme.

Vor dem aufgezeigten Hintergrund wurde die folgende Frage vorgeschlagen:

Frage 16: Soll das wirklichkeitsnahe Geschehen in § 184b Abs. 3 StGB gestrichen werden?

Teilweise wurde vertreten, dass die wirklichkeitsnahe Kinderpornographie beibehalten werden sollte, damit es nicht zu Beweisproblemen komme. Dagegen wurde argumentiert, dass Abbildungen, die tatsächlich einen Jugendlichen zeigen, der aber ein kindliches Erscheinungsbild aufweise, von § 184c Abs. 3 StGB als Besitz bzw. Besitzverschaffung von Jugendpornographie erfasst werde. Handele es sich um einen Avatar, werde keine Person wirklich geschädigt.

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

Abstimmung: Ja: 2 Mitglieder; Nein: 6 Mitglieder

3. Wirklichkeitsnahe Jugendpornographie

Ein Mitglied sprach sich dafür aus, die Fälle der wirklichkeitsnahen Jugendpornographie insgesamt aus § 184c StGB zu entfernen. Diesbezüglich wurden jedoch Bedenken im Hinblick auf die internationalen Vorgaben geäußert. Die folgende Frage wurde zur Abstimmung gestellt:

Frage 17: Sollen die Fälle der wirklichkeitsnahen Jugendpornographie aus § 184c StGB herausgenommen werden?

Fazit: Die Frage wurde wie oben (Fettdruck) ersichtlich neu aufgenommen.

Abstimmung: Ja: 1 Mitglied; Nein: 7 Mitglieder

Es bestand Einigkeit, dass die ursprünglich vorgesehenen Fragen, die im vorab versandten Fragebogen als Fragen 5 und 6 sowie 11 und 12 geführt wurden, gestrichen werden. Diese lauteten ursprünglich:

Frage 5: Soll § 184b StGB weiterhin auch dann einschlägig sein, wenn die kinderpornographische Schrift tatsächlich keine Person unter 14 Jahren zeigt, dies aber von einem gewissenhaft urteilenden Beobachter angenommen wird (wirklichkeitsnahe Kinderpornographie)?

Frage 6: Soll § 184b StGB weiterhin auch fiktive Kinderpornographie umfassen soweit dies im geltenden Recht der Fall ist?

Frage 11: Soll § 184c StGB weiterhin auch dann einschlägig sein, wenn die jugendpornographische Schrift tatsächlich zwar keine Person zeigt, die 14, aber noch nicht 18 Jahre alt ist, dies aber von einem gewissenhaft urteilendem Beobachter angenommen wird (wirklichkeitsnahe Jugendpornographie)?

Frage 12: Soll § 184c StGB weiterhin auch fiktive Jugendpornographie umfassen soweit dies im geltenden Recht der Fall ist?

VI. Abstimmung zum Themenkomplex 10: „Materielle und prozessuale Folgeänderungen“

Die Teilnehmer stimmten über einen vorab übersandten Fragebogen zum Themenkomplex 10: „Materielle und prozessuale Folgeänderungen“ ab. Grundlage war das Impulsreferat von Herrn Prof. Wolters „Die Verjährung im Dreizehnten Abschnitt des Strafgesetzbuchs“, wie es in der 19. Sitzung der Reformkommission³²¹ gehalten wurde. Frau Röhrig verließ die Sitzung und konnte an der nachfolgenden Abstimmung nicht mehr teilnehmen.

³²¹ Vgl. Protokoll der 19. Sitzung der Reformkommission, Punkt V.

Frage 1: Soll das Institut der Verjährung für den sexuellen Missbrauch von Kindern abgeschafft werden?

a) Ja oder

b) Ja, aber nur für schwere Fälle des sexuellen Missbrauchs von Kindern, oder

c) Ja, aber nur für alle schweren Sexualdelikte, oder

d) Nein

Einleitend wurde ausgeführt, dass etwa Mord nicht verjähre und man Vergleichbares für den sexuellen Missbrauch von Kindern erwägen könnte.

Teilweise wurde vertreten, dass Opfer des sexuellen Missbrauchs von Kindern oft Jahrzehnte bräuchten, um sich über die Tat äußern zu können. Diesen Umstand gebe es sonst bei keinem anderen Delikt. Die Opfer hätten auch nach vielen Jahren häufig durchaus noch ein Interesse an der Strafverfolgung. Teilweise handele es sich auch um bedeutsame Fälle, wie man jetzt an den Beschuldigungen im englischen Fußballsport sehe. Vereinzelt wurde vertreten, dass sich die Diskussion sogar auf alle schweren Sexualstraftaten erstrecken müsse. Vor diesem Hintergrund wurde die Antwortmöglichkeit c) neu eingeführt. Sollte die Verlängerung der Verjährung zu Beweisproblemen führen, müsse das Verfahren eben eingestellt werden.

Gegen die Ausweitung der Verjährung wurde argumentiert, dass die Verjährung bereits nach gegenwärtiger Rechtslage bis zum 30. Lebensjahr ruhe. Dann gehe die Verjährung überhaupt erst los. Der Täter sei dann seinerseits entsprechend alt. Eine Ausweitung oder gar Abschaffung der Verjährung führe bei den Gerichten und Strafverfolgungsbehörden zu einem erheblichen Mehraufwand, ohne dass die Aussicht bestehe, dass sich die Tat beweisen ließe. Es sei grundsätzlich nicht die Aufgabe der Justiz, den Opfern ein Forum für die Aufarbeitung zu bieten. Die Strafverfolgung müsse vielmehr auch noch sinnvoll sein.

Fazit: Die Frage wie oben ersichtlich ergänzt.

Abstimmung: a): 0 Mitglieder; b): 0 Mitglieder; c): 2 Mitglieder; d): 5 Mitglieder

Frage 2: Sollen die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung (abhängig von den Antworten auf Frage 1 ggf. mit Ausnahme des [schweren] sexuellen Missbrauchs

von Kindern) aus dem System der Verfolgungsverjährung (§§ 78 ff. StGB) zugunsten eines eigenen Verjährungssystems ausgegliedert werden

a) Ja oder

b) Ja, wobei sich dieses Verjährungssystem an § 208 des Bürgerlichen Gesetzbuches³²² orientieren könnte, oder

c) Nein

Es bestand Einigkeit, die Frage zu streichen, da die Diskussion durch die vorangegangene Frage hinreichend abgedeckt sei.

Frage 2: Soll für minderjährige Opfer eine generelle Ruhensregelung für sämtliche Delikte getroffen werden?

Vereinzelt wurde vertreten, dass eine generelle Ruhensregelung für Minderjährige sinnvoll sei. Minderjährige könnten ihre Rechte häufig nicht hinreichend selbst wahrnehmen und hätten das Nachsehen, wenn sich die Eltern nicht kümmerten. Das betreffe sämtliche Delikte zu ihrem Nachteil und beschränke sich nicht auf die Sexualdelikte.

Dagegen wurde vorgetragen, dass die Eltern die Taten zum Nachteil ihrer Kinder im Regelfall zur Anzeige brächten. Bei Sexualdelikten sei das häufig anders gelagert, wenn der Täter mit dem Opfer zusammenlebe. Daher gebe es insoweit die Ruhensregelung. Eine generelle Ausweitung auf alle Delikte, die zum Nachteil von Minderjährigen begangen würden, sei nicht erforderlich.

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

Abstimmung: Ja: 1 Mitglied; Nein: 6 Mitglieder

Frage 3: Unterstellt, Frage 1 wird verneint: Soll die Altersstufe, bis zu der die Verjährung gemäß § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB ruht, geändert werden?

a) Ja, sie soll 18 Jahre betragen, oder

³²² § 208 BGB (Hemmung der Verjährung bei Ansprüchen wegen Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung) Die Verjährung von Ansprüchen wegen Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung ist bis zur Vollendung des 21. Lebensjahrs des Gläubigers gehemmt. Lebt der Gläubiger von Ansprüchen wegen Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung bei Beginn der Verjährung mit dem Schuldner in häuslicher Gemeinschaft, so ist die Verjährung auch bis zur Beendigung der häuslichen Gemeinschaft gehemmt.

- b) Ja, sie soll 21 Jahre betragen, oder**
c) Nein, sie soll weiterhin 30 Jahre betragen

Einleitend wurde ausgeführt, dass die Altersstufen der Ruhensregelung in § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB in den vergangenen Jahren schrittweise angehoben worden seien. Es soll der Frage nachgegangen werden, ob das Rad insoweit zurückgedreht werden sollte.

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

Abstimmung: a): 0 Mitglieder; b): 3 Mitglieder; c): 3 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 4: Unterstellt, es bleibt bei der bisherigen Altersstufe des § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB: Sollen aus der Ruhensregelung des § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB die §§ 174a bis 174c StGB gestrichen werden?

Problematisch sei, dass die §§ 174a bis 174c StGB nicht nur Minderjährige schützen, sondern auch erwachsene Personen. Vor diesem Hintergrund stelle sich die Frage, ob die §§ 174a bis 174c StGB in der Ruhensregelung ihre Berechtigung haben.

Für eine Ruhensregelung in Bezug auf die §§ 174a bis 174c StGB wurde angeführt, dass z. B. auch eine Person, die im Gefängnis sitzt, bis zu ihrer Entlassung Probleme damit haben könne, die Tat anzuzeigen, so dass eine Ruhensregelung insoweit sinnvoll sei. Ferner bräuchten auch Personen, die innerhalb einer Therapie Opfer würden, oft Jahre um zu verstehen, dass sie missbraucht wurden. Auch bei Vergewaltigungen könne man darüber nachdenken, ob die Verjährung erst beginne, wenn die Beziehung zwischen Täter und Opfer beendet sei. Dabei stelle sich natürlich die Frage, wann dieser Zeitpunkt genau eintrete. Entscheidend sei, dass die Ruhensregelung so lange gelte, wie dem Opfer eine Anzeige unmöglich sei. Das sei keine Frage des Alters, sondern eine Frage der Situation, in der sich das Opfer befinde. Insbesondere traumatisierte Opfer könnten die Tat lange Zeit nicht anzeigen.

Dagegen wurde angeführt, dass es eben doch einen Unterschied mache, wie alt das Opfer sei. Ein junger Gefängnisinsasse befinde sich in einer größeren Abhängigkeit als ein erwachsener Gefängnisinsasse.

Ferner könne man nicht jeden theoretischen Fall in eine Ruhensregelung einbeziehen. So könne es etwa auch sein, dass ein Komapatient nach 30 Jahren erwache und erst dann den Täter benennen könne.

Es bestand Einigkeit, dass die Frage unter der Prämisse stehe, dass es im § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB bei der gegenwärtigen Altersstufe von 30 Jahren bleibe. Die Frage wurde inso- weit ergänzt.

Fazit: Die Frage wurde wie oben ersichtlich ergänzt.

Abstimmung: Ja: 2 Mitglieder; Nein: 5 Mitglieder

Frage 5: Soll aus der Ruhensregelung des § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB der § 180 Abs. 3 StGB gestrichen werden?

a) Ja oder

b) Ja, aber nur, wenn auch § 174 StGB gestrichen wird, oder

c) Nein

Es bestand Einigkeit, dass die Frage klar sei.

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

Abstimmung: a): 0 Mitglieder; b): 0 Mitglieder; c): 7 Mitglieder

Frage 6: Soll aus der Ruhensregelung des § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB der § 182 StGB ge- strichen werden?

Im Hinblick auf § 182 StGB (Sexueller Missbrauch von Jugendlichen) stelle sich die Frage, ob etwa das Ausnutzen einer Zwangslage eine Situation begründe, die die Ruhensregelung rechtfertige.

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

Abstimmung: Ja: 0 Mitglieder; Nein: 7 Mitglieder

Frage 7: Soll aus der Ruhensregelung des § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB der § 178 StGB gestrichen werden?

In Bezug auf § 178 StGB (Sexueller Übergriff, sexuelle Nötigung und Vergewaltigung mit Todesfolge) wurde zu bedenken gegeben, dass es auch den Versuch des erfolgsqualifizierten Deliktes gebe und § 178 StGB daher in der Ruhensregelung seine Berechtigung habe.

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

Abstimmung: Ja: 0 Mitglieder; Nein: 7 Mitglieder

Frage 8: Soll § 78b Abs. 1 StGB um eine Ruhensregelung ergänzt werden, die einer deliktsspezifischen Unmöglichkeit der Anzeigenerstattung bei Sexualstraftatbeständen Rechnung trägt?

Die Teilnehmer griffen die zur Frage 4 geführte Diskussion auf und warfen die Frage auf, ob es erforderlich sei, eine Ruhensregelung zu schaffen, die der deliktsspezifischen Unmöglichkeit der Anzeigenerstattung bei Sexualdelikten Rechnung trägt (z. B. keine Möglichkeit der Anzeige für die Dauer der Traumatisierung in Therapie bzw. für die Dauer der Verbüßung der Haftstrafe).

Fazit: Die Frage wurde wie oben ersichtlich neu aufgenommen.

Abstimmung: Ja: 2 Mitglieder; Nein: 3 Mitglieder; Enthaltung: 2 Mitglieder

VII. Organisatorisches

Frau Bunke teilte mit, dass auf internationaler Ebene – namentlich im Europarat – vermehrt der Umgang mit dem sogenannten Sexting und der Vornahme von sexuellen Handlungen im virtuellen Raum in den Fokus rücke. Es bestand Einigkeit, dass über diese Problematik in der nächsten Sitzung noch ein Impulsreferat gehalten werden solle, um auch zu diesen Fragen eine Position zu entwickeln.

Die nächste Doppelsitzung findet am 12. Januar 2017 (Raum 1.096) und am 13. Januar 2017 (Raum E 210) jeweils von 11.00 Uhr bis 17.00 Uhr im BMJV statt.

25. Sitzung am 12. Januar 2017

Protokoll
der 25. Sitzung der Reformkommission
zur Überarbeitung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches
im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
am 12. Januar 2017
11:00 – 17:00 Uhr

I. Anwesenheit

1. Mitglieder der Reformkommission

- Frau LOStAin Birgit Cirullies
- Frau RAin Christina Clemm
- Herr Prof. Dr. Jörg Eisele
- Herr StA Christian Kohle
- Herr Prof. Dr. Klaus Laubenthal
- Herr MR Peter Marx
- Frau RinBGH Dr. Ursula Schneider
- Herr KD Jürgen Thiele
- Frau RAin Elke Thom-Eben
- Herr Prof. Dr. Gereon Wolters

An der Teilnahme verhindert waren:

- Frau Prof. Dr. Tatjana Hörnle
- Frau RinOLG Andrea Röhrig

2. Für das BMJV

- Frau RLn II A 7 Susanne Bunke
- Frau RDn Dr. Garonne Bezjak
- Frau Jenny Barthel

II. Eröffnung der Sitzung und Begrüßung der Mitglieder

Frau Bunke begrüßte die Mitglieder der Reformkommission und eröffnete die Sitzung. Anschließend führte sie aus, dass neben zwei offenen Fragebögen und einem Impulsreferat

hauptsächlich die Empfehlungen auf der Tagesordnung stünden. Es bestehe die Hoffnung, dass eine Einigung auf die Empfehlungen möglichst zügig erfolgen könne, da diese bereits vorab versandt worden seien. Mit der Begründung für die Empfehlung könne erst begonnen werden, wenn über diese von der Kommission entschieden worden sei. Am darstellenden Teil des Berichtes werde bereits gearbeitet. Die ersten Teile sollten nach Fertigstellung an die Teilnehmer zur Durchsicht versandt werden.

Frau Bunke teilte mit, dass für den Abend ein Tisch im Restaurant Dolcini in der Jägerstraße 70 reserviert sei.

Das betreffend die Ausführungen zu §§ 100a, 112 StPO geänderte Protokoll der 21. Sitzung, das mit Herrn Thiele abgestimmt worden sei, solle am Abend versandt werden. Sollten Einwendungen bestehen, müssten diese von den Mitgliedern der Reformkommission zeitnah geltend gemacht werden.

Herr Marx trug für die Seiten 3, 8 und 13 Anmerkungen zum Protokoll der 24. Sitzung vor. Frau Dr. Bezjak teilte mit, darauf nach Prüfung zurückzukommen.

III. Bericht über die nachgereichten Stimmen zur Abstimmung in der 23. Sitzung

Frau Bunke berichtete über die nachträglich per E-Mail kommunizierten Abstimmungsergebnisse zum Themenkomplex 1: „Reformbedarf bei § 177 StGB – Das Für und Wider einer Einverständnislösung und von alternativen Regelungsmöglichkeiten“. Konkret ging es um die in der 23. Sitzung zur Abstimmung gestellten Fragen zur sexuellen Belästigung³²³. Das Abstimmungsergebnis stellt sich abschließend wie folgt dar:

Themenkomplex 1: „Reformbedarf bei § 177 StGB – Das Für und Wider einer Einverständnislösung und von alternativen Regelungsmöglichkeiten“ – Anlage 1

Frage 1: Soll das Tatbestandsmerkmal aus § 184i Abs. 1 StGB „in sexuell bestimmter Weise“ tatbestandlich objektiviert werden?

- a) Ja und zwar durch die Formulierung „sexuell berührt“, oder**
- b) Nein**

Abstimmung: a): 9 Mitglieder; b): 2 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

³²³ Vgl. Protokoll der 23. Sitzung der Reformkommission, Punkt III.

Frage 2: Soll das Tatbestandsmerkmal aus § 184i Abs. 1 StGB „belästigt“ durch „sexuell belästigt“ ersetzt werden?

Abstimmung: Ja: 1 Mitglied; Nein: 10 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 3: Soll die Subsidiaritätsklausel aus § 184i Abs. 1 StGB gestrichen werden?

a) Ja oder

b) Nein, sie soll aber dahingehend modifiziert werden, dass sie nur eingreift, wenn die Tat nicht in einer anderen Vorschrift des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des StGB mit schwererer Strafe bedroht ist, oder

c) Nein

Abstimmung: a): 0 Mitglieder; b): 11 Mitglieder; c): 0 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 4: Soll der besonders schwere Fall in § 184i Abs. 2 StGB gestrichen werden?

a) Ja oder

b) Ja, aber die Höchststrafe in Absatz 1 soll auf 3 Jahre angehoben werden, oder

c) Nein oder

d) Nein, der Strafrahmen in Absatz 2 soll aber auf Freiheitsstrafe von 3 Monaten bis zu 3 Jahren abgesenkt werden

Abstimmung: a): 5 Mitglieder; b): 4 Mitglieder; c): 2 Mitglieder; d): 1 Mitglied

Frage 5: Soll § 184i StGB als absolutes Antragsdelikt ausgestaltet werden?

a) Ja oder

b) Ja, wenn § 184i Abs. 2 StGB gestrichen wird, oder

c) Nein

Abstimmung: a): 3 Mitglieder; b): 2 Mitglieder; c): 7 Mitglieder

IV. Bericht über die nachgereichten Stimmen zur Abstimmung in der 23. und 24. Sitzung

Frau Bunke berichtete über die nachträglich per E-Mail kommunizierten Abstimmungsergebnisse zum Themenkomplex 1: „Reformbedarf bei § 177 StGB – Das Für und Wider einer Einverständnislösung und von alternativen Regelungsmöglichkeiten“. Konkret ging es um die in der 23. Sitzung zur Abstimmung gestellten Fragen 1 bis 11 sowie um die in der 24. Sitzung zur Abstimmung gestellten Fragen 11 bis 19 zur Neuregelung des § 177 StGB³²⁴. Das Abstimmungsergebnis stellt sich abschließend wie folgt dar:

Themenkomplex 1: „Reformbedarf bei § 177 StGB – Das Für und Wider einer Einverständnislösung und von alternativen Regelungsmöglichkeiten“ – Anlage 2

Frage 1: Soll die „Nein-heißt-Nein“-Lösung im Sexualstrafrecht wieder abgeschafft werden?

- a) Ja, und zwar zugunsten des bisherigen Regelungsansatzes in §§ 177, 179 StGB a. F., oder
- b) Ja, und zwar zugunsten des bisherigen Regelungsansatzes in §§ 177, 179 StGB a. F., aber unter punktueller Schließung bestehender Strafbarkeitslücken, oder
- c) Nein

Abstimmung: a): 0 Mitglieder; b): 6 Mitglieder; c): 6 Mitglieder

Frage 2: Sollen sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt aus dem Anwendungsbereich des § 177 StGB n. F. herausgenommen werden?

Abstimmung: Ja: 3 Mitglied; Nein: 9 Mitglieder

Frage 3: Soll sich die Höhe des Strafrahmens danach unterscheiden, ob die sexuellen Handlungen mit oder ohne Körperkontakt vorgenommen werden?

Abstimmung: Ja: 2 Mitglieder; Nein: 9 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 4: Sollen die Nötigungstatbestände (Drohung oder Gewalt) und die Tatbestände des sexuellen Übergriffs in zwei verschiedenen Vorschriften geregelt werden?

³²⁴ Vgl. Protokoll der 23. Sitzung der Reformkommission, Punkt IV. und Punkt VI.

Abstimmung: Ja: 11 Mitglieder; Nein: 1 Mitglied

Frage 5: Soll § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB n. F. (erhebliche Einschränkung der Willensbildung oder –äußerung) gestrichen werden?

a) Ja oder

b) Nein, aber es soll nicht auf das Handeln des Täters abgestellt werden („sich der Zustimmung versichern“), sondern allein auf die Zustimmung des Opfers, oder

c) Nein, aber es soll nicht auf das Handeln des Täters abgestellt werden („sich der Zustimmung versichern“), sondern allein darauf, ob die Handlung dem erkennbaren natürlichen Willen des Opfers entspricht, oder

d) Nein

Abstimmung: a): 7 Mitglieder; b): 1 Mitglied; c): 1 Mitglied; d): 3 Mitglieder

Frage 6: Soll § 177 Abs. 2 Nr. 3 StGB n. F. (Überraschungsfälle) im Hinblick auf § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB n. F. (Unfähigkeit zur Willensbildung oder –äußerung) gestrichen werden?

Abstimmung: Ja: 5 Mitglieder; Nein: 7 Mitglieder

Frage 7: Soll § 177 Abs. 2 Nr. 4 StGB n. F. (Drohen eines empfindlichen Übels) subjektiv gefasst werden?

a) Ja und zwar durch „ein empfindliches Übel befürchtet“, oder

b) Ja, und zwar durch „ein empfindliches Übel befürchten muss“, oder

c) Nein

Abstimmung: a): 1 Mitglied; b): 3 Mitglieder; c): 8 Mitglieder

Frage 8: Soll § 177 Abs. 4 StGB n. F. (Qualifikation zu § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB n. F.) gestrichen werden?

Abstimmung: Ja: 10 Mitglieder; Nein: 1 Mitglied; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 9: Soll § 177 Abs. 5 StGB n. F. (Gewalt, Drohen mit Gewalt oder Ausnutzen einer schutzlosen Lage) so gefasst werden, dass die Gewalt bzw. die Drohung mit Gewalt nicht zwingend gegenüber dem Opfer erfolgen muss?

a) Ja oder

b) Ja, aber nur für die Fälle, in denen die Gewalt oder die Drohung mit Gewalt gegenüber Dritten als Nötigungsmittel eingesetzt wird, oder

c) Nein

Abstimmung: a): 2 Mitglieder; b): 4 Mitglieder; c): 5 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 10: Soll § 177 Abs. 5 Nr. 3 StGB n. F. (Ausnutzen der schutzlosen Lage) gestrichen werden?

Abstimmung: Ja: 8 Mitglieder; Nein: 4 Mitglieder

Frage 11: Soll § 177 Abs. 5 StGB n. F. dahingehend eingeschränkt werden, dass die Gewalt oder Drohung mit Gewalt bis zum Abschluss der sexuellen Handlungen erfolgen muss und nicht bis zur Beendigung der Tat möglich ist?

Abstimmung: Ja: 4 Mitglieder; Nein: 7 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

V. Abstimmung zum Themenkomplex 10: „Materielle und prozessuale Folgeänderungen“

Die Teilnehmer stimmten über einen vorab übersandten Fragebogen zum Themenkomplex 10: „Materielle und prozessuale Folgeänderungen“ ab. Grundlage war das Impulsreferat von Herrn Thiele „Reformbedarf des § 100a StPO bzgl. Sexualstraftaten“, wie es in der 21. Sitzung der Reformkommission gehalten wurde.³²⁵

Frage 1: Sollte der Straftatenkatalog in § 100a Abs. 2 StPO um weitere Sexualdelikte der §§ 176 bis 178 StGB erweitert werden?

³²⁵ Vgl. Protokoll der 21. Sitzung der Reformkommission, Punkt IV.

Die Teilnehmer kamen dahingehend überein, dass die Abstimmung auf der Grundlage des § 177 StGB in der Fassung des 50. Strafrechtsänderungsgesetzes vom 4. November 2016 (50. StrÄndG), welches am 10. November 2016 in Kraft getreten ist, erfolgen solle. Dabei waren sich die Teilnehmer darüber im Klaren, dass das damalige Impulsreferat nebst Diskussion noch unter der Prämisse des § 177 StGB a. F. stand. Ein Teilnehmer wies darauf hin, dass § 177 Abs. 6 Nr. 2 StGB n. F. (gemeinschaftliche Tatbegehung) mit dem 50. StrÄndG Eingang in § 100a Abs. 2 Nr. 1 Buchstabe f StPO gefunden habe. Die Frage wurde im Anschluss an die Diskussion entsprechend dahingehend geändert, dass auf die gegenwärtige Rechtslage Bezug genommen wurde.

Inhaltlich diskutierten die Teilnehmer erneut das Für und Wider der Aufnahme der §§ 176 bis 178 StGB in den Straftatenkatalog des § 100a Abs. 2 StPO. Diesbezüglich wird auf den Impulsvortrag von Herrn Thiele und die sich daran anschließende Diskussion Bezug genommen.³²⁶

Im Zuge der Diskussion vertraten einige Teilnehmer die Auffassung, dass sich der Arbeitsauftrag der Reformkommission auf den 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB beschränke. § 100a StPO sei demgegenüber bereits Thema in der Reformkommission zur effektiven und praxistauglichen Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens gewesen. Die Teilnehmer überlegten daher, die zur Abstimmung zu stellende Frage lediglich auf die Prüfung der Aufnahme der benannten Sexualdelikte in § 100a Abs. 2 StPO zu beschränken.

Dagegen wurde vorgetragen, dass die Reformkommission sich bereits im Hinblick auf § 138 StGB (Nichtanzeige geplanter Straftaten) und die Verjährung aus dem 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB entfernt habe. Ferner seien die Punkte diskutiert worden und sollten daher auch einer Abstimmung zugeführt werden. Der Umstand, dass die Reformkommission sich auf das materielle Sexualstrafrecht zu beschränken habe, schlage sich bereits durch den Verzicht auf Empfehlungen zu § 100a StPO nieder.

Die Mehrheit der Teilnehmer sprach sich daher dafür aus, die drei vorgesehenen Fragen zur Abstimmung zu stellen.

Fazit: Die Frage wurde wie oben ersichtlich gefasst.

Abstimmung: Ja: 6 Mitglieder; Nein: 4 Mitglieder

³²⁶ Vgl. Protokoll der 21. Sitzung der Reformkommission, Punkt IV.

Frage 2: Sollte der Straftatenkatalog in § 100a Abs. 2 StPO um § 181a StGB erweitert werden?

Die Teilnehmer waren sich einig, § 180a StGB (Ausbeutung von Prostituierten) aus der Frage zu streichen. Dabei sei auch zu beachten, dass die Zwangsprostitution in § 232 StGB geregelt sei und diese Vorschrift im Straftatenkatalog des § 100a Abs. 2 StPO enthalten sei.

Im Hinblick auf § 181a StGB (Zuhälterei) liege es nahe, dass dieses Delikt im Rahmen der organisierten Kriminalität begangen werde. Die Reformkommission habe daher bereits an anderer Stelle diskutiert, ob die Vorschrift um einen bandenmäßige oder gewerbsmäßige Zuhälterei zu ergänzen sei.³²⁷ In diesem Kontext wurde daran erinnert, dass die Fragestellung sich allerdings auf § 181a StGB in seiner gegenwärtigen Fassung beziehe.

Fazit: Die Frage wurde wie oben ersichtlich gefasst.

Abstimmung: Ja: 5 Mitglieder; Nein: 4 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 3: Sollte der Straftatenkatalog in § 100a Abs. 2 StPO um § 182 StGB erweitert werden?

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

Abstimmung: Ja: 2 Mitglieder; Nein: 8 Mitglieder

VI. Themenkomplex 10: Materielle und prozessuale Folgeänderungen

Die Teilnehmer stimmten über einen vorab übersandten Fragebogen zum Themenkomplex 10: „Materielle und prozessuale Folgeänderungen“ ab. Grundlage war das Impulsreferat von Frau Clemm, wie es in der 22. Sitzung der Reformkommission gehalten wurde.³²⁸

³²⁷ Vgl. Protokoll der 13. Sitzung der Reformkommission, Punkt II.1. sowie Protokoll der 19. Sitzung der Reformkommission, Punkt IV.

³²⁸ Vgl. Protokoll der 22. Sitzung der Reformkommission, Punkt IV.

Frage 1: Soll das Akteneinsichtsrecht der Nebenklage dahingehend eine gesetzliche Klarstellung erfahren, dass eine Aussage-gegen-Aussage-Konstellation nicht per se zur Verweigerung der Akteneinsicht führen darf?

Der Hintergrund der Frage wurde in Erinnerung gerufen.³²⁹ Es gehe lediglich um eine Klarstellung, weil sich die Verweigerung der Akteneinsicht bei Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen allein aus der Rechtsprechung ergebe.

Frau Clemm teilte mit, dass es mittlerweile trotz der BGH-Entscheidung, aus der sich eine gegenteilige Rechtsauffassung entnehmen ließe³³⁰, vier Entscheidungen aus Berlin und eine Entscheidung aus Frankfurt/Oder gebe, die sich der Auffassung angeschlossen hätten, dass die Akteneinsicht in der genannten Konstellation per se zu verweigern sei. Das Problem sei also nach wie vor existent.

Die Teilnehmer diskutierten, ob sich die Reformkommission zu der aufgeworfenen Frage äußern solle, da es auch insoweit nicht primär um den 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB gehe. Darüber hinaus beziehe sich das Rechtsproblem nicht allein auf Sexualstraftaten, sondern könne z. B. auch bei Körperverletzungsdelikten relevant sein. Dagegen wurde jedoch angeführt, dass sich die Rechtsprechung jedenfalls bislang nur auf das Sexualstrafrecht beziehe. Die Fragestellung sei daher relevant und wurde zur Abstimmung gestellt.

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

Abstimmung: Ja: 4 Mitglieder; Nein: 6 Mitglieder

Frage 2: Soll in Bezug auf den sexuellen Missbrauch von Kindern und Jugendlichen eine gesetzliche Regelung zur Beschleunigung des Strafverfahrens geschaffen werden?

Es wurde betont, dass eine überlange Verfahrensdauer insbesondere im Hinblick auf eine Anklage wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern Probleme bereite. Die Dauer der Verfahren belaste die Familie unnötig. Dabei sei zu bedenken, dass die meisten Delikte dieser Art im sozialen Nahbereich begangen würden. Ferner könnten sich Opferzeugen schlechter erinnern je länger die Tatbegehung zurückliege. Gegen Letzteres wurde angeführt, dass es die Möglichkeit einer Videovernehmung gebe, so dass eine erneute Aussage entbehrlich werde.

³²⁹ Vgl. im Einzelnen Protokoll der 22. Sitzung der Reformkommission, Punkt IV.2.

³³⁰ Vgl. BGH, Beschluss vom 5. April 2016 – 5 StR 40/16.

Fazit: Die Frage blieb unverändert.

Abstimmung: Ja: 3 Mitglieder; Nein: 7 Mitglieder

Frage 3: Soll eine gesetzliche Fortbildungsverpflichtung für Richter und Staatsanwälte geschaffen werden?

Die überwiegende Anzahl der Teilnehmer vertrat die Auffassung, dass die Frage despektierlich sei und gestrichen werden solle. So könne die Reformkommission nicht beurteilen, ob die benannte Berufsgruppe tatsächlich unter einem Fortbildungsdefizit leide. Frau Clemm habe in ihrem Impulsreferat vornehmlich Ungehörigkeiten genannt, denen mit einer Fortbildung nicht zwingend beizukommen sei. Die Frage weise in der vorgeschlagenen Fassung im Hinblick auf die Richter keinen Bezug zum Strafrecht, geschweige denn zum Sexualstrafrecht auf.

Gegen eine Streichung wurde angeführt, dass die Frage keineswegs respektlos sei. Es sei nicht einzusehen, dass die Fortbildungsverpflichtung für einige Berufsgruppen wie z. B. Fachanwälte gelte und für andere nicht. Darüber hinaus sei es auch für Richter und Staatsanwälte einfacher, die Teilnahme an einer Fortbildung zu rechtfertigen, wenn diese verpflichtend sei. Die richterliche Unabhängigkeit stehe einer Fortbildungsverpflichtung nicht entgegen.

Fazit: Die Frage wurde gestrichen.

VII. Themenkomplex 1: „Reformbedarf bei § 177 StGB – Das Für und Wider einer Einverständnislösung und von alternativen Regelungsmöglichkeiten“

Frau Bunke stellte zur Diskussion, ob die Reformkommission darüber abstimmen möchte, den mit dem Gesetz zur Verbesserung der sexuellen Selbstbestimmung vom 9. November 2016 in das StGB eingeführten § 184i StGB (Sexuelle Belästigung) zu streichen. Ein entsprechender Abstimmungsvorschlag sei bisher nicht angeregt worden, da sich die Reformkommission im Vorfeld zu diesem Gesetz ganz überwiegend für einen Straftatbestand der sexuellen Belästigung ausgesprochen hatte. Nun habe aber ein Mitglied der Reformkommission angeregt, die Frage der Streichung zur Abstimmung zu stellen. Hintergrund sei, dass mit dem Gesetz zur Verbesserung der sexuellen Selbstbestimmung auch § 177 StGB (Se-

xueller Übergriff; Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung) viel weiter gefasst worden sei. Man könne sich daher die Frage stellen, ob § 184i StGB vor diesem Hintergrund noch seine Berechtigung habe. So erfasse etwa § 177 Abs. 2 Nr. 3 StGB nunmehr die Überraschungsfälle. Eine solche Regelung habe es zum Zeitpunkt der ersten Abstimmung über die sexuelle Belästigung noch nicht gegeben.

Der überwiegende Anteil der Teilnehmer sprach sich für die Beibehaltung des § 184i StGB aus. Die Tatvarianten des § 177 StGB setzten weiterhin sexuelle Handlungen voraus. Demgegenüber erfasse die sexuelle Belästigung auch Tathandlungen, die unterhalb der Erheblichkeitsschwelle des § 184h Nr. 1 StGB liegen. Es lasse sich auch nicht ohne Weiteres darauf spekulieren, dass die Rechtsprechung die Anforderungen an die Erheblichkeit im Zuge der Neuregelung des § 177 StGB neu definieren werde.

Vereinzelt wurde der Vorschlag erhoben, zusammen mit § 184i StGB auch § 184h Nr. 1 StGB zu streichen. Hierzu wurde jedoch eingewandt, dass über diese Frage bereits gesondert abgestimmt worden sei.³³¹

Fazit: Die Teilnehmer kamen überein, die folgende Frage zur Abstimmung zu stellen:

Frage 6: Soll § 184i StGB gestrichen werden?

Abstimmung: Ja: 2 Mitglieder; Nein: 8 Mitglieder

VIII. Impuls zum Themenkomplex 3: „Reformbedarf bei den Straftatbeständen des sexuellen Missbrauchs von Kindern und Jugendlichen und des sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen“

Frau Dr. Bezjak hielt ein Impulsreferat zum Thema „Neuere Entwicklungen zum sexuellen Missbrauch von Kindern und Jugendlichen mittels Informations- und Kommunikationstechnologie“ (**Anlage 3**).

Einleitend führte Frau Dr. Bezjak aus, dass auf internationaler Ebene ein Fokus auf neue Phänomene gelegt werde, bei denen Informations- oder Kommunikationstechnologie zum Einsatz komme und sich die Frage stelle, ob ein sexueller Missbrauch von Kindern und /

³³¹ Vgl. Protokoll der 19. Sitzung der Reformkommission, Punkt VIII.

oder Jugendlichen vorliege. Im Einzelnen handele es sich dabei um die folgenden Phänomene:

- **Selbst hergestelltes Bild- oder Filmmaterial mit sexuellem Inhalt**

- **Sexual coercion and extortion („Sextortion“)**

Der Täter drohe dem Opfer mit der Verbreitung von Bild- oder Filmmaterial, welches das Opfer in sexuellem Kontext zeige, wenn sich das Opfer dem Täter nicht sexuell hingeebe oder weiteres Material von sich im sexualisierten Kontext übersende.

Mögliche strafrechtliche Vorschriften:

- § 177 Abs. 2 Nr. 5 StGB (Sexueller Übergriff, Sexuelle Nötigung, Vergewaltigung)
- § 240 Abs. 1 StGB (Nötigung)
- § 184b Abs. 3 StGB (Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften)
- § 184c Abs. 3 StGB (Verbreitung, Erwerb und Besitz jugendpornographischer Schriften)

- **Verbreitung der Bilder ohne Nötigung**

Der Täter verbreite Bilder, die das Opfer in einem sexualisierten Kontext zeigten, um dem Opfer zu Schaden („Cyberbullying“). Dieses Phänomen komme häufig nach beendeten Beziehungen vor („Revenge Porn“).

Mögliche strafrechtliche Vorschriften:

- § 22 i. V. m. § 33 Kunsturhebergesetz
- § 184 Abs. 1 Nr. 6 StGB (Verbreitung pornographischer Schriften)
- § 184b Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 StGB (Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften)
- § 184c Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 StGB (Verbreitung, Erwerb und Besitz jugendpornographischer Schriften)
- § 201a Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2 StGB (Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen)

- **Kommerzielle Ausbeutung von Kindern**

- Anbieten von Live-Übertragungen, die gegen Entgelt den sexuellen Missbrauch von Kindern oder Jugendlichen zeigen (**Live-Streaming**)

Mögliche strafrechtliche Vorschriften:

- § 176 Abs. 1, 2 und 4 Nr. 2 StGB (Sexueller Missbrauch von Kindern)
 - § 180 Abs. 2 StGB (Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger)
- Vorhalten von kinder- bzw. jugendpornographischem Material im Darknet, um Konsumenten das Betrachten bzw. Herunterladen gegen Entgelt zu ermöglichen (**Bad Hosting**)

Mögliche strafrechtliche Vorschriften:

- § 184b Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2 und 3 StGB (Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften)
- § 184c Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2 und 3 StGB (Verbreitung, Erwerb und Besitz jugendpornographischer Schriften)
- § 184d Abs. 1 Satz 1 StGB (Zugänglichmachen pornographischer Inhalte mittels Rundfunk- oder Telemedien; Abruf kinder- und jugendpornographischer Inhalte mittels Telemedien)

- **Sex chatting / Sexting**

Übersenden und Empfangen von Fotos, Videos oder Textnachrichten mit sexuellem Inhalt über WhatsApp, Snapchat, Threema etc.

Mögliche strafrechtliche Vorschriften:

- § 176 Abs. 4 Nr. 3 und 4 StGB (Sexueller Missbrauch von Kindern)
- § 184b Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 StGB (Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften)
- § 184c Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 StGB (Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften)
- § 238 Abs. 1 Nr. 2 StGB (Nachstellung)

- **Sexueller Missbrauch in virtuellen Welten**

Täter und Opfer bewegen sich in einer virtuellen Computerwelt, in der sie Avatare animieren, die auf diese Weise sexuelle Handlungen aneinander vornehmen.

Frau Dr. Bezjak stellte im Folgenden dar, inwieweit die Phänomene vom deutschen Strafrecht erfasst seien, wobei sie einen Schwerpunkt auf den sexuellen Missbrauch in virtuellen Welten legte. Im Hinblick auf die übrigen Phänomene hob Frau Dr. Bezjak hervor, dass

§ 180 Abs. 2 StGB und § 182 Abs. 2 StGB nicht kongruent seien. § 180 Abs. 2 StGB (Bestimmen einer Person unter 18 Jahren zu sexuellen Handlungen gegen Entgelt) greife auch bei sexuellen Handlungen *ohne* Körperkontakt ein, während § 182 Abs. 2 StGB (Vornahme von sexuellen Handlungen an einer Person unter 18 Jahren gegen Entgelt) nur sexuelle Handlungen *mit* Körperkontakt erfasse.

In Bezug auf den sexuellen Missbrauch in virtuellen Welten differenzierte Frau Dr. Bezjak zwischen den Avataren, die sexuelle Handlungen aneinander vornehmen und daher kinder- oder jugendpornographisches Material darstellen könnten und den Spielern, die die Avatare aktiv zu diesen Handlungen animieren. Letzteres könne einen sexuellen Missbrauch darstellen, wenn einer der Spieler ein Kind oder Jugendlicher sei.

1. Bewertung der virtuellen sexuellen Interaktion zwischen den Avataren

Frau Dr. Bezjak stellte dar, dass es sich bei einer solchen Interaktion um eine wirklichkeitsnahe oder fiktive kinder- bzw. jugendpornographische Schrift im Sinne von § 184b Abs. 1 Nr. 1 StGB bzw. im Sinne von § 184c Abs. 1 Nr. 1 StGB handeln könne. Die Vorschriften verwiesen auf § 11 Abs. 3 StGB, so dass über § 11 Abs. 3 StGB der Datenspeicher der Schrift gleichgestellt sei. Nach h. M. begründe bereits die vorübergehende Ablage der Daten im Arbeitsspeicher des Empfängerrechners die Datenträgereigenschaft, so dass insoweit vom Vorliegen einer Schrift ausgegangen werden könne. Schließe man sich dieser Auffassung nicht an, kämen die §§ 184b und 184c StGB nicht zur Anwendung und die Prüfung müsse sich auf § 184d StGB beschränken.

§ 184b Abs. 1 Nr. 4 StGB bzw. § 184c Abs. 1 Nr. 4 StGB kämen in der Regel nicht zur Anwendung, weil der Täter nicht in der Absicht handele, die Interaktion der Avatare zu verbreiten, öffentlich zugänglich zu machen, einer anderen Person den Besitz daran zu verschaffen oder mittels Rundfunk oder Telemedien zugänglich zu machen. Dem Spieler komme es vielmehr auf die Betrachtung der sexuellen Animation im Zeitpunkt ihrer Vornahme an.

Ferner sei auch das Vorliegen einer Besitzverschaffung im Sinne des § 184b Abs. 3 StGB bzw. § 184c Abs. 3 StGB zweifelhaft. Die Spieler stellten die sexuelle Interaktion überhaupt erst her, ohne dass es eine hinreichende Verkörperung daran bzw. einen Besitzverschaffungswillen gebe. Eine andere Auffassung sei hier aber vor dem Hintergrund vertretbar, dass bereits das Abspeichern von Bildern im Cache-Speicher sowie der Download in den Arbeitsspeicher mit der bloßen Möglichkeit einer permanenten Speicherung nach der Rechtspre-

chung für ein Verbreiten von Kinderpornographie ausreichend sei, so dass im Gegenzug auch eine Besitzverschaffung zu bejahen sein könnte.

Darüber hinaus komme eine Strafbarkeit nach § 184d StGB in Bezug auf die aktiven Spieler nicht in Betracht. Denn der Spieler mache die kinderpornographische Schrift nicht einer anderen Person mittels Telemedien zugänglich. Der andere Spieler sei vielmehr Teil der Interaktion und daher keine andere Person im Sinne des § 184d Abs. 1 Satz 1 StGB. Die aktiven Spieler würden auch keine Kinderpornographie im Sinne des § 184d Abs. 2 Satz 1 StGB abrufen, da sie die virtuelle Sexualität überhaupt erst herstellten. Allerdings könnten sich die aktiven Spieler nach § 184d Abs. 1 Satz 1 StGB strafbar machen, soweit sie die virtuelle Interaktion einem unbeteiligten betrachtenden dritten Spieler zugänglich machten. Der betrachtende dritte Spieler könne sich seinerseits nach § 184d Abs. 2 Satz 1 StGB strafbar machen, indem er den Inhalt abrufe.

Diskussion:³³²

Teilweise wurde die Frage aufgeworfen, ob es überhaupt sinnvoll sei, fiktive Kinderpornographie zu erfassen. Diese Problematik wurde jedoch von den Mitgliedern der Reformkommission in der Vergangenheit bereits behandelt.³³³

Darüber hinaus wurde die Auffassung vertreten, dass es in Bezug auf § 184d StGB unstim- mig sei, wenn sich die aktiven Täter nicht bzw. nur im Hinblick auf einen betrachtenden drit- ten Spieler strafbar machten, während der betrachtende dritte Spieler einer Strafbarkeit zu- geführt werde.

2. Sexueller Missbrauch von Kindern und Jugendlichen

a) Im Hinblick auf die aktiven Spieler stellte Frau Dr. Bezjak zunächst die möglichen Straftat- bestände dar, die in Betracht kommen, wenn einer der aktiven Spieler ein Kind sei. Sexuelle Missbrauchshandlungen mit Körperkontakt nach **§ 176 Abs. 1 StGB** schloss sie dabei aus. Zwar sei es möglich, dass das Kind einen Anzug trage bzw. einen Gegenstand in sich einge- führt habe, welcher die Bewegungen, die die animierten Avatare an sich vornehmen, mittels Sensoren auf den Körper des Kindes übertrage. Diese Technik stelle aber keinen hinrei- chenden körperlichen Kontakt des erwachsenen Spielers am Körper des Kindes dar.

Diskussion:

³³² Die Diskussionen fanden erst im Anschluss an den Impulsvortrag statt, werden aber aus Gründen der Übersichtlichkeit den einzelnen Punkten zugeordnet.

³³³ Vgl. Protokoll der 24. Sitzung der Reformkommission, Punkt V.

Es wurde darauf hingewiesen, dass man sich im Hinblick auf das Tragen von Anzügen, die die virtuelle Animationen körperlich spürbar übertragen, Gedanken darüber machen müsse, ob eine Strafbarkeit angezeigt sei. Man könne argumentieren, dass es keinen großen Unterschied mache, ob der Täter unmittelbar am Körper des Kindes sexuelle Handlungen selbst vornehme oder ob er diese mittels einer Fernsteuerung am Kind vornehme.

b) Hinsichtlich der sexuellen Missbrauchshandlungen ohne Körperkontakt schloss Frau Dr. Beznak **§ 176 Abs. 4 Nr. 1 und Nr. 2 StGB** als mögliche Straftatbestände aus, da der Täter nicht selbst sexuell vor dem Kind agiere bzw. das Kind nicht vor dem Täter. Eine Strafbarkeit nach **§ 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB** komme in Betracht, wenn der erwachsene Spieler den kindlichen Spieler auffordere, sexuelle Handlungen mit Hilfe der Avatare zu animieren und dabei die Absicht verfolge, das Kind später in der realen Welt sexuell zu missbrauchen. Denn in diesem Fall wirke der Täter auf das Kind mittels LuK ein, um es sexuell zu missbrauchen (§ 176 Abs. 4 Nr. 3 Buchstabe a StGB). Die Absicht, sich den Besitz an Kinderpornographie zu verschaffen (§ 176 Abs. 4 Nr. 3 Buchstabe b, 2. Variante StGB), dürfte demgegenüber in der Regel nicht vorliegen, weil nach Auffassung von Frau Dr. Beznak in der Animation der Avatare und damit in der Herstellung fiktiver oder wirklichkeitsnaher Kinderpornographie nicht gleichzeitig eine Besitzverschaffung liege. Ferner lehnte Frau Dr. Beznak eine Strafbarkeit nach **§ 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB** ab, weil der erwachsene Spieler dem Kind die virtuelle Animation nicht zugänglich mache, sondern diese gemeinsam mit dem Kind erst herstelle.

Im Hinblick auf einen jugendlichen Spieler konnte Frau Dr. Beznak eine Strafbarkeit wegen des sexuellen Missbrauchs von Jugendlichen nicht ausmachen.

Diskussion:

Hinsichtlich der Strafbarkeit nach § 176 Abs. 4 Nr. 2 StGB wurde die Frage aufgeworfen, ob dieser nicht doch erfüllt sei. Nach dieser Vorschrift sei es lediglich erforderlich, dass das Kind dazu bestimmt werde, sexuelle Handlungen vorzunehmen. Eine solche sexuelle Handlung könne die Animation des Avatars sein, so dass dieser virtuell sexuell agiere. Vergleichbares gelte auch für § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB. Der Täter müsse lediglich eine sexuelle Handlung vor einem Kind vornehmen. Die virtuelle sexuelle Handlung der Avatare werde durch den Täter veranlasst und erfolge vor dem Kind.

Dagegen wurde vorgebracht, dass § 176 Abs. 4 Nr. 1 und Nr. 2 StGB gegenwärtig so verstanden werde, dass der Täter eine sexuelle Handlung an seinem Körper oder an dem Körper eines Dritten vor dem Kind vornehmen müsse bzw. dass das Kind eine sexuelle Hand-

lung mit seinem Körper vornehmen müsse. Im Hinblick auf § 176 Abs. 4 Nr. 2 StGB habe der Gesetzgeber klargestellt, dass auch das sogenannte Posing erfasst sei, indem er den Wortlaut so gefasst habe, dass das Kind die sexuelle Handlung nicht „an sich“ vornehmen müsse. Die Vornahme virtueller sexueller Handlungen mittels Avataren dürfte der Gesetzgeber nicht im Sinn gehabt haben. Eine solche Interpretation sei auch zu weitgehend. Anderenfalls wäre die Verbreitung von kinderpornographischem Material eine sexuelle Handlung.

Zu § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB wurde ganz überwiegend die Auffassung vertreten, dass dieser Tatbestand erfüllt sei, wenn ein erwachsener Spieler mit einem kindlichen Spieler virtuelle sexuelle Handlungen vornehme. Dem Kind werde der pornographische Inhalt mittels IuK zugänglich gemacht.

Dagegen wurde vorgetragen, dass § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB ein Einwirken voraussetze, welches nahe lege, dass der Täter etwas zugänglich mache, was bereits hergestellt sei. Das gemeinsame virtuelle Agieren passe dazu nicht. Ferner müsse man sich fragen, ob nicht der Anbieter des virtuellen Computerspieles erst die virtuelle sexuelle Interaktion dem kindlichen Spieler zugänglich mache. Hinsichtlich der Verkörperung des pornographischen Inhalts wurde jedoch darauf hingewiesen, dass auch das Einwirken mit entsprechenden Reden bereits tatbestandlich sei. Die Reden seien nicht verkörpert.

Bezüglich § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB bestand jedenfalls Einigkeit, dass die virtuelle Interaktion unter der Beteiligung eines Kindes als Spieler strafrechtlich erfasst sein müsse.

3. Ergebnis

Zum Fazit führte Frau Dr. Bezzak aus, es sei nicht zu beanstanden, dass die sexuelle Animation mit einem Avatar mit kindlichem oder jugendlichem Erscheinungsbild weitestgehend nicht strafrechtlich erfasst werde. Der sexuelle Missbrauch von Kindern werde durch die Tat nicht gefördert. Es gebe auch keine validen Forschungsergebnisse, denen sich entnehmen ließe, dass pädophile Menschen aufgrund der virtuellen Animation dazu angehalten würden, sexuelle Handlungen an echten Kindern vorzunehmen. Im Hinblick auf den sexuellen Missbrauch von Kindern sei es inkonsequent, dass sich zwar gemäß § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB strafbar mache, wer dem Kind eine pornographische Abbildung präsentiere, nicht aber, wer zusammen mit dem Kind virtuelle pornographische Handlungen erzeuge.

Diskussion:

Die Teilnehmer diskutierten, ob zu dem Themenkomplex eine Frage zur Abstimmung gestellt werden solle. Davon ausgehend, dass § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB einschlägig sei, bestand wei-

testgehend Konsens, dass derzeit in Bezug auf das sexuelle Agieren in virtuellen Welten kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf bestehe. Vereinzelt wurde darauf hingewiesen, dass das Phänomen stärker beobachtet werden müsse, weil es bislang bei den Strafverfolgungsbehörden hierzu keine Erkenntnisse gebe.

Fazit: Die Teilnehmer kamen überein, die folgende Frage zur Abstimmung zu stellen:

Im Hinblick auf die Möglichkeiten sexualbezogenen Agierens in virtuellen Welten besteht jedenfalls derzeit kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf im Bereich des Sexualstrafrechts.

Abstimmung: Ja: 10 Mitglieder; Nein: 0 Mitglieder

IX. Empfehlungen der Reformkommission

Frau Bunke führte in die Empfehlungen ein. Dabei nahm sie Bezug auf die vorab per E-Mail versandten Empfehlungsvorschläge, welche neben den Empfehlungen die bislang vorhandenen Abstimmungsergebnisse als Anlagen enthielten. Frau Bunke wies darauf hin, dass man bemüht gewesen sei, die Empfehlungen vor dem Hintergrund der Abstimmungsergebnisse so zu fassen, dass sie möglichst von allen mitgetragen werden könnten. Die Empfehlungen seien teilweise recht kleinteilig gefasst. Es stehe den Mitglieder der Reformkommission selbstverständlich frei, die Empfehlungen zu streichen oder zu ändern.

Es sei geplant, den Bericht so zu fassen, dass zu jedem Themenkomplex der Gang der Beratung mit den konkreten Abstimmungsergebnissen dargestellt werde. Die Empfehlungen würden in einem eigenen Komplex dargestellt und jeweils mit einer Begründung versehen. Aus der Begründung sollen dabei auch die wesentlichen Punkte hervorgehen, die für die ursprüngliche Stimmabgabe maßgeblich waren, aber in der Empfehlung selbst keinen Niederschlag finden (z. B. Streichung einer Strafvorschrift nur unter der Voraussetzung, dass die Tathandlung als Ordnungswidrigkeit geahndet werden kann). Bei den Empfehlungen müsse darauf geachtet werden, dass der gesamte Diskussionsverlauf zum 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB im Wesentlichen abgedeckt werde.³³⁴

Die Teilnehmer diskutierten darüber, ob das Ergebnis der Abstimmungen über die Empfehlungen zahlenmäßig aufgeführt werden solle. Alternativ könne man Kategorien wie „einstimmig“, „mit großer Mehrheit“ etc. bilden und diese in den Empfehlungstext aufnehmen.

³³⁴ Vgl. im Einzelnen Protokoll der 23. Sitzung der Reformkommission, Punkt V.

Für die Bildung von Kategorien wurde angeführt, dass es für den Leser des Berichtes nicht wichtig sei, in welchem zahlenmäßigen Verhältnis die Empfehlung angenommen worden sei. Entscheidend sei vielmehr, ob sie einstimmig oder mit großer Mehrheit bzw. einfach nur mehrheitlich angenommen worden sei. Ferner wäre es schwierig zu erklären, wenn das Abstimmungsergebnis zu den Empfehlungen von dem Abstimmungsergebnis zu den einzelnen Fragen abweiche. Darüber hinaus dauere es zu lange, wenn über jede Empfehlung erneut kleinteilig abgestimmt werde.

Für eine Abstimmung unter Nennung des jeweiligen Abstimmungsergebnisses wurde angeführt, dass jedes Mitglied das Recht habe, Sachverhalte neu zu bewerten und entsprechend anders über die Empfehlung abzustimmen als über die Fragenkataloge. So könne man seine Meinung geändert haben, weil man im Zuge der Diskussionen durch bessere Argumente überzeugt worden sei, von seiner ursprünglichen Haltung abzuweichen. Man könne aber auch eine Empfehlung mittragen, obwohl man sich seinerzeit bei der Abstimmung der Fragen anders verhalten habe, weil man z. B. in der Abwägung keine erneute Gesetzesänderung einer neu eingeführten Norm wünsche. Insofern könnten abweichende Ergebnisse zwischen den einzelnen Abstimmungsergebnissen durchaus plausibel sein. In zeitlicher Hinsicht mache es ohnehin keinen Unterschied, weil auch ohne eine zahlenmäßige Abstimmung über Formulierungen der Empfehlungen gesprochen werden müsse.

Im Ergebnis sprachen sich die Mitglieder der Reformkommission dafür aus, in der Empfehlung selbst anzugeben, wenn eine Entscheidung einstimmig oder mit großer Mehrheit getroffen sei. Eine große Mehrheit liege vor, wenn sich 11 oder 10 Mitglieder der Reformkommission für eine Empfehlung aussprechen. Enthaltungen würden im Ergebnis wie Nein-Stimmen gewertet.

Themenkomplex 1: Reformbedarf bei § 177 StGB – Das Für und Wider einer Einverständnislösung und von alternativen Regelungsmöglichkeiten

Frau Bunke wies einleitend darauf hin, dass die Überschrift zu diesem Themenkomplex noch geändert werden müsse. Denn unter dem Themenkomplex 1 würden sehr unterschiedliche Fragen wie z. B. auch Fragen zu § 184i StGB (Sexuelle Belästigung) und § 184j StGB (Straftaten aus Gruppen) behandelt.

1. Die Neuregelung des § 177 StGB

Die Empfehlungen 1 bis 5 gehen zurück auf das von Frau Prof. Hörnle gehaltene Impulsreferat „Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung“³³⁵ und das von Herrn Dr. Simon gehaltene Impulsreferat „Wertungswidersprüche und Systemwidrigkeiten im 13. Abschnitt des StGB“³³⁶ zurück. Die zugrundeliegenden Fragen wurden in der 23. Sitzung der Reformkommission diskutiert und zur Abstimmung gestellt.³³⁷ In der 25. Sitzung der Reformkommission wurden die nachgereichten Abstimmungsergebnisse verkündet.³³⁸

Empfehlung 1³³⁹

Die Reformkommission ist sich darin einig, dass § 177 StGB a. F. wegen Strafbarkeitslücken reformbedürftig war. Allerdings hält sie es für erforderlich, § 177 StGB in der Fassung des 50. StrÄndG zu überarbeiten. Im Übrigen empfiehlt die Reformkommission die Bewährung der „Nein-heißt-Nein“-Lösung in der Praxis kritisch zu verfolgen.

Frau Bunke führte aus, dass die Empfehlung 1 eine große Herausforderung gewesen sei. Es hätten sich im Zuge der Abstimmung zu der zugrundeliegenden Frage 6 Mitglieder der Reformkommission für die Erhaltung der „Nein-heißt-Nein“-Lösung ausgesprochen und 6 Mitglieder dagegen. Dieser Punkt sei jedoch so wichtig, dass versucht worden sei, eine Empfehlung zu formulieren, die nach Möglichkeit die gesamte Reformkommission mittragen könne. Man habe daher im Vorfeld der 25. Sitzung ursprünglich die folgende Empfehlung als Vorschlag übermittelt:

„Die Reformkommission hält es für richtig, dass der Straftatbestand des § 177 StGB a. F. zur Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung geändert wurde und empfiehlt, den Umgang der Praxis mit der „Nein-heißt-Nein“-Lösung kritisch zu verfolgen.“

Ein Mitglied der Reformkommission habe daraufhin ebenfalls im Vorfeld der 25. Sitzung den folgenden Gegenvorschlag per E-Mail unterbreitet:

„Die Kommission ist sich darin einig, dass § 177 StGB a. F. reformbedürftig war.

³³⁵ Vgl. Protokoll der 21. Sitzung der Reformkommission, Punkt VII. Siehe zum Entwurf des 50. Strafrechtsänderungsgesetzes zur Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung auch Bunke, Protokoll der 19. Sitzung der Reformkommission, Punkt III. sowie zum Reformbedarf des § 177 StGB a. F. generell, insbesondere die Protokolle der 2., 3., 4. und 7. Sitzung der Reformkommission.

³³⁶ Vgl. Protokoll der 14. Sitzung der Reformkommission, Punkt III.

³³⁷ Vgl. Protokoll der 23. Sitzung der Reformkommission, Punkt IV. und Punkt VI.

³³⁸ Siehe oben, Punkt IV.

³³⁹ Die Empfehlung geht zurück auf Frage 1 zur Neuregelung des § 177 StGB, siehe oben, Punkt IV. Vgl. ferner Frage 4 zum Reformbedarf bei § 177 StGB, in: Protokoll der 8. Sitzung der Reformkommission, Punkt III.

Ein Teil (die Hälfte?) der Kommission spricht sich für eine Rücknahme der "Nein-heißt-Nein"-Lösung des geltenden Rechts aus. Der andere Teil der Kommission unterstützt die "Nein-heißt-Nein"-Lösung oder akzeptiert jedenfalls die vom Gesetzgeber insoweit getroffene Grundentscheidung.“

Bei der von BMJV vorgeschlagenen Lösung könne anderenfalls der Eindruck entstehen, dass die Reformkommission mit der gegenwärtigen Fassung des § 177 StGB zufrieden sei. Es bestand Konsens, dass ein solcher Eindruck auf keinen Fall entstehen dürfe. Aus diesem Grund solle in die Empfehlung aufgenommen werden, dass es zwar für richtig gehalten werde, bestehende Strafbarkeitslücken zu schließen, dass aber § 177 StGB in seiner gegenwärtigen Fassung überarbeitungsbedürftig sei.

Die Teilnehmer diskutierten, ob die Forderung, den Umgang der Praktiker mit § 177 StGB kritisch zu verfolgen, überhaupt eine Empfehlung darstelle. Dies wurde jedoch überwiegend bejaht, da hierdurch zum Ausdruck gebracht werde, dass die Vorschrift für die Praxis Probleme aufweisen könne und zu beobachten sei, wie diese gelöst würden.

Vereinzelt wurde erwogen, die Empfehlung aufgrund ihrer Komplexität nicht als Empfehlung 1 an den Anfang zu stellen. Dagegen wurde jedoch angeführt, dass man sich in Bezug auf die grundlegenden Fragen gleich zu Anfang positionieren solle.

Fazit: Die Empfehlung wurde wie oben ersichtlich neu gefasst.

Abstimmung: Annahme: 9 Mitglieder; Ablehnung: 0 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Empfehlung 2³⁴⁰

Die Reformkommission empfiehlt, die Nötigungstatbestände und die Übergriffstatbestände des § 177 StGB in getrennten Vorschriften zu regeln.

Fazit: Die Empfehlung blieb unverändert.

Abstimmung: Annahme: 8 Mitglieder; Ablehnung: 0 Mitglieder; Enthaltung: 2 Mitglieder

Empfehlung 3³⁴¹

³⁴⁰ Die Empfehlung geht zurück auf Frage 4 zur Neuregelung des § 177 StGB, siehe oben, Punkt IV.

³⁴¹ Die Empfehlung geht zurück auf Frage 5 zur Neuregelung des § 177 StGB, siehe oben, Punkt IV.

Die Reformkommission empfiehlt, die Tatvariante des § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB (erhebliche Einschränkung der Willensbildung oder –äußerung) zu streichen.

Ein Teilnehmer hob hervor, dass es wichtig sei, in der Begründung dieser Empfehlung deutlich zu machen, dass es bei der zugrundeliegenden Frage mehrere Gründe dafür gab, mit „Nein“ zu stimmen.

Fazit: Die Empfehlung blieb unverändert.

Abstimmung: Annahme: 7 Mitglieder; Ablehnung: 2 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Empfehlung 4³⁴²

Die Reformkommission empfiehlt, den Qualifikationstatbestand des § 177 Abs. 4 StGB, wonach die Unfähigkeit einen Willen zu bilden oder zu äußern straferschwerend wirken soll, wenn sie auf einer Krankheit oder Behinderung des Opfers beruht, zu streichen.

Die Teilnehmer waren sich einig, dass im Klammerzusatz nicht lediglich auf „Krankheit oder Behinderung des Opfers“ abgestellt werden soll, sondern nach Möglichkeit der Wortlaut des Tatbestandes abgebildet werden soll.

Fazit: Die Empfehlung wurde wie oben ersichtlich ergänzt.

Abstimmung: Annahme: 8 Mitglieder; Ablehnung: 2 Mitglieder

Empfehlung 5³⁴³

Die Reformkommission empfiehlt, den Qualifikationstatbestand des § 177 Abs. 5 Nr. 3 StGB (Ausnutzen der schutzlosen Lage) zu streichen.

Fazit: Die Empfehlung blieb unverändert.

Abstimmung: Annahme: 8 Mitglieder; Ablehnung: 2 Mitglieder

³⁴² Die Empfehlung geht zurück auf Frage 8 zur Neuregelung des § 177 StGB, siehe oben, Punkt IV.

³⁴³ Die Empfehlung geht zurück auf Frage 10 zur Neuregelung des § 177 StGB, siehe oben, Punkt IV.

2. § 184i StGB (Sexuelle Belästigung)

Die Empfehlungen 1 bis 4 gehen auf das von Frau Dr. Bezjak gehaltene Impulsreferat „Der Straftatbestand der sexuellen Belästigung“ zurück.³⁴⁴ Die zugrundeliegenden Fragen wurden in der 23. bzw. in der 25. Sitzung der Reformkommission diskutiert und zur Abstimmung gestellt.³⁴⁵ In der 25. Sitzung der Reformkommission wurden die nachgereichten Abstimmungsergebnisse verkündet, wobei die Verkündung zur Streichung des § 184i StGB naturgemäß noch aussteht.³⁴⁶

Empfehlung 1³⁴⁷

Die Reformkommission empfiehlt, den Straftatbestand der sexuellen Belästigung beizubehalten.

Ein Teilnehmer warf die Frage auf, ob die Empfehlung erforderlich sei. Dies wurde bejaht, da es sich um eine Vorschrift handele, die mit dem Gesetz zur Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung neu eingeführt worden sei.

Fazit: Die Empfehlung blieb unverändert.

Abstimmung: Annahme: 8 Mitglieder; Ablehnung: 2 Mitglieder

Empfehlung 2³⁴⁸

Die Reformkommission empfiehlt, das Tatbestandsmerkmal „in sexuell bestimmter Weise“ in dem Straftatbestand des § 184i Abs. 1 StGB zu objektivieren.

Fazit: Die Empfehlung wurde redaktionell verändert.

Abstimmung: Annahme: 6 Mitglieder; Ablehnung: 2 Mitglieder; Enthaltung: 2 Mitglieder

Empfehlung 3³⁴⁹

³⁴⁴ Vgl. Protokoll der 20. Sitzung der Reformkommission, Punkt IV.; vgl. auch das Impulsreferat von Frau Dr. Herrmann, in: Protokoll der 4. Sitzung der Reformkommission, Punkt III.2.

³⁴⁵ Vgl. Protokoll der 23. Sitzung der Reformkommission, Punkt III. sowie oben Punkt VII.

³⁴⁶ Siehe oben, Punkt III.

³⁴⁷ Die Empfehlung geht zurück auf die in dieser Sitzung neu zur Abstimmung gestellten Frage zur Streichung des § 184i StGB, siehe oben Punkt VII.

³⁴⁸ Die Empfehlung geht zurück auf Frage 1 zur Neuregelung der sexuellen Belästigung, siehe oben, Punkt III.

Die Reformkommission empfiehlt, die Subsidiaritätsklausel des Straftatbestandes des § 184i Abs. 1 StGB („...wenn nicht die Tat in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist.“) dahingehend zu modifizieren, dass sie nur greift, wenn die Tat nicht in einer anderen Vorschrift des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des StGB mit schwererer Strafe bedroht ist.

Fazit: Die Empfehlung blieb unverändert.

Abstimmung: Annahme: 10 Mitglieder; Ablehnung: 0 Mitglieder

Empfehlung 4³⁵⁰

Die Reformkommission empfiehlt, § 184i Abs. 2 StGB (besonders schwerer Fall) zu streichen.

Fazit: Die Empfehlung blieb unverändert.

Abstimmung: Annahme: 10 Mitglieder; Ablehnung: 0 Mitglieder

X. Sitzungsende

Frau Bunke schloss die Sitzung um 17.00 Uhr.

³⁴⁹ Die Empfehlung geht zurück auf Frage 3 zur Neuregelung der sexuellen Belästigung, siehe oben, Punkt III.

³⁵⁰ Die Empfehlung geht zurück auf Frage 4 zur Neuregelung der sexuellen Belästigung, siehe oben, Punkt III.

26. Sitzung am 13. Januar 2017

Protokoll
der 26. Sitzung der Reformkommission
zur Überarbeitung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches
im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
am 13. Januar 2017
11:00 – 17:00 Uhr

I. Anwesenheit

1. Mitglieder der Reformkommission

- Frau LOStAin Birgit Cirullies (bis zu TOP III. inkl. Empfehlung 5 zu § 174 StGB)
- Frau RAin Christina Clemm
- Herr Prof. Dr. Jörg Eisele
- Frau Prof. Dr. Tatjana Hörnle
- Herr StA Christian Kohle
- Herr Prof. Dr. Klaus Laubenthal
- Herr MR Peter Marx
- Frau RinBGH Dr. Ursula Schneider
- Herr KD Jürgen Thiele
- Frau RAin Elke Thom-Eben
- Herr Prof. Dr. Gereon Wolters (bis zu TOP III. inkl. Empfehlung 5 zu § 174 StGB)

An der Teilnahme verhindert war:

- Frau RinOLG Andrea Röhrig

2. Für das BMJV

- Frau RLn II A 7 Susanne Bunke
- Frau RDn Dr. Garonne Bezjak
- Frau Jenny Barthel

II. Eröffnung der Sitzung und Begrüßung der Mitglieder

Frau Bunke begrüßte die Teilnehmer und eröffnete die Sitzung.

III. Fortsetzung der Diskussion zu den Empfehlungen der Reformkommission

Die Mitglieder der Reformkommission stimmten in der 25. Sitzung der Reformkommission über die Empfehlungen zum Themenkomplex 1: „Reformbedarf bei § 177 StGB – Das Für und Wider einer Einverständnislösung und von alternativen Regelungsmöglichkeiten“ und hier zu den Fragen 1 bis 5 zur Neuregelung des § 177 StGB sowie zu den Fragen 1 bis 4 zur Neuregelung des § 184i StGB ab.³⁵¹

Die Abstimmung über die Empfehlungen wurde mit dem Themenkomplex 3: „Sexueller Missbrauch von Kindern und Jugendlichen und sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen“ fortgesetzt.

1. Themenkomplex 3: „Sexueller Missbrauch von Kindern und Jugendlichen und sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen“

Die Reformkommission hörte zu diesem Themenkomplex den Unabhängigen Beauftragten zu Fragen des sexuellen Kindesmissbrauchs, Herrn Johannes-Wilhelm Rörig, sowie zu den Schutzaltersstufen den Direktor der Kinder- und Jugendpsychiatrie und Psychotherapie – Klinikum Stuttgart, Herrn Prof. Dr. Michael Günter, an.³⁵²

a) Sexueller Missbrauch von Kindern

Die Empfehlungen 1 bis 8 gehen zurück auf das von Frau Dr. Beznak gehaltene Impulsreferat „Der Reformbedarf beim sexuellen Missbrauch von Kindern“³⁵³ und auf das von Herrn Prof. Wolters gehaltene Impulsreferat „Wertungswidersprüche bei den Schutzaltersgrenzen im dreizehnten Abschnitt des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs(?)“³⁵⁴. Die zugrundeliegenden Fragen 1a bis c wurden in der 9. Sitzung der Reformkommission³⁵⁵, die zugrundeliegende Frage 1f in der 12. Sitzung³⁵⁶, die zugrundeliegende Frage 1k in der 13. Sitzung³⁵⁷ und die zugrundeliegenden Fragen 1l, m, o und p in der 14. Sitzung der Reformkommission³⁵⁸ diskutiert und zur Abstimmung gestellt. In der 10. Sitzung (Fragen 1a bis c), 13. Sitzung

³⁵¹ Vgl. Protokoll der 25. Sitzung der Reformkommission, Punkt IX.

³⁵² Vgl. Protokoll der 5. Sitzung der Reformkommission, Punkt III.1. und 2.

³⁵³ Vgl. Protokoll der 5. Sitzung der Reformkommission, Punkt III.3.

³⁵⁴ Vgl. Protokoll der 6. Sitzung der Reformkommission, Punkt VI.

³⁵⁵ Vgl. Protokoll der 9. Sitzung der Reformkommission, Punkt VII.

³⁵⁶ Vgl. Protokoll der 12. Sitzung der Reformkommission, Punkt VI.

³⁵⁷ Vgl. Protokoll der 13. Sitzung der Reformkommission, Punkt VI.

³⁵⁸ Vgl. Protokoll der 14. Sitzung der Reformkommission, Punkt VI.

(Frage 1f) und 18. Sitzung (Fragen 1k, l, m, o und p) der Reformkommission wurden die nachgereichten Abstimmungsergebnisse verkündet.³⁵⁹

Empfehlung 1³⁶⁰

Die Reformkommission empfiehlt, für den absoluten Schutz vor sexuellen Handlungen an der bestehenden Schutzaltersgrenze festzuhalten (Personen unter 14 Jahren).

Es wurde in Erinnerung gerufen, dass Personen unter 14 Jahren (Kinder) nach dem Strafgesetzbuch einen absoluten Schutz vor sexuellen Handlungen genießen. Sie sollen von sexuellen Handlungen auch dann freigehalten werden, wenn sie sich mit der sexuellen Handlung einverstanden erklären. Dahinter steht die Überlegung, dass die Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung bei Kindern grundsätzlich noch nicht hinreichend ausgereift ist, so dass eine Einwilligung in sexuelle Handlungen nicht tragfähig ist.

Fazit: Die Empfehlung blieb unverändert.

Abstimmung: Annahme: 11 Mitglieder; Ablehnung: 0 Mitglieder

Empfehlung 2³⁶¹

Die Reformkommission empfiehlt, mit einer Regelung im StGB sicherzustellen, dass eine jugendliche Person nicht wegen des sexuellen Missbrauchs von Kindern bestraft werden muss, wenn der Altersunterschied zwischen Täter und Opfer gering ist.

Eingangs wurde erläutert, dass mit der vorgeschlagenen Empfehlung versucht wurde, den kleinsten gemeinsamen Nenner zu finden. Bei der zugrundeliegenden Frage hatten sich die Mitglieder der Reformkommission zwar dafür ausgesprochen, dass es möglich sein müsse, den Beschuldigten keiner Bestrafung zuzuführen, wenn der Altersunterschied zwischen Täter und Opfer gering sei. Dabei wurden jedoch verschiedene Möglichkeiten präferiert (minder schwerer Fall, tatbestandlicher Ausschluss und Absehen von Strafe).

Ganz überwiegend wurde in der Empfehlung kein Widerspruch dazu gesehen, dass Kinder einen absoluten strafrechtlichen Schutz vor sexuellen Handlungen genießen. Denn dies blei-

³⁵⁹ Vgl. Protokoll der 10. Sitzung der Reformkommission, Punkt III.; Protokoll der 13. Sitzung der Reformkommission, Punkt V. und Protokoll der 18. Sitzung der Reformkommission, Punkt V.7. und Punkt VII.

³⁶⁰ Die Empfehlung geht zurück auf Frage 1a zum sexuellen Missbrauch von Kindern, Protokoll der 10. Sitzung der Reformkommission, Punkt III.

³⁶¹ Die Empfehlung geht zurück auf Frage 1b zum sexuellen Missbrauch von Kindern, Protokoll der 10. Sitzung, Punkt III.

be auch dann die grundsätzliche Wertung des Gesetzgebers, wenn in engen Ausnahmefällen eine Bestrafung nicht erfolge. Auch gegenwärtig sei bereits ein Absehen von der Verfolgung nach § 45 des Jugendgerichtsgesetzes (JGG) oder eine Einstellung des Verfahrens nach § 47 JGG möglich, ohne dass dieser Umstand den absoluten Schutz in Frage stelle.

Teilweise wurde vertreten, dass eine spezielle Regelung im StGB wegen der Möglichkeit der Einstellung nach § 47 JGG entbehrlich sei. Diesbezüglich wurde jedoch darauf hingewiesen, dass es gemäß § 47 Abs. 2 JGG der Zustimmung der Staatsanwaltschaft bedürfe. Ferner sei es zu begrüßen, wenn der Gesetzgeber für die spezielle Konstellation der geringen Altersunterschiede ausdrücklich zu erkennen gebe, dass ein strafwürdiges Verhalten nicht vorliege. Außerdem würde das Absehen von Strafe der Einstellung als Rechtsfolgenentscheidung vorausgehen.

Die Teilnehmer verständigten sich darauf, in der Empfehlung nicht von „Person“, sondern klarer von jugendlicher Person zu sprechen.

Fazit: Die Empfehlung wurde wie oben ersichtlich redaktionell verändert.

Abstimmung: Annahme: 7 Mitglieder; Ablehnung: 4 Mitglieder

Empfehlung 3³⁶²:

Die Reformkommission empfiehlt, die Grundtatbestände des sexuellen Missbrauchs von Kindern nach § 176 Abs. 1 und 2 StGB um einen minder schweren Fall zu ergänzen.

Es wurde angeregt, das Wort „bzw.“ zwischen den Absätzen des § 176 StGB durch das Wort „und“ zu ersetzen.

Fazit: Die Empfehlung wurde wie oben ersichtlich redaktionell verändert.

Abstimmung: Annahme: 10 Mitglieder; Ablehnung: 1 Mitglied

Empfehlung 4³⁶³:

³⁶² Die Empfehlung geht zurück auf Frage 1b zum sexuellen Missbrauch von Kindern, Protokoll der 10. Sitzung, Punkt III.

Die Reformkommission empfiehlt, § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB dahingehend zu ergänzen, dass sich auch strafbar macht, wer vor einem Kind sexuelle Handlungen durch einen Dritten an sich vornehmen lässt.

Diese Empfehlung war in dem vorab übersandten Vorschlag nicht enthalten, weil sie bei der Vorbereitung als zu kleinteilig erschien. Die Reformkommission war sich jedoch einig, dass eine entsprechende Empfehlung ausgesprochen werden soll. Die Empfehlung wurde daher als Nummer 4 neu aufgenommen. Die nachfolgenden Empfehlungen verschieben sich in der Nummerierung entsprechend.

Fazit: Die Empfehlung wurde wie oben ersichtlich neu aufgenommen.

Abstimmung: Annahme: 11 Mitglieder; Ablehnung: 0 Mitglieder

Empfehlung 5³⁶⁴

Die Reformkommission empfiehlt, die Tatbestandsvarianten der §§ 176 Abs. 4 Nr. 3 („Grooming“) und Nr. 4 (Einwirken auf ein Kind durch Vorzeigen pornographischer Abbildungen etc.) StGB aus den in § 176 Abs. 5 StGB (Anbieten bzw. Nachweisen eines Kindes bzw. Verabredung zum sexuellen Kindesmissbrauch) genannten Bezugs-taten zu entfernen.

Fazit: Die Empfehlung blieb unverändert.

Abstimmung: Annahme: 9 Mitglieder; Ablehnung: 1 Mitglied; Enthaltung: 1 Mitglied

Empfehlung 6³⁶⁵

Die Reformkommission empfiehlt, die Tatbestandsvariante von § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB dahingehend zu erweitern, dass sich auch als Täter der Qualifikation strafbar macht, wer über 18 Jahre alt ist und das Kind zum Beischlaf mit einer Person unter achtzehn Jahren bestimmt.

³⁶³ Die Empfehlung geht zurück auf Frage 1f zum sexuellen Missbrauch von Kindern, Protokoll der 13. Sitzung, Punkt V.

³⁶⁴ Die Empfehlung geht zurück auf Frage 1k zum sexuellen Missbrauch von Kindern, Protokoll der 18. Sitzung, Punkt V.

³⁶⁵ Die Empfehlung geht zurück auf Frage 1l zum sexuellen Missbrauch von Kindern, Protokoll der 18. Sitzung, Punkt VII.

Die Teilnehmer riefen sich das zugrundeliegende Rechtsproblem in Erinnerung: Gemäß § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB wird der sexuelle Missbrauch von Kindern in den Fällen des § 176 Abs. 1 und 2 StGB mit Freiheitsstrafe nicht unter 2 Jahren bestraft, wenn eine Person über 18 Jahren mit dem Kind den Beischlaf etc. vollzieht. Gemäß § 176 Abs. 2 StGB wird bestraft, wer ein Kind dazu bestimmt, dass es sexuelle Handlungen mit einem Dritten vornimmt. Bestimme der Täter ein Kind im Sinne von § 176 Abs. 2 StGB dazu, mit einem Dritten den Beischlaf zu vollziehen, werde der Täter gegenwärtig nur dann nach der Qualifikation bestraft, wenn der Dritte über 18 Jahre alt sei. Dies werde aber dem Machtgefälle zwischen dem bestimmenden Täter und dem Kind nicht gerecht, wenn der bestimmende Täter seinerseits über 18 Jahre sei. Denn in diesem Fall bestünde zwischen dem bestimmenden Täter und dem Kind ein so großer Altersunterschied, dass sich das Kind dem Einfluss des bestimmenden Täters nur schwierig entziehen könne und die Bestrafung nach einer Qualifikation angezeigt sei. Diese Wertung beanspruche unabhängig vom Alter des den Beischlaf vollziehenden Dritten Geltung, da das Alter des Dritten auf das Machtgefälle zwischen dem nach § 176 Abs. 2 StGB bestimmenden Täter und dem Kind keinen Einfluss habe.

Umgekehrt sei das Verhalten eines Täters, der 18 Jahre oder jünger sei, und das Kind im Sinne von § 176 Abs. 2 StGB zu sexuellen Handlungen mit einem Dritten bestimme, weniger strafwürdig. Da zwischen dem höchstens 18 Jahre alten Täter und dem Kind kein vergleichbares Machtgefälle bestehe, sei dieser – unabhängig vom Alter des den Beischlaf verübenden Dritten – nicht wegen einer Qualifikation, sondern nur wegen § 176 Abs. 2 StGB zu bestrafen. Sei der den Beischlaf vollziehende Dritte bereits über 18 Jahre alt, mache er sich seinerseits gemäß § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB in Verbindung mit § 176 Abs. 1 StGB strafbar.

Die Teilnehmer verständigten sich wegen der Komplexität des Rechtsproblems darauf, statt der ursprünglich vorgesehenen einen Empfehlung, entsprechend der damals zur Abstimmung gestellten Fragen, zwei Empfehlungen auszusprechen, die die beiden aufgezeigten Konstellationen abbildeten.

Die ursprüngliche Empfehlungsfassung lautete:

„Die Reformkommission empfiehlt, die Altersstufen in dem Qualifikationstatbestand des § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB (Vollziehen des Beischlafes etc.) im Hinblick auf den Unwertgehalt der Qualifikation und im Hinblick auf das geschützte Rechtsgut des § 176 StGB neu zu bewerten.“

Sie wurde zugunsten der Empfehlungen 6 und 7 gestrichen.

Fazit: Die Empfehlung wurde wie oben ersichtlich neu gefasst.

Abstimmung: Annahme: 11 Mitglieder; Ablehnung: 0 Mitglieder

Empfehlung 7³⁶⁶

Die Reformkommission empfiehlt, die Tatbestandsvariante von § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB dahingehend einzuschränken, dass eine Person, die nicht über 18 Jahre alt ist und das Kind zum Beischlaf etc. mit einer Person, die über 18 Jahre alt ist, bestimmt, aus dem Täterkreis ausgeschlossen ist.

Auf die Ausführungen zu Empfehlung 6 wird Bezug genommen.

Fazit: Die Empfehlung wurde wie oben ersichtlich neu gefasst.

Abstimmung: Annahme: 5 Mitglieder; Ablehnung: 6 Mitglieder

Die Empfehlung kann auch durch die nachzureichende Stimme keine Mehrheit mehr erhalten und wird daher gestrichen. Sie wird entsprechend nicht in dem schriftlich an das fehlende Mitglied zu versendenden Abstimmungsbogen aufgenommen. Die nachfolgende Empfehlung wird als Empfehlung 7 geführt. Die nachfolgenden Empfehlungen werden entsprechend weiter nummeriert.

Empfehlung 7³⁶⁷

Die Reformkommission empfiehlt, den Qualifikationstatbestand des § 176a Abs. 3 StGB (Begehung des sexuellen Kindesmissbrauchs zur Herstellung einer pornographischen Schrift) um einen minder schweren Fall zu ergänzen.

Fazit: Die Empfehlung blieb unverändert.

Abstimmung: Annahme: 8 Mitglieder; Ablehnung: 2 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Empfehlung 8³⁶⁸

³⁶⁶ Die Empfehlung geht zurück auf Frage 1m zum sexuellen Missbrauch von Kindern, Protokoll der 18. Sitzung, Punkt VII.

³⁶⁷ Die Empfehlung geht zurück auf Frage 1o zum sexuellen Missbrauch von Kindern, Protokoll der 18. Sitzung, Punkt VII.

Die Reformkommission empfiehlt, den Wiederholungsfall jedenfalls als verbrechensbegründendes Merkmal (§ 176a Abs. 1 StGB) abzuschaffen.

Die Empfehlung wurde inhaltlich eingeschränkt, da mit der Empfehlung lediglich zum Ausdruck gebracht werden soll, dass die Wiederholungstat kein Verbrechen mehr darstellen soll. Das wäre z. B. auch dann der Fall, wenn das Vorliegen einer Wiederholungstat zukünftig einen besonders schweren Fall begründen sollte.

Fazit: Die Empfehlung wurde wie oben ersichtlich neu gefasst.

Abstimmung: Annahme: 8 Mitglieder; Ablehnung: 3 Mitglieder

b) Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen

Die Empfehlungen 1 bis 5 gehen zurück auf das von Frau Dr. Schneider gehaltene Impulsreferat „Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen“. ³⁶⁹ Die zugrundeliegenden Fragen 2a bis f sowie die Fragen 2i, j und l wurden in der 13. Sitzung ³⁷⁰ (Fragen 2a bis c und e), der 16. Sitzung ³⁷¹ (Fragen 2d, f, i und j) und in der 17. Sitzung der Reformkommission ³⁷² (Frage 2l) diskutiert und zur Abstimmung gestellt. In der 18. Sitzung (Fragen 2a bis c und e), 20. Sitzung (Fragen 2d und f, i und j) und 21. Sitzung der Reformkommission (Frage 2l) wurden die nachgereichten Abstimmungsergebnisse verkündet. ³⁷³

Empfehlung 1 ³⁷⁴

Die Reformkommission empfiehlt, den Straftatbestand des § 174 StGB (Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen) und den Straftatbestand des § 180 Abs. 3 StGB (Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger) in einer Vorschrift zusammenzuführen.

³⁶⁸ Die Empfehlung geht zurück auf Frage 1p zum sexuellen Missbrauch von Kindern, Protokoll der 18. Sitzung, Punkt VII.

³⁶⁹ Vgl. Protokoll der 7. Sitzung der Reformkommission, Punkt V.

³⁷⁰ Vgl. Protokoll der 13. Sitzung der Reformkommission, Punkt VI.2.

³⁷¹ Vgl. Protokoll der 16. Sitzung der Reformkommission, Punkt V.2.

³⁷² Vgl. Protokoll der 17. Sitzung der Reformkommission, Punkt VI.2.

³⁷³ Vgl. Protokoll der 18. Sitzung der Reformkommission, Punkt V.2.; Protokoll der 20. Sitzung der Reformkommission, Punkt VI. und Protokoll der 21. Sitzung der Reformkommission, Punkt III.2.

³⁷⁴ Die Empfehlung geht zurück auf die Frage 2a zum sexuellen Missbrauch von Schutzbefohlenen, Protokoll der 18. Sitzung der Reformkommission, Punkt V.2. und auf die Frage 2d zum sexuellen Missbrauch von Schutzbefohlenen, Protokoll der 20. Sitzung der Reformkommission, Punkt VI.

Es bestand Einigkeit, dass in der Begründung zu der Empfehlung aufzunehmen ist, dass sich im Hinblick auf die zugrundeliegende Frage 2d eine Mehrheit dafür ausgesprochen hatte, für Tathandlungen ohne Körperkontakt einen geringeren Strafraum vorzusehen

Fazit: Die Empfehlung blieb unverändert.

Abstimmung: Annahme: 11 Mitglieder; Ablehnung: 0 Mitglieder

Empfehlung 2³⁷⁵

Die Reformkommission empfiehlt, den Straftatbestand des § 174 StGB (Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen) um Tathandlungen mit oder vor Dritten zu erweitern.

Fazit: Die Empfehlung blieb unverändert.

Abstimmung: Annahme: 11 Mitglieder; Ablehnung: 0 Mitglieder

Empfehlung 3³⁷⁶

Die Reformkommission empfiehlt, das Erfordernis der Erregungsabsicht in § 174 Abs. 3 StGB zu streichen und bezüglich § 174 Abs. 3 Nr. 1 StGB (Vornahme sexueller Handlungen vor dem Schutzbefohlenen) hinsichtlich der Wahrnehmung der sexuellen Handlung direkten Vorsatz vorzusehen.

Die Teilnehmer riefen sich das zugrundeliegende Rechtsproblem in Erinnerung: Gemäß § 174 Abs. 3 StGB wird bestraft, wer unter den Voraussetzungen des § 174 Abs. 1 oder 2 StGB sexuelle Handlungen vor dem Schutzbefohlenen vornimmt (Nr. 1) oder den Schutzbefohlenen dazu bestimmt, dass er sexuelle Handlungen vor ihm vornimmt (Nr. 2), um sich oder den Schutzbefohlenen hierdurch sexuell zu erregen. § 174 Abs. 3 StGB setze damit eine Erregungsabsicht voraus, die sich z. B. in § 176 Abs. 4 Nr. 1 und Nr. 2 StGB nicht finde. Dies überzeuge nicht unbedingt, weil ein strafwürdiges Unrecht auch dann vorliege, wenn der Täter nicht in der Absicht handle, sich oder den Schutzbefohlenen zu erregen, sondern etwa deswegen, um Pornographie herzustellen. Denn das Motiv des Täters sei für das ob-

³⁷⁵ Die Empfehlung geht zurück auf die Fragen 2b und c zum sexuellen Missbrauch von Schutzbefohlenen, Protokoll der 18. Sitzung der Reformkommission, Punkt V.2.

³⁷⁶ Die Empfehlung geht zurück auf die Fragen 2e zum sexuellen Missbrauch von Schutzbefohlenen, Protokoll der 18. Sitzung der Reformkommission, Punkt V.2.

ektiv geschaffene Unrecht unerheblich. Andererseits habe die Erregungsabsicht den Sinn, dass sexuelle Handlungen, die in beengten Wohnverhältnissen oder in Hotelzimmern, die Eltern mit ihrem Kleinkind teilten, nicht kriminalisiert würden. Anderenfalls bestünde die Gefahr, dass Eltern bestraft würden, weil Kinder zufällig sehen, dass ihre Eltern sexuelle Handlungen aneinander vornehmen.

Dagegen wurde jedoch vorgebracht, dass es auch Fälle der sexuellen Verwahrlosung gebe, bei denen sich die Eltern nicht darum kümmern, sexuelle Handlungen möglichst nicht in Anwesenheit ihrer Kinder vorzunehmen. Diese Fälle sollten nach Auffassung einiger Teilnehmer strafrechtlich erfasst werden. Man könne sich daher überlegen, das Absichtserfordernis zu streichen und im Gegenzug zu fordern, dass der Täter wissentlich handle. Die Empfehlung wurde daher entsprechend an das Erfordernis des direkten Vorsatzes angepasst.

Zu bedenken wurde gegeben, dass § 174 Abs. 3 StGB Schutzbefohlene – also Personen unter 16 bzw. unter 18 Jahren – umfasse. Kinder seien demgegenüber bereits durch § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB gesondert strafrechtlich geschützt, wenn der Täter sexuelle Handlungen vor einem Kind vornimmt. Dabei ist für die Annahme einer sexuellen Handlung vor dem Kind jedoch erforderlich, dass der Täter das Kind so in das sexuelle Geschehen einbezieht, dass für ihn die Wahrnehmung der sexuellen Handlung durch das Tatopfer von handlungsleitender Bedeutung ist.³⁷⁷ Es müsse darauf geachtet werden, dass man sich hierzu nicht mit der vorgeschlagenen Änderung für § 174 Abs. 3 StGB in Widerspruch setze.

Fazit: Die Empfehlung wurde wie oben ersichtlich neu gefasst.

Abstimmung: Annahme: 10 Mitglieder; Ablehnung: 1 Mitglied

Nach der durchgeführten Abstimmung griffen die Teilnehmer die Diskussion um die Erregungsabsicht erneut auf. Im Zuge der erneuten Diskussion wurde der Wunsch geäußert, die Empfehlung in der nächsten Sitzung der Reformkommission unter Einbeziehung der BGH-Rechtsprechung erneut zu erörtern und zur Abstimmung zu stellen.

³⁷⁷ Vgl. BGH, Urteil vom 9. Dezember 2015 – 2 StR 261/15; BGH, Urteil vom 12. Mai 2011 – 4 StR 699/10; kritisch für Fälle, bei denen das Kind Zeuge einer Vergewaltigung wird: BGH, Beschluss vom 13. November 2012 – 3 StR 370/12, Rn. 4.

Empfehlung 4³⁷⁸

Die Reformkommission empfiehlt, die Tatbestandsvarianten des § 174 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB nach der Maßgabe neu zu fassen, dass

erstens: einheitlich Personen unter 18 Jahren erfasst werden, die dem Täter zur Erziehung, oder zur Betreuung anvertraut sind, wobei zugleich auf das Erfordernis des Missbrauchs einer mit dem Erziehungs-, oder Betreuungsverhältnis verbundenen Abhängigkeit verzichtet wird und

zweitens: einheitlich Personen unter 18 Jahren erfasst werden, die dem Täter im Rahmen eines Dienst-, Ausbildungs- oder Arbeitsverhältnisses untergeordnet sind und bei denen der Täter zusätzlich eine mit dem Dienst-, Ausbildungs- oder Arbeitsverhältnis verbundene Abhängigkeit missbraucht.

Fazit: Die Empfehlung blieb unverändert.

Abstimmung: Annahme: 11 Mitglieder; Ablehnung: 0 Mitglieder

Empfehlung 5³⁷⁹

Die Reformkommission empfiehlt, die Tatbestandsvariante des § 174 Abs. 2 Nr. 1 StGB zu streichen und aus dem verbleibenden Tatbestand des § 174 Abs. 2 StGB die Ausbildungsverhältnisse herauszunehmen.

Die Teilnehmer riefen sich das zugrundeliegende Rechtsproblem in Erinnerung: Gemäß § 174 Abs. 2 StGB wird eine Person bestraft, der in einer dazu bestimmten Einrichtung die Erziehung, Ausbildung oder Betreuung in der Lebensführung von Personen unter 18 Jahren anvertraut ist, und die sexuelle Handlungen an einer Person unter 16 Jahren, die zu dieser Einrichtung in einem Rechtsverhältnis steht, das ihrer Erziehung, Ausbildung oder Betreuung in der Lebensführung dient, vornimmt oder an sich vornehmen lässt (Nummer 1) oder unter Ausnutzung ihrer Stellung sexuelle Handlungen an einer Person unter 18 Jahren, die zu dieser Einrichtung in einem Rechtsverhältnis steht, das ihrer Erziehung, Ausbildung oder Betreuung in der Lebensführung dient, vornimmt oder an sich vornehmen lässt (Nummer 2).

³⁷⁸ Die Empfehlung geht zurück auf die Frage 2f zum sexuellen Missbrauch von Schutzbefohlenen, Protokoll der 20. Sitzung der Reformkommission, Punkt VI.

³⁷⁹ Die Empfehlung geht zurück auf die Fragen 2i und 2j zum sexuellen Missbrauch von Schutzbefohlenen, Protokoll der 20. Sitzung der Reformkommission, Punkt VI.2.

Die Vorschrift regle die sogenannten „Vertretungslehrerfälle“, bei denen zwischen Täter und Opfer anders als in § 174 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB kein Obhutsverhältnis bestehen müsse. Diese Fälle hätte man aber auch durch § 182 Abs. 3 StGB erfassen können. Nach dieser Vorschrift macht sich strafbar, wer als Person über 21 Jahren, eine Person unter 16 Jahren dadurch missbraucht, dass sie sexuelle Handlungen an ihr vornimmt oder an sich von ihr vornehmen lässt (Nummer 1) oder diese dazu bestimmt, sexuelle Handlungen an einem Dritten vorzunehmen oder von einem Dritten an sich vornehmen zu lassen (Nummer 2) und die dabei ihr gegenüber fehlende Fähigkeit des Opfers zur sexuellen Selbstbestimmung ausnutzt.

Die Streichung der Ausbildungsverhältnisse in dem verbleibenden § 174 Abs. 2 StGB solle erfolgen, um einen Gleichklang mit § 174 Abs. 1 StGB in der von der Reformkommission beschlossenen Fassung zu erzielen. Denn im Hinblick auf Ausbildungsverhältnisse könne es durchaus zu nicht strafwürdigen, einvernehmlichen Sexualkontakten kommen. Deshalb sei eine Bestrafung nur plausibel, wenn der Täter eine mit dem Ausbildungsverhältnis verbundene Abhängigkeitsstellung missbraucht.

Die Teilnehmer sprachen sich dafür aus, den Klammerzusatz „Aushilfslehrerregelung“ zu streichen und klarstellend aufzunehmen, dass das Ausbildungsverhältnis aus dem verbleibenden Tatbestand des § 174 Abs. 2 StGB zu streichen sei.

Fazit: Die Empfehlung wurde wie oben ersichtlich redaktionell geändert.

Abstimmung: Annahme: 6 Mitglieder; Ablehnung: 5 Mitglieder

Herr Prof. Wolters und Frau Cirullies verabschiedeten sich nach der Mittagspause. Es verbleiben 9 Mitglieder der Reformkommission.

Empfehlung 6³⁸⁰

Die Reformkommission empfiehlt, den Strafausschließungsgrund aus § 174 Abs. 5 StGB auch in Fällen der Tatbestandsvariante des § 174 Abs. 1 Nr. 3 StGB zur Anwendung zu bringen, soweit sich dieser nicht auf Täter bezieht, die leiblicher Elternteil des Opfers sind.

³⁸⁰ Die Empfehlung geht zurück auf Frage 2I zum sexuellen Missbrauch von Schutzbefohlenen, Protokoll der 17. Sitzung der Reformkommission, Punkt VI.2.

Die Mitglieder der Reformkommission sprachen sich dafür aus, die Empfehlung zu streichen.

c) § 180 StGB (Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger)

Die Empfehlung geht zurück auf das von Herrn Prof. Wolters gehaltene Impulsreferat „Wertungswidersprüche bei den Schutzaltersgrenzen im dreizehnten Abschnitt des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs(?)“³⁸¹ Die zugrundeliegende Frage 3 wurde in der 17. Sitzung der Reformkommission zur Abstimmung gestellt.³⁸² In der 21. Sitzung der Reformkommission wurden die nachgereichten Abstimmungsergebnisse verkündet.³⁸³

Empfehlung³⁸⁴

**Die Reformkommission empfiehlt, den Tatbestand des § 180 Abs. 1 StGB (Kuppelei-
verbot) zu streichen.**

Die Teilnehmer sprachen sich dafür aus, das Wort „Tatbestandsvariante“ in „Tatbestand“ zu ändern.

Fazit: Die Empfehlung wurde wie oben ersichtlich redaktionell geändert.

Abstimmung: Annahme: 9 Mitglieder; Ablehnung: 0 Mitglieder

d) § 182 StGB (Sexueller Missbrauch von Jugendlichen)

Die Empfehlung geht zurück auf das von Herrn Prof. Wolters gehaltene Impulsreferat „Wertungswidersprüche bei den Schutzaltersgrenzen im dreizehnten Abschnitt des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs(?)“³⁸⁵ Die zugrundeliegenden Fragen 4a bis b wurden in der 17. Sitzung der Reformkommission zur Abstimmung gestellt.³⁸⁶ In der 21. Sitzung der Reformkommission wurden die nachgereichten Abstimmungsergebnisse verkündet.³⁸⁷

Empfehlung³⁸⁸

³⁸¹ Vgl. Protokoll der 6. Sitzung der Reformkommission, Punkt VI.

³⁸² Vgl. Protokoll der 17. Sitzung der Reformkommission, Punkt VI.3.

³⁸³ Vgl. Protokoll der 21. Sitzung der Reformkommission, Punkt III.3.

³⁸⁴ Die Empfehlung geht zurück auf Frage 3 zur Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger, Protokoll der 21. Sitzung der Reformkommission, Punkt III.2.

³⁸⁵ Vgl. Protokoll der 6. Sitzung der Reformkommission, Punkt VI.; siehe auch Prof. Günter, Protokoll der 5. Sitzung der Reformkommission, Punkt III.1. und 2.

³⁸⁶ Vgl. Protokoll der 17. Sitzung der Reformkommission, Punkt VI.4.

³⁸⁷ Vgl. Protokoll der 21. Sitzung der Reformkommission, Punkt III.4.

³⁸⁸ Die Empfehlung geht zurück auf die Fragen 4a und b zum sexuellen Missbrauch von Jugendlichen, Protokoll der 21. Sitzung der Reformkommission, Punkt III.4.

Die Reformkommission empfiehlt, es bei den Altersgrenzen des Tatbestandes des § 182 Abs. 3 StGB (Ausnutzen der fehlenden Fähigkeit des Opfers zur sexuellen Selbstbestimmung) sowohl auf Opfer- als auch auf Täterseite zu belassen.

Es bestand Einigkeit, dass Empfehlungen zum Belassen von Altersstufen aufgenommen werden müssten. Hierbei handele es sich um einen wichtigen Punkt, zu dem die Reformkommission Herrn Prof. Günter als Sachverständigen angehört habe.

Die Teilnehmer sprachen sich dafür aus, das Wort „Tatbestandsvariante“ in „Tatbestand“ zu ändern.

Fazit: Die Empfehlung wurde wie oben ersichtlich redaktionell geändert.

Abstimmung: Annahme: 5 Mitglieder; Ablehnung: 3 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

e) §§ 180 Abs. 2, 182 Abs. 2 StGB (Sexueller Missbrauch von Jugendlichen gegen Entgelt)

Die Empfehlungen 1 und 2 gehen zurück auf das von Herrn Prof. Wolters gehaltene Impulsreferat „Wertungswidersprüche bei den Schutzaltersgrenzen im dreizehnten Abschnitt des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs“.³⁸⁹ Die zugrundeliegenden Fragen 5a, b und d wurden in der 17. Sitzung der Reformkommission zur Abstimmung gestellt.³⁹⁰ In der 21. Sitzung der Reformkommission wurden die nachgereichten Abstimmungsergebnisse verkündet.³⁹¹

Empfehlung 1³⁹²

Die Reformkommission empfiehlt, die Tathandlungen, die mit dem sexuellen Missbrauch von Minderjährigen gegen Entgelt im Zusammenhang stehen (§§ 180 Abs. 2 und 182 Abs. 2 StGB), in einem Straftatbestand neu zu regeln.

Die Teilnehmer sprachen sich dafür aus, die Ausführungen zur Tatbestandsvariante zu streichen.

Fazit: Die Empfehlung wurde wie oben ersichtlich redaktionell geändert.

³⁸⁹ Vgl. Protokoll der 6. Sitzung der Reformkommission, Punkt VI.

³⁹⁰ Vgl. Protokoll der 17. Sitzung der Reformkommission, Punkt VI.4.

³⁹¹ Vgl. Protokoll der 21. Sitzung der Reformkommission, Punkt III.4.

³⁹² Die Empfehlung geht zurück auf Frage 5a zum sexuellen Missbrauch von Jugendlichen gegen Entgelt, Protokoll der 21. Sitzung der Reformkommission, Punkt III.4.

Abstimmung: Annahme: 9 Mitglieder; Ablehnung: 0 Mitglieder

Empfehlung 2³⁹³

Die Reformkommission empfiehlt, die bisher in § 182 Abs. 2 StGB enthaltene Altersbeschränkung auf Täterseite in dem neuen Straftatbestand zum sexuellen Missbrauch von Minderjährigen gegen Entgelt zu streichen und den neuen Tatbestand um sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt zu erweitern.

Die Teilnehmer diskutierten, dass nur § 182 Abs. 2 StGB eine Altersbeschränkung auf Täterseite enthalte, so dass die Empfehlung insoweit eine Klarstellung erfuhr. Ferner wurde die Empfehlung redaktionell dahingehend geändert, dass sich die Erweiterung nur auf sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt beziehe, weil sexuelle Handlungen mit Körperkontakt ohnehin erfasst seien.

Fazit: Die Empfehlung wurde wie oben ersichtlich geändert.

Abstimmung: Annahme: 7 Mitglieder; Ablehnung: 2 Mitglieder

f) Cybergrooming

Die Empfehlungen 1 und 2 gehen zurück auf das von Herrn Prof. Eisele gehaltene Impulsreferat „Cybergrooming und Strafraumen bei Besitzstrafbarkeit“³⁹⁴ sowie das von Herrn Thiele gehaltene Impulsreferat zum Cybergrooming.³⁹⁵ Die zugrundeliegenden Fragen 3, 5 und 6 wurden in der 10. Sitzung der Reformkommission zur Abstimmung gestellt.³⁹⁶ In der 12. Sitzung der Reformkommission wurden die nachgereichten Abstimmungsergebnisse verkündet.³⁹⁷

³⁹³ Die Empfehlung geht zurück auf die Fragen 5b und d zum sexuellen Missbrauch von Jugendlichen gegen Entgelt, Protokoll der 21. Sitzung der Reformkommission, Punkt III.4.

³⁹⁴ Vgl. Protokoll der 8. Sitzung der Reformkommission, Punkt IV.; vgl. Bezjak, Der Reformbedarf beim sexuellen Missbrauch von Kindern, Protokoll der 5. Sitzung der Reformkommission, Punkt III.3.; Anhörung Rörig, Protokoll der 5. Sitzung der Reformkommission, Punkt III.1.c.

³⁹⁵ Vgl. Protokoll der 10. Sitzung der Reformkommission, Punkt V.

³⁹⁶ Vgl. Protokoll der 10. Sitzung der Reformkommission, Punkt VII.

³⁹⁷ Vgl. Protokoll der 12. Sitzung der Reformkommission, Punkt IV.

Empfehlung 1³⁹⁸

Die Reformkommission empfiehlt, § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB auf „Scheinkinder“ zu erweitern.

Die Teilnehmer sprachen sich dafür aus, das Wort „Tatbestandsvariante“ zu streichen und das Wort „Scheinkinder“ in Anführungszeichen zu setzen.

Fazit: Die Empfehlung wurde wie oben ersichtlich redaktionell geändert.

Abstimmung: Annahme: 5 Mitglieder; Ablehnung: 4 Mitglieder

Empfehlung 2³⁹⁹

Die Reformkommission empfiehlt, den Strafraumen des § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB („Cybergrooming“) im Vergleich zu dem Strafraumen des § 176 Abs. 4 Nr. 1, 2 und 4 StGB (Sexueller Kindesmissbrauch ohne Körperkontakt) herabzusetzen.

Die Teilnehmer sprachen sich dafür aus, das Wort „Tatbestandsvariante“ zu streichen.

Es wurde erläutert, dass § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB ein Vorfelddelikt darstelle, da die Strafbarkeit bereits eintrete, bevor die sexuelle Selbstbestimmung eines konkreten Kindes gefährdet werde. Demgegenüber komme es bei § 176 Abs. 4 Nr. 1, 2 und Nr. 4 StGB jeweils zu der unmittelbaren Konfrontation eines Kindes mit Sexualität bzw. Pornographie.

Die Teilnehmer diskutierten darüber, ob vor diesem Hintergrund nicht auch konsequenterweise über eine Strafraumenabsenkung bei § 176 Abs. 5 StGB nachgedacht werden müsse. Es solle jedoch zunächst geprüft werden, ob sich für die Empfehlung überhaupt eine Mehrheit finde.

Fazit: Die Empfehlung wurde wie oben ersichtlich redaktionell geändert.

Abstimmung: Annahme: 1 Mitglied; Ablehnung: 7 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

³⁹⁸ Die Empfehlung geht zurück auf die Fragen 3 und 5 zum Cybergrooming, Protokoll der 12. Sitzung der Reformkommission, Punkt IV.

³⁹⁹ Die Empfehlung geht zurück auf die Frage 6 zum Cybergrooming, Protokoll der 12. Sitzung der Reformkommission, Punkt IV.

Die Empfehlung kann auch durch die nachzureichenden Stimmen keine Mehrheit mehr erhalten und wird daher gestrichen. Sie wird entsprechend nicht in dem schriftlich an die fehlenden Mitglieder zu versendenden Abstimmungsbogen aufgenommen.

2. Themenkomplex 4: „Reformbedarf bei den übrigen Missbrauchstatbeständen (§§ 174a – 174c StGB)“

Die Empfehlungen 1 bis 8 gehen zurück auf das von Herrn Kohle gehaltene Impulsreferat „Reformbedarf bei den übrigen Missbrauchstatbeständen (§§ 174a-174c StGB)“⁴⁰⁰ und auf das von Frau Prof. Hörnle gehaltene Impulsreferat „Sozialkontakte in Institutionen“⁴⁰¹. Die zugrundeliegenden Fragen 2, 6, 7, 9, 15, 15a und 16 wurden in der 15. Sitzung (Fragen 1 bis 14) und 16. Sitzung der Reformkommission (Fragen 15 bis 16) zur Abstimmung gestellt.⁴⁰² In der 19. Sitzung der Reformkommission wurden die nachgereichten Abstimmungsergebnisse verkündet.⁴⁰³

Empfehlung 1⁴⁰⁴

Die Reformkommission empfiehlt, die Straftatbestände der §§ 174a-c StGB (Sexueller Missbrauch in bestimmten Abhängigkeitsverhältnissen) um Tathandlungen mit Dritten zu erweitern.

Fazit: Die Empfehlung blieb unverändert.

Abstimmung: Annahme: 9 Mitglieder; Ablehnung: 0 Mitglieder

Empfehlung 2⁴⁰⁵

Die Reformkommission empfiehlt, § 174a Abs. 1 StGB (Sexueller Missbrauch Gefangener oder auf behördliche Anordnung verwahrter Personen) auf Opferseite dahinge-

⁴⁰⁰ Vgl. Protokoll der 9. Sitzung der Reformkommission, Punkt IV. und Protokoll der 10. Sitzung, Punkt VI.

⁴⁰¹ Vgl. Protokoll der 10. Sitzung der Reformkommission, Punkt VI.

⁴⁰² Vgl. Protokoll der 15. Sitzung der Reformkommission, Punkt III. und Protokoll der 16. Sitzung der Reformkommission, Punkt IV.

⁴⁰³ Vgl. Protokoll der 19. Sitzung der Reformkommission, Punkt VII.

⁴⁰⁴ Die Empfehlung geht zurück auf Frage 2 zu §§ 174a – 174c StGB, Protokoll der 19. Sitzung der Reformkommission, Punkt VII.

⁴⁰⁵ Die Empfehlung geht zurück auf Frage 6 zu §§ 174a – 174c StGB, Protokoll der 19. Sitzung der Reformkommission, Punkt VII.

hend zu erweitern, dass auch Personen vom Schutzbereich erfasst werden, die stationär in einer Jugendhilfeeinrichtung untergebracht sind.

Die Teilnehmer riefen sich das zugrundeliegende Rechtsproblem in Erinnerung: Gemäß § 174a Abs. 1 StGB macht sich strafbar, wer sexuelle Handlungen an einer gefangenen oder auf behördliche Anordnung verwahrten Person, die ihm zur Erziehung, Ausbildung, Beaufsichtigung oder Betreuung anvertraut ist, unter Missbrauch seiner Stellung vornimmt oder an sich von der gefangenen oder verwahrten Person vornehmen lässt.

Die §§ 174a Abs. 1 und 174b Abs. 1 StGB seien gegenwärtig nicht einschlägig, wenn die Unterbringung nicht originär vom Gericht angeordnet, sondern lediglich vom Gericht genehmigt werde (z. B. nach Unterbringung durch den Betreuer). Da die Unterbringung für das Opfer jedoch jeweils eine Freiheitsbeschränkung bedeute, sei der Unterschied zwischen gerichtlicher Genehmigung und originärer gerichtlicher Anordnung marginal. Zwar werde die überwiegende Anzahl der denkbaren Sachverhalte bereits von §§ 174a Abs. 2 und 174c Abs. 1 StGB erfasst. Es sei jedoch erwägenswert, insoweit einen Gleichlauf mit § 174b Abs. 1 StGB herzustellen. Dort stelle sich dieselbe Problematik, die sich jedoch insoweit nicht durch §§ 174a Abs. 2 und 174c Abs. 1 StGB auffangen lasse.

Im Hinblick auf die stationäre Unterbringung in einer Jugendhilfeeinrichtung gelte das Folgende: Eine behördliche Anordnung liege nicht vor, wenn ein Minderjähriger gemäß § 34 Abs. 1 SGB VIII in einer stationären Jugendhilfeeinrichtung untergebracht wird. Denn die Unterbringung erfolge auf der Grundlage der Entscheidung des Inhabers der Personensorge und nicht aufgrund einer behördlichen Anordnung.

Die Teilnehmer kamen darin überein, die Empfehlung auf die stationäre Unterbringung in einer Jugendhilfeeinrichtung zu beschränken. Hinsichtlich der gerichtlichen Unterbringung werde eine gemeinsame Empfehlung mit § 174b Abs. 1 StGB erfolgen (siehe Empfehlung 4).

Darüber hinaus wurde das Wort „Tatbestandsvariante“ aus der Empfehlung gestrichen.

Fazit: Die Empfehlung wurde wie oben ersichtlich neu gefasst.

Abstimmung: Annahme: 7 Mitglieder; Ablehnung: 1 Mitglied; Enthaltung: 1 Mitglied

Empfehlung 3⁴⁰⁶

Die Reformkommission empfiehlt, § 174a Abs. 1 StGB (Sexueller Missbrauch Gefangener oder auf behördliche Anordnung verwahrter Personen) auf Täterseite dahingehend zu erweitern, dass auch das Anstaltspersonal erfasst wird, welchem das Opfer nicht persönlich anvertraut ist.

Die Teilnehmer verständigten sich darauf, das Wort „Tatbestandsvariante“ zu streichen.

Fazit: Die Empfehlung wurde wie oben ersichtlich redaktionell geändert.

Abstimmung: Annahme: 8 Mitglieder; Ablehnung: 1 Mitglied

Empfehlung 4⁴⁰⁷

Die Reformkommission empfiehlt § 174a Abs. 1 StGB (Sexueller Missbrauch Gefangener oder auf behördliche Anordnung verwahrter Personen) und § 174b Abs. 1 StGB (Sexueller Missbrauch unter Ausnutzung einer Amtsstellung) auf Opferseite dahingehend zu erweitern, dass auch Personen vom Schutzbereich erfasst werden, die mit gerichtlicher Genehmigung untergebracht sind.

Zum Hintergrund wird auf die Ausführungen zu Empfehlung 2 verwiesen.

Die Empfehlung wurde um § 174a Abs. 1 StGB ergänzt.

Fazit: Die Empfehlung wurde wie oben ersichtlich neu gefasst.

Abstimmung: Annahme: 8 Mitglieder; Ablehnung: 0 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Empfehlung 5⁴⁰⁸

Die Reformkommission empfiehlt, bei § 174c Abs. 1 StGB tatbestandliche Einschränkungen vorzusehen soweit es um Personen geht, die nur wegen einer körperlichen

⁴⁰⁶ Die Empfehlung geht zurück auf Frage 9 zu §§ 174a – c StGB, Protokoll der 19. Sitzung der Reformkommission, Punkt VII.

⁴⁰⁷ Die Empfehlung geht zurück auf Frage 7 zu §§ 174a – c StGB, Protokoll der 19. Sitzung der Reformkommission, Punkt VII.

⁴⁰⁸ Die Empfehlung geht zurück auf Frage 15 zu §§ 174a – c StGB, Protokoll der 19. Sitzung der Reformkommission, Punkt VII.

Krankheit oder körperlichen Behinderung zur Beratung, Behandlung oder Betreuung anvertraut sind.

Die Teilnehmer riefen sich das zugrundeliegende Rechtsproblem in Erinnerung: Gemäß § 174c Abs. 1 StGB wird bestraft, wer sexuelle Handlungen an einer Person, die ihm wegen einer geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung einschließlich einer Suchtkrankheit oder wegen einer körperlichen Krankheit oder Behinderung zur Beratung, Behandlung oder Betreuung anvertraut ist, unter Missbrauch des Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses vornimmt oder an sich von ihr vornehmen lässt.

Der Gesetzgeber habe die Fälle körperlicher Krankheit oder Behinderung in den Tatbestand des § 174c Abs. 1 StGB einbezogen, weil körperliche und seelische Krankheiten bei Menschen mit mehrfacher Behinderung eng miteinander verzahnt seien, so dass ein Erkennen, Heilen oder Lindern nur unter einem Gesichtspunkt nicht möglich sei. Die Folge sei, dass nunmehr auch Patienten vom Schutzbereich erfasst seien, die lediglich an einer Erkältungskrankheit litten oder Zahnschmerzen hätten und bei denen mit § 174c Abs. 1 StGB auch einvernehmliche sexuelle Kontakte unter Strafe gestellt würden. Es sei daher zu erwägen, die körperliche Krankheit oder Behinderung aus dem Tatbestand zu entfernen, da die betroffenen Personen typischerweise keiner besonderen Gefahrenlage ausgesetzt seien. Hinzu komme, dass die Rechtsprechung grundsätzlich auch bei echten Liebesverhältnissen davon ausgehe, dass ein Missbrauch vorliege. Gegen Letzteres wurde vorgebracht, dass die Rechtsprechung sehr wohl über das Erfordernis des Missbrauchs die Fälle aussortieren könne, die nicht strafwürdig seien.

Ferner wurde zu bedenken gegeben, dass es strafwürdig sei, wenn der Arzt die Vornahme einer sexuellen Handlung als Therapie ausbebe. Bei der Abstimmung der damals zugrundeliegenden Frage sei deshalb als Antwort aufgenommen worden, dass die Fälle weiterhin von der Strafbarkeit erfasst werden sollten, bei denen die Behandlung zumindest auch zur Vornahme sexueller Handlungen vorgenommen werde. Dagegen wurde jedoch von einem Mitglied angeführt, dass eine solche Täuschung das Einverständnis mit einer sexuellen Handlung unwirksam werden lasse. Zu beachten sei auch, dass der strafrechtliche Schutz z. B. im Hinblick auf die überraschende Vornahme sexueller Handlungen mit § 177 StGB n.F. wesentlich erweitert worden sei.

Die Teilnehmer waren sich einig, dass die Empfehlung umformuliert werden müsse, da sie gegenwärtig klinge, als wolle man die betroffene Personengruppe vom strafrechtlichen Schutz weitestgehend ausnehmen.

Fazit: Die Empfehlung wurde wie oben ersichtlich neu gefasst.

Abstimmung: Annahme: 6 Mitglieder; Ablehnung: 2 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Empfehlung 6⁴⁰⁹

Die Reformkommission empfiehlt in § 174c StGB das Anvertrautsein wegen einer Vor- oder Nachsorgeuntersuchung dem Anvertrautsein wegen einer körperlichen Krankheit oder körperlichen Behinderung gleichzustellen.

Die Teilnehmer riefen sich das zugrundeliegende Rechtsproblem in Erinnerung: § 174c StGB sei gegenwärtig nicht anwendbar, wenn der Arzt die sexuelle Handlung im Zuge einer Vor- oder Nachsorgeuntersuchung vornehme. Denn § 174c Abs. 1 StGB stelle auf die durch Krankheit oder Behinderung veranlasste Behandlung ab. Es müsse daher darüber entschieden werden, ob Personen, die dem Arzt für eine Vor- oder Nachsorgeuntersuchung anvertraut sind und dabei mit sexuellen Handlungen konfrontiert werden, strafrechtlich geschützt werden sollen. Denn eine solche sexuelle Handlung erfolge nicht einvernehmlich.

Die Teilnehmer kamen überein, die Frage auf Personen mit körperlicher Krankheit oder körperlicher Behinderung zu beschränken und das Anvertrautsein auch auf Vor- und Nachsorgeuntersuchungen zu erweitern. Ein Mitglied sprach sich gegen die Neuformulierung der Empfehlung aus, weil es widersprüchlich sei, das Anvertrautsein wegen einer Vor- oder Nachsorgeuntersuchung dem Anvertrautsein wegen einer körperlichen Krankheit oder Behinderung gleichzustellen. Denn Letzteres solle ja laut Empfehlung 5 gerade aus § 174c Abs. 1 StGB entfernt werden. Dagegen wurde vorgetragen, dass es vorliegend nur um eine strafrechtliche Ausweitung hinsichtlich der Vor- und Nachsorgeuntersuchung gehe. Personen, die im Zuge einer Vor- oder Nachsorgeuntersuchung sexuell missbraucht würden, sollten denselben strafrechtlichen Schutz genießen wie Personen mit körperlicher Krankheit oder körperlicher Behinderung.

Fazit: Die Empfehlung wurde wie oben ersichtlich neu gefasst.

Abstimmung: Annahme: 8 Mitglieder; Ablehnung: 1 Mitglied

⁴⁰⁹ Die Empfehlung geht zurück auf Frage 16 zu §§ 174a – c StGB, Protokoll der 19. Sitzung der Reformkommission, Punkt VII.

Empfehlung 7⁴¹⁰

Die Reformkommission empfiehlt, § 174c Abs. 2 StGB (Sexuelle Handlungen an einer Person, die zur psychotherapeutischen Behandlung anvertraut ist) dahingehend zu erweitern, dass auch „alternative“ Therapieformen und „Scharlatane“ vom Tatbestand erfasst werden.

Die Teilnehmer riefen sich das zugrundeliegende Rechtsproblem in Erinnerung: Gemäß § 174c Abs. 2 StGB wird bestraft, wer sexuelle Handlungen an einer Person, die ihm zur psychotherapeutischen Behandlung anvertraut ist, unter Missbrauch des Behandlungsverhältnisses vornimmt oder an sich von ihr vornehmen lässt.

Der Begriff der psychotherapeutischen Behandlung sei an die Definition des Psychotherapeutengesetzes geknüpft, so dass ein Täter ein Psychotherapeut sein müsse, der außerdem eine anerkannte psychotherapeutische Behandlungsmethode anwende. Es sei daher zu überlegen, ob neben den echten Psychotherapeuten auch solche Personen in den Tatbestand aufzunehmen seien, die sich lediglich als Psychotherapeut ausgäben bzw. Therapieformen anböten, die keine anerkannte psychotherapeutische Behandlungsmethode darstellten. So gebe es etwa Psychotherapeuten, die die Auffassung vertreten, dass die Vornahme sexueller Handlungen tatsächlich eine effiziente Therapie für den Patienten darstelle. Ferner gebe es Fachärzte, die keine Psychotherapeuten seien, die aber gleichwohl lege artes psychotherapieren. Derlei Fälle würden gegenwärtig nicht erfasst.

Die Teilnehmer verständigten sich darauf, das Wort „Tatbestandsvariante“ zu streichen.

Fazit: Die Empfehlung wurde redaktionell geändert.

Abstimmung: Annahme: 5 Mitglieder; Ablehnung: 2 Mitglieder; Enthaltung: 2 Mitglieder

Die Teilnehmer traten nach der Abstimmung erneut in die Diskussion ein. Teilweise wurde vertreten, dass es nach § 174c Abs. 2 StGB strafwürdig sei, wenn der Täter behaupte, dass er Therapeut sei, obwohl dies nicht zutreffe. Wenn jedoch jemand wissentlich eine alternative Therapieform wähle, indem er etwa zu einem Schamanen gehe, dann sei das seine Sache und § 174c Abs. 2 StGB müsse nicht zur Anwendung kommen. Es müssten daher getrennte Empfehlungen zur Abstimmung gestellt werden.

⁴¹⁰ Die Empfehlung geht zurück auf Frage 16 zu §§ 174a – c StGB, Protokoll der 19. Sitzung der Reformkommission, Punkt VII.

Die Teilnehmer kamen überein, die soeben zur Abstimmung gestellte Empfehlung zu verwerfen und stattdessen in zwei getrennten Empfehlungen einmal nach der Psychotherapeuteigenschaft und einmal danach zu differenzieren, ob tatsächlich eine psychotherapeutische Behandlung vorliegt.

Es wurden daher die folgenden Empfehlungen neu formuliert, die als Empfehlung 7 und 8 geführt werden:

Empfehlung 7⁴¹¹

Die Reformkommission empfiehlt, § 174c Abs. 2 StGB (Sexuelle Handlungen an einer Person, die zur psychotherapeutischen Behandlung anvertraut ist) dahingehend klarzustellen, dass der Tatbestand bei psychotherapeutischer Behandlung unabhängig davon eingreift, ob der Täter Psychotherapeut nach dem Psychotherapeutengesetz ist.

Fazit: Die Empfehlung wurde neu gefasst.

Abstimmung: Annahme: 9 Mitglieder; Ablehnung: 0 Mitglieder

Empfehlung 8⁴¹²

Die Reformkommission empfiehlt, § 174c Abs. 2 StGB (Sexuelle Handlungen an einer Person, die zur psychotherapeutischen Behandlung anvertraut ist) dahingehend klarzustellen, dass auch psychotherapeutische Behandlungen erfasst werden, die nicht als solche anerkannt sind.

Die Teilnehmer riefen sich in Erinnerung, dass § 174c Abs. 2 StGB gegenwärtig nur eine psychotherapeutische Behandlung umfasse, die von den Krankenkassen anerkannt und gezahlt werde. Überwiegend wurde vertreten, dass dies zwar zu eng sei, andererseits die Neufassung aber auch nicht uferlos sein dürfe. Es müsse sich immer noch um eine psychotherapeutische Behandlung handeln, die von den Psychotherapeutenverbänden als solche anerkannt werden müsse. Dagegen wurde angeführt, dass sich der Arzt, der Tantramethoden anwende, durchaus nach § 174c Abs. 1 StGB strafbar machen könne. Für § 174c Abs. 2

⁴¹¹ Die Empfehlung geht zurück auf Frage 16 zu §§ 174a – c StGB, Protokoll der 19. Sitzung der Reformkommission, Punkt VII.

⁴¹² Die Empfehlung geht zurück auf Frage 16 zu §§ 174a – c StGB, Protokoll der 19. Sitzung der Reformkommission, Punkt VII.

StGB dürfe kein anderer Maßstab gelten. Einigkeit bestand darin, dass nicht allein die subjektive Einschätzung des Täters dafür maßgeblich sein dürfe, ob es sich um eine anerkannte psychotherapeutische Behandlung handele.

Fazit: Die Empfehlung wurde neu gefasst.

Abstimmung: Annahme: 8 Mitglieder; Ablehnung: 0 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

3. Themenkomplex 6: „Reformbedarf bei den Strafvorschriften zur Prostitution“

Die Empfehlungen 1 bis 8 gehen zurück auf die Anhörung des Bundesverbandes Sexuelle Dienstleistungen e. V., die Anhörung einer Vertreterin der Dortmunder Mitternachtsmission, das Impulsreferat von Frau Cirullies mit dem Titel „Reformbedarf bei den Tatbeständen der Ausübung der verbotenen Prostitution (§ 184f StGB) und der jugendgefährdende Prostitution (§ 184g StGB)“⁴¹³ sowie die Anhörung von Herrn Wittlake aus dem LKA Berlin und das Impulsreferat von Herrn Prof. Eisele mit dem Titel „Reform der Strafvorschriften betreffend die Prostitution“⁴¹⁴ sowie die Anhörung von Frau StAin von Braun.⁴¹⁵ Die zugrundeliegenden Fragen 2, 3, 4, 6, 7, 10, 11, 12 und 14 wurden in der 17. Sitzung (Fragen 1 und 2), in der 18. Sitzung (Fragen 3 bis 8) und in der 19. Sitzung (Fragen 9 bis 15) der Reformkommission zur Abstimmung gestellt.⁴¹⁶ In der 21. und 22. Sitzung der Reformkommission wurden die nachgereichten Abstimmungsergebnisse verkündet.⁴¹⁷

Empfehlung 1⁴¹⁸

Die Reformkommission empfiehlt, die Vorschriften aus dem 13. und 18. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB, die die Prostitution betreffen, im 13. Abschnitt zusammenzuführen.

Fazit: Die Empfehlung blieb unverändert.

Abstimmung: Annahme: 8 Mitglieder; Ablehnung: 1 Mitglied

⁴¹³ Vgl. Protokoll der 11. Sitzung der Reformkommission, Punkt III.

⁴¹⁴ Vgl. Protokoll der 12. Sitzung der Reformkommission, Punkt III.

⁴¹⁵ Vgl. Protokoll der 13. Sitzung der Reformkommission, Punkt III.

⁴¹⁶ Vgl. Protokoll der 17. Sitzung der Reformkommission, Punkt VIII.; Protokoll der 18. Sitzung der Reformkommission, Punkt VIII.; Protokoll der 19. Sitzung der Reformkommission, Punkt IV.

⁴¹⁷ Vgl. Protokoll der 21. Sitzung der Reformkommission, Punkt III.4.; Protokoll der 22. Sitzung der Reformkommission, Punkt III. und Punkt VIII.

⁴¹⁸ Die Empfehlung geht zurück auf Frage 2 zu den Prostitutionsdelikten, 21. Sitzung der Reformkommission, Punkt III.

Empfehlung 2⁴¹⁹

Die Reformkommission empfiehlt, § 180a StGB (Ausbeutung von Prostituierten) und § 181a StGB (Zuhälterei) in einer Vorschrift zusammenzufassen.

Die Empfehlung lautete ursprünglich:

„Die Reformkommission empfiehlt, einen einheitlichen Tatbestand zur Ausbeutung von Prostituierten zu schaffen, der die diesbezüglichen Tathandlungen von § 180a StGB (Ausbeutung von Prostituierten) und § 181a StGB (Zuhälterei) vereint.“

Die Teilnehmer kamen überein, die Empfehlung einfacher zu fassen.

Fazit: Die Empfehlung wurde wie oben ersichtlich neu gefasst.

Abstimmung: Annahme: 9 Mitglieder; Ablehnung: 0 Mitglieder

Empfehlung 3⁴²⁰

Die Reformkommission empfiehlt, die Strafbarkeit der dirigistischen Zuhälterei tatbestandlich neu zu fassen und auf die Weisungen zu reduzieren, die nicht nach dem ProstG bzw. nach dem ProstSchG legal sind.

Fazit: Die Empfehlung blieb unverändert.

Abstimmung: Annahme: 8 Mitglieder; Ablehnung: 0 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Empfehlung 4⁴²¹

Die Reformkommission empfiehlt, in § 181a StGB (Zuhälterei) das einschränkende Tatbestandsmerkmal zu streichen, nach dem der Täter zu dem Opfer Beziehungen unterhalten muss, die über den Einzelfall hinausgehen (sogenannte Beziehungsklausel).

⁴¹⁹ Die Empfehlung geht zurück auf die Fragen 3 und 6 zu den Prostitutionsdelikten, 22. Sitzung der Reformkommission, Punkt III.

⁴²⁰ Die Empfehlung geht zurück auf Frage 4 zu den Prostitutionsdelikten, 22. Sitzung der Reformkommission, Punkt III.

⁴²¹ Die Empfehlung geht zurück auf Frage 7 zu den Prostitutionsdelikten, 22. Sitzung der Reformkommission, Punkt III.

Die Teilnehmer kamen überein, das Wort „Tatbestand“ zu streichen.

Fazit: Die Empfehlung wurde redaktionell angepasst.

Abstimmung: Annahme: 9 Mitglieder; Ablehnung: 0 Mitglieder

Empfehlung 5⁴²²

Die Reformkommission spricht sich für die Freierstrafbarkeit in den Fällen der Zwangsprostitution aus.

Es wurde eingangs daran erinnert, dass die Fälle der Freierstrafbarkeit abhängig vom Einzelfall von § 177 Abs. 2 Nr. 4 StGB erfasst sein können. Nach dieser Vorschrift macht sich strafbar, wer eine Lage ausnutzt, in der dem Opfer bei Widerstand ein empfindliches Übel droht. Darüber hinaus ist die Freierstrafbarkeit für die Fälle der Zwangsprostitution im Rahmen des Menschenhandels von § 232 Abs. 6 StGB erfasst. Danach macht sich strafbar, wer mit einer Person, die Opfer eines Menschenhandels nach bestimmten Vorschriften (Nummer 1) oder Opfer der Zwangsprostitution (Nummer 2) geworden ist, sexuelle Handlungen gegen Entgelt vornimmt und dabei ihre persönliche oder wirtschaftliche Zwangslage oder ihre Hilflosigkeit, die mit dem Aufenthalt in einem fremden Land verbunden ist, ausnutzt.

Die Frage der Freierstrafbarkeit sei ein Politikum. So werde derzeit diskutiert, die Freierstrafbarkeit weiter auszudehnen. Die Reformkommission kam daher dahingehend überein, zu der Problematik eine Stellungnahme abzugeben, obwohl mit der Empfehlung keine gesetzliche Änderung vorgeschlagen werde.

Ein Mitglied sprach sich dafür aus, die Empfehlung neutraler zu formulieren und sich nicht auf die Begrenzung der Freierstrafbarkeit auf die Fälle Zwangsprostitution zu fokussieren.

Fazit: Die Empfehlung wurde wie oben ersichtlich neu gefasst.

Abstimmung: Annahme: 7 Mitglieder; Ablehnung: 2 Mitglieder

Empfehlung 6

⁴²² Die Empfehlung geht zurück auf die Fragen 10 und 11 zu den Prostitutionsdelikten, 22. Sitzung der Reformkommission, Punkt VII.

Die Reformkommission lehnt eine allgemeine Freierstrafbarkeit (schwedisches Modell) ab.

Die Mitglieder der Reformkommission kamen darin überein, eine Empfehlung zu formulieren, aus der hervorgeht, dass die Prostitution als solche – anders als in Schweden – nicht verboten werden soll. Die Empfehlung wurde daher als neue Empfehlung 6 aufgenommen. Die nachfolgende Nummerierung ändert sich entsprechend.

Fazit: Die Empfehlung wurde neu aufgenommen.

Abstimmung: Annahme: 8 Mitglieder; Ablehnung: 1 Mitglied

Empfehlung 7⁴²³

Die Reformkommission empfiehlt, § 184f StGB (Ausübung der verbotenen Prostitution) als Straftatbestand zu streichen.

Die Teilnehmer kamen überein, über die Streichung von § 184f StGB und von § 184g StGB getrennt abzustimmen und entsprechend § 184g StGB aus der Empfehlung 7 zu entfernen.

Fazit: Die Empfehlung wurde wie oben ersichtlich geändert.

Abstimmung: Annahme: 7 Mitglieder; Ablehnung: 1 Mitglied; Enthaltung: 1 Mitglied

Empfehlung 8⁴²⁴

Die Reformkommission empfiehlt, § 184g StGB (Jugendgefährdende Prostitution) als Straftatbestand zu streichen.

Fazit: Die Empfehlung wurde neu aufgenommen.

Abstimmung: Annahme: 9 Mitglieder; Ablehnung: 0 Mitglieder

⁴²³ Die Empfehlung geht zurück auf Frage 12 zu den Prostitutionsdelikten, 22. Sitzung der Reformkommission, Punkt VII.

⁴²⁴ Die Empfehlung geht zurück auf Frage 14 zu den Prostitutionsdelikten, 22. Sitzung der Reformkommission, Punkt VII.

IV. Organisatorisches

Frau Bunke wies die Mitglieder der Reformkommission darauf hin, dass bis Ende Februar die Gelegenheit bestehe, die gehaltenen Impulsreferate auf Fehler durchzusehen und eine korrigierte Fassung abzugeben. Aktualisierungen bei der verwendeten Kommentarliteratur in den Fußnoten usw. seien nicht vorzunehmen. Es solle aber in einer Fußnote deutlich gemacht werden, ob sich der Impuls auf die alte oder neue Rechtslage beziehe. Die Impulsreferate müssen Ende Februar in korrigierter und freigegebener Fassung als Word-Datei vorliegen. Die Referierenden sollen ferner bis Ende Februar mitteilen, ob die jeweilige Power-Point Präsentation Teil des Berichtes werden solle oder nicht.

27. Sitzung am 27. Januar 2017

Protokoll
der 27. Sitzung der Reformkommission
zur Überarbeitung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches
im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
am 27. Januar 2017
11:00 – 17:00 Uhr

I. Anwesenheit

1. Mitglieder der Reformkommission

- Frau LOStAin Birgit Cirullies
- Herr StA Christian Kohle
- Herr Prof. Dr. Klaus Laubenthal
- Herr MR Peter Marx
- Frau RinOLG Andrea Röhrig
- Frau RinBGH Dr. Ursula Schneider
- Herr KD Jürgen Thiele
- Herr Prof. Dr. Gereon Wolters

An der Teilnahme verhindert waren:

- Frau RAin Christina Clemm
- Herr Prof. Dr. Jörg Eisele
- Frau Prof. Dr. Tatjana Hörnle
- Frau RAin Elke Thom-Eben

2. Für das BMJV

- Frau RLn II A 7 Susanne Bunke
- Frau RDn Dr. Garonne Bezjak
- Frau Jenny Barthel

II. Eröffnung der Sitzung und Begrüßung der Mitglieder

Frau Bunke begrüßte die Mitglieder der Reformkommission und eröffnete die Sitzung. Einleitend teilte sie mit, dass gegenwärtig an dem Berichtsentwurf geschrieben werde. Es werde

sodann einen weiteren Termin geben, an dem die Endabstimmung des Berichtes erfolgen soll, soweit der Bericht bis dahin vorliege. Der weitere Termin sei für Ende März bzw. Anfang April vorgesehen.⁴²⁵

Anmerkungen zum Protokoll der 25. Sitzung gab es nicht. Das Protokoll der 26. Sitzung lag noch nicht vor.

Frau Bunke teilte mit, dass mit der heutigen Sitzung die letzten Abstimmungsergebnisse verkündet werden sollen. Ferner holte sie das Einverständnis dafür ein, die bereits abgestimmten Empfehlungen geschlechtsneutral zu fassen, soweit das noch nicht geschehen sei.

III. Fortsetzung der Diskussion zu den Empfehlungen der Reformkommission

Die Mitglieder der Reformkommission stimmten in der 26. Sitzung der Reformkommission über die Empfehlungen zu Themenkomplex 3: „Sexueller Missbrauch von Kindern und Jugendlichen und sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen“, Themenkomplex 4: „Reformbedarf bei den übrigen Missbrauchstatbeständen (§§ 174a – 174c StGB)“ und Themenkomplex 6: „Reformbedarf bei den Strafvorschriften zur Prostitution“ ab.

Eingangs erinnerte Frau Bunke daran, dass eine Empfehlung nur abgegeben werde, wenn sich die Mehrheit dafür ausspreche. In die Empfehlung solle sodann „einstimmig“ oder „mit großer Mehrheit“ (11 oder 10 Stimmen) aufgenommen werden. Es stelle sich die Frage, ob darüber hinaus auch das Wort „mehrheitlich“ aufgenommen werden solle. Die konkreten Abstimmungsergebnisse ergäben sich aus den Protokollen. Die Teilnehmer traten erneut in die Diskussion ein, ob man nicht doch darauf verzichten sollte, die Attribute „einstimmig“, „mit großer Mehrheit“ und ggf. „mehrheitlich“ in die Empfehlungen aufzunehmen. Anderenfalls bestünde die Gefahr, dass der Zusatz „einstimmig“ nur bei Empfehlungen von untergeordneter Bedeutung angeführt werde.

Es bestand Einigkeit, dass diese Frage in der nächsten Sitzung erneut aufgegriffen werden soll. Die Sachlage könne besser beurteilt werden, wenn über alle Empfehlungen abgestimmt worden sei.

1. Themenkomplex 3: „Reformbedarf bei den Straftatbeständen des sexuellen Missbrauchs von Kindern und Jugendlichen und des sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen“

⁴²⁵ Der Termin soll am 7. April 2017 im BMJV stattfinden.

Der Themenkomplex wurde zuletzt in der 26. Sitzung der Reformkommission thematisiert. Dort stimmten die Mitglieder über den gesamten Komplex des sexuellen Missbrauchs von Kindern ab und sprachen insgesamt 8 Empfehlungen aus.⁴²⁶ Daran anschließend stimmten die Mitglieder in der 26. Sitzung der Reformkommission über den sexuellen Missbrauch von Schutzbefohlenen ab und sprachen sich insgesamt für 6 Empfehlungen aus.⁴²⁷ Darüber hinaus sprachen die Mitglieder der Reformkommission für die Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger⁴²⁸, für den sexuellen Missbrauch von Jugendlichen⁴²⁹ und für das Cybergrooming⁴³⁰ je eine Empfehlung und für die sexuellen Handlungen Minderjähriger gegen Entgelt⁴³¹ zwei Empfehlungen aus.

Die Mitglieder der Reformkommission griffen die Empfehlung 3 zum sexuellen Missbrauch von Schutzbefohlenen erneut auf. Diese Empfehlung war zwar in der 26. Sitzung mit 10:1 Stimmen angenommen worden.⁴³² Die Teilnehmer kamen jedoch noch in derselben Sitzung nach der Abstimmung zu dem Ergebnis, dass die Empfehlung in der nächsten Sitzung der Reformkommission unter Einbeziehung der BGH-Rechtsprechung zu § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB erneut erörtert und zur Abstimmung gestellt werden soll.

Empfehlung 3⁴³³

Die Reformkommission empfiehlt, § 174 Abs. 3 StGB dahingehend zu ändern, dass sich das Erfordernis der Erregungsabsicht nicht auf die Nummer 2 bezieht.

Gemäß § 174 Abs. 3 StGB wird bestraft, wer unter den Voraussetzungen des § 174 Abs. 1 oder 2 StGB sexuelle Handlungen vor dem Schutzbefohlenen vornimmt (Nr. 1) oder den Schutzbefohlenen dazu bestimmt, dass er sexuelle Handlungen vor ihm vornimmt (Nr. 2), um sich oder den Schutzbefohlenen hierdurch sexuell zu erregen. § 174 Abs. 3 StGB setzt damit eine Erregungsabsicht voraus, die sich z. B. in § 176 Abs. 4 Nr. 1 und Nr. 2 StGB nicht findet. Die überwiegende Mehrheit der in der 26. Sitzung anwesenden Teilnehmer sprach daher die Empfehlung aus, die Erregungsabsicht in § 174 Abs. 3 StGB zu streichen und be-

⁴²⁶ Vgl. Protokoll der 26. Sitzung der Reformkommission, Punkt III.1.a, Empfehlung 1 bis 8.

⁴²⁷ Vgl. Protokoll der 26. Sitzung der Reformkommission, Punkt III.1.b, Empfehlung 1 bis 6.

⁴²⁸ Vgl. Protokoll der 26. Sitzung der Reformkommission, Punkt III.1.c, Empfehlung 1.

⁴²⁹ Vgl. Protokoll der 26. Sitzung der Reformkommission, Punkt III.1.d, Empfehlung 1.

⁴³⁰ Vgl. Protokoll der 26. Sitzung der Reformkommission, Punkt III.1.f, Empfehlung 1.

⁴³¹ Vgl. Protokoll der 26. Sitzung der Reformkommission, Punkt III.1.e, Empfehlung 1 bis 2.

⁴³² Die Empfehlung lautete: „Die Reformkommission empfiehlt, das Erfordernis der Erregungsabsicht in § 174 Abs. 3 StGB zu streichen und bezüglich § 174 Abs. 3 Nr. 1 StGB (Vornahme sexueller Handlungen vor dem Schutzbefohlenen) hinsichtlich der Wahrnehmung der sexuellen Handlung direkten Vorsatz vorzusehen.“

⁴³³ Die Empfehlung geht zurück auf die Fragen 2e zum sexuellen Missbrauch von Schutzbefohlenen, Protokoll der 18. Sitzung der Reformkommission, Punkt V.2.

zöglich § 174 Abs. 3 Nr. 1 StGB hinsichtlich der Wahrnehmung der sexuellen Handlung direkten Vorsatz vorzusehen. Das Erfordernis des direkten Vorsatzes sollte dabei den § 174 Abs. 3 Nr. 1 StGB im Hinblick auf Fälle einschränken, bei denen Eltern, die sexuelle Handlungen aneinander vornehmen, lediglich aufgrund beengter Lebensverhältnisse von ihrem Kind dabei gesehen werden. In diesen Fällen sollten die Eltern nicht mit Strafbarkeit überzogen werden.

Die Empfehlung wurde jedoch erneut diskutiert, weil mit ihr ein Widerspruch zu § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB erzeugt werde. Nach dieser Vorschrift macht sich strafbar, wer sexuelle Handlungen vor einem Kind vornimmt. § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB sieht zwar weder das Erfordernis der Erregungsabsicht noch eines direkten Vorsatzes hinsichtlich der Wahrnehmung der sexuellen Handlung durch das Kind vor. Die Rechtsprechung setze aber voraus, dass der Täter das Kind so in das sexuelle Geschehen einbeziehe, dass für ihn die Wahrnehmung der sexuellen Handlung durch das Tatopfer von handlungsleitender Bedeutung ist.⁴³⁴ Teilweise wurde vertreten, dass es wenig Sinn mache, wenn § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB eine solche Einschränkung in Bezug auf Kinder voraussetze, während die Einschränkung der Erregungsabsicht in § 174 Abs. 3 Nr. 1 StGB in Bezug auf Schutzbefohlene unter 16 bzw. unter 18 Jahren gestrichen werde und gleichzeitig der direkte Vorsatz erforderlich sei. Damit nehme man der Rechtsprechung auch die Möglichkeit, § 174 Abs. 3 Nr. 1 StGB ähnlich auszulegen wie § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB.

Die Teilnehmer kamen mehrheitlich zu der Auffassung, dass man die Empfehlung vor dem aufgezeigten Hintergrund darauf beschränken solle, die Erregungsabsicht für § 174 Abs. 3 Nr. 2 StGB zu streichen. Vereinzelt wurde dagegen argumentiert, dass man die Diskussion zu § 174 Abs. 3 Nr. 1 StGB damit nicht vollständig ausgeschöpft habe. Ferner könne der Umkehrschluss gezogen werden, dass die Erregungsabsicht für die Nummer 1 erhalten bleiben solle.

Fazit: Die Empfehlung wurde wie oben ersichtlich neu gefasst.

Abstimmung: Annahme: 7 Mitglieder; Ablehnung: 1 Mitglied

2. Themenkomplex 8: „Reformbedarf bei § 183 StGB (Exhibitionistische Handlungen) und § 183a StGB (Erregung öffentlichen Ärgernisses)“

⁴³⁴ Vgl. BGH, Urteil vom 9. Dezember 2015 – 2 StR 261/15; BGH, Urteil vom 12. Mai 2011 – 4 StR 699/10; kritisch für Fälle, bei denen das Kind Zeuge einer Vergewaltigung wird: BGH, Beschluss vom 13. November 2012 – 3 StR 370/12, Rn. 4.

Die Empfehlung geht zurück auf das von Herrn Prof. Wolters gehaltene Impulsreferat „Fragmentarischer Charakter des Strafgesetzbuchs auch im dreizehnten Abschnitt (?) - Überlegungen zur Zeitgemäßheit einzelner Strafvorschriften“. ⁴³⁵ Die zugrundeliegenden Fragen 1 bis 3 wurden in der 17. Sitzung der Reformkommission zur Abstimmung gestellt. ⁴³⁶ In der 21. Sitzung der Reformkommission wurden die nachgereichten Abstimmungsergebnisse verkündet. ⁴³⁷

Empfehlung 1 ⁴³⁸

Die Reformkommission empfiehlt, § 183 StGB (Exhibitionistische Handlungen) aus dem StGB zu streichen.

Die Teilnehmer sprachen sich dafür aus, die Wörter „den Straftatbestand des“ zu streichen.

Fazit: Die Empfehlung wurde wie oben ersichtlich redaktionell geändert.

Abstimmung: Annahme: 5 Mitglieder; Ablehnung: 3 Mitglieder

Empfehlung 2 ⁴³⁹

Die Reformkommission empfiehlt für den Fall, dass § 183 StGB (Exhibitionistische Handlungen) nicht gestrichen wird, diesen auf Täterseite geschlechtsneutral zu fassen.

Die Teilnehmer sprachen sich dafür aus, die Wörter „der Straftatbestand des“ zu streichen und die Empfehlung dahingehend zu formulieren, dass § 183 StGB geschlechtsneutral gefasst werden soll.

Fazit: Die Frage wurde wie oben ersichtlich redaktionell geändert.

Abstimmung: Annahme: 6 Mitglieder; Ablehnung: 2 Mitglieder

⁴³⁵ Vgl. Protokoll der 14. Sitzung der Reformkommission, Punkt V.

⁴³⁶ Vgl. Protokoll der 17. Sitzung der Reformkommission, Punkt VII.

⁴³⁷ Vgl. Protokoll der 21. Sitzung der Reformkommission, Punkt III.3.

⁴³⁸ Die Empfehlung geht zurück auf Frage 1 zum Reformbedarf bei § 183 StGB und § 183a StGB, vgl. Protokoll der 17. Sitzung der Reformkommission, Punkt VII.

⁴³⁹ Die Empfehlung geht zurück auf Frage 2 zum Reformbedarf bei § 183 StGB und § 183a StGB, vgl. Protokoll der 17. Sitzung der Reformkommission, Punkt VII.

Empfehlung 3⁴⁴⁰

Die Reformkommission empfiehlt, § 183a StGB (Erregung öffentlichen Ärgernisses) zu streichen.

Frau Bunke erinnerte einleitend daran, dass § 184i StGB (Sexuelle Belästigung) neu in das Sexualstrafrecht Eingang erhalten hat, so dass einige Tathandlungen, die bislang unter § 183a StGB fielen, von § 184i StGB erfasst werden könnten.

Die Teilnehmer sprachen sich dafür aus, die Wörter „den Straftatbestand des“ zu streichen.

Fazit: Die Empfehlung wurde wie oben ersichtlich redaktionell geändert.

Abstimmung: Annahme: 7 Mitglieder; Ablehnung: 1 Mitglied

3. Themenkomplex 9: Reformbedarf bei den §§ 184 ff. StGB (Pornographiedelikte)

Die Empfehlung geht zurück auf das von Frau Thom-Eben gehaltene Impulsreferat „Reformbedarf bei § 184 StGB – Verbreitung pornographischer Schriften“ und auf das von Frau Röhrig gehaltene Impulsreferat „Zum Reformbedarf bei dem Tatbestand des § 184a StGB – Verbreitung gewalt- oder tierpornographischer Schriften“⁴⁴¹ sowie auf das von Herrn Marx gehaltene Impulsreferat „Reformbedarf bei der Strafbarkeit von Kinder- und Jugendpornographie“ und das von Herrn Prof. Eisele gehaltene Impulsreferat „Posing und der Begriff der Kinderpornografie in § 184b StGB nach dem 49. Strafrechtsänderungsgesetz“⁴⁴². Darüber hinaus hörte die Reformkommission Herrn Staatsanwalt Krause von der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main – Zentralstelle zur Bekämpfung der Internetkriminalität – in Bezug auf die Tatbegehung über das Internet an.⁴⁴³ Ferner hörte die Reformkommission den Sachverständigen Prof. Schölmerich zu den Auswirkungen von Pornographie auf Kinder und Jugendliche aus entwicklungspsychologischer Sicht an.⁴⁴⁴ Die zugrundeliegenden Fragen 1 bis 4, 7a und 10 wurden in der 20. Sitzung der Reformkommission zur Abstimmung gestellt.⁴⁴⁵ In der 21. Sitzung der Reformkommission wurden die nachgereichten Abstimmungsergebnisse verkündet.⁴⁴⁶

⁴⁴⁰ Die Empfehlung geht zurück auf Frage 3 zum Reformbedarf bei § 183 StGB und § 183a StGB, vgl. Protokoll der 17. Sitzung der Reformkommission, Punkt VII.

⁴⁴¹ Vgl. Protokoll der 16. Sitzung der Reformkommission, Punkt IV.1. und IV.2.

⁴⁴² Vgl. Protokoll der 18. Sitzung der Reformkommission, Punkt VI.1. und VI.2.

⁴⁴³ Vgl. Protokoll der 16. Sitzung der Reformkommission, Punkt III.

⁴⁴⁴ Vgl. Protokoll der 18. Sitzung der Reformkommission, Punkt III.

⁴⁴⁵ Vgl. Protokoll der 20. Sitzung der Reformkommission, Punkt III. und Punkt V.

⁴⁴⁶ Vgl. Protokoll der 21. Sitzung der Reformkommission, Punkt V.

Empfehlung 1⁴⁴⁷

Die Reformkommission empfiehlt, den Regelungsgehalt von § 184 StGB (Verbreitung pornographischer Schriften) zu modernisieren und auf Tathandlungen zu reduzieren, die dem Jugendschutz dienen.

Einleitend wurde daran erinnert, dass z. B. § 184 Abs. 1 Nr. 9 StGB (Ausführen etc. pornographischer Schriften ins Ausland) den Jugendschutz nicht tangiere. Darüber hinaus gingen einige Tatvarianten des § 184 StGB an der Lebenswirklichkeit vorbei, da man entsprechende pornographische Schriften heutzutage mühelos im Internet betrachten könne.

Die Teilnehmer sprachen sich dafür aus, die Wörter „des Straftatbestandes des“ zu streichen.

Fazit: Die Empfehlung wurde wie oben ersichtlich redaktionell geändert.

Abstimmung: Annahme: 8 Mitglieder; Ablehnung: 0 Mitglieder

Empfehlung 2⁴⁴⁸

Die Reformkommission empfiehlt, aus dem Straftatbestand des § 184a StGB (Verbreitung gewalt- oder tierpornographischer Schriften) die Tathandlungen betreffend die Tierpornographie zu streichen.

Einleitend wurde daran erinnert, dass sexuelle Handlungen mit Tieren für sich genommen nicht nach dem 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB strafbar seien.

Die Teilnehmer waren sich einig, dass es zu eng sei, die Empfehlung auf die Verbreitung tierpornographischer Schriften zu reduzieren. Die Empfehlung sei vielmehr auf sämtliche Tathandlungen des § 184a StGB zu beziehen, soweit sie tierpornographische Schriften zum Gegenstand hätten.

Fazit: Die Empfehlung wurde wie oben ersichtlich geändert.

⁴⁴⁷ Die Frage geht zurück auf die Fragen 1 und 2 zu den Pornographiedelikten, vgl. Protokoll der 20. Sitzung der Reformkommission, Punkt III.

⁴⁴⁸ Die Frage geht zurück auf Frage 3 zu den Pornographiedelikten, vgl. Protokoll der 20. Sitzung der Reformkommission, Punkt III.

Abstimmung: Annahme: 7 Mitglieder; Ablehnung: 1 Mitglied

Empfehlung 3⁴⁴⁹

Die Reformkommission empfiehlt, in § 184b Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b StGB das Wort „unnatürlich“ durch das Wort „aufreizend“ zu ersetzen.

Ein Teilnehmer regte eine Empfehlung zu § 184b Abs. 1 StGB an. Nach dieser Vorschrift ist eine pornographische Schrift (§ 11 Abs. 3 StGB) kinderpornographisch, wenn sie sexuelle Handlungen von, an oder vor einer Person unter 14 Jahren (Buchstabe a), die Wiedergabe eines ganz oder teilweise unbedeckten Kindes in unnatürlich geschlechtsbetonter Körperhaltung (Buchstabe b) oder die sexuell aufreizende Wiedergabe der unbedeckten Genitalien oder des unbedeckten Gesäßes eines Kindes (Buchstabe c) zum Gegenstand hat. Buchstabe c sei damals erst im Rechtsausschuss des Bundestages hinzugekommen. Hierdurch sei Buchstabe b eigentlich überflüssig geworden. Bei § 184c StGB (Verbreitung, Erwerb und Besitz jugendpornographischer Schriften) habe der Gesetzgeber die ursprüngliche Fassung belassen und auf Buchstabe c verzichtet. Nunmehr könne darüber abgestimmt werden, ob in § 184b Abs. 1 StGB das Wort „unnatürlich“ durch das Wort „aufreizend“ ersetzt werden soll. Das Wort „unnatürlich“ erfasse nämlich schlafende Kinder nicht, während das Wort „aufreizend“ aus Sicht des Betrachters zu verstehen sei und daher auch schlafende Kinder erfassen könne.

Fazit: Die Empfehlung wurde neu als Empfehlung 3 aufgenommen.

Abstimmung: Annahme: 6 Mitglieder; Ablehnung: 0 Mitglieder; Enthaltung: 2 Mitglieder

Empfehlung 4

Die Reformkommission empfiehlt, den Strafrahmen des § 184b Abs. 3 StGB (Besitz oder Besitzverschaffung von Kinderpornographie) nicht im Höchstmaß anzuheben.

Gemäß § 184b Abs. 3 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer es unternimmt, sich den Besitz an einer kinderpornographischen Schrift, die ein tatsächliches oder wirklichkeitsnahes Geschehen wiedergibt, zu verschaffen, oder wer eine solche Schrift besitzt. Einleitend wurde darauf hingewiesen, dass es sich bei der Anhebung

⁴⁴⁹ Die Frage geht zurück auf Frage 4 zu den Pornographiedelikten, vgl. Protokoll der 20. Sitzung der Reformkommission, Punkt III.

des Strafrahmens von § 184b Abs. 3 StGB um eine häufig erhobene politische Forderung handele, die wohl auch deswegen erhoben werde, um auf diese Weise die Anordnung von Ermittlungsmaßnahmen ermöglichen zu können. Aus diesem Grund habe es seine Berechtigung, die Empfehlung auszusprechen.

Fazit: Die Empfehlung wurde um den Klammerzusatz ergänzt.

Abstimmung: Annahme: 6 Mitglieder; Ablehnung: 1 Mitglied; Enthaltung: 1 Mitglied

Empfehlung 5⁴⁵⁰

Die Reformkommission empfiehlt, die Definition für die jugendpornographischen Schriften in § 184c Abs. 1 Nr. 1 StGB entsprechend zu der Definition für die kinderpornographischen Schriften zu fassen.

In Anlehnung an Empfehlung 3 kamen die Teilnehmer überein, mit einer weiteren Empfehlung darauf hinzuwirken, dass die Definition für jugendpornographische Schriften mit der Definition für kinderpornographische Schriften im Einklang stehen soll.

Fazit: Die Empfehlung wurde neu als Empfehlung 5 aufgenommen.

Abstimmung: Annahme: 8 Mitglieder; Ablehnung: 0 Mitglieder

Empfehlung 6⁴⁵¹

Die Reformkommission empfiehlt, den Regelungsgehalt des § 184d StGB (Zugänglichmachen pornographischer Inhalte mittels Rundfunk oder Telemedien; Abruf kinder- und jugendpornographischer Inhalte mittels Telemedien) in die einschlägigen Vorschriften der §§ 184 bis 184c StGB zu überführen.

Fazit: Die Empfehlung blieb unverändert.

Abstimmung: Annahme: 8 Mitglieder; Ablehnung: 0 Mitglieder

⁴⁵⁰ Die Frage geht zurück auf Frage 9 zu den Pornographiedelikten, vgl. Protokoll der 20. Sitzung der Reformkommission, Punkt III.

⁴⁵¹ Die Frage geht zurück auf Frage 18 zu den Pornographiedelikten, vgl. Protokoll der 20. Sitzung der Reformkommission, Punkt V.

4. Themenkomplex 1: „Reformbedarf bei § 177 StGB – Das Für und Wider einer Einverständnislösung und von alternativen Regelungsmöglichkeiten“

Der Themenkomplex wurde zuletzt in der 25. Sitzung der Reformkommission aufgegriffen.⁴⁵² Die nachfolgenden Empfehlungen wurden den Mitgliedern der Reformkommission als Vorschlag vorab per E-Mail übermittelt.

Frau Bunke wies erneut darauf hin, dass die Überschrift zu diesem Themenkomplex noch geändert werden müsse, weil er viele unterschiedliche Punkte behandle, die etwa im Zuge des 50. Strafrechtsänderungsgesetzes zur Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung neu in den 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB eingeführt wurden (§§ 184i, 184j StGB). Vorgeschlagen wurde der Titel „Reformbedarf bei § 177 StGB unter Berücksichtigung der Weiterungen des 50. StrÄndG“ bzw. „Reformbedarf bei § 177 StGB und den durch das 50. StrÄndG neu eingeführten Straftatbeständen“. Vereinzelt wurde vertreten, dass der Begriff „Reformbedarf“ nicht passend sei. Es handele sich vielmehr um „Überlegungen zu § 177 StGB und anderen Vorschriften“.

a) Die Neuregelung des § 177 StGB

Die Empfehlungen zur Neuregelung des § 177 StGB waren bereits Gegenstand der 25. Sitzung der Reformkommission, in der die Empfehlungen 1 bis 5 verabschiedet wurden. Die nachfolgenden Empfehlungen 6 bis 10⁴⁵³ gehen – wie auch die in der 25. Sitzung zur Abstimmung gestellten Empfehlungen – ebenfalls auf das von Frau Prof. Hörnle gehaltene Impulsreferat „Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung“⁴⁵⁴ und das von Herrn Dr. Simon gehaltene Impulsreferat „Wertungswidersprüche und Systemwidrigkeiten im 13. Abschnitt des StGB“⁴⁵⁵ zurück. Die zugrundeliegenden Fragen 11, 12, 15, 16a und 17 wurden in der 24. Sitzung der Reformkommission diskutiert und zur Abstimmung gestellt.⁴⁵⁶ Die Verkündung der nachgereichten Abstimmungsergebnisse erfolgte in der 27. Sitzung der Reformkommission.⁴⁵⁷

⁴⁵² Vgl. Protokoll der 25. Sitzung der Reformkommission, Punkt IX.

⁴⁵³ Die Empfehlungen wurden an die Teilnehmer als Empfehlung 1 bis 5 versandt. Auch in der Diskussion in der 27. Sitzung wurden die Empfehlungen unter Empfehlung 1 bis 5 geführt. Da sie sich jedoch unmittelbar an die Empfehlungen der 25. Sitzung anschließen, werden sie im Folgenden als Empfehlung 6 bis 10 geführt.

⁴⁵⁴ Vgl. Protokoll der 21. Sitzung der Reformkommission, Punkt VII.; siehe zum Entwurf des Gesetzes zur Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung auch Bunke, Protokoll der 19. Sitzung der Reformkommission, Punkt III sowie zum Reformbedarf des § 177 StGB a. F. generell, insbesondere die Protokolle der 2., 3., 4. und 7. Sitzung der Reformkommission.

⁴⁵⁵ Vgl. Protokoll der 14. Sitzung der Reformkommission, Punkt III.

⁴⁵⁶ Vgl. Protokoll der 23. Sitzung der Reformkommission, Punkt III. und Punkt VI.

⁴⁵⁷ Siehe unten.

Empfehlung 6⁴⁵⁸

Die Reformkommission empfiehlt, für den Fall, dass § 177 StGB nicht in zwei Vorschriften aufgeteilt werden sollte, den Begriff „Sexuelle Nötigung“ aus der Überschrift des § 177 StGB zu streichen.

Eingangs wurde darauf hingewiesen, dass die Empfehlung unter der Prämisse steht, dass keine Trennung zwischen Nötigungs- und Übergriffstatbeständen in getrennten Vorschriften erfolgt.⁴⁵⁹ Dies solle sich in der Empfehlung niederschlagen.

Ferner wurde in Erinnerung gerufen, dass überwiegend vertreten werde, das sich die Nennung der sexuellen Nötigung in der Überschrift auf § 177 Abs. 2 Nr. 5 StGB beziehe. Danach macht sich strafbar, wer die Person zur Vornahme oder Duldung der sexuellen Handlung durch Drohung mit einem empfindlichen Übel genötigt hat. Vereinzelt werde jedoch vertreten, dass sich die sexuelle Nötigung auf § 177 Abs. 5 StGB beziehe. Nach dieser Vorschrift ist auf Freiheitsstrafe nicht unter 1 Jahr zu erkennen, wenn der Täter gegenüber dem Opfer Gewalt anwendet (Nr. 1), dem Opfer mit gegenwärtiger für Leib oder Leben droht (Nr. 2) oder eine Lage ausnutzt, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist (Nr. 3). Der Wortlaut der Qualifikation setze zwar eine Nötigung nicht voraus. Es werde aber vereinzelt angenommen, dass die Rechtsprechung die Vorschrift dahingehend auslegen werde, dass eine Nötigung vorliegen müsse. Insofern sei es nicht unerheblich, ob die sexuelle Nötigung in der Überschrift der Vorschrift genannt werde. Gegen die Annahme, dass die Rechtsprechung das Nötigungserfordernis in § 177 Abs. 5 StGB hineinlesen werde, wurde angeführt, dass die Vorschrift auch ohne Nötigung sinnvoll sei, um z. B. der sexuellen Handlung nachfolgende Gewalt zu erfassen.

Teilweise wurde vertreten, dass die Empfehlung gestrichen werden solle, weil sich die Mehrheit dafür ausgesprochen habe, die Vorschrift auf zwei Vorschriften aufzuteilen. Die Frage der Streichung wurde zur Abstimmung gestellt und mit 6 zu 2 Stimmen angenommen.

Fazit: Die Empfehlung wurde gestrichen.

Empfehlung 7⁴⁶⁰

⁴⁵⁸ Die Empfehlung geht zurück auf Frage 11 zur Neuregelung des § 177 StGB, Protokoll der 24. Sitzung der Reformkommission, Punkt III.

⁴⁵⁹ Siehe hierzu Empfehlung 1, in: Protokoll der 25. Sitzung der Reformkommission; Punkt IX.1.

⁴⁶⁰ Die Empfehlung geht zurück auf Frage 12 zur Neuregelung des § 177 StGB, Protokoll der 24. Sitzung der Reformkommission, Punkt III.

Die Reformkommission empfiehlt, die Vergewaltigung in einem eigenen Straftatbestand zu regeln.

Die Teilnehmer warfen die Frage auf, ob ein eigener Tatbestand der Vergewaltigung noch sinnvoll sei, wenn Übergriffs- und Nötigungstatbestände in getrennten Vorschriften geführt werden sollten. Ferner würde auch das eigentliche Problem in der Empfehlung nicht adressiert. Dieses bestünde darin, dass die Vergewaltigung in der gegenwärtigen Fassung des § 177 Abs. 6 Nr. 1 StGB keine Nötigung mehr voraussetze. Hierzu werde von einigen Mitgliedern vertreten, dass die Vergewaltigung in einer eigenen Regelung wieder mit der Nötigung zu verknüpfen sei.

Die Teilnehmer waren sich darin einig, dass das Hauptanliegen darin bestünde, Übergriffs- und Nötigungstatbestände zu trennen und eine darüber hinausgehende Empfehlung in Bezug auf einen eigenen Tatbestand der Vergewaltigung nicht erforderlich sei.

Fazit: Die Empfehlung wurde gestrichen.

Empfehlung 6:⁴⁶¹

Die Reformkommission empfiehlt, § 177 Abs. 7 Nr. 1 StGB (Beisichführen einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges), soweit es um das Beisichführen eines anderen gefährlichen Werkzeuges geht, auf die Fälle zu beschränken, in denen der Täter Gewalt anwendet oder droht.

Gemäß § 177 Abs. 7 Nr. 1 StGB ist auf Freiheitsstrafe nicht unter 3 Jahren zu erkennen, wenn der Täter eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich führt.

Die Qualifikation kommt zur Anwendung, ohne dass der Täter den Willen des Opfers brechen muss und aus diesem Grund durch das Beisichführen z. B. eines Schraubendrehers für das Opfer gefährlicher wird. Die Mindestfreiheitsstrafe von 3 Jahren könnte vor diesem Hintergrund als sehr hoch angesehen werden. Teilweise wurde daher vertreten, dass jedenfalls das Beisichführen eines anderen gefährlichen Werkzeuges nur dann zu einer solchen Qualifizierung führen dürfe, wenn der Täter das Opfer nötige. Dagegen wurde angeführt, dass sich eine erhöhte Gefährlichkeit für das Opfer auch dann einstellen könne, wenn der Täter Gewalt im Sinne von § 177 Abs. 5 StGB z. B. im Nachgang zu der sexuellen Handlung anwende.

⁴⁶¹ Die Empfehlung geht zurück auf Frage 15 zur Neuregelung des § 177 StGB, Protokoll der 24. Sitzung der Reformkommission, Punkt III.

Die Teilnehmer kamen überein, die Empfehlung dahingehend zu ergänzen, dass die Qualifikation im Hinblick auf das Beisichführen eines anderen gefährlichen Werkzeuges auf die Fälle beschränkt werden solle, in denen der Täter drohe oder Gewalt anwende. In einer weiteren Empfehlung solle sodann darüber befunden werden, ob die Variante des Beisichführens eines gefährlichen Werkzeuges ganz gestrichen werden solle. Hinsichtlich des Beisichführens einer Waffe solle hingegen keine Empfehlung abgegeben werden. Einer Waffe hafte von sich aus eine andere Gefährlichkeit an. Wer diese mit sich führe, wolle sie in der Regel – mit Ausnahme der Berufswaffenträger – auch mit Bezug auf die Tat einsetzen.

Soweit darauf hingewiesen wurde, dass sich Änderungen in § 177 Abs. 7 Nr. 1 StGB auch in § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe a StGB (Diebstahl mit Waffen; Bandendiebstahl; Wohnungseinbruchdiebstahl) und in § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe a StGB (Schwerer Raub) niederschlagen müssten, wurde darauf hingewiesen, dass die Reformkommission insoweit für Änderungen zwar nicht zuständig sei, ein entsprechender Hinweis aber in der Begründung gegeben werden müsste.

Fazit: Die Empfehlung wurde wie oben ersichtlich neu gefasst und als Empfehlung 6 geführt.

Abstimmung: Annahme: 6 Mitglieder; Ablehnung: 2 Mitglieder

Empfehlung 6a⁴⁶²

Die Reformkommission empfiehlt, in § 177 Abs. 7 Nr. 1 StGB (Beisichführen einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges) die Variante des Beisichführens eines gefährlichen Werkzeuges zu streichen.

Es bestand Einigkeit, dass diese Empfehlung nur aufgenommen werden soll, wenn die vorangegangene Empfehlung 6 keine Mehrheit finden sollte.

Fazit: Die Empfehlung blieb unverändert.

Abstimmung: Annahme: 3 Mitglieder; Ablehnung: 4 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Empfehlung 7⁴⁶³

⁴⁶² Die Empfehlung geht zurück auf Frage 15 zur Neuregelung des § 177 StGB, Protokoll der 24. Sitzung der Reformkommission, Punkt III.

Die Reformkommission empfiehlt, für § 177 Abs. 7 Nr. 1 StGB denselben Strafrahmen vorzusehen wie für § 177 Abs. 6 StGB (Vergewaltigung bzw. gemeinschaftliche Tatbegehung).

§ 177 Abs. 7 Nr. 1 StGB sieht für das Beisichführen einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges einen Strafrahmen von 3 Jahren bis 15 Jahren Freiheitsstrafe vor. § 177 Abs. 6 StGB sieht demgegenüber für die Vergewaltigung (Nr. 1) und die gemeinschaftliche Tatbegehung (Nr. 2) in der Regel Freiheitsstrafe von 2 Jahren bis 15 Jahren vor. Es stelle sich daher die Frage, ob der Strafrahmen zu § 177 Abs. 7 Nr. 1 StGB nicht abgesenkt und denselben Strafrahmen vorsehen sollte wie § 177 Abs. 6 StGB.

Die Mitglieder der Reformkommission kamen darin überein, die Empfehlung im Hinblick auf die nachfolgende Empfehlung zu streichen.

Fazit: Die Empfehlung wurde gestrichen.

Empfehlung 7⁴⁶⁴

Die Reformkommission hält die hohen Strafrahmen für § 177 Abs. 7 Nr. 1 und Nr. 2, und Abs. 8 Nr. 1 StGB nur für Nötigungsfälle angemessen. Die Reformkommission empfiehlt, für den Fall, dass § 177 StGB nicht in zwei Vorschriften aufgeteilt werden sollte, für die Qualifikationen aus § 177 Abs. 7 Nr. 1 und Nr. 2 und Abs. 8 Nr. 1 StGB einen geringeren Strafrahmen vorzusehen, wenn der Täter keine Gewalt anwendet und auch nicht mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben droht.

Ursprünglich lautete die Empfehlung wie folgt:

Die Reformkommission empfiehlt, für die Qualifikationen aus § 177 Abs. 7 Nr. 1, Abs. 7 Nr. 2 und Abs. 8 Nr. 1 StGB (Verwendung und Beisichführen von Waffen, Werkzeugen etc.) einen geringeren Strafrahmen vorzusehen, wenn der Täter das Opfer nicht nötigt.

§ 177 Abs. 7 StGB sieht für das Beisichführen einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges (Nr. 1), für das Beisichführen eines Mittels oder Werkzeuges in Verwendungsabsicht (Nr. 2) und für das Verbringen des Opfers in die Gefahr einer schweren Gesund-

⁴⁶³ Die Empfehlung geht zurück auf Frage 16 zur Neuregelung des § 177 StGB, Protokoll der 24. Sitzung der Reformkommission, Punkt III.

⁴⁶⁴ Die Empfehlung geht zurück auf Frage 17 zur Neuregelung des § 177 StGB, Protokoll der 24. Sitzung der Reformkommission, Punkt III.

heitsschädigung (Nr. 3) einen Strafraumen von 3 Jahren bis 15 Jahren Freiheitsstrafe vor. § 177 Abs. 8 StGB sieht für das Verwenden einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges (Nr. 1) und für die schwere körperliche Misshandlung des Opfers (Nr. 2a) sowie für das Verbringen des Opfers in die Gefahr des Todes (Nr. 2b) eine Freiheitsstrafe von 5 Jahren bis 15 Jahren Freiheitsstrafe vor.

Die Empfehlung zielt darauf ab, einen geringeren Strafraumen vorzusehen, wenn der Täter nicht nötigt. Teilweise wurde darauf hingewiesen, dass die Empfehlung dann problematisch werde, wenn der Gesetzgeber § 177 StGB nicht in Übergriffs- und Nötigungstatbestände aufteilt. Denn in diesem Fall müsste der bestehende Strafraumen des § 177 Abs. 7 Nr. 1 und 2, Abs. 8 Nr. 1 StGB auch auf die Fälle der Qualifikation des § 177 Abs. 5 StGB Anwendung finden.

Es wird vorgeschlagen, in einem ersten Satz in der Empfehlung festzustellen, dass die Reformkommission den hohen Strafraumen des § 177 Abs. 7 Nr. 1 und Nr. 2, Abs. 8 Nr. 1 StGB nur für Nötigungsfälle angemessen hält. Mit diesem Satz wird davon ausgegangen, dass § 177 StGB zukünftig in Übergriffs- und Nötigungstatbestände aufgeteilt werde. In einem zweiten Satz solle dann festgestellt werden, dass für den Fall, dass eine solche Aufteilung nicht erfolge, ein geringerer Strafraumen in § 177 Abs. 7 Nr. 1 und Nr. 2, Abs. 8 StGB nur vorgesehen werden solle, wenn der Täter keine Gewalt anwendet und auch nicht mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben droht.

Teilweise wird die Aufnahme des ersten Satzes für verfehlt gehalten.

Fazit: Die Empfehlung wird wie oben ersichtlich neu gefasst.

a) Abstimmung über Satz 1: Annahme: 4 Mitglieder; Ablehnung: 4 Mitglieder

b) Abstimmung über die Empfehlung mit dem Satz 1: Annahme: 7 Mitglieder; Ablehnung: 1 Mitglied

c) Abstimmung über die Empfehlung ohne Satz 1: Annahme: 6 Mitglieder; Ablehnung: 1 Mitglied; Enthaltung: 1 Mitglied.

b) § 184j StGB (Straftaten aus Gruppen)

Die Empfehlung geht zurück auf das von Herrn Prof. Eisele gehaltene Impulsreferat „Straftaten aus Gruppen“.⁴⁶⁵ Die der Empfehlung zugrundeliegende Frage wurde in der 22. Sitzung zur Abstimmung gestellt.⁴⁶⁶ Die Verkündung der nachgereichten Abstimmungsergebnisse erfolgte in der 27. Sitzung der Reformkommission.⁴⁶⁷

Empfehlung

Die Reformkommission empfiehlt, § 184j StGB (Straftaten aus Gruppen) zu streichen.

Fazit: Die Empfehlung blieb unverändert.

Abstimmung: Annahme: 7 Mitglieder; Ablehnung: 0 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

5. Themenkomplex 5: „Neuordnung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches sowie Wertungswidersprüche“

Die Empfehlungen gehen zurück auf das von Frau Prof. Hörnle gehaltene Impulsreferat „Geschütztes Rechtsgut des 13. Abschnitts und Verhältnis zu den geschützten Rechtsgütern der einzelnen Vorschriften“⁴⁶⁸, auf das von Herrn Prof. Laubenthal gehaltene Impulsreferat „Sinnhafte Neuordnung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs“⁴⁶⁹ und auf das von Herrn Dr. Simon gehaltene Impulsreferat „Wertungswidersprüche und Systemwidrigkeiten im 13. Abschnitt des StGB“⁴⁷⁰.

a) Neuordnung des 13. Abschnitts und geschütztes Rechtsgut

Die der Empfehlung zugrundeliegende Frage 2 zur Neuordnung des 13. Abschnitts und zum geschützten Rechtsgut wurde in der 22. Sitzung zur Abstimmung gestellt.⁴⁷¹ Die Verkündung der nachgereichten Abstimmungsergebnisse erfolgte in der 27. Sitzung der Reformkommission.⁴⁷²

Empfehlung

Die Reformkommission empfiehlt, den 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB vollständig neu zu ordnen und zu systematisieren.

⁴⁶⁵ Vgl. Protokoll der 22. Sitzung der Reformkommission, Punkt VI.

⁴⁶⁶ Vgl. Protokoll der 22. Sitzung der Reformkommission, Punkt VI.

⁴⁶⁷ Siehe unten.

⁴⁶⁸ Vgl. Protokoll der 9. Sitzung der Reformkommission, Punkt VI.1.

⁴⁶⁹ Vgl. Protokoll der 9. Sitzung der Reformkommission, Punkt VI.1.

⁴⁷⁰ Vgl. Protokoll der 14. Sitzung der Reformkommission, Punkt III.

⁴⁷¹ Vgl. Protokoll der 22. Sitzung der Reformkommission, Punkt IX.

⁴⁷² Siehe unten.

Fazit: Die Empfehlung blieb unverändert.

Abstimmung: Annahme: 8 Mitglieder; Ablehnung: 0 Mitglieder

b) Wertungswidersprüche

Die der Empfehlung zugrundeliegenden Fragen 2 bis 4 wurden in der 24. Sitzung zur Abstimmung gestellt.⁴⁷³ Die Verkündung der nachgereichten Abstimmungsergebnisse erfolgte in der 27. Sitzung der Reformkommission.⁴⁷⁴

Empfehlung 1⁴⁷⁵

Die Reformkommission empfiehlt, die §§ 176a Abs. 2 Nr. 2 StGB und 177 Abs. 6 Nr. 2 StGB dahingehend zu verschärfen, dass es für deren Erfüllung ausreicht, wenn die Tat wie in § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB „...mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich...“ begangen wird.

Gemäß § 176a Abs. 2 Nr. 2 StGB wird der sexuelle Missbrauch von Kindern mit Freiheitsstrafe nicht unter 2 Jahren bestraft, wenn die Tat von mehreren gemeinschaftlich begangen wird. Vergleichbares gilt für § 177 Abs. 6 Nr. 2 StGB. Die Vorschrift formuliert ebenfalls „...wenn die Tat von mehreren gemeinschaftlich begangen wird“. Im Unterschied dazu formuliert § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB (gefährliche Körperverletzung) „mit einem anderen gemeinschaftlich“. § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB erfasst damit im Gegensatz zu §§ 176a Abs. 2 Nr. 2, 177 Abs. 6 Nr. 2 StGB neben der mittäterschaftlichen Begehung auch die Teilnahme.

Mit der Empfehlung sollen die Anwendungsbereiche von §§ 176a Abs. 2 Nr. 2, 177 Abs. 6 Nr. 2 StGB entsprechend erweitert werden. Die Teilnehmer kamen daher überein, den Aspekt der Strafschärfung in die Empfehlung aufzunehmen.

Fazit: Die Empfehlung wurde wie oben ersichtlich ergänzt.

Abstimmung: Annahme: 8 Mitglieder; Ablehnung: 0 Mitglieder

⁴⁷³ Vgl. Protokoll der 24. Sitzung der Reformkommission, Punkt IV.

⁴⁷⁴ Siehe unten.

⁴⁷⁵ Die Empfehlung geht zurück auf Frage 2 zu den Wertungswidersprüchen; vgl. Protokoll der 24. Sitzung der Reformkommission, Punkt IV.

Empfehlung 2⁴⁷⁶

Die Reformkommission empfiehlt, den Strafraumen des § 176a Abs. 2 Nr. 3 StGB (Gefahr der schweren Gesundheitsschädigung – 2 Jahre bis 15 Jahre Freiheitsstrafe) bei § 177 Abs. 7 Nr. 3 StGB (Gefahr der schweren Gesundheitsschädigung – derzeit 3 Jahre bis 15 Jahre Freiheitsstrafe) zu übernehmen.

Fazit: Die Empfehlung blieb unverändert.

Abstimmung: Annahme: 6 Mitglieder; Ablehnung: 1 Mitglied; Enthaltung: 1 Mitglied

Empfehlung 3⁴⁷⁷

Die Reformkommission empfiehlt, den minder schweren Fall in § 177 Abs. 9 StGB (minder schwere Fälle) bezüglich § 177 Abs. 8 StGB auf die Fälle der Nummer 1 (Verwendung einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeuges) zu beschränken.

Fazit: Die Empfehlung blieb unverändert.

Abstimmung: Annahme: 7 Mitglieder; Ablehnung: 1 Mitglied

6. Themenkomplex 7: „Begriffsbestimmungen und sonstige Vorschriften“

Die Empfehlungen gehen zurück auf das von Herrn Prof. Laubenthal gehaltene Impulsreferat „Der Begriff der sexuellen Handlung in § 184h StGB“⁴⁷⁸ und auf das von Herrn Prof. Eisele gehaltene Impulsreferat „Der Schriftenbegriff im StGB“⁴⁷⁹. Die den Empfehlungen zugrundeliegenden Fragen 4 und 5 wurden in der 19. Sitzung zur Abstimmung gestellt.⁴⁸⁰ Die nachgereichten Stimmen wurden in der 22. Sitzung verkündet.⁴⁸¹

Empfehlung 1⁴⁸²

⁴⁷⁶ Die Empfehlung geht zurück auf Frage 3 zu den Wertungswidersprüchen; vgl. Protokoll der 24. Sitzung der Reformkommission, Punkt IV.

⁴⁷⁷ Die Empfehlung geht zurück auf Frage 4 zu den Wertungswidersprüchen; vgl. Protokoll der 24. Sitzung der Reformkommission, Punkt IV.

⁴⁷⁸ Vgl. Protokoll der 14. Sitzung der Reformkommission, Punkt IV.

⁴⁷⁹ Vgl. Protokoll der 15. Sitzung der Reformkommission, Punkt IV.

⁴⁸⁰ Vgl. Protokoll der 19. Sitzung der Reformkommission, Punkt VIII.

⁴⁸¹ Vgl. Protokoll der 22. Sitzung der Reformkommission, Punkt VII.

⁴⁸² Die Empfehlung geht zurück auf Frage 4 zu den Begriffsbestimmungen und sonstigen Vorschriften, vgl. Protokoll der 19. Sitzung der Reformkommission, Punkt VIII.

Die Reformkommission empfiehlt, die Begriffe „Telemedien oder Rundfunk“ in den Vorschriften des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des StGB durch die Begriffe „Informations- oder Kommunikationstechnologie“ zu ersetzen.

Fazit: Die Empfehlung wurde redaktionell wie oben ersichtlich um die Wörter „in den Vorschriften des“ ergänzt.

Abstimmung: Annahme: 8 Mitglieder; Ablehnung: 0 Mitglieder

Empfehlung 2⁴⁸³

Die Reformkommission empfiehlt, § 181b StGB (Führungsaufsicht) um § 184b, § 184d und § 184e StGB zu erweitern, allerdings nur soweit sich die Anlassstraftat auf Kinderpornographie bezieht.

Die Teilnehmer verständigten sich darauf, die amtlichen Bezeichnungen der Straftatbestände weitestgehend zu streichen. Darüber hinaus wurden die Vorschriften in die richtige Reihenfolge gebracht und klargestellt, dass sich die jeweilige Anlassstat auf Kinderpornographie beziehen müsse.

Fazit: Die Empfehlung wurde wie oben ersichtlich gefasst.

Abstimmung: Annahme: 7 Mitglieder; Ablehnung: 1 Mitglied

7. Themenkomplex 9: „Reformbedarf bei §§ 184 ff. StGB (Pornographiedelikte)“

Der Themenkomplex zu den Pornographiedelikten wird erneut aufgegriffen.⁴⁸⁴ Die der Empfehlung zugrundeliegende ergänzende Frage 1 wurde in der 24. Sitzung der Reformkommission zur Abstimmung gestellt.⁴⁸⁵ In der 21. Sitzung der Reformkommission wurden die nachgereichten Abstimmungsergebnisse verkündet.⁴⁸⁶ Die Verkündung der nachgereichten Stimmen erfolgte in der 27. Sitzung.⁴⁸⁷

Empfehlung

⁴⁸³ Die Empfehlung geht zurück auf Frage 5 zu den Begriffsbestimmungen und sonstigen Vorschriften, vgl. Protokoll der 19. Sitzung der Reformkommission, Punkt VIII.

⁴⁸⁴ Siehe oben, Punkt 3.

⁴⁸⁵ Vgl. Protokoll der 24. Sitzung der Reformkommission, Punkt V.

⁴⁸⁶ Vgl. Protokoll der 21. Sitzung der Reformkommission, Punkt V.

⁴⁸⁷ Siehe unten.

Die Reformkommission empfiehlt, § 184b und c StGB (Verbreitung, Erwerb und Besitz kinder- bzw. jugendpornographischer Schriften) dahingehend einzuschränken, dass fiktive Kinder- und Jugendpornographie nicht erfasst wird.

Die Teilnehmer kürzten die Empfehlung.

Fazit: Die Empfehlung wurde redaktionell angepasst.

Abstimmung: Annahme: 5 Mitglieder; Ablehnung: 1 Mitglied; Enthaltung: 2 Mitglieder

IV. Organisatorisches

Frau Bunke teilt mit, dass BMJV die Begründungen vorbereiten wird. Diese sollen sodann an die Teilnehmer der Reformkommission übersandt werden. Es ist wichtig, dass Änderungen in den Texten selbst und zwar zwingend im Änderungsmodus vorgenommen werden, damit diese nachvollzogen werden können. Ferner wird daran erinnert, dass die Impulsreferate bis Ende Februar 2017 als Word-Datei in der Fassung vorliegen sollten, in der sie im Bericht veröffentlicht werden können.

V. Bericht über die nachgereichten Stimmen zur Abstimmung in der 22. Sitzung

1. Themenkomplex 1 „Reformbedarf bei § 177 StGB – Das Für und Wider einer Einverständnislösung und von alternativen Regelungsmöglichkeiten“ – Anlage 1

Frau Bunke berichtete über die nachträglich per E-Mail kommunizierten Abstimmungsergebnisse zum Themenkomplex 1: „Reformbedarf bei § 177 StGB – Das Für und Wider einer Einverständnislösung und von alternativen Regelungsmöglichkeiten“. Konkret ging es um die in der 22. Sitzung zur Abstimmung gestellte Frage zum Gruppendedikt.⁴⁸⁸ Das Abstimmungsergebnis stellt sich abschließend wie folgt dar:

Frage: Soll § 184j StGB gestrichen werden?

Abstimmung: Ja: 11 Mitglieder; Nein: 0 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

2. Themenkomplex 5: „Neuordnung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches sowie Wertungswidersprüche“ – Anlage 2

⁴⁸⁸ Vgl. Protokoll der 22. Sitzung der Reformkommission, Punkt VI.

Frau Bunke berichtete über die nachträglich per E-Mail kommunizierten Abstimmungsergebnisse zum Themenkomplex 5: „Neuordnung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches sowie Wertungswidersprüche“. Konkret ging es um die in der 22. Sitzung zur Abstimmung gestellten Fragen zur Neuregelung des 13. Abschnitts und des Rechtsgutes des 13. Abschnitts.⁴⁸⁹ Das Abstimmungsergebnis stellt sich abschließend wie folgt dar:

Frage 1: Soll die Überschrift des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches geändert werden?

- a) Ja, die Überschrift soll zukünftig „Sexualstraftaten“ lauten, oder
- b) Ja, die Überschrift soll zukünftig „Straftaten gegen die sexuelle Freiheit“ lauten, oder
- c) Nein

Abstimmung: a): 0 Mitglieder; b): 1 Mitglied; c): 11 Mitglieder

Frage 2: Soll die Struktur des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches im Grundsatz wie folgt ausgestaltet werden:

- **Tatbestände zum Schutz der Freiheit der sexuellen Selbstbestimmung im engeren Sinne**
 - §§ 177, 178 StGB (Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung [mit Todesfolge])
 - § 174a Abs. 2 (Sexueller Missbrauch von Kranken und hilfsbedürftigen Personen)
 - § 174c StGB (Sexueller Missbrauch unter Ausnutzung eines Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses)
- **Tatbestände zum Schutz vor Ausnutzung durch staatliche Macht begründeter institutioneller Abhängigkeit**
 - § 174a Abs. 1 StGB (Sexueller Missbrauch von Gefangenen, behördlich Verwahrten)
 - § 174b StGB (Sexueller Missbrauch unter Ausnutzung einer Amtsstellung)
- **Tatbestände zum Schutz minderjähriger Personen**
 - § 174 StGB (Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen)

⁴⁸⁹ Vgl. Protokoll der 22. Sitzung der Reformkommission, Punkt IX.

- § 176 StGB (Sexueller Missbrauch von Kindern)
- § 176a StGB (Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern)
- § 176b StGB (Sexueller Missbrauch von Kindern mit Todesfolge)
- § 180 Abs. 3 StGB (Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger [Thematisch zu § 174 StGB gehörig])
- § 182 Abs. 1 und 3 StGB (Sexueller Missbrauch von Jugendlichen)
- **Tatbestände zum Schutz vor Straftaten im Zusammenhang mit der Prostitutionsausübung**
 - § 180 Abs. 2 StGB (Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger [gegen Entgelt])
 - § 180a StGB (Ausbeutung von Prostituierten)
 - § 181a StGB (Zuhälterei)
 - § 182 Abs. 2 StGB (Sexueller Missbrauch von Jugendlichen [gegen Entgelt])
 - § 184f StGB (Ausübung der verbotenen Prostitution)
 - § 184g StGB (Jugendgefährdende Prostitution)
- **Tatbestände zum Schutz vor Straftaten im Zusammenhang mit Pornographie**
 - § 184 StGB (Verbreitung pornographischer Schriften [mit Ausnahme von § 184 Abs. 1 Nr. 9 StGB, der in den 3. Abschnitt des BT StGB rücken könnte])
 - § 184a StGB (Verbreitung gewalt- oder tierpornographischer Schriften)
 - § 184b StGB (Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften)
 - § 184c StGB (Verbreitung, Erwerb und Besitz jugendpornographischer Schriften)
 - § 184d StGB (Zugänglichmachen pornographischer Inhalte mittels Rundfunk oder Telemedien; Abruf kinder- und jugendpornographischer Inhalte mittels Telemedien)
 - § 184e StGB (Veranstaltung und Besuch kinder- und jugendpornographischer Darbietungen)
- **Tatbestände zum Schutz vor Belästigung durch sexuelle Handlungen**
 - § 183 StGB (Exhibitionistische Handlungen)
 - § 183a StGB (Erregung öffentlichen Ärgernisses)
- **Begriffsbestimmungen**
- **Sexuelle Belästigung**
- **Straftaten aus Gruppen**
- **Führungsaufsicht**

(5 Antwortmöglichkeiten)

a) Ja oder

b) Ja, wobei aber § 184e StGB in der Ordnungsstruktur dem Punkt „Tatbestände zum Schutz minderjähriger Personen“ zugeordnet werden soll, oder

c) Ja, wobei aber §§ 180 Abs. 2, § 182 Abs. 2 in der Ordnungsstruktur dem Punkt „Tatbestände zum Schutz minderjähriger Personen“ zugeordnet werden sollen, oder

d) Ja, wobei Antwort b und c kumulativ vorliegen sollen, oder

e) Nein

Abstimmung: a): 4 Mitglieder; b): 1 Mitglied; c): 2 Mitglieder; d): 5 Mitglieder;

e): 0 Mitglieder

Frage 3: Soll hinsichtlich der Tatbestände zum Schutz von minderjährigen Personen auf die Bezeichnung „Missbrauch“ in der jeweiligen amtlichen Überschrift verzichtet werden?

a) Ja oder

b) Ja, der Begriff „Missbrauch“ soll darüber hinaus auch in den anderen amtlichen Überschriften nicht genannt werden, oder

c) Nein

Abstimmung: a): 2 Mitglieder; b): 2 Mitglieder; c): 8 Mitglieder

VI. Bericht über die nachgereichten Stimmen zur Abstimmung in der 24. Sitzung

1. Themenkomplex 1: „Reformbedarf bei § 177 StGB – Das Für und Wider einer Einverständnislösung und von alternativen Regelungsmöglichkeiten“ – Anlage 3

Frau Bunke berichtete über die nachträglich per E-Mail kommunizierten Abstimmungsergebnisse zum Themenkomplex 1: „Reformbedarf bei § 177 StGB – Das Für und Wider einer Einverständnislösung und von alternativen Regelungsmöglichkeiten“. Konkret ging es um die in der 24. Sitzung zur Abstimmung gestellten Fragen 12 bis 21 zur Neuregelung des § 177 StGB.⁴⁹⁰ Das Abstimmungsergebnis stellt sich abschließend wie folgt dar:

⁴⁹⁰ Vgl. Protokoll der 24. Sitzung der Reformkommission, Punkt IV., S. 6 f. und Punkt VI.

Frage 12: Unterstellt, § 177 StGB n. F. wird nicht in zwei Vorschriften aufgeteilt: Soll der Begriff „Sexuelle Nötigung“ aus der Überschrift des § 177 StGB n. F. gestrichen werden?

a) Ja oder

b) Ja, in der Überschrift soll aber stattdessen der Begriff „schwerer sexueller Übergriff“ ergänzt werden, oder

c) Nein

Abstimmung: a): 4 Mitglieder; b): 4 Mitglieder; c): 4 Mitglieder

Frage 13: Soll die Vergewaltigung als eigener Tatbestand ausgestaltet werden?

a) Ja oder

b) Ja, aber nur für Nötigungsfälle im Sinne des § 177 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB a. F., oder

c) Nein

Abstimmung: a): 1 Mitglied; b): 6 Mitglieder; c): 5 Mitglieder

Frage 14: Unterstellt, Frage 13 wird verneint: Soll der Begriff „Vergewaltigung“ im Straferschwerungsgrund und in der Folge auch aus der Überschrift des § 177 StGB n. F. herausgenommen werden?

Abstimmung: Ja: 7 Mitglieder; Nein: 4 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 15: Sollen die Tathandlungen, die gegenwärtig durch § 177 Abs. 6 Nr. 1 StGB n. F. bezeichnet werden, stärker eingegrenzt werden?

a) Ja, sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt sollen nicht erfasst sein, oder

b) Ja, der Erschwerungsgrund soll nur vorliegen, wenn der Täter Gewalt oder Drohung mit Gefahr für Leib oder Leben einsetzt, oder

c) Ja, der Erschwerungsgrund soll nur vorliegen, wenn der Täter mit den Mitteln des § 177 Abs. 5 StGB n. F. nötigt, oder

d) Ja, es sollen die Voraussetzungen aus den Antworten a) und b) kumulativ vorliegen, oder

- e) Ja, es sollen die Voraussetzungen aus den Antworten a) und c) kumulativ vorliegen,
oder
f) Nein

Abstimmung: a): 2 Mitglieder; b): 0 Mitglieder; c): 0 Mitglieder; d): 1 Mitglied;
e): 3 Mitglieder; f): 6 Mitglieder

Frage 16: Soll § 177 Abs. 7 Nr. 1 StGB n. F. (Beisichführen einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges) gestrichen werden?

- a) Ja oder
b) Nein, es soll nur die Variante des Beisichführens eines gefährlichen Werkzeuges gestrichen werden, oder
c) Nein

Abstimmung: a): 2 Mitglieder; b): 7 Mitglieder; c): 3 Mitglieder

Frage 17: Unterstellt, Frage 16 wird verneint: Soll das Verhältnis der Strafrahmen des § 177 Abs. 6 StGB n. F. (Regelbeispiel: 2 Jahre bis 15 Jahre) zu § 177 Abs. 7 Nr. 1 StGB n. F. (Qualifikation durch Beisichführen einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges mit Strafrahmen von 3 Jahren bis 15 Jahren) beibehalten werden?

- a) Ja oder
b) Nein, die Qualifikation des § 177 Abs. 7 Nr. 1 StGB n. F. soll gleich bestraft werden wie die Vergewaltigung bzw. die gemeinschaftliche Tatbegehung, oder
c) Nein, die Qualifikation des § 177 Abs. 7 Nr. 1 StGB n. F. soll geringer bestraft werden als die Vergewaltigung bzw. die gemeinschaftliche Tatbegehung

Abstimmung: a): 3 Mitglieder; b): 0 Mitglieder; c): 9 Mitglieder

Frage 18: Unterstellt, das gefährliche Werkzeug wird aus § 177 Abs. 7 Nr. 1 StGB n. F. gestrichen: Soll das Verhältnis der Strafrahmen des § 177 Abs. 6 StGB n. F. (Regelbeispiel: 2 Jahre bis 15 Jahre) zu § 177 Abs. 7 Nr. 1 StGB n. F. (Qualifikation durch Beisichführen einer Waffe mit Strafrahmen von 3 Jahren bis 15 Jahren) beibehalten werden?

- a) Ja oder

b) Nein, die Qualifikation des § 177 Abs. 7 Nr. 1 StGB n. F. soll gleich bestraft werden wie die Vergewaltigung bzw. die gemeinschaftliche Tatbegehung, oder

c) Nein, die Qualifikation des § 177 Abs. 7 Nr. 1 StGB n. F. soll geringer bestraft werden als die Vergewaltigung bzw. die gemeinschaftliche Tatbegehung

Abstimmung: a): 5 Mitglieder; b): 7 Mitglieder; c): 0 Mitglieder

Frage 19: Sollen die Qualifikationen aus § 177 Abs. 7 Nr. 1 und Abs. 7 Nr. 2 und Abs. 8 Nr. 1 StGB n. F. (Verwendung und Beisichführen von Waffen, Werkzeugen etc.) dahingehend eingeschränkt werden, dass sie nur zur Anwendung kommen, wenn der Täter das Opfer nötigt?

a) Ja oder

b) Nein oder

c) Nein, aber in den Fällen ohne Nötigung soll der Strafraumen geringer sein

Abstimmung: a): 4 Mitglieder; b): 2 Mitglieder, c): 6 Mitglieder

Frage 20: Soll § 177 Abs. 1 StGB n. F. einen geringeren Strafraumen als § 177 Abs. 2 StGB n. F. aufweisen?

Abstimmung: Ja: 2 Mitglieder; Nein: 10 Mitglieder

Frage 21: Sollen § 177 Abs. 5 und Abs. 6 StGB n. F. in einen Absatz zusammengefasst werden?

a) Ja, und zwar als Qualifikation mit einer Mindestfreiheitsstrafe von 1 Jahr, oder

b) Ja, und zwar als Regelbeispiel für einen besonders schweren Fall mit einer Freiheitsstrafe nicht unter 1 Jahr, oder

c) Nein, es soll aber der Strafraumen in Absatz 6 auf nicht unter 1 Jahr Freiheitsstrafe abgesenkt werden, oder

d) Nein, es soll aber § 177 Abs. 6 Nr. 2 StGB n. F. in Absatz 5 aufgenommen werden, oder

e) Nein

Abstimmung: a): 5 Mitglieder; b): 1 Mitglied; c): 1 Mitglied; d): 1 Mitglied;
e): 2 Mitglieder; Enthaltung: 2 Mitglieder

2. Themenkomplex 5: „Neuordnung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches sowie Wertungswidersprüche“ – Anlage 4

Frau Bunke berichtete über die nachträglich per E-Mail kommunizierten Abstimmungsergebnisse zum Themenkomplex 5: „Neuordnung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches sowie Wertungswidersprüche“. Konkret ging es um die in der 24. Sitzung zur Abstimmung gestellten Fragen.⁴⁹¹

Frage 1: Soll der Straferschwerungsgrund des Beischlafs oder ähnlicher sexueller Handlungen in § 177 Abs. 6 Nr. 1 StGB n. F. wie in § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB auf das Eindringen beschränkt werden?

a) Ja oder

b) Nein oder

c) Nein, aber die Formulierung von § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB soll an die Formulierung in § 177 Abs. 6 Nr. 1 StGB n. F. angepasst werden

Abstimmung: a): 4 Mitglieder; b): 5 Mitglieder; c): 3 Mitglieder

Frage 2: Soll der qualifizierende Umstand der Beteiligung mehrerer in den §§ 176a Abs. 2 Nr. 2 StGB und 177 Abs. 6 Nr. 2 StGB n. F. („...die Tat von mehreren gemeinschaftlich begangen wird...“) an den Wortlaut des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB für die gefährliche Körperverletzung („...mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich...“) angeglichen werden?

Abstimmung: Ja: 12 Mitglieder; Nein: 0 Mitglieder

Frage 3: Soll der Strafraum des § 177 Abs. 7 Nr. 3 StGB n. F. (3 Jahre bis 15 Jahre Freiheitsstrafe) an den Strafraum des § 176a Abs. 2 Nr. 3 StGB (2 Jahre bis 15 Jahre Freiheitsstrafe) angeglichen werden?

a) Ja, die Mindestfreiheitsstrafe soll jeweils 3 Jahre Freiheitsstrafe betragen, oder

b) Ja, die Mindestfreiheitsstrafe soll jeweils 2 Jahre Freiheitsstrafe betragen, oder

⁴⁹¹ Vgl. Protokoll der 24. Sitzung der Reformkommission, Punkt IV.

c) Nein

Abstimmung: a): 0 Mitglieder; b): 11 Mitglieder; c): 1 Mitglied

Frage 4: Sollen die Qualifikationen des § 176a Abs. 5 StGB – vergleichbar § 177 Abs. 8 Nr. 2 StGB n. F. – um einen minder schweren Fall ergänzt werden?

a) Ja oder

b) Nein oder

c) Nein, der minder schwere Fall in § 177 Abs. 9 StGB n. F. soll bezüglich Absatz 8 auf die Fälle der Nummer 1 beschränkt werden

Abstimmung: a): 2 Mitglieder; b): 2 Mitglieder; c): 8 Mitglieder

3. Themenkomplex 9: „Reformbedarf bei §§ 184 ff. StGB (Pornographielikte)“ – Anlage 5

Frau Bunke berichtete über die nachträglich per E-Mail kommunizierten Abstimmungsergebnisse zum Themenkomplex 9: „Reformbedarf bei §§ 184 ff. StGB (Pornographielikte)“. Die in der 20. Sitzung zurückgestellten Fragen⁴⁹² waren zuletzt in der 24. Sitzung zur Abstimmung gestellt worden.⁴⁹³

Frage 15: Sollen die §§ 184b und 184c StGB dahingehend eingeschränkt werden, dass fiktive Kinder- und Jugendpornographie, die als solche klar erkennbar ist (z. B. klassisches Comic), nicht erfasst wird?

a) Ja oder

b) Nein oder

c) Nein, die Einschränkung soll nur die Jugendpornographie betreffen.

Abstimmung: a): 8 Mitglieder; b): 2 Mitglieder; c): 1 Mitglied; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 16: Soll das wirklichkeitsnahe Geschehen in § 184b Abs. 3 StGB gestrichen werden?

⁴⁹² Vgl. Protokoll der 20. Sitzung der Reformkommission, Punkt III.

⁴⁹³ Vgl. Protokoll der 24. Sitzung der Reformkommission, Punkt V.

Abstimmung: Ja: 4 Mitglieder; Nein: 7 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 17: Sollen die Fälle der wirklichkeitsnahen Jugendpornographie aus § 184c StGB herausgenommen werden?

Abstimmung: Ja: 3 Mitglieder; Nein: 8 Mitglieder; Enthaltung : 1 Mitglied

4. Themenkomplex 10: „Materielle und prozessuale Folgeänderungen“ – Anlage 6

Frau Bunke berichtete über die nachträglich per E-Mail kommunizierten Abstimmungsergebnisse zum Themenkomplex 10: „Materielle und prozessuale Folgeänderungen“. Konkret ging es um die in der 24. Sitzung zur Abstimmung gestellten Fragen.⁴⁹⁴

Frage 1: Soll das Institut der Verjährung für den sexuellen Missbrauch von Kindern abgeschafft werden?

- a) Ja oder
- b) Ja, aber nur für schwere Fälle des sexuellen Missbrauchs von Kindern, oder
- c) Ja, aber nur für alle schweren Sexualdelikte, oder
- d) Nein

Abstimmung: a): 0 Mitglieder; b): 1 Mitglied; c): 2 Mitglieder; d): 9 Mitglieder

Frage 2: Soll für minderjährige Opfer eine generelle Ruhensregelung für sämtliche Delikte getroffen werden?

Abstimmung: Ja: 4 Mitglieder; Nein: 8 Mitglieder

Frage 3: Unterstellt, Frage 1 wird verneint: Soll die Altersstufe, bis zu der die Verjährung gemäß § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB ruht, geändert werden?

- a) Ja, sie soll 18 Jahre betragen, oder
- b) Ja, sie soll 21 Jahre betragen, oder
- c) Nein, sie soll weiterhin 30 Jahre betragen

⁴⁹⁴ Vgl. Protokoll der 24. Sitzung der Reformkommission, Punkt VI.

Abstimmung: a): 1 Mitglied; b): 5 Mitglieder; c): 5 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 4: Unterstellt, es bleibt bei der bisherigen Altersstufe des § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB: Sollen aus der Ruhensregelung des § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB die §§ 174a bis 174c StGB gestrichen werden?

Abstimmung: Ja: 5 Mitglieder; Nein: 7 Mitglieder

Frage 5: Soll aus der Ruhensregelung des § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB der § 180 Abs. 3 StGB gestrichen werden?

a) Ja oder

b) Ja, aber nur, wenn auch § 174 StGB gestrichen wird, oder

c) Nein

Abstimmung: a): 1 Mitglied; b): 0 Mitglieder; c): 11 Mitglieder

Frage 6: Soll aus der Ruhensregelung des § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB der § 182 StGB gestrichen werden?

Abstimmung: Ja: 1 Mitglied; Nein: 11 Mitglieder

Frage 7: Soll aus der Ruhensregelung des § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB der § 178 StGB gestrichen werden?

Abstimmung: Ja: 2 Mitglieder; Nein: 10 Mitglieder

Frage 8: Soll § 78b Abs. 1 StGB um eine Ruhensregelung ergänzt werden, die einer deliktsspezifischen Unmöglichkeit der Anzeigenerstattung bei Sexualstraftatbeständen Rechnung trägt?

Abstimmung: Ja: 4 Mitglieder; Nein: 6 Mitglieder; Enthaltung: 2 Mitglieder

VII. Bericht über die nachgereichten Stimmen zur Abstimmung in der 25. Sitzung

Frau Bunke berichtete über die nachträglich per E-Mail kommunizierten Abstimmungsergebnisse zum Themenkomplex 10: „Materielle und prozessuale Folgeänderungen“. Konkret ging es um die in der 25. Sitzung zur Abstimmung gestellten Fragen zu § 100a StPO.⁴⁹⁵ Das Abstimmungsergebnis stellte sich abschließend wie folgt dar:

1. Themenkomplex 10: „Materielle und prozessuale Folgeänderungen“ – Anlage 7

Frage 1: Sollte der Straftatenkatalog in § 100a Abs. 2 StPO um weitere Sexualdelikte der §§ 176 bis 178 StGB erweitert werden?

Abstimmung: Ja: 7 Mitglieder; Nein: 5 Mitglieder

Frage 2: Sollte der Straftatenkatalog in § 100a Abs. 2 StPO um § 181a StGB erweitert werden?

Abstimmung: Ja: 6 Mitglieder; Nein: 5 Mitglieder; Enthaltung: 1 Mitglied

Frage 3: Sollte der Straftatenkatalog in § 100a Abs. 2 StPO um § 182 StGB erweitert werden?

Abstimmung: Ja: 3 Mitglieder; Nein: 9 Mitglieder

2. Themenkomplex 10: „Materielle und prozessuale Folgeänderungen“ – Anlage 8

Frau Bunke berichtete über die nachträglich per E-Mail kommunizierten Abstimmungsergebnisse zum Themenkomplex „Materielle und prozessuale Folgeänderungen“. Konkret ging es um die in der 25. Sitzung zur Abstimmung gestellten Fragen zum Akteneinsichtsrecht etc.⁴⁹⁶ Das Abstimmungsergebnis stellte sich abschließend wie folgt dar:

Frage 1: Soll das Akteneinsichtsrecht der Nebenklage dahingehend eine gesetzliche Klarstellung erfahren, dass eine Aussage-gegen-Aussage-Konstellation nicht per se zur Verweigerung der Akteneinsicht führen darf?

⁴⁹⁵ Vgl. Protokoll der 25. Sitzung der Reformkommission, Punkt V.

⁴⁹⁶ Vgl. Protokoll der 25. Sitzung der Reformkommission, Punkt VI.

Abstimmung: Ja: 5 Mitglieder; Nein: 7 Mitglieder

Frage 2: Soll in Bezug auf den sexuellen Missbrauch von Kindern und Jugendlichen eine gesetzliche Regelung zur Beschleunigung des Strafverfahrens geschaffen werden?

Abstimmung: Ja: 4 Mitglieder; Nein: 8 Mitglieder

3. Themenkomplex 1: „Reformbedarf bei § 177 StGB – Das Für und Wider einer Einverständnislösung und von alternativen Regelungsmöglichkeiten“ – Anlage 9

Frau Bunke berichtete über das nachträglich per E-Mail kommunizierte Abstimmungsergebnis zum Themenkomplex „Reformbedarf bei § 177 StGB – Das Für und Wider einer Einverständnislösung und von alternativen Regelungsmöglichkeiten“. Konkret ging es um die in der 25. Sitzung zur Abstimmung gestellte Frage zur Streichung von § 184i StGB.⁴⁹⁷ Das Abstimmungsergebnis stellte sich abschließend wie folgt dar:

Soll § 184i StGB gestrichen werden?

Ja

Nein

Abstimmung: Ja: 2 Mitglieder; Nein: 10 Mitglieder

4. Themenkomplex 3: „Reformbedarf bei den Straftatbeständen des sexuellen Missbrauchs von Kindern und Jugendlichen und des sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen“ – Anlage 10

Frau Bunke berichtete über das nachträglich per E-Mail kommunizierte Abstimmungsergebnis zum Themenkomplex 3: „Reformbedarf bei den Straftatbeständen des sexuellen Missbrauchs von Kindern und Jugendlichen und des sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen“. Konkret ging es um die in der 25. Sitzung zur Abstimmung gestellte Frage zum Umgang mit sexuellem Agieren in virtuellen Welten.⁴⁹⁸ Das Abstimmungsergebnis stellte sich abschließend wie folgt dar:

⁴⁹⁷ Vgl. Protokoll der 25. Sitzung der Reformkommission, Punkt VII.

⁴⁹⁸ Vgl. Protokoll der 25. Sitzung der Reformkommission, Punkt VIII.

Im Hinblick auf die Möglichkeiten sexualbezogenen Agierens in virtuellen Welten besteht jedenfalls derzeit kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf im Bereich des Sexualstrafrechts.

Abstimmung: Ja: 12 Mitglieder; Nein: 0 Mitglieder

28. Sitzung am 23. Juni 2017

Protokoll
der 28. Sitzung der Reformkommission
zur Überarbeitung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches
im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
am 23. Juni 2017
11:00 – 17:00 Uhr

I. Anwesenheit

1. Mitglieder der Reformkommission

- Frau RAin Christina Clemm (ab. 11.15)
- Herr StA Christian Kohle (ab 12.10)
- Herr Prof. Dr. Klaus Laubenthal
- Herr MR Peter Marx
- Frau RinBGH Dr. Ursula Schneider
- Herr KD Jürgen Thiele

An der Teilnahme verhindert waren:

- Frau LOStAin Birgit Cirullies
- Herr Prof. Dr. Jörg Eisele
- Frau Prof. Dr. Tatjana Hörnle
- Frau RinOLG Andrea Röhrig
- Frau RAin Elke Thom-Eben
- Herr Prof. Dr. Gereon Wolters

2. Für das BMJV

- Frau RLn II A 7 Susanne Bunke
- Frau RDn Dr. Garonne Bezjak
- Frau Jenny Barthel
- Frau Dr. Hannah Lenz

II. Eröffnung der Sitzung und Begrüßung der Mitglieder

Frau Bunke begrüßte die Mitglieder der Reformkommission und eröffnete die Sitzung. Sie stellte Frau Dr. Lenz vor, die als Referendarin dem Referat II A 7 zugeteilt sei und an der Sitzung teilnehmen werde.

Anmerkungen zu den Protokollen der 26. und 27. Sitzung gab es nicht. Frau Bunke teilte mit, dass alle Protokolle für die Veröffentlichung im Bericht auf redaktionelle Fehler hin durchgesehen und korrigiert worden seien. Die Protokolle seien zudem für die Einheitlichkeit neu formatiert worden. Außerdem sei es notwendig gewesen, die Nummerierungen der Fragen zu korrigieren. Einwände dagegen gab es nicht.

Frau Bunke teilte weiterhin mit, dass die endgültigen Abstimmungsergebnisse zu den Empfehlungen, die bereits per E-Mail mitgeteilt worden seien, anstatt Verkündung in der Sitzung diesem Protokoll als Anlage beigefügt würden.

Der Termin für die Übergabe des Berichts an den Minister sei für den 19. Juli 2017 im Gustav-Heinemann-Saal im BMJV vorgesehen. Dabei solle zunächst der Minister ein kurzes Eröffnungswort halten, bevor der Bericht durch die Mitglieder der Reformkommission überreicht werde. Zu diesen beiden Programmpunkten solle auch Presse geladen werden. Danach folge für ca. 45 Minuten eine Gesprächsrunde mit dem Minister ohne Presse. Jedes Mitglied solle dabei für etwa 3-4 Minuten die Gelegenheit haben, dem Minister darzulegen, was dem Mitglied persönlich als Fazit der Reformkommission besonders wichtig sei. Ab 15.00 Uhr bis ca. 17.00 Uhr solle dann ein gemeinsames Essen im Restaurant Mark Brandenburg stattfinden, an dem der Minister aufgrund anderer terminlicher Verpflichtungen leider nicht teilnehmen können werde. Eventuell werde jedoch Frau Stn Wirtz dazu stoßen.

Frau Dr. Herrmann soll als ehemaliges Mitglied der Reformkommission zur Übergabe des Berichts eingeladen werden.

Der Abschlussbericht, der dem Minister überreicht wird, soll von allen Mitgliedern unterschrieben werden.

Es wurde weiterhin die Frage aufgeworfen, wer den Bericht an den Minister übergeben sollte. Die anwesenden Mitglieder kamen überein, diese Aufgabe Herrn Prof. Dr. Laubenthal zu übertragen.

III. Bericht

Frau Bunke bedankte sich für die Rückmeldungen und die Korrekturen zu den bereits übersandten Berichtstexten, die sehr hilfreich gewesen seien. Der Zeitplan für die nächsten Wochen sei der Folgende: Die interne Frist für die Fertigstellung des Abschlussberichts sei der 30. Juni 2017. Es gebe noch zwei Themenkomplexe, die noch nicht versandt worden seien, dies solle am Montag (26. Juni 2017) geschehen. Zwei weitere seien erst am Morgen des heutigen Tages (23. Juni 2017) versandt worden. Die Rückmeldungen für alle Texte würden schon bis Dienstag gebraucht. Dies sei erforderlich, da die Rückmeldungen noch eingearbeitet werden müssten. Es wurde gebeten, ein besonderes Augenmerk auf die Begründungstexte der Empfehlungen zu legen, da diese das zentrale Element des Berichts seien.

Frau Bunke stellte noch einmal die Gliederung des Abschlussberichts mit seinen Anlagen vor. Es wurde darauf hingewiesen, dass nach Wunsch auch einzelne Power-Point-Präsentationen aufgenommen worden seien, allerdings werden diese schwarz-weiß verbleiben.

Es wurde diskutiert, ob man eventuell ein Foto von allen Mitgliedern in den Bericht einfügen solle. Hier kam man überein, dass ein Bild der Übergabe in die Fassung eingefügt werden solle, die elektronisch veröffentlicht wird.

III. Diskussion zum Berichtstext

Die Reformkommission nahm redaktionelle Änderungen am Text der 1. Empfehlung zu TK 5 vor.

Die Reformkommission behandelte nun den Berichtstext im Einzelnen und die dazu vorgeschlagenen Änderungen. Besprochen wurden alle bereits vorliegenden Texte, in die die Änderungswünsche der Kommissionsmitglieder schon eingearbeitet waren. In dieser Weise wurden der Einleitungstext und die Themenkomplexe 1, 2, 3, 4, 5, 6 und 9 sowie die jeweils dazugehörigen Empfehlungen mit Begründungen (außer Themenkomplex 5) besprochen.

Es konnte über die Textfassungen Einvernehmen hergestellt werden.

IV. Organisatorisches

Frau Bunke teilte mit, dass es keine weitere Sitzung mehr geben werde. Der nächste und letzte offizielle Termin der Reformkommission sei die Übergabe des Berichts. Die weitere Abstimmung über die noch offenen Texte erfolge schriftlich.

II. Impulsreferate

1a. Dr. Garonne Bezjak

Der Reformbedarf beim Straftatbestand des sexuellen Missbrauchs von Kindern

I. Einleitung

Die §§ 176 StGB (Sexueller Missbrauch von Kindern), 176a StGB (Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern) und 176b StGB (Sexueller Missbrauch von Kindern mit Todesfolge) stellen die Kernvorschriften zum sexuellen Missbrauch von Kindern dar. Konkrete Vorläufervorschriften finden sich im Strafgesetzbuch des Königreichs Bayern von 1813, im Strafgesetzbuch der Preußischen Staaten von 1851 und schließlich im Reichsstrafgesetzbuch von 1871. Mit dem 4. Strafrechtsreformgesetz vom 23. November 1973 (4. StrRG) erhielt der sexuelle Missbrauch von Kindern erstmalig eine eigene Vorschrift in § 176 StGB. Die nachfolgenden Gesetzgebungsmaßnahmen waren mit dem 6. Strafrechtsreformgesetz vom 26. Januar 1998 (6. StrRG) und dem Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften vom 27. Dezember 2003 (SexualdelÄndG) im Wesentlichen von Strafrahmenverschärfungen und –erweiterungen geprägt. Weitere punktuelle Änderungen erfuhren die Straftatbestände zum sexuellen Missbrauch von Kindern mit dem Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates der Europäischen Union zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie vom 31. Dezember 2008 sowie zuletzt mit dem 49. Strafrechtsänderungsgesetz zur Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht, welches am 27. Januar 2015 (49. StrRÄndG) in Kraft trat.

Die zahlreichen Änderungen haben tendenziell erkennen lassen, dass sich der Gesetzgeber für die Bestrafung des sexuellen Missbrauchs von Kindern zunehmend von der eigentlichen Rechtsgutsgefährdung entfernt hat, indem er teilweise Handlungen unter Strafe gestellt hat, die im Vorfeld des eigentlichen Missbrauchs angesiedelt sind. Gleichzeitig haben die Tatbestände durch die punktuellen Änderungen zum Teil systematische Einbußen erlitten oder weisen andere Unstimmigkeiten auf. Schließlich gilt es, den Straftatbestand des sexuellen Missbrauchs von Kindern auch daraufhin zu überprüfen, ob er noch in allen Punkten zeitgemäß ist. Vor diesem Hintergrund soll das Impulsreferat einen Beitrag für eine Diskussion zu dem Thema leisten, ob und inwieweit ein Reformbedarf besteht.

II. Empirische Daten

Die folgenden Daten geben einen Überblick über die Straftatbestände des sexuellen Missbrauchs von Kindern, wie er sich nach der Polizeilichen Kriminalstatistik (PKS) sowie aus der Strafverfolgungsstatistik darstellt.

Ausweislich der PKS wurden im Jahr 2014 12.134 Fälle⁴⁹⁹ des sexuellen Missbrauchs von Kindern erfasst. Von diesen Fällen fielen im Jahr 2014 43,1 % auf Straftaten nach § 176 Abs. 1 und 2 StGB (Sexueller Missbrauch von Kindern mit Körperkontakt), 36,2 % auf Straftaten nach § 176 Abs. 4 und 5 StGB (Sexueller Missbrauch von Kindern ohne Körperkontakt) und 20,7 % auf Straftaten nach § 176a StGB (Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern). Die Aufklärungsquote lag im Jahr 2014 bei 85,1 %. Von den 9.236 Tatverdächtigen⁵⁰⁰ waren 7,6 % der Täter unter 14 Jahre alt, 18,2 % von 14 bis einschließlich 17 Jahre, 8,1% von 18 bis einschließlich 21 Jahre und 66,1 % ab 21 Jahre alt. Die jungerwachsenen Täter (21 bis einschließlich 25 Jahre belaufen sich auf 6,9 % und die erwachsenen Täter ab 26 Jahre belaufen sich auf 7,1 %). 8.807 Tatverdächtige waren männlich und 429 weiblich. Hinsichtlich der Opfer kehrt sich das Geschlechterverhältnis um: Von den 14.168 registrierten Opfern waren 74,7 % weiblich und 25,3 % männlich. 3.228 Opfer waren mit dem Tatverdächtigen verwandt, 2.817 Opfer waren mit dem Tatverdächtigen befreundet oder bekannt, 1.327 Opfer waren mit dem Tatverdächtigen flüchtig bekannt, 4.527 Opfer hatten mit dem Tatverdächtigen keine Beziehung und bei 1.440 Opfern ist die Beziehung ungeklärt.⁵⁰¹

Hinsichtlich der nachfolgenden Daten aus der Strafverfolgungsstatistik ist vorab darauf hinzuweisen, dass die Daten nicht als Fortschreibung der PKS betrachtet werden können, da sich ihre Erkenntnisse aufgrund verschiedener Erfassungsgrundsätze nicht miteinander vergleichen lassen. So führt die Strafverfolgungsstatistik z. B. nicht die Fälle auf, sondern stellt alle in dem jeweiligen Berichtszeitraum Abgeurteilten⁵⁰² und Verurteilten⁵⁰³ dar. Im Jahre 2013 wurden 962 Personen wegen Straftaten nach § 176 Abs. 1, 2, 3 StGB (Sexueller Missbrauch mit unmittelbarem Körperkontakt) verurteilt. Davon waren 687 Personen erwachsen,

⁴⁹⁹ Ein Fall liegt vor, wenn eine angezeigte Handlung oder deren Versuch von der Polizei bearbeitet wurde und unter den Straftatenkatalog der PKS zu subsumieren ist (PKS 1999, 7).

⁵⁰⁰ Eine Person, die nach dem Ergebnis der polizeilichen Ermittlungen im Verdacht steht, die Tat begangen zu haben.

⁵⁰¹ Vgl. Polizeiliche Kriminalstatistik, Jahrbuch 2014, 62. Ausgabe, hrsg. v. Bundeskriminalamt, Punkt 7.2 Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung, S. 159 ff.

⁵⁰² Vgl. Strafverfolgungsstatistik, Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 3, 2013, S. 13: Abgeurteilte sind Angeklagte, gegen die Strafbefehle erlassen wurden bzw. Strafverfahren nach Eröffnung des Hauptverfahrens durch Urteil oder Einstellungsbeschluss rechtskräftig abgeschlossen worden sind. Die Gruppe der Abgeurteilten setzt sich damit zusammen aus den Verurteilten und weiteren Angeklagten, bei denen sonstige gerichtliche Entscheidungen wie etwa Freispruch oder Anordnung einer Maßregel der Besserung und Sicherung ergingen.

⁵⁰³ Vgl. Strafverfolgungsstatistik, a. a. O.: Verurteilte sind Angeklagte, gegen die nach allgemeinem Strafrecht eine Freiheits- oder Geldstrafe bzw. ein Strafverbot (§ 9 WStG) verhängt wurde (Urteil oder Strafbefehl) oder deren Straftat nach Jugendstrafrecht mit Jugendstrafe, Zuchtmitteln oder Erziehungsmaßnahmen sanktioniert wurde.

57 Person heranwachsend und 218 Personen jugendlich. 951 der verurteilten Personen waren männlich. 382 Personen wurden wegen Straftaten nach § 176 Abs. 4 StGB (Sexueller Missbrauch ohne unmittelbaren Körperkontakt) verurteilt. Davon waren 315 Personen erwachsen, 36 Personen heranwachsend und 31 Personen jugendlich. 379 der verurteilten Personen waren männlich. 5 erwachsene männliche Personen wurden wegen einer Straftat nach § 176 Abs. 5 StGB verurteilt. Wegen des schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern nach § 176a StGB wurden 713 Personen verurteilt. Davon waren 584 Personen erwachsen, 93 Personen heranwachsend und 36 Personen jugendlich.

Die Anzahl der Abgeurteilten gestaltete sich im Jahr 2013 wie folgt: 1.309 Personen (davon 1.286 männlich) wurden wegen einer Straftat nach § 176 Abs. 1, 2, 3 StGB abgeurteilt. 462 Personen (davon 458 männlich) wurden wegen einer Straftat nach § 176 Abs. 4 StGB abgeurteilt und 7 männliche Personen wurden wegen einer Straftat nach § 176 Abs. 5 StGB abgeurteilt. 812 Personen (davon 794 männlich) wurden wegen einer Straftat nach § 176a StGB abgeurteilt.⁵⁰⁴

III. Der Reformbedarf

Im Folgenden soll dargestellt werden, an welchen Punkten des sexuellen Missbrauchs von Kindern ein Reformbedarf diskutiert werden könnte. Dabei werden die einzelnen Tatbestandsmerkmale der Reihenfolge nach abgehandelt.

1. Die starre Altersgrenze

Gemäß § 176 StGB (Sexueller Missbrauch von Kindern) sind sexuelle Interaktionen mit Kindern (Personen unter 14 Jahren) strafbar. Der Gesetzgeber will auf diese Weise gewährleisten, dass Kinder von jeglicher sexueller Konfrontation verschont bleiben, um ihre ungestörte sexuelle Entwicklung⁵⁰⁵ und ihre ungestörte Gesamtentwicklung⁵⁰⁶ zu schützen. Kinder können nach der Wertung des Gesetzgebers folglich noch nicht wirksam in sexuelle Interaktionen mit anderen Personen einwilligen. Aus entwicklungspsychologischer Sicht ist es demgegenüber ausgeschlossen, dass sich mit dem vierzehnten Geburtstag des Kindes ein gewisses Maß an sexueller Autonomie einstellen soll, welches die Erforderlichkeit des Schutzes

⁵⁰⁴ Vgl. Strafverfolgungsstatistik, Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 3, 2013.

⁵⁰⁵ Vgl. NK-Frommel, StGB, 4. Auflage, § 176 Rn. 10; Gössel, Karl-Heinz, Das neue Sexualstrafrecht. Eine systematische Darstellung für die Praxis, Berlin 2005, § 6 Rn. 1, HK-Laue, StGB, 3. Auflage, § 176 Rn. 1, Laubenthal, Klaus, Sexualstraftaten. Die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung, Berlin, Heidelberg, New York, Barcelona, Hongkong, London, Mailand, Paris, Singapur, Tokio 2000, Rn. 342, Sch/Sch-Eisele, StGB, 29. Auflage, § 176 Rn. 1a; Bezzak, Garonne, Grundlagen und Probleme des Straftatbestandes des sexuellen Missbrauchs von Kindern gemäß § 176 StGB, Berlin 2015, S. 96 ff.; A.A. SK-Wolters, StGB, 140. Lfg., § 176 Rn. 2 (Schutz vor Fremdbestimmung); MüKo-Renzikowski, StGB, 2. Auflage, § 176 Rn. 1 f.; LK-Hörnle, StGB, 12. Auflage, § 176 Rn. 3 (Schutz der sexuellen Selbstbestimmung).

⁵⁰⁶ Vgl. LK-Laufhütte, StGB, 11. Auflage, § 176 Rn. 1; Arzt, Gunther / Weber, Ulrich / Heinrich, Bernd / Hilgendorf, Eric, Strafrecht Besonderer Teil. Lehrbuch, Bielefeld 2009, § 10 Rn. 4.

des § 176 StGB entfallen lassen soll, während diese am Tag vor dem vierzehnten Geburtstag noch nicht vorhanden gewesen sein soll. Der Reifezustand eines Kindes folgt einem individuellen Entwicklungsprozess, der mit starren Altersgrenzen nicht kompatibel ist.⁵⁰⁷ Es ist gleichwohl richtig, an den starren Altersgrenzen festzuhalten, da es sich hierbei um ein objektivierbares Kriterium handelt, welches der Beweisbarkeit zugänglich ist. Die Alternative, jeweils an die individuelle Einwilligungsfähigkeit des Kindes zum Tatzeitpunkt anzuknüpfen, würde demgegenüber zu starken Rechtsunsicherheiten führen, die sich vor allem in Beweis- und Vorsatzproblemen niederschlagen würden. Ferner ist die überzeugende Grundaussage, Kinder insgesamt und absolut vor sexuellen Interaktionen zu schützen, tatbestandlich beizubehalten. Die Höhe der Schutzaltersgrenze wäre allerdings ggf. auf der Grundlage psychiatrischer Erkenntnisse neu zu diskutieren.

Hält man an der starren Altersgrenze fest, ergeben sich Randbereiche der Strafbarkeit des § 176 StGB, in denen das Unrecht der Tat gering oder gar nicht vorhanden ist. So kann z. B. der sexuelle Kontakt einer 13jährigen mit ihrem 14jährigen Freund geradezu Ausdruck einer zunehmenden sexuellen Selbstbestimmung des Opfers sein, dem ein strafrechtlicher Unwertgehalt nicht anhaftet. Entgegen der Wertung des Gesetzgebers wäre der Austausch sexualisierter Zärtlichkeiten im Rahmen einer echten Liebesbeziehung für die ungestörte sexuelle Entwicklung und die ungestörte Gesamtentwicklung der 13jährigen aus psychologischer Sicht ggf. entwicklungsgerecht und altersgerechter Bestandteil der Entwicklung hin zu einer sexuellen Selbstbestimmung.

Vor diesem Hintergrund muss der Gesetzgeber einen Weg finden, um auf diesen Randbereich der strafbaren Handlungen angemessen reagieren zu können. Denn der an sich legitime Schutz einer Strafnorm hat zurückzustehen, wenn das eingesetzte Mittel unangemessen in die Rechte des betroffenen Täters eingreift.⁵⁰⁸ Das BVerfG zeigt zwei Lösungsmöglichkeiten auf: Entweder muss der Gesetzgeber materiell-rechtlich einen Privilegierungstatbestand schaffen oder er findet eine prozessuale Lösung, um den Verfolgungszwang zu begrenzen.⁵⁰⁹ Im Falle des § 176 StGB hat sich der Gesetzgeber auf die prozessuale Lösung beschränkt. Taten der geschilderten Art können nach §§ 153, 153a StPO bzw. §§ 45, 47 JGG eingestellt werden.

Die strafprozessuale Lösung ist ohne Zweifel ein gangbarer Weg. Allerdings vermeidet es der Gesetzgeber auf diese Weise, die Problematik der Strafbarkeit sexueller Handlungen zwischen grundsätzlich gleichaltrigen Personen in den Blick zu nehmen, obwohl dieser

⁵⁰⁷ Vgl. Volbert, R., Sexuelles Verhalten von Kindern, in: Amann / Wipplinger, 2005, S. 449, 454.

⁵⁰⁸ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 9. März 1994 – 2 BvL 43 / 92 et al. Rn. 156, zitiert nach juris.

⁵⁰⁹ Vgl. BVerfG, a. a. O., Rn. 169, zitiert nach juris.

Randbereich der Strafwürdigkeit dem § 176 StGB untrennbar anhaftet. Es wäre daher vorzuzugswürdig, für das tatbestandsspezifische Problem auch eine tatbestandsspezifische Lösung vorzuhalten, mit der der Gesetzgeber eindeutig anerkennt, dass es auch im Straftatbestand des sexuellen Missbrauchs von Kindern Fälle gibt, die nicht strafwürdig sind. Eine vergleichbare Situation wurde für § 174 StGB (Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen) vom Gesetzgeber anerkannt. Gemäß § 174 Abs. 4 StGB kann das Gericht von einer Bestrafung absehen, wenn das Unrecht der Tat gering ist. Eine vergleichbare Regelung wäre auch für § 176 StGB wünschenswert.

2. § 176 Abs. 1, 2. Variante StGB: Das „An sich Vornehmen lassen“ der sexuellen Handlung durch Unterlassen

Gemäß § 176 Abs. 1, 2. Variante StGB macht sich strafbar, wer eine sexuelle Handlung an sich von dem Kind vornehmen lässt. In Abgrenzung zu § 176 Abs. 1, 1. Variante StGB (Vornehmen sexueller Handlungen an dem Kind) muss der Täter die sexuelle Handlung des Kindes im Rahmen des § 176 Abs. 1, 2. Variante StGB weitestgehend bewegungslos hinnehmen.⁵¹⁰ § 176 Abs. 1, 2. Variante StGB ist auch dann einschlägig, wenn die sexuelle Handlung allein auf die Initiative des Kindes zurückgeht und der Täter das Kind durch sein Verhalten während des Sexualaktes zur Fortsetzung der Tätigkeit ermuntert.⁵¹¹ Die wesentlichen Fallkonstellationen, die für das „An sich Vornehmen lassen“ der sexuellen Handlung vorstellbar sind, werden damit von § 176 Abs. 1, 2. Variante StGB erfasst.

Es bleiben jedoch die Fälle, bei denen die Initiative allein vom Kind ausgeht und der Täter gänzlich passiv bleibt, das Kind also auch nicht zur Fortsetzung ermuntert. Hier stellt sich die Frage, ob § 176 Abs. 1, 2. Variante StGB auch dann einschlägig ist, wenn der Täter es lediglich unterlässt, gegen die vom Kind vorgenommene sexuelle Handlung einzuschreiten. Nach der hier vertretenen Auffassung wird das bloße Unterlassen nicht von § 176 Abs. 1, 2. Variante StGB erfasst.⁵¹² Dies ergibt sich zum einen aus dem Umstand, dass es keine Anhaltspunkte dafür gibt, dass der Gesetzgeber des 4. StrRG insoweit eine inhaltliche Änderung vornehmen wollte, als er § 176 Abs. 1 Nr. 3 RStGB („Bestraft wird, wer...eine Person unter vierzehn Jahren zur Verübung oder Duldung unzüchtiger Handlungen *verleitet*“) in § 176 Abs. 1, 2. Variante StGB (An sich vornehmen lassen) überführte. Es liegen im Gegenteil Anhaltspunkte dafür vor, dass der Gesetzgeber der gegenwärtigen Vorschrift dasselbe Maß an Aktivität des Täters voraussetzen wollte, wie es im RStGB durch das Wort „Verlei-

⁵¹⁰ Vgl. SK-Wolters, a. a. O., § 176 Rn. 4; MüKo-Renzikowski, a. a. O., § 176 Rn. 25.

⁵¹¹ Vgl. LK-Hörnle, a. a. O., § 176 Rn. 11.

⁵¹² So auch MüKo-Renzikowski, a. a. O., § 176 Rn. 25; LK-Hörnle, a. a. O., § 176 Rn. 11; A.A. Lackner / Kühl, StGB, 27. Auflage, § 176 Rn. 2 i. V. m. § 174 Rn. 12; SK-Wolters, a. a. O., § 176 Rn. 4.

ten“ zum Ausdruck kam.⁵¹³ § 176 Abs. 1, 2. Variante StGB erfordert daher nach wie vor ein aktives Element des Täters, welches zumindest das Ermuntern des eigeninitiativ tätig gewordenen Kindes voraussetzt. Es kann sich daher bei der Vorschrift nicht um ein echtes Unterlassungsdelikt handeln, da die Vorschrift mehr verlangt als die bloße Nichtausführung einer konkreten Handlung. § 176 Abs. 1, 2. Variante StGB stellt ferner kein unechtes Unterlassungsdelikt dar. Das unechte Unterlassungsdelikt setzt gemäß § 13 StGB entweder ein Erfolgsdelikt voraus oder nach h. L. ein Tätigkeitsdelikt, bei dem jedenfalls die Tathandlung selbst einen Erfolg voraussetzt. Letzteres ist etwa bei § 153 StGB (Falsche uneidliche Aussage) gegeben, da die Falschaussage von der zuständigen Person auch verstanden worden sein muss. Erforderlich ist also neben der Aussage auch der Zugang der Aussage. § 176 Abs. 1, 2. Variante StGB erfüllt die Voraussetzungen des unechten Unterlassungsdeliktes hingegen nicht. Die Vorschrift ist kein Erfolgs-, sondern ein Tätigkeitsdelikt, wobei die Tathandlung keinen irgendwie gearteten Zwischenerfolg voraussetzt.⁵¹⁴

Da § 176 Abs. 1, 2. Variante StGB nicht durch bloßes Unterlassen begangen werden kann, gibt es Fallkonstellationen, die von der Vorschrift nicht erfasst werden können. Das Reichsgericht und der Bundesgerichtshof hatten sich mit entsprechenden Fallkonstellationen zu befassen, die nach der heutigen Rechtslage strafrechtlich nicht erfasst werden könnten:

RGSt 10, 159: Das dreizehn Jahre alte Kind vollzog mit der Angeklagten mehrfach den Beischlaf. Diese habe den Sexualakt nur geduldet.

RGSt 49, 178, 180: Ein Mädchen rieb „aus freiem Antrieb an dem Geschlechtsteil des Angeklagten hin- und her“.

BGHSt 5, 147: „Eines Nachts streichelte der Junge⁵¹⁵ seine Mutter und strich mit seinem erregten Gliede an ihren nackten Oberschenkeln und über dem Schlüpfer an ihrem Geschlechtssteil herum. Die Angeklagte ließ dies aus unnatürlicher Mutterliebe geschehen, damit er seine Geschlechtslust befriedige.“

Die Beschuldigten haben auf der Grundlage des jeweils festgestellten Sachverhaltes weder eine sexuelle Handlung an dem Kind vorgenommen noch haben sie das Kind zum Fortsetzen der sexuellen Handlung ermuntert. § 176 Abs. 1 StGB ist damit nicht verwirklicht. Die benannten Fallkonstellationen dürften zwar als atypisch zu bezeichnen sein. Sie sind aber

⁵¹³ Vgl. BT-Drs. VI / 3521, S. 34 ff.; im Einzelnen Bezzak, a. a. O., S. 176 f.

⁵¹⁴ Vgl. im Einzelnen Bezzak, a. a. O., S. 177 f.

⁵¹⁵ In dem zugrundeliegenden Fall ist der Junge zwar älter als 14 Jahre. Der Fall stellt gleichwohl ein Beispiel für eine völlige Untätigkeit der anderen Person dar.

gleichwohl strafwürdig, weil sie die ungestörte sexuelle Entwicklung und Gesamtentwicklung des Kindes gefährden.⁵¹⁶ Denn das Kind soll in der Zeit, in der es sich auf dem Weg zur Ausprägung einer autonomen sexuellen Selbstbestimmung befindet, von sexuellen Interaktionen frei bleiben. Der Person, an der das Kind sexuelle Handlungen vornimmt, sollte daher die strafrechtliche Verpflichtung auferlegt werden, sich der sexuellen Handlung unmittelbar zu entziehen. Gesetzestechisch könnte § 176 Abs. 1, 2. Variante StGB dahingehend ergänzt werden, dass das bloße Dulden einer vom Kind vorgenommenen sexuellen Handlung strafbar ist.

3. Der minder schwere Fall

Ein minder schwerer Fall ist für § 176 StGB seit dem SexualdelÄndG nicht mehr vorgesehen. Der Gesetzgeber begründete dies damit, dass es für das Opfer eine nicht unerhebliche seelische Belastung darstelle, wenn die Tat lediglich einen minder schweren Fall begründe.⁵¹⁷ Die Argumentation überzeugt nicht und überspannt den Opferschutzgedanken erheblich. Denn auch der Straftatbestand des sexuellen Missbrauchs von Kindern weist Randbereiche auf, in denen der Tatumwert derart vermindert sein kann, dass eine tat- und schuldangemessene Strafe nur auf der Grundlage eines minder schweren Falles gerechtfertigt ist. Dabei ist etwa an Fälle zu denken, bei denen die sexuelle Handlung nur unwesentlich über der Erheblichkeitsgrenze des § 184h Nr. 1 StGB liegt, oder auch an die oben genannten Konstellationen, bei denen der Täter nur unwesentlich älter ist als das Opfer. Die Argumentation des Gesetzgebers könnte ferner auch für andere Vorschriften Geltung beanspruchen, ohne dass dies ernsthaft diskutiert wird (z. B. § 213 StGB [Minder schwerer Fall des Totschlags], § 224 StGB [Minder schwerer Fall der gefährlichen Körperverletzung] etc.). Die Wiedereinführung des minder schweren Falles für den Grundtatbestand des § 176 StGB ist daher bereits vor diesem Hintergrund naheliegend.

Darüber hinaus ergibt sich aus einem Vergleich zu § 176a Abs. 1 und 4 StGB, dass die Wiedereinführung des minder schweren Falles für das Grunddelikt aus systematischen Gründen geboten ist: § 176a Abs. 4 StGB sieht einen minder schweren Fall für die Qualifikation des § 176a Abs. 1 StGB vor. Gemäß § 176a Abs. 1 StGB wird der Täter eines § 176 Abs. 1 StGB oder eines § 176 Abs. 2 StGB mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft, wenn er innerhalb der letzten fünf Jahre wegen einer solchen Straftat rechtskräftig verurteilt worden ist. Diese Qualifikation ist gemäß § 176a Abs. 4 StGB in minder schweren Fällen auf eine

⁵¹⁶ Es handelt sich nach der hier vertretenen Auffassung bei § 176 Abs. 1 und 2 StGB um ein abstraktes Gefährdungsdelikt. So auch SK-Wolters, a. a. O., § 176 Rn. 2; Sch/Sch-Perron/Eisele, a. a. O., § 176 Rn. 1a; Fischer, StGB, 61. Auflage, § 176 Rn. 2; Laubenthal, a. a. O., Rn. 327; A.A. LK-Hörnle, a. a. O., § 176 Rn. 6 f., MüKo-Renzikowski, a. a. O., § 176 Rn. 4 ff., die § 176 Abs. 1, 2 und 4 Nr. 1, 2 und 4 StGB als Verletzungsdelikt einstufen.

⁵¹⁷ Vgl. BT-Drs. 15 / 350, S. 17.

Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren zu ermäßigen. Die Regelung hat zur Folge, dass der Strafraum des als Vergehen ausgestalteten Grunddeliktes (§ 176 Abs. 1 StGB: 6 Monate bis 10 Jahre Freiheitsstrafe) höher ist als der Strafraum des minder schweren Falles der als Verbrechen ausgestalteten Qualifikation (§ 176a Abs. 1, Abs. 4 StGB: 3 Monate bis 5 Jahre Freiheitsstrafe). Dieses Ergebnis ist nicht stimmig, da es den Rückfalltäter grundlos privilegiert.

Die Rechtsprechung bekommt das Problem nicht überzeugend in den Griff. Im Betäubungsmittelstrafrecht löst sie vergleichbare Konstellationen dergestalt, dass die Strafuntergrenze des von dem einschlägigen Gesetz verdrängten Tatbestandes eine Sperrwirkung für die Verurteilung aus dem einschlägigen Sonderstrafrahmen entfaltet.⁵¹⁸ Bezogen auf den sexuellen Missbrauch von Kindern würde das bedeuten, dass bei Vorliegen des § 176a Abs. 1 und Abs. 4 StGB die Mindestfreiheitsstrafe 6 Monate betragen würde. Für das Verhältnis zwischen § 176 Abs. 1 StGB und § 176a Abs. 1 und 4 StGB hat der Bundesgerichtshof jedoch explizit betont, dass für den Fall des Vorliegens eines minder schweren Falles der Qualifikation nicht auf den Strafraum des § 176 Abs. 1 StGB zurückgegriffen werden kann.⁵¹⁹ Die Vorgehensweise des Bundesgerichtshofs ist nachvollziehbar, da sie dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers Geltung verschafft. Die wenigen Lösungsansätze der Literatur⁵²⁰ versuchen zwar, den Missgriff des Gesetzgebers zu korrigieren, weisen aber zwangsläufig das Problem auf, dass sie sich entweder über den Wortlaut der Vorschrift (Hineinlesen des Strafraums aus § 176a Abs. 1 und 4 StGB in § 176 Abs. 1 und 2 StGB) oder über den Willen des Gesetzgebers (Mindeststrafe beginnt auch bei § 176a Abs. 1 und 4 StGB erst ab 6 Monaten) hinwegsetzen. Im Ergebnis sollte daher der Gesetzgeber selbst seinen Fehler korrigieren und den minder schweren Fall für das Grunddelikt des § 176 Abs. 1 und 2 StGB wieder einführen.

4. Die Vornahme sexueller Handlungen vor einem Kind gemäß § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB

Gemäß § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB macht sich strafbar, wer sexuelle Handlungen vor einem Kind vornimmt. Dies ist gemäß § 184h Nr. 2 StGB der Fall, wenn die sexuelle Handlung vor einem anderen vorgenommen wird, der den Vorgang wahrnimmt. Der Täter muss vor dem Kind mit der Tathandlung an seinem Körper oder an dem Körper eines Dritten begonnen haben.⁵²¹ Lässt der Täter sexuelle Handlungen an sich von einem Dritten vor dem Kind vor-

⁵¹⁸ Vgl. BGH, Urteil vom 13. Februar 2003 – 3 StR 349 / 02, in: NStZ 2003, 440, 440 f.

⁵¹⁹ Vgl. BGH, Beschluss vom 26. Mai 2004 – 4 StR 119/04, in: NStZ 2005, 90.

⁵²⁰ Vgl. SK Wolters, a. a. O., § 176a Rn. 31; LK-Hörnle, a. a. O., § 176a Rn. 18.

⁵²¹ Vgl. Fischer, a. a. O., § 176 Rn. 9.

nehmen, ist § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB hingegen nicht einschlägig.⁵²² Eine andere Auslegung würde den Wortlaut der Vorschrift überspannen. Der Dritte kann sich zwar seinerseits als Täter gemäß § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB strafbar machen. Derjenige, an dem die sexuellen Handlungen vorgenommen werden, kann jedoch allenfalls als Teilnehmer gemäß §§ 176 Abs. 4 Nr. 1, 26, 27 StGB bestraft werden. Dieser Umstand ist unbefriedigend, weil die Person, die die sexuelle Handlung an sich vornehmen lässt, dasselbe Tatunrecht verwirklicht wie die Person, die die sexuelle Handlung an einer anderen Person vornimmt. Die Gleichwertigkeit der aktiven Vornahme und des weniger aktiven „An sich vornehmen Lassens“ ergibt sich aus der Wertung des § 176 Abs. 1 StGB, mit dem beide Tathandlungen als täterschaftliche Begehung geahndet werden. De lege ferenda wäre daher darüber zu diskutieren, ob § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB dahingehend zu ergänzen wäre, dass sich auch strafbar macht, wer sexuelle Handlungen vor einem Kind an sich vornehmen lässt.

5. Das Einwirken auf ein Kind durch Schriften gemäß § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB

Mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren wird bestraft, wer auf ein Kind mittels Schriften (§ 11 Abs. 3) oder mittels Informations- oder Kommunikationstechnologie einwirkt, um a) das Kind zu sexuellen Handlungen zu bringen, die es an oder vor dem Täter oder einer dritten Person vornehmen oder von dem Täter oder einer dritten Person an sich vornehmen lassen soll, oder b) um eine Tat nach § 184b Absatz 1 Nummer 3 (Herstellen von Kinderpornographie) oder nach § 184b Absatz 3 StGB (Besitz bzw. Besitzverschaffung von Kinderpornographie) zu begehen. Die Vorschrift wurde ursprünglich mit dem SexualdelÄndG eingeführt, um Pädophile bestrafen zu können, die sich in Chaträumen mit Kindern zu sexuellen Begegnungen verabredeten.⁵²³ Sie wurde zuletzt durch das 49. StrafRÄndG geändert, um den Vorgaben der Richtlinie 2011/93/EU vom 13. Dezember 2011 zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI des Rates (RL 2011/93/EU) sowie dem Übereinkommen des Europarates zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch (Lanzarote-Konvention) gerecht zu werden. Gemäß Artikel 23 der Lanzarote-Konvention hat jede Vertragspartei die Handlung eines Erwachsenen, der mit Hilfe der Informations- und Kommunikationstechnologien (IuK) ein Treffen mit einem Kind vorschlägt, um dieses sexuell zu missbrauchen, unter Strafe zu stellen, sofern auf diesen Vorschlag Handlungen vorgenommen werden, die auf ein solches Treffen hinführen. Eine vergleichbare Vorschrift findet sich in Artikel 6 Abs. 1 der RL 2011/93/EU. Vor diesem Hintergrund hat der Gesetzgeber mit Wirkung zum 27. Januar 2015 das Einwirken auf das

⁵²² Vgl. Fischer, a. a. O., § 176 Rn. 9; HK-Laue, a. a. O., § 176 Rn. 5; NK-Frommel, a. a. O., § 176 Rn. 18; LK-Hörnle, a. a. O., § 176 Rn. 78; MüKo-Renzikowski, a. a. O., § 176 Rn. 32; SK-Wolters, a. a. O. § 176 Rn. 15; BGH, Beschluss vom 14. Juli 2009 – 3 StR 239/09, in: NStZ 2010, 32, 33.

⁵²³ Vgl. BT-Drs. 15 / 350, S. 17.

Kind mittels IuK explizit aufgenommen und das Absichtserfordernis auf die Herstellung bzw. Besitzverschaffung von Kinderpornografie erweitert. § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB birgt mehrere Probleme, die im Folgenden erörtert werden.

a) Die Versuchsstrafbarkeit

Gemäß § 176 Abs. 6 StGB sieht das Gesetz eine Versuchsstrafbarkeit für § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB nicht vor. Diese Entscheidung des Gesetzgebers ist nachvollziehbar, da § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB eine Handlung kriminalisiert, die weit im Vorfeld der eigentlichen Rechtsgutsgefährdung angesiedelt ist. Denn der Täter macht sich nach dem Wortlaut der Vorschrift bereits strafbar, wenn er mittels Schriften oder IuK auf das Kind einwirkt und dabei lediglich bestimmte Absichten verfolgt.⁵²⁴ Durch die Einführung einer Versuchsstrafbarkeit würde die Strafbarkeit noch weiter im Vorfeld der eigentlichen Missbrauchshandlung ansetzen. Gleichwohl wird die Einführung der Versuchsstrafbarkeit sowohl im politischen Raum als auch im internationalen Bereich – allerdings auf der Grundlage der Vorgaben der Lanzarote-Konvention bzw. der RL 2011/93/EU – diskutiert. Hintergrund ist, dass die Befürworter einer Versuchsstrafbarkeit die folgende Fallkonstellation strafrechtlich erfassen möchten: Der Beschuldigte befindet sich in einem Chatforum für Kinder. Er beabsichtigt, sich mittels Schriftverkehr das Vertrauen eines Kindes zu erschleichen, um dieses bei einem beabsichtigten nachfolgenden Treffens sexuell zu missbrauchen oder um es dazu zu bringen, kinderpornographisches Material von sich herzustellen und an ihn zu versenden. Anders als von ihm vorgesehen, kontaktiert der Beschuldigte jedoch tatsächlich eine erwachsene Person (z. B. einen Polizeibeamten oder ein Elternteil), die er irrtümlich für ein Kind hält. Diese Fallkonstellation des untauglichen Versuchs ist gegenwärtig nicht nach § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB strafbar.

Die geschilderte Fallkonstellation lässt die Einführung der Versuchsstrafbarkeit jedoch nicht zwingend erscheinen. Denn das Verhalten des Beschuldigten bleibt auch ohne die Versuchsstrafbarkeit nicht ohne Konsequenzen. Es gibt vielmehr Anlass für Ermittlungsmaßnahmen (z. B. Hausdurchsuchung oder Beschlagnahme des PC), weil sich der Beschuldigte durch sein Verhalten nach der kriminalistischen Erfahrung hinreichend verdächtig macht, eine Straftat nach § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB zum Nachteil von „echten“ Kindern bereits begangen zu haben. Darüber hinaus gibt der Sachverhalt Anlass für die Durchführung einer polizeilichen Gefährderansprache auf der Grundlage der polizeilichen Vorschriften der Länder. Beide Ansätze dürften sehr effizient sein, weil dem Beschuldigten jeweils zeitnah vor

⁵²⁴ Teilweise wird daher eine einschränkende Auslegung des Tatbestandes gefordert: vgl. SK-Wolters, a. a. O., § 176 Rn. 24b; Frühsorger, Nicolas Alexander, Der Straftatbestand des sexuellen Kindesmissbrauchs gemäß § 176 StGB, Konstanz 2011, S. 136.

Augen geführt wird, dass sein Vorgehen nicht unbemerkt geblieben ist und Konsequenzen hat.

Möchte man gleichwohl eine Versuchsstrafbarkeit einführen, müsste der Tatbestand des § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB dahingehend verändert werden, dass weitere Voraussetzungen für eine Strafbarkeit erforderlich sind. Denn das bloße Einwirken auf das Kind mittels Schriften oder LuK ist einer Versuchsstrafbarkeit wegen der weiten Vorfeldkriminalisierung nicht sinnvoll zugänglich. Um § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB gehaltvoller auszugestalten, könnte sich der Gesetzgeber an dem Wortlaut von Artikel 23 der Lanzarote-Konvention orientieren. Danach könnte auf der objektiven Tatbestandsebene neben dem Einwirken mit der Schrift oder mittels LuK das Vorschlagen eines Treffens und die diesem Vorschlag nachfolgende Vornahme konkreter Handlungen im Hinblick auf ein solches Treffen (z. B. Buchung eines Hotelzimmers) aufgenommen werden. Damit würde den internationalen Vorgaben weiterhin Rechnung getragen und eine Versuchsstrafbarkeit würde einen engeren Rechtsgutbezug aufweisen.

Gleichzeitig müsste jedoch dafür Sorge getragen werden, dass auch die Fälle weiterhin von § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB erfasst bleiben, bei denen der Täter kein Treffen in der realen Welt, sondern ein Online-Treffen anstrebt. Die Online-Begegnung mit dem Kind soll in der Realität an Bedeutung gewonnen haben. Die Täter sollen zunehmend in der Absicht handeln, das Kind zu pornographischen Handlungen zu bringen, die es an sich vornehmen soll und die über eine Internetkamera an den Täter übertragen werden. Zunehmend werde das Kind auch dazu gebracht pornographisches Bildmaterial von sich herzustellen und an den Täter zu übersenden.⁵²⁵

b) Informations- oder Kommunikationsmittel (LuK)

Die jüngst vorgenommene Ergänzung des § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB im Hinblick auf die Einwirkung mittels LuK greift den Wortlaut des Artikel 6 Abs. 1 RL 2011/93/EU bzw. des Artikel 23 der Lanzarote-Konvention auf. Der Gesetzgeber wollte damit sicherstellen, dass die internationalen Vorgaben umgesetzt werden. Gleichzeitig löste er das Problem, welches in der Vorfassung des § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB durch den Verweis auf § 11 Abs. 3 StGB entstanden war. Gemäß § 11 Abs. 3 StGB stehen den Schriften andere Medien, namentlich den Ton- und Bildträgern, Datenspeichern, Abbildungen und andere Darstellungen gleich. Als problematisch erwies sich die Bezugnahme auf den Datenspeicher, da sich daran die Frage

⁵²⁵ So zuletzt Europol und Ecpat anlässlich eines Treffens des Lanzarote-Komitees im Europarat im Juni 2015.

anschluss, ob das Chatten im Internet tatsächlich ein Einwirken mit einem verkörperten Datenspeicher darstellte.⁵²⁶

Die Aufnahme der IuK in den § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB wirft jedoch die Frage auf, ob es nicht sinnvoller wäre, die erforderliche Modernisierung des Schriftenbegriffs in § 11 Abs. 3 StGB vorzunehmen. Dabei ist ferner zu diskutieren, ob der Gesetzgeber den Schritt wagen könnte von einer Verkörperung, wie sie bislang z. B. im Begriff „Datenspeicher“ zum Ausdruck kommt, abzusehen und den Schriften die Daten selbst gleichzustellen. Da die Reformkommission auf den Schriftenbegriff noch gesondert eingehen möchte, soll das Problem an dieser Stelle nur aufgezeigt werden.

c) Das Absichtserfordernis

Der Täter muss nach § 176 Abs. 4 Nr. 3 Buchstabe a StGB in der Absicht handeln, das Kind zu bestimmten sexuellen Handlungen zu bringen. Dabei bezieht sich das Absichtserfordernis auf die Begehung von Straftaten nach § 176 Abs. 1, 1. Variante StGB (sexuelle Handlungen, die das Kind von dem Täter an sich vornehmen lassen soll), § 176 Abs. 1, 2. Variante StGB (sexuelle Handlungen, die das Kind an dem Täter vornehmen soll), § 176 Abs. 2, 1. Variante StGB (sexuelle Handlungen, die das Kind an einem Dritten vornehmen soll), § 176 Abs. 2, 2. Variante StGB (sexuelle Handlungen, die das Kind von einem Dritten an sich vornehmen lassen soll) und § 176 Abs. 4 Nr. 2 StGB (sexuelle Handlungen, die das Kind vor dem Täter oder einem Dritten vornehmen soll). Nicht erfasst wird hingegen die Absicht des Täters, selbst sexuelle Handlungen vor dem Kind vorzunehmen. Damit bildet sich die Strafbarkeit nach § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB nicht im Absichtserfordernis des § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB ab, ohne dass es hierfür einen plausiblen Grund gäbe. De lege ferenda sollte § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB daher Eingang in das Absichtserfordernis finden.

6. § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB: Einwirken auf das Kind mit einem ungebildeten geschriebenen pornografischen Text

Gemäß § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB macht sich strafbar, wer auf ein Kind durch Vorzeigen pornographischer Abbildungen oder Darstellungen, durch Abspielen von Tonträgern pornographischer Inhalte, durch Zugänglichmachen pornographischer Inhalte mittels IuK oder durch entsprechende Reden einwirkt. Der ganz überwiegende Teil der Literatur und die Rechtsprechung vertreten die Auffassung, dass Schriften im engeren Sinne keine Darstellungen im

⁵²⁶ Kritisch Gounalakis, G. / Rhode, L., Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz, in: K & R 1998, 321, 330; MK-Hörnle, a. a. O., § 184 Rn. 15; Wüstenberg, D., Pornografische E-Mails, in: TKMR 2003, 4; Hilgendorf, E. / Valerius, B., Computerstrafrecht, 2012, Rn. 170; Libertus, M., Chatrooms, in: TKMR 2003, 179; SK-Rudolphi/Stein, a. a. O., § 11 Rn. 61.

Sinne der Vorschrift seien.⁵²⁷ Dem ist zuzustimmen, denn der Gesetzgeber hat auf das Wort „Schriften“ verzichtet und damit die ungebildeten geschriebenen Texte bewusst ausgeschlossen. Dieser gesetzgeberische Wille scheint jedoch wenig konsequent zu sein.⁵²⁸ Der gelesene pornographische Text kann das Kind grundsätzlich genauso in der ungestörten sexuellen Entwicklung gefährden, wie dies durch das Abspielen eines Tonträgers erfolgen kann.⁵²⁹ Es wäre daher zu erwägen, zukünftig auch den ungebildeten geschriebenen Text einzubeziehen.

7. Vorbereitungshandlungen gemäß § 176 Abs. 5 StGB

§ 176 Abs. 5 StGB weist im Wesentlichen die folgenden Probleme auf:

a) Die Ernstlichkeit des Anbietens und des Versprechens des Nachweises eines Kindes zum sexuellen Missbrauch

Gemäß § 176 Abs. 5 StGB macht sich strafbar, wer ein Kind für eine Tat nach den Absätzen 1 bis 4 anbietet oder nachzuweisen verspricht oder wer sich mit einem anderen zu einer solchen Tat verabredet. Die kriminalisierte Tathandlung ist im Vorfeld der eigentlichen Rechtsgutsgefährdung angesiedelt. Dabei hat der Gesetzgeber in seiner Begründung ausdrücklich ausgeführt, dass der Tatbestand nicht die Ernstlichkeit des Versprechens erfordere. Es genüge, wenn es der Täter mindestens billigend in Kauf nehme, dass der Adressat sein Versprechen ernst nehme.⁵³⁰ Hintergrund dieses gesetzgeberischen Willens ist der sogenannte Rosenheimer Fall. Das Gericht hatte von einer Verurteilung abgesehen, weil es nicht überzeugt war, dass die Angeklagten ihr telefonisches Versprechen, ein Kind zu sadomasochistischen Handlungen zu organisieren, tatsächlich ernst gemeint hatten. In Ermangelung der Ernstlichkeit schied eine Strafbarkeit wegen des Verabredens zu einem Verbrechen nach § 30 StGB in Verbindung mit § 176a StGB aus. § 111 StGB (Öffentliche Aufforderung zu Straftaten) war nicht einschlägig, weil die Angeklagten das Kind telefonisch und damit nicht öffentlich angeboten hatten.⁵³¹ Dem ohnehin weiten Tatbestand des § 176 Abs. 5 StGB wird damit von dem Gesetzgeber ein noch weiteres Verständnis vorgegeben. Das nicht ernst gemeinte Versprechen des Nachweises eines Kindes und das nicht ernst gemeinte Anbieten eines Kindes kann für sich genommen das geschützte Rechtsgut des § 176 StGB jedoch

⁵²⁷ Vgl. HK-Laue, a. a. O., § 176 Rn. 9; Fischer, a. a. O., § 176 Rn. 17; Laubenthal, a. a. O., Rn. 484; MüKo-Renzikowski, a. a. O., § 176 Rn. 41; Sch/Sch-Eisele, a. a. O., § 176 Rn. 16; SK-Wolters, a. a. O., § 176 Rn. 25; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. November 1999 – 2b SS 301/99, in: NJW 2000, 1129.

⁵²⁸ Kritisch auch Fischer, a. a. O., § 176 Rn. 17; Sch/Sch-Eisele, a. a. O., § 176 Rn. 16; SK-Wolters, a. a. O., § 176 Rn. 25.

⁵²⁹ A.A. LK-Hörnle, a. a. O., § 176 Rn. 95.

⁵³⁰ Vgl. BT-Drs. 15 / 350, S. 18.

⁵³¹ Vgl. BGH, Urteil vom 7. April 1998 – 1 StR 801/97, in: NStZ 1998, 403, 404.

nicht gefährden.⁵³² Denn der Beschuldigte beabsichtigt zu keinem Zeitpunkt, ein Kind zum sexuellen Missbrauch zur Verfügung zu stellen. Es wäre daher zu erwägen, gesetzgeberisch klarzustellen, dass der Täter des § 176 Abs. 5 StGB das Anbieten und das Versprechen eines Kindes ernst meinen muss, um eine Strafbarkeit zu begründen.

b) Die Bezugstaten des § 176 Abs. 5 StGB

Soweit § 176 Abs. 5 StGB alle Taten nach den Absätzen 1 bis 4 in Bezug nimmt, dürfte zu überdenken sein, ob sich die Tathandlungen tatsächlich auch auf § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB beziehen sollte. Dagegen spricht, dass die Vorbereitungshandlung des § 176 Abs. 5 StGB sich damit ihrerseits auf eine Vorbereitungshandlung bezieht, was den ohnehin weiten Tatbestand noch weiter in das Vorfeld der eigentlichen Rechtsgutsgefährdung rückt. Ferner wäre zu überlegen, den Bezug zu § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB herauszulösen. § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB stellt zwar kein Vorbereitungsdelikt dar, konfrontiert das Kind aber lediglich mit Darstellungen von Sexualität und nicht mit simultaner Sexualität, wie dies bei § 176 Abs. 1, 2 und 4 Nr. 1 und 2 StGB der Fall ist.

8. Die Qualifikation des § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB

Gemäß § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB wird der sexuelle Missbrauch in den Fällen des § 176 Abs. 1 und 2 mit Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren bestraft, wenn eine Person über 18 Jahren mit dem Kind den Beischlaf vollzieht oder ähnliche sexuelle Handlungen an ihm vornimmt oder an sich von ihm vornehmen lässt. Die Vorschrift deckt sich inhaltlich mit § 179 Abs. 5 Nr. 1 StGB. Demgegenüber ist § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB als Regelbeispiel ausgestaltet und enthält darüber hinausgehend den Aspekt der besonders erniedrigenden sexuellen Handlung. Diese unterschiedliche Behandlung ist unstimmig.⁵³³ Zur Beseitigung dieser Unstimmigkeit sollten die Qualifikationen und besonders schweren Fälle der §§ 176a, 177, 179 StGB insgesamt in den Blick genommen werden. So müsste etwa auch die Berechtigung des unterschiedlichen Strafrahmens für die Gefahr der schweren Gesundheitsschädigung einerseits in § 176a Abs. 2 Nr. 3 StGB und § 179 Abs. 5 Nr. 3 StGB (nicht unter zwei Jahren Freiheitsstrafe) und andererseits in § 177 Abs. 3 Nr. 3 StGB (nicht unter drei Jahren Freiheitsstrafe) diskutiert werden. Hierauf wird im Rahmen der Wertungswidersprüche des 13. Abschnitts noch gesondert einzugehen sein.

⁵³² A.A. Thalheimer, Karol, Die Vorfeldstrafbarkeit nach §§ 30, 31 StGB, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Oxford, Wien 2008, S. 220, der durch das bloße Anpreisen und die Verharmlosung des sexuellen Missbrauchs von Kindern befürchtet, dass die Hemmschwelle für einen tatsächlichen Missbrauch herabgesetzt wird. Dagegen spricht aber u. a., dass sich die Scherzerklärung nicht wesentlich von anderen – stärkeren – Impulsen unterscheidet, denen pädophile Menschen ausgesetzt sind. Zu denken ist etwa an strafrechtlich unverdächtige Illustrierte mit kindlichen oder

⁵³³ LK-Hörnle, a. a. O., § 176a Rn. 23; MüKo-Renzikowski, a. a. O., § 176a Rn. 22.

IV. Zusammenfassung

Die Erwägungen unter Punkt III. wollen als Diskussionsgrundlagen verstanden werden und lediglich einen Beitrag dazu leisten, die Problemfelder aufzuzeigen. Wollte man alle Vorschläge umsetzen, könnte eine Vorschrift in etwa wie nachfolgend dargestellt aussehen. Die Ausführungen zum Schriftenbegriff und zu den Qualifikationstatbeständen werden hier ausgespart, weil sie Gegenstand weiterer Diskussionen sein werden.

§ 176 StGB Sexueller Mißbrauch von Kindern

(1) Wer sexuelle Handlungen an einer Person unter vierzehn Jahren (Kind) vornimmt oder an sich von dem Kind vornehmen läßt oder duldet, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren, in minder schweren Fällen mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer ein Kind dazu bestimmt, daß es sexuelle Handlungen an einem Dritten vornimmt oder von einem Dritten an sich vornehmen läßt.

(3) In besonders schweren Fällen ist auf Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr zu erkennen.

(4) Mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren wird bestraft, wer

1. sexuelle Handlungen vor einem Kind vornimmt oder vor einem Kind von einem Dritten an sich vornehmen läßt,

2. ein Kind dazu bestimmt, dass es sexuelle Handlungen vornimmt, soweit die Tat nicht nach Absatz 1 oder Absatz 2 mit Strafe bedroht ist,

3. auf ein Kind mittels Schriften (§ 11 Absatz 3) oder mittels Informations- oder Kommunikationstechnologie einwirkt und dem Kind ein Treffen vorschlägt [alternativ: „dem Kind ein Treffen vorschlägt und dieses vorbereitet“], um

a) das Kind zu sexuellen Handlungen zu bringen, die es an oder vor dem Täter oder einer dritten Person vornehmen oder von dem Täter oder einer dritten Person an sich vornehmen lassen soll oder um sexuelle Handlungen vor dem Kind vornehmen zu können, oder

b) um eine Tat nach § 184b Absatz 1 Nummer 3 oder nach § 184b Absatz 3 zu begehen, oder

4. auf ein Kind durch Vorzeigen pornographischer Abbildungen, ~~oder~~ Darstellungen oder Texte, durch Abspielen von Tonträgern pornographischen Inhalts, durch Zugänglichmachen pornographischer Inhalte mittels Informations- und Kommunikationstechnologie oder durch entsprechende Reden einwirkt.

(5) Mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren wird bestraft, wer ein Kind für eine Tat nach den Absätzen 1 bis 4 Nr. 2 ernstlich anbietet oder nach-

zuweisen verspricht oder wer sich mit einem anderen zu einer solchen Tat verabredet.

(6) Der Versuch ist strafbar; dies gilt nicht für Taten nach Absatz 4 Nr. 3 ~~und~~ 4 und Absatz 5.

(7) Das Gericht kann von einer Bestrafung nach dieser Vorschrift absehen, wenn das Unrecht der Tat gering ist.

1b. Dr. Garonne Bezjak

Neuere Entwicklungen zum sexuellen Missbrauch von Kindern und Jugendlichen mittels Informations- und Kommunikationsmitteln

Zahlreiche Aktivitäten der Kontaktaufnahme, der Kommunikation und des sonstigen Austausches zwischen Menschen werden zunehmend in den digitalen Bereich verlagert. Zu nennen sind in erster Linie die Möglichkeiten des Internets und der internettauglichen Mobiltelefone. Die rasant voranschreitenden, technischen Entwicklungen erlauben es Menschen in ständigem Kontakt zueinander zu stehen und sich unkompliziert digitale Bilddateien, Videos und Texte zu übersenden. Die Schattenseiten des digitalen Zeitalters entstehen dort, wo technische Errungenschaften genutzt werden, um die Rechtsgüter anderer Menschen zu gefährden oder verletzen. Es stellt sich daher die Frage, ob das Strafrecht mit dem Tempo der Entwicklung der digitalen Medien Schritt halten kann.

Das Impulsreferat soll aufzeigen, welche digitalen Entwicklungen derzeit auf internationaler Ebene mit Sorge betrachtet werden. Ferner soll eine allererste Einschätzung dazu abgegeben werden, ob das deutsche Strafrecht den neuen Phänomenen hinreichend Rechnung trägt. Das Referat soll einen Beitrag zu einer Diskussion leisten, die sich noch in ihren Anfängen befindet.

I. Der internationale Hintergrund der Diskussion

Auf internationaler Ebene geben die Entwicklungen in der digitalen Welt Anlass für Diskussionen. Zu nennen ist in diesem Zusammenhang insbesondere das Lanzarote-Komitee, welches sich aus Vertretern der Vertragsparteien des Übereinkommens des Europarats zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch (Lanzarote-Konvention) zusammensetzt. Deutschland hat die Lanzarote-Konvention gezeichnet sowie am 18. November 2015 ratifiziert. Es ist daher im Lanzarote-Komitee als Vertragspartei vertreten. Gemäß Artikel 41 Abs. 1 Satz 1 der Lanzarote-Konvention überwacht das Lanzarote-Komitee die Durchführung der Lanzarote-Konvention. In diesem Kontext wird diskutiert, ob die Lanzarote-Konvention die durch Informations- und Telekommunikationsmittel (luK) begangenen sexuellen Übergriffe auf Kinder⁵³⁴ hinreichend erfasst. Im Konkreten geht es dabei insbesondere um die folgenden Phänomene, die für die Vertragsstaaten von Bedeutung sind:

- **Selbst hergestelltes Bild- oder Filmmaterial mit sexuellem Inhalt ("Self-generated sexual images and material")**

⁵³⁴ Gemäß Artikel 3 Buchstabe a der Lanzarote-Konvention sind Kinder Personen unter 18 Jahren.

Das Opfer stellt zunächst freiwillig selbst oder durch Dritte Bild- oder Filmmaterial mit sexuellem Inhalt von sich her, welches dann aber außer Kontrolle gerät. Dabei werden insbesondere die folgenden Phänomene mit wachsender Besorgnis von den Vertragsstaaten betrachtet:

- **Sexual coercion and extortion („Sextortion“)**
Das Opfer übersendet dem Täter etwa im Rahmen einer im Internet anbe-
raumten Liebesbeziehung freiwillig Bild- oder Videomaterial von sich, welches
entweder pornographisch ist oder das Opfer sonst in sexuellem Kontext zeigt.
Nach Erhalt der Bilder nötigt der Täter das Opfer dazu, weitere derartige Bil-
der zu übersenden oder sexuelle Handlungen mit dem Täter vorzunehmen.
Dabei droht der Täter dem Opfer damit, das vorhandene Bildmaterial ande-
renfalls zu veröffentlichen.
- **Verbreitung der Bilder ohne Nötigung**
Der Täter gelangt entweder unrechtmäßig an die Bilder, indem er z. B. wider-
rechtlich in den Account des Opfers gelangt („Hacking“) oder er hat die Bilder
ursprünglich rechtmäßig von dem Opfer etwa im Rahmen einer Liebesbezie-
hung übersandt bekommen und verbreitet diese ohne Einwilligung des Opfers
im Internet, um dem Opfer zu schaden („Cyberbullying“) oder z. B. nachdem
er vom Opfer verlassen wurde („Revenge Porn“).
- **Kommerzielle sexuelle Ausbeutung von Kindern**
Hinsichtlich der kommerziellen sexuellen Ausbeutung von Kindern werden insbeson-
dere die folgenden Fallvarianten diskutiert, die zunehmend im Fokus von Europol
stehen:
 - **Live-Streaming**
Ein Organisator bietet einem Konsumenten gegen Entgelt die Live-
Übertragung eines sexuellen Missbrauchs von Kindern über das Internet an.
Der Konsument bezahlt dafür, über eine Internetkamera den sexuellen Miss-
brauch eines Kindes ansehen zu können. Das Kind wird vor der laufenden In-
ternetkamera durch eine weitere Person missbraucht, wobei im Hinblick auf
die konkreten sexuellen Handlungen ggf. auf die Wünsche des Konsumenten
einzugehen ist.
 - **Bad Hosting**

Bilder und Videos, die den sexuellen Missbrauch von Kindern bzw. Kinder in sexuellen Posen zeigen, werden in einer Internetplattform („Darknet“) gespeichert und können dort von Konsumenten gegen Entgelt heruntergeladen oder betrachtet werden. Hier stellt sich für die Ermittlungsbehörden insbesondere das Problem, Zugang zu dem kompliziert z. B. mittels Tor verschlüsselten Darknet zu erlangen.

- **Sex Chatting / Sexting**

Der Begriff meint das Übersenden und Empfangen von Fotos, Videos oder Nachrichten mit sexuellem Inhalt über IuK, insbesondere über internetfähige Mobiltelefone. Beliebte Programme sind z. B. WhatsApp, Snapchat und Threema, mit denen sich Text- und Bildmaterial übersenden lassen.⁵³⁵

- **Sexueller Missbrauch in virtuellen Welten**

Täter und Opfer bewegen sich in einer virtuellen Computerwelt, in der sie Avatare animieren, die auf diese Weise sexuelle Handlungen aneinander vornehmen.

Die Lanzarote-Konvention sieht das Tatmittel der IuK ausdrücklich lediglich in Artikel 20 Abs. 1 Buchstabe f der Lanzarote-Konvention (Wissentlicher Zugriff auf Kinderpornographie mit Hilfe der IuK) und in Artikel 23 der Lanzarote-Konvention (Kontaktaufnahme zu Kindern zu sexuellen Zwecken – sogenanntes Cybergrooming) vor. Das Lanzarote-Komitee ist daher mit der Frage befasst, ob die übrigen Vorschriften in Kapitel VI der Lanzarote-Konvention (Materielles Strafrecht) ebenfalls die Tatbegehung mittels IuK erfassen. Im Zuge dieser Diskussionen wird deutlich, dass auf internationaler Ebene eine Strafbarkeit der aufgezeigten Phänomene grundsätzlich für erforderlich gehalten wird.

II. Die Erfassung der Phänomene mit dem deutschen Strafrecht

Im Folgenden soll geprüft werden, ob die genannten Phänomene hinreichend vom deutschen Strafrecht erfasst werden. Dabei wird ein besonderer Schwerpunkt auf die Sexualdelikte im Zusammenhang mit Computerspielen in virtuellen Welten gelegt, da es sich insoweit um ein komplexeres Phänomen handelt. Hinsichtlich der übrigen Phänomene beschränkt sich das Impulsreferat darauf, die Normen zu nennen, die für eine Strafbarkeit in Betracht kommen könnten. Bei den nachfolgenden Ausführungen ist zu berücksichtigen, dass es sich lediglich um eine erste Einschätzung im Sinne einer Diskussionsgrundlage handeln soll.

⁵³⁵ Vgl. Hüneke, Arnd, Sexting – eine Short Message über die rechtliche Einordnung, in: ZJJ 2 / 2016, S. 135.

1. Selbst hergestelltes Bild- oder Filmmaterial mit sexuellem Inhalt (Self-generated sexual images and material)

Verbreitet der Täter Bild- oder Filmmaterial mit sexuellem Inhalt ohne hierzu von der abgebildeten Person ermächtigt zu sein, ist zunächst an § 22 Kunsturhebergesetz (KURhG) zu denken. Gemäß § 22 Satz 1 KURhG dürfen Bildnisse nur mit Einwilligung des Abgebildeten verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden. Wer entgegen § 22 KURhG ein Bildnis verbreitet oder öffentlich zur Schau stellt, wird gemäß § 33 Abs. 1 KURhG mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

Darüber hinaus kommt eine Strafbarkeit nach § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB in Betracht. Danach wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer eine befugt hergestellte Bildaufnahme der in den Nummern 1 oder 2 bezeichneten Art wissentlich unbefugt einer dritten Person zugänglich macht und dadurch den höchstpersönlichen Lebensbereich der abgebildeten Person verletzt. In der Nummer 1 geht es um die Bildaufnahme einer Person, die sich in einer Wohnung oder einem gegen Einblick besonders geschützten Raum befindet. Gemäß § 201a Abs. 2 StGB wird ebenso bestraft, wer unbefugt von einer anderen Person eine Bildaufnahme, die geeignet ist, dem Ansehen der abgebildeten Person erheblich zu schaden, einer dritten Person zugänglich macht.

Lässt der Täter das Bild- oder Filmmaterial an einen anderen gelangen, ohne von diesem hierzu aufgefordert zu sein, kann sich der Täter ferner nach § 184 Abs. 1 Nr. 6 StGB strafbar machen, wenn es sich bei dem Material um eine pornographische Schrift handelt. Handelt es sich bei dem Material sogar um eine kinder- oder jugendpornographische Schrift, kann sich der Täter nach § 184b Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 StGB bzw. nach § 184c Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 StGB strafbar machen, wenn er sie verbreitet oder öffentlich zugänglich macht bzw. einer anderen Person den Besitz an einer tatsächlichen kinder- oder jugendpornographischen Schrift verschafft.

Benutzt der Täter das erlangte sexualisierte Bild- oder Filmmaterial, um das Opfer durch Drohung mit dessen Verbreitung dazu zu bringen, sexuelle Handlungen mit ihm vorzunehmen (Sextortion), kann er sich gemäß § 177 Abs. 2 Nr. 5 StGB strafbar machen, weil er das Opfer zur Vornahme oder Duldung einer sexuellen Handlung durch Drohung mit einem empfindlichen Übel genötigt hat. Dasselbe gilt, wenn der Täter das Opfer auf diese Weise dazu bringt, sexuelle Handlungen an sich selbst vorzunehmen und das davon gefertigte Bild- oder Filmmaterial zu übersenden. Soweit das Opfer im Zuge der Drohung bereits vorhandenes sexualisiertes Bild- oder Filmmaterial übersendet ist an eine Nötigung nach § 240 Abs. 1 StGB ggf. auch an die Besitzverschaffung in Bezug auf kinder- bzw. jugendpornographische

Schriften nach § 184b Abs. 3 StGB bzw. nach § 184c Abs. 3 StGB in mittelbarer Täterschaft zu denken.

2. Kommerzielle sexuelle Ausbeutung von Kindern

Hinsichtlich des **Live-Streamings** dürfte sich die Person, die gegen Geld den sexuellen Kindesmissbrauch vor der Internetkamera organisiert (Organisator) wegen sexuellen Missbrauchs von Kindern nach § 176 StGB strafbar machen. Zunächst bietet der Organisator einem Dritten (dem Konsumenten) ein Kind zum sexuellen Missbrauch an bzw. verspricht ein solches Kind nachzuweisen (§ 176 Abs. 5, 1. bzw. 2. Variante StGB). Darüber hinaus bestimmt er das Kind, dass es sexuelle Handlungen an einem Dritten vornimmt oder von einem Dritten an sich vornehmen lässt (§ 176 Abs. 2 StGB). Der Dritte ist hier die Person, mit der das Kind sexuelle Handlungen vor der Internetkamera vornimmt. In Bezug auf den Konsumenten erfüllt der Organisator gleichzeitig den Tatbestand des § 176 Abs. 4 Nr. 2 StGB. Danach macht sich strafbar, wer ein Kind dazu bestimmt, dass es sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt vor ihm oder einem Dritten vornimmt. Der Organisator bestimmt das Kind dazu, sexuelle Handlungen vor dem Konsumenten vorzunehmen, der den Vorgang über eine Internetkamera verfolgt. Eine räumliche Nähe zwischen dem Konsumenten und dem Kind ist dabei nicht erforderlich.⁵³⁶ Der Tatbestand ist daher auch dann erfüllt, wenn die sexuelle Handlung des Kindes durch eine Internetkamera simultan übertragen wird.

Soweit der Organisator einen Jugendlichen dazu bestimmt, sexuelle Handlungen an einem Dritten vor der Internetkamera vorzunehmen, kann er sich nach § 180 Abs. 2 StGB strafbar machen. Gemäß § 180 Abs. 2 StGB macht sich strafbar, wer eine Person unter achtzehn Jahren bestimmt, sexuelle Handlungen gegen Entgelt an oder vor einem Dritten vorzunehmen oder von einem Dritten an sich vornehmen zu lassen. Der Organisator bestimmt den Jugendlichen zum einen zur Vornahme von sexuellen Handlungen mit einem Dritten, nämlich mit der Person, mit der der Jugendliche sexuelle Handlungen vor der Internetkamera durchführt. Zum anderen bestimmt der Organisator den Jugendlichen die sexuellen vor einem Dritten, nämlich den beobachtenden Konsumenten, vorzunehmen. Erforderlich ist darüber hinaus, dass die sexuellen Handlungen gegen Entgelt vorgenommen werden. Soweit auch § 180 Abs. 1 StGB (Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger) einschlägig sein sollte, wird diese Vorschrift von § 180 Abs. 2 StGB verdrängt.⁵³⁷

⁵³⁶ Vgl. Fischer, StGB, 64. Auflage, § 176 Rn. 12; LK-Hörnle, StGB, 12. Auflage, § 176 Rn. 85; MüKo-Renzikowski, StGB, 2. Auflage, § 176 Rn. 35; Sch/Sch-Eisele, StGB, 29. Auflage, § 176 Rn. 13b.

⁵³⁷ Vgl. Fischer, a. a. O., § 180 Rn. 24.

Der Konsument macht sich seinerseits ggf. wegen Anstiftung zu den vorbenannten Straftaten des Organisators strafbar. Ferner ist er seinerseits nach § 176 Abs. 4 Nr. 2 StGB zu bestrafen, wenn er dem Kind Anweisungen zu der konkreten Durchführung der sexuellen Handlungen vor der laufenden Internetkamera gibt und es damit dazu bestimmt, sexuelle Handlungen vor ihm vorzunehmen. Der Konsument macht sich allerdings nicht nach § 182 Abs. 2 StGB strafbar. Gemäß § 182 Abs. 2 StGB wird eine Person über achtzehn Jahren bestraft, die eine Person unter achtzehn Jahren dadurch missbraucht, dass sie gegen Entgelt sexuelle Handlungen an ihr vornimmt oder an sich von ihr vornehmen lässt. Der sexuelle Missbrauch ohne Körperkontakt ist nicht erfasst. Dies erscheint im Hinblick auf die Strafbarkeit des Organisators nach § 180 Abs. 2 StGB ungereimt.

Die Person, die die sexuellen Handlungen mit dem Kind vor der Internetkamera vollzieht, macht sich nach § 176 Abs. 1 StGB ggf. in Verbindung mit § 176a StGB wegen des sexuellen Missbrauchs von Kindern mit Körperkontakt strafbar.

In Bezug auf das sogenannte **Bad Hosting** kommt eine Strafbarkeit nach § 184b Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2 StGB in Betracht. Gemäß § 184b Abs. 1 Nr. 4 StGB macht sich strafbar, wer eine kinderpornographische Schrift herstellt, bezieht, liefert, vorrätig hält, anbietet, bewirbt oder es unternimmt, diese Schrift ein oder auszuführen, um sie oder aus ihr gewonnene Stücke im Sinne der Nummer 1 (Verbreiten oder öffentlich zugänglich machen) oder Nummer 2 (einer anderen Person Besitz an tatsächlicher oder wirklichkeitsnaher Kinderpornographie verschaffen) oder des § 184d Abs. 1 Satz 1 StGB (Zugänglichmachen mittels Rundfunk oder Telemedien) zu verwenden oder einer anderen Person eine solche Verwendung zu ermöglichen, soweit die Tat nicht nach Nummer 3 (Herstellen tatsächlicher Kinderpornographie) mit Strafe bedroht ist. § 184b Abs. 2 StGB enthält eine Qualifikation für das gewerbsmäßige oder bandenmäßige Handeln in Bezug auf tatsächliche und wirklichkeitsnahe Kinderpornographie.

Derjenige, der das kinderpornographische Material auf einer Internetplattform im Darknet vorrätig hält, damit andere Personen dieses Material gegen Entgelt abrufen oder ansehen können, erfüllt daher den Tatbestand des § 184b Abs. 1 Nr. 4 StGB. Der Täter handelt in der Absicht, anderen den Besitz daran zu verschaffen (§ 184b Abs. 1 Nr. 2 StGB) bzw. anderen Personen das Material mittels Telemedien zugänglich zu machen (§ 184d Abs. 1 Satz 1 StGB). Dabei handelt er zusätzlich gewerbsmäßig im Sinne des § 184b Abs. 2 StGB. Für das jugendpornographische Material ist entsprechend § 184c Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2 StGB einschlägig.

Das Herunterladen von kinderpornographischen Schriften durch den Konsumenten erfüllt den Straftatbestand des § 184b Abs. 3 StGB. Nach dieser Vorschrift macht sich strafbar, wer es unternimmt, sich den Besitz an einer kinderpornographischen Schrift, die ein tatsächliches oder wirklichkeitsnahes Geschehen wiedergibt, zu verschaffen. Für die jugendpornographischen Schriften greift § 184c Abs. 3 StGB, der sich auf tatsächliche Jugendpornographie beschränkt. Soweit der Konsument die Kinder- oder Jugendpornographie lediglich am Bildschirm betrachtet, ist § 184d Abs. 1 Satz 1 StGB einschlägig.

3. Sex Chatting / Sexting

Das digitalisierte Übersenden von Fotos, Videos oder Textnachrichten mit pornographischen Inhalt an Kinder kann den Straftatbestand des § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB erfüllen. Danach wird bestraft, wer auf ein Kind durch Vorzeigen pornographischer Abbildungen oder Darstellungen, durch Abspielen von Tonträgern pornographischen Inhalts, durch Zugänglichmachen pornographischer Inhalte mittels IuK oder durch entsprechende Reden einwirkt.

Abhängig vom Einzelfall kann auch eine Strafbarkeit nach § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB in Betracht kommen. Nach dieser Vorschrift macht sich strafbar, wer auf ein Kind mittels Schriften (§ 11 Absatz 3 StGB) oder mittels IuK einwirkt, um das Kind zu sexuellen Handlungen zu bringen, die es an oder vor dem Täter oder einer dritten Person vornehmen oder von dem Täter oder einer dritten Person an sich vornehmen lassen soll (Buchstabe a) oder um eine Tat nach § 184b Abs. 1 Nr. 3 StGB (Herstellen von Kinderpornographie) oder nach § 184b Abs. 3 StGB (Besitz bzw. Besitzverschaffung von Kinderpornographie) zu begehen (Buchstabe b). Übersendet der Täter Fotos, Videos oder Textnachrichten und wirkt hierdurch auf das Kind ein, um es sexuell zu missbrauchen oder um Kinderpornographie herzustellen bzw. in den Besitz von Kinderpornographie zu gelangen, greift § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB.

Übersendet der Täter tatsächliches oder wirklichkeitsnahes kinderpornographisches Material an eine andere Person, macht er sich nach § 184b Abs. 1 Nr. 2 StGB strafbar. Gemäß § 184b Abs. 1 Nr. 2 StGB macht sich strafbar, wer es unternimmt, eine andere Person den Besitz an einer kinderpornographischen Schrift, die ein tatsächliches oder wirklichkeitsnahes Geschehen wiedergibt, zu verschaffen. Im Hinblick auf die jugendpornographische Schrift greift § 184c Abs. 1 Nr. 2 StGB. Das Erhalten von kinder- bzw. jugendpornographischen Material kann eine Besitzverschaffung darstellen bzw. einen nach § 184b Abs. 3 StGB bzw. § 184c Abs. 3 StGB strafbaren Besitz begründen.

Im Einzelfall kann auch eine Strafbarkeit nach § 238 Abs. 1 Nr. 2 StGB wegen Nachstellung in Betracht kommen. Danach macht sich strafbar, wer einem Menschen unbefugt nachstellt,

indem er beharrlich unter Verwendung von Telekommunikationsmitteln oder sonstigen Mitteln der Kommunikation Kontakt zu ihm herzustellen versucht.

4. Sexueller Missbrauch in virtuellen Welten

Der sexuelle Missbrauch in virtuellen Welten erfordert eine genauere Betrachtung. Vorliegend sind insbesondere Computerspiele von Interesse, bei denen Menschen in einer virtuellen Welt agieren. Konkret geht es dabei um computeranimierte virtuelle Sexualität, die zwischen zwei oder mehreren Avataren stattfindet. So erlaubt z. B. das Spiel „Second Life“, dass der Spieler einen Avatar seiner Wahl erstellt, mit dem er in verschiedener Weise in einer Online-3D-Struktur mit den Avataren anderer Spieler interagieren kann. Die virtuelle Welt kann von den Spielern nach Belieben gestaltet werden. Es kann Handel etc. betrieben werden, es kann aber auch sexuell agiert werden. Im Jahr 2013 seien laut Wikipedia 36 Millionen Benutzerkonten bei Second Life registriert gewesen. Abhängig von der Tageszeit sollen stets 30.000 bis 65.000 Nutzer gleichzeitig in das System eingeloggt gewesen sein.⁵³⁸ Darüber hinaus gibt es andere interaktive Computerspiele dieser Art, wie z. B. „Red-LightCenter“ oder „Sociolotron“.

Der Spieler gestaltet den Avatar nach seinen eigenen Vorstellungen als erwachsene Person, als Kind, als Mann, als Frau etc. aus. Er kann den Avatar dabei mit Genitalien ausstatten, die mit der Währung des Computerspieles – in Bezug auf „Second Life“ heißt die Währung Linden Dollars, die mit Echtgeld zu erwerben sind – zu bezahlen sind. Ferner kann der Spieler für seinen Avatar die gewünschte Kleidung, aber auch Folterinstrumente etc. erwerben. Die Spieler kommunizieren – vermittelt durch ihre Avatare – entweder schriftlich über ihre Tastatur oder, soweit sie über die erforderliche Technologie verfügen, auch mündlich miteinander. Vorstellbar sind auch Computerspiele, bei denen der Spieler über ein Headset selbst Teil der virtuellen Welt wird.

Für die sexuelle Interaktion hält Second Life ein Programm vor, mit dem Dutzende von sexuellen Positionen animiert werden können (sogenannter Pose-Ball).⁵³⁹ Der Pose-Ball erscheint als farbiger Kreis auf dem Bildschirm. Er kann so programmiert werden, dass er diverse sexuelle Aktivitäten enthält. Klickt man auf den Pose-Ball und sodann auf die gewünschte Aktivität, wird diese vom Avatar des Spielers vollzogen. Die Spieler aktivieren ihre Avatare auf diese Weise dergestalt, dass die Avatare die gewünschte sexuelle Handlung sinnvoll aneinander vornehmen können. Sind zwei oder mehr Avatare in den sexuellen Akt,

⁵³⁸ Vgl. Wikipedia, Second Life, https://de.wikipedia.org/wiki/Second_Life, letzter Aufruf: 11. Januar 2017.

⁵³⁹ Vgl. Wilson Fretwell, Robinson, Sex Play in Virtual Worlds, in: Washington & Lee Public Legal Studies Research Paper Series 2009, Band 66, S. 1127 (1130).

der graphisch auf dem Bildschirm dargestellt wird, einbezogen, spricht man von virtueller Sexualität.⁵⁴⁰

Die Betreiber von virtuellen Welten sind bestrebt, Zusammentreffen zwischen Spielern, die Kind oder jugendlich sind und Spielern die erwachsen sind zu verhindern, indem sie etwa eine Altersbegrenzung einführen oder die Spieler nach Altersgruppen segmentieren. So gibt es etwa für Second Life das Spiel „Teen Second Life“, welches sich ausschließlich an Spieler von 13 bis 17 Jahren richtet. Ferner verbietet Second Life das sogenannte „Age play“, also die sexuelle Interaktion mit kindlichen Avataren. Die Vorkehrungen lassen sich jedoch relativ einfach unterlaufen, indem die Spieler bei den Angaben zum tatsächlichen Alter die Unwahrheit sagen. Darüber hinaus haben Tests ergeben, dass das Verbot des Age Plays nicht effizient durchgesetzt wird. Im Ergebnis ist es daher ein Leichtes für Kinder und Jugendliche an der virtuellen Welt der Erwachsenen zu partizipieren.⁵⁴¹

Aus strafrechtlicher Sicht sind insbesondere zwei Konstellationen von Interesse: Entweder ist einer der Spieler ein Kind oder Jugendlicher, der mit einem strafmündigen Spieler⁵⁴² in Interaktion tritt und / oder mindestens einer der sexuell agierenden Avatare weist ein kindliches oder jugendliches Erscheinungsbild auf. Soweit es um den realen kindlichen oder jugendlichen Spieler geht, ist zu prüfen, ob der erwachsene Spieler durch die virtuelle sexuelle Interaktion den Straftatbestand eines sexuellen Missbrauchs von Kindern oder Jugendlichen erfüllt. So weit es um die virtuelle sexuelle Interaktion zwischen den Avataren geht, stehen demgegenüber die Straftatbestände der Kinder- und Jugendpornographie im Zentrum der Betrachtung.

Es ist daher im Folgenden entsprechend zu differenzieren:

a) Die Bewertung der virtuellen sexuellen Interaktion zwischen den Avataren

Zu unterscheiden ist danach, ob an der virtuellen sexuellen Interaktion ein kindlicher oder ein jugendlicher Avatar beteiligt ist.

aa) Virtuelle sexuelle Interaktion mit einem kindlichen Avatar

Soweit in der virtuellen sexuellen Interaktion zwischen den Avataren ein kindlicher Avatar involviert ist, kommt zunächst eine Strafbarkeit nach § 184b StGB (Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften in Betracht) ggf. in Verbindung mit § 184d StGB

⁵⁴⁰ Vgl. Wilson, a. a. O., S. 1127 (1131).

⁵⁴¹ Vgl. Wilson, a. a. O., S. 1135 ff.

⁵⁴² Im Folgenden wird insoweit aus Gründen der Vereinfachung von dem „erwachsenen Spieler“ die Rede sein. Tatsächlich sind Personen ab 14 Jahren grundsätzlich strafmündig.

(Zugänglichmachen pornographischer Inhalte mittels Rundfunk oder Telemedien; Abruf kinder- und jugendpornographischer Inhalte mittels Telemedien) in Betracht. Gemäß § 184b Abs. 1 Nr. 1 StGB liegt eine kinderpornographische Schrift (§ 11 Abs. 3 StGB) vor, wenn sie sexuelle Handlungen von, an oder vor einer Person unter vierzehn Jahren (Buchstabe a), die Wiedergabe eines ganz oder teilweise unbedeckten Kindes in unnatürlich geschlechtsbetonter Körperhaltung (Buchstabe b) oder die sexuell aufreizende Wiedergabe der unbedeckten Genitalien oder des unbedeckten Gesäßes eines Kindes (Buchstabe c) zum Gegenstand hat. Die sexuelle Interaktion zwischen den kindlichen Avataren bzw. zwischen dem kindlichen Avatar und dem erwachsenen Avatar kann eine solche kinderpornographische Schrift darstellen, wobei der Schwerpunkt auf § 184b Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe a StGB liegen dürfte. Die Darstellung von sexuellen Handlungen mit einem kindlichen Avatar stellt entweder eine wirklichkeitsnahe Kinderpornographie (sexuelle Handlungen mit einem täuschend echt aussehenden Kind, welches tatsächlich kein Kind ist) oder eine fiktive Kinderpornographie (die sexuellen Handlungen sind eindeutig als künstlich hergestellt identifizierbar) dar.

Eine Strafbarkeit nach § 184b Abs. 1 Nr. 3 StGB scheidet damit von vornherein aus. Nach dieser Vorschrift macht sich strafbar, wer eine kinderpornographische Schrift, die ein tatsächliches Geschehen wiedergibt, herstellt. Da nur Avatare agieren und keine echten kindlichen Darsteller, handelt es sich nicht um tatsächliche Kinderpornographie.

§ 184b StGB nimmt Bezug auf § 11 Abs. 3 StGB. Gemäß § 11 Abs. 3 StGB stehen den Schriften Ton- und Bildträger, Datenspeicher, Abbildungen und andere Darstellungen in denjenigen Vorschriften gleich, die auf diesen Absatz verweisen. Vorliegend kommt vor allem die Gleichstellung mit einem Datenspeicher in Betracht. Zwar muss auch nach § 11 Abs. 3 StGB stets eine Verkörperung der kinderpornographischen Schrift vorliegen. Nach h. M. stellt die vorübergehende Ablage der Daten im Arbeitsspeicher des Empfängerrechners jedoch eine hinreichende Verkörperung dar, um von einem Datenspeicher im Sinne des § 11 Abs. 3 StGB ausgehen zu können.⁵⁴³ Geht man demgegenüber davon aus, dass etwa im Rahmen einer Echtzeitübertragung kein Datenspeicher begründet wird, so fehlt es bereits an einer kinderpornographischen *Schrift*. In der Folge kommt § 184b StGB nicht zur Anwendung und eine Strafbarkeit kann nur im Zusammenhang mit § 184d StGB vorliegen.

⁵⁴³ Vgl. LK-Hörnle, a. a. O., § 176 Rn. 90; MüKo-Renzikowski, a. a. O., § 176 Rn. 39; Sch/Sch-Eisele, a. a. O., § 176 Rn. 14a; OLG Hamburg, Urteil vom 15. Februar 2010 – 27 / 09 (REV), in: NJW 2010, 1893, 1894; OLG Schleswig, Beschluss vom 15. September 2005 – 2 Ws 305/05 (222 / 05), in: NSZ-RR 2007, 41, 43; vgl. auch BT-Drs. 13 / 7385, S. 36.

Dies vorausgeschickt, soll im Folgenden geprüft werden, welche Straftatbestände in Betracht kommen, wenn ein Avatar mit kindlichem Erscheinungsbild sexuelle Handlungen mit einem anderen Avatar vornimmt:

Gemäß § 184b Abs. 1 Nr. 4 StGB macht sich strafbar, wer eine kinderpornographische Schrift herstellt, bezieht, liefert, vorrätig hält, anbietet, bewirbt oder es unternimmt, diese Schrift ein oder auszuführen, um sie oder aus ihr gewonnene Stücke im Sinne der Nummer 1 (Verbreiten oder öffentlich zugänglich machen) oder Nummer 2 (einer anderen Person Besitz an tatsächlicher oder wirklichkeitsnaher Kinderpornographie verschaffen) oder des § 184d Abs. 1 Satz 1 StGB (Zugänglichmachen mittels Rundfunk oder Telemedien) zu verwenden oder einer anderen Person eine solche Verwendung zu ermöglichen, soweit die Tat nicht nach Nummer 3 (Herstellen tatsächlicher Kinderpornographie) mit Strafe bedroht ist. Den Spielern, die ihre Avatare sexuell agieren lassen, kommt es allein auf die damit verbundene Vornahme der virtuellen sexuellen Handlungen und deren Betrachtung im Zeitpunkt der Vornahme an. Eine darüber hinausgehende Verwendungsabsicht dürfte in der Regel nicht bestehen, so dass eine Strafbarkeit nach dieser Vorschrift entfällt.

Ferner kommt auch eine Strafbarkeit nach § 184b Abs. 3 StGB (Besitzverschaffung bzw. Besitz) nicht in Betracht. Zwar soll bereits der Download in den Arbeitsspeicher mit der bloßen Möglichkeit permanenter Speicherung, jedenfalls aber das Abspeichern im Cache-Speicher eine Besitzverschaffung darstellen⁵⁴⁴, was bereits für sich genommen zweifelhaft ist.⁵⁴⁵ Darüber hinaus ist aber zu beachten, dass die Spieler die kinderpornographische Schrift im Zeitpunkt der sexuellen Interaktion mit den Avataren überhaupt erst herstellen, so dass es fraglich ist, ob in dieser Handlung gleichzeitig eine Besitzverschaffung gesehen werden kann. Denn die Besitzverschaffung dürfte sich auf eine bereits hergestellte kinderpornographische Schrift beziehen. Auch eine Besitzstrafbarkeit dürfte davon abhängig sein, dass der Spieler den in einer Datei gespeicherten Vorgang der virtuellen sexuellen Interaktion z. B. in einer Datei vorhält. Denn nur in diesem Fall kann der Spieler sich z. B. den Vorgang erneut ansehen. Das dauerhafte Abspeichern des virtuellen sexuellen Vorgangs ist aber kein wahrscheinliches Szenario, da die Spieler den Vorgang lediglich zum Zeitpunkt der Steuerung der Avatare betrachten wollen.

Vergleichbares gilt für die Strafbarkeit der Spieler nach § 184d StGB: Der Spieler macht die kinderpornographische Schrift nicht einer anderen Person mittels Telemedien zugänglich. Der andere Spieler ist vielmehr an der Herstellung der Kinderpornographie unmittelbar selbst

⁵⁴⁴ Vgl. Fischer, StGB, 64. Auflage, § 184b Rn. 31 ff. m. w. N.

⁵⁴⁵ Vgl. Bezzak, Grundlagen und Probleme des Straftatbestandes des sexuellen Missbrauchs von Kindern gemäß § 176 StGB, Berlin 2015, S. 253 ff.

beteiligt, indem er seinen Avatar in die virtuellen sexuellen Handlungen einbindet. Er kann daher nicht eine andere Person im Sinne des § 184d Abs. 1 Satz 1 StGB sein. Etwas anderes gilt allerdings, wenn die sexuelle Interaktion zwischen den Avataren auch von anderen Spielern, die an dem virtuellen sexuellen Akt nicht unmittelbar selbst durch ihre Avatare beteiligt sind, betrachtet werden kann und der agierende Spieler dies zumindest billigend in Kauf nimmt. Der lediglich betrachtende Spieler könnte in diesen Fällen seinerseits nach § 184d Abs. 2 Satz 1 StGB bestraft werden, soweit er es unternimmt, einen kinderpornographischen Inhalt mittels Telemedien abzurufen. Derartige Szenarien sind nicht unwahrscheinlich, da die sexuellen Handlungen zwischen Avataren auch in virtuellen Räumen vorgenommen werden können, die für andere Spieler zugänglich sind. Eine Strafbarkeit des Spielers nach § 184d Abs. 2 Satz 1 StGB dürfte hingegen nicht in Betracht kommen. Denn der Spieler ruft nicht einen vorhandenen kinderpornographischen Inhalt ab, sondern er stellt ihn her.

bb) Virtuelle sexuelle Interaktion mit einem jugendlichen Avatar

Handelt es sich mindestens bei einem der Avatare, der in virtuelle sexuelle Handlungen involviert ist, um einen Avatar mit jugendlichem Erscheinungsbild, ergibt sich ein vergleichbares Lagebild wie bei einem kindlichen Avatar. Gemäß § 184c Abs. 1 Nr. 1 StGB liegt eine jugendpornographische Schrift vor, wenn sie sexuelle Handlungen von, an oder vor einer vierzehn, aber noch nicht achtzehn Jahre alten Person (Buchstabe a) oder die Wiedergabe einer ganz oder teilweise unbedeckten vierzehn, aber noch nicht achtzehn Jahre alten Person in unnatürlich geschlechtsbetonter Körperhaltung (Buchstabe b) zum Gegenstand hat.

Eine Strafbarkeit nach § 184c Abs. 1 Nr. 3 StGB (keine tatsächliche jugendpornographische Schrift), nach § 184c Abs. 1 Nr. 4 StGB (keine Verwendungsabsicht) sowie nach § 184c Abs. 3 StGB (kein Besitz an der jugendpornographischen Schrift) entfällt im Regelfall ebenso wie bei den entsprechenden Vorschriften zur Kinderpornographie. Eine Strafbarkeit nach § 184d Abs. 1 Satz 1 StGB kommt nur in Betracht, wenn ein dritter Spieler die virtuelle sexuelle Interaktion betrachtet und dies vom Vorsatz des agierenden Spielers umfasst ist. Der betrachtende Spieler kann sich seinerseits nach § 184d Abs. 2 Satz 2 StGB strafbar machen.

cc) Fazit

Im Ergebnis kommt also eine Strafbarkeit der agierenden Spieler nach den §§ 184b, 184c StGB nicht in Betracht. Das Herstellen der fiktiven oder wirklichkeitsnahen Kinder- bzw. Jugendpornographie bleibt straffrei soweit sie lediglich im Moment der virtuellen sexuellen Interaktion von den aktiven Spielern wahrgenommen werden kann und nicht darüber hinausgehend als Datenspeicher besessen wird. In Bezug auf Dritte, die die sexuellen Handlungen

zwischen den Avataren betrachten, kann jedoch eine Strafbarkeit nach § 184d StGB in Bezug auf die aktiven Spieler (Absatz 1) und in Bezug auf den betrachtenden Spieler (Absatz 2) in Betracht kommen.

Dieses Ergebnis erscheint interessengerecht, da insbesondere der sexuelle Missbrauch von echten Kindern durch die Tathandlung nicht gefördert wird. Eine andere Auffassung wäre allerdings vertretbar, wenn man befürchtet, dass das sexuelle Agieren mit einem kindlichen Avatar einen pädophilen Spieler dazu animiert, sexuelle Handlungen zum Nachteil eines echten Kindes in der realen Welt vorzunehmen. Hierzu fehlt es aber – soweit ersichtlich – an hinreichender einschlägiger Forschung. Zum anderen ist zu bedenken, dass pädophile Menschen auch zahlreichen anderen Anreizen, wie z. B. der Darstellung kindlicher Models in der Werbung, kindliche Unterwäschemodels in Katalogen usw., ausgesetzt sind, die zweifellos legal sind.

b) Sexueller Missbrauch von Kindern und Jugendlichen

Die andere Seite der sexuellen virtuellen Interaktion geht über die reine Darstellung von sexuell agierenden Avataren hinaus und fragt nach dem Vorliegen eines sexuellen Missbrauchs zum Nachteil des kindlichen oder jugendlichen Spielers.

aa) Sexueller Missbrauch von Kindern gemäß § 176 StGB

Im Hinblick auf Kinder als Personen unter 14 Jahren stellt sich konkret die Frage, ob durch die virtuelle sexuelle Interaktion, an der ein Kind als Spieler beteiligt ist, die ungestörte sexuelle Entwicklung bzw. die ungestörte Gesamtentwicklung des Kindes beeinträchtigt wird und ob die virtuelle sexuelle Interaktion entsprechend einer Strafbarkeit nach § 176 StGB (Sexueller Missbrauch von Kindern) unterfällt.

Gemäß § 176 Abs. 1 StGB macht sich strafbar, wer sexuelle Handlungen an einer Person unter vierzehn Jahren vornimmt oder an sich von dem Kind vornehmen lässt. Die Vorschrift umfasst sexuelle Handlungen mit Körperkontakt. Die sexuelle Handlung erfordert eine Körperberührung, die jedoch einen Hautkontakt nicht zwingend voraussetzt.⁵⁴⁶ Es kann genügen, dass der Täter die Genitalien des Opfers über der Kleidung anfasst oder dass er auf den bekleideten Körper des Opfers ejakuliert.⁵⁴⁷ Ausreichend ist auch, dass die körperliche Berührung durch einen Gegenstand vermittelt wird. So hat der Bundesgerichtshof die Manipulationen am Glied des Opfers durch „eine[] Art Kochlöffel“ ausreichen lassen.⁵⁴⁸ Dieser

⁵⁴⁶ Vgl. LK-Hörnle, a. a. O., § 176 Rn. 8 i. V. m. § 177 Rn. 12; Sch/Sch-Eisele, a. a. O., § 184g Rn. 18.

⁵⁴⁷ Vgl. LK-Hörnle, a. a. O., § 177 Rn. 12.

⁵⁴⁸ Vgl. BGH, Urteil vom 10. Mai 1995 – 3 StR 150/95, in: BGHR StGB, § 178 Abs. 1, sexuelle Handlung 8, Manipulation mit Gegenstand.

letzte Aspekt ist deshalb von Interesse, weil es elektronisch gesteuerte Hilfsmittel gibt oder in naher Zukunft geben wird, mit denen das betrachtete virtuelle Geschehen in unmittelbar körperlich wahrnehmbare Reaktionen übertragen werden kann. Dies kann z. B. durch das Tragen von speziellen Anzügen erfolgen, mit denen sich bestimmte virtuelle Bewegungen taktile mittels Elektroimpulsen aber auch Wärme- und Kältereizen auf die Haut übertragen lassen.⁵⁴⁹ *Wilson* spricht darüber hinaus von einem „teledildonic device“, mit dem sich Stimulationen aus dem virtuellen Spiel unmittelbar auf den Spieler übertragen ließen.⁵⁵⁰ Soweit durch derartige Hilfsmittel eine von dem Avatar vorgenommene sexuelle Handlung direkt auf den Körper des Spielers übertragen werden kann, wäre zu überlegen, ob sich damit ein Körperkontakt im Sinne des § 176 Abs. 1 StGB herstellen lässt. Streichelt etwa ein Avatar das Geschlechtsteil des anderen Avatars und kann der kindliche Spieler diese sexuelle Berührung vermittelt durch einen Anzug unmittelbar an seinem Geschlechtsteil spüren, so wird der Körper des Kindes in das Spiel involviert, wobei die Berührung durch den anderen Spieler verursacht und gesteuert wird. Dieser Umstand spricht für das Vorliegen eines Körperkontaktes im Sinne des § 176 Abs. 1 StGB. Andererseits befindet sich der erwachsene Spieler in großer räumlicher Distanz zum kindlichen Spieler. Die Berührung erfolgt daher nicht mit dem Körper des erwachsenen Spielers oder in unmittelbar räumlicher Nähe zu ihm. Der Sachverhalt scheint daher eher damit vergleichbar zu sein, dass der Täter das Kind dazu bestimmt, sich selbst sexuell anzufassen. Im Ergebnis dürfte daher ein sexueller Missbrauch mit Körperkontakt nicht vorliegen.

In Betracht kommt jedoch eine Strafbarkeit nach § 176 Abs. 4 StGB wegen sexueller Handlungen ohne Körperkontakt. Gemäß § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB macht sich strafbar, wer sexuelle Handlungen vor einem Kind vornimmt. Da der erwachsene Spieler jedoch nicht selbst vor dem Kind – etwa vermittelt durch eine Webcam – sexuell agiert, scheidet eine Strafbarkeit aus. Entsprechendes gilt für § 176 Abs. 4 Nr. 2 StGB, da auch das Kind nicht unmittelbar selbst vor dem erwachsenen Spieler sexuelle Handlungen an sich vornimmt.

Nach § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB macht sich strafbar, wer auf ein Kind mittels Schriften (§ 11 Abs. 3 StGB) oder mittels LuK einwirkt, um das Kind zu sexuellen Handlungen zu bringen, die es an oder vor dem Täter oder einer dritten Person vornehmen oder von dem Täter oder einer dritten Person an sich vornehmen lassen soll (Buchstabe a) oder um eine Tat nach § 184b Abs. 1 Nr. 3 StGB (Herstellen von Kinderpornographie) oder nach § 184b Abs. 3 StGB (Besitz bzw. Besitzverschaffung von Kinderpornographie) zu begehen (Buchstabe b).

⁵⁴⁹ An einem solchen Anzug arbeitet etwa die Firma Tesla, vgl. <http://www.pcgames.de/Virtual-Reality-Hardware-258542/News/Telasuit-Anzug-laesst-euch-VR-am-eigenen-Leib-spueren-1209334/>, letzter Aufruf: 10. Januar 2017.

⁵⁵⁰ Vgl. *Wilson*, a. a. O., S. 1131.

Problematisch ist bereits, dass die gegenseitige Vornahme der sexuellen Interaktion mit den Avataren, nicht ohne Weiteres ein Einwirken auf das Kind mittels Schrift darstellt. Denn beide Spieler agieren gleichermaßen vermittelt durch ihre Spielkonsole, um die sexuelle Interaktion der Avatare zu ermöglichen. Ein Einwirken dürfte nur dann in Betracht kommen, wenn der erwachsene Spieler den kindlichen Spieler im virtuellen Raum z. B. im Rahmen eines Chatvorganges dazu motiviert hat, sexuelle Handlungen zwischen den Avataren auszutauschen.

In diesem Fall dürfte allerdings beim erwachsenen Spieler in der Regel nicht die erforderliche Absicht nach Buchstabe b, eine kinderpornographische Schrift nach § 184b Abs. 1 Nr. 3 StGB herzustellen oder sich gemäß § 184b Abs. 3 StGB den Besitz daran zu verschaffen, vorliegen. § 184b Abs. 1 Nr. 3 StGB greift nur bei der Herstellung tatsächlicher Kinderpornographie, die nicht vorliegt, weil die sexuellen Handlungen kindliche Avatare betreffen. § 184b Abs. 3 StGB entfällt, weil die Erzeugung der virtuellen sexuellen Handlungen nicht gleichzeitig die Besitzverschaffung im Sinne des § 184b Abs. 3 StGB sein kann. Die Absicht, eine Straftat nach § 184b Abs. 3 StGB zu begehen, kann daher allenfalls eintreten, wenn der erwachsene Spieler die virtuelle sexuelle Handlung elektronisch aufzeichnet und in einer Datei vorrätig hält, so dass er den dauerhaften Besitz einer wirklichkeitsnahen kinderpornographischen Schrift anstrebt. Dies ist aber kein realistisches Szenario. Ferner müsste die erzeugte kinderpornographische Schrift zusätzlich täuschend echt aussehen, da § 184b Abs. 3 StGB die fiktive Kinderpornographie nicht erfasst. Die Absicht, das Kind in der realen Welt zu missbrauchen (Buchstabe a) wird ebenfalls regelmäßig nicht vorliegen. Ausgeschlossen ist dies indes freilich nicht.

Fraglich ist, ob eine Strafbarkeit nach § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB eintreten kann. Nach dieser Vorschrift macht sich strafbar, wer auf ein Kind durch Vorzeigen pornographischer Abbildungen oder Darstellungen, durch Abspielen von Tonträgern pornographischen Inhalts, durch Zugänglichmachen pornographischer Inhalte mittels IuK oder durch entsprechende Reden einwirkt. Zunächst müsste es sich bei der sexuellen virtuellen Interaktion der Avatare um eine pornographische Darstellung handeln. Dies erfordert eine hinreichende Verkörperung, da etwa das Präsentieren einer Live-Darbietung nach h. M. nicht erfasst ist.⁵⁵¹ Gleichwohl dürfte eine hinreichende Verkörperung nach h. M. wohl vorliegen, wenn die virtuelle sexuelle Handlung auf dem Arbeitsspeicher oder im Cache-Speicher der Spieler hinreichend gespeichert ist.⁵⁵² Anderenfalls scheidet eine Strafbarkeit bereits an diesem Prüfungspunkt aus.

Ferner ist zu beachten, dass nicht jede sexuelle Handlung auch pornographisch ist. Es müssen vielmehr weitere Kriterien hinzukommen, wie etwa eine vergrößernde Darstellung der

⁵⁵¹ Vgl. LK-Hörnle, a. a. O., § 176 Rn. 93; Sch/Sch-Eisele, a. a. O., § 176 Rn. 41.

⁵⁵² Siehe oben Punkt II.4.a.aa.

Sexualität, wobei hier im Hinblick auf das geschützte Rechtsgut der ungestörten sexuellen Entwicklung und der ungestörten Gesamtentwicklung des Kindes keine überzogenen Anforderungen zu stellen sind.⁵⁵³ Daraus folgt, dass nicht per se jedes sexuelle Agieren zwischen den Avataren tatbestandsmäßig ist. Die Avatare müssen vielmehr pornographische Handlungen miteinander vollziehen.

Das Einwirken mittels Vorzeigen der pornographischen Darstellung erfordert schließlich eine Handlung, die zur sinnlichen Wahrnehmung der Darstellung durch das Kind führt, ohne dass eine räumliche Nähe erforderlich ist. Erfasst wird daher auch die Einwirkung via Internet, soweit es sich um eine bloße Darstellung handelt, d. h. die Abbildung verkörpert ist.⁵⁵⁴ Der Täter muss dem Kind die Darstellung präsentieren.⁵⁵⁵ Es ist jedoch zweifelhaft, ob das gemeinsame Agieren der Spieler, welches zur Vornahme der virtuellen sexuellen Handlungen der Avatare führt, tatsächlich auch ein Einwirken auf das Kind im Sinne des § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB darstellt. Der erwachsene Spieler präsentiert dem kindlichen Spieler nicht die sexuellen Handlungen im virtuellen Raum, sondern er stellt sie gemeinsam mit dem Kind her. Eine andere Auffassung scheint hier aber ebenso vertretbar.

b) Der sexuelle Missbrauch von Jugendlichen

Ein Strafbarkeit des erwachsenen Spielers wegen sexuellen Missbrauchs kommt nicht in Betracht, wenn der andere Spieler jugendlich (mindestens 14, aber noch nicht 18 Jahre alt) ist. § 180 StGB (Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger) und § 182 StGB (Sexueller Missbrauch von Jugendlichen) sind nicht einschlägig, weil das gemeinsame sexuelle Agieren in der virtuellen Welt ohne das Hinzutreten weiterer Umstände weder eine sexuelle Handlung mit Körperkontakt noch eine sexuelle Handlung ohne Körperkontakt im Sinne der §§ 180, 182 StGB darstellt.

c) Fazit

Im Ergebnis macht sich der erwachsene Spieler auch dann nicht wegen des sexuellen Missbrauchs von Kindern strafbar, wenn er weiß, dass der andere Spieler ein Kind ist. Eine Ausnahme besteht nur, wenn das Zusammentreffen in der virtuellen Welt in der Absicht erfolgt, das Kind in der realen Welt sexuell zu missbrauchen (§ 176 Abs. 4 Nr. 3 Buchstabe a StGB). Davon ausgehend, dass auch § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB nicht eingreift, weil das gemeinsame Herstellen von Pornographie nicht gleichzeitig ein Einwirken mit ihr darstellt, ist dieses Ergebnis in Bezug auf das Rechtsgut der ungestörten sexuellen Entwicklung des Kindes nach

⁵⁵³ Vgl. LK-Hörnle, a. a. O., § 176 Rn. 94; MüKo-Renzikowski, a. a. O., § 176 Rn. 42; Bezzak, a. a. O., S. 269 ff.

⁵⁵⁴ Vgl. Sch/Sch-Eisele, a. a. O., § 176 Rn. 17; LK-Hörnle, a. a. O., § 176 Rn. 99; MüKo-Renzikowski, a. a. O., § 176 Rn. 40.

⁵⁵⁵ Vgl. LK-Hörnle, a. a. O., § 176 Rn. 96.

der hier vertretenen Auffassung unbefriedigend. Der erwachsene Spieler trägt dazu bei, dass das Kind mit virtueller Sexualität konfrontiert wird. Das Kind wirkt an dieser virtuellen sexuellen Handlung sogar aktiv mit. Es scheint wenig plausibel, dass es nach § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB einerseits strafbar ist, einem Kind eine pornographische Abbildung zu präsentieren, während es andererseits straffrei bleibt, mit dem Kind gemeinsam virtuelle sexuelle Handlungen vorzunehmen.

Im Hinblick auf jugendliche Spieler tritt eine Strafbarkeit wegen des sexuellen Missbrauchs von Jugendlichen nicht ein. Diese Wertung ist nicht zu beanstanden. Die Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung ist bei Jugendlichen weiter entwickelt als dies bei Kindern der Fall ist. Der strafrechtliche Schutz von Jugendlichen vor sexuellen Handlungen ist daher zum einen kein absoluter und zum anderen kennt das StGB keinen Straftatbestand, der dem des § 176 Abs. 4 Nr. 3 und Nr. 4 StGB im Hinblick auf Jugendliche vergleichbar ist. Dabei ist auch zu beachten, dass ein hinreichender Jugendschutz mit § 12 Abs. 1 und Abs. 3 Nr. 2 Jugendschutzgesetz erreicht wird. Mit diesen Vorschriften soll sichergestellt werden, dass Kinder und Jugendliche nur an solche Datenträger kommen, die dem Spielen an Bildschirmgeräten dienen, die für ihre Altersstufe freigegeben sind. Ein Verstoß begründet eine Ordnungswidrigkeit nach § 18 Abs. 1 Nr. 15 bzw. Nr. 16 Jugendschutzgesetz.

III. Ergebnis

Der ganz überwiegende Anteil der auf internationaler Ebene diskutierten Phänomene wird vom deutschen Strafrecht erfasst. Dies gilt insbesondere für den Umgang mit selbst gefertigten Bild- und Videomaterial, welches außer Kontrolle gerät, für das Bad Hosting und für das Sexting. Allenfalls für das Live-Streaming kann die Frage erlaubt sein, warum sich der Konsument, der einen Jugendlichen dadurch missbraucht, dass dieser gegen Entgelt sexuelle Handlungen vor dem Konsumenten vornimmt, nicht nach § 182 Abs. 2 StGB strafbar macht, während der Organisator einer Strafbarkeit nach § 180 Abs. 2 StGB unterfällt, wenn er den Jugendlichen dazu bestimmt, sexuelle Handlungen gegen Entgelt vor dem Konsumenten vorzunehmen.

In Bezug auf sexuelle Handlungen in virtuellen Welten dürfte ein Strafbedürfnis dort bestehen, wo ein erwachsener Spieler und ein kindlicher Spieler virtuelle sexuelle Handlungen zwischen Avataren initiieren. Diesbezüglich wäre es nicht plausibel, wenn sich der Erwachsene zwar nach § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB strafbar macht, wenn er dem Kind eine pornographische Abbildung vorzeigt. Eine Strafbarkeit durch das gemeinsame Erzeugen von pornographischen Handlungen zwischen Avataren aber unterbleibt.

2. Dr. Leonie Freifrau von Braun

Stellungnahme zur Reform der §§ 180a und 181a StGB

I. Vorbemerkungen

Die nachfolgende Stellungnahme widmet sich der praktischen Handhabbarkeit und Relevanz der §§ 180 ff. StGB. Dabei wird insbesondere auf die Erfahrung mit diesen Vorschriften seit Begründung der Schwerpunktdezernate für die Strafverfolgung von Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung in der Abteilung 255 der Staatsanwaltschaft Berlin Bezug genommen. Diese Schwerpunktdezernate sind bundesweit bisher (noch) einzigartig, wobei zunehmend zu beobachten ist, dass auch andere Staatsanwaltschaften dieses Konzept der konzentrierten Strafverfolgung umsetzen. Der Vorteil dieser Schwerpunktsetzung liegt auf der Hand: Staatsanwaltschaft und Polizei können zügiger und effektiver gemeinsam ermitteln. Es ist durch diese enge Zusammenarbeit gesichert, dass kriminelle Netzwerke frühzeitiger erkannt und umfassender strafrechtlich verfolgt werden können.

Bei Ermittlungen in Verfahren, die den Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung gem. § 232 StGB betreffen, sind die Straftatbestände der §§ 180 ff. StGB in aller Regel relevant. Es gibt zwar Fälle, in denen *nur* der Menschenhandel einschlägig sein kann, weil ein Opfer zur Tatzeit bereits volljährig war und durch den Täter weder ausgebeutet noch anderweitig in ihrem Recht auf sexuelle Selbstbestimmung eingeschränkt wurde. Die Praxis zeigt jedoch, dass diese Konstellationen eher die Ausnahme sind, da es den Tätern gerade darum geht, Kontrolle über ihre Opfer sowie die erwirtschafteten Erlöse aus der Prostitution zu erhalten. Die Normen der §§ 180 ff. StGB sind daher äußerst praxisrelevant.

Derzeit befasst sich der Bundestag mit zwei weiteren Reformvorhaben, die den Umgang mit der Ausübung von Prostitution in Deutschland maßgeblich verändern könnten. Dabei handelt es sich zum einen um das Prostitutionsschutzgesetz und die Reform der Straftatbestände des Menschenhandels. Beide Reformvorhaben könnten Auswirkungen auf die Auslegung und Anwendung der §§ 180 ff. StGB haben. Es wird im Folgenden jedoch der derzeitige Ist-Zustand behandelt.

II. Zu den Straftatbeständen im Einzelnen

1. § 181a StGB – Zuhälterei

Zu § 181 a Abs. 1 StGB:

Es handelt sich in ihrer derzeitigen Fassung um eine äußerst praxisrelevante Vorschrift, was bereits an der hohen Anzahl bestehender Gerichtsentscheidungen deutlich wird. Die in der Abt. 255 seit Januar 2013 gefertigten Anklageschriften zu Menschenhandels-Fällen enthielten immer auch die Zuhälterei als Tatbestand. Dabei war in der Regel neben der ausbeuterischen Zuhälterei die dirigierende Zuhälterei einschlägig. In einer Vielzahl an Fällen nahmen die Angeklagten den Opfern sogar ihre gesamten Erlöse ab. Es wird täterseits nicht selten bestimmt, wo eine Prostituierte zu arbeiten und welche sexuellen Dienstleistungen sie anzubieten hat. Auch die Tatvariante des § 181 Abs. 1 Nr. 2, 2. Alt. StGB ist in der Praxis häufig zu beobachten. Beispiele für dieses Täterverhalten sind Nötigungshandlungen wie das Drohen mit der Veröffentlichung von Nacktaufnahmen oder das Informieren von Angehörigen über die Prostitutionsausübung der Opfer. Auch Körperverletzungshandlungen und Freiheitsberaubungen können Maßnahmen sein, die eine Person davon abhalten sollen, die Prostitution aufzugeben.

In diesem Kontext sei auf die wichtige Rechtsprechung des 5. Strafsenats des BGH hingewiesen, wonach auch bei freiwillig ausgeübter Prostitution dann eine strafbare Zuhälterei vorliegen kann, wenn ein „bestimmen“ vorliegt (BGH 5 StR 328/09 v. 10.02.2010). Hier wird das derzeit bestehende Spannungsverhältnis zwischen der Ermöglichung „abhängiger“ Beschäftigung in der Prostitution und dem Verbot des *bestimmenden* Einflusses auf Prostituierte deutlich (Fischer StGB, 62. Aufl., § 181a, Rn. 12a).

Der gesetzliche Strafraum des § 181a StGB ist als insgesamt angemessen zu bewerten.

Problematisch hat sich in der Praxis erwiesen, dass der § 181a StGB keine Katalogtat des § 100a StPO ist. Während die Strafverfolgungsbehörden bei einem Anfangsverdacht wegen Menschenhandels gem. § 232 ff. StGB Telefonüberwachungsmaßnahmen als zentrale Ermittlungsmaßnahme gegen kriminelle Netzwerke durchführen können, ist dies bei einem Anfangsverdacht wegen Zuhälterei – auch wenn zahlreiche Fälle vorliegen – bisher nicht möglich. Dies erschwert die Ermittlungstätigkeit insbesondere gegen Betreiber bordellartiger Betriebe oder einem Escortservice. Bzgl. des § 232 StGB muss einem Betreiber zumindest aufgrund der Gesamtumstände nachweisbar sein, dass er oder sie nicht wusste, dass sich die Person, die in das Bordell gebracht wurde, vorher noch nicht prostituierte, also „dazu gebracht wurde“. Ein Anfangsverdacht wegen Zuhälterei ist in der Praxis indes bereits zu bejahen, wenn ein Betreiber Kontakt mit dem Zuhälter der Prostituierten hatte und dann im Laufe der Zeit mitbekommt, dass dieser Zuhälter Einfluss auf die in dem Betrieb tätige Prostituierte nimmt. Die Schwere des Tatvorwurfs qualifiziert die Zuhälterei auch für die Aufnahme als Katalogtat. Zudem können überwachte Gespräche, die aufgrund eines Anfangsverdachts

wegen Menschenhandels generiert wurden, in Verfahren, in denen dann „nur“ noch die Zuhälterei übrig bleibt, derzeit dann nicht verwertet werden, wenn eine andere historische Tat und andere Beschuldigte ermittelt wurden. Dies verschärft die bereits bestehende Problematik in diesem Deliktsfeld, in dem Strafverfolgungsbehörden erheblich auf die Opferaussagen vor Gericht angewiesen sind.

Zu § 181a Abs. II StGB:

Es liegt eine weitgehende Überschneidung zu den §§ 180a Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 StGB vor. Die gewerbsmäßige Förderung der Prostitution muss die Freiheit der Prostituierten d.h. ihre wirtschaftliche und persönliche Unabhängigkeit einschränken. Diese Norm ist ebenfalls im Lichte des ProstG auszulegen, so dass es um die konkrete Ausgestaltung des vertraglichen oder tatsächlichen Verhältnisses zwischen Betreiber und Prostituierten geht. Die Entscheidungsfreiheit der Person ist in gravierendem Ausmaß eingeschränkt, wenn sie durch die vom Täter bestimmten Bedingungen der Vermittlung unter den konkreten Umständen gehindert ist, über Ausübung der Prostitution frei zu entscheiden (Fische, a.a.O., Rn. 19). Obwohl die meisten in der Praxis bestehenden Fälle bereits von § 181 a Abs. 1 Nr. 2 erfasst sein dürften, ist Abs. 2 als Auffangtatbestand für die Verfolgung von Bordellbetreibern, die ein starres Regelwerk auferlegen, welches die Prostituierten in ihrem Recht auf sexuelle Selbstbestimmung beeinträchtigen, wichtig und sollte daher erhalten bleiben.

2. § 180 a – Ausbeutung von Prostituierten

Zu § 180a Abs. 1 – prostitutionsfördernde Betriebe

Dieser Straftatbestand führt im Vergleich zu § 181a StGB leider (noch) ein eher stiefmütterliches Dasein, wobei Strafverfolgungsbehörden bei einer entsprechenden Verdachtslage über diese Norm gegen Betriebe ermitteln können, die Prostituierten Vorgaben machen oder diese ausbeuten. In der Abteilung 255 wird vermehrt auf § 180a StGB zurückgegriffen, was sich nach Eingang eines polizeilichen Weißvorgangs im Verlauf der Ermittlungen ergibt und sich daher nicht notwendiger Weise in den polizeilichen Statistiken widerspiegelt.

Im Vergleich zu § 181a StGB kommt es bei § 180a Abs. 1 nicht darauf an, dass der Täter selbst ein sog. Herrschaftsverhältnis ausübt. Das faktische Unterhalten oder Leiten eines Betriebes, in dem Personen in *wirtschaftlicher oder persönlicher Abhängigkeit* gehalten werden, reicht aus. Der Begriff der wirtschaftlichen Abhängigkeit ist weiter gefasst als die Ausbeutung. Unter diesen Straftatbestand können Regelwerke subsumiert werden, die Prostituierten bestimmte Vorgaben machen, die ihre persönliche Freiheit einschränken (z.B. Festlegung der Preise sexueller Dienstleistungen, Vorgabe von Arbeitszeiten, Ahndung von Verstößen gegen Hausordnung, Strafzahlungen, „Lehrgelder“, Kontaktverbote mit Freiern au-

ßerhalb des Bordells, Übernachtungszwang). Da derartige Regelwerke in vielen Bordellbetrieben – insbesondere den eher professionell geführten – bestehen, ist die Norm praxisrelevant.

Vor dem Hintergrund der weiteren Fassung des Straftatbestands des § 180a StGB ist die geringere Strafandrohung im Vergleich zu § 181a StGB auch vertretbar.

Zu § 180a Abs. 2 – Wohnungsgewährung bei Prostitution

Neben echten Gewerbebetrieben wie sog. FKK Sauna Clubs und Laufhäusern wird Prostitution zunehmend über Internetportale wie www.kaufmich.com organisiert. In den in der Abteilung 255 seit Januar 2013 geführten Verfahren wurden in etwa einem Drittel der Fälle Frauen und Mädchen über solche Portale vermittelt. Der Bereich des unregistrierten Escort Service ist lukrativ, auch weil kaum Kosten für den Unterhalt oder Werbung entstehen. Die Betriebskosten setzen sich in der Regel aus Fahrdiensten und Wohnungsmiete zusammen. Dabei sind Täter nicht selten darauf angewiesen, Wohnungen zur Prostitutionsausübung anzumieten. Um nicht selbst auf Mietverträgen aufzufallen, werden Dritte angeworben, die ihre eigenen Wohnungen zur Verfügung stellen oder Wohnungen anmieten. Die Strafverfolgung dieser Personen ist daher praktisch relevant, denn ohne sog. „Wohnungsgeber“ wäre die Ausübung des versteckten Escort kaum möglich. Da größere, etablierte Betriebe in der Regel darauf achten, keine Minderjährigen zu beschäftigen, ist der versteckte Escort über Internetportale auch der zentrale Platz zur Vermittlung Minderjähriger geworden. Vor diesem Hintergrund ist vor allem § 180a Abs. 2 Nr. 1 StGB (Aufenthaltsgewährung an Minderjährige) relevant, wobei es schwer sein kann, einem Vermieter nachzuweisen, dass er um die Minderjährigkeit der Prostituierten wusste (§ 180a ist keine Katalogtat des § 100a StPO). Die dortige Konstruktion steht jedoch ansonsten nicht unter Strafe. § 180a Abs. 2 Nr. 1 StGB hat daher neben § 180 StGB eine eigenständige Relevanz, da sich das Gewähren oder Verschaffen von Gelegenheit in § 180 Abs. 1 Nr. 2 StGB nur auf Personen unter *16 Jahren* bezieht. Auch § 180 Abs. 2 StGB kann § 180a Abs. 1 Nr. 2 StGB nicht ersetzen, da dort ein anderes Tatverhalten, nämlich das *Bestimmen* zur Vornahme von sexuellen Handlungen unter Strafe gestellt wird.

Die Fälle des § 180a Abs. 2 Nr. 2 StGB sind in der Praxis selten, aber nicht ausgeschlossen. Es ist schwer vorstellbar, dass derartige Konstellationen nicht bereits dem § 181a StGB unterfallen. Andererseits erscheint es unterstützenswert, dass jemand sich nicht weiter prostituieren muss, weil er oder sie andernfalls sein Dach über dem Kopf zu verlieren droht. Zumal sollten sich Vermieter nicht an Prostituierten bereichern dürfen.

III. § 184f StGB – jugendgefährdende Prostitution

Diese Vorschrift hat aus Sicht der Berliner Staatsanwaltschaft bisher keine praktische Bedeutung erlangt. Im Lichte des Prostitutionsgesetzes sollten diese Vorschriften auch restriktiv angewandt werden.

IV. Fazit

Die bestehenden Straftatbestände bieten hinreichenden Schutz gegen die Ausbeutung von Prostituierten, wenn sie in der Praxis auch angewendet werden.

Begrüßenswert wäre jedoch die Aufnahme des § 181a StGB in den Katalog des § 100a StPO. Heutzutage wird ein erheblicher Teil der sexuellen Kontakte über das Internet und Chatverkehr vermittelt. Die Kunden buchen dann über Telefonnummern, die in Profilen angegeben sind. Angesichts der bestehenden Problematik mit unsicheren, nicht aussagebereiten Zeugen ist es in diesem Deliktsfeld besonders wichtig, Telefonüberwachungsmaßnahmen durchführen zu können. Es handelt sich bei der Zuhälterei gem. § 181a StGB auch um ein besonders schwerwiegendes Delikt, welches den bestehenden Katalogtaten gleichwertig ist.

3. Birgit Cirullies

Reformbedarf bei den Tatbeständen Ausübung der verbotenen Prostitution (§ 184f StGB) und jugendgefährdende Prostitution (§ 184g StGB)

1. 184f StGB

a) Bisherige Regelung

Mit Strafe bedroht wird nach dieser Vorschrift ein beharrliches Zuwiderhandeln gegen ein durch Rechtsverordnung erlassenes Verbot, der Prostitution an bestimmten Orten oder zu bestimmten Tageszeiten nachzugehen.

Es wird Freiheitsstrafe bis zu 6 Monaten oder Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen angedroht.

Bei dem Gesetz handelt es sich um eine Blankettvorschrift, die die Festlegung von Sperrbezirken im Wege einer Rechtsverordnung voraussetzt. Eine entsprechende Ermächtigung ergibt sich für die Landesregierung oder die von ihr ermächtigte Verwaltungsbehörde aus Art. 297 EGVStGB.

Danach kann zum Schutze der Jugend oder des öffentlichen Anstandes

1. für das ganze Gebiet einer Gemeinde bis zu 50.000 Einwohnern,
2. für Teile des Gebiets einer Gemeinde über 20.000 Einwohner oder eines gemeindefreien Gebiets,
3. unabhängig von der Zahl der Einwohner für öffentliche Straßen, Wege, Plätze, Anlagen und für sonstige Orte, die von dort aus eingesehen werden können, im ganzen Gebiet oder in Teilen des Gebiets einer Gemeinde oder eines gemeindefreien Gebiets durch Rechtsverordnung verboten werden, der Prostitution nachzugehen. Das Verbot kann auch auf bestimmte Tageszeiten beschränkt werden.

Durch das abstrakte Gefährdungsdelikt des § 184f StGB soll die Allgemeinheit vor Belästigungen durch die Erscheinungsformen der Prostitution geschützt werden.⁵⁵⁶

⁵⁵⁶BayObLGSt 1988, 107; Graalman-Scheerer, GA 95, 349, 353

b) Rechtsgut

Hierbei geht es nicht etwa darum, die Ausübung der Prostitution als solche unter Strafe zu stellen.

Die Legalität der Vornahme sexueller Handlungen gegen ein vorher vereinbartes Entgelt wird nämlich insbesondere durch das am 01.01.2002 in Kraft getretene Prostitutionsgesetz unterstrichen, mit dem die Rechtsverhältnisse zwischen Prostituierten und ihren Kunden gesetzlich geregelt werden.⁵⁵⁷

c) Verhältnismäßigkeit

Die Vorschrift des § 184f StGB ahndet daher als kriminelles Unrecht allein das Ausüben der Prostitution an bestimmten Orten entgegen einem durch die Landesregierung oder eine Behörde verhängten Verbot.

Ob dies noch als verhältnismäßig anzusehen ist, erscheint zweifelhaft.

Das Strafrecht soll wegen seines bewusst „fragmentarischen Charakters“⁵⁵⁸ von Verfassungen wegen zur Steuerung des Rechtsschutzes nur als letztes Mittel eingesetzt werden, wenn andere staatliche Eingriffsmechanismen (Zivilrecht, Verwaltungsrecht) versagen. Denn die Verhängung einer Strafe berührt notwendigerweise den Wert- und Achtungsanspruch des Betroffenen.⁵⁵⁹

Nur elementare, bedeutende oder zumindest wichtige Gemeinwohlbelange können Strafvorschriften legitimieren, weil das mit einer Strafe verbundene sozioethische Unwerturteil gegenüber dem Täter erst durch entsprechend gravierende Verstöße zu rechtfertigen ist.

Schlicht unerwünschte Verhaltensweisen sollten nicht mit dem Unrechtsverdikt der Kriminalstrafe versehen, sondern stattdessen mit weniger pejorativen – etwa verwaltungsrechtlichen – Sanktionen belegt werden.⁵⁶⁰

Bei den hier in Frage stehenden Verstößen gegen Verwaltungsanordnungen lädt die oder der Betroffene eine sozioethisch bedeutsame Schuld nicht auf sich, die einen Ausgleich durch Strafe verlangte.

Das Unwerturteil einer Kriminalstrafe wird dem geringen Gewicht des Fehlverhaltens – Ausübung der grundsätzlich erlaubten Prostitution am falschen Ort – nicht gerecht.

⁵⁵⁷ Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (Prostitutionsgesetz - ProstG) vom 20. Dezember 2001, BGBl I 2001, 3983

⁵⁵⁸ Ausführlich Hefendehl, JA 2011, 401.

⁵⁵⁹ Jahn, FAZ v. 07.01.2015

⁵⁶⁰ Landau, NStZ 2015, 665, 669

Das eigentliche Ziel, die Betroffene zur Einhaltung der Ordnung anzuhalten, wird typischerweise mit einer Sanktion nach dem Ordnungswidrigkeitengesetz erreicht.

d) Privilegierung des Kunden

Bei der Betrachtung der Gesetzesvorschrift des § 184f StGB muss auch berücksichtigt werden, dass es kaum möglich ist, die Kunden der Prostituierten in gleicher Weise wie jene selbst zur Verantwortung zu ziehen.

Nach herrschender Meinung wird das Verhalten des „Freiers“ als notwendige Beteiligung an der Straftat gesehen – mit der Folge, dass es nicht als Beihilfe zur Ausübung der verbotenen Prostitution zu bestrafen ist.⁵⁶¹

Diese Privilegierung erscheint kaum vertretbar, da die Kunden – in gleicher Weise wie die Prostituierten selbst – die Rechtsgutverletzung (mögliche Belästigung der Allgemeinheit) verursachen.

Zwar könnte an eine Ausdehnung der Strafnorm auf die Kunden gedacht werden. Jedoch bestehen – wie dargelegt – bereits Bedenken gegen die Erforderlichkeit einer derartigen pejorativen Sanktion.

e) Ahndung nach dem Ordnungswidrigkeitengesetz

Eher erscheint es angebracht, die Vorschrift des § 184f StGB zu streichen⁵⁶² und allein § 120 OWiG zur Ahndung heranzuziehen, der die Festsetzung einer Geldbuße vorsieht.

Gemäß § 17 Abs. 1 OWiG kann eine Geldbuße von 5,- bis 1.000,- € verhängt werden. Eine darüberhinausgehende Erhöhung ist dabei gemäß § 17 Abs. 4 OWiG möglich, falls aus der Ordnungswidrigkeit ein wirtschaftlicher Vorteil in einer Höhe gezogen wird, die die in Abs. 1 vorgesehene Höchstgeldbuße übersteigt.

Bei der Ahndung nach dem Ordnungswidrigkeitengesetz ist die Beharrlichkeit des Verstoßes gegen das Verbot der Prostitutionsausübung zwar nicht ordnungswidrigkeitsbegründend. Im Rahmen der Vorgaben des § 17 Abs. 1 OWiG kann aber gemäß § 17 Abs. 3 S. 1 OWiG die beharrliche Zuwiderhandlung zu einer Erhöhung der Geldbuße führen.

⁵⁶¹ Fischer, StGB, 62. Auflage, 2015, § 184e Rdn. 3; Eisele in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., 2014, § 184e Rdn. 7; a.A. Laubenthal, Handbuch Sexualstraftaten, 2012, Rdn. 868; Hörnle in: MK, 2. Aufl., 2012, § 184e Rdn. 8; Graalman-Scheerer, a.a.O., S. 350 ff.

⁵⁶² Eisele, a.a.O., § 184e Rdn. 1; Hörnle, a.a.O., § 184e Rdn.2; Laubenthal, a.a.O., Rdn. 869; Fischer, a.a.O., § 184e Rdn. 2; Graalman-Scheerer, a.a.O., S. 359

Hier kann zum Nachteil des Betroffenen dessen Einstellung berücksichtigt werden, er brauche sich um die gesetzlichen Bestimmungen nicht zu kümmern.⁵⁶³

Im Übrigen ist eine Sanktionierung des „Freiers“ als des notwendigen Beteiligten an der Ordnungswidrigkeit gemäß § 120 Abs. 1 Nr. 1 OWiG nach der derzeitigen Rechtslage im Regelfall ausgeschlossen.⁵⁶⁴ Die diesbezüglichen Argumente der herrschenden Meinung entsprechen den zur Frage der Beteiligung des „Freiers“ an der Straftat nach § 184f StGB vorgebrachten.⁵⁶⁵

Dieses – wie dargestellt – ungerechte Ergebnis erscheint nicht hinnehmbar.

Auch der Kunde der ordnungswidrig handelnden Prostituierten soll als Betroffener zur Verantwortung gezogen werden.

Aus diesem Grunde empfiehlt sich eine entsprechende Ergänzung des § 120 OWiG.

f) Vorschlag

Ich schlage vor, die Vorschrift des § 184f StGB zu streichen und in § 120 OWiG nach Absatz 1 einen Absatz 2 folgenden Wortlauts einzufügen:

„II. Ordnungswidrig handelt auch, wer als Kunde Prostituiertenleistungen in Anspruch nimmt, die durch ein Verbot im Sinne des Absatz 1 Nr. 1 untersagt sind.“

Der bisherige Absatz 2 sollte als Absatz 3 angeschlossen werden.

Mit dieser Regelung würde zum einen dem Unrechtsgehalt der in Frage stehenden Verstöße Rechnung getragen und zum anderen eine gerechte Gleichbehandlung der an dem Verstoß Beteiligten erreicht.

2. § 184g StGB

a) Bisherige Regelung

Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe wird hiernach bestraft,

wer der Prostitution

⁵⁶³ Gürtler in: Göhler OWiG, 16. Aufl., 2012, § 17 Rdn. 26a

⁵⁶⁴ Gürtler, a.a.O., § 120 Rdn. 9

⁵⁶⁵ Vgl. oben Abschnitt 1 d)

1. in der Nähe einer Schule oder anderen Örtlichkeit, die zum Besuch durch Personen unter 18 Jahren bestimmt ist, oder
2. in einem Haus, in dem Personen unter 18 Jahren wohnen, in einer Weise nachgeht, die diese Personen sittlich gefährdet.

Durch diese Strafnorm sollen Beeinträchtigungen für diejenigen Jugendlichen vermieden werden, die sich über längere Zeit in der Umgebung des Ortes der Prostitutionsausübung aufhalten.

Die Sittlichkeit von Kindern und Jugendlichen soll geschützt werden. Ihre psychische und soziale Entwicklung soll nicht durch aufdringliche Kommerzialisierung sexuellen Verhaltens beeinträchtigt werden.⁵⁶⁶

b) Verhältnismäßigkeit

Die Legitimität auch dieser Vorschrift erscheint zweifelhaft⁵⁶⁷ - ebenfalls unter dem Gesichtspunkt des ultima-ratio-Prinzips.

Zum einen dürfte es selten vorkommen, dass einschlägige Wahrnehmungen die psychosexuelle Entwicklung Jugendlicher gefährden.⁵⁶⁸

Zum anderen bestehen Bedenken, ob es sich bei der Strafnorm um einen im Sinne des Art. 103 Abs. 2 GG hinreichend bestimmten Tatbestand handelt.

Der Begriff der Sittlichkeit stellt ein Einfallstor für subjektiv divergierende moralische Wertvorstellungen dar.⁵⁶⁹

Bei der Betrachtung der Vorschrift ist überdies zu berücksichtigen, dass die Norm – möglicherweise wegen ihrer unbestimmten Fassung – in der Praxis nur selten angewandt wird.⁵⁷⁰

Mit dem Tatbestand des § 184 g StGB wird ebenfalls in erster Linie „Verwaltungsunrecht“ sanktioniert.⁵⁷¹ Es geht darum, in den fraglichen Bereichen eine Störung der Ordnung zu vermeiden, die negative Folgen für Jugendliche mit sich bringt.

Daher rege ich eine Streichung auch dieser Strafvorschrift an.

⁵⁶⁶ Fischer, a.a.O., § 184f Rdn. 2; Laubenthal, Rdn. 878

⁵⁶⁷ Laubenthal, 879; Hörnle, a.a.O., § 184f Rdn. 1

⁵⁶⁸ Laubenthal, Rdn. 879; Hörnle, a.a.O., § 184f Rdn. 1

⁵⁶⁹ Laubenthal, Rdn. 880

⁵⁷⁰ Hörnle, a.a.O., § 184f Rdn. 1

⁵⁷¹ Fischer, a.a.O., § 184e Rdn. 2, § 184f Rdn. 2

c) Angemessene Sanktion

Allerdings führt bereits die Einschätzung, hier werde „Verwaltungsunrecht“ verwirklicht, zu der Erkenntnis, dass eine Sanktionierung des störenden Verhaltens – Ausübung der Prostitution unter möglicher Beeinträchtigung von Kindern und Jugendlichen – beibehalten werden sollte.

Zwar braucht die Gefahr für die ungestörte Persönlichkeitsentwicklung Jugendlicher in den in Frage stehenden Fällen nicht allzu hoch eingeschätzt zu werden.

Indes ist es notwendig, das Lebensumfeld der jungen Menschen nach Möglichkeit von den negativen Einflüssen freizuhalten, die die Wahrnehmung kommerzialisierten sexuellen Verhaltens mit sich bringen kann.

Deshalb sollte das entsprechende sozialschädliche Verhalten als Ordnungswidrigkeit geahndet werden. Im Interesse der ungestörten Entwicklung Jugendlicher erscheint dies angemessen.

d) Bestimmtheit der Formulierung

Der Begriff der sittlichen Gefährdung ist allerdings durch eine geeignetere Formulierung zu ersetzen. Der Ausdruck „Sittlichkeit“ stammt aus der Zeit vor dem 4. Strafrechtsreformgesetz (1973), als Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung noch „Sittlichkeitsdelikte“ genannt wurden und mit den Strafnormen auch Verstöße gegen moralische Standards geahndet wurden.⁵⁷²

Anstelle der „sittlichen“ Gefährdung sollte der in § 8 Jugendschutzgesetz verwendete Ausdruck Gefährdung des „geistigen oder seelischen Wohls“ gewählt werden. Dies meint die Gefahr, dass Jugendliche an ihrer psychischen Konstitution oder ihrem sozial-ethischen Wertebild Schaden nehmen.⁵⁷³

Mit dieser bereits in der Gesetzesnorm gebrauchten Formulierung dürfte in dem Ordnungswidrigkeiten-Tatbestand die missbilligte Auswirkung des sanktionierten Verhaltens hinreichend klar, eindeutig und verständlich beschrieben werden.

e) Lösung

Danach empfiehlt es sich, in § 120 OWiG, der die mit Prostitution verbundenen Ordnungswidrigkeiten sanktioniert, den wesentlichen Inhalt der derzeitigen Strafvorschrift des § 184g StGB aufzunehmen, und zwar als neu zu schaffende Nr. 3 des Abs. 1.

⁵⁷² Hörnle, a.a.O., Vor §§ 174 ff. Rdn. 2

⁵⁷³ Erbs/Kohlhaas/Liesching, JuSchG, § 8 Rdn.1

f) Vorschlag

Ich schlage anstelle der Vorschrift des § 184g StGB die folgende Neufassung des § 120 OWiG vor:

„I. Ordnungswidrig handelt, wer

1. einem durch Rechtsverordnung erlassenen Verbot, der Prostitution an bestimmten Orten überhaupt oder zu bestimmten Tageszeiten nachzugehen, zuwiderhandelt oder

2. durch Verbreiten von Schriften Gelegenheiten zu entgeltlichen sexuellen Handlungen anbietet, ankündigt, anpreist oder

3. a. in der Nähe einer Schule oder anderen Örtlichkeit, die zum Besuch durch Personen unter achtzehn Jahren bestimmt ist, oder

b. in einem Haus, in dem Personen unter achtzehn Jahren wohnen, der Prostitution in einer Weise nachgeht, die geeignet ist, das geistige oder seelische Wohl dieser Personen zu gefährden.

II. Ordnungswidrig handelt auch, wer als Kunde Prostituiertenleistungen in Anspruch nimmt, die durch ein Verbot im Sinne des Abs. 1 Nr. 1 untersagt sind.

III. Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße geahndet werden.“

4a. Christina Clemm

Einige in der Praxis bestehende Probleme verfahrensrechtlicher und materieller Art aus Sicht der Vertretung von Geschädigten im Strafverfahren.

Die Verfasserin ist selbst als Strafverteidigerin und Nebenklagevertreterin forensisch tätig. An dieser Stelle können nicht alle prozessualen Problematiken aus Verteidigungs- und Nebenklagesicht aufgezählt werden.

Eines der großen Themen ist sicherlich die vollständige Dokumentation des Ermittlungs- und Strafverfahrens, die von allen Seiten gefordert wird. Offensichtlich hat sich hiermit auch die Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens auseinandergesetzt, weshalb hier keine weiteren Ausführungen erforderlich erscheinen.

Leider hat die „StPO-Kommission“ aber keinen Fokus auf Verletzten-Rechte gehabt, so dass ich im Folgenden einige Probleme ansprechen möchte, denen ich in meinem gerichtlichen Alltag als Nebenklagevertreterin begegne. Selbstverständlich sind diese nicht vollständig. Auch kann ich leider nur sehr begrenzt Lösungsvorschläge geben und kann an dieser Stelle vor allem die Probleme skizzieren.

1. Akteneinsichtsrecht

Im letzten Jahr gab es eine in Strafverteidiger*innen und Nebenklagevertreter*innen viel beachtete Rechtsprechung des OLG Hamburg beginnend mit der Entscheidung vom 24.10.2014 zum AZ 1 Ws 110/14. Hierin heißt es:

Der Untersuchungszweck im Sinne dieses gesetzlichen Versagungsgrundes ist gefährdet, wenn durch die Aktenkenntnis des Verletzten eine Beeinträchtigung der gerichtlichen Sachaufklärung (§ 244 Abs. 2 StPO) zu besorgen ist (vgl. nur BT- Drucks. 10/5305, S. 18). Zwar steht den mit der Sache befassten Gerichten hierbei ein weiter Entscheidungsspielraum zu (vgl. nur BGH, vom 11. Januar 2005 - 1 StR 498/04, NJW 2005, 1519, 1520). Die durch das Akteneinsichtsrecht des Verletzten stets begründete Gefahr einer anhand des Akteninhalts präparierten Zeugenaussage (zu hierin liegenden Gefahren etwa Schwenn, StV 2010, 705, 708; BeckOK-StPO/Eschelbach, 18. Ed., § 261 Rn. 55.3), reicht - entgegen anderer Stimmen im Schrifttum (vgl. Schlothauer, StV 1987, 356, 357 m.w.N.; Riedel/Wallau, NStZ 2003, 393, 397) - für sich zur Versagung aber nicht aus (OLG Koblenz, Beschluss vom 30. Mai 1988 - 2 VAs 3/88, StV 1988, 332, 334; Hilger, a.a.O.; vgl. ferner BT-Drucks. 10/5305, S. 18). Für die Prüfung der - abstrakten (vgl. nur Hilger, a.a.O., § 406e Rn. 12 f.; SSW-StPO/Schöch, § 406e Rn. 12) - Gefährdung des Untersuchungszwecks ist vielmehr eine

Würdigung der Verfahrens- und Rechtslage im Einzelfall vorzunehmen (vgl. OLG Koblenz, a.a.O.; Hilger, a.a.O. Rn. 13; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 57. Aufl., § 406e Rn. 6a).

Eine diesen Maßgaben verpflichtete Entscheidung führt hier wegen einer Reduzierung des gerichtlichen Ermessens auf Null zu einer weitgehenden Versagung der begehrten Akteneinsicht. Eine umfassende Einsicht in die Verfahrensakten ist dem Verletzten in aller Regel in solchen Konstellationen zu versagen, in denen seine Angaben zum Kerngeschehen von der Einlassung des Angeklagten abweichen und eine Aussage-gegen-Aussage-Konstellation vorliegt.

Hierauf folgten zahlreiche Entscheidungen, die in Bezug auf die Entscheidung Akteneinsichten der Nebenklagevertreter*innen verweigerten.

Erst mit dem Beschluss des OLG Braunschweig vom 3.12.2015 zum AZ 1 Ws 309/15 setzte ein OLG dieser Rechtsprechung etwas entgegen und setzte sich damit gerade im Hinblick auf die Rechte der Verletzten auseinander. Hier heißt es:

„Demgegenüber würde die Versagung der begehrten Akteneinsicht die der Nebenklägerin von der Strafprozessordnung eingeräumten Befugnisse weitgehend aushöhlen und sie - entgegen der mit dem 2. Opferrechtsreformgesetzes verfolgten gesetzgeberischen Intention - letztlich zu einem bloßen Beweisobjekt degradieren. Ein Nebenkläger, dem die beantragte Akteneinsicht versagt wird, hat, sofern er auch noch auf sein Anwesenheitsrecht bei der Einlassung des Angeklagten verzichtet, bis zur seiner eigenen Vernehmung durch das Tatgericht keinerlei Kenntnis vom bisherigen Gang des Verfahrens und dem Ergebnis der bis dahin erhobenen Beweise. Sein Interessenvertreter kann daher noch nicht einmal prüfen, ob das Gericht bei seiner Entscheidung über die Akteneinsicht zu Recht von einer Aussage-gegen-Aussage-Konstellation ausgegangen ist. Wie die Generalstaatsanwaltschaft richtigerweise in ihrer Stellungnahme ausgeführt hat, fiel ihm auch nicht auf, wenn die Einlassung des Angeklagten in der Hauptverhandlung von derjenigen, die er im Ermittlungsverfahren abgegeben hat, deutlich abweicht. Ebenso würden dem Nebenklagevertreter protokollierte Missverständnisse und möglicherweise zu beachtende situative Besonderheiten in den Vernehmungen verborgen bleiben. Sein Frage- und Beanstandungsrecht bliebe weitgehend inhaltsleer. Unvollständige oder falsche Vorhalte durch die vernehmende Person lassen sich ohne Aktenkenntnis nicht erkennen und damit nicht abwehren. Aktenkenntnis dient mithin auch dem Schutz gegen Vernehmungsfehler (vgl. *Breu a.a.O.*). Derartige Fehler sind - wenn sie unbemerkt bleiben - für die Qualität einer Aussage nicht weniger gefährlich, als eine Beeinträchtigung des Glaubhaftigkeitskriteriums der Aussagekonstanz infolge einer vorherigen Akteneinsicht. Daneben könnte der Nebenklagevertreter auch sein Beweisantragsrecht nicht sinnvoll ausüben, wenn er vielleicht nicht einmal erahnt, welche Beweismittel aktenkundig

sein könnten. Selbiges gilt hinsichtlich der gemäß §§ 403 ff. StPO eröffneten Möglichkeit, einen Adhäsionsantrag zu stellen. Die Ausübung dieses Rechtes bedingt ebenfalls in der ganz überwiegenden Zahl der Fälle eine umfassende Aktenkenntnis. Unter Berücksichtigung all dieser Gesichtspunkte überwiegt vorliegend das Informationsinteresse der Nebenklägerin und berechtigt sie zu einer umfassenden Akteneinsicht.“

Das OLG Hamburg hat jedoch auch in einer Entscheidung vom 21.3.2016 zum AZ 1 Ws 40/16 erneut die Akteneinsicht verwehrt.

Mittlerweile hat sich auch der BGH in zwei Entscheidungen mit der Problematik am Rande beschäftigt und jeweils festgestellt, dass die Gewährung von Akteneinsicht der Nebenkläger*in jedenfalls nicht stets erörterungsbedürftig ist. (siehe 5 StR 40/16 und 5 StR 52/16)

Die derzeitige Rechtslage führt zu großen Unsicherheiten und regionalen Unterschieden bei der Beachtung von Verletztenrechten.

Eine praktikable Lösung wäre, wie im Gesetzentwurf zum 2. Opferrechtsreformgesetz beabsichtigt in den § 406 e StPO Absatz 2 folgenden Satz anzufügen:

„Die Sätze 1 und 2 gelten nicht, wenn die Staatsanwaltschaft in den in § 395 genannten Fällen den Abschluss der Ermittlungen in den Akten vermerkt hat.“

Hierdurch wäre klargestellt, dass grundsätzlich die Akteneinsicht zu gewähren ist.

Offenbar ist die damalige Gesetzesreform nicht daran gescheitert, dass man die Akteneinsicht grundsätzlich bei Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen für schwierig beurteilte, sondern ging es um die Frage, ob Persönlichkeitsrechte des Beschuldigten durch das Akteneinsichtsrecht der Verletzten verletzt würden. Insbesondere die Weitergabe von Gutachten über den psychischen Zustand des Beschuldigten wurden als problematisch angesehen. Angesichts des Umstandes, dass die verletzte Person ein Anwesenheitsrecht während der gesamten Hauptverhandlung, insbesondere auch während der Erstattung von Gutachten, wenn sie unter Ausschluss der sonstigen Öffentlichkeit erfolgen, kann die Wahrung der Persönlichkeitsrechte im Hinblick auf die Kenntnis der Verletzten nicht als Begründung ausreichen.

Ich darf im Übrigen als langjährige Nebenklagevertreterin anmerken, dass ich nie bei Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen meinen Mandant*innen Akteneinsicht selbst gewähre. Ich bespreche dies mit meinen Mandant*innen und rate ihnen dringend ab, selbst Akteneinsicht vor Abschluss des Verfahrens zu nehmen, da sie ansonsten Gefahr laufen, dass ihre Aussage in der Hauptverhandlung entwertet wird. Keine Mandant*in bestand

daraufhin die Akte einzusehen. Im Übrigen können die Nebenkläger*innen in der Hauptverhandlung nach ihrer Aktenkenntnis befragt werden und sind sie zu einer wahrheitsgemäßen Antwort verpflichtet. Das Gericht kann also den Umfang der Aktenkenntnis stets in seine Beurteilung der Aussage einfließen lassen.

2. Beschleunigung

Ein großes praktisches Problem besteht derzeit in der langsamen Bearbeitung der Ermittlungs- und Strafverfahren. Da andere Verfahren, insbesondere Haftverfahren vorrangig zu bearbeiten sind, werden die Verfahren stets nach hinten geschoben. Die Regelung des § 24 Abs. 1 Nr. 3 GVG wird insofern wirkungslos, als die Kammern der Landgerichte so überlastet sind, dass sie kaum noch zur Absolvierung von häufig schwierigen und langwierigen Verfahren bei sexualisierter Gewalt kommen. Die Verfasserin kann nicht beurteilen, ob es sich insofern um ein regional beschränktes Problem handelt, aber in Berlin bedürfen selbst Verfahren mit kindlichen Zeug*innen häufig mehrere, häufig mehr als 3 Jahre, bis sie zu einem rechtskräftigen Urteil gelangen. Die Belastung der betroffenen Zeug*innen ist erheblich und die angemessene Strafmilderung aufgrund überlanger Verfahrensdauer aus Verletztensicht nicht verständlich.

Wie eine Beschleunigung dieser Verfahren rechtlich durchgesetzt werden könnte, bedarf weiterer Überlegungen.

3. Anwesenheitsrecht der Nebenklage, Verfahrenssicherung

Ein weiteres praktisches Problem ist, dass die Nebenklagevertretung keine notwendige Beteiligte im Strafverfahren ist und insofern die Gerichte sich nicht veranlasst sehen müssen, die Termine mit den Nebenklagevertreter*innen abzustimmen. In der Praxis führt es dazu, dass viele Termine ohne die von der Verletzten gewählten Nebenklagevertreter*in stattfinden und diese sich vertreten lassen muss. Darüber hinaus erhalten Angeklagte in langen Verfahren zur Verfahrenssicherung einen zweiten Pflichtverteidiger*in, Verletzte müssen sehen, wie sich ihre Rechtsanwält*in die Termine einteilt oder sich ggf. durch eine (zwangsläufig nicht hinreichend eingearbeitete) Vertretung vertreten lässt.

Hierdurch kann die Nebenkläger*in häufig ihre Rechte im Strafverfahren nicht hinreichend wahrnehmen.

Wie eine Berücksichtigung der Interessen der Verletzten auch bei der Terminierung erfolgen kann, bedarf weiterer Überlegungen.

4. Fortbildungsverpflichtung

Immer wieder begegne ich Richter*innen und Staatsanwält*innen die äußerst inkompetent in Fragen des Umgangs mit traumatisierten Menschen und Verletzten von sexualisierter Gewalt sind. Manche können nicht professionell über sexualisierte Gewalt sprechen oder beispielsweise über schweren Menschenhandel und Prostitution ohne anzügliche oder abwertende Bewertungen über die Betroffenen zu äußern. Immer wieder erlebe ich auch, dass Richter*innen dem übermäßigen und menschenunwürdigen Fragestil anderer Verfahrensbeteiligter nur dann Einhalt gebieten, wenn die Nebenklagevertreter*in darauf besteht.

Insofern muss davon ausgegangen werden, dass zahlreiche Richter*innen über nur marginales Wissen verfügen, das dringend durch Fortbildungsverpflichtungen zu verbessern wäre.

5. Nicht-Anwendung des § 68a StPO

Problematisch ist auch, dass in der Praxis die Regelung des § 68a StPO in Verfahren wegen sexualisierter Gewalt keine Anwendung findet. Die Zeug*innen werden z.B. immer noch umfassend zu ihrem Vorleben, insbesondere auch ihrem sexuellen Vorleben, befragt, selbst wenn dies in keinerlei Zusammenhang zu der Tat steht. Beliebte sind auch Fragen nach vorgehenden sexuellen Übergriffen, sexualisierter Gewalt in der Kindheit, Fragen nach Gründen, weshalb nicht immer Strafanzeigen erstattet wurden etc.pp. Immer wieder erlebe ich auch Fragen wie etwa bei der angeklagten Tat eines Fremdtäters auf meinen Mandanten, der in ein Gebüsch gezogen wurde, ob er als homosexueller Mann denn grundsätzlich auf Sex an öffentlichen Plätzen stehe oder danach, ob die betroffene Frau bei der mit erheblicher Gewalt stattgefundenen Vergewaltigung Lust empfunden habe. Für die Betroffenen sind solche Fragesituationen äußerst belastend. Die Zulassung der Fragen wird mit dem Erfordernis der Überprüfung der Glaubhaftigkeit gerechtfertigt. Dies ist grundsätzlich richtig, wird aber bei sexualisierter Gewalt selbst bei Fremdtätern in einem vollkommen anderen Licht gesehen, als bei allen anderen Taten.

4b. Christina Clemm

Schutzlücken im Sexualstrafrecht

In den letzten Monaten wurden in verschiedenen Veröffentlichungen⁵⁷⁴ Problemfelder im Bereich der Sexualstraftaten aufgezeigt und bewertet.

Hier soll eine kurze Zusammenfassung gegeben werden. Dabei sind ausdrücklich an dieser Stelle nicht sämtliche Probleme des Sexualstrafrechts aufgeführt, sondern lediglich die Fälle gegenüber erwachsenen, nicht widerstandsunfähigen Personen außerhalb besonderer Abhängigkeitsverhältnisse:

1. Bestehende Rechtslage:

Das deutsche Strafgesetzbuch pönalisiert sexuelle Übergriffe gegen erwachsene, nicht widerstandsunfähige Personen außerhalb besonderer Abhängigkeitsverhältnisse nur dann, wenn sie gem. § 177 StGB mit Gewalt, qualifizierter Drohung oder unter Ausnutzung einer schutzlosen Lage durchgeführt werden.

Gem. § 240 Abs. 4 Nr. 1 StGB auch dann, wenn die sexuelle Handlung der Person durch Einsatz einer Drohung mit einem empfindlichen Übel erzwungen wird.⁵⁷⁵ Stets ist Voraussetzung, dass ein erfolgter oder erwarteter Widerstand der Betroffenen zur Durchführung der sexuellen Handlung überwunden werden muss.⁵⁷⁶ Voraussetzung ist also immer eine Nötigung. Sexuelles Handeln am bzw. im Körper einer anderen Person ohne deren Einverständnis oder gegen ihren Willen ist nicht strafbar. Die von einer Einwilligung nicht gedeckte Inanspruchnahme eines fremden Körpers zur eigenen Befriedigung wird als nicht sanktionswürdig angesehen und der Wille des Opfers für bedeutungslos erklärt.⁵⁷⁷

⁵⁷⁴ So bff, Fallanalyse zu Schutzlücken im Sexualstrafrecht, <https://www.frauen-gegen-gewalt.de/fallanalyse-zu-schutzluecken-im-sexualstrafrecht.html> ; djb, Stellungnahme vom 25.7.2014, <http://www.djb.de/Kom/K3/14-14/st14-14-a/>; Prof. Dr. Eisele, Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung, <http://www.bundestag.de/blob/357194/a75ae34f805c0734d3e40b030f4c7b20/>; Prof. Dr. Hörnle, Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention, http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/uploads/tx_commerce/Menschenrechtliche_Verpflichtungen_aus_der_Istanbul_Konvention_Ein_Gutachten_zur_Reform_des_Paragraf_177_StGB.pdf

⁵⁷⁵ § 240 Abs. 4 Nr. 1 StGB ist in der Praxis bereits deshalb irrelevant, da nach dem Wortlaut des Gesetzes dieser nur dann eingreift, wenn von der Person eine aktive sexuelle Handlung erzwungen wird.

⁵⁷⁶ Gem. § 179 StGB sind sexuelle Handlungen auch dann strafbar, wenn sie unter Ausnutzung der Widerstandsunfähigkeit des Opfers erfolgen. Zur Kritik daran wird an späterer Stelle kurz eingegangen.

⁵⁷⁷ Deutscher Juristinnenbund (djb): Stellungnahme vom 9.5.2014 zur grundsätzlichen Notwendigkeit einer Anpassung des Sexualstrafrechts (insbesondere § 177 StGB) an die Vorgaben der Konvention des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (Istanbul-Konvention) von 2011. <http://www.djb.de/Kom/K3/st14-07/>

2. Fallgruppen

Es gibt bisher verschiedene Beschreibungen und Betitelungen unterschiedlicher Fallgruppen. Zum Teil greifen diese ineinander.

Im Folgenden sollen für die unterschiedlichen „Gruppen“ kurze Beispiele zur Verdeutlichung angeführt werden.

- **Überraschungsangriffe**

Damit sind solche Fälle gemeint, bei denen die Betroffenen aufgrund der großen Schnelligkeit und unter Ausnutzung des Überraschungseffekts nicht in der Lage sind, sich gegen eine sexuelle Handlung zu Wehr zu setzen oder auch nur irgendwie zu reagieren.

So z.B. folgender Fall:

Eine junge Frau begibt sich an einem heißen Sommertag mit einem Minirock, einem knappen T-Shirt und einem Tanga bekleidet in eine volle U-Bahn. Zunächst geht sie davon aus, dass das Berühren ihres Gesäßes dem Gedränge in der U-Bahn geschuldet sei. Plötzlich aber wird von hinten mit einer Hand unter ihren Rock unter den Tanga in ihre Scheide gegriffen. Sie dreht sich herum, der Unbekannte fasst daraufhin mit beiden Händen gegen ihre Brüste und sagt, wie schön sie sei. Er streichelt dann ihre Wange. Als die Frau zu schimpfen beginnt, lässt er von ihr ab.

Oder folgender Fall :

O steht in einer Saunalandschaft unter der Dusche. T schleicht sich an und dringt – verbunden mit großen Schmerzen für O – in sie ein, bevor sich O überhaupt wehren kann.⁵⁷⁸

Oder folgender Fall:

Die Betroffene Y lebt in einer Wohngemeinschaft. Sie kommt spät nachts gemeinsam mit X, dem Bruder ihres Freundes nachhause. Sie unterhalten sich noch über ihre jeweiligen Beziehungen und tauschen sich darüber aus, wie glücklich sie jeweils sind. X übernachtet auf einer Isomatte neben ihrem Bett, da er ein wenig außerhalb der Kleinstadt lebt und kein Bus mehr fährt. Y erwacht, als sie eine merkwürdige Bewegung hinter sich spürt. Kurz darauf greift X mit einer Hand unter ihr Nachthemd an ihre unbedeckte Brust und streichelt diese, mit der anderen Hand manipuliert er an seinem Geschlechtsteil. Sie schubst ihn weg. Später merkt sie, dass er schon vorher ihren Slip ausgezogen haben muss, denn dieser befindet sich nunmehr auf dem Fußboden.

⁵⁷⁸ Nach Prof. Eisele, s.o.

- **Ausnutzen einer subjektiv empfundenen schutzlosen Lage, die aber nach der herrschenden Rechtsprechung keine schutzlose Lage i.S.d. § 177 StGB darstellt**

Hiermit sind Fälle gemeint, in den Betroffene von Situationen berichten, in denen sie aus unterschiedlichen Gründen nicht in der Lage waren, sich sexueller Handlungen gegen ihren Willen zu widersetzen. Berichtet werden insofern Situationen, in denen Betroffene zwar deutlich ihren Widerwillen ausdrücken, diesen aber nicht körperlich ausdrücken oder Situationen, in denen sie sich subjektiv schutzlos ausgeliefert fühlen, objektiv aber andere Menschen in der Lage gewesen wären, ihnen kurzfristig beizustehen. Die Hintergründe solcher Sachverhalte, insbesondere die Gründe für ausbleibenden körperlichen Widerstand, können vielfältig sein, zum Beispiel: Furcht vor einem als gewalttätig und unberechenbar bekannten Mann, die realitätsnahe Annahme, dass Gegenwehr den qualvollen Vorfall nur zeitlich verlängern würde, Verwirrung oder verlangsamte reaktionsempfundene Peinlichkeit der Situation.⁵⁷⁹

So z.B. folgender Fall:

Eine 24-jährige Frau befindet sich bei einer Party in einer im Erdgeschoss befindlichen Privatwohnung, zu der sie von einem Bekannten mitgenommen wurde. Den Wohnungsinhaber kennt sie nicht. Sie unterhält sich angeregt mit einem ihr Unbekannten und beginnt im Laufe des Abends mit diesem Zärtlichkeiten auszutauschen. Sie bemerkt nicht, dass die meisten anderen Partygäste zwischenzeitlich gegangen sind. Erst als sich eine weitere männliche Person zu ihr setzt und beginnt, sie anzufassen, registriert sie, dass sie sich allein mit fünf ihr unbekanntem Männern in der Wohnung befindet. Ob im Nachbarzimmer Personen sind, weiß sie nicht, im Nachhinein wird sich herausstellen, dass dort zwei weibliche Personen geschlafen haben. Die Terrassentür ist geöffnet. Die betroffene Frau fordert die beiden Männer auf, die Berührungen zu unterlassen. Sie sagt, dass sie so etwas nicht möchte. Beide Männer lachen und streicheln sie weiter.

Nun kommen auch die anderen hinzu, scherzen und feixen und sagen, wie schön es für sie sein wird, mit allen Sex zu haben. Das wollte sie doch sicher schon immer mal ausprobieren und sie solle sich nicht anstellen. Die Betroffene weint. Ein Mann, der sich im Raum befindet, distanziert sich und sagt den anderen, dass sie aufhören sollen, sie sähen doch, dass die Frau dies nicht wolle. Er wird ausgelacht. Daraufhin verlässt er den Raum. Auch hierauf wird mit Lachen der anderen reagiert. Die verbliebenen Männer fassen die Betroffene weiterhin an. Niemand droht ihr, niemand hält sie fest. Sie weint weiter, sagt, dass sie das nicht will, wirklich nicht will und sie aufhören sollen. Die Männer lachen und scherzen weiter. Sie hat

⁵⁷⁹ Nach Hörnle, s.o.

große Angst. Sie wagt es aber nicht, sich zu wehren, nicht wegzulaufen. Im Folgenden lässt sie es zu, dass vier Männer nach einander mit ihr den vaginalen Geschlechtsverkehr ausüben. Sie weint fast während der gesamten Handlungen. Nach den sexuellen Handlungen wird weiter gescherzt. Die Betroffene zieht sich an und geht.

Oder folgender Fall:

Eine ältere in einem Mietshaus wohnende Frau ist bettlägerig (nicht 'widerstandsunfähig' im Sinn des § 179 StGB). Ein Nachbar, der ihren Wohnungsschlüssel hat, kommt in ihr Zimmer und fasst sie unter der Bettdecke im Genitalbereich an. Sie wehrt sich mit Worten ("Hören Sie sofort auf, was fällt Ihnen ein!? Ich könnte Ihre Mutter sein!"), leistet aber keine Gegenwehr, weil dies nicht erfolgversprechend erscheint. Sie ruft nicht um Hilfe, weil ihr das vor der Nachbarschaft extrem peinlich wäre.⁵⁸⁰

- **Fälle, in denen die Gewalt nicht zielgerichtet zur Durchführung sexueller Handlungen ausgeübt wurde**

Hierbei sind Fälle gemeint, bei denen sich die Betroffenen aus Angst vor Gewalt nicht gegen sexuelle Übergriffe zu Wehr setzen. Dabei haben die Täter Gewalt bereits ausgeübt, nicht aber zielgerichtet zur Durchsetzung der konkreten Handlung.

So z.B. folgender Fall:

T hat seine Freundin O in der Vergangenheit immer wieder verprügelt, weil diese sexuellen Kontakt verweigert hat. Als T erneut sexuelle Handlungen fordert und O „nein“ sagt, wird T wie auch bei den früheren Vorfällen wütend. Damit die Situation nicht weiter eskaliert, duldet O den Beischlaf und verzichtet darauf, zu fliehen oder mögliche Hilfe zu rufen.⁵⁸¹

Oder folgender Fall:

Ein Ehemann suchte seine getrennt lebende Ehefrau auf. Er erschoss zunächst den dort aufhältigen guten Freund seiner Ehefrau und forderte sie auf, mitzukommen, sonst sei sie die Nächste. Aus Angst, auch erschossen zu werden, folgte sie ihm. Während der Fahrt bekundete sie auf seine Frage hin, dass sie ihn liebe. Er fuhr zu einem Hotel. Spätestens als sie gemeinsam das Hotelzimmer betraten, beschloss der Ehemann mit seiner Frau den Geschlechtsverkehr auszuüben, was sie, wie er erkannte, aus Angst im Folgenden zuließ.⁵⁸²

⁵⁸⁰ Nach djb, s.o.

⁵⁸¹ Nach Eisele, s.o.

⁵⁸² BGH, Beschluss vom 16. Oktober 2012 – 3 StR 385/12

- **Fälle, in denen gedroht wird, eine Strafbarkeit nach § 240 Abs. 4 Nr. 1 StGB jedoch am Wortlaut scheitert**

Hier handelt es sich um Fälle, in denen die sexuelle Handlung durch Einsatz einer Drohung erzwungen wird, diese Drohung sich aber nicht auf eine gegenwärtige Gefahr für Leib oder Leben, sondern auf ein anderes Übel bezieht. Dies kann zwar ein Vergehen nach § 240 Abs. 4 Nr. 1 StGB sein. Allerdings legt der Wortlaut dieser Norm nahe, dass sie nur eingreift, wenn die genötigte Person aktiv sexuelle Handlungen vornimmt, nicht bei einer Nötigung zur Duldung von Aktivitäten der anderen Person. Eine Strafbarkeit nach § 240 Abs. 1 StGB kommt aber in Betracht.

So z.B. folgender Fall:

Die Betroffene ist 18 Jahre alt. Sie besucht ein Gymnasium, ihre Noten sind schlecht. In zwei Fächern, die Lehrer x unterrichtet, steht sie auf 5. Lehrer x bittet sie, nach dem Unterricht zu bleiben. Als sie allein mit ihm ist, schließt er die Tür ab, der Schlüssel steckt. Er setzt sich ganz nah an sie, berührt sie am Arm und streichelt bis zu den Brüsten. Sie sagt, dass sie das nicht möchte. Er sagt mit einem Lächeln, dass sie sicherlich wisse, wie wichtig auch die mündliche Beteiligung am Unterricht sei. Er wolle ja nur ein bisschen fummeln und das möge sie ja sonst auch, wie er in den Pausen beobachtet habe. Sie ekelt sich, zittert, weint, setzt sich jedoch nicht zur Wehr. Er berührt sie an den Brüsten unterhalb des BH und führt seinen Finger in ihre Scheide ein. Nach ca. zehn Minuten beendet er sein Handeln, bedankt sich für das Gespräch. Als sie schon an der Tür ist, ruft er, dass er im Übrigen froh sei, ihr mitteilen zu können, dass sie nun doch noch eine 4 bekäme.

Oder folgender Fall:

Die Betroffene hat ihren Ehemann in ihrem Herkunftsland kennengelernt und ihn dort geheiratet. Ihre Familie war gegen die Heirat. Sie leben seit einem Jahr in Deutschland zusammen. Der Ehemann verlangt jeden Abend Sex. Sie möchte dies nicht und teilt es ihm immer wieder mit. Dennoch besteht er darauf. Oft schließt sie sich abends stundenlang in der Toilette ein und wartet bis er eingeschlafen ist.

Manchmal haben sie einverständlichen Geschlechtsverkehr. Eines Abends eskaliert die Situation. Sie hat eine Blasenentzündung und möchte auf keinen Fall Geschlechtsverkehr haben. Sie weint. Er teilt ihr mit, dass er, wenn sie heute keinen Sex mit ihm habe, sich –auch offiziell - trennen werde. Sie weiß, dass eine Trennung von ihrem Ehemann eine Beendigung

ihrer Aufenthaltserlaubnis bedeutet und sie mit einer Abschiebung in ihr Herkunftsland rechnen muss. Sie lässt den Geschlechtsverkehr über sich ergehen. Ihr Mann weiß, dass sie dies nur deshalb zulässt, weil sie nicht in ihr Herkunftsland zurückkehren kann.

- **Fälle, in denen zwar Gewalt angewandt wird, diese aber nicht als hinreichend angesehen wird.**

Hier handelt es sich um Fälle, die mit zu geringem Gewaltaufwand vorgenommen wurden.

So hat der BGH in seinem Beschluss vom 22.6.2006 – 3 StR 172/06 z.B. entschieden, dass das Herunterreißen von Kleidung keine Nötigung i.S.v. § 177 StGB sei.

5. Monika Egli-Alge

Stellungnahme aus fachpsychologischer Sicht zur Frage, inwieweit geistig behinderte Personen strafrechtlich vor sexuellen Übergriffen geschützt werden sollten, wenn sie zwar zum Widerstand fähig wären, aber keinen Widerstand leisten, sondern - scheinbar - einvernehmlich an der sexuellen Handlung mitwirken

Art. StGB 179 (D) und Art. StGB 191 (CH)

Vorbemerkungen

Aus fachpsychologischer Sicht ist zu sagen, dass die Gesamtsituation von Menschen mit kognitiven Einschränkungen⁵⁸³, mit Lern- und geistigen Behinderungen grundsätzlich differenziert betrachtet werden muss.

Menschen mit Lern- und geistigen Behinderungen können sehr wohl wissen, was sich gehört und was nicht und was sie wollen und was nicht. Häufig fehlen ihnen soziale und Kommunikationsfertigkeiten, um ihre Wünsche und Bedürfnisse entsprechend ausdrücken und mitteilen zu können. Dabei sind sie auf Hilfe und Unterstützung angewiesen.

Zusammenfassung

Menschen mit Lern- und geistigen Behinderungen haben – weitgehend – die gleichen **Grundbedürfnisse**⁵⁸⁴ wie Menschen ohne kognitive Einschränkungen.

Aufgrund der Vulnerabilität von Menschen mit Lern- und geistigen Behinderungen braucht es besondere Präventions- und **Schutzkonzepte**, damit sie ihre **Sexualität** in jeder Hinsicht risikoarm leben und in ihrem Alltag integrieren können.

Weder die Fähigkeit zur **Einsicht in Recht und Unrecht** beziehungsweise die Fähigkeit, **gemäss dieser Einsicht zu handeln** noch die Fähigkeit, aufgrund von Wissen, Information und Zusammenhängen einzuwilligen (**informed consent**), sind einzig vom Faktor der kognitiven Fähigkeiten abhängig beziehungsweise determiniert.

Andere Merkmale, wie eben die Entwicklungsstufen der Moral⁵⁸⁵, Persönlichkeitszüge, komorbide psychiatrische Erkrankungen oder Verhaltensstörungen beeinflussen diese Fer-

⁵⁸³ Gemäss ICD-10, Achse 3: Intelligenzniveau: IQ unter 85: Niedrige Intelligenz.

⁵⁸⁴ Grawe K.: Neuropsychotherapie, Hogrefe 2004

⁵⁸⁵ **Moralentwicklung nach Kohlberg:** Selbstregulierter kognitiver Prozess der Entwicklungslogik moralischer Urteile bei Handlungskonflikten (was soll getan beziehungsweise unterlassen werden). Rekonstruiert wird das moralische Urteil über moralisches Argumentieren über sozialetische Probleme auf den Ebenen Gewalt und Strafe, Recht und Ordnung, Gerechtigkeit. Die moralische Entwick-

tigkeiten und sind im Sinne von individuellen Persönlichkeitsmerkmalen jeweils im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Fakten von Sachverständigen zu beurteilen.

Theoretische Grundlagen

Informed consent

Die informierte Einwilligung, eine Wortschöpfung nach dem englischen Vorbildsbegriff *Informed consent*, auch Einwilligung nach erfolgter Aufklärung, bezeichnet im Zusammenhang mit einer medizinischen Behandlung die von Information und Aufklärung getragene Einwilligung des Patienten in Eingriffe und andere medizinische Massnahmen. Die Einwilligung setzt die Einwilligungsfähigkeit voraus, die – je nach vorhandener Einsichtsfähigkeit – auch bei Geschäftsunfähigen gegeben sein kann. Unter Umständen ist die Einwilligung durch den oder die gesetzlichen Vertreter oder durch einen rechtlichen Betreuer zu erteilen. Dabei kann nach § 1904 BGB die Genehmigung des Betreuungsgerichts erforderlich sein. Die Befugnis zur Einwilligung kann, zum Beispiel durch eine Vorsorgevollmacht, auf einen Bevollmächtigten übertragen werden.

Sexueller Missbrauch

Der Begriff *Informed consent* wurde in den 1980er Jahren massgeblich vom amerikanischen Autor David Finkelhor (David Finkelhor et al Hrsg.: *A Sourcebook On Child Sexual Abuse*, Newbury Park: Sage, 1986) als Begründung für eine generelle Ablehnung von Sex mit Kindern eingeführt. Er beschreibt, dass Kinder und teilweise Jugendliche zwar willentlich in sexuelle Handlungen einstimmen können, dabei aber nicht die Tragweite einer solchen Zustimmung überschauen. Demnach stimmten sie der Handlung nicht wissentlich (informiert) zu, unabhängig davon, wem sie zustimmen. Finkelhor wies in seinen Studien zwar dramatische Schädigungen bei einem Großteil der Missbrauchsoffer nach, allerdings nicht bei allen.

lung als zunehmender Einfluss von Moral auf die Praxis menschlichen Zusammenlebens wird in der genetisch-strukturellen Moralpsychologie bei Piaget und Kohlberg in 3 Hauptstadien mit jeweils 2 Stufen dargestellt. (Quelle: Dorsch – Psychologisches Wörterbuch, 2009).

Aspekte des Gewissens sind im Übrigen in der Psychologie als moralisches Urteil (Piaget, Kohlberg), moralische Lebensführung (*moral conduct*, Hogan 1973) und moralische Werte (Eysenck 1960) behandelt worden. Nach behavioristischer Auffassung werden die entsprechenden Verhaltensanteile (*moral behavior*) nur durch Konditionieren der Vermeidung von dem Verhalten, das in einer Gesellschaft unerwünscht ist, also durch gelernte Angst vor Strafe erworben (Mowrer). Die Entwicklung des moralischen Urteils verläuft nach kognitivistisch-entwicklungspsychologischer Anschauung (Kohlberg 1969, im Anschluss an Piaget) in sechs Stadien:

(1) Orientierung an der Strafe (Gehorsam), (2) naiv-egoistische Orientierung, (3) Orientierung an der sozialen Billigung („guter Junge“), (4) Autorität und soziale Ordnung, (5) vertraglich-legalistische Orientierung und erst dann (6) die Orientierung am Gewissen, das heisst, an allgemein geltenden Prinzipien. (Quelle: Dorsch – Psychologisches Wörterbuch, 2013).

Er fand damit ein entwicklungspsychologisches Argument gegen sexuelle Handlungen mit Kindern, das sich nicht notwendig auf einen Schadensnachweis stützt und somit dem Opfer gegebenenfalls demütigende Untersuchungen erspart

Überprüfung des informed consent und Forschungslage

Im deutschen Sprachraum kann die Einwilligungsfähigkeit von Kindern im Alter zwischen 12 und 16 Jahren im Einzelfall mittels Tests überprüft werden. Mit Verweis auf die Bestimmungen der UN-Kinderrechtskonvention und eigene Studien über die Aufklärungs- und Einwilligungsfähigkeit von Kindern im Alter von 8 bis 15 Jahren fordert Alderson (Alderson, P. (2003). Die Autonomie des Kindes – über die Selbstbestimmungsfähigkeit von Kindern in der Medizin. In C. Wiesemann, A. Dörries, G. Wolfslast & A. Simon (Hrsg.), *Das Kind als Patient. Ethische Konflikte zwischen Kindeswohl und Kindeswille* (S. 28-47). Frankfurt: Campus) neue und adäquatere Methoden, um die Einwilligungsfähigkeit von Kindern zu überprüfen. Ergebnisse ihrer Studien waren unter anderem, dass Kompetenz und Autonomie bei Kindern nicht abhängig vom Alter oder den intellektuellen Fähigkeiten sind, sondern sich durch direkte Erfahrungen entwickeln. Deshalb sollten sie nicht wie bis anhin alleine über kognitive Kompetenzen gemessen werden. Laut Vollmann (Vollmann, J. (2003). Konzeptionelle und methodische Fragen bei der Feststellung der Einwilligungsfähigkeit bei Kindern. In C. Wiesemann, A. Dörries, G. Wolfslast & A. Simon (Hrsg.), *Das Kind als Patient. Ethische Konflikte zwischen Kindeswohl und Kindeswille* (S. 48-58). Frankfurt: Campus) besteht für das Konzept der Einwilligungs- und Selbstbestimmungsfähigkeit bei Kindern eine grosse empirische Forschungslücke.

Menschen mit geistigen Behinderungen

Menschen mit geistigen Behinderungen sind keine Kinder. Insbesondere Erwachsene Behinderte dürfen entwicklungspsychologisch nicht mit Kindern gleichgestellt werden. Hinsichtlich des informed consent besteht bei Menschen mit Behinderungen die gleiche Forschungslücke.

Beispielsweise im Zusammenhang mit Kinderwunsch geistig behinderter Menschen sowie der Entscheidung zur Sterilisation existieren praktikable Konzepte für Menschen mit geistigen Behinderungen. Dabei steht stets das Wohl des Menschen (beziehungsweise des ungeborenen Kindes) im Vordergrund.

Sexualität behinderter Menschen

Aus Psychologie und Heilpädagogik sind bisweilen brauchbare Konzepte entstanden und erfolgreich umgesetzt, welche einen maximalen Schutz der betroffenen Menschen mit Behinderungen gewährleisten und ihr Recht auf Sexualität angemessen berücksichtigen (Beispiele: INSIEME⁵⁸⁶).

Aus fachpsychologischer Sicht ist zu berücksichtigen, dass Menschen mit Behinderungen meist in Einrichtungen leben und dort einem höheren Viktimisierungsrisiko ausgesetzt sind. Deshalb sind Schutz- und Präventionskonzepte und Überlegungen von hoher Bedeutung.

Ob sexuelle Beziehungen zwischen Menschen mit und ohne geistiger Behinderung beispielsweise im Grundsatz strafbar sein soll, kann aus fachpsychologischer Sicht weder befürwortet noch abgelehnt werden. Auch hierzu sind die Überlegungen zum informed consent heranzuziehen. In jedem Fall ist der Schutz der Integrität mit der Individualität und den individuellen Gegebenheiten zu verbinden.

Schuld- und Steuerungsfähigkeit

Ferner können Menschen mit Lern- und geistigen Behinderungen sehr wohl gemäss der Einsicht – und sollte sie noch so rudimentär sein – in Recht beziehungsweise Unrecht handeln beziehungsweise ihre Impulse – wenn auch im Rahmen ihrer Möglichkeiten – kontrollieren und steuern.

Bezüglich der Kontroll- und Impulssteuerungsfähigkeiten gilt insbesondere bei Menschen mit Lern- und geistigen Behinderungen, dass individuell beurteilt werden muss, inwieweit diese Steuerungsfähigkeiten möglicherweise eingeschränkt sind und wie sie gegebenenfalls ausgebaut, erweitert oder funktionaler gestaltet werden können und wenn ja mit welchen Fremdkontrollmechanismen (externes Monitoring). Dies gilt für alle menschlichen Bedürfnisse, für alles Verhalten, das auf Befriedigung von (Grund-)Bedürfnissen ausgerichtet ist. Ob und welche Einschränkungen in diesen Steuerungsprozessen durch die Behinderung determiniert sind, ist immer eine individuelle Frage.

Deshalb kann nicht grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass „geistig Behinderte“ nicht schulfähig im Sinne des Gesetzes sind.

⁵⁸⁶ www.insieme.ch

6a. Prof. Dr. Jörg Eisele

Cybergrooming und Strafrahmen bei Besitzstrafbarkeit

§ 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB erfasst das Einwirken auf ein Kind durch Schriften (§ 11 Abs. 3 StGB) oder mittels Informations- oder Kommunikationstechnologie, um es zu sexuellen Handlungen zu bringen, die es an oder vor dem Täter oder einem Dritten vornehmen oder von dem Täter oder einem Dritten an sich vornehmen lassen soll (lit. a), oder um eine Tat nach § 184b Abs. 1 Nr. 3 oder nach § 184b Abs. 3 StGB zu begehen (lit. b). Der Gesetzgeber will mit dieser Vorschrift das sog. Cybergrooming pönalisieren,⁵⁸⁷ d.h. die Ansprache von Kindern und Jugendlichen über das Internet, um so Kontakte zu sexuellen Zwecken zu knüpfen. Hintergrund der Einführung der Vorschrift war, dass Chatrooms und ähnliche Einrichtungen für interessierte Personen ein weltweites Forum zur Planung und Verabredung einschlägiger Straftaten bilden.⁵⁸⁸ Der Gesetzgeber hat dies mit dem Hinweis auf einen Pressebericht vom 28.9.1999 in der *Süddeutschen Zeitung* über Verabredungen amerikanischer Internetnutzer mit Kindern zu sexuellen Begegnungen in Chatrooms begründet.⁵⁸⁹

1. Versuchsstrafbarkeit

In jüngerer Zeit wird vor allem über die Frage der Einführung einer Versuchsstrafbarkeit gestritten.

a) Einerseits muss man sehen, dass der Täter straflos bleibt, wenn er nicht auf ein Kind, sondern eine erwachsene Ermittlungsperson einwirkt (untaugliches Tatopfer). Dies gilt auch dann, wenn es zu einem konkreten Treffen kommt und der Täter z.B. Werkzeuge mit sich führt, um das Kind zu missbrauchen. In solchen Handlungen kann auch noch kein unmittelbares Ansetzen zu einem versuchten sexuellen Missbrauch nach § 176 Abs. 1 und Abs. 6 StGB gesehen werden. Von einem solchen Blickwinkel mag die fehlende Versuchsstrafbarkeit beim Cybergrooming, die immer wieder gefordert wird,⁵⁹⁰ Bedenken hervorrufen.

b) Andererseits ist mit der Vorschrift eine weite Vorverlagerung der Strafbarkeit verbunden, weil die Tat bereits mit Einwirkung im Wege einer Kommunikation vollendet ist, sofern nur der Täter zu diesem Zeitpunkt die Absicht hat, das Kind zu sexuellen Handlungen zu bringen. Das Einwirken verlangt insoweit nicht einmal eine Verabredung; auf ein tatsächliches

⁵⁸⁷ Der Begriff leitet sich von „to groom“ (engl. für pflegen, striegeln, vorbereiten) ab.

⁵⁸⁸ BT-Drs. 15/350, S. 17.

⁵⁸⁹ BT-Drs. 15/350, S. 16.

⁵⁹⁰ Vgl. etwa BR-Drs. 422/1/14, S. 3.

Zusammentreffen von Täter und Opfer kommt es erst recht nicht an.⁵⁹¹ Von diesem Blickwinkel aus begegnet eine noch weitere Vorverlagerung über eine Versuchsstrafbarkeit Bedenken, zumal bei schwereren Delikten – wie etwa §§ 212 ff. StGB – entsprechende Vorbereitungshandlungen straflos sind. Über den Verweis in § 176 Abs. 5 Var. 3 StGB auf Taten nach § 176 Abs. 4 StGB kommt es zudem zu einer weiteren Vorverlagerung, weil auch noch die bloße Verabredung zur Vorbereitung einer Tat nach § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB unter Strafe gestellt ist. Strafbar ist demnach bereits die Verabredung zweier Personen, zu einem späteren Zeitpunkt mit einem Kind zu chatten, um dieses zu den genannten sexuellen Handlungen zu bringen. Ungereimt ist dabei auch, dass für die Vorbereitung der Tat nach § 176 Abs. 5 StGB der gleiche Strafraum vorgesehen ist wie für die vollendete Einwirkung nach § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB.⁵⁹²

c) Zu beachten ist, dass die Vorschrift des § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB bislang eine recht geringe praktische Bedeutung erlangt hat.⁵⁹³ Die Gründe dafür liegen eher in der Struktur der Strafvorschrift als bei der fehlenden Versuchsstrafbarkeit. Denn soweit es lediglich bei einer Kommunikation per Internet zwischen den Beteiligten bleibt, wird es selten zu einer Strafverfolgung kommen. Dies dürfte vor allem daran liegen, dass das Kind – solange die Anonymität nicht aufgehoben wird – häufig gar keinen Verdacht schöpft oder dass dem Täter jedenfalls die Absicht, dass es ihm tatsächlich auf sexuelle Handlungen ankommt, nur schwer nachzuweisen ist.

Die Einführung einer Versuchsstrafbarkeit würde zudem in der Sache dann wenig ändern, wenn man aus den – freilich nicht unbestrittenen – Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts im Fall Edathy⁵⁹⁴ schließt, dass bereits der untaugliche Versuch einen Anfangsverdacht begründen kann. Der Anfangsverdacht für Ermittlungsmaßnahmen setzt voraus, dass es unter Berücksichtigung von kriminalistischen Erfahrungswerten als möglich erscheint, dass eine verfolgbare Straftat vorliegt. Dazu genügen mitunter auch entfernte Indizien, bloße Vermutungen jedoch nicht.⁵⁹⁵ Den Strafverfolgungsbehörden steht bei der Beurteilung jedoch ein erheblicher Spielraum zu.⁵⁹⁶ Nur wenn sich für die Durchsuchung mit den Worten des Bundesverfassungsgerichts „sachlich zureichende, plausible Gründe nicht finden lassen, so dass ihr Ergebnis bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz beherrschenden Gedanken nicht mehr verständlich ist und sich somit der Schluss auf Willkür aufdrängt“, ist die

⁵⁹¹ Zur Kritik an der Ausgestaltung der Vorschrift *Duttge/Hörnle/Renzikowski* NJW 2004, 1065 (1067 f.); *Eisele*, FS Heinz, 2012, S. 697 (701).

⁵⁹² Siehe auch *Fischer*, StGB, 62. Aufl. 2015, § 176 Rn. 15.

⁵⁹³ Näher *Eisele*, FS Heinz, 2012, S. 697 (706 f.).

⁵⁹⁴ BVerfG NJW 2014, 3085 ff.

⁵⁹⁵ BVerfGE 115, 166 (197); BVerfG NStZ-RR 2005, 207; näher *Wohlers*, in: Systematischer Kommentar zur StPO, 4. Aufl. 2010, § 102 Rn. 25 ff.

⁵⁹⁶ Zu Einzelheiten *Hoven*, NStZ 2014, 361 (364 ff.).

Grenze überschritten.⁵⁹⁷ Bei lebensnaher und erfahrungskriminologischer Gesamtschau dürfte die Annahme vertretbar sein, dass derjenige, der beim untauglichen Versuch nur durch Zufall straflos geblieben ist (Polizeibeamter statt Kind als Chat-Partner), in anderen Fällen tatsächlich auf ein Kind i.S.d. § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB eingewirkt hat. Zwar handelt es sich im konkreten Fall um ein strafloses Verhalten, jedoch manifestiert sich darin bereits der auf eine Straftat gerichtete Vorsatz. Der entscheidende Unterschied zur Versuchsstrafbarkeit ist dann darin zu sehen, dass der Täter bei dieser bereits mit der Kontaktaufnahme zum Polizisten überführt ist, während es nach derzeitiger Gesetzlage noch weitergehender Ermittlungen bedarf. Nicht überzeugend ist letztlich auch, wenn eine Versuchsstrafbarkeit gefordert wird, um auf dieser Grundlage strafprozessuale Maßnahmen (Zugriff auf Dateien) durchzuführen und um so nach dem Besitz von kinderpornografischem Material i.S.d. § 184 Abs. 3 StGB suchen zu können. Denn eine weit vorgelagerte Strafbarkeit nach § 176 Abs. 4 Nr. 3 lit. a StGB lässt sich nicht damit legitimieren, dass sie vornehmlich als Anknüpfungspunkt für strafprozessuale Maßnahmen im Hinblick auf andere Delikte dient.

d) Der richtige Ansatz dürfte jedoch in einer Korrektur des Tatbestandes selbst liegen. Dieser sollte stärker an das europäische Recht (Art. 23 des Übereinkommens des Europarats zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch, Konvention Nr. 201; Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2011/93/EU⁵⁹⁸) angelehnt werden. Art. 6 der Richtlinie verlangt insoweit, dass der Täter die Ernsthaftigkeit seiner Handlungen nach außen dokumentiert: „Ein Erwachsener, der einem Kind, das das Alter der sexuellen Mündigkeit noch nicht erreicht hat, mittels Informations- und Kommunikationstechnologie in der Absicht, eine Straftat nach Art. 3 Abs. 4 oder Art. 5 Abs. 6 zu begehen, ein Treffen vorschlägt, wird mit Freiheitsstrafe im Höchstmaß von mindestens einem Jahr bestraft, *wenn auf diesen Vorschlag auf ein solches Treffen hinführende konkrete Handlungen gefolgt sind.*“⁵⁹⁹ Erforderlich ist damit, dass erstens ein Treffen vorgeschlagen wird und zweitens konkrete Handlungen im Hinblick darauf erfolgt sind, womit der Täter seine Missbrauchsabsicht nach Außen dokumentiert. Weil insoweit an ein Treffen angeknüpft wird, sind die Beweisschwierigkeiten geringer, da eine Einlassung des Beschuldigten dahingehend, dass er nur eine sexualbezogene Kommunikation gesucht habe, durch die von ihm selbst vorgenommenen weiteren Handlungen widerlegt wird. Erfasst würden durch eine solche Regelung insbesondere Fälle, in denen der Täter am verabredeten Ort wartet, das Kind jedoch (noch) nicht eingetroffen ist.

⁵⁹⁷ BVerfGE 59, 95 (97).

⁵⁹⁸ Richtlinie 2011/93/EU zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI, ABl. EU 2011, L 335, 1.

⁵⁹⁹ Hervorhebung durch Verf.

Bei einer solchen Lösung ließe sich m.E. auch eine Versuchsstrafbarkeit rechtfertigen, so dass das unmittelbare Ansetzen zu Handlungen, die das Treffen vorbereiten, pönalisiert werden könnten;⁶⁰⁰ einbezogen wäre insoweit auch der untaugliche Versuch gegenüber Ermittlungsbeamten. Sollte man sich für einen solchen Weg entscheiden, läge die Schwierigkeit allein darin, eine griffige Tatbestandsformulierung zu finden. Einen entsprechenden Weg samt Versuchsstrafbarkeit⁶⁰¹ hat auch das öStGB in § 208a Abs. 1 eingeschlagen:

„Wer einer unmündigen Person in der Absicht, an ihr eine strafbare Handlung nach den §§ 201 bis 207a Abs. 1 Z 1 zu begehen, 1. im Wege einer Telekommunikation, unter Verwendung eines Computersystems oder 2. auf sonstige Art unter Täuschung über seine Absicht ein persönliches Treffen vorschlägt oder ein solches mit ihr vereinbart und eine konkrete Vorbereitungshandlung zur Durchführung des persönlichen Treffens mit dieser Person setzt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen.“

Als Beispiele für strafbare Vorbereitungshandlungen werden genannt: Kauf einer Fahrkarte zum Treffpunkt, Übermittlung einer Wegbeschreibung oder Eintreffen am Ort.⁶⁰² Bemerkenswert ist auch, dass das StGB in § 208a eine Vorschrift über tätige Reue enthält, um einer zu weiten Vorverlagerung entgegenzuwirken.

e) Im Unterschied zu § 176 Abs. 4 Nr. 3 a StGB ist bei § 176 Abs. 4 Nr. 3 b StGB kein Zusammentreffen von Täter und Opfer erforderlich, wenn die Bilder sogleich via Internet hergestellt oder übermittelt werden sollen. In diesen Fällen wird der Tatbestand also häufig bereits während des Chats verwirklicht sein. Würde man auf eine Versuchsstrafbarkeit verzichten, lägen insoweit keine gravierenden Strafbarkeitslücken vor. Zudem werden häufig auch entsprechende Taten nach § 184b StGB verwirklicht sein. Nicht erfasst wird freilich auch hier der untaugliche Versuch in Bezug auf Ermittlungspersonen.

f) Letztlich ist auch zu beachten, dass einige Fälle im Vorfeld über § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB erfasst werden können. Demnach ist strafbar, wer auf ein Kind durch Vorzeigen pornographischer Abbildungen oder Darstellungen, durch Abspielen von Tonträgern pornographischer Inhalte, durch entsprechende Reden und nunmehr auch durch Zugänglichmachen pornographischer Inhalte mittels Informations- und Kommunikationstechnologie einwirkt. Voraussetzung für die Vollendung ist hier nur eine psychische Einflussnahme mittels pronogra-

⁶⁰⁰ Zum österreichischen Recht *Philipp*, in: Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 108. Lfg. 2014, § 208a Rn. 11.

⁶⁰¹ In Österreich ist der Versuch grundsätzlich strafbar, bei Vorbereitungsdelikten ist dies jedoch z.T. streitig; bejahend für § 208a etwa *Philipp*, in: Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 108. Lfg. 2014, § 208a Rn. 11; allgemein hierzu *Hager/Massauer*, in: Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9. Lfg. 1999, §§ 15, 16 Rn. 12.

⁶⁰² *Philipp*, in: Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 108. Lfg. 2014, § 208a Rn. 10.

fischer Inhalte tiefergehender Art, so dass zwar das bloße Versenden von Bildern per se nicht genügt, aber in Kombination mit weiteren Einwirkungen, wie z.B. Textnachrichten, erfasst sein kann.⁶⁰³

2. Einwirkungsformen

Im Schrifttum wird immer wieder kritisiert, dass es wenig überzeugend ist, dass nur die Einwirkung mittels Schriften oder Kommunikationsmitteln strafbar ist, während Einwirkungen mit Süßigkeiten, Spielzeug oder anderen Geschenken selbst dann nicht ausreichen,⁶⁰⁴ wenn tatsächlich ein Treffen vereinbart wird, bei dem es zu sexuellen Kontakten kommen soll. Ebenso wenig genügen rein verbale Überredungen unter Anwesenden, selbst wenn diese eindeutig einen Sexualbezug aufweisen und es noch vor Ort zum Sexualekontakt kommen soll, d.h. Einwirkung und Treffen zeitlich eng verbunden sind.⁶⁰⁵ Die Richtlinie der EU empfiehlt in Erwägungsgrund 19 den Mitgliedstaaten immerhin, eine „offline“ begangene Kontaktaufnahme ebenfalls unter Strafe zu stellen:

„Gleichzeitig erkennen die Mitgliedstaaten auch die Bedeutung der Bekämpfung der Kontaktaufnahme zu einem Kind außerhalb des Internets an, insbesondere wenn eine solche Kontaktaufnahme nicht unter Nutzung der Informations- und Kommunikationstechnologien geschieht. Den Mitgliedstaaten wird empfohlen, die Kontaktaufnahme zu einem Kind für ein Treffen mit dem Täter unter Strafe zu stellen, wenn sie in Anwesenheit oder Nähe des Kindes stattfindet, beispielsweise als besondere vorbereitende Tat, als Versuch der in dieser Richtlinie genannten Straftaten oder als besondere Form des sexuellen Missbrauchs. Unabhängig davon, welche rechtliche Lösung gewählt wird, um eine „offline“ begangene Kontaktaufnahme unter Strafe zu stellen, sollten die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass sie die Täter solcher Straftaten in der einen oder anderen Weise verfolgen.“

Das deutsche Strafrecht genügt diesem Postulat jedenfalls insoweit, als das unmittelbare Ansetzen zum Missbrauch nach § 176 Abs. 6 StGB strafbar ist. Auch ist die Einwirkung mit traditionellen Schriften außerhalb des Internets, d.h. die Einwirkung ohne Informations- oder Kommunikationstechnologie von § 176 Abs. 4 Nr. 3 seit jeher erfasst.⁶⁰⁶

⁶⁰³ BGH NSTZ-RR 2015, 139.

⁶⁰⁴ Vgl. nur *Duttge/Hörnle/Renzikowski*, NJW 2004, 1065 (1068); näher *Eisele*, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. 2014, § 176 Rn. 14a.

⁶⁰⁶ Nach BGH, Beschluss v. 16.07.2015 – 4 StR 219/15, ist auch die Übergabe eines Zettels unter Anwesenden mit dem Angebot, im Falle einer gegenseitigen Masturbation fünf Euro zu zahlen, erfasst.

Im Übrigen wäre es schwierig, eine Gesetzesfassung zu finden, die strafwürdige und nicht strafwürdige Verhaltensweisen im Vorfeld eines Sexualdelikts sachgerecht abschichtet. Das österreichische Recht knüpft insoweit an Einwirkungen „sonstiger Art unter Täuschung über die Absicht“ an. Hintergrund ist, dass auch bei der Kontaktaufnahme via Internet häufig die wahren Ziele des Täters zunächst verborgen bleiben⁶⁰⁷ und dieser Gedanke zum Maßstab für „offline-Fälle“ wird. Damit kann etwa auch derjenige bestraft werden, der ein Kind mit Süßigkeiten und falschen Versprechungen in sein Auto lockt, auch wenn es später nicht zum Missbrauch kommt. Freilich kann man dann fragen, weshalb nicht auch Drohung und Gewalt im Vorfeld eines Missbrauchs erfasst sind. Und man kann ferner fragen, weshalb bei Tötungsdelikten eine entsprechende Vorbereitungsstrafbarkeit nicht existiert, wenn das Opfer in eine „Falle“ gelockt wird. Im Ergebnis spricht mehr dafür, die ohnehin schon weit gefasste Vorschrift nicht noch weiter auszudehnen.

⁶⁰⁷ Vgl. auch *Philipp*, in: Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 108. Lfg. 2014, § 208a Rn. 9.

6b. Prof. Dr. Jörg Eisele

Der Schriftenbegriff im StGB

I. Ausgangspunkt

Der Schriftenbegriff des § 11 Abs. 3 StGB wird im Strafgesetzbuch in ganz unterschiedlichem Zusammenhang verwendet (§ 6 Nr. 6, § 74d,⁶⁰⁸ § 80a, § 86 Abs. 2, § 86a Abs. 1 Nr. 1, § 90 Abs. 1, § 90a Abs. 1, § 90b Abs. 1, § 103 Abs. 2, § 111 Abs. 1, § 130 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 5, § 131 Abs. 1, § 140 Nr. 2, § 165 Abs. 1, § 166 Abs. 1, Abs. 2, § 176 Abs. 4 Nr. 3, § 184 Abs. 1, § 184a, § 184b Abs. 1, § 184c Abs. 1, § 186, § 187, § 188, § 200, § 219a Abs. 1 StGB).

In jüngerer Zeit wird überlegt, ob der in § 11 Abs. 3 StGB näher bezeichnete Schriftenbegriff im Allgemeinen Teil erweitert werden sollte, um auch Daten erfassen zu können.⁶⁰⁹ § 11 Abs. 3 StGB stellt den Schriften zunächst Ton- oder Bildträger, Datenspeicher, Abbildungen und *sonstige* Darstellungen gleich. Die Darstellung ist hierbei der Oberbegriff, der durch die Ton- und Bildträger usw. exemplifiziert wird. Aufgrund der Gleichstellung mit den Schriften ist auch bei Darstellungen nach h.M. eine Verkörperung erforderlich.⁶¹⁰ Der für computertechnische Vorgänge relevante Begriff des Datenspeichers soll klarstellen, dass auch elektromagnetische, optische, chemische und sonstige Datenspeicher, die gedankliche Inhalte verkörpern, welche nur unter Zuhilfenahme technischer Geräte – wie bei der Anzeige auf dem Bildschirm⁶¹¹ – wahrnehmbar werden, erfasst sind. Der Gesetzgeber wollte mit der Aufnahme des Begriffs des Datenspeichers in § 11 Abs. 3 StGB vor allem Arbeitsspeicher von Rechnern einbeziehen.⁶¹² Hingegen werden Daten, Dateien oder Inhalte, die nicht perpetuiert sind, nach h.M. nicht den Schriften gleichgestellt.⁶¹³ Inwieweit bei einzelnen Angeboten ein Datenspeicher i.S.d. § 11 Abs. 3 StGB verwendet wird, hängt damit von der jeweiligen IT-Architektur ab.

II. Bestehende Probleme

⁶⁰⁸ Zur Einziehung der auf einem Speichermedium gespeicherten Daten und den damit verbundenen Fragen vor allem BGH NJW 2013, 3458.

⁶⁰⁹ Zu solchen Forderungen auch BR-Drs. 422/1/14, S. 1 f.; dazu im Rahmen des 49. StrÄG *Eisele*, Schriftliche Stellungnahme im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, https://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse18/a06/anhoerungen/Archiv/stellungnahmen_inhalt/338838.

⁶¹⁰ Zum Folgenden *Eisele*, RdJB 2013, 212 (214).

⁶¹¹ BT-Drs. 13/7385, S. 36.

⁶¹² BT-Drs. 13/7385, S. 36.

⁶¹³ Gegen das Erfordernis der Perpetuierung de lege lata aber *Hörnle*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2012, § 184 Rn. 16.

1. Tathandlung des Verbreitens

Soweit Tatbestände – wie die §§ 184 ff. StGB – die Tathandlung des Verbreitens von Schriften verwenden, ist problematisch, dass zwar regelmäßig vor dem Verbreiten eine Schrift i.S.d. § 11 Abs. 3 StGB vorliegt, weil die Daten auf dem Computersystem des Absenders gespeichert, d.h. verkörpert sind. Versendet und damit verbreitet wird freilich nicht der Datenspeicher selbst, sondern lediglich dessen Inhalt bzw. Daten. Genau genommen wird daher auch nicht die Schrift i.S.d. § 11 Abs. 3 StGB, sondern lediglich der Inhalt verbreitet. Die Rechtsprechung⁶¹⁴ hat – unter Kritik des Schrifttums⁶¹⁵ – einen spezifischen Verbreitungsbegriff kreiert, der auf eine Speicherung der übertragenen Datei verzichtet. Reichweite und Grenzen dieses spezifischen Verbreitungsbegriffs sind freilich noch nicht abschließend geklärt. Auch ist mit dem spezifischen Verbreitungsbegriff noch nicht geklärt, ob zumindest vor der Übertragung eine Perpetuierung, d.h. eine gespeicherte Datei, vorliegen muss. Weitere Schwierigkeiten können dadurch auftreten, dass die Perpetuierung auch vom Vorsatz des Täters erfasst sein muss.⁶¹⁶ Durch die Einbeziehung des Arbeitsspeichers in den Begriff des Datenspeichers dürfte diese Frage freilich kaum praktische Bedeutung haben. Soweit Inhalte von Webseiten – etwa durch Eingabe einer E-Mail-Adresse – direkt weitergeleitet werden können, wäre diese Anforderung jedenfalls erfüllt, wenn die Inhalte in den Arbeitsspeicher gelangen. Zudem wird häufig neben dem Verbreiten ein Zugänglichmachen von Schriften als Tathandlung vorliegen (vgl. nur §§ 130 Abs. 2, 130a, 131 I Nr. 1 und Nr. 2, 184a I Nr. 1, 184b Nr. 1, 184c Nr. 1 StGB), weil damit das Zugänglichmachen durch alle modernen Kommunikationsmittel erfasst wird, wofür die bloße Zugriffsmöglichkeit genügt, d.h. die Inhalte müssen nicht übermittelt werden.⁶¹⁷

Dennoch hat der Gesetzgeber mit dem 49. StrÄG teilweise die Tathandlung des Verbreitens durch die Tathandlung des Zugänglichmachens ersetzt, um die mit dem Schriftenbegriff verbundenen Probleme auszuräumen (vgl. etwa § 184d Abs. 1 S. 1, § 130 Abs. 2 Nr. 2 StGB): „Die Übertragung von Informationen mittels Rundfunk und Telemedien unterscheidet sich von derjenigen mittels ‚klassischer‘ Schriften dadurch, dass Inhalte ohne das Trägermedium übertragen werden. Ein Datenspeicher ist zwar ein körperlicher Gegenstand, der verbreitet, weitergegeben, gegenständlich zugänglich gemacht und besessen werden kann. Aber sein Inhalt kann eben auch anderen Personen zugänglich gemacht werden, ohne dass diesen das Trägermedium gegenständlich zugänglich ist. Zwar hat die Rechtsprechung dafür Lösungen

⁶¹⁴ BGHSt 47, 55 (58 f.).

⁶¹⁵ Vgl. etwa *Fischer*, StGB, 61. Aufl. 2014, § 184 Rn. 35. Näher zum Streitstand *Eisele*, Computer- und Medienstrafrecht, 2013, Kap. 6 Rn. 36 ff.; *Hilgendorf/Valerius*, Computer- und Internetstrafrecht, 2. Aufl. 2012, Rn. 301 ff.

⁶¹⁶ Vgl. auch *Harms*, NStZ 2003, 646 (650); ferner *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 184b Rn. 15a.

⁶¹⁷ BGHSt 47, 55 (60); *Hörnle*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2012, § 184b Rn 19.

entwickelt (siehe oben). Gleichwohl sind einfachere und klarere Regelungen möglich. Der Gesetzentwurf schlägt deshalb vor, in den genannten Fällen nicht mehr auf die Verbreitung oder das Zugänglichmachen bzw. den Besitz der Schrift und ihr nach § 11 Absatz 3 StGB gleichstehender Medien abzustellen, sondern auf das Zugänglichmachen von Inhalten durch Rundfunk oder Telemedien."⁶¹⁸

2. Besitzstrafbarkeit

Besonderheiten gelten für die Besitzverschaffungs- und Besitzdelikte der §§ 184b, 184c StGB. Denn hier kommt es nicht auf die Verbreitung der Datei an, bei der man mit dem BGH auf die Verkörperung verzichten kann, sondern auf den Besitz in der Sphäre des Empfängers. Blickt man nochmals auf die Tathandlungen lässt sich folgende Systematik feststellen: Das Zugänglichmachen lässt eine Schrift und damit eine Speicherung auf dem Rechner des Absenders genügen. Das Verbreiten setzt eigentlich – jedenfalls in Parallele zu traditionellen Schriften – die Verbreitung des Datenspeichers voraus, wobei der BGH dieser Sichtweise durch den spezifischen Verbreitungsbegriff entgegentritt (s.o.). Die Besitzverschaffung bzw. der Besitz verlangt hingegen eine Speicherung auf Empfängerseite.

Der Besitz verlangt nach h.M. ein – wie auch immer geartetes – Herrschaftsverhältnis, das auf eine gewisse Dauer, d.h. eine Perpetuierung gerichtet ist.⁶¹⁹ Ob hierfür ebenfalls das Gelangen in den Arbeitsspeicher ausreicht und damit allein das sog. Surfen, also der Aufruf von Webseiten, erfasst wird, ist umstritten.⁶²⁰ Da der Besitz von der Verbreitung zu trennen ist, kann jedenfalls allein aus dem spezifischen Verbreitungsbegriff ein solcher Schluss nicht gezogen werden.⁶²¹ Diese Streitfrage hat allerdings mit dem durch das 49. StrÄG eingefügten § 184d Abs. 2 StGB ihre praktische Bedeutung verloren, weil nunmehr neben dem Zugänglichmachen von pornografischen Inhalten durch Rundfunk und Telemedien auch das Unternehmen des Abrufs von Inhalten mittels Telemedien (z.B. Aufrufen einer Internetseite) strafbar ist, so dass es auf eine nachfolgende Verkörperung nicht mehr ankommt.⁶²² Mit dem Begriff des Inhalts ist nichts anderes gemeint als „Information“ i.S.d. § 1 S. 1 Nr. 3 TMG. Allenfalls in Grenzbereichen dürften Unklarheiten bzw. Lücken bestehen. Denn nach § 1 Abs. 1 TMG sind Telemedien „alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, soweit sie nicht Telekommunikationsdienste nach § 3 Nr. 24 des Telekommunikationsgesetzes, die ganz in

⁶¹⁸ BT-Drs. 18/2601, S. 16, ferner S. 24 und 33.

⁶¹⁹ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 184b Rn. 715a m.w.N.

⁶²⁰ Näher BT-Drs. 18/2601, S. 24. Bejahend etwa die jüngere Rechtsprechung BGHSt 58, 197 (199 f.); OLG Hamburg NJW 2010, 1893 (1897); vgl. aber auch *Gercke*, CR 2010, 798 (801); *Hörnle*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2012, § 184b Rn. 34; *Wolters*, in: Systematischer Kommentar zum StGB, 8. Aufl., 136. Lfg. (Okt. 2012), § 184b Rn. 13.

⁶²¹ Vgl. aber BGHSt 58, 197 (199 f.).

⁶²² Hierzu BT-Drs. 18/2601, S. 34.

der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen, telekommunikationsgestützte Dienste nach § 3 Nr. 25 des Telekommunikationsgesetzes oder Rundfunk nach § 2 des Rundfunkstaatsvertrages sind“. Dementsprechend sind Inhalte ausgeschlossen, die – wie z.B. Internettelefonie (VoIP) – in Echtzeit oder „echtzeitentsprechend“ übermittelt werden und daher als Telekommunikation zu qualifizieren sind.⁶²³

§ 184d Abs. 1 S. 2 StGB enthält die Regelung, dass in den Fällen des § 184 Abs. 1 StGB der Satz 1 bei einer Verbreitung mittels Telemedien nicht anzuwenden ist, wenn durch technische oder sonstige Vorkehrungen sichergestellt ist, dass der pornographische Inhalt Personen unter achtzehn Jahren nicht zugänglich ist. Dieser Tatbestandsausschluss sollte auf alle Kommunikationsmittel ausgedehnt werden, da die Ausklammerung des Rundfunks angesichts der geschützten Rechtsgüter nach ganz überwiegender Ansicht nicht überzeugt.⁶²⁴

III. Weitere Lösungsansätze

Neben der Verwendung des Schriftenbegriffs i.S.d. § 11 Abs. 3 StGB und der Verwendung des Begriffs „Telemedien“ findet sich seit dem 49. StrÄG in § 176 Abs. 4 Nr. 3 und Nr. 4 StGB auch noch der Begriff „Informations- und Kommunikationstechnologie“, der der Umsetzung von Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2011/93/EU dient.⁶²⁵ Mit diesem soll auch eine Informationsübertragung über reine Datenleitungen, wie etwa Telefonleitungen, erfasst werden, „selbst wenn es hierbei beim Informationsempfänger zu keinen – auch nur flüchtigen ‚unkörperlichen‘ – Zwischenspeicherungen kommt“. Der Begriff ist insoweit auch weiter als der Begriff der Telemedien.⁶²⁶ Man könnte sich daher zunächst überlegen, auch in § 11 Abs. 3 an diesen Begriff anzuknüpfen.

1. Änderung des § 11 Abs. 3 StGB

a) Verwendung des Begriffs „Informations- und Kommunikationstechnologie“ in § 11 Abs. 3 StGB

⁶²³ BT-Drs. 13/7385, S. 36; BT-Drs. 18/2601, S. 28; s. auch *Hilgendorf/Valerius*, Computer- und Internetstrafrecht, 2. Aufl. 2012, Rn. 173; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 184 Rn. 73.

⁶²⁴ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 184b Rn. 6; *Hörnle*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2012, § 184b Rn. 2.

⁶²⁵ Richtlinie 2011/93/EU zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI, ABl. EU 2011, L 335, 1.

⁶²⁶ BT-Drs. 18/2601, S. 28.

Die Aufnahme des Begriffs „Informations- und Kommunikationstechnologie“ in § 11 Abs. 3 StGB wäre jedoch mit erheblichen Schwierigkeiten behaftet. Der Schriftenbegriff regelt dort nämlich nur den Gegenstand, auf den die Tathandlungen der einzelnen Delikte (Verbreiten usw.) Bezug nehmen, während Informations- und Kommunikationstechnologie, Telemedien und Rundfunk das Mittel der Verbreitung bestimmter Inhalte sind. Daher wäre eine solche Erweiterung bei §§ 184b, 184c StGB nicht sachgerecht, weil nicht die Mittel verbreitet werden, sondern vielmehr bestimmte Inhalte durch diese.⁶²⁷ Auch könnte es beim Herstellen, Beziehen, Liefern usw. i.S.d. §§ 184b Abs. 1 Nr. 4, 184c Abs. 1 Nr. 4 von vorneherein nicht um die Herstellung usw. dieser Technologien gehen, sondern ebenfalls nur um die Inhalte.

b) Aufnahme des Begriffs „Daten“ oder „Informationen“ in § 11 Abs. 3 StGB

Näherliegend wäre eine Ergänzung des § 11 Abs. 3 StGB um den Begriff „Daten“ oder „Informationen“, wobei sodann klargestellt werden sollte, dass diese nicht perpetuiert, d.h. gespeichert, sein müssen. Daher sollte im Falle einer Aufnahme des Datenbegriffs gerade nicht auf § 202a Abs. 2 StGB verwiesen werden, weil diese den Datenbegriff einschränkende Vorschrift nur gespeicherte Daten und Daten in einem Übermittlungsvorgang erfasst, so dass damit die derzeitigen Probleme nicht gelöst werden könnten.⁶²⁸ Ferner müsste man sich darüber im Klaren sein, dass die Bezugnahme auf diese Vorschrift dann so zu verstehen wäre, dass die Daten zu einem entsprechenden – z.B. volksverhetzenden oder pornografischen – Inhalt führen. Die Aufnahme des Datenbegriffs könnte gesetzestechnisch so gelöst werden, dass von „anderen Darstellungen“ (dies ist nach h.M. der Oberbegriff für verkörperte Schriften) „und Daten“ gesprochen wird. Die Rückwirkungen auf die einzelnen Vorschriften müssten dann sorgfältig geprüft werden.

Nach den Änderungen durch das 49. StrÄG ist freilich eine solche „große Lösung“ zumindest für den Bereich des Sexualstrafrechts nicht zwingend, da die meisten Probleme durch bereichsspezifische Lösungen bereinigt wurden. Auch ließe sich die Frage der Besitzstrafbarkeit dadurch nicht lösen, da die damit verbundenen Schwierigkeiten nicht auf dem Schriftenbegriff, sondern auf Fragen der Sachherrschaft beruhen. Der Vorteil läge weitgehend in einer Klarstellungsfunktion bei der Tathandlung des Verbreitens, da es auf einen spezifischen Verbreitungsbegriff nicht mehr ankäme. Auch würde die Strafbarkeit von technischen Einzelfragen und Weiterentwicklungen entkoppelt, da Fragen der Speicherung ihre Bedeutung verlieren würden. Letztlich würde auch zum Ausdruck gebracht, dass maßgeblicher Gesichtspunkt der Pönalisierung nicht die Speicherung, sondern vielmehr der Inhalt ist.

⁶²⁷ Zur Unterscheidung der Verbreitung von Schriften und Inhalten vgl. auch *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 184b Rn. 5.

⁶²⁸ So aber der Vorschlag in BR-Drs. 422/1/14, S. 1.

2. Ersetzung des Begriffs „Telemedien“

Verzichtet man auf eine „große Lösung“, wäre freilich zu überlegen, ob nicht der Begriff der Telemedien (§ 130 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 5, § 130 a, § 131 Abs. 1 Nr. 2, § 184d, § 194) und ggf. auch der daneben verwendete Begriff des Rundfunks durch den Begriff der „Informations- und Kommunikationstechnologie“ ersetzt wird. Damit könnten schwierige Abgrenzungsfragen zur Telekommunikation beseitigt werden, zumal sich die einzelnen Funktionen von modernen Kommunikationsmedien nur schwer trennen lassen. Dabei wird nicht verkannt, dass die gesetzlichen Definitionen von Telemedien (§ 1 Abs. 1 TMG) und Rundfunk (§ 2 RStV) eine gewisse Rechtssicherheit bieten. Allerdings sind – wie bereits erwähnt – damit auch Unklarheiten bzw. Lücken im Bereich der Telekommunikation verbunden, da Inhalte ausgeschlossen sind, die – wie Internettelefonie (VoIP) – in Echtzeit oder „echtzeitentsprechend“ übermittelt werden.

6c. Prof. Dr. Jörg Eisele

Ist die „Einverständnislösung“ zwingend vor dem Hintergrund der Istanbul-Konvention?

Das vorliegende Impulsreferat hat allein die Frage zum Gegenstand, ob Art. 36 der Istanbul-Konvention die Konventionsstaaten aus völkerrechtlichen Gründen verpflichtet, einen an den Wortlaut der Konvention angelehnten Straftatbestand zu schaffen, der die Strafbarkeit an die Vornahme nicht einverständlicher sexueller Handlungen knüpft. Die Frage, ob eine entsprechende tatbestandliche Formulierung aus dogmatischen oder kriminalpolitischen Gründen zu präferieren ist, soll erst zu einem späteren Zeitpunkt in der Reformkommission erörtert werden.

I. Ausgangspunkt: Die Istanbul-Konvention⁶²⁹

Nach Artikel 36 Abs. 1 der Konvention müssen *nicht einverständlich* vorgenommene sexuelle Handlungen pönalisiert werden:⁶³⁰

Article 36 (Sexual violence, including rape):

(1) *Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the following intentional conducts are criminalised:*

- a) engaging in **non-consensual** vaginal, anal or oral penetration of a sexual nature of the body of another person with any bodily part or object;*
- b) engaging in other **non-consensual** acts of a sexual nature with a person;*
- c) causing another person to engage in **non-consensual** acts of a sexual nature with a third person.*

(2) Consent must be given voluntarily as the result of the person's free will assessed in the context of the surrounding circumstances.

(3) [...]

⁶²⁹ Übereinkommen Nr. 210 des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt vom 5. November 2011.

⁶³⁰ Vgl. ferner Empfehlung des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten des Europarats Rec (2002) 5 zum Schutz von Frauen vor Gewalt, Anhang Nr. 35.

Eine genaue Übersetzung des Wortes „consent“ ist schwierig, weil mit den verschiedenen Übersetzungen – wie „Einverständnis“, „Einwilligung“ oder auch „Zustimmung“ (im Zivilrecht) – jeweils zwangsläufig bestimmte dogmatische Bedeutungen im deutschen Recht verbunden werden, die von der Konvention nicht vorgegeben sind.⁶³¹ In der Sache ist mit „consent“ lediglich der Grundsatz „volenti non fit iniuria“ (dem Einwilligenden geschieht kein Unrecht) angesprochen.

Nach Art. 36 Abs. 2 der Konvention muss das Einverständnis freiwillig sein, d.h. Ausdruck des in Kenntnis aller Umstände gefassten freien Willens der betroffenen Person sein. Für das Verständnis von Bedeutung ist hierbei Nr. 191 des erläuternden Reports (Explanatory Report), der auf die Wahrung der Grundsätze der EMRK, die der EGMR in der Sache *M.C. gegen Bulgarien*⁶³² aufgestellt hat, verweist. Im Einklang mit dieser Entscheidung wird präzisierend festlegt, dass ein nicht einverständlicher sexueller Akt auch Fälle erfasst, in denen keine physische Gegenwehr des Opfers vorliegt:

Nr. 191 des Explanatory Reports: *When assessing the constituent elements of offences, the Parties should have regard to the case-law of the European Court of Human Rights. [...] In accordance with contemporary standards and trends in that area, the member states' positive obligations under Articles 3 and 8 of the Convention must be seen as requiring the **penalisation and effective prosecution of any non-consensual sexual act, including in the absence of physical resistance by the victim**” (§ 166). [...]*

Nr. 193 des Explanatory Reports macht freilich deutlich, dass der spezifische Gesetzeswortlaut und diejenigen Faktoren, die ein freiwilliges Einverständnis ausschließen, dem nationalen Gesetzgeber überlassen bleiben und daher ein Spielraum besteht.⁶³³ Das Einverständnis muss aber Ausdruck des in Kenntnis aller Umstände gefassten freien Willens der betroffenen Person sein.

Nr. 193 des Explanatory Reports: *In implementing this provision, Parties to the Convention are required to provide for criminal legislation which encompasses the notion of lack of freely given consent to any of the sexual acts listed in lit.a to lit.c. It is, however, **left to the Parties to decide on the specific wording of the legislation and the factors that they consider to preclude freely given consent.** Paragraph 2 only*

⁶³¹ Vgl. auch die Ausführungen bei *Sims*, *English Law and Terminology*, 3. Aufl. 2010, S. 105.

⁶³² EGMR, Beschwerdenummer 39272/98, Urteil v. 4.12.2003.

⁶³³ So auch *Blume/Wegner*, HRRS 2014, 357 (358).

specifies that consent must be given voluntarily as the result of the person's free will, as assessed in the context of the surrounding circumstances.

Im Hinblick auf die Strafverfolgung ist nach Nr. 192 des Explanatory Reports eine umsichtige Bewertung aller Beweise notwendig, um die Freiwilligkeit zu klären. Dabei ist die ganze Bandbreite möglicher Opferreaktionen zu berücksichtigen. Die Beweiswürdigung darf nicht auf Vermutungen über typisches Verhalten basieren. Die Auslegung der Sexualdelikte und die Strafverfolgung dürfen nicht von geschlechtsspezifischen Klischees und Gerüchten über männliche und weibliche Sexualität beeinflusst sein. Letzteres bedeutet, dass beispielsweise nicht unterstellt werden darf, dass sich Frauen „gerne“ von Männern (mit Gewalt) zu sexuellen Handlungen drängen lassen (*vis haud ingrata*). Und ebenso verboten ist es zu unterstellen, dass die Initiative zu sexuellen Handlungen grundsätzlich von Männern ausginge oder Männer grundsätzlich schneller zu sexuellen Handlungen als Frauen gelangen wollten.

Nr. 192 des Explanatory Reports: Prosecution of this offence will require a context-sensitive assessment of the evidence in order to establish on a case-by-case basis whether the victim has freely consented to the sexual act performed. Such an assessment must recognise the wide range of behavioural responses to sexual violence and rape which victims exhibit and shall not be based on assumptions of typical behaviour in such situations. It is equally important to ensure that interpretations of rape legislation and the prosecution of rape cases are not influenced by gender stereotypes and myths about male and female sexuality.

II. Verpflichtung zur wortlautnahen Umsetzung

Die Frage, ob nicht einverständlich vorgenommene sexuelle Handlungen mit einer an den Konventionstext angelehnten Straftatbestandsfassung unter Strafe gestellt werden sollten, müsste kriminalpolitisch nicht weiter diskutiert werden, wenn der deutsche Gesetzgeber zu einer solchen Fassung bei der Umsetzung der Konvention ohnehin verpflichtet wäre. Dies könnte aus zwei Gründen der Fall sein: Zum einen ist zu erwägen, ob eine solche Verpflichtung unmittelbar aus der Konvention folgt, so dass andere Tatbestandsfassungen völkerrechtswidrig wären. Zum anderen wäre es der Fall, wenn eine solche Formulierung zwar nicht unmittelbar von der Konvention geboten wäre, sich dies jedoch mittelbar daraus ergibt, dass andere Formulierungsalternativen, die kriminalpolitisch erwogen werden, den Anforderungen der Konvention nicht genügen.

1. Ein erstes Indiz dafür, dass Konventionen nicht generell im Wortlaut oder wortlautnah umzusetzen sind, findet man bei einem Blick auf andere Straftatbestände, die aufgrund von Europaratkonventionen geschaffen wurden. Als Beispiel kann das Übereinkommen des Europarates über Computerkriminalität (Nr. 185 – sog. Cybercrime-Konvention)⁶³⁴ genannt werden. Dieses Übereinkommen wurde gemeinsam mit dem Rahmenbeschluss der Europäischen Union über Angriffe auf Informationssysteme⁶³⁵ durch das 41. StrÄG in Deutschland umgesetzt, indem die bestehenden Vorschriften der §§ 202a, 303a, 303b StGB ergänzt und §§ 202b, 202c StGB geschaffen wurden. Die Umsetzung ist jedoch weit davon entfernt, sich an die Tatbestände der Konvention im Wortlaut anzulehnen. Vielmehr ist es grundsätzlich ausreichend, dass diejenigen Verhaltensweisen, die nach der Konvention in den einzelnen Staaten pönalisiert werden müssen, dort überhaupt durch die vorhandenen oder zu neu zu schaffenden Straftatbestände erfasst werden.⁶³⁶

2. Dass Konventionen nicht grundsätzlich im Wortlaut umzusetzen sind, ergibt sich auch aus folgender Überlegung: In den Konventionen sind regelmäßig nur Mindestvorgaben enthalten. Die Mitgliedstaaten dürfen also auch strengere Regelungen im Wege einer „überschießenden“ Umsetzung vorsehen. Müsste nun der Wortlaut übernommen werden, wäre dieser Weg versperrt. Statt sogleich einen strengeren Tatbestand zu schaffen, müsste dann derjenige Teil, der über die Konvention hinausgeht, in einer zusätzlichen Vorschrift geregelt werden. Eine solche Ansicht vertritt aber mit Recht niemand. Daraus folgt, dass die Konvention zwar das „Ob“ der Strafbarkeit eines bestimmten Verhaltens regelt, nicht aber das „Wie“ deren legislatorischer Umsetzung.

3. Interessant ist auch ein Blick auf die Umsetzungsdebatte hinsichtlich des Internationalen Übereinkommens zum Schutz aller Personen vor dem Verschwindenlassen.⁶³⁷ Während die Bundesregierung hier die Ansicht vertritt, das aktuelle Recht sei zureichend und damit ein neuer Straftatbestand nicht erforderlich,⁶³⁸ verlangt das CED (Committee on Enforced Disappearances), das die Konventionsumsetzung überwacht, die Einführung eines eigenständigen Tatbestandes, der dem Inhalt der Definition des Verschwindenlassens i.S.d. Art. 2

⁶³⁴ Council of Europe's Convention on Cybercrime, <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/185.htm>, deutscher Konventionstext abrufbar unter <http://conventions.coe.int/treaty/ger/treaties/html/185.htm> (Stand: jeweils 7.3.2015).

⁶³⁵ ABl. 2005 Nr. L 69, S. 67.

⁶³⁶ Vgl. auch *Kaul*, in: Geiger, Völkerrechtlicher Vertrag und staatliches Recht vor dem Hintergrund zunehmender Verdichtung der internationalen Beziehungen, 2000, S. 53 (62), der darauf abstellt, ob der materielle Unrechtsgehalt vom nationalen Recht erfasst wird.

⁶³⁷ United Nations' International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CED/Pages/ConventionCED.aspx>; deutscher Konventionstext abrufbar unter <http://www.un.org/depts/german/gv-64/band1/ar64167.pdf> (Stand: jeweils 7.3.2015); überdies BGBl. 2009 II, S. 932 (933 ff.).

⁶³⁸ BT-Drs. 16/12592, S. 33; Staatenbericht, CED/C/DEU/1 vom 25.3.2013, S. 6.

des Übereinkommens gerecht wird.⁶³⁹ Hintergrund ist jedoch nicht, dass völkerrechtliche Verträge grundsätzlich wörtlich umzusetzen wären. Vielmehr soll der mit der Konvention verfolgte Schutzzweck entscheidend sein, dem angesichts der Beteiligung staatlicher Stellen und der Opfereigenschaft von Angehörigen einer verschwundenen Person ein eigenständiger Unrechtsgehalt zugesprochen wird, der von den bisherigen Tatbeständen des deutschen Strafrechts – wie § 239 StGB – nicht abgebildet werde.⁶⁴⁰

4. Entscheidend ist letztlich, dass Konventionen grundsätzlich nach völkerrechtlichen Regeln auszulegen sind (Art. 31 ff. des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge⁶⁴¹), so dass sich im *Einzelfall* für die Mitgliedstaaten durchaus enge Vorgaben ergeben können, insbesondere wenn eine solch enge Bindung von den Parteien beabsichtigt war. Soweit ersichtlich ergeben sich aber aus den Materialien zur Istanbul-Konvention gerade keine besonderen Anhaltspunkte für das Erfordernis einer wortnahen Umsetzung der Konventionen. Vielmehr spricht Nr. 193 des Explanatory Reports dagegen; dort heißt es ausdrücklich, dass der *spezifische Gesetzeswortlaut* und diejenigen Faktoren, die ein freiwilliges Einverständnis ausschließen, dem nationalen Gesetzgeber überlassen bleiben.⁶⁴² Im Übrigen bedarf es bei der Umsetzung von Konventionen immer eines Blicks auf den jeweiligen „Rechtsetzungsauftrag“. Dieser verlangt im Fall des Art. 36 der Istanbul-Konvention von den Vertragsstaaten nur, dass diese „die erforderlichen gesetzgeberischen und sonstigen Maßnahmen [...] treffen“, was ebenfalls einen Ausgestaltungsspielraum belässt, weshalb die Normen auch nicht „self-executing“ sein können.⁶⁴³

5. Anderes folgt auch nicht aus der Entscheidung des EGMR in der Sache *M.C. gegen Bulgarien*.⁶⁴⁴ Zentraler Gesichtspunkt dieser Entscheidung ist, dass ein nicht einverständlicher sexueller Akt auch Fälle erfassen muss, in denen keine Gewalt ausgeübt wird und keine physische Gegenwehr des Opfers vorliegt – freilich wird eine solche Gegenwehr auch nicht vom geltenden Recht in § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB verlangt. Weitere Anforderungen, die über

⁶³⁹ CED, Abschließende Bemerkungen zum deutschen Staatenbericht, CED/C/DEU/CO/1, S. 2; ferner *Weiß*, Übereinkommen zum Schutz vor Verschwindenlassen, 2012, Art. 4 Rn. 3; *Grammer*, Der Tatbestand des Verschwindenlassens einer Person, 2005, S. 140; v. *Braun/Diel*, ZIS 2011, 214 (225 f.) und (229); *Layús*, MRM 2010, 151 (157).

⁶⁴⁰ Eingehend dazu etwa v. *Braun/Diel*, ZIS 2011, 214 (224 ff.).

⁶⁴¹ United Nations' Vienna Convention on the Law of Treaties, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201155/volume-1155-I-18232-English.pdf> (Stand: 7.3.2015).

⁶⁴² Vgl. auch *Isfen*, Zur gesetzlichen Normierung des entgegenstehenden Willens bei Sexualdelikten – ein Beitrag zu aktuellen Reformüberlegungen, B., erscheint in ZIS 2015; etwas enger *Blume/Wegner*, HRRS 2014, 357 (358).

⁶⁴³ Entsprechend zu solchen Formulierungen auch *Pintaske*, Das Palermo-Übereinkommen und sein Einfluss auf das deutsche Strafrecht, 2014, S. 85.

⁶⁴⁴ EGMR, Beschwerdenummer 39272/98, Urteil v. 4.12.2003; vgl. ferner EGMR, Beschwerdenummer 53519/07, Urteil v. 15.5.2012 (*I.G. gegen Moldawien*), Rn. 45; EGMR, Beschwerdenummer 42418/10, Urteil v. 24.7.2012 (*D.J. gegen Kroatien*), Rn. 86; EGMR, Beschwerdenummer 13424/06, Urteil v. 24.9.2013 (*N.A. gegen Moldawien*), Rn. 71.

Art. 36 der Istanbul-Konvention hinausgehen, lassen sich der Rechtsprechung des EGMR nicht entnehmen. Vielmehr gewährt der Gerichtshof den Vertragsstaaten einen weiten Beurteilungsspielraum.⁶⁴⁵ Er macht in diesem Zusammenhang sogar deutlich, dass die französische Rechtslage anders als die bulgarische Rechtslage einzuschätzen sei, weil die französische Rechtsprechung die Merkmale Gewalt, Drohung oder Überraschung so weit auslege, dass auch sexuelle Handlungen gegen den Willen erfasst werden könnten.⁶⁴⁶

6. Soweit mitunter darauf hingewiesen wird, dass auch der Internationale Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien auf Grundlage eines Vergleichs der Rechtslage in verschiedenen Staaten die Vergewaltigung als „sexuelle Penetration ohne das Einverständnis“ interpretiere,⁶⁴⁷ so ist damit für die Umsetzungsfrage wenig gewonnen. Hinzukommt – was meist dann nicht weiter erwähnt wird –, dass das IStGH-Statut und der Internationale Strafgerichtshof inzwischen einen anderen, restriktiveren Weg gehen. Wie die Verbrechenselemente zu Art. 7 Abs. 1 lit. g Spiegelstrich 1 Nr. 2 des IStGH-Statuts verdeutlichen, ist hier insbesondere Gewalt, Zwang oder Androhung von Gewalt erforderlich:⁶⁴⁸

Art. 7 (1) (g)-1 IGStH-Statut Crime against humanity of rape

1. The perpetrator invaded the body of a person by conduct resulting in penetration, however slight, of any part of the body of the victim or of the perpetrator with a sexual organ, or of the anal or genital opening of the victim with any object or any other part of the body.

2. The invasion was committed by force, or by threat of force or coercion, such as that caused by fear of violence, duress, detention, psychological oppression or abuse of power, against such person or another person, or by taking advantage of a coercive environment, or the invasion was committed against a person incapable of giving genuine consent.

⁶⁴⁵ So auch *Rabe/v. Normann*, Schutzlücken bei der Strafverfolgung von Vergewaltigungen, Deutsches Institut für Menschenrechte, 2. Aufl. 2014, S. 17.

⁶⁴⁶ EGMR, Beschwerdenummer 39272/98, Urteil v. 4.12.2003 (*M. C. gegen Bulgarien*), Rn. 95, und hierzu *Rabe/v. Normann*, Schutzlücken bei der Strafverfolgung von Vergewaltigungen, Deutsches Institut für Menschenrechte, 2. Aufl. 2014, S. 17.

⁶⁴⁷ *Rabe/v. Normann*, Schutzlücken bei der Strafverfolgung von Vergewaltigungen, Deutsches Institut für Menschenrechte, 2. Aufl. 2014, S. 17 mit Verweis auf ICTY, Kammerurteil vom 22.2.2001, Fall-Nr. IT-96-23, Rn. 460, sowie das Berufungsurteil vom 12.6.2002, Fall-Nrn. IT-96-23 und IT-96-23/1-A, Rn. 128 ff.

⁶⁴⁸ Dazu, dass sich der Internationale Strafgerichtshof die Definition des Jugoslawien-Tribunals nicht zu eigen gemacht hat, vgl. *Werle/Burchards*, Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2013, § 7 VStGB Rn. 83 ff.; IStGH, ICC-01/04-01/07, Decision on the Confirmation of Charges v. 30.9.2008 (*Katanga und Ngudjolo Chui, PTC*), Rn. 438 ff., abrufbar unter <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc571253.pdf> (Stand: 6.3.2015).

[...]

III. Konsequenzen

1. Aus den bisherigen Ausführungen folgt, dass der deutsche Gesetzgeber völkerrechtlich nicht verpflichtet ist, einen Straftatbestand zu schaffen, der an den Wortlaut der Konvention angelehnt ist. Er muss aber inhaltlich all diejenigen Fälle erfassen, die nach Maßgabe des nationalen Rechts sexuelle Handlungen ohne Einverständnis darstellen. Lücken, die das deutsche Strafrecht – etwa in Fällen des überraschenden Angriffs oder bei einem „Klima der Gewalt“ – enthält, hat der deutsche Gesetzgeber zu schließen.⁶⁴⁹ Zulässig ist – in Anlehnung an das geltende Recht – auch eine positive Regelung aller Verhaltensweisen, die aus Sicht des nationalen Rechts nicht freiwillig sind.⁶⁵⁰ Es macht insoweit keinen Unterschied, ob man Fälle der Überraschung, eines Klimas der Gewalt usw. positiv regelt oder ob man – wie § 175 des Vorschlags des Deutschen Juristinnenbundes vom 25.7.2015 – einen Katalog von Fällen aufstellt, in denen das Einverständnis unwirksam ist. Entscheidend ist bei einer solchen positiven Regelung allerdings, dass eine Formulierung gefunden wird, die gegenüber den Anforderungen der Konvention keine Lücken lässt.

2. Es bleibt festzuhalten, dass die konkrete Ausgestaltung des nationalen Strafrechts durch Art. 36 der Istanbul-Konvention nicht völkerrechtlich vorgegeben ist. Die „Einverständnislösung“ ist nicht zwingend. Vielmehr ist es eine kriminalpolitische Frage, ob man einen weiten Tatbestand schaffen möchte, der alle Handlungen ohne Einverständnis pönalisiert und die bestehenden Lücken schließt.

⁶⁴⁹ Insoweit wäre etwa auch zu klären, ob der Vorschlag von *Hörnle*, die die Formulierung vorschlägt „gegen den erklärten Willen oder unter Umständen, in denen die fehlende Zustimmung offensichtlich ist“ den Anforderungen der Konvention genügt, weil es auf die Offensichtlichkeit einer fehlenden Zustimmung nach der Konvention nicht ankommt und somit möglicherweise strengere Anforderungen bgestellt werden; vgl. *Hörnle*, Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention, Ein Gutachten zur Reform des § 177 StGB, Deutsches Institut für Menschenrechte, 2015, S. 23.

⁶⁵⁰ So auch *Isfen*, Zur gesetzlichen Normierung des entgegenstehenden Willens bei Sexualdelikten – ein Beitrag zu aktuellen Reformüberlegungen, D. 2 c, erscheint in ZIS 2015.

6d. Prof. Dr. Jörg Eisele

**Posing und der Begriff der Kinderpornografie in § 184b StGB
nach dem 49. Strafrechtsänderungsgesetz**

Von Prof. Dr. **Jörg Eisele**, Tübingen, OStA **Rainer Franosch**, Wiesbaden*
(Publiziert in ZIS 2016, 519)

I. Einleitung

Schon immer gehörte es zu den schwierigsten rechtlichen Aufgaben des polizeilichen und justiziellen Praktikers bei der Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern, kinderpornografische Inhalte von straflosen Darstellungen ganz oder teilweise unbekleideter Kinder zu unterscheiden. Eindrücklich sind diese Schwierigkeiten im Strafverfahren gegen den ehemaligen Bundestagsabgeordneten Sebastian Edathy zu Tage getreten. Nachdem zunächst die Staatsanwaltschaft Hannover gegen Edathy wegen des Verdachts des Besitzes kinder- und jugendpornografischer Schriften (§§ 184b, 184c StGB a.F.) ermittelte, stellte das LG Verden das Verfahren mit Zustimmung von Staatsanwaltschaft und Angeklagtem gegen Geldauflage von 5.000 Euro nach § 153a Abs. 2 (i.V.m. Abs. 1 S. 1, S. 2 Nr. 2) StPO ein. Schon während des laufenden Strafverfahrens reagierte der Gesetzgeber auf geltend gemachte Pönalisierungslücken, indem er mit dem 49. StrÄG (Neunundvierzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht)⁶⁵¹ die Vorschriften über kinder- und jugendpornografische Schriften im Hinblick auf sog. Posing-Bilder modifizierte. Freilich besteht noch wenig Klarheit darüber, welcher Inhalt den einzelnen Vorschriften zukommt und welche Posing-Konstellationen diese regeln.

II. Bisherige Rechtslage

Wie ein Blick auf die Entwicklung der Vorschriften über Kinderpornografie belegt, war es schon vor dem 49. StrÄG Ziel des Gesetzgebers, das sog. Posing zu pönalisieren.

1. Rechtslage vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornografie

* Die *Autoren* waren Sachverständige im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages im Gesetzgebungsverfahren zum 49. StrÄG. Prof. *Dr. Jörg Eisele* war zudem Sachverständiger im 2. Untersuchungsausschuss der 18. Wahlperiode („Edathy-Untersuchungsausschuss“). OStA *Rainer Franosch* war vor seiner Tätigkeit als Referatsleiter im Hessischen Justizministerium als Leiter der Hessischen Zentralstelle zur Bekämpfung der Internetkriminalität tätig, in der er u.a. für die Operation „Selm“, in deren Verlauf der vormalige Bundestagsabgeordnete Edathy ermittelt wurde, verantwortlich war.

⁶⁵¹ BGBl. I 2015, S. 10.

Vor der Änderung des § 184b StGB durch das Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates der Europäischen Union zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornografie vom 31.10.2008⁶⁵² wurden allerdings nur Schriften erfasst, die „den sexuellen Missbrauch von Kindern (§§ 176 bis 176 b)“ zum Gegenstand hatten. Mit dem Bezug auf den sexuellen Missbrauch von Kindern erlangte vor allem § 176 Abs. 4 Nr. 2 StGB Bedeutung, der damals verlangte, dass das Kind eine sexuelle Handlung „an sich“ vornimmt. Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs⁶⁵³ waren hierfür Manipulationen bzw. Berührungen des Opfers am (eigenen) Körper erforderlich. Sexuelle Handlungen mit dem Körper, d.h. das bloße Einnehmen einer Pose sollte auch bei vollständig unbekleidetem Körper angesichts des eindeutigen Wortlauts nicht genügen.

2. Rechtslage vor Inkrafttreten des 49. StrÄG

a) *Posing als sexuelle Handlung*

Mit dem Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornografie bezog der Gesetzgeber auch sexuelle Handlungen von einer Person unter vierzehn Jahren (Kind) mit ein, so dass eine Handlung am Körper nicht mehr erforderlich war. Der Gesetzgeber verfolgte dabei mit der Umformulierung ausdrücklich die Intention, das sog. Posing in den Tatbestand mit einzubeziehen.⁶⁵⁴ Ungeachtet dessen wurde die grundsätzliche Strafbarkeit des Posings im Schrifttum weiter bezweifelt, weil das Posieren als bloße Haltung des Körpers nicht auch eine sexuelle Handlung sein müsse.⁶⁵⁵ Überzeugend war dieser Einwand freilich nicht. Auch wenn es hier um ein Verhalten auf Opfer- und nicht auf Täterseite ging, wird man doch auch hier die allgemeinen Kriterien über den Handlungsbegriff anwenden können. Für eine Handlung ist demnach ein menschliches, nach außen ersichtliches vom Willen getragenes Verhalten, ausreichend.⁶⁵⁶

b) *Auslegungsschwierigkeiten*

Dennoch waren mit dieser Gesetzesfassung nicht unerhebliche Unsicherheiten verbunden. Voraussetzung für die Anwendung des Tatbestandes war, dass die von dem Kind einge-

⁶⁵² BGBl. I 2008, S. 2149.

⁶⁵³ BGHSt 50, 370 ff.; *Renzikowski*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 2. Aufl. 2012, § 176 Rn. 33; *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 176 Rn. 13; ausführlich *Hörnle*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 12. Aufl. 2009, § 176 Rn. 79 ff.

⁶⁵⁴ BT-Drs. 16/3439, S. 9; BT-Drs. 16/9646, S. 2, 17, zu § 176 Abs. 4 Nr. 2 StGB; ferner *Eisele*, in: Schönke/Schröder (Fn. 3), § 184b Rn. 3a.

⁶⁵⁵ So insb. *Eschelbach*, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2013, § 184b Rn. 11; *Gropp*, in: Esser/Günther/Jäger (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heiner Kühne zum 70. Geburtstag, 2013, S. 679 (683); *Schroeder*, GA 2009, 213 (214 f.).

⁶⁵⁶ Vgl. nur *Eisele* (Fn. 3), §§ 13 ff. Rn. 26.

nommene Körperposition objektiv, also allein gemessen an ihrem äußeren Erscheinungsbild, einen eindeutigen Sexualbezug aufwies.⁶⁵⁷ Posing im Sinne einer sexuellen Handlung sollte eine aktive Handlung des Kindes – wie etwa das Spreizen der Beine – voraussetzen, so dass bestimmte unnatürliche, sexualisierte Positionen eingenommen werden mussten.⁶⁵⁸ Damit war aber nicht jede Aufnahme des nackten Körpers oder des Geschlechtsteils eines Kindes als Kinderpornografie im Sinne des § 184b Abs. 1 StGB zu qualifizieren. Ein nur passives Verhalten genügte nicht, so dass Bildaufnahmen schlafender Kinder nicht erfasst werden konnten.⁶⁵⁹ Ebenso wenig konnten Ablichtungen unbekleideter Kinder in natürlicher Position – etwa eines Kindes am Strand, in der Badewanne, bei der Körperpflege, beim An- oder Umkleiden usw. – pönalisiert werden. Körperpositionen, die sich bei einem Handlungsablauf ohne eindeutigen Sexualbezug naturgemäß ergaben, waren auch dann keine sexuellen Handlungen, wenn sie für Bildaufnahmen zu pornografischen Zwecken ausgenutzt wurden.⁶⁶⁰

Auch Nahaufnahmen bzw. -abbildungen von Geschlechtsorganen wurden nicht erfasst, selbst wenn dem Geschehen eine sexuelle Handlung zugrunde lag. Zwar ging der Gesetzgeber davon aus, dass mit dieser Fassung sichergestellt sei, „dass auch das ‚aufreizende Zur-Schau-Stellen der Genitalien oder der Schamgegend von Kindern‘ einbezogen und damit Art. 1 lit. b) UAbs. 1 des Rahmenbeschlusses des Rates der Europäischen Union zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornografie⁶⁶¹ nach § 184b StGB umgesetzt ist.“⁶⁶² Er übersah hierbei jedoch, dass nach der Gesetzesfassung zwingend erforderlich war, dass die sexuelle Handlung abgebildet war, weil diese gerade „Gegenstand“ der Schrift sein musste.

Hinzu kamen weitere Schwierigkeiten. Bei Kleinkindern lässt sich eine sachgerechte Grenze von vornherein nur schwer ziehen: Denn was als natürliche oder unnatürliche Körperhaltung anzusehen ist, lässt sich kaum vernünftig beurteilen. Dies gilt vor allem für statische Fotos, die anders als Filme nur eine Momentaufnahme darstellen. So mag sich bei einem Film die Unnatürlichkeit aus dem Kontext oder etwaiger „Regieanweisungen“ des Aufnehmenden ergeben. Bei Bildaufnahmen mag aber im Einzelfall eine natürliche Bewegung – je nach Auf-

⁶⁵⁷ BGH NStZ 2009, 29; BGH NStZ-RR 2008, 339 (340); BGH StV 2015, 494.

⁶⁵⁸ BT-Drs. 16/3439, S. 9; BGH NStZ 2011, 570 (571); BGH NStZ 2014, 220 (221); BGH NStZ-RR 2014, 108; Hörnle, in: Joecks/Miebach (Fn. 3), § 184b Rn. 17; Ziegler, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar Strafgesetzbuch, Stand: 1.6.2016, § 184b Rn. 4; näher Röder, NStZ 2010, 113 (116 ff.).

⁶⁵⁹ Zu Einzelheiten Eisele (Fn. 3), § 184b Rn. 3a.

⁶⁶⁰ Zuletzt BGH StV 2015, 494.

⁶⁶¹ ABl. EU 2004 Nr. L 13, S. 44.

⁶⁶² BT-Drs. 16/3439, S. 9.

nahmezeitpunkt – unnatürlich wirken oder umgekehrt.⁶⁶³ Damit war es für die Praxis oftmals nicht möglich, lediglich anhand der Abbildung eines nackten Kindes objektiv, d.h. ohne Kenntnis der näheren Umstände der Bildentstehung, zu entscheiden, ob die Aufnahme nach dem äußeren Erscheinungsbild eine sexuelle Handlung des unbekleideten Kindes zeigte oder der jeweilige Täter lediglich für seine Zwecke günstige Momente im natürlichen Bewegungsablauf dazu ausgenutzt hatte, um dessen Geschlechtsteil aufzunehmen. Daraus ergaben sich erhebliche Beweisschwierigkeiten, zumal sich die Vielzahl der Strafverfahren nicht gegen den Hersteller der Aufnahme, sondern gegen Personen richtete, die sich den Besitz solcher Schriften (aus dem Ausland) verschafft hatten, so dass sich die Entstehung des Bildes auch gar nicht klären ließ.

III. Die Rechtslage nach dem 49. StrÄG

Die Neufassung des § 184b Abs. 1 Nr. 1 StGB enthält nunmehr eine erweiterte Legaldefinition des Begriffs kinderpornografische Schrift. Kinderpornografisch ist danach eine pornografische Schrift, wenn sie (lit. a) sexuelle Handlungen von, an oder vor einer Person unter vierzehn Jahren (Kind), (lit. b) die Wiedergabe eines ganz oder teilweise unbekleideten Kindes in unnatürlicher, geschlechtsbetonter Körperhaltung oder (lit. c) die sexuelle aufreizende Wiedergabe der unbekleideten Genitalien oder des unbekleideten Gesäßes eines Kindes zum Gegenstand hat.

1. Gemeinsames Merkmal: Pornografischer Charakter

Auch nach der Neufassung der Vorschrift bedarf es nunmehr eines pornografischen Charakters der Schrift, nachdem zunächst das Merkmal „pornografisch“ im Entwurf ohne Angabe von Gründen fehlte.⁶⁶⁴ In einer Entscheidung, die kurz vor dem Gesetzgebungsverfahren erging, hielt der Bundesgerichtshof ausdrücklich am Erfordernis eines pornografischen Charakters fest,⁶⁶⁵ setzte aber entgegen der h.M.⁶⁶⁶ die Anforderungen an den Pornografiebegriff herab, indem er bei § 184b StGB auf eine „vergrößernd-reißerische“ Darstellung verzichtete. Diese Modifizierung des Pornografiebegriffs bei § 184b StGB wäre freilich gar nicht nötig gewesen. Denn bei Fotoaufnahmen, die sexuelle Handlungen von Kindern zum Gegenstand haben, liegt regelmäßig nicht nur eine Degradierung des abgebildeten Kindes zum Objekt für

⁶⁶³ Eisele, Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs, Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht, S. 14 f.

⁶⁶⁴ BT-Drs. 18/2601, S. 10, 37. Zur alten Rechtslage war die Gesetzesbegründung widersprüchlich. Einerseits kam man Anträgen zur Streichung des Wortes „pornografisch“ (BT-Drs. 16/9646, S. 10 und S. 14) nicht nach, andererseits sollte es aber genügen, „dass die Schrift den sexuellen Missbrauch von Kindern zum Gegenstand hat, ohne dass es auf den pornografischen Charakter der Darstellung (vergrößernde Darstellung des Sexuellen unter Ausklammerung aller sonstigen menschlichen Bezüge) ankommt, da sexuelle Handlungen mit Kindern generell verboten sind“ (BT-Drs. 16/9646, S. 18).

⁶⁶⁵ BGH NJW 2014, 1829 m. Anm. Eisele, StV 2014, 739.

⁶⁶⁶ Vgl. nur Hörnle (Fn. 3), § 184b Rn. 14; Eschelbach (Fn. 5), § 184b Rn. 7.

fremde sexuelle Zwecke vor, sondern darin ist typischerweise auch eine „vergrößernd-reißerische Darstellung“ zu sehen, weil das Interesse des Konsumenten gerade durch den Sexualbezug mit kindlichen, nicht zur sexuellen Selbstbestimmung fähigen Darstellern geweckt wird und weitere Inhalte mit solchen Bildern nicht verbunden sind. Ferner ist zu berücksichtigen, dass solchen Abbildungen zumeist ein sexueller Missbrauch i.S.d. § 176 StGB zugrunde liegt. Solche statischen Einzelaufnahmen sind daher bereits nach der allgemeinen (für §§ 184 ff. StGB gleichermaßen geltenden) Definition als pornografisch zu qualifizieren, so dass es diesbezüglich keines weiteren Hinweises auf den pornografischen Charakter bedarf.⁶⁶⁷ Die Definition von Kinderpornografie ist daher schon per se weiter als diejenige der Erwachsenenpornografie. Freilich hatte der Bundesgerichtshof, der nur auf seltene Ausnahmen – wie Abbildungen posierender Kinder für medizinische Lehrbücher – verwies, nicht beachtet, dass auch im Rahmen des § 184b StGB ein Anwendungsbereich für das Korrektiv „pornografisch“ bei sog. Gesamtwerken verbleibt. Soweit hier – etwa bei Büchern oder Filmen (z.B. die Verfilmung des Romans „Die Blechtrommel“, die die Darstellung eines Geschlechtsaktes mit einem Kind enthält), die den sexuellen Missbrauch von Kindern thematisieren – nur einzelne Textteile oder Sequenzen sexuelle Handlungen schildern, führt dies noch nicht dazu, dass auch das Werk insgesamt als „pornografisch“ zu qualifizieren ist, da hier – auch im Lichte etwa der Kunst- oder Pressefreiheit – durch die Vermittlung anderer Gedankeninhalte der pornografische Charakter einzelner Teile zurücktreten kann.⁶⁶⁸ Auf entsprechenden Einwand bei der Sachverständigenanhörung hat der Gesetzgeber dann noch den Formulierungsvorschlag „kinderpornografisch ist eine pornografische Schrift (§ 11 Absatz 3), wenn sie [...]“ aufgegriffen und in § 184b StGB verankert.⁶⁶⁹ „Der Ausschuss schlägt vor, in der Definition kinderpornographischer Schriften zur Vermeidung von Missverständnissen ausdrücklich hervorzuheben, dass es sich dabei um pornographische Schriften handeln muss. In der Sachverständigenanhörung am 13. Oktober 2014 wurde darauf hingewiesen, dass für dieses Erfordernis auch im Rahmen des § 184b StGB ein Anwendungsbereich als Korrektiv verbleibe, etwa bei so genannten Gesamtkunstwerken – beispielsweise bei Büchern oder Filmen, die den sexuellen Missbrauch von Kindern schildern –, bei denen nur einzelne Textteile oder Szenen sexuelle Handlungen schilderten, was noch nicht dazu führe, dass das gesamte Werk als pornographisch zu qualifizieren sei.“⁶⁷⁰

2. § 184 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) StGB: Wiedergabe sexueller Handlungen

⁶⁶⁷ Näher *Eisele*, StV 2014, 739 (740).

⁶⁶⁸ Deutscher Bundestag, Protokolle über die Sitzungen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, 6. Wahlperiode, 66. Sitzung, S. 1931; KG Berlin NStZ 2009, 446 (447); *Eisele*, StV 2014, 739 (740).

⁶⁶⁹ *Eisele* (Fn. 13), S. 16 f.

⁶⁷⁰ BT-Drs. 18/3202, S. 27.

§ 184 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) StGB entspricht der Rechtslage vor dem 49. StrÄG. Diese Regelung erfasst demnach alle Fälle, in denen Gegenstand der Schrift, d.h. der Abbildung, eine sexuelle Handlung des Opfers ist, d.h. die eingenommene Körperposition objektiv, gemessen allein an ihrem äußeren Erscheinungsbild, einen eindeutigen Sexualbezug aufweist.⁶⁷¹

3. § 184 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) StGB: Wiedergabe eines ganz oder teilweise unbedeckten Kindes in unnatürlicher, geschlechtsbetonter Körperhaltung

a) Regelungsgehalt

§ 184 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) StGB stellt nunmehr zusätzlich die Wiedergabe eines ganz oder teilweise unbedeckten Kindes in unnatürlicher, geschlechtsbetonter Körperhaltung unter Strafe. Dabei lehnt sich die Formulierung an die jugendschutzrechtlichen Verbote von Darstellungen von Kindern und Jugendlichen in unnatürlich geschlechtsbetonter Körperhaltung nach § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 9 Jugendmedienschutz-Staatsvertrag (JMStV) und § 15 Abs. 2 Nr. 4 Jugendschutzgesetz (JuSchG) an.⁶⁷² Soweit die Aufnahme nur teilweiser Unbedecktheit als zu vage bzw. weitgehend kritisiert wird,⁶⁷³ wird man diese jedenfalls dann annehmen müssen, wenn Genitalien oder Gesäß abgebildet werden. Im Übrigen kann hier das Erfordernis der „pornografischen Schrift“ im Einzelfall als Korrektiv dienen.⁶⁷⁴

Allerdings gibt diese Vorschrift im Wesentlichen nur die bereits für § 184 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) StGB geltende Definition wieder, so dass es zu weiten Überschneidungen kommt. Freilich ist hier nicht eine sexuelle *Handlung* erforderlich, vielmehr genügt eine *Körperhaltung*. Diese Ergänzung dient der Erfassung sog. „Model“-Serien (z.B. „LS-Models“ etc.). Bei dieser Art von Darstellungen werden die Kinder dazu veranlasst, in Reiz- oder Unterwäsche sexualbezogene, für Kinder untypische, weil der Haltung erwachsener Modelle nachempfundene, stimulierende Posen einzunehmen. Der Gesetzgeber wollte mit dieser Regelung zunächst auch Abbildungen von schlafenden Kindern, die eine geschlechtsbetonte Körperhaltung unwillkürlich eingenommen haben, sowie das Zur-Schau-Stellen unbedeckter Genitalien erfassen.⁶⁷⁵

b) Kritik

Da lit. b) jedoch im Wesentlichen eine Definition für die in lit. a) enthaltene Regelung, die schon vor dem 49. StrÄG bestand, darstellt, ist diese Definition nur wenig geeignet, die bisherigen Lücken zu schließen und wäre bei einer sachgerechten Neuregelung entbehrlich

⁶⁷¹ Dazu soeben II. 2.

⁶⁷² Siehe BT-Drs. 18/2601, S. 30.

⁶⁷³ Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 63. Aufl. 2016, § 184b Rn. 8.

⁶⁷⁴ Hierzu auch unten III. 3. b).

⁶⁷⁵ BT-Drs. 18/2601, S. 30.

gewesen. So bleiben auch hier die bereits oben beschriebenen Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen natürlicher und unnatürlicher Handlung bestehen.⁶⁷⁶ Ferner sind entgegen der gesetzgeberischen Intention Großaufnahmen vom Genitalbereich nicht erfasst, da hier gerade keine Körperhaltung des Kindes sichtbar ist, d.h. wiedergegeben wird. Damit wird lit. b) den europäischen Anforderungen nicht gerecht. Denn nach Art. 2 lit. c) UAbs. 2 der Richtlinie zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI⁶⁷⁷ und nach Art. 20 Abs. 2 des Übereinkommens des Europarats zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch (ETS 201 – Lanzarote-Konvention), ist unter Kinderpornografie „jegliche Darstellung der Geschlechtsorgane eines Kindes für primär sexuelle Zwecke“ zu verstehen, wofür es richtigerweise auf die Körperhaltung gar nicht ankommt. Letztlich sind auch überraschende Bildaufnahmen oder Bildaufnahmen einer Person im Schlaf gerade nicht erfasst, da diese eine natürliche und keine unnatürliche Haltung der abgebildeten Person zeigen. Der in der Gesetzesbegründung genannte Begriff der „unwillkürlichen Körperhaltung“ hat gerade keinen Eingang in den Gesetzestext gefunden, so dass eine entsprechende Korrektur der Gesetzesfassung mit dem in Art. 103 Abs. 2 GG verankerten Analogieverbot nicht vereinbar wäre. Nach entsprechender Kritik in der Sachverständigenanhörung im Rechtsausschuss und entsprechenden Vorschlägen⁶⁷⁸ entschloss sich der Gesetzgeber, zur Schließung der Lücken eine weitere Regelung in lit. c) aufzunehmen: „[...] Um sicherzugehen, dass die Richtlinie 2011/93/EU vollständig umgesetzt wird, schlägt der Ausschuss vor, die Definition kinderpornografischer Schriften in § 184b Absatz 1 Nummer 1 StGB-E zu ergänzen [...]“.⁶⁷⁹

4. § 184 Abs. 1 Nr. 1 lit. c) StGB: Sexuell aufreizende Wiedergabe der unbedeckten Genitalien oder des unbedeckten Gesäßes

Die Regelung in lit. c) lehnt sich an den früheren Rahmenbeschluss 2004/68/JI zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornografie an,⁶⁸⁰ der in Art. 1 lit. b) UAbs. 1 Kinderpornografie plastisch als das „[aufreizende] Zur-Schau-Stellen der Genitalien oder der Schamgegend von Kindern“ definierte. Maßgeblich für die Bewertung der Umsetzung der europäischen Vorgaben ist freilich Art. 2 lit. c) UAbs. 2 der Richtlinie zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI,⁶⁸¹ wonach unter

⁶⁷⁶ Siehe oben II. 2.

⁶⁷⁷ ABl. EU 2011 Nr. L 335, S. 1, mit Berichtigung ABl. EU 2012 Nr. L 18, S. 7.

⁶⁷⁸ Vgl. näher *Eisele* (Fn. 13), S. 15 f.

⁶⁷⁹ BT-Drs. 18/3202, S. 27.

⁶⁸⁰ ABl. EU 2004 Nr. L 13, S. 44.

⁶⁸¹ ABl. EU 2011 Nr. L 335, S. 1 mit Berichtigung ABl. EU 2012 Nr. L 18, S. 7.

Kinderpornografie „jegliche Darstellung der Geschlechtsorgane eines Kindes für primär sexuelle Zwecke“ zu verstehen ist.

a) Perspektivwechsel

Wichtig für ein Verständnis der Regelungen in lit. a) und lit. b) einerseits und in lit. c) andererseits ist ein Blick auf die Perspektiven der Beteiligten. In lit. a) und lit. b) steht die Beziehung zwischen Kind und Aufnehmenden im Vordergrund, da die sexuelle Handlung bzw. die Körperhaltung des Kindes maßgeblich ist. Hingegen ist die sexuell aufreizende Wiedergabe nicht auf das Verhältnis des Kindes zum Aufnehmenden beim Herstellen der Aufnahme, sondern auf das Verhältnis zwischen Aufnehmendem und Betrachter gerichtet. So macht auch die Regelung im Rahmenbeschluss deutlich, dass es um das Zur-Schau-Stellen der Genitalien oder der Schamgegend von Kindern und nicht durch Kinder geht,⁶⁸² so dass etwa auch Abbildungen im Schlaf erfasst sind. Auch die Regelung in der Richtlinie verdeutlicht dies, wenn es um die Darstellung der Geschlechtsorgane „für primär sexuelle Zwecke“ des späteren Betrachters geht. Das Posing und die aufreizende Wiedergabe betreffen damit unterschiedliche Sachverhalte. Es sind Fälle der aufreizenden Wiedergabe möglich, in denen kein Posing vorliegt. Es sind aber auch Fälle denkbar, in denen man – wie bei Nacktaufnahmen der ganzen Person – bezweifeln kann, ob beim Posing die Aufnahme so auf die Geschlechtsorgane fokussiert ist, dass diese aufreizend bzw. primär für sexuelle Zwecke zur Schau gestellt werden.

b) Inhalt der Regelung

Das Bild muss nach dem eindeutigen Wortlaut von lit. c) zunächst objektiv Genitalien usw. zur Schau stellen, auf das „Gefühl“ oder die subjektive Einschätzung des Betrachters kommt es nicht an. Für die Auslegung von lit. c) ist trotz der Anlehnung an den früheren Rahmenbeschluss – wie bereits eben erwähnt – Art. 2 lit. c) UAbs. 2 der Richtlinie maßgeblich, der in nationales Recht umgesetzt werden muss. Entsprechend ist die Vorschrift richtlinienkonform auszulegen. Die Richtlinie orientiert sich dabei an Art. 20 Abs. 2 der Lanzarote-Konvention und am Fakultativprotokoll zur UN-Kinderrechtskonvention gegen Kinderhandel, Kinderprostitution und Kinderpornografie⁶⁸³, die dieselbe Definition enthalten. Als Kinderpornografie pönalisiert werden muss demnach jegliche Darstellung der Geschlechtsorgane eines Kindes für primär sexuelle Zwecke. Eine „Unnatürlichkeit“ oder „Geschlechtsbetontheit“ der Abbildung ist für die Strafbarkeit nicht erforderlich, es genügt die subjektive Zweckbestimmung. In

⁶⁸² Vgl. auch die englische Version von Art. 1 lit. b) UAbs. 1 des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornografie: „a real child involved or engaged in sexually explicit conduct, including lascivious exhibition of the genitals or the pubic area of a child.“

⁶⁸³ Abrufbar unter:

<http://www.kinderrechtskonvention.info/1-fakultativprotokoll-zur-kinderrechtskonvention-3180> (11.7.2016).

den Erläuterungen zur Lanzarote-Konvention ist ausgeführt, dass hierfür nationale Standards maßgeblich sind bzw. Bilder erfasst werden, die obszön sind oder nicht im Einklang mit der öffentlichen Moral stehen. Material, das einem künstlerischen, medizinischen, wissenschaftlichen oder sonst allgemein anerkannten Zweck dient, fällt mithin nicht darunter.⁶⁸⁴

Für die Auslegung von lit. c) wird vor allem darauf hingewiesen, dass Nahaufnahmen kindlicher Genitalien erfasst würden.⁶⁸⁵ Freilich ist dies nicht im Sinne einer Beschränkung des Tatbestandes darauf zu verstehen. Zunächst enthält schon der Wortlaut keine solche Beschränkung. Auch möchte die Richtlinie ebenso wie der frühere Rahmenbeschluss alle Aufnahmen erfassen, da dort – anders als im deutschen Recht in lit. a) und lit. b) – keine weiteren Definitionen enthalten sind. Ferner muss man sehen, dass der deutsche Gesetzgeber durch die spätere Aufnahme dieser Variante verbliebene Lücken schließen und vor allem auch die Abbildung natürlicher Körperhaltungen einbeziehen wollte.⁶⁸⁶ Hinzu kommt, dass mittels im Internet frei verfügbarer Bildbearbeitungssoftware innerhalb kürzester Zeit aus jeder Ganzkörperaufnahme eines nackten Kindes Ausschnittsvergrößerungen der Genitalien angefertigt werden können, so dass es schon technisch sinnlos wäre, lediglich Großaufnahmen dem Tatbestand zu unterstellen. Ferner beeinträchtigen Ganzkörperaufnahmen die geschützten Rechtsgüter des Opfers regelmäßig weit mehr als Ausschnittsvergrößerungen oder Großaufnahmen von Geschlechtsteilen, weil bei Erkennbarkeit der abgebildeten Person eine Identifizierbarkeit und damit eine Stigmatisierung einhergeht. Dies gilt umso mehr, weil derartige Aufnahmen, wenn sie einmal den Weg in die Pädophilenszene im Internet gefunden haben, dort über Jahre und Jahrzehnte kursieren, ohne dass man dies verhindern oder beenden kann.

c) Prüfung im Einzelfall

Um festzustellen, ob eine Abbildung lit. c) unterfällt, ist eine zweistufige Prüfung vorzunehmen. Ist eine Abbildung objektiv für einen Betrachter aus einschlägigen Kreisen sexuell aufreizend und damit grundsätzlich zur sexuellen Stimulierung geeignet, muss hinzukommen, dass diese Abbildung in der konkreten Verwendung durch den Täter primär sexuellen Zwecken dient. Maßstab für die Beurteilung, ob die Wiedergabe der unbedeckten Genitalien oder des unbedeckten Gesäßes eines Kindes überhaupt sexuell aufreizender Art ist, soll nach den Gesetzesmaterialien die Beurteilung eines „durchschnittlichen“ Betrachters sein.⁶⁸⁷ Da jedoch der nichtpädophile durchschnittliche Betrachter den Anblick nackter Kinder nicht

⁶⁸⁴ Explanatory Report to the Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse, Nr. 142, abrufbar unter: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800d3832> (11.07.2016).

⁶⁸⁵ Ziegler (Fn. 8), § 184b Rn. 4b.

⁶⁸⁶ Siehe oben II. 2. b); zur Kritik an einer umfassenden Pönalisierung Fischer (Fn. 23), § 184b Rn. 9a.

⁶⁸⁷ Vgl. BT-Drs. 18/3202, S. 27.

als sexuell aufreizend empfindet, kann dies nur so zu verstehen sein, dass der durchschnittliche pädophile Betrachter gemeint ist. Für die Bewertung, ob eine Abbildung nackter kindlicher Genitalien als tatbestandsmäßig anzusehen ist, muss mithin zunächst festgestellt werden, ob die konkrete Darstellung geeignet ist, einen Menschen mit pädophilen Neigungen sexuell zu erregen. Da ein Mensch mit pädophilen Neigungen regelmäßig schon die schlichte Abbildung eines nackten Kindes als sexuell stimulierend ansieht,⁶⁸⁸ würde man allein bei der objektiven Betrachtung zu einer (zu) weitgehenden Strafbarkeit gelangen. Hier ist nunmehr in einem zweiten Schritt der Regelungsgehalt der Richtlinie ergänzend als Korrektiv heranzuziehen. Es ist zu bewerten, ob die Bildaufnahme im konkreten Fall zur geschlechtlichen Erregung dient. Während bei lit. a) und lit. b) die sexuelle Handlung bzw. die Körperhaltung zum Zeitpunkt der Bildaufnahme maßgeblich sind, bezieht sich die aufreizende Wiedergabe mit ihrer subjektiven Zwecksetzung auf die jeweilige Tathandlung i.S.d. § 184b Abs. 1 Nr. 1 StGB, d.h. Herstellen, Verbreiten, Besitzverschaffen usw. Dabei muss sich die subjektive Zwecksetzung nicht aus der Aufnahme selbst ergeben, sondern kann auch aus Umständen außerhalb der Abbildung ermittelt werden, was vor allem für Tathandlungen im Anschluss an das Herstellen Bedeutung erlangt.

Durch diese zweistufige Prüfung ist sichergestellt, dass gewöhnliche Nacktaufnahmen – vor allem im Besitz von Eltern oder Verwandten der abgebildeten Kinder – weiterhin straflos bleiben, während dieselben Aufnahmen beim Hinzutreten einer sexuellen Zweckbestimmung in der Hand einer anderen Person strafbar sind. Für diese Sichtweise streitet auch der ebenfalls mit dem 49. StrÄG eingeführte § 201a StGB, der Nacktaufnahmen nur unter engeren Voraussetzungen pönalisiert.⁶⁸⁹ Das Merkmal ist im Einklang mit den internationalen Rechtsakten auch zukünftig nicht verwirklicht, wenn der Besitz der Bilder (oder die sonstigen Tathandlungen) medizinischen, künstlerischen oder wissenschaftlichen Zwecken dient; jedenfalls dürfte das Bild regelmäßig nicht als „pornografisch“ zu qualifizieren sein oder zumindest der speziell normierte Tatbestandsausschluss des § 184b Abs. 5 StGB eingreifen. Die demnach erforderliche „relative“ Bestimmung von Kinderpornografie in Fällen des lit. c) ist keineswegs ein neuer Gedanke. Schon früher hatte der BGH z.B. den Begriff des „Unzüchtigen“ in § 184 StGB a.F. als einen „relativen“ angesehen; demnach hing es letztlich oft von den Umständen (Zweck und Art der Verwendung) ab, ob ein Gegenstand „unzüchtigen“, also strafbaren Charakter hatte oder nicht.⁶⁹⁰ Entsprechendes gilt auch für das Erfordernis einer „pornografischen“ Schrift, wofür es ebenfalls einer Gesamtbewertung bedarf.⁶⁹¹

⁶⁸⁸ Vgl. *Wolak/Finkelhor/Mitchell*, Findings from the National Juvenile Online Victimization Study, 2005, abrufbar unter:

http://www.missingkids.com/en_US/publications/NC144.pdf (21.3.2016).

⁶⁸⁹ Hierzu unten III. 6.

⁶⁹⁰ BGHSt 3, 295.

⁶⁹¹ Siehe schon III. 1.

Die Tatsache, dass die Strafbarkeit des Besitzes von oder des Umgangs mit Gegenständen von solchen Umständen abhängt, die nicht nur in deren objektiver Beschaffenheit begründet liegt, ist im Strafrecht an zahlreichen Stellen anzutreffen, z.B. im Waffengesetz oder im Betäubungsmittelrecht. Im Kernstrafrecht können hier beispielhaft die §§ 86, 86a StGB angeführt werden. Auch bei diesen Strafnormen führt eine relative Betrachtungsweise nicht zu Schwierigkeiten in der Rechtsanwendung. Die Strafbarkeit des Umgangs mit bestimmten Gegenständen hängt nach diesen Vorschriften nicht ausschließlich von deren objektiver Beschaffenheit ab, sondern auch und gerade von der Zweckbestimmung des Täterhandelns. Die auf die Gegenstände bezogenen Tathandlungen, wie z.B. das in Datenspeichern öffentlich zugänglich machen, sind straflos, wenn sie zu Zwecken vorgenommen werden, die in § 86 Abs. 3 StGB privilegiert werden.

5. Ausgestaltung bei der Jugendpornografie in § 184c Abs. 1 Nr. 1 StGB

Bei den Tatbeständen der Jugendpornografie hat der Gesetzgeber lediglich parallele Regelungen zu § 184b Abs. 1 Nr. 1 lit. a) und lit. b) StGB aufgenommen und auf eine entsprechende nachträgliche Ausgestaltung im Sinne des § 184b Abs. 1 Nr. 1 lit. c) StGB verzichtet: „Ergänzend empfiehlt der Ausschuss, im Hinblick auf die wachsende sexuelle Selbstbestimmung junger Menschen, die auch ein sexuelles Ausprobieren beinhaltet, von der Erweiterung der Definition der kinderpornographischen Schriften in § 184b Abs. 1 Nummer 1 Buchstabe c StGB-E Abstand zu nehmen.“⁶⁹² Diese Begründung ist nur schwer nachzuvollziehen, da diese allenfalls einen Verzicht auf die Pönalisierung von Posing-Bildern im Sinne von § 184b I Nr. 1 lit. a) und lit. b) StGB für Fälle begründet hätte, in denen sich Jugendliche beim Posing ablichten. Soweit sich Bilder hingegen auf die Darstellung von Geschlechtsorganen fokussieren, hat dies wenig Bezug zum „sexuellen Ausprobieren“. Hinzu kommt, dass § 184b Abs. 1 Nr. 1 lit. c) StGB ausdrücklich der vollständigen Umsetzung der EU-Richtlinie dienen soll,⁶⁹³ die nach Art. 2 lit. a) aber auch Jugendpornografie mit einbezieht, da „Kind“ im Sinne der Richtlinie jede Person unter achtzehn Jahren ist. Soweit § 184c Abs. 1 Nr. 1 lit. a) und lit. b) bei Nacktaufnahmen ohne Abbildung einer Körperhaltung oder bei natürlichen Haltungen Lücken belassen, ist die Richtlinie unzureichend umgesetzt.

6. Ergänzende Regelung in § 201a Abs. 3 StGB

Abschließend sei noch darauf hingewiesen, dass ebenfalls mit dem 49. StrÄG in § 201a Abs. 3 StGB eine ergänzende Regelung aufgenommen wurde. Demnach wird bestraft, wer eine Bildaufnahme, die die Nacktheit einer anderen Person unter achtzehn Jahren zum Gegenstand hat, herstellt oder anbietet, um sie einer dritten Person gegen Entgelt zu verschaffen (Nr. 1), oder sich oder einer dritten Person gegen Entgelt verschafft (Nr. 2). Im Unterschied

⁶⁹² BT-Drs. 18/3202, S. 27.

⁶⁹³ Siehe oben III. 4.

zu § 184 Abs. 1 Nr. 1 StGB werden neben dem Herstellen und Anbieten aber nur entgeltliche Verschaffungsakte erfasst, was freilich zumeist der Fall sein dürfte, da nach § 11 Abs. 1 Nr. 9 StGB hierfür jede in einem Vermögensvorteil bestehende Gegenleistung ausreicht. Ein solcher Vermögenswert kann auch bereits in der Gewährung von Zugriffsmöglichkeiten vergleichbarer Nacktaufnahmen liegen, so dass der Austausch über Internetaustausbörsen (sog. Filesharing-Netzwerke) einbezogen ist. Im Übrigen ist der Tatbestand aber weiter als § 184 Abs. 1 Nr. 1 StGB, da er jegliche Nacktabbildungen von Kindern und Jugendlichen erfasst.⁶⁹⁴ Zentraler Begriff ist hier die „Nacktheit“. Diese muss zwar nicht ganz „vollständig“ sein.⁶⁹⁵ Allerdings sind damit nur im Wesentlichen vollständig unbedeckte Minderjährige gemeint. Dies folgt argumentum e contrario aus den Neufassungen der §§ 184b Abs. 1 Nr. 1 lit. b) und lit. c), 184c Nr. 1 lit. b) StGB, wo auf ein „ganz oder teilweise unbedecktes Kind“ bzw. mit den Begriffen „unbedeckten Genitalien“ und „unbedecktes Gesäß“ nur auf bestimmte Körperregionen abgestellt wird. Von einer Nacktheit i.S.d. § 201a Abs. 3 StGB ist freilich dann noch auszugehen, wenn der Bedeckung nur eine ganz untergeordnete Bedeutung – wie Strümpfe, Schuhe, Mützen, Handschuhe – zukommt.⁶⁹⁶ Das Abbilden von Teilen des Körpers ist daher nur erfasst, wenn wesentliche Teile nackt abgebildet werden. Maßgebliches Indiz für die Nacktheit ist vor allem, ob zumindest Geschlechtsorgane oder Gesäß unbedeckt sind.⁶⁹⁷

IV. Zusammenfassung

§ 184b Abs. 1 lit. a) und lit. b) StGB entsprechen im Wesentlichen der bisherigen Rechtslage. Allerdings kommt es bei § 184b StGB – erweiternd zur alten Rechtslage – nun nicht mehr auf das Einnehmen dieser Körperhaltung als sexuelle Handlung an, sondern lediglich auf die Körperhaltung selbst. Ob damit schlafende Kinder erfasst werden können, ist fraglich, da es sich hierbei um eine natürliche Körperhaltung handelt. Neu ist in lit. b) ferner, dass nunmehr auch Posingaufnahmen teilweise entkleideter Kinder strafbar sind. Bezüglich lit. c) gilt, dass nunmehr auch das sog. Präferenzmaterial, also schlichte Nacktaufnahmen von Kindern, soweit die unbedeckten Genitalien bzw. das unbedeckte Gesäß erkennbar sind, sowie die Großaufnahmen kindlicher Genitalien dem Kinderpornografiebegriff unterfallen. Dies gilt nur, wenn sich aus den Umständen der Tathandlung objektiv ergibt, dass der Besitz (bzw. die sonstige Tathandlung) dem Täter oder Dritten zur sexuellen Stimulierung dient, dass also das Material durch den Täter oder den Dritten einer sexuellen Zweckbestimmung zugeführt wird bzw. zugeordnet ist.

⁶⁹⁴ Eisele/Sieber, StV 2015, 312 (316).

⁶⁹⁵ Fischer (Fn. 23), § 184b Rn. 9.

⁶⁹⁶ Eisele/Sieber, StV 2015, 312 (317); Entwurf des Freistaates Bayern = BR-Drs. 127/14, S. 19.

⁶⁹⁷ Entwurf des Freistaates Bayern = BR-Drs. 127/14, S. 19, wo als Tathandlung jedoch ein Zur-Schau-Stellen vorgesehen war.

Im Hinblick auf den strafrechtlichen Anfangsverdacht bedeutet die Neufassung des § 184b StGB keine wesentliche Änderung für die Strafverfolgungsbehörden. Das BVerfG hatte in Bezug auf die alte Rechtslage bereits klargestellt, dass aus dem Besitz und Erwerb von seinerzeit straflosen Kindernacktbildern (Präferenzmaterial) auf den Besitz auch strafbaren Materials geschlossen werden durfte.⁶⁹⁸ Bei der Bewertung des Anfangsverdachts hat die Staatsanwaltschaft zukünftig – wie auch schon bisher – zu berücksichtigen, ob aus den jeweils bekannten Tatsachen der sexuelle Zweck eines Besitzes oder Erwerbes von Kindernacktbildern aufgrund kriminalistischer Erfahrung nahe liegt. Dies ist auch zukünftig nicht der Fall, wenn ein Vater sein nacktes Kind in der Öffentlichkeit fotografiert oder ein Arzt ein medizinisches Lehrbuch oder eine Person im öffentlich zugänglichen Online-Versandhandel ein bislang nicht strafbares Buch erwirbt. Dagegen ist auch zukünftig ein Anfangsverdacht anzunehmen, wenn Kindernacktbilder über Darknetplattformen bezogen werden oder wenn zahlreiche Kindernacktbilder in digitaler Form ohne sozialen Bezug des Besitzers zu den Abgebildeten bezogen oder besessen werden.

⁶⁹⁸ BVerfG NJW 2015, 851.

6e. Prof. Dr. Jörg Eisele

Reform der Strafvorschriften betreffend die Prostitution

I. Vorbemerkungen

Im Rahmen des vorliegenden Referats kann lediglich ein knapper Überblick über die wichtigsten Anliegen einer Reform der strafrechtlichen Vorschriften über die Prostitution gegeben werden.⁶⁹⁹ Eine Neuordnung kann dabei nicht erfolgen, ohne dass zum einen die Vorschriften über den Menschenhandel in §§ 232 ff. StGB und zum anderen der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Regulierung des Prostitutionsgewerbes sowie zum Schutz von in der Prostitution tätigen Personen, der ein Prostituiertenschutzgesetz (ProstSchG) und Änderungen des ProstG vorsieht, einbezogen werden.

Im Folgenden wird mit dem eben erwähnten Referentenentwurf davon ausgegangen, dass Prostitution nicht schlechthin verboten werden soll (Schwedisches Modell), sondern unter bestimmten Voraussetzungen zulässig ist bzw. jedenfalls nicht strafbar ist.⁷⁰⁰ Dem liegt – verkürzt ausgedrückt – die Sichtweise zugrunde, dass bei erwachsenen Personen, die freiwillig der Prostitution nachgehen, eine eigenverantwortliche Entscheidung des Individuums gegeben ist, die vom Staat zu respektieren ist.

II. Überblick über die zentralen Vorschriften

Zunächst gilt es zu beachten, dass ein zentraler Teil der Strafvorschriften über die Prostitution in §§ 232 ff. StGB enthalten ist. Die gravierendsten Fälle, in denen eine Person zur Prostitution gebracht wird, sind seit dem 37. StrÄG aus dem Jahre 2005 von den Vorschriften des 13. Abschnitts und damit vom Sexualstrafrecht in den 18. Abschnitt zu den Straftaten gegen die persönliche Freiheit verschoben worden. Dies geschah freilich lediglich, um den Menschenhandel an einem einheitlichen Standort im StGB zu regeln.⁷⁰¹ Da der eigentliche Menschenhandel derzeit aber nur in § 233a StGB normiert ist, § 232 StGB hingegen die sexuelle Ausbeutung mit engem Bezug zur Prostitution betrifft, sollte – entgegen der derzeitigen Planungen zu einer Reform der §§ 232 ff. StGB – eine einheitliche Regelung im 13. Abschnitt

⁶⁹⁹ Eine ausführliche Analyse mit aus meiner Sicht weitgehend treffenden Folgerungen findet sich bei *Renzikowski*, Strafvorschriften gegen Menschenhandel und Zwangsprostitution de lege lata und de lege ferenda, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 132, November 2014. Abrufbar unter <http://telc.jura.uni-halle.de/sites/default/files/BeitraegeTWR/Heft%20132.pdf> (Stand 15. Januar 2016).

⁷⁰⁰ Siehe auch *Laubenthal*, Sexualstraftaten, Rn. 760.

⁷⁰¹ BT-Drs. 15/3045, S. 6.

erfolgen.⁷⁰² Insgesamt zeigt sich, dass die derzeitigen Vorschriften einen weiten Überschneidungsbereich haben.

1. Menschenhandel gemäß § 232 StGB

Die strafwürdigsten Fälle von Prostitution sind derzeit in § 232 StGB⁷⁰³ geregelt. Diesen ist gemeinsam, dass das Opfer zur Aufnahme oder Fortsetzung der Prostitution oder zu sexuellen Handlungen gebracht wird.

a) § 232 Abs. 1 S. 1 StGB erfasst mit einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zehn Jahren (Qualifikationen in Abs. 3 mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren) zunächst die Ausnutzung von **Zwangslagen**, d.h. alle Fälle, in denen eine Person unter Ausnutzung einer Zwangslage oder der Hilflosigkeit, die mit ihrem Aufenthalt in einem fremden Land verbunden ist (sog. auslandsspezifische Hilflosigkeit), zur Aufnahme oder Fortsetzung der Prostitution oder dazu gebracht wird, sexuelle Handlungen, durch die sie ausgebeutet wird, an oder vor dem Täter oder einem Dritten vorzunehmen oder von dem Täter oder einem Dritten an sich vornehmen zu lassen.

b) Ferner erfasst § 232 Abs. 1 S. 2 StGB mit einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zehn Jahren (Qualifikationen in Abs. 3 mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren) Fälle, in denen eine **Person unter einundzwanzig Jahren** (d.h. ein Kind, ein Jugendlicher, aber auch ein Heranwachsender) zur Aufnahme oder Fortsetzung der Prostitution oder zu den sonst in Satz 1 bezeichneten sexuellen Handlungen gebracht wird.

c) Über § 232 Abs. 4 StGB wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren ferner das Bringen zur Prostitution **durch Gewalt, Drohung oder List** sowie das **Bemächtigen** mit der Absicht, das Opfer zur Prostitution u.s.w. zu bringen, bestraft.

2. Vorschriften des 13. Abschnitts

a) Ausbeutung von Prostituierten nach § 180a StGB

aa) § 180a Abs. 1 StGB sanktioniert mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren das gewerbsmäßige Unterhalten oder Leiten eines Betriebs, in dem Personen der Prostitution nachgehen,

⁷⁰² So auch der Vorschlag von *Renzikowski* (Fn. 1). Für eine Regelung im 13. Abschnitt etwa auch *MR-Eidam*, § 232 Rn. 3; *S/S/Eisele*, § 232 Rn. 7; *Schroeder*, NJW 2005, 1393 (1395).

⁷⁰³ § 232 StGB neu gefasst wir Wirkung vom 15.10.2016 durch Gesetz vom 11.10.2016 (BGBl. I S. 2226).

wenn diese in **persönlicher oder wirtschaftlicher Abhängigkeit gehalten** werden. Die Vorschrift, die im Lichte des ProstG auszulegen ist (dazu näher unten III 2), ist insoweit *enger* als § 232 StGB, da der Täterkreis auf das gewerbsmäßige Unterhalten (d.h. die Inhaberschaft am Betrieb) und das Leiten (Direktionsbefugnis)⁷⁰⁴ beschränkt ist. Große inhaltliche Überschneidungen mit der Zwangslage ergeben sich dann aber durch die Merkmale der persönlichen oder wirtschaftlichen Abhängigkeit.⁷⁰⁵ Insoweit ist unter Zwangslage i.S.d. § 232 StGB das Bestehen einer ernststen Not oder Bedrängnis persönlicher oder wirtschaftlicher Not zu verstehen.⁷⁰⁶ Da § 232 Abs. 1 StGB einen deutlich höheren Strafraumen (und auch Qualifikationen) aufweist, wird demnach durch § 180a Abs. 1 StGB der Bordellbetreiber privilegiert. Einschränkungen ergeben sich nur dadurch, dass § 232 Abs. 1 StGB die *Ausnutzung* der Zwangslage erfordert, was freilich auch in den Fällen des § 180a StGB häufig gegeben sein dürfte; streitig ist im Übrigen, ob das Merkmal der *Ausbeutung* bei § 232 StGB nur für die sexuellen Handlungen⁷⁰⁷ oder auch die Prostitution⁷⁰⁸ gilt und damit den höheren Strafraumen rechtfertigen kann. Da § 180a Abs. 1 StGB im Übrigen auch weite Überschneidungen mit § 181a Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB aufweist (dazu sogleich III 2 b), könnte bei entsprechender Anpassung des § 181a StGB die Vorschrift des § 180a Abs. 1 StGB entbehrlich werden.

bb) Nach § 180a Abs. 2 Nr. 1 StGB ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren strafbar, wer einer Person unter achtzehn Jahren zur Ausübung der Prostitution Wohnung, **gewerbsmäßig Unterkunft oder gewerbsmäßig Aufenthalt gewährt**. Damit soll verhindert werden, dass Jugendliche in Prostituiertenwohnheimen, Eros-Centern usw. aufgenommen werden, wo sie leicht in Abhängigkeiten geraten können.⁷⁰⁹ Diese Regelung führt freilich letztlich dazu, dass Jugendliche in die Straßenprostitution getrieben werden. Hingegen dürfte sie kaum geeignet sein, Jugendliche ganz grundsätzlich von der Prostitution abzubringen.⁷¹⁰ Daher sollte diese Vorschrift gestrichen werden.

Stattdessen ist grundsätzlich zu überlegen, welche Handlungen gegenüber Personen unter 18 bzw. 21 Jahren pönalisiert werden (vgl. unten III 3). Dabei ist nicht nur § 232 Abs. 1 S. 2 StGB (i.V.m. § 233 a StGB: Vorschubleisten durch Beherbergen), sondern auch § 180 Abs. 2 StGB zu berücksichtigen, der das Bestimmen einer Person unter achtzehn Jahren zu sexuellen Handlungen gegen Entgelt sowie das Vorschubleisten durch Vermittlung mit Geldstrafe

⁷⁰⁴ Näher zu diesen Begriffen S/S/Eisele, § 180a Rn. 10.

⁷⁰⁵ So auch Renzikowski (Fn. 1), S. 21 f.

⁷⁰⁶ Vgl. Fischer, § 232 Rn. 9; zu § 182 Abs. 1 Nr. 1 StGB auch BGHSt 42, 399.

⁷⁰⁷ So etwa Fischer, § 232 Rn. 5b; SK-Wolters, § 232 Rn. 9; Steen, StV 2007, 665 (666 f.).

⁷⁰⁸ So etwa NK-Böse, § 232 Rn. 9; Schroeder, NJW 2005, 1393 (1395); S/S/Eisele, § 232 Rn. 16.

⁷⁰⁹ BT-Drs. VI/1552, S. 27; Laubenthal, Sexualstraftaten, Rn. 807.

⁷¹⁰ MK-Renzikowski, § 180a Rn. 4; Schroeder, JR 2002, 408 (409); SK-Wolters, § 180a Rn. 15; S/S/Eisele, § 180a Rn. 12.

oder Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren bestraft. Ferner ist § 182 Abs. 2 StGB einzubeziehen, der eine Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren vorsieht, wenn der Täter eine Person unter achtzehn Jahren dadurch missbraucht, dass sie gegen Entgelt sexuelle Handlungen an ihm vornimmt oder an sich von ihr vornehmen lässt.

cc) Ebenfalls mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren wird nach § 180a Abs. 2 Nr. 2 StGB bestraft, wer eine andere Person, der er zur Ausübung der Prostitution Wohnung gewährt, zur Prostitution anhält (Var. 1) oder im Hinblick auf sie ausbeutet (Var. 2).

(1) Soweit das **Anhalten zur Prostitution (Var. 1)**, das eine andauernde und nachhaltige Beeinflussung erfordert, die nicht nur in gelegentlichen Äußerungen besteht,⁷¹¹ strafbar ist, überzeugt dies nach dem ProstG wenig. Denn es ist nicht ersichtlich, weshalb das Überreden zu einer legalen Tätigkeit – unabhängig davon, ob man einen Erfolg oder zumindest ein Fördern verlangt⁷¹² – ohne Hinzutreten weiterer Umstände strafbar sein soll. Letztlich trifft die volljährige Prostituierte hier eine eigenverantwortliche Entscheidung.⁷¹³ § 180a Abs. 2 Nr. 2 Var. 1 StGB sollte daher ebenfalls gestrichen werden.

(2) Die Vorschrift enthält im Übrigen für den Fall der **Ausbeutung durch Wohnungsgewährung (Var. 2)** einen Spezialfall der Ausbeutung nach § 181a StGB,⁷¹⁴ der im Wesentlichen darauf beruht, dass der Vermieter es sich zunutze machen kann, dass es für Prostituierte schwierig ist, entsprechende Räumlichkeiten anzumieten. Da die Ausbeutung nach § 181a Abs. 1 StGB grundsätzlich mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren bestraft wird, wird bei § 180a Abs. 2 Nr. 2 StGB der Vermieter kaum nachvollziehbar privilegiert (sog. Vermieterprivileg).⁷¹⁵ Die Vorschrift sollte daher ebenfalls gestrichen werden.

dd) Ergebnis: Die Vorschrift des § 180a StGB ist bei einer Anpassung der übrigen Vorschriften entbehrlich, da das Unrecht bereits jetzt im Wesentlichen von § 232 StGB und § 181a StGB erfasst wird.

b) Zuhälterei nach § 181a StGB

aa) § 181a Abs. 1 Nr. 1 StGB bestraft die **Ausbeutung der Prostituierten**, ohne dass es einer Zwangslage oder eines jugendlichen Alters bedarf. Insoweit dürften viele Fälle des §

⁷¹¹ Vgl. BGH NSTz 1983, 220.

⁷¹² Dagegen *Laubenthal*, Sexualstraftaten, Rn. 812; *SK-Wolters*, § 180a Rn. 26.

⁷¹³ Siehe auch *MR-Eschelbach*, § 180a Rn. 20; *MK-Renzikowski*, § 180a Rn. 4 und Rn. 43.

⁷¹⁴ Die Ausbeutung bei § 180a Abs. 2 Nr. 2 und § 181a Abs. 1 Nr. 1 StGB hat nach h.M. denselben Inhalt; vgl. BGH NSTe Nr. 3; *Fischer*, § 180 a Rn. 27; *SK-Wolters*, § 180a Rn. 27; a.A. *Laubenthal*, Sexualstraftaten, Rn. 606.

⁷¹⁵ Vgl. nur *MR-Eschelbach*, § 180a Rn. 18; *S/S/Eisele*, § 180 a Rn. 17;

180a Abs. 1 StGB, der auch die wirtschaftliche Abhängigkeit mit einbezieht, von § 181a Abs. 1 Nr. 1 StGB erfasst werden, da auch die Ausbeutung ein Element der Abhängigkeit verlangt.⁷¹⁶ In der Ausbeutung dürfte letztlich der Kern eines eigenständigen Tatbestandes liegen, der neben diejenigen Strafvorschriften treten sollte, die an Zwangslagen oder das Alter der Prostituierten anknüpfen.

bb) § 181a Abs. 1 Nr. 2 StGB (sog. „**dirigierende Zuhälterei**“) erfasst Fälle, in denen der Täter seines Vermögensvorteils wegen eine andere Person bei der Ausübung der Prostitution überwacht (Var. 1), Ort, Zeit, Ausmaß oder andere Umstände der Prostitutionsausübung bestimmt (Var. 2) oder Maßnahmen trifft, die sie davon abhalten sollen, die Prostitution aufzugeben (Var. 2), und im Hinblick darauf Beziehungen zu ihr unterhält, die über den Einzelfall hinausgehen. Da das Halten in persönlicher Abhängigkeit i.S.d. § 180 a Abs. 1 StGB ohne eine entsprechende Überwachung der Prostitutionsausübung kaum denkbar ist, zeigt sich auch hier ein weiter Überschneidungsbereich,⁷¹⁷ der derzeit vor allem durch Restriktionen bei § 181a Abs. 1 Nr. 2 StGB aufgelöst werden soll, so dass teilweise auf eine Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit durch Gewalt, Drohung, Versagen von Schutz usw. abgestellt wird.⁷¹⁸ Zu beachten ist ferner, dass die Einschränkung „seines Vermögensvorteils wegen“ kaum praktische Bedeutung erlangt, da diese Voraussetzung im Hinblick auf den wirtschaftlichen Profit regelmäßig gegeben sein wird. Zu beachten ist im Übrigen, dass die Vorschrift im Lichte des ProstG ausgelegt werden muss:⁷¹⁹

(1) Ist die Prostitution als sozialversicherungspflichtige Tätigkeit rechtlich anerkannt, so können **arbeitsrechtlich zulässige Überwachungsmaßnahmen und Weisungen** (Var. 1 und Var. 2) keine Strafbarkeit mehr begründen. Bereits der Gesetzgeber hat darauf hingewiesen, dass „eine freiwillig getroffene Vereinbarung über Ort und Zeit der Prostitutionsausübung, also ein einvernehmlich begründetes rechtlich wirksames Beschäftigungsverhältnis, das Prostituierten eine jederzeitige Loslösung aus dieser vertraglichen Beziehung ermöglicht“, nicht vom Tatbestand erfasst wird.⁷²⁰ Voraussetzung für dessen Verwirklichung ist vielmehr, dass sich die Prostituierte auf Grund wirtschaftlicher oder persönlicher Abhängigkeit der Kontrolle bzw. Weisung nicht entziehen kann.⁷²¹ Erfasst werden damit nur Einschränkungen des Selbstbestimmungsrechts, die über die in einem normalen Arbeitsverhältnis üblichen Maß-

⁷¹⁶ § 180a Abs. 1 StGB ist in solchen Fällen subsidär, vgl. *S/S/Eisele*, § 181a Rn. 24.

⁷¹⁷ BGH StV 2003, 617; *Fischer*, § 181 Rn. 12a; *MK-Renzikowski*, § 181a Rn. 36.

⁷¹⁸ Näher zu solchen Lösungen *MK-Renzikowski*, § 181a Rn. 36 ff.; *S/S/Eisele*, § 181a Rn. 7.

⁷¹⁹ BGHSt 48, 314 (318 ff.); vgl. Hierzu nur *Laubenthal*, Sexualstraftaten, Rn. 42; *SK-Wolters*, § 181a Rn. 11; *S/S/Eisele*, § 181a Rn. 8a f.

⁷²⁰ BT-Drs. 14/5958, S. 5; s. auch BGHSt 48, 314 (319); BayObLG StV 2004, 210 (211); *Fischer*, § 181a Rn. 13 a; *Heger*, StV 2003, 350 (353). Siehe aber auch *SK-Wolters*, § 181a Rn. 11, wonach auf Grundlage einer freiwilligen Vereinbarung auch die Vorgabe von Art und Ausmaß der Prostitution sowie die Kontrolle deren Ausübung nicht erfasst wird.

⁷²¹ BGHSt 48, 314 (319); BGH NSTZ 2015, 638 f.; näher *S/S/Eisele*, § 181 Rn. 8a.

nahmen hinausgehen.⁷²² Anzeichen hierfür können z.B. unangemessene, benachteiligende Arbeitsbedingungen, Drohen von Sanktionen, Beschränkungen der persönlichen Freiheit durch Wegnahme von Personalpapieren, Ausgangsbeschränkungen, Verstrickung in Schulden usw. sein.⁷²³

Auch kann der Tatbestand bei **Weisungen** nicht allein auf Grund der Vorgabe von Arbeitszeiten Arbeitsorten, Arbeitskleidung, Hygienestandards, Festsetzen von Preisen und einer festen Organisationsstruktur angenommen werden, wenn die Prostituierte den Arbeitsbedingungen zugestimmt hat. Unzulässig sind dagegen Anordnungen hinsichtlich der *Ausführung bzw. der Art und Weise einzelner sexueller Handlungen* sowie hinsichtlich der Anzahl der sexuellen Kontakte; ferner darf die Prostituierte keinem Weisungsrecht dahingehend unterliegen, dass sie bestimmte Kunden annehmen muss.⁷²⁴ Dem ist zuzustimmen, da solche Weisungen in das sexuelle Selbstbestimmungsrecht eingreifen.

(2) Letztlich ist das ProstG auch für Maßnahmen in den Blick zu nehmen, die die Prostituierte davon abhalten sollen, die Prostitution aufzugeben (Var. 3). Soweit eine bessere Bezahlung gewährt wird oder auf den wegfallenden Verdienst aus legaler Prostitution hingewiesen wird, vermag dies den Tatbestand nicht zu begründen. Letztlich muss hier ebenfalls die Entscheidungsfreiheit mit unzulässigen Mitteln beeinträchtigt werden.⁷²⁵ Dabei ergeben sich erneut weite Überschneidungen mit § 232 Abs. 1 S. 1 (ggf. i.V.m. Abs. 4) StGB, der auch Fälle erfasst, in denen der Täter durch Ausnutzen einer Zwangslage, Drohung u.s.w. das Opfer zur Fortsetzung der Prostitution bringt, so dass diese Variante kaum eigenständige Bedeutung zukommt.

(3) Für eine Reform ergibt sich daraus folgende Leitlinie: Es ist zunächst zu prüfen, welche Maßnahmen des Betreibers eines Prostitutionsgewerbes nach ProstG und ggf. einem künftigen ProstSchG zulässig sind. Solche Handlungen können ohne Hinzutreten weiterer Umstände eine Strafbarkeit nicht begründen. Möchte die Prostituierte zulässigen Weisungen nicht nachkommen, kann sie von ihrem jederzeitigen Kündigungsrecht Gebrauch machen.

cc) § 181a Abs. 2 StGB normiert die **sog. kupplerische Zuhälterei**, bei der ein Täter die persönliche oder wirtschaftliche Unabhängigkeit einer anderen Person dadurch beeinträchtigt, dass er gewerbsmäßig die Prostitutionsausübung der anderen Person durch Vermittlung

⁷²² BGHSt 48, 314 (319); BGH NSTz 2010, 274.

⁷²³ BGHSt 48, 314 (319); OLG Celle NSTz-RR 2013, 144.

⁷²⁴ BGHSt 48, 314 (319); Heger, StV 2003, 350 (353); SK-Wolters, § 181a Rn. 12.

⁷²⁵ Siehe etwa BGH NSTz-RR 2002, 232, wonach es darauf ankommen soll, dass sich das Opfer durch Zwang oder Drohung festgehalten fühlt.

sexuellen Verkehrs fördert und im Hinblick darauf Beziehungen zu ihr unterhält, die über den Einzelfall hinausgehen. Ebenso wie bei den übrigen Tatbeständen ist zu beachten, dass die Förderung zulässiger Prostitution nicht strafbar ist. Daher hat bereits der Gesetzgeber mit dem ProstG als zusätzliche Voraussetzung die Beeinträchtigung der persönlichen oder wirtschaftlichen Unabhängigkeit eingeführt. Nicht mehr erfasst werden soll jedenfalls die bloße Vermittlung des freiwilligen Verkehrs.⁷²⁶ Es spricht viel dafür, die Vermittlung den übrigen Formen des Betriebes eines Prostitutionsgewerbes gleichzustellen und in einem einheitlichen Tatbestand zu regeln (sogleich III.).

dd) Gestrichen werden könnte auch die unklare⁷²⁷ Beziehungsklausel („und im Hinblick darauf Beziehungen zu ihr unterhält, die über den Einzelfall hinausgehen“), da diese zumeist keine besondere Bedeutung erlangt⁷²⁸ und da auch die nur einzelne oder gelegentliche Ausbeutung von Prostituierten – wie § 232 StGB zeigt – durchaus strafwürdig ist. Damit würde auch die diesbezügliche Sonderregelung für Ehegatten in § 181a Abs. 3 StGB entbehrlich.

III. Grundlinien einer Reform

Fälle der Zwangsprostitution und der Prostitution von Heranwachsenden (Personen unter 21 Jahren) werden von § 232 StGB erfasst. Unabhängig vom Standort im StGB dürfte Konsens bestehen, dass diese Vorschriften – ungeachtet einzelner Details – im Kern erhalten bleiben. Für weitere Reformfragen bleiben damit folgende Regelungsbereiche übrig: Ausbeutung von Prostituierten, Überwachungs- und Weisungsmaßnahmen, Vermittlung und Jugendschutz.

1. Ausbeutung von Prostituierten unter Einbeziehung von Vermittlung

a) In Anlehnung an § 181a Nr. 1 StGB könnte ein allgemeiner Ausbeutungstatbestand geschaffen werden, der als Täter nicht nur den Betreiber eines Prostitutionsgewerbes, sondern Jedermann erfasst. Damit käme es für die Strafbarkeit auch nicht darauf an, ob gemäß § 11 ProstSchG-E⁷²⁹ eine behördliche Erlaubnis für die Ausübung eines Prostitutionsgewerbes vorliegt. Auf Opferseite wären zunächst alle Personen einzubeziehen. Zu überlegen wäre, ob für Kinder und Jugendliche auf Opferseite eine Qualifikation geschaffen wird; der Unter-

⁷²⁶ BT-Drs. 14/7174, S. 10; OLG Celle NStZ-RR 2013, 144.

⁷²⁷ Siehe auch SK-Wolters, § 181a Rn. 5.

⁷²⁸ Vgl. auch MK-Renzikowski, § 181a Rn. 49.

⁷²⁹ Mit Modifikationen verkündet als Art. 1 G v. 21. 10. 2016 (BGBl. I S. 2372); Inkrafttreten gem. Art. 7 Abs. 2 dieses G am 1. 7. 2017, wobei § 36 gem. Art. 7 Abs. 1 dieses G bereits am 28. 10. 2016 in Kraft getreten ist.

schied zu § 232 Abs. 1 S. 2 StGB läge dann darin, dass allein die Ausbeutung bestraft wird, ohne dass der Täter das kindliche oder jugendliche Opfer zur Aufnahme oder Fortsetzung der Prostitution gebracht haben muss.

b) Statt dem engeren Begriff der Ausbeutung, der nach bisherigem Verständnis auf das planmäßige Ausnutzen eines Herrschafts- oder Abhängigkeitsverhältnisses abstellt und die persönliche bzw. wirtschaftliche Unabhängigkeit des Opfers schützt,⁷³⁰ könnte auch an ein „auffälliges Missverhältnis“ von Leistung und Gegenleistung (vgl. etwa §§ 233, 291 StGB) angeknüpft und damit der Schutz des Vermögens in den Vordergrund geschoben werden. Damit würde zunächst die Abgrenzung zu § 232 StGB deutlicher, der bereits an eine Zwangslage anknüpft und daher das Element der persönlichen und wirtschaftlichen Abhängigkeit ebenfalls berücksichtigt. Zugleich käme es auf den mitunter schwierigen Nachweis solcher Abhängigkeitsverhältnisse nicht an. In einen solchen Tatbestand ließe sich auch die Vermittlung (leichter) integrieren.⁷³¹ Dafür spräche immerhin, dass § 2 Abs. 3 Nr. 4 ProstSchG-E die gewerbliche Vermittlung ausdrücklich als Betreiben eines Prostitutionsgewerbes einstuft und damit zwischen Betreiben einer Prostitutionsstätte, Bereitstellen eines Prostitutionsfahrzeuges, dem Organisieren und Durchführen einer Prostitutionsveranstaltung und der Prostitutionsvermittlung im Ausgangspunkt nicht unterscheidet. Letztlich zielt auch der Entwurf eines ProstSchG in § 26 Abs. 3 bis Abs. 5 darauf ab, solche auffälligen Missverhältnisse zu vermeiden:

(3) Vereinbarungen über Leistungen des Betreibers eines Prostitutionsgewerbes gegenüber Prostituierten und über Leistungen von Prostituierten gegenüber dem Betreiber bedürfen der Schriftform. Der oder die Prostituierte kann verlangen, dass die schriftliche Vereinbarung unter Verwendung des Alias aus einer gültigen Aliasbescheinigung abgeschlossen wird. Der Betreiber ist verpflichtet, der oder dem Prostituierten eine Ausfertigung jeder Vereinbarung auszuhändigen.

*(4) Dem Betreiber eines Prostitutionsgewerbes ist es verboten, sich von den Prostituierten für die Vermietung von Räumlichkeiten, für eine sonstige Leistung oder für die Vermittlung einer Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren zu lassen, **die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung oder zu deren Vermittlung stehen.***

⁷³⁰ Vgl. BGH NSTZ 1984, 334; BGH NSTZ 2014, 453 (455).

⁷³¹ Vgl. auch den Vorschlag von Renzikowski (Fn. 1), S. 58:

(1) Wer sich für eine Leistung zur Förderung der Prostitution Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung oder deren Vermittlung stehen, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer eine andere Person, die der Prostitution nachgeht, dazu bestimmt, einen wesentlichen Teil des Prostitutionserlöses abzuliefern.

(5) Der Betreiber eines Prostitutionsgewerbes ist verpflichtet, Prostituierten, die im Rahmen seines Prostitutionsgewerbes tätig sind, jeweils einen Nachweis über die durch diese an den Betreiber ergangenen Zahlungen auszuhändigen. Dies gilt auch für Zahlungen des Betreibers an die genannten Personen.

Für die Ausbeutungsvariante spricht hingegen, dass diese Zuhälter deutlich besser erfasst, da hier Leistung und Gegenleistung schwer zu bemessen sind und das Missverhältnis im ProstSchG speziell auf Betreiber bezogen ist. Ggf. wäre auch zu erwägen, ob beide Varianten nebeneinander gestellt werden.

2. Überwachungs- und Weisungsmaßnahmen

a) Wie bereits gezeigt, ist es derzeit gemäß § 181a Abs. 1 Nr. 2 StGB strafbar, wenn Anordnungen hinsichtlich der Ausführung bzw. der Art und Weise einzelner sexueller Handlungen, hinsichtlich der Anzahl der sexuellen Kontakte oder bestimmter Kunden erfolgen. Mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren werden über § 232 Abs. 1 S. 1 (ggf. i.V.m. Abs. 4) StGB Fälle des Zwangs pönalisiert, da das Opfer auch dann zur Fortsetzung der Prostitution gebracht wird, wenn sich die Qualität bereits zuvor erbrachter Prostitutionsleistungen durch die Einwirkung des Täters ändert. Das Merkmal der Fortsetzung kann daher auch auf die Art und Weise der Prostitutionsausübung bezogen werden, so dass auch das Bringen zu einer **intensiveren Form der Prostitutionsausübung** tatbestandsmäßig ist.⁷³² Dies soll etwa bei ungeschütztem Verkehr mit geschlechtskranken Kunden der Fall sein.⁷³³ Änderungen, die lediglich den Umfang betreffen, sollen nur genügen, wenn durch das „Mehr“ die Freiheit der Prostituierten deutlich spürbar beschnitten wird.⁷³⁴ Teilweise wird angenommen, dass das Opfer in solchen Fällen jedenfalls stets **zu sonstigen sexuellen Handlungen gebracht wird** und damit der Streit, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen der Täter das Opfer zur Fortsetzung der Prostitution bringt, praktisch seine Bedeutung verloren habe.⁷³⁵ Dem ist jedenfalls dann zuzustimmen, wenn man dem Merkmal der sexuellen Handlung eine Auffangfunktion zuspricht und man die Prostitution lediglich als eine spezielle Form der sexuellen Ausbeutung ansieht. Das Bringen zu einer sexuellen Handlung kann daher etwa bejaht werden, wenn das Opfer lediglich genötigt wird, die Prostitution mit einem anderen Kunden fortzusetzen.⁷³⁶ Regelungsbedarf im Rahmen des § 181a StGB besteht daher

⁷³² BGHSt 42, 181 (184 f.) zu § 181 Abs. 1 Nr. 1 a.F.; Lackner/Kühl, § 232 Rn. 3; Laubenthal, Sexualstrafataten, Rn. 779 f.; a.A. Schroeder, JZ 1995, 232 (235).

⁷³³ BGH NStZ 2004, 682 (683), nicht aber bei übergewichtigen Kunden.

⁷³⁴ BGHSt 42, 181 (185).

⁷³⁵ MK-Renzikowski, § 232 Rn. 43.

⁷³⁶ S/S/Eisele, § 232 Rn. 14.

vor allem unterhalb der Schwelle der Ausnutzung einer Zwangslage, Gewalt, Drohung oder List i.S.d. § 232 StGB.

b) Fraglich ist sodann, ob allein die Vornahme unzulässiger Überwachungs- oder Weisungsmaßnahmen die Strafbarkeit begründen soll. Damit würde akzessorisch zu § 3 ProstG, der eine Abweichung zu § 106 GewO enthält, eine Strafbarkeit begründet. § 3 ProstG soll ebenfalls geändert werden, wobei folgender Wortlaut vorgesehen ist:

„(1) Weisungen, die Art oder Ausmaß der Erbringung sexueller Dienstleistungen vorschreiben, sind unzulässig.

(2) Bei Prostituierten steht das eingeschränkte Weisungsrecht im Rahmen einer abhängigen Tätigkeit der Annahme einer Beschäftigung im Sinne des Sozialversicherungsrechts nicht entgegen.“

Auch die Regelungen in § 26 Abs. 1 und Abs. 2 ProstSchG-E verdeutlichen dies:

(1) Die Ausgestaltung sexueller Dienstleistungen wird ausschließlich zwischen den Prostituierten und deren Kundinnen und Kunden in eigener Verantwortung festgelegt.

(2) Der Betreiber sowie für den Betreiber handelnde Personen dürfen Prostituierten keine nach § 3 Absatz 1 des Prostitutionsgesetzes unzulässigen Weisungen erteilen. Ebenso unzulässig sind sonstige Vorgaben zu Art oder Ausmaß sexueller Dienstleistungen.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass auch bei einer Vereinbarung mit dem Kunden i.S.v. § 26 Abs. 1 ProstSchG-E die Prostituierte schuldrechtlich nicht zur Erfüllung dieser Vereinbarung verpflichtet ist.⁷³⁷ Selbst wenn eine Prostituierte in einem Betrieb engagiert ist, der bestimmte Praktiken anbietet (z.B. „SM-Betrieb“), kann sie solche Praktiken sowohl gegenüber dem Betreiber als auch dem Kunden ablehnen. Ferner soll das umfassende Verbot, Vorgaben zu Art oder Ausmaß sexueller Dienstleistungen (insb. hinsichtlich bestimmter Sexualpraktiken, bestimmter Kunden oder der Häufigkeit) zu erteilen, auch Fälle angemessener Weisungsbefugnis, in denen also kein echtes Beschäftigungsverhältnis besteht, erfassen.⁷³⁸ Nach Auffassung des ProstSchG-E soll auch die Vorgabe, sich vollständig unbekleidet den Kunden zu präsentieren bzw. sich in den Räumen des Betriebs aufzuhalten, aufgrund eines Eingriffs in den Kernbereich des Persönlichkeitsrechts (sog. Intimsphäre) unzulässig sein, obgleich diese Vorgabe nicht unmittelbar die Vornahme der sexuellen Handlung selbst betrifft.⁷³⁹ Umge-

⁷³⁷ Begründung zu § 26 Abs. 1 ProstSchG-E, S. 87.

⁷³⁸ Begründung zu § 26 Abs. 1 ProstSchG-E, S. 88.

⁷³⁹ Begründung zu § 26 Abs. 1 ProstSchG-E, S. 88.

kehrt sollen mit Recht ausnahmsweise auch Weisungen über Art und Weise der sexuellen Dienstleistungen zulässig sein, wenn diese dem Schutz der Prostituierten oder einem Dritten dienen oder zur Gewährleistung der Sicherheit erforderlich sind. Dies gilt etwa im Hinblick auf die in § 32 ProstSchG-E vorgesehene Kondompflicht, aber auch hinsichtlich eines Verbots, die sexuellen Dienstleistungen in nicht dafür vorgesehenen Zimmern zu erbringen oder sexuelle Handlungen auf Video aufzunehmen.⁷⁴⁰

Entsprechend dieser Grundsätze könnte man mit *Renzikowski* denjenigen (mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren) bestrafen, „*der die Art und Weise der Prostitutionsleistung vorschreibt*“.⁷⁴¹ Da Weisungen hinsichtlich Art und Ausmaß der sexuellen Dienstleistung freilich bereits arbeitsrechtlich unverbindlich sind, kann die Prostituierte entsprechende Ansinnen ablehnen, so dass man in Anlehnung an das geltende Recht überlegen könnte, ob weitere einschränkende Merkmale – wie etwa persönliche oder wirtschaftliche Abhängigkeit – erforderlich sein sollten. Andererseits muss man auch sehen, dass im Kontext von Prostitutionsleistungen häufig ein faktischer Druck zur Befolgung solcher Weisungen bestehen wird, weil ansonsten zumindest das Ende der Beschäftigung im Prostitutionsbetrieb zu befürchten ist. Jedenfalls sollte man die Strafbarkeit nicht davon abhängig machen, dass sich die Prostituierte tatsächlich der Weisung durch Vornahme der angesonnenen sexuellen Handlungen beugt, da der Nachweis der Kausalität zu erheblichen Beweisproblemen führen würde. Sinnvoll erscheint es aber, an die Vornahme der Weisung strengere Anforderungen zu stellen, so dass die nur einmalige oder nicht nachdrückliche Aufforderung nicht genügt. Dies könnte ggf. über bekannte Tathandlungen wie Anhalten⁷⁴² oder Einwirken⁷⁴³ erreicht werden. So verlangt auch die Rechtsprechung derzeit bei § 181a Abs. 1 Nr. 2 StGB einen „bestimmenden Einfluss“, während das freiwillige Akzeptieren von Bedingungen die dirigierende Zuhälterei ausschließen soll.⁷⁴⁴

c) Da dem Betreiber eines Prostitutionsgewerbes nach dem Entwurf eines ProstSchG umfassende Kontroll- und Compliancemaßnahmen (§§ 23 ff. ProstSchG-E; z.B. § 27: Kontrolle von Personaldokumenten und Anmeldebescheinigung; Hinweispflicht auf gesundheitliche Beratung) obliegen, dürfte die rechtswidrige kontrollierende Überwachung nur noch selten Bedeutung erlangen. Schon bisher wurde diesbezüglich verlangt, dass das Verhalten geeignet sein muss, die Prostituierte in Abhängigkeit vom Täter zu halten oder ihre Selbstbestimmung zu beeinträchtigen.⁷⁴⁵ Die bloße Kontrolle der Einnahmen der Preisgestaltung u.s.w.

⁷⁴⁰ Begründung zu § 26 Abs. 1 ProstSchG-E, S. 88.

⁷⁴¹ Renzikowski (Fn. 1), S. 57.

⁷⁴² Vgl. § 180a Abs. 2 Nr. 2 StGB.

⁷⁴³ Vgl. § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB.

⁷⁴⁴ BGH NStZ 2015, 638 f.

⁷⁴⁵ BGHSt 48, 314 (317); BGH NStZ-RR 2002, 232.

genügt für sich genommen nicht.⁷⁴⁶ Soweit man daher für Überwachungsmaßnahmen unterhalb der Schwelle des § 232 StGB noch Regelungsbedarf sieht, könnte der bisherige § 180a Abs. 1 StGB dergestalt in die Regelung integriert werden, dass das Halten der Prostituierten durch den Betreiber bzw. die Beeinträchtigung in persönlicher oder wirtschaftlicher Abhängigkeit sanktioniert wird. Der Tatbestand müsste dann unabhängig davon zur Anwendung kommen, ob eine Erlaubnis zum Betreiben des Prostitutionsgewerbes nach § 11 ProstSchG vorliegt oder nicht.

3. Spezielle Fragen des Jugendschutzes

Zunächst ist zu beachten, dass die zuvor beschriebenen Tatbestände für Ausbeutung und rechtswidrige Weisungen auch für Jugendliche gelten sollen. Zudem wird der Jugendschutz derzeit bereits maßgeblich über § 232 Abs. 1 S. 2 StGB begründet. Strafbar ist es bereits, wenn der Täter eine Person unter 21 Jahren zur Aufnahme oder Fortsetzung der Prostitution oder entsprechenden sexuellen Handlungen bringt, ohne dass es einer Zwangslage u.s.w. bedarf. In Übererfüllung der internationalen Vorgaben über den Menschenhandel hat der Gesetzgeber hier die Heranwachsenden mit einbezogen.⁷⁴⁷ Dabei besteht ein Wertungswiderspruch zu § 180 Abs. 2 Var. 1 StGB. Demnach wird nur mit bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe bestraft, wer eine Person unter achtzehn Jahren bestimmt, entgeltliche sexuelle Handlungen vorzunehmen oder vornehmen zu lassen oder solchen Handlungen durch Vermittlung Vorschub leistet. Was den Unrechtsgehalt der Tat anbelangt, stellt § 232 Abs. 1 S. 2 StGB mit seinem höheren Strafraum zunächst sogar geringere Anforderungen, da auch heranwachsende Opfer miteinbezogen sind, die sexuellen Handlungen ferner unentgeltlich sein können und lediglich ein Dazu-Bringen (im Unterschied zum Bestimmen i.S.d § 180 Abs. 2 StGB) als Tathandlung genügt. Der Sanktionensprung und das höhere Schutzalter lassen sich hier allenfalls mit dem Merkmal der Ausbeutung begründen.⁷⁴⁸ Bei einer Gesamtreform sollten solche Ungereimtheiten beseitigt werden, die freilich hier vor allem durch die weite Ausgestaltung des § 232 Abs. 1 S. 2 StGB bedingt sind. Überlegt werden könnte etwa, ob die Förderung bzw. das Vorschubleisten hinsichtlich der Prostitution durch Minderjährige grundsätzlich im Zusammenhang mit den Prostitutionsdelikten geregelt wird.

Weiter ist auch § 182 Abs. 2 StGB in den Blick zu nehmen. Danach wird eine Person über achtzehn Jahren bestraft, die eine Person unter achtzehn Jahren dadurch missbraucht, dass sie gegen Entgelt sexuelle Handlungen an ihr vornimmt oder an sich von ihr vornehmen

⁷⁴⁶ BGH NSTZ 2015, 638 (639).

⁷⁴⁷ Vgl. bereits BT-Drs. 12/2046, S. 6: „an sich systemwidrig“; BT-Drs. 15/3045, S. 8, sah hingegen eine Altersgrenze von 18 Jahren vor.

⁷⁴⁸ Vgl. auch BT-Drs. 15/4048, S. 12, wonach das Merkmal der Ausbeutung Wertungswidersprüche zum Sexualstrafrecht verhindern soll; krit. MK-Renzikowski, § 232 Rn. 48.

lässt. Mit der Vorschrift soll den im Erleben von Sexualität als „käuflicher Ware“ liegenden Gefahren für die sexuelle Entwicklung⁷⁴⁹ und dem zu befürchtenden Abgleiten in die Prostitution⁷⁵⁰ begegnet werden. Erfasst wird also die sog. Freierstrafbarkeit, soweit es um sexuelle Kontakte mit Jugendlichen geht. Auch hier führt die Altersgrenze auf Opferseite zu Ungeheimheiten gegenüber § 232 Abs. 1 S. 2 StGB, da § 232 Abs. 1 S. 2 StGB mit seinem höheren Schutzalter nicht verlangt, dass der Täter selbst den sexuellen Kontakt ausübt.

4. Freierstrafbarkeit

Hinsichtlich Jugendlicher regelt – wie bereits gezeigt – § 182 Abs. 2 StGB die Freierstrafbarkeit. Für Fälle der Zwangsprostitution ist eine solche diskutabel, wenn hierbei an das Ausnutzen einer Zwangssituation des Opfers und damit an Zwangsprostitution angeknüpft wird.⁷⁵¹ Unterhalb dieser Schwelle – also etwa bei unzulässigen Weisungen des Bordellbetreibers oder wirtschaftlicher Ausbeutung – ist eine Freierstrafbarkeit nicht zu befürworten, zumal sich hier auch der Vorsatz des Kunden kaum nachweisen lassen wird. Hinzuweisen ist noch darauf, dass in § 33 Abs. 1 Nr. 4 ProstSchG-E die Nichtverwendung von Kondomen durch Kunden oder Kundinnen als Ordnungswidrigkeit vorgesehen ist.

5. Regelungen der §§ 184f und § 184g StGB

Spätestens seit Erlass des ProstG wird mit Recht die Streichung der §§ 184f, 184g StGB mangels strafwürdigem Unrechtsgehalt gefordert.⁷⁵² Blickt man auf die Regelungen des ProstSchG-E, so spricht alles dafür, diese allenfalls als Ordnungswidrigkeiten beizubehalten. In § 33 Abs. 2 ProstSchG ist ein umfangreicher Katalog von Ordnungswidrigkeiten für Betreiberverstöße vorgesehen. Insbesondere ist es demnach nach § 33 Abs. 2 Nr. 1 ProstSchG-E eine Ordnungswidrigkeit, wenn das Gewerbe ohne Erlaubnis betrieben wird. Da im Bereich der §§ 184f, 184g StGB keine Erlaubnis erteilt wird (z.B. bei § 184f StGB keine Erlauberteilung bei entgegenstehender Rechtsverordnung), handelt der Betreiber ordnungswidrig. Es wäre nun aber wenig überzeugend, das Verhalten der Prostituierten dann als Straftat einzustufen, zumal der Unrechtsgehalt gegenüber den dort vorgesehenen Ordnungswidrigkeiten jedenfalls nicht entscheidend erhöht ist.

6. Begriffe und ProstSchG-E

⁷⁴⁹ Siehe BGH NStZ 2006, 444.

⁷⁵⁰ BT-Drs. 12/4584, S. 8.

⁷⁵¹ In diese Richtung *Renzikowski* (Fn. 1), S. 59 mit einem Vorschlag zu einem § 181c StGB.

⁷⁵² Vgl. nur S/S/*Eisele*, § 184e Rn. 1 und § 184f Rn. 1.

§ 2 ProstSchG-E enthält Begriffsbestimmungen, an die man auch im Rahmen einer Reform anknüpfen könnte. Jedenfalls ist bei Umsetzung dieses Entwurfs zu überlegen, ob diese Definitionen dann auch für die strafrechtlichen Vorschriften herangezogen werden können bzw. müssen.

a) Nach § 2 Abs. 2 ProstSchG-E sind Prostituierte „*Personen, die sexuelle Dienstleistungen erbringen.*“ Mit dieser Formulierung könnte etwa die in § 181a Abs. 1 Nr. 1 StGB enthaltene Formulierung „Person, die der Prostitution nachgeht“ ersetzt werden.

b) Der Begriff der *sexuellen Dienstleistung* ist in § 2 Abs. 1 ProstSchG-E definiert: *Eine sexuelle Dienstleistung ist eine sexuelle Handlung mindestens einer Person an oder vor mindestens einer anderen unmittelbar anwesenden Person gegen Entgelt oder das Zulassen einer sexuellen Handlung an oder vor der eigenen Person gegen Entgelt. Keine sexuellen Dienstleistungen sind Vorführungen mit ausschließlich darstellerischem Charakter, bei denen keine weitere der anwesenden Personen sexuell aktiv einbezogen ist.* Letztgenannter Ausschluss entspricht dem derzeitigen Verständnis des Begriffes Prostitution durch die h.M.⁷⁵³ Da damit aber grundsätzlich auch Handlungen vor einer Person erfasst sind, bedarf es hierfür keines gesonderten Straftatbestandes.⁷⁵⁴

c) Abschließend sei darauf hingewiesen, dass § 2 Abs. 3 ProstSchG-E die Definition des Prostitutionsgewerbes enthält, wobei die Nrn. 1 bis 4 in § 2 Abs. 4 bis Abs. 7 ihrerseits definiert werden: *Ein Prostitutionsgewerbe betreibt, wer gewerbsmäßig Leistungen im Zusammenhang mit der Erbringung sexueller Dienstleistungen durch mindestens eine andere Person anbietet oder Räumlichkeiten hierfür bereitstellt, indem er*

- 1. eine Prostitutionsstätte betreibt,*
- 2. ein Prostitutionsfahrzeug bereitstellt,*
- 3. Prostitutionsveranstaltungen organisiert oder durchführt oder*
- 4. eine Prostitutionsvermittlung betreibt.*

⁷⁵³ Vgl. nur S/S/Eisele, § 180 a Rn. 8.

⁷⁵⁴ Vgl. aber den Vorschlag von Renzikowski (Fn. 1), S. 59, der hierfür einen § 181b StGB vorsieht.

6f. Prof. Dr. Jörg Eisele**Straftaten aus Gruppen (§ 184j StGB)**

Wer eine Straftat dadurch fördert, dass er sich an einer Personengruppe beteiligt, die eine andere Person zur Begehung einer Straftat an ihr bedrängt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn von einem Beteiligten der Gruppe eine Straftat nach den §§ 177 oder 184i begangen wird und die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist.

*Renzikowski:*⁷⁵⁵ „Der neue Straftatbestand ist eine der schlimmsten Verirrungen des Gesetzgebers und hat mit einem rechtsstaatlichen Strafrecht nichts zu tun.“

I. Überblick**I. Tatbestand****1. Objektiver Tatbestand**

- a) Fördern einer Straftat durch
- b) Beteiligung an einer Personengruppe
- c) die eine andere Person bedrängt
- d) zur Begehung einer Straftat an dieser Person

2. Subjektiver Tatbestand: Vorsatz**II. Rechtswidrigkeit****III. Schuld**

IV. Objektive Bedingung der Strafbarkeit: Beteiligter der Gruppe begeht eine Straftat nach §§ 177 oder 184i StGB

V. Formelle Subsidiarität: Tat ist nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht

Die Vorschrift stellt eine Reaktion auf die Ereignisse in der Kölner Silvesternacht 2015/2016 dar. Nach Ansicht des Gesetzgebers beinhalten Sexualstraftaten, die aus Gruppen begangen werden, ein erhöhtes Gefährdungspotenzial. Zum einen würden die Verteidigungs- oder Fluchtchancen für das Opfer bei einer Vielzahl von bedrängenden Personen stark eingeschränkt und zum anderen führe die Gruppendynamik dazu, dass beim einzelnen Beteiligten

⁷⁵⁵ *Renzikowski*, NEIN – Die Reform des Sexualstrafrechts, erscheint in NJW, III. 2.

Hemmungen nicht entstehen oder überwunden werden.⁷⁵⁶ Solche Verhaltensweisen würden von dem Straferschwerungsgrund des gemeinschaftlichen Handelns nach § 177 VI S. 2 Nr. 2 StGB nicht hinreichend erfasst.⁷⁵⁷ Der Gesetzgeber hatte dabei vor allem Fälle vor Augen, in denen eine Gruppe das Opfer bedrängt, um einen Diebstahl oder Raub zu begehen, es dann aber zu Sexualstraftaten kommt. Durch die Ausgestaltung der Taten nach § 177 und § 184i StGB als objektive Bedingung der Strafbarkeit sollen diese Fälle für die Beteiligten auch dann strafbar sein, wenn sie an der Sexualstraftat selbst nicht beteiligt sind bzw. keine Kenntnis davon haben. Die gesetzliche Überschrift „Straftaten aus Gruppen“, die für die Tenorierung maßgeblich ist (§ 260 IV 2 StPO) enthält daher auch keinen Bezug zu diesen Sexualstraftaten, weil diese für die individuelle Schuld des Täters unerheblich sind.⁷⁵⁸

Nicht erwähnt werden in der Gesetzesbegründung die im Vorfeld immer wieder genannten Beweisschwierigkeiten hinsichtlich des Nachweises einer Beteiligung an Taten nach § 177 oder § 184i StGB. Ebenso wie bei der als „Vorlage“ gewählten Vorschrift des § 231 StGB mit seiner objektiven Bedingung der Strafbarkeit⁷⁵⁹ dürfte dies im Vordergrund stehen. So hat der BGH zu § 231 StGB (§ 227 StGB a.F.) plakativ ausgeführt, die Norm beruhe auf dem Gedanken „mitgerauft, mitbestraft“.⁷⁶⁰ Es geht also letztlich um Beweisschwierigkeiten hinsichtlich einer Verurteilung wegen Mittäterschaft oder Beihilfe, wo der Nachweis der konkreten Beteiligungshandlung ersetzt werden soll.⁷⁶¹ Für bloße Förderungshandlungen im Sinne einer Beihilfe wird zudem die Teilnahme zur Täterschaft erhoben,⁷⁶² so dass auch an dieser Tat wieder eine Teilnahme möglich ist. Auch wird der Vorsatz in subjektiver Hinsicht geweitet.⁷⁶³ Ob es sich wie bei § 231 StGB um ein abstraktes Gefährdungsdelikt handelt, ist daher zweifelhaft, da es immer erforderlich ist, dass eine Straftat gefördert wird.⁷⁶⁴

II. Objektiver Tatbestand

⁷⁵⁶ BT-Drs. 18/9097, S. 31.

⁷⁵⁷ *Bezjak*, KJ 2016, 2 (14).

⁷⁵⁸ *Hörnle*, Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung, erscheint in NStZ, V. befürwortet daher eine Platzierung der Vorschrift im Allgemeinen Teil im Zusammenhang mit den §§ 25 ff. StGB.

⁷⁵⁹ Zu den Beweisschwierigkeiten als Begründung, vgl. *Eisele*, Strafrecht BT 1, 3. Aufl. 2014, Rn. 408.

⁷⁶⁰ BGH 1 StR 162/67 v. 23.05.67 bei *Pfeiffer/Maul/Schulte*, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1969, § 227 Anm. 1.

⁷⁶¹ Vgl. auch *Bezjak*, KJ 2016, 2 (14); *Renzikowski*, NEIN – Die Reform des Sexualstrafrechts, erscheint in NJW, III. 2.

⁷⁶² *Bezjak*, KJ 2016, 2 (15); näher zu solchen Aufstufungen *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, Strafrecht AT, 12. Aufl. 2016 (im Druck), § 26 Rn. 226.

⁷⁶³ Dazu III.

⁷⁶⁴ Vgl. auch *Bezjak*, KJ 2016, 2 (15), wonach kein Erfahrungssatz existiert, dass aus solchen Gruppen Taten nach § 177 oder § 184i StGB begangen werden, so dass keine typische Gefahr besteht; zum Erfordernis der Verwirklichung einer typischen Gefahr im Eintritt der objektiven Bedingung, siehe auch unten II. 4.

1. Begriff der Personengruppe

Zunächst bedarf es einer Personengruppe, die sich aus mindestens drei Personen zusammensetzen muss.⁷⁶⁵ Würden zwei Personen genügen, wäre eine Abgrenzung zur Mittäterschaft kaum möglich. Der Begriff ist daher deutlich weiter als die in § 125 StGB beim Landfriedensbruch verwendete „Menschenmenge“, die eine so große Personenmehrheit erfordert, dass die Zahl nicht sofort überschaubar ist.⁷⁶⁶ Da auch Angriffe von drei Personen auf ein Opfer den Tatbestand begründen können, können freilich „gewöhnliche“ Raubüberfälle usw. zu Taten nach § 184i StGB werden, wenn ein Beteiligten einen Exzess nach § 177 oder § 184i StGB begeht. Dies führt letztlich zu einer Modifikation der Beteiligungsregeln und einer Zurechnung von Exzessen.⁷⁶⁷

2. Bedrängen

Ein Bedrängen liegt vor, wenn das Opfer von der Gruppe mit Nachdruck an der Ausübung seiner Bewegungsfreiheit oder seiner sonstigen freien Willensbetätigung gehindert wird; es bedarf also einer gewissen Hartnäckigkeit und Intensität. Das bloße kurzfristige Versperren des Weges oder das kurzfristige Einschüchtern durch die lautstarke Präsenz der Gruppe soll nicht genügen.⁷⁶⁸ Andererseits ist ein Umringen oder Umdrängen nicht erforderlich; eine entsprechende Ausgestaltung wurde während der Formulierung des Tatbestandes verworfen.

3. Beteiligung an einer Personengruppe

Erforderlich ist eine Beteiligung an einer Gruppe, wobei der Gruppenzweck (genauer die Intention von Gruppenmitgliedern) bei objektiver Betrachtung auf eine Straftat gerichtet sein muss. Die Beteiligung soll wie bei § 231 StGB nicht im (technischen) Sinne der §§ 25 bis 27 StGB, sondern im umgangssprachlichen Sinn zu verstehen sein. Was dies freilich genau bedeutet, bleibt im Dunkeln. Jedenfalls soll kein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken verlangt werden.⁷⁶⁹ Eine einseitige Gruppenbeteiligung genügt demnach ebenfalls zur Verwirklichung dieses Merkmals.⁷⁷⁰ Nicht erfasst sein sollen bloße Ansammlungen von Menschen, so dass die Mitfahrt in einer überfüllten U-Bahn nicht genügt, wenn ein anderer Fahr-

⁷⁶⁵ BT-Drs. 18/9097, S. 31.

⁷⁶⁶ BGHSt 33, 306 (308).

⁷⁶⁷ Vgl. auch das Beispiel von *Keul*, Plenarprotokoll 18/183, 18003.

⁷⁶⁸ BT-Drs. 18/9097, S. 31.

⁷⁶⁹ BT-Drs. 18/9097, S. 31.

⁷⁷⁰ *Hörnle*, Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung, erscheint in NSZ, V.

gast eine Straftat begeht;⁷⁷¹ anderes wäre auch abwegig und ein eklatanter Verstoß gegen das Schuldprinzip.

Die bloße Anwesenheit oder Zugehörigkeit zur Gruppe i.S.v. „mitgestanden, mitbestraft“ kann richtigerweise nicht genügen.⁷⁷² Es ist zunächst nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber insoweit von einem echten Unterlassungsdelikt ausging, bei dem sich die Strafbarkeit aus dem Nichtentfernen aus einer als gefährlich eingestuften Gruppe ergeben könnte. Noch gravierender wiegt aber, dass die bloße Anwesenheit – selbst bei deliktischem Vorsatz – grundsätzlich kein strafwürdiges Unrecht verkörpert und damit Bedenken im Hinblick auf das in Art. 1 I i.V.m. Art. 2 I GG und Art. 20 III GG verankerte Schuldprinzip hervorrufen würde.⁷⁷³ Bevor eine Rechtsnorm jedoch als verfassungswidrig qualifiziert wird, bedarf es einer verfassungskonformen Auslegung,⁷⁷⁴ die in diesem Fall ein pönalisierungswürdiges aktives Verhalten erfordert. Dafür spricht schon der Wortlaut der Norm „wer eine Straftat dadurch fördert“, was ein aktives Tun nahelegt. Ein solches hat zudem der Gesetzgeber selbst in den Blick genommen, wenn er davon ausgeht, dass der Täter es in seinen Vorsatz aufgenommen haben muss, dass er durch seinen Beitrag die Begehung einer Straftat ermöglicht oder erleichtert.⁷⁷⁵ Bei § 231 StGB, der als Vorbild für die Ausgestaltung diente und bei dem der Begriff der Beteiligung ebenfalls untechnisch zu verstehen ist, ist jeder beteiligt, der *aktiv* bei der Schlägerei oder dem von mehreren verübten Angriff mitmacht; regelmäßig geht es hier um Schlagen oder Anfeuern. Bloße Zuschauer oder Schlichter, die nicht aktiv als Partei mitwirken, beteiligen sich nicht.⁷⁷⁶ Ein weiteres Herabsenken der Beteiligungsschwelle bei § 184j StGB wäre insoweit auch wenig einleuchtend, denn bei der Schlägerei beteiligen sich die Personen immerhin an einem Unrecht, nämlich Körperverletzungen, in deren Folge jemand schwer verletzt oder getötet wird, während es daran bei der Zugehörigkeit zu einer Personengruppe zunächst einmal fehlt. Dies entspricht letztlich den Grundsätzen für die Mittäterschaft und Beihilfe, für die die bloße Anwesenheit während der Tatbegehung „als Zustand“ oder die nur innere Billigung gerade nicht ausreichend ist, soweit keine Bestärkung zum

⁷⁷¹ BT-Drs. 18/9097, S. 31.

⁷⁷² Zutr. *Bezjak*, KJ 2016, 2 (15); vgl. aber *Renzikowski*, NEIN – Die Reform des Sexualstrafrechts, erscheint in NJW, III. 2., wonach die zufällige Anwesenheit in einer Menschenmenge mit unlauterer Absicht genügt.

⁷⁷³ *Bezjak*, KJ 2016, 2 (15); vgl. ferner *Keul* u. *Wawzyniak*, Plenarprotokoll 18/183, 18003 und 18005.

⁷⁷⁴ BVerfGE 2, 266 (267, 282); BVerfGE 8, 31 (41). Die verfassungskonforme Auslegung darf jedoch nicht mit dem Wortlaut und dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch treten; BVerfGE 18, 97 (111); BVerfGE 35, 263 (278).

⁷⁷⁵ BT-Drs. 18/9097, S. 31; *Hörnle*, Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung, erscheint in NStZ, V., wonach es darauf ankommt, dass sich der Vorsatz darauf erstreckt, dass der Täter zum Bedrängungseffekt beiträgt.

⁷⁷⁶ *Kindhäuser*, Strafrecht BT 1, 7. Aufl. 2015, § 11 Rn. 9; *Stree/Sternberg-Lieben*, in: *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 231 Rn. 4.

Ausdruck gebracht wird.⁷⁷⁷ Auch bei § 125 StGB (Landfriedensbruch) ist bloßes inaktives Dabeisein bzw. bloßes „Mitmarschieren“ aus guten Gründen nicht ausreichend.⁷⁷⁸

Verlangt man damit einen aktiven Beitrag, so muss dieser zumindest in einer aktiven Mitwirkung am Bedrängen bestehen. Damit ergibt sich aber in objektiver Hinsicht gegenüber den allgemeinen Beteiligungsregeln kaum noch ein eigenständiger Anwendungsbereich.⁷⁷⁹ Nach ständiger Rechtsprechung,⁷⁸⁰ der ein großer Teil der Literatur folgt,⁷⁸¹ genügt als Gehilfenhandlung nämlich jede Tätigkeit, die die Haupttat irgendwie fördert, so dass es einer Ursächlichkeit des Gehilfenbeitrags nicht bedarf.⁷⁸²

4. Fördern einer Straftat

Ob den Worten „Wer eine Straftat dadurch fördert“ eine eigenständige unrechtsbegründende Bedeutung zukommen soll oder diese Förderung durch die nachfolgende Passage („...dass er sich an einer Personengruppe beteiligt, die eine andere Person zur Begehung an einer Straftat an ihr bedrängt“) vollständig beschrieben wird, ist unklar. Auch wird nicht deutlich, ob die Straftat tatsächlich begangen, d.h. zumindest in das Versuchsstadium gelangt sein muss. Erschwerend kommt weiter hinzu, dass der Straftat nach dem Wortlaut dreifache Bedeutung zukommt:⁷⁸³ Fördern einer Straftat durch den Täter, Bedrängung einer Person zur Begehung einer Straftat durch die Gruppe, objektive Bedingung der Strafbarkeit im Hinblick auf Straftaten nach § 177 oder § 184i StGB.

a) Wer den Worten „Wer eine Straftat dadurch fördert“ keine eigenständige Bedeutung zu messen möchte, hat insoweit keine Schwierigkeiten. Es ist dann ausreichend, dass die Gruppe eine andere Person zur Begehung irgendeiner Straftat an ihr bedrängt und dann die objektive Bedingung der Strafbarkeit eintritt. Der Begriff der Straftat tritt dann nur zweifach auf. Gegen eine solche Auffassung spricht aber der Wortlaut der Vorschrift. Denn ansonsten hätte man auch ohne diesen Zusatz formulieren können „*Wer sich an einer Personengruppe*

⁷⁷⁷ BGH NSTz 1995, 490 f.; BGH NSTz 2010, 224 f. und dazu *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, Strafrecht AT (im Druck), § 26 Rn. 100.

⁷⁷⁸ BGH NSTz 1985, 549.

⁷⁷⁹ *Bezjak*, KJ 2016, 2 (15); *Renzikowski*, NEIN – Die Reform des Sexualstrafrechts, erscheint in NJW, III. 2.

⁷⁸⁰ RGSt 6, 169; 8, 267; 71, 178; 73, 53 (54); BGHSt 2, 129 (131); 14, 280 (282); BGH NSTz 1985, 24; 1996, 485 (488); BGHSt 46, 107 (109); BGH NSTz 2012, 316.

⁷⁸¹ *Maurach/Gössel/Zipf-Renzikowski*, Strafrecht AT, Teilband 2, 8. Auflage 2014, § 52 Rn. 17; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 46. Aufl. 2016, Rn. 829.

⁷⁸² Vgl. aber etwa *Fischer*, Strafgesetzbuch, 63. Aufl. 2016, § 27 Rn. 14a; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 27 Rn. 2; *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, § 27 Rn. 6.

⁷⁸³ Hierzu auch *Bezjak*, KJ 2016, 2 (15).

beteiligt, die ...“; eine entsprechende Formulierung wurde zwar im Vorfeld der Schaffung des Tatbestandes diskutiert, ist aber nicht Gesetz geworden.

b) Es stellt sich sodann die Frage, welche Straftat gefördert werden soll. Dabei kann – obwohl dies der zutreffende Ansatzpunkt wäre – nicht zwingend die Förderung einer Straftat nach § 177 oder § 184i StGB gemeint sein, da diese Taten ja nur objektive Bedingung der Strafbarkeit sein sollen. Auch hätten ansonsten sogleich die Worte „*Wer eine Straftat **nach § 177 oder § 184i StGB** dadurch fördert*“ verwendet werden müssen; ein entsprechender Formulierungsvorschlag ist aber ebenfalls nicht Gesetz geworden. Und letztlich wäre ansonsten auch kaum mehr als eine Beihilfe beschrieben worden. Es kann aber auch nicht zwingend die Straftat gemeint sein, die von den Gruppenmitgliedern intendiert wird, denn dann hätte formuliert werden müssen „*Wer eine Straftat dadurch fördert, ... zur Begehung **dieser** Straftat an ihr bedrängt*“, hinzukommt, dass die von der Gruppe intendierten Straftaten ggf. rein subjektive Vorstellungen sein können. M.E. dürfte die Vorschrift so zu verstehen sein, dass es jedenfalls genügt, wenn entweder Taten nach § 177 oder § 184i StGB oder solche, die von Gruppenmitgliedern intendiert sind, gefördert werden. Als Spezialfall zu diskutieren ist die Konstellation, dass eine Exzesstat eines Dritten gefördert wird:

Hierzu folgendes Beispiel: Der einer Gruppe angehörige und das Opfer (mit-)bedrängende T nimmt billigend in Kauf, dass ein anderer Beteiligter ein Mobiltelefon wegnimmt (§ 242 StGB), so dass er dessen Straftat fördert. Außer diesen beiden Beteiligten hatte kein weiteres Mitglied der Gruppe jedoch diesen Vorsatz. Die übrigen Gruppenmitglieder bedrängen vielmehr das Opfer, um es in das Gesicht zu schlagen (§ 223 StGB) und handeln damit zur Begehung einer Straftat. Eines der Gruppenmitglieder begeht nun entgegen einer ausdrücklichen Absprache (Exzess) eine sexuelle Belästigung (§ 184i StGB).

T hat durch seine Mitwirkung eine Tat nach §§ 242, 27 StGB begangen und damit auch Vorsatz hinsichtlich der Förderung *einer* Tat; die Intention der übrigen Gruppe war auf die Begehung *einer* (anderen) Straftat (§ 223 StGB) gerichtet, worauf sich auch der Vorsatz des T erstreckte, da dessen Vorsatz bei § 184j StGB nur auf „irgendeine Straftat“⁷⁸⁴ der Gruppe bezogen sein muss. Schließlich wurde eine konkrete Tat nach § 184i StGB begangen, so dass die objektive Bedingung der Strafbarkeit eingetreten ist, die weder von Vorsatz noch Fahrlässigkeit des T erfasst sein muss. Der Wortlaut der Vorschrift erfasst auch diesen Fall; hierfür spricht, dass es selten eine einheitliche Gruppenintention hinsichtlich bestimmter Straftatbestände geben wird und jedenfalls der Gesetzgeber gerade die Gruppendynamik als Gefahr für die Begehung von Straftaten ansah; bei einer Absprache läge ohnehin Mittäter-

⁷⁸⁴ BT-Drs. 18/9097, S. 31.

schaft, zumindest aber Beihilfe vor. Dagegen könnte man allenfalls einwenden, dass hier letztlich eine Exzesstat gefördert wird, die nichts mit § 184j StGB und dem Sexualstrafrecht zu tun hat.

c) Gesteht man dem Fördern eine eigenständige Bedeutung zu, so fragt sich, inwieweit die geförderte Tat (welche es auch sei) tatsächlich vorliegen muss und was unter dem Fördern genau zu verstehen ist. Anders als die Gruppenintention („zur Begehung“) ist dieses Merkmal objektiv formuliert, so dass bloße Förderungsabsicht richtigerweise nicht ausreicht. Vielmehr stellt sich die Frage, ob die Tat zumindest in das Versuchsstadium gelangt sein muss. Richtigerweise dürfte es darauf aber nicht ankommen, weil dann de facto in vielen Fällen (soweit keine anderen Taten im Raum stehen) die Taten nach § 177 und § 184i StGB doch Gegenstand des objektiven Tatbestandes werden müssten, was der Ausgestaltung als objektive Bedingung der Strafbarkeit zuwiderliefe.

Vielmehr kann man sich an die bisherige Ausgestaltung des § 233a StGB (Förderung des Menschenhandels) und § 180 StGB (Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger) anlehnen, bei denen es sich ebenfalls um verselbstständigte Beihilfetatbestände handelt, wenngleich diese nach dem Wortlaut auf ein Vorschubleisten abstellen.⁷⁸⁵ Erfasst wird dort jedenfalls – was aber streitig ist – auch die erfolglose Beihilfe,⁷⁸⁶ nicht aber untaugliche Förderungshandlungen.⁷⁸⁷ Pönalisiert wird als „Erfolg“ das Schaffen günstigerer Bedingungen, wobei die Tat schon in gewissem Umfang nach Ort und Zeit konkretisiert sein muss, nicht aber das Versuchsstadium erreichen muss. Im vorliegenden Kontext würde das Schaffen günstigerer Bedingungen für irgendeine Straftat genügen, diese wäre durch die Beteiligung an einer konkreten Gruppe auch nach Ort und Zeit festgelegt. Ausgenommen wären aber untaugliche aktive Beteiligungshandlungen, wie etwa Beteiligung an der Gruppe durch Abfeuern von Silvesterraketen, Tragen von Wunderkerzen, Schmettern von Karnevalsgesängen oder Schwenken von Fahnen durch Fußballfans.

III. Subjektiver Tatbestand

Nach allgemeinen Grundsätzen muss zumindest Eventualvorsatz dahingehend vorliegen, dass eine andere Person durch die Gruppe zum Zwecke der Begehung einer Straftat bedrängt wird und dass der Täter durch seinen Beitrag die Begehung einer Straftat ermöglicht oder erleichtert. Der Vorsatz muss sich dabei nur auf die Begehung irgendeiner Straftat aus

⁷⁸⁵ Vgl. *Eisele*, in: Schönke/Schröder, § 233a Rn. 2.

⁷⁸⁶ BGH NJW 1997, 334 (335); *Eisele*, in Schönke/Schröder, § 180 Rn. 6; a.A. etwa *Fischer*, § 180 Rn. 8; *Hörnle*, in: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 12. Aufl. 2006 ff., § 180 Rn. 15.

⁷⁸⁷ *Wolters*, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 148. Erg. Lief. (Stand: Dez. 2014), § 180 Rn. 2.

der Gruppe heraus beziehen, nicht aber auf Taten nach §§ 177, 184i StGB, weil diese nur Bestandteil der nicht vom Vorsatz erfassten objektiven Bedingung der Strafbarkeit sind.

Gegenüber der Beihilfe ergibt sich damit eine Erweiterung der Strafbarkeit, weil keine bestimmte Straftat in Bezug genommen werden muss.⁷⁸⁸ Diese Erweiterung ist freilich minimal, weil die h.M. bei § 27 StGB von einem weiten Gehilfenvorsatz ausgeht.⁷⁸⁹ Beihilfe kann demnach schon begehen, „wer dem Täter ein entscheidendes Tatmittel willentlich an die Hand gibt und damit bewusst das Risiko erhöht, dass eine durch den Einsatz gerade dieses Mittels typischerweise geförderte Haupttat verübt wird.“⁷⁹⁰

IV. Objektive Bedingung der Strafbarkeit

Als objektive Bedingung der Strafbarkeit ist notwendig, dass eine Tat nach §§ 177, 184i StGB begangen wird und zwar durch irgendein Gruppenmitglied. Die Ausgestaltung als objektive Bedingung der Strafbarkeit bedeutet, dass es auf Kausalität, Vorhersehbarkeit, Vorsatz oder Schuld hinsichtlich dieser Straftaten nicht ankommt.

Die Ausgestaltung als objektive Bedingung der Strafbarkeit beseitigt die Nachweisschwierigkeiten aber nicht vollständig; auch dies bestätigt ein Blick auf § 231 StGB, wo ebenfalls erst einmal die Beteiligung bewiesen werden muss. So muss bei § 184j StGB nicht nur die Gruppenmitgliedschaft, sondern auch eine aktive Tathandlung, d.h. zumindest eine Beteiligung am Bedrängen sowie der Vorsatz hinsichtlich der Begehung einer Straftat aus der Gruppe heraus sowie deren Förderung nachgewiesen werden.⁷⁹¹

V. Formelle Subsidiarität

Der Straftatbestand ist formell subsidiär, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist. Dies ist insbesondere hinsichtlich einer Beteiligung nach §§ 25 ff. StGB an § 177 StGB der Fall; auch der nach § 27 II 2 i.V.m. § 49 I StGB gemilderte Strafraum ist höher. Die sexuelle Belästigung nach § 184i StGB weist hingegen denselben Strafraum auf, so dass diese Konkurrenzregel hierfür nicht gilt; dies erlangt etwa Bedeutung, wenn der Täter auch Beihilfe zu einer Tat nach § 184i StGB leistet. Sieht man das be-

⁷⁸⁸ Hörnle, Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung, erscheint in NStZ, V.

⁷⁸⁹ BGHSt 42, 135 (138); vgl. ferner *Haft/Eisele*, in: GS-Keller, 2003, S. 81 (96 f.); *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, § 27 Rn. 29, jeweils m.w.N.

⁷⁹⁰ BGHSt 42, 135 (138).

⁷⁹¹ Zu Beweisschwierigkeiten auch *Hörnle*, Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung, erscheint in NStZ, V.

sondere Unrecht des § 184j StGB in der Gruppendynamik, so könnte dies für Tateinheit mit § 184i StGB sprechen. Jedoch müsste dies dann konsequenterweise auch im Verhältnis zu § 177 StGB gelten. Richtigerweise wird das Unrecht aber bereits vollständig von § 184i StGB erfasst, so dass nach allgemeinen Grundsätzen auch hier § 184j StGB im Wege der Gesetzeskonkurrenz zurücktritt.

VI. Schlussfolgerungen

Es ist schon zweifelhaft, ob der Tatbestand tatsächlich geeignet ist, die Nachweisprobleme hinreichend zu beseitigen. Gruppendynamischen Aspekten kann im Rahmen der allgemeinen Beteiligungsregeln hinreichend Rechnung getragen werden. Die Norm ist verfassungskonform auszulegen. Dies bedeutet, dass die bloße Anwesenheit und Zugehörigkeit zur Gruppe keine Strafbarkeit zu begründen vermag; vielmehr ist wie bei § 231 StGB eine aktive Beteiligung am Gruppengeschehen, insbesondere also eine Teilnahme am Bedrängen, erforderlich.

Der Tatbestand schafft nur minimale Erweiterungen gegenüber der Beihilfe, die selten eine Rolle spielen dürften: Zum einen bedarf es nicht einer zumindest versuchten Haupttat, zu der Hilfe geleistet wird, vielmehr genügt das bloße Schaffen günstigerer Bedingungen, so dass auch Fälle der versuchten Beihilfe erfasst werden, wenn die objektive Bedingung eintritt. Ausgenommen bleiben aber untaugliche Förderungshandlungen. Zum anderen genügt ein noch etwas weiterer Vorsatz, weil das billigende Inkaufnehmen jeglicher Straftat genügt.

Insgesamt lässt der Straftatbestand viele Fragen offen. Mit seiner dreifachen Inbezugnahme auf Straftaten ist er missglückt und nur schwer verständlich. Da er kaum einen eigenständigen Anwendungsbereich hat und damit weitgehend symbolisches Strafrecht ist, sollte er – jedenfalls in dieser Form – wieder abgeschafft werden.

6g. Prof. Dr. Jörg Eisele

Zur Umsetzung von Art. 36 der Istanbul-Konvention

Die Anforderungen der Istanbul-Konvention werden vom deutschen Recht nicht vollständig erfüllt, da vor allem § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB gewisse Lücken lässt. Zur Lösung dieser Umsetzungsdefizite sind prinzipiell zwei grundlegend voneinander abweichende Modelle denkbar und mit den internationalen Grundlagen vereinbar (insoweit schon mein Impulsreferat: Ist die „Einverständnislösung“ zwingend vor dem Hintergrund der Istanbul-Konvention).

Bei der Bewertung dieser Modelle ist zu beachten, dass einerseits die als relevant anzusehenden Strafbarkeitslücken geschlossen werden müssen und andererseits aber auch nur strafwürdige Fälle erfasst werden dürfen, um Kollisionen mit dem Schuldprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG zu vermeiden.

1. Pönalisierung aller sexuellen Handlungen ohne Einverständnis

Der Vorschlag einer Pönalisierung von sexuellen Handlungen ohne Einverständnis ist nicht neu.⁷⁹² Bereits der Gesetzentwurf BT-Drs. 10/6137 aus dem Jahr 1986 sah die Strafbarkeit für Fälle vor, in denen ein Handeln „gegen den Willen“ des Opfers vorliegt.⁷⁹³

a) Nach diesem Modell könnte ein weiter Grundtatbestand (Strafrahmen von drei bzw. sechs Monaten bis fünf bzw. zehn Jahren Freiheitsstrafe) geschaffen werden, der alle sexuellen Handlungen ohne Einverständnis pönalisiert. Die bisher in § 177 Abs. 1 StGB aufgenommenen Tathandlungen könnten dann als Qualifikation in einen neuen Abs. 2 verschoben werden. Der Vorteil einer solchen Lösung liegt auf der Hand: Sie ist ohne weiteres mit Art. 36 der Istanbul-Konvention kompatibel, erfordert aber zugleich eine umfassendere Reform des Sexualstrafrechts, da es zu weiten Überschneidungen mit speziell ausformulierten Tatbeständen kommt. So sind etwa Taten nach § 176 StGB (Kinder können nicht wirksam einwilligen), § 179 StGB oder § 182 Abs. 3 StGB dann bereits von einem solchen Grunddelikt erfasst, so dass es zu nicht unerheblichen Überschneidungen und Strafraumenfraktionen kommen kann.

b) Ein solch weit gefasstes Grunddelikt würde zwar keinen Bedenken im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 Abs. 2 GG) begegnen, da das Unrecht noch hinreichend

⁷⁹² Gegen ein solches Modell ausdrücklich *Fischer*, StGB, 62. Aufl. 2015, § 177 Rn. 39a und Rn. 39b.

⁷⁹³ Näher hierzu *Sick*, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff, 1993, S. 327 ff.

klar umrissen wäre.⁷⁹⁴ Jedoch müssten die Anforderungen und die Fälle einer Unwirksamkeit des Einverständnisses sorgfältig durchdacht werden, um nicht sozialadäquate Handlungen zu pönalisieren und um dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Gewand des Schuldprinzips (Art. 20 Abs. 3 GG) Rechnung zu tragen.

aa) Das im Wortlaut der Konvention maßgebliche englische Wort „consent“ bezieht sich nicht auf eine besondere dogmatische Form der Zustimmung. Im englischen Recht ist damit lediglich ganz allgemein der lateinische Grundsatz „volenti non fit iniuria“ (dem Einwilligenden geschieht kein Unrecht) angesprochen. Die Konvention überlässt daher die Einzelheiten dem nationalen Recht, nur Gegenwehr des Opfers darf nicht verlangt werden (Explanatory Report Nr. 191, 193).

Richtigerweise muss die Zustimmung der Beteiligten zu sexuellen Handlungen strafrechtsdogmatisch betrachtet bereits den Tatbestand ausschließen (tatbestandsausschließendes Einverständnis), da einvernehmliche sexuelle Handlungen bereits a priori kein Unrecht sind. Würde man nur von einer rechtfertigenden Einwilligung ausgehen, würde dieser Grundsatz in sein Gegenteil verkehrt. Sexuelle Handlungen über der Erheblichkeitsschwelle des § 184h StGB wären dann grundsätzlich (auch in Partnerschaften usw.) strafbar und bedürften im Einzelfall einer ausnahmsweise rechtfertigenden Einwilligung. Damit würde der Tatbestand aber auf einverständliche und damit sozialadäquate Handlungen ausgedehnt. Beide Figuren führen freilich zu Unterschieden im Einzelnen, die bei der Fassung eines Tatbestandes bedacht werden müssen: Das Einverständnis ist im Grundsatz auch bei Täuschung, nicht aber bei Zwang wirksam; ferner genügt die innere Zustimmung, so dass es keiner Erklärung nach außen bedarf. Bei der Einwilligung führen rechtsgutsbezogene Irrtümer hingegen zur Unwirksamkeit. Während das Einverständnis auch nur innerlich vorliegen kann, muss die Einwilligung vor der Tat ausdrücklich oder konkludent nach Außen erklärt werden.⁷⁹⁵ Möchte man diese hohen Anforderungen der Einwilligung ganz oder teilweise auf das tatbestandsausschließende Einverständnis übertragen,⁷⁹⁶ bedarf dies jedenfalls einer Klarstellung. Identisch mit einer solchen Lösung ist auch der Ansatz von *Hörnle*, die den Begriff „ohne Zustimmung“ verwenden und in den Gesetzesmaterialien darauf hinweisen möchte, dass hierfür die Grundsätze der Einwilligung gelten, obgleich bei einer Zustimmung bereits der Tatbestand ausgeschlossen sein soll.⁷⁹⁷

⁷⁹⁴ Vgl. aber *Sick*, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff, 1993, S. 334 ff.

⁷⁹⁵ Zu Einzelheiten *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, Vorbem. §§ 32 ff. Rn. 29 ff.

⁷⁹⁶ Dass dies möglich ist, zeigt sich bei § 266 StGB, wo für das tatbestandsausschließende Einverständnis Einwilligungsregeln gelten; vgl. nur BGH NStZ 1997, 124; *Eisele*, Strafrecht Besonderer Teil II, 2. Aufl. 2012, Rn. 865; *Fischer*, StGB, 62. Aufl. 2015, § 266 Rn. 92.

⁷⁹⁷ *Hörnle*, Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention, Gutachten für das Deutsche Institut für Menschenrechte, 2015, S. 16.

bb) Ferner stellt sich die Frage, ob und inwieweit positiv ein Einverständnis erklärt oder negativ ein entgegenstehender Wille geäußert werden muss.⁷⁹⁸

(1) „*Yes means yes*“: Nach dieser für kalifornische Universitäten entwickelten Regel bedürfen sexuelle Handlungen einer eindeutigen Zustimmung der Beteiligten. Freilich lässt sich eine explizite Befragung des Partners, die sich auf alle Variationen eines sexuellen und nicht immer vorhersehbaren Gesamtgeschehens beziehen müsste, kaum sinnvoll umsetzen und wäre daher lebensfremd. Verlangt man eine ausdrückliche positive Zustimmung nach außen, müsste diese nach dem Gesagten für jede sexuelle Variante innerhalb eines zusammenhängenden sexuellen Gesamtgeschehens eingeholt werden. Denn wer etwa mit oralem Verkehr einverstanden ist, stimmt selbstverständlich noch nicht ohne weiteres vaginalem Verkehr zu. Kaum ein Paar dürfte es nicht als störend empfinden, vor oder während der sexuellen Handlungen Absprachen über den Ablauf und Fortgang treffen zu müssen. Solange der Partner sich dem Übergang zu einer weiteren Variante aber nicht versperrt, wird man in der Regel von einer konkludenten Zustimmung ausgehen dürfen, sofern nicht das Gegenteil zum Ausdruck gebracht wird oder jedenfalls früher im Sinne eines generellen Widerspruchs zum Ausdruck gebracht wurde. Auch Handlungen, die zwischen Paaren üblich sind, bedürfen nicht in jedem Einzelfall einer Zustimmung, da man hier von einem generellen Einverständnis ausgehen kann, soweit keine gegenteiligen Anhaltspunkte vorliegen.⁷⁹⁹

(2) „*No means no*“: Etwas mehr Spielraum belässt die häufiger vorgeschlagene Variante, wonach eine Strafbarkeit dann anzunehmen ist, wenn das Opfer ausdrücklich widersprochen hat. Fälle, in denen sich das Opfer am Sexualkontakt freiwillig beteiligt, ohne ausdrücklich zuzustimmen oder zu widersprechen, sind grundsätzlich nicht strafbar. Der verbale Widerspruch stellt nach dieser Lösung die entscheidende Grenze dar. Einer aktiven Verteidigung des Rechtsguts (Widerstand) bedarf es nicht (in diesem Sinne auch der Antrag BT-Drs. 18/1969, S. 2). Im Ergebnis vermag auch diese Lösung nicht zu überzeugen, da sie einerseits zu weit geht, andererseits aber auch zu eng ist und damit dem Anliegen eines besseren Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung, den ihre Befürworter gerade erreichen möchten, nicht gerecht wird.

Zu weit geht eine solche Lösung deshalb, weil eine ausdrückliche Äußerung als „Nein“ dann nicht strafbarkeitsbegründend wirken sollte, wenn der Betreffende sich schließlich doch frei-

⁷⁹⁸ Krit. zur Formulierung „ohne Einverständnis“ daher *Hörnle*, Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention, Gutachten für das Deutsche Institut für Menschenrechte, 2015, S. 14.

⁷⁹⁹ Ähnlich *Hörnle*, Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention, Gutachten für das Deutsche Institut für Menschenrechte, 2015, S. 17.

willig an sexuellen Kontakten beteiligt. Strafbar wäre es ansonsten beispielsweise, wenn der Ehemann nach Hause kommt und ein sexuelles Ansinnen seiner Frau mit Hinweis auf seine Müdigkeit ablehnt (ebenso mit vertauschten Rollen), diese ihn aber – da er sich dem Geschehen auch nicht entzieht – durch die Vornahme sexueller Handlungen über der Grenze des § 184h StGB stimuliert, so dass es anschließend zum einverständlichen Geschlechtsverkehr kommt. Da die spätere Zustimmung im Strafrecht keine Rückwirkung entfaltet, müsste man nach einer strengen „no means no“-Lösung zu einer Strafbarkeit im Hinblick auf die ersten Handlungen gelangen. Damit würden sozialübliche Situationen pönalisiert, wobei de facto auch Frauen deutlich stärker in den Täterkreis aufrücken würden.

Diese Lösung ist aber auch zu eng. Das Erfordernis eines ausdrücklichen Widerspruchs würde nicht die eigentlichen Probleme der Ausnutzung von Zwangssituationen lösen. Denn soweit etwa in sog. Gewaltbeziehungen die eindringliche Frage des Täters „Du bist doch einverstanden?!“ oder „Du hast doch nichts dagegen?!“ gestellt wird, wird diese ein eingeschüchtertes Opfer, das zu Widerstand nicht in der Lage ist, kaum verneinen. Gerade die als problematisch angesehen Konstellationen würden durch eine solche Lösung also nicht erfasst.

(3) Zwischenfazit: Für eine Lösung, die alle sexuellen Handlungen ohne Einverständnis pönalisieren möchte, kann letztlich nur ausschlaggebend sein, ob das Opfer sich „freiwillig“ am Sexualkontakt beteiligt oder nicht. Auf bloß äußerliche Erklärungen, die gerade in Zwangssituationen nicht dem inneren Willen entsprechen müssen, kann es jedenfalls nicht entscheidend ankommen.

cc) Steht allein die Freiwilligkeit der Beteiligung am Sexualkontakt im Vordergrund, so kann man jedoch nicht bei den Überlegungen des Vorschlags zu § 175 Abs. 1 StGB des Deutschen Juristinnenbundes vom 25. Juli 2014 stehenbleiben, der auf die „freie Willensbildung“ abstellt. Die Kernfrage bei einer solchen Konzeption ist nämlich gerade, in welchen Fällen (abgesehen von den spezifischen Fällen des § 175 Abs. 2 bis Abs. 5 des Vorschlags) eine freie Willensbildung vorliegt. Möchte man sich nicht dem Vorwurf aussetzen, dass zwar Strafbarkeitslücken geschlossen werden, man aber nicht bedacht habe, dass auch nicht pönalisierungswürdige Verhaltensweisen einbezogen werden, besteht hier noch einiger Klärungsbedarf. So wären etwa nicht rechtsgutsbezogene Willensmängel im Hinblick auf die sexuelle Handlung auszuklammern, so dass etwa die Vorspiegelung einer späteren Heirat nicht zur Unwirksamkeit des Einverständnisses in einen einzelnen Sexualkontakt führen kann. Ebenso muss eine Alkoholisierung, die die Einsichtsfähigkeit der Beteiligten hinsichtlich der sexuellen Handlung nicht ausschließt, irrelevant sein. Andernfalls würden sich zwei

angetrunkene Partner, deren Hemmungen zu sexuellen Handlungen alkoholbedingt herabgesetzt sind, durch die Vornahme der sexuellen Handlung beidseitig strafbar machen. Es müssten also vielfältige Konstellationen durchdacht werden, möchte man diesen Bereich nicht vollständig der Rechtsprechung überlassen.

dd) Beweisfragen sollten in diesem Zusammenhang nicht überbetont werden, spielen aber doch eine gewisse Rolle. Es gilt selbstverständlich auch bei einer solch „großen Lösung“ der Grundsatz „in dubio pro reo“. Wenn der Handelnde ein Einverständnis bzw. ein Nichtvorliegen eines Widerspruchs behauptet oder angibt, zumindest subjektiv davon ausgegangen zu sein (dann kein Vorsatz), muss diese Einlassung widerlegt werden. Häufig wird hier Aussage gegen Aussage stehen. Ob die Zahl der Verurteilungen steigt, bleibt daher fraglich.

Freilich könnte auf Grundlage dieser Lösungen zunächst die Anzahl der eingeleiteten Ermittlungsverfahren steigen, wenn der Sexualkontakt erwiesen ist, da die Frage der Strafbarkeit dann nur noch am Erfordernis des Vorliegens eines wirksamen Einverständnisses hängt und damit a priori eine Strafbarkeit durchaus in Betracht kommen kann. Selbst wenn das Ermittlungsverfahren dann (möglicherweise vorhersehbar) aufgrund des Zweifelsatzes wieder eingestellt oder der Täter freigesprochen wird, ist er im Einzelfall doch einem belastenden Strafverfahren ausgesetzt. Eine Konzeption, die nur an das fehlende Einverständnis anknüpft, erschwert den Strafverfolgungsbehörden die Arbeit, da der Kreis der objektiven Indizien für ein tatbestandliches Verhalten auf den Aspekt des Einverständnisses verkürzt wird; andere Merkmale existieren ja nicht.

Verfehlt ist im Übrigen der für diese Lösung mitunter angeführte Hinweis auf Parallelen zum Einverständnis beim Diebstahl. Abgesehen davon, dass es hier um die Wahrung der sexuellen Selbstbestimmung als höchstpersönliches Rechtsgut geht und daher der Vergleich mit dem Gewahrsamsbruch an einer Sache geradezu banalisierend wirkt (was von den Befürwortern einer solchen Lösung nicht gemeint sein kann), handelt es sich in solchen Fällen um eine ganz andere Tatsituation. Bei der Wegnahme bieten sich regelmäßig deutlich mehr objektive Anhaltspunkte an, die auf einen gegenteiligen Willen schließen lassen. Auch muss der Diebstahl nicht unter Anwesenheit von zwei Personen stattfinden. Der Regelfall dürfte vielmehr die „heimliche“ Wegnahme unter Abwesenheit des Gewahrsamsinhabers sein (z.B. Wohnungseinbruchsdiebstahl), so dass häufig schon deshalb ein Einverständnis fernliegt. Daher verwundert es auch nicht, dass die Frage des Vorliegens oder der Wirksamkeit eines Einverständnisses beim Diebstahl kein größeres Problemfeld der Rechtsprechung wurde. Im Übrigen bleibt zu beachten, dass es beim Diebstahl als weitere, die Strafbarkeit einengende Voraussetzung einer Zueignungsabsicht bedarf.

ee) Eine modifizierte Lösung vertritt *Hörnle*, die in Kombination einzelner Elemente die Formulierung vorschlägt „*gegen den erklärten Willen, unter Umständen, in denen die fehlende Zustimmung offensichtlich ist oder wissend, dass dies dem Willen der anderen Person widerspricht*“. Richtig ist an dieser Lösung, dass sie versucht, Restriktionen zu formulieren; in den Ergebnissen kommt sie häufig auch zu identischen oder ähnlichen Lösungen wie der unten folgende Vorschlag (sogleich 2.). Bedenken bestehen – wie bereits gezeigt – jedoch insoweit, als auf den erklärten Willen abgestellt wird, weil hierdurch nicht strafwürdige Handlungen in Partnerschaften kriminalisiert werden würden. Soweit der Partner sich dem Sexualkontakt durch bloße Nichtteilnahme in solchen Situationen ganz unproblematisch entziehen kann (sogleich 2.), stattdessen aber trotz erklärtem „Nein“ teilnimmt, bedarf es keiner Kriminalstrafe. Auch bleibt nach diesem Ansatz die Frage unbeantwortet, in welchen Fällen die Zustimmung wirksam bzw. unwirksam ist. Das Problem wird immerhin dadurch etwas entschärft, dass die fehlende Zustimmung offensichtlich sein muss. Dies ist auch im Übrigen zu begrüßen, weil ansonsten bei (ambivalenten) Handlungen, bei denen keine Erklärungen erfolgt sind, für die Beteiligten ein nicht sachgerechtes Pönalisierungsrisiko eintreten würde. Ausgeschlossen werden so vor allem Fälle, in denen der entgegenstehende Wille nach außen nicht ersichtlich ist.⁸⁰⁰ Um die inhaltlich zutreffenden Gedanken dieses Ansatzes umzusetzen, empfiehlt sich aus meiner Sicht eine positive Formulierung (vgl. nun 2.).

2. Positive Regelung der strafbaren Handlungen

Die zweite Option besteht – in Anlehnung an das geltende Recht – in einer positiven Regelung aller Handlungen, die aus Sicht des nationalen Rechts nicht freiwillig sind. De facto bestehen derzeit vor allem deshalb Strafbarkeitslücken, weil § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB zu eng gefasst ist oder die Vorschrift von der Rechtsprechung aus Sicht der Kritiker in Einzelfällen zu eng ausgelegt wird. Eine Erweiterung der bestehenden Vorschriften wäre ausreichend, wenn damit alle strafwürdigen Fälle einer nicht einverständlichen sexuellen Handlung erfasst würden. Die Konvention verlangt insoweit nicht eine Formulierung „ohne Einverständnis“ usw. Hierbei wäre m.E. an Folgendes zu denken:

a) Zunächst müsste man § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB aus dem Nötigungskontext lösen und eine Formulierung finden, die kein Nötigungselement des Täters voraussetzt. In diese Richtung ging bereits die Intention des Gesetzgebers bei der Neufassung des § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB, dessen „erfolgreiche“ Umsetzung durch die unglückliche Aufnahme in den Nötigungs-

⁸⁰⁰ *Hörnle*, Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention, Gutachten für das Deutsche Institut für Menschenrechte, 2015, S. 18 ff.

tatbestand des § 177 Abs. 1 StGB scheiterte. Mustert man die als problematisch angesehenen Fälle durch, so geht es entweder darum, dass dem Opfer (z.B. wegen eines Überraschungseffektes) Widerstand (auch in Form des Ausweichens) nicht möglich ist oder dass das Opfer wegen einer – wie auch immer gearteten Drucksituation (Fälle des Gewalklimas usw.) – Widerstand unzumutbar ist, d.h. von einer Person in der objektiven und subjektiven Situation des Opfers ein Standhalten gegenüber dem Ansinnen des Täters nicht erwartet werden kann.

Nachfolgend wird bewusst kein ausformulierter Gesamtvorschlag vorgelegt. Vielmehr werden einzelne Regelungsmöglichkeiten aufgezeigt, die dann von der Kommission selbstverständlich diskutiert, modifiziert und ergänzt werden können. Als Diskussionsgrundlage eines Tatbestandes, der die Missachtung der sexuellen Selbstbestimmung bzw. den sexuellen Missbrauch zum Gegenstand hat, könnte man an folgende Formulierungen denken (dieser Vorschlag wird inzwischen weitgehend geteilt von *Isfen*, ZIS 2015, 217 ff.)⁸⁰¹:

Wer unter Ausnutzung einer Lage [alternativ: Wer in einer Lage], in der Widerstand für das Opfer nicht möglich ist [Var. 1] oder einer Lage, in der dem Opfer ein erheblicher Nachteil droht [Var. 2] oder das Opfer einen erheblichen Nachteil befürchtet [Var. 3], dieses dazu bringt, sexuelle Handlungen des Täters oder eines Dritten an sich zu dulden oder an dem Täter oder einem Dritten vorzunehmen, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren [alternativ: sechs Monaten bis zu zehn Jahren] bestraft.

aa) *Ausnutzung einer Lage, in der Widerstand für das Opfer nicht möglich ist* [Var. 1]: Damit werden alle Fälle erfasst, in denen Widerstand nicht möglich ist. Erfasst sind also Fälle, in denen der Täter das Opfer überrascht oder sein Ansinnen durch Täuschung verbirgt. Auch Schlafende und widerstandsunfähige Personen i.S.d. § 179 StGB sind einbezogen. Soweit man für diese Vorschrift ebenfalls Strafschärfungen nach dem Vorbild von § 177 StGB und § 179 StGB vorsieht, könnte § 179 StGB sogar ggf. aufgehoben werden, so dass es für solche Personen keiner – z.T. als diskriminierend empfundener – Sondervorschrift mehr bedarf.

Alternative 1: Möchte man zur engeren Anlehnung an die Konvention (die sich freilich zur subjektiven Tatseite nicht näher äußert) nicht an ein Ausnutzen anknüpfen, das voraussetzt,

⁸⁰¹ In ähnliche Richtung gehen auch die Vorschläge von *Keul*, Wortprotokoll der 39. Sitzung Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, 18. Wahlperiode, Artikel 36 der Istanbul-Konvention umsetzen – Bestehende Strafbarkeitslücken bei sexueller Gewalt und Vergewaltigung schließen, S. 27 und *Sick*, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff, 1993, S. 345 f.

dass der Täter die Lage subjektiv erkennt und sich zunutze macht,⁸⁰² könnte man auch formulieren: „*Wer in einer Lage, in der Widerstand (...)*“; insoweit wäre dann Eventualvorsatz hinsichtlich der Opfersituation ausreichend.

Alternative 2: Möchte man § 179 StGB beibehalten, so wäre diese Variante enger zu fassen: „...*Widerstand für das Opfer aufgrund eines überraschenden Angriffs* [bzw. Ausnutzung der Arg- oder Wehrlosigkeit]⁸⁰³ *nicht möglich ist*“.

bb) *Ausnutzung einer Lage, in der dem Opfer bei Widerstand ein erheblicher Nachteil droht* [Var. 2] oder *das Opfer einen erheblichen Nachteil befürchtet* [Var. 3]: Erfasst werden damit nicht nur Fälle, in denen dem Opfer tatsächlich ein Nachteil droht, sondern auch solche, in denen das Opfer dies nur subjektiv befürchtet, sofern der Täter dies ausnutzt bzw. zumindest sein Vorsatz darauf gerichtet ist (zu dieser Alternative vgl. schon oben aa).⁸⁰⁴

Bsp.: Der Vorgesetzte macht seiner Mitarbeiterin deutlich, dass er Interesse an einem sexuellen Kontakt hat. Die Mitarbeiterin widerspricht nicht und macht nur mit, weil sie Angst hat, ansonsten den Arbeitsplatz zu verlieren. – Soweit der Vorgesetzte gerade diesen Umstand ausnutzt bzw. dieser vom Vorsatz erfasst ist, ist das Verhalten strafwürdig, da dem Opfer mit einer Kündigung ein erheblicher Nachteil drohen würde. Der Vorgesetzte darf nicht darauf vertrauen, dass das Einverständnis seiner Mitarbeiter im Sinne der Konvention wirksam ist. Anders wäre mangels subjektiver Komponente zu entscheiden, wenn der Vorgesetzte aufgrund der Gesamtsituation von einer solchen Furcht nicht ausgehen konnte und für ihn eine Zwangslage nicht ersichtlich ist.

Weil erwartete Gewalt stets als erheblicher Nachteil anzusehen ist, wären ferner alle Fälle eines Klimas der Gewalt einbezogen; die subjektive Tatseite ist in solchen Situationen dann

⁸⁰² Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 177 Rn. 10; Eschelbach, in:

Matt/Renzikowski, StGB, 2013, § 177 Rn. 26.

⁸⁰³ Angelehnt an den Vorschlag der Abg. Keul, Wortprotokoll der 39. Sitzung Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, 18. Wahlperiode, Artikel 36 der Istanbul-Konvention umsetzen – Bestehende Strafbarkeitslücken bei sexueller Gewalt und Vergewaltigung schließen, S. 27: „Wer bei der Tat die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers ausnutzt oder dem Opfer eine aktive Abwehr der Handlung aus anderen Gründen unzumutbar ist...“.

⁸⁰⁴ Vgl. auch den Vorschlag von Sick, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff, 1993, S. 345 f., wonach das Ausnutzen einer hilflosen Lage strafbar sein soll. Eine hilflose Lage soll dabei vorliegen, „wenn das Opfer sich nach seiner Vorstellung der Tatsituation nicht oder nicht risikolos entziehen kann und ein Ausweichen unzumutbar ist“. Erfasst werden demnach auch Fälle „subjektiver Hilflosigkeit“, jedoch bleiben Fälle des überraschenden Angriffs problematisch. Auch dürfte das Merkmal der Zumutbarkeit zu unscharf sein, wenngleich dahinter materiell ein zutreffender Gedanke steckt.

auch i.d.R. unproblematisch, da dem Täter die Vorgeschichte bekannt ist. Fälle, in denen das Opfer notwendige Hilfe durch Dritte aus Scham nicht in Anspruch nehmen möchte, sind somit ebenfalls einbezogen, sofern nur ein erheblicher Nachteil in Rede steht. Erfasst sind letztlich auch Konstellationen, in denen es derzeit an einem Finalzusammenhang zwischen Nötigung und Ausnutzen der schutzlosen Lage fehlt.

Alternative: Soweit (in der Gesetzesbegründung) deutlich gemacht wird, dass die Formulierung „das Opfer einen erheblichen Nachteil befürchtet“ [Var. 3] nicht nur rein subjektive Befürchtungen erfasst, könnte Var. 2 auch gestrichen werden, da diese dann miterfasst ist.⁸⁰⁵

Als einschränkendes Kriterium sollte die Erheblichkeit aufgenommen werden, um Bagatellfälle auszuschneiden. Hinsichtlich des Erheblichkeitskriteriums, das u.a. auch bei § 223 StGB und § 303 StGB von Bedeutung ist, könnte auf die für § 240 StGB entwickelten Grundsätze für ein „empfindliches Übel“ zurückgegriffen werden. Im oben genannten Beispiel, in dem ein Ehepartner zunächst keine Lust auf sexuelle Handlungen hat, der andere ihn jedoch durch sexuelle Handlungen so stimuliert, dass er in dessen Folge einverständnis teilnimmt, wäre der Tatbestand schon deshalb zu verneinen, weil ein Nachteil weder droht noch befürchtet wird. Aber auch drohende oder befürchtete Diskussionen über das Sexualleben in der Partnerschaft oder alltägliche Streitigkeiten ohne Gewaltbezug vermögen mangels Erheblichkeit eine Strafbarkeit nicht zu begründen, wenn der Partner sich zur Vermeidung solcher Streitigkeiten an sexuellen Handlungen beteiligt. Aus Sicht der Istanbul-Konvention liegt in der Beteiligung an den sexuellen Handlungen dann eine Zustimmung, die nach nationalem Recht nicht deshalb unwirksam ist, weil auf Opferseite unerhebliche Nachteile drohen oder befürchtet werden. Wünscht der Beteiligte in diesen Fällen explizit keinen sexuellen Kontakt, so kann er sich der Situation durch bloße Nichtbeteiligung, Wegdrehen usw. leicht entziehen, da Drohungen oder Gewalt nicht im Raum stehen. Diese Sichtweise steht auch mit der Istanbul-Konvention und der Rechtsprechung des EGMR in Einklang, da aktiver Widerstand gerade nicht erforderlich ist. Akzeptiert der Täter die Nichtbeteiligung des Opfers, die als klares „Nein“ zu verstehen ist, nicht, so kann er nur dann zum Ziel gelangen, wenn er in den Bereich der Gewalt (Festhalten), Drohung, Schaffung von Furcht beim Opfer usw. übergeht, sich folglich in den strafbaren Bereich bewegen muss.

Für eine solche Lösung spricht vor allem, dass es in Partnerschaften generell oder situationsspezifisch (die Richtung kann zwischen Partnern je nach Situation wechseln) häufig zumindest zu leichten Machtgefällen kommt. Daher können die Situationen, weshalb sich eine

⁸⁰⁵ *Isfen*, ZIS 2015, 217, 232, möchte auf die 3. Var. verzichten oder jedenfalls die Formulierung verwenden: „das Opfer von einem erheblichen Nachteil berechtigt ausgeht“, um eine Überkriminalisierung zu vermeiden.

Person (Frau oder Mann) einem sexuellen Ansinnen „beugt“, vielfältig sein. Ohne eine Erheblichkeitsgrenze müsste man auch die Furcht – „wenn ich mich nicht beteilige, wird sich mein Partner beim nächsten Mal nicht beteiligen“ – für pönalisierungswürdig erklären. Dass aber der verweigerte Sexualkontakt gerade in Partnerschaften zu Verweigerungen des anderen Partners in anderer Hinsicht oder Verstimmungen führen kann, liegt auf der Hand, führt aber nicht zur Strafbarkeit.

cc) Das Merkmal des Dazubringens erfasst jede kausale Verursachung⁸⁰⁶ und führt in der Verbindung mit den sexuellen Handlungen zu keinen weiteren Nachweisschwierigkeiten. Möchte man dieses Merkmal nicht verwenden, kann man auch formulieren: *Wer unter Ausnutzung [...] sexuelle Handlungen am Opfer vornimmt [...]*

dd) Da Var. 2 und Var. 3 den bisherigen § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB mitumfassen, kann auf eine entsprechende Tatvariante verzichtet werden. Möchte man daran ergänzend (ggf. als Qualifikation) festhalten, könnte man dies unter Verzicht auf eine Nötigungskomponente wie folgt ergänzen: *„unter Ausnutzung einer Lage, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist“.*

b) Zu überlegen ist, ob § 240 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB dann zu streichen⁸⁰⁷ oder in das Sexualstrafrecht zu verschieben ist. Für eine Streichung spricht, dass Fälle einer einfachen Nötigung bereits durch die Neuregelung erfasst wären. In das Sexualstrafrecht verschoben werden könnte diese Regelung, wenn man aufgrund des Nötigungselements einen höheren Strafraum vorsehen möchte. In diesem Fall sollte das Regelbeispiel in einen Tatbestand umgewandelt werden. Dabei ist die Formulierung an § 177 StGB anzupassen, da die Beschränkung auf aktive Handlungen des Opfers („zu einer sexuellen Handlung nötigt“) bei der Umwandlung in einen Tatbestand Fälle der Duldung nicht mehr erfassen würde (bislang ist die Annahme eines unbenannten besonders schweren Falles möglich).

3. Fazit

Bei letztgenanntem Modell, das aus meiner Sicht die relevanten strafwürdigen Fälle erfasst, besteht eine geringere Gefahr, dass die Strafe in Konflikt mit dem Schuldprinzip gerät, weil hier sozialadäquate Alltagssituationen ausgeklammert werden können. Die Frage des Einverständnisses mit all ihren Unsicherheiten verliert hier an Bedeutung, weil die fehlende

⁸⁰⁶ BGH NStZ 2011, 157; OLG Hamm BeckRS 2010, 14137.

⁸⁰⁷ So etwa Hörnle, Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention, Gutachten für das Deutsche Institut für Menschenrechte, 2015, S. 22.

Möglichkeit des Widerstandes oder die drohenden bzw. befürchteten erheblichen Folgen usw. die Pönalisierung tragen.⁸⁰⁸ Der Tatbestand ist deutlich klarer konturiert und trägt damit rechtsstaatlichen Anforderungen und Bedürfnissen der Praxis m.E. besser Rechnung. Abschließend soll darauf hingewiesen werden, dass dieses Modell keineswegs auf einer antiquierten Vorstellung beruht. Vielmehr dehnt es den Schutz ganz erheblich aus und unterscheidet sich in den Ergebnissen nur in geringfügigem Umfang von einer Einverständnislösung.

⁸⁰⁸ Diese Sicht teilt auch *Isfen*, ZIS 2015, 217, 232.

7. Dagmar Freudenberg und Martina Lörsch

Stellungnahme

zum Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV)

Der Deutsche Juristinnenbund (djb) bedankt sich für die Gelegenheit, zu dem oben bezeichneten Referentenentwurf Stellung nehmen zu können. Die nunmehrige Anpassung des Sexualstrafrechts an internationale Vorgaben ist aus Sicht des djb sehr zu begrüßen.

Der Referentenentwurf setzt die Lanzarote-Konvention⁸⁰⁹, die Istanbul-Konvention⁸¹⁰ und die Richtlinie 2011/93/EU⁸¹¹ in innerstaatliches Recht um. Die Einschätzung des BMJV, das deutsche Recht entspreche bereits im Wesentlichen den genannten internationalen Regelungen, wird vom djb insbesondere zur Istanbul-Konvention nicht geteilt.

Zwar zeigt der Referentenentwurf die Umsetzungslücken korrekt auf. Auch sind die über die internationalen Vorgaben hinaus gehenden Regelungsvorschläge wie die Erleichterung der Verfolgung von im Ausland begangenen Genitalverstümmelungen, die Änderung der verjährungsrechtlichen Vorschriften und eine Ausweitung der Strafbarkeit in Zusammenhang mit Kinderpornographie im Grundsatz zu begrüßen. Die geplanten Änderungen des § 174 Abs. 1 StGB und § 182 Abs 3 StGB greifen aber zu kurz.

Der djb regt eine grundlegende Reform der Sexualdelikte an, wie bereits in dem Grundsatzpapier (djb-Stellungnahme 14-07 v. 12. Mai 2014) ausführlich begründet, um den Vorgaben in der Istanbul-Konvention, insbesondere in Art. 36, zu genügen (dazu unten I.).

Die vorgesehene Änderung zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Schutz am eigenen Bild) ist mit Blick auf das Internet und soziale Netzwerke als zukunftsweisende, gelungene Anpassung zu begrüßen (dazu unten II.).

⁸⁰⁹ Übereinkommen des Europarats zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch (ETS 201 – Lanzarote-Konvention), unterzeichnet von der Bundesrepublik Deutschland am 25.10.2007.

⁸¹⁰ Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häusliche Gewalt (ETS 210 – Istanbul-Konvention), unterzeichnet von der Bundesrepublik Deutschland am 11.5.2011.

⁸¹¹ Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.12.2011 zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornographie sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI des Rates, ABl. L 335 v. 17.12.2011, S. 1; ABl. L 18 v. 21.1.2012, S. 7.

I.

Die Vertragsparteien der Istanbul-Konvention haben sich in Art. 36 der Konvention verpflichtet sicherzustellen, dass vorsätzliches nichteinverständliches, sexuell bestimmtes vaginales, anales oder orales Eindringen in den Körper einer anderen Person mit einem Körperteil oder Gegenstand sowie sonstige vorsätzliche nichteinverständliche, sexuell bestimmte Handlungen mit einer anderen Person unter Strafe stehen. § 177 StGB, der die Strafbarkeit der sexuellen Nötigung und Vergewaltigung regelt, erfüllt diese Vorgaben nicht. Dies gilt auch für die Tatbestandsalternative § 177 Abs. 1 Ziff. 3, das Ausnutzen einer Lage, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist. Auf die diesbezügliche ausführliche djb-Stellungnahme 14-07 v. 12. Mai 2014 (<http://www.djb.de/Kom/K3/st14-07/>) wird Bezug genommen.

1. Zur Notwendigkeit einer großen Sexualstrafrechtsreform

Der Referentenentwurf lässt bei der Umsetzung der Istanbul-Konvention die auch erforderliche Änderung des § 177 StGB unberücksichtigt. Die Novellierung des Tatbestands der sexuellen Nötigung und Vergewaltigung sollte mit einer grundlegenden Reform des Sexualstrafrechts einhergehen.

Der 13. Abschnitt des StGB besteht aus einer wenig systematischen Aneinanderreihung von Tatbeständen, bedingt durch zahlreiche Anpassungen und Änderungen. Dies hat dazu geführt, dass für die Bürgerinnen und Bürger die Gesamtsystematik und das im Einzelnen unter Strafe gestellte Verhalten nicht mehr klar erkennbar sind.

Beispielhaft sei die nicht stringente Strafbarkeit bei den Kinder- und Jugendschutzvorschriften erwähnt. So steht nicht unter Strafe, wenn ein 30-Jähriger mit einer 15-Jährigen sexuell verkehrt, weil § 182 StGB lediglich in denjenigen Fällen greift, in denen eine Zwangslage oder die fehlende Fähigkeit des Opfers zur sexuellen Selbstbestimmung ausgenutzt wird. Der 30-Jährige macht sich aber strafbar, wenn er der 15-Jährigen Sex mit ihrem 17-jährigen Freund ermöglicht (§ 180 Abs. 1 StGB) oder gemeinsam mit der 15-Jährigen einen pornografischen Film anschaut, den er selbst besorgt hat (§ 184 Abs. 1 Nr. 1). Strafflos hingegen bleibt er, wenn die 15-Jährige den Film mitgebracht hat, er diesen also nicht „anbietet, überlässt oder zugänglich macht“ (s. BGH 4 str 503/13).

Auch bei den Strafrahmen bestehen große Unterschiede für im Unrechtsgehalt ähnliche Taten: Der Strafrahmen für sexuelle Handlungen mit unter 16-Jährigen unter Ausnutzung von deren fehlender Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung ist mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bemessen (§ 182 Abs. 3). Sexuelle Handlungen mit unter 16-Jährigen in einem Abhängigkeitsverhältnis werden hingegen mit Freiheitsstrafe zwischen

drei Monaten und fünf Jahren belegt (§ 174 Abs. 1). Beischlaf oder sonstige mit dem Eindringen in den Körper verbundene Taten sind bei sexuellem Missbrauch von Jugendlichen und von Schutzbefohlenen sowie in Abhängigkeitsverhältnissen nicht mit einem höheren Strafraum versehen, obwohl diese erschwerenden Tatumstände auch in solchen Situationen, in denen ein strukturelles Machtgefälle herrscht, einen erhöhten Unrechtsgehalt begründen.

Die im Sinne der Istanbul-Konvention erforderliche Änderung des § 177 bietet die Chance, den 13. Abschnitt des Strafgesetzbuchs aus einem Guss neu zu formulieren.

Die grundsätzliche Strafbarkeit sexueller Handlungen ohne Einverständnis der anderen Person bildet den Grundtatbestand, über den die Definition auch anderer Sexualdelikte möglich ist.

Taten zum Nachteil von Geschädigten unter 14 Jahren unterfallen automatisch dem Grundtatbestand, weil sie entsprechend der Begriffsbestimmung in Art. 2 b der Richtlinie 2011/93/EU noch nicht sexuell mündig sind und kein rechtswirksames Einverständnis zu einer sexuellen Handlung geben können. Damit bedarf es keiner eigenen Regelung für die Strafbarkeit sexueller Handlungen zum Nachteil von Kindern – bis auf Handlungen ohne Körperkontakt, die nur bei Kindern strafbar sein sollen.

Gleiches gilt für den Personenkreis, der von § 179 StGB umfasst ist. Das die Strafbarkeit ausschließende Einverständnis kann auch nicht von einer Person erteilt werden, die sich in einer Zwangslage befindet, weil es dann an der Freiheit der Willensbildung fehlt, die für ein wirksames Einverständnis erforderlich ist.

Die Möglichkeit eines wirksamen Einverständnisses sollte auch unter Umständen bei unter 18-Jährigen, beispielsweise im Verhältnis zu ihren Eltern, sowie bei manchen Erwachsenen, etwa im Rahmen einer gerichtlichen Unterbringung gegenüber dem Personal der Einrichtung, grundsätzlich ausgeschlossen sein, so dass in diesen Fallgruppen ebenso wie bei Personen unter 14 Jahren nicht im Einzelfall geprüft werden muss, ob das Einverständnis wirksam ist.

2. Diskussionsentwurf für eine große Reform des Sexualstrafrechts

In dem Bewusstsein, dass die hiermit vorgeschlagene Neufassung dezidierter Prüfung und Auseinandersetzung auch zu verschiedenen Fallgruppen bedarf, die umfassend auf allen Ebenen diskutiert werden sollte, schlägt der djb vor, die geltenden §§ 174 bis 180 und 182 bis 183 a StGB wie folgt zu ersetzen:

§ 174 n.F. Sexuelle Misshandlung**Abs. 1**

Wer ohne Einverständnis einer anderen Person

a) sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt oder an sich von der Person vornehmen lässt oder

b) diese Person zur Vornahme oder Duldung einer sexuellen Handlung an oder mit einem Dritten bestimmt,

wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren bestraft.

Abs. 2

Der Versuch ist strafbar.

§ 175 Unwirksamkeit des Einverständnisses**Abs. 1**

Das Einverständnis kann nur durch die Person selbst erteilt werden; es ist unwirksam, wenn es nicht auf freier Willensbildung beruht.

Abs. 2

Das Einverständnis einer Person unter 14 Jahren mit sexuellen Handlungen i.S.d. § 174 ist unwirksam.

Abs. 3

Das Einverständnis einer Person unter 16 Jahren mit sexuellen Handlungen i.S.d. § 174 ist unwirksam, wenn die Person gegenüber dem über 21 Jahre alten Täter oder der über 21 Jahre alten Täterin nur eine eingeschränkte Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung hat. In diesem Fall wird die Tat nur auf Antrag verfolgt.

Abs. 4

Das Einverständnis einer Person unter 18 Jahren mit sexuellen Handlungen i.S.d. § 174 ist unwirksam gegenüber

1. ihren Sorgeberechtigten, Eltern, Großeltern, Adoptiv- oder Pflegeeltern sowie deren Ehe-, Lebens- oder Beziehungspartnern oder -partnerinnen,
2. einer Person, die ein Entgelt hierfür verspricht oder bezahlt,

3. einer Person über 18 Jahren
 - a. der sie zur Erziehung, zur Ausbildung, zur Betreuung oder im Rahmen eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses anvertraut ist,
 - b. der in derselben Einrichtung, zu der die Person unter 18 Jahren in einem Rechtsverhältnis steht, andere Personen unter 18 Jahren zur Erziehung, zur Ausbildung, zur Betreuung oder im Rahmen eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses anvertraut sind.

Abs. 5

Das Einverständnis einer Person mit sexuellen Handlungen i.S.d. § 174 ist unwirksam gegenüber

1. einer Person, die sie im Rahmen einer Unterbringung auf gerichtliche oder behördliche Anordnung oder in einer Einrichtung für kranke und hilfsbedürftige Menschen ausbildet, beaufsichtigt oder betreut,
2. einer Person, die sie wegen einer geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung, einschließlich einer Suchtkrankheit, oder wegen einer körperlichen Krankheit (auch zu deren Vorsorge) oder Behinderung oder psychotherapeutisch oder seelsorglich berät, behandelt oder betreut,
3. einem Amtsträger, der zur Mitwirkung an einem sich gegen die Person richtenden Strafverfahren oder an einem Verfahren zur Anordnung einer freiheitsentziehenden Maßregel der Besserung und Sicherung oder einer behördlichen Verwahrung berufen ist.

Abs. 6

In minder schweren Fällen der Abs. 3–5 ist auf Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe zu erkennen.

§ 176 n.F. Sexuelle Misshandlung ohne Körperkontakt**Abs. 1**

Mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren wird bestraft, wer

1. sexuelle Handlungen vor einer Person unter 14 Jahren vornimmt,
2. eine Person unter 14 Jahren dazu bestimmt, dass sie sexuelle Handlungen vornimmt, soweit die Tat nicht nach § 174 mit Strafe bedroht ist,
3. auf eine Person unter 14 Jahren mittels Schriften (§ 11 Abs. 3) oder mittels Informations- und Kommunikationstechnologien einwirkt, um sie zu sexuellen Handlungen zu bringen, die sie an oder vor dem Täter oder der Täterin oder einer dritten Person vor-

nehmen oder von dem Täter oder der Täterin oder einer dritten Person an sich vornehmen lassen soll, oder

4. auf eine Person unter 14 Jahren durch Vorzeigen pornographischer Abbildungen oder Darstellungen, auch im Wege der Informations- und Kommunikationstechnologie, durch Abspielen von Tonträgern pornographischen Inhalts oder durch entsprechende Reden einwirkt.

Abs. 2

Ebenso wird bestraft, wer eine Person unter 14 Jahren für eine Tat nach §§ 174 oder 176 Abs. 1 anbietet oder nachzuweisen verspricht oder wer sich mit einem anderen zu einer solchen Tat verabredet.

Abs. 3

Wer unter den Voraussetzungen des § 175 Abs. 4

1. sexuelle Handlungen vor der Person unter 18 Jahren vornimmt oder
2. die Person dazu bestimmt, dass sie sexuelle Handlungen vor dem Täter, der Täterin oder einer dritten Person vornimmt, um sich oder die Person unter 18 Jahren hierdurch sexuell zu erregen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Abs. 4

Wer eine andere Person durch eine exhibitionistische Handlung belästigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, dass die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält.

Das Gericht kann die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe wegen einer Tat gem. Satz 1 auch dann zur Bewährung aussetzen, wenn zu erwarten ist, dass der Täter oder die Täterin erst nach einer längeren Heilbehandlung keine exhibitionistischen Handlungen mehr vornehmen wird.

Dies gilt auch, wenn ein Mann oder eine Frau wegen einer exhibitionistischen Handlung nach einer anderen Vorschrift, die im Höchstmaß Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe androht, oder nach Abs. 1 Nr. 1 oder Abs. 3 bestraft wird.

§ 177 n.F. Schwere Fälle der Sexuellen Misshandlung

Abs. 1

In schweren Fällen wird die sexuelle Misshandlung mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft.

Ein schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter oder die Täterin bei der Tat

1. Gewalt oder
2. Drohung mit einem empfindlichen Übel anwendet oder
3. ausnutzt, dass das Opfer sich in einer schutzlosen Lage befindet oder
4. das Opfer durch die Tat besonders erniedrigt, insbesondere, wenn die sexuelle Handlung mit einem Eindringen in den Körper verbunden ist oder
5. der Täter oder die Täterin einer sexuellen Misshandlung innerhalb der letzten fünf Jahre wegen einer solchen Straftat rechtskräftig verurteilt wurde.

Abs. 2

In besonders schweren Fällen der sexuellen Misshandlung ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren.

Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn entweder unter der Voraussetzung des Abs. 1 Nr. 1–3 oder im Falle eines Opfers unter 14 Jahren

1. das Opfer durch die Tat besonders erniedrigt wird, insbesondere, wenn die sexuelle Handlung mit einem Eindringen in den Körper verbunden ist (Vergewaltigung), oder
2. die Tat von mehreren gemeinschaftlich begangen wird.

Ebenso wird bestraft, wer eine sexuelle Misshandlung zum Nachteil einer Person unter 14 Jahren begeht und dabei als Täter, Täterin oder andere beteiligte Person in der Absicht handelt, die Tat zum Gegenstand einer pornographischen Schrift (§ 11 Abs. 3) zu machen, die nach § 184 b Abs. 1–3 verbreitet werden soll.

Abs. 3

Auf Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren ist zu erkennen, wenn der Täter, die Täterin oder eine andere beteiligte Person

1. eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich führt,
2. sonst ein Werkzeug oder Mittel bei sich führt, um den Widerstand einer anderen Person durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden, oder
3. das Opfer durch die Tat in die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung oder, wenn es sich bei dem Opfer um eine Person unter 14 Jahren handelt, in die Gefahr einer erheblichen Schädigung der körperlichen oder seelischen Entwicklung bringt.

Abs. 4

Auf Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren ist zu erkennen, wenn der Täter oder ein anderer Beteiligter die andere Person körperlich schwer misshandelt oder in die Gefahr des Todes bringt.

Abs. 5

Verursacht der Täter durch eine Tat gem. Abs. 1–3 wenigstens leichtfertig den Tod des Opfers, so ist die Strafe lebenslange Freiheitsstrafe oder Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren.

Abs. 6

In minder schweren Fällen der Abs. 2–3 ist auf Strafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren zu erkennen.

Begründung⁸¹²

Die vorgeschlagene Neuregelung stellt, wie es einer modernen gesellschaftlichen Wertevorstellung entspricht, das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung in den Vordergrund und setzt damit um, was bereits 1973 mit der damals neuen Überschrift für den 13. Abschnitt, nämlich „Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung“, angekündigt wurde. Gleichzeitig wird der Versuch einer klareren Systematisierung und Vereinfachung unternommen. Das fehlende Einverständnis als zentrales strafbegründendes Element macht potentiellen Tätern und Täterinnen deutlich, dass ein anderer Mensch körperlich nicht ohne Weiteres verfügbar ist. Es macht aber auch potentiellen Opfern deutlich, dass klare Willensbekundungen erforderlich sind.

§ 174 n.F. regelt den Grundtatbestand der sexuellen Misshandlung als einen Eingriff in das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung. Dies kann sowohl durch eine sexuelle Handlung des Täters, der Täterin oder einer dritten Person geschehen, als auch durch eine von Täter, Täterin oder dritter Person verlangte sexuelle Handlung des Opfers.

§ 175 n.F. konkretisiert, wann ein Einverständnis wirksam erteilt werden kann, so dass sexuelle Handlungen mit bestimmten schutzwürdigen Personengruppen nicht in gesonderten Tatbeständen aufgeführt werden müssen.

⁸¹² Im Anhang befindet sich eine neu systematisierte Sammlung von Schutzlücken nach bestehendem Recht: in der Praxis vorgekommene Fallgestaltungen, die entweder zu überhaupt keiner Bestrafung führen oder nur wegen einfacher Nötigung mit einem nicht angemessenen Strafrahmen erfasst werden können. Auf diese durchnummerierten Fälle wird unten Bezug genommen.

Abs. 1 definiert das Einverständnis als auf freier Willensbildung beruhend entsprechend Art. 36 der Istanbul-Konvention. Er schließt auch sexuelle Handlungen zum Nachteil eines Teils der widerstandsunfähigen Personen i.S.d. § 179 ein.

Abs. 2–5 stellen klar, unter welchen Voraussetzungen das Einverständnis einer Person unwirksam ist. **Abs. 2** regelt das Einverständnis von Personen unter 14 Jahren, **Abs. 3** das Einverständnis von Personen unter 16 Jahren, **Abs. 4** dasjenige von Schutzbefohlenen und **Abs. 5** dasjenige von Personen in einer Unterbringung, in einem Beratungs- oder Behandlungsverhältnis.

§ 176 n.F. betrifft sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt.

§ 177 n.F. schließlich regelt schwere Fälle sexueller Misshandlung, wie z.B. Handlungen, die mit Eindringen verbunden sind oder Gewaltanwendung.

Im Einzelnen

§ 174 Abs. 1 n.F. regelt zum einen ein Handeln gegen den explizit oder konkludent ausgedrückten Willen des Opfers. Hiervon sind Fälle erfasst, in denen das Opfer entweder zum Ausdruck bringt, dass es keine sexuelle Handlung wünscht oder aber die Handlung strafbar ist, weil das Einverständnis gem. § 175 n.F. unwirksam ist. Das mangelnde Einverständnis kann sich daraus ergeben, dass das Opfer explizit „Nein“ sagt, den Angreifer bittet aufzuhören oder (im Sinne einer konkludenten Willensbekundung) weint oder sich steif macht, so dass der Angreifer keine besondere Kraft entfalten und Gewalt anwenden muss, um die sexuellen Handlungen durchzuführen. Es kann sich aber auch aus den Gesamtumständen ergeben, also aus dem Vorverhalten von Täter, Täterin oder Opfer.

Das Einverständnis ist in § 175 n.F. näher geregelt.

§ 174 Abs. 1 n. F. betrifft auch solche Fälle, in denen das Opfer eine sexuelle Handlung an Täter, Täterin oder dritter Person ausführt, obwohl es dies nicht will. Die aktive Handlung des Opfers ist grundsätzlich ein Indiz für ein Einverständnis, so dass in der Praxis anhand der Gesamtumstände zu überprüfen sein wird, ob eine freie Willensbildung vorlag. Gewaltanwendung im Vorfeld, Ausübung von Druck oder eine Einschüchterung des Opfers, etwa die Androhung eines Übels wie der Misshandlung von Angehörigen oder des Haustiers oder der Veröffentlichung von Nacktfotos im Internet, führen dazu, dass die aktive Handlung des Opfers nicht auf eine freie Willensbildung und damit ein Einverständnis schließen lässt. Handelte das Opfer nicht aufgrund freier Willensbildung, muss dies allerdings im Rahmen des Vorsatzes für den Täter oder die Täterin erkennbar sein.

Bei der Prüfung des subjektiven Tatbestands (Vorsatz) ist das Gesamtgeschehen zu würdigen. Unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, des Verhaltens des Opfers und der konkreten Situation ist die Erkennbarkeit des fehlenden Einverständnisses aus der Perspektive eines objektiven Beobachters bei Beachtung der konkreten subjektiven Situation des Täters oder der Täterin zu bewerten. Bei sich aufdrängenden Zweifeln hinsichtlich des Einverständnisses ist von dem Täter oder der Täterin vor Ansetzen zur Tat eine Vergewisserung zu erwarten, andernfalls ist von einem bedingten Vorsatz auszugehen. Mangels Vorsatzes werden weiterhin solche Handlungen straffrei bleiben, bei denen der Täter oder die Täterin zwar gegen den Willen des Opfers handelte, dieser entgegenstehende Wille aber nicht erkennbar war, sondern es sich um einen geheimen Vorbehalt des Opfers handelte.

§ 175 Abs. 1 n.F. definiert zum einen das Einverständnis als höchstpersönlich vorzunehmende Entscheidung, die nicht durch sonst vertretungsberechtigte Personen vorgenommen werden kann. Es wird zudem durch das Erfordernis des Beruhens auf freier Willensbildung klargestellt, dass ein im Rahmen einer Zwangslage oder aufgrund von Druck oder Einschüchterung seitens des Täters oder der Täterin geäußertes Einverständnis unwirksam ist und den Täter bzw. die Täterin nicht entlasten kann.

Fälle, in denen Druck ausgeübt⁸¹³, das Opfer überrumpelt wurde⁸¹⁴ oder in denen eine subjektiv schutzlose Lage bestand⁸¹⁵, unterfallen damit dem Grundtatbestand, ebenso wie die Fälle, in denen zwar keine Gewalt zur Erzwingung der sexuellen Handlungen ausgeübt wird, aber aufgrund des Verhaltens oder von Äußerungen des Opfers dessen entgegenstehender Wille deutlich ist⁸¹⁶, und Fälle, in denen die Beziehung zwischen Täter oder Täterin und Opfer von körperlicher oder psychischer Gewalt geprägt ist, so dass das Opfer sich aus Angst nicht zu wehren wagt⁸¹⁷. Auch bei nicht eindeutig erkennbarer Willensrichtung des Opfers kann im Einzelfall dem Täter oder der Täterin ein bedingter Vorsatz angelastet werden, wenn keine zumutbaren Versuche zur Klärung der Willenslage unternommen wurden und dies auf ein „billigend in Kauf nehmen“ schließen lässt.

Eine dem geltenden § 179 StGB entsprechende Vorschrift ist bei einer Neuregelung im hier vorgeschlagenen Sinne überflüssig und damit eine Sonderregelung, die von Personen mit Beeinträchtigungen oftmals als diskriminierend empfunden wird. Körperlich Widerstandsunfähige, die ein freies Einverständnis bilden und ihren Willen kundtun, aber nicht durchsetzen

⁸¹³ S. Anhang: Fälle unter 3.

⁸¹⁴ S. Anhang: Fälle unter 2.

⁸¹⁵ S. Anhang: Fall 1.3.

⁸¹⁶ S. Anhang: Fälle 1.2 u. 1.3.

⁸¹⁷ S. Anhang: Fall 1.1.

können, sind durch den Grundtatbestand § 174 n.F. ohne weitere Voraussetzungen geschützt. Infolge der eindeutigen Klarstellung der Bedeutung des Einverständnisses und entsprechend den Ausführungen zum (bedingten) Vorsatz ist der Täter oder die Täterin gehalten, bei beeinträchtigten Personen, die ihren Willen nicht eindeutig äußern können, sich diesbezüglich zu vergewissern. Je nach Art der Beeinträchtigung ist zu prüfen, ob die betreffenden Personen in der konkreten Situation zur freien Willensbildung fähig waren, um eine Anwendung des Grundtatbestands anzunehmen oder auszuschließen. Ein wirksames Einverständnis wird freilich – wie auch bereits jetzt – bei geistigen Beeinträchtigungen nur in Ausnahmefällen anzunehmen sein. Bei Bewusstlosen oder Schlafenden ist eine freie Willensbildung eindeutig auszuschließen.

Überflüssig ist auch eine dem jetzigen § 182 Abs. 1 StGB entsprechende Vorschrift, da bei Bestehen einer Zwangslage ohnehin nicht von einer freien Willensbildung ausgegangen werden kann.

§ 175 Abs. 2 n.F. stellt klar, dass Personen unter 14 Jahren, denen die Fähigkeit zur Ausübung der sexuellen Selbstbestimmung fehlt, ein wirksames Einverständnis nicht erteilen können. Sexuelle Handlungen jeder Art an und mit Kindern sind daher nach wie vor strafbar, auch wenn sie nun dem Grundtatbestand des § 174 n.F. unterfallen und § 176 Abs. 1–3 StGB damit komplett entfällt. Der vorliegende Entwurf verzichtet unter Beachtung internationaler Vorgaben bewusst auf die Bezeichnung „Kind“ für Personen unter 14 Jahren, um Widersprüche zu international beachteten Bezeichnungen zu vermeiden. Die UN-Kinderrechtskonvention und die gesetzlichen Regelungen der Europäischen Union (EU) verstehen als „Kind“ stets eine Person unter 18 Jahren.

§ 175 Abs. 3 n.F. entspricht inhaltlich § 182 Abs. 3 StGB, wobei die in Art. 1 Ziff. 11 des Referentenentwurfs vorgeschlagene Neuregelung dieser Norm einbezogen wurde. Er erkennt an, dass die Willensbildungsfähigkeit in Bezug auf die sexuelle Selbstbestimmung für 14- und 15-Jährige erst im Entstehen und aufgrund der pubertären Entwicklung gegenüber bestimmten Personen noch eingeschränkt ist.

§ 175 Abs. 4 n.F. entspricht inhaltlich § 174 StGB, berücksichtigt dabei die im Referentenentwurf unter Art. 1 Ziff. 8 vorgeschlagenen Erweiterungen, über die er jedoch hinausgeht. Die neue Formulierung hebt die sowohl nach bestehender Rechtslage als auch im Referentenentwurf vorgenommene Altersdifferenzierung mit einem unterschiedlichen Schutz von unter 16- und unter 18-Jährigen in Schutzbefohlenen-Verhältnissen auf. Die mit Erziehungs- und Ausbildungsverhältnissen verbundenen Abhängigkeiten sind oft so subtil, dass auch bei

16- und 17-Jährigen nicht davon ausgegangen werden kann, dass eine freie Willensbildung in Bezug auf sexuelle Handlungen vorliegt.

Der Kreis, der jetzt in § 174 Abs. 1 benannten Personen, wird in **§ 175 Abs. 4 Nr. 1 n.F.** auf Großeltern, Pflegeeltern und deren jeweilige Beziehungspartner und -partnerinnen erweitert. Die im Referentenentwurf vorgeschlagene Einbeziehung Erwachsener, die mit unter 18-Jährigen in häuslicher Gemeinschaft leben, erscheint allerdings nicht sachgerecht, da dies auch Verhältnisse ohne Macht- und Autoritätsgefälle betreffen würde, in denen beispielsweise 17-Jährige mit jungen Erwachsenen gleichberechtigt zusammen leben, etwa in Wohngemeinschaften.

Mit **§ 175 Abs. 4 Nr. 2 n.F.** ist das Einverständnis von unter 18-jährigen Personen gegenüber Personen gleich welchen Alters unwirksam, die ein Entgelt für die sexuellen Handlungen versprechen. Diese, allerdings geringfügige Erweiterung der Strafbarkeit gegenüber der bestehenden Rechtslage in § 182 Abs. 2, die nur Taten von über 18-Jährigen unter diesen Voraussetzungen unter Strafe stellt, erscheint gerechtfertigt, da die Schutzbedürftigkeit eines minderjährigen Opfers von der in Aussicht gestellten Entlohnung und nicht einem festen Altersunterschied herrührt. Überdies wird damit der Wertungsunterschied zum jetzigen § 180 Abs. 2 beseitigt, der bei gleicher Handlung – aber an Dritten durchgeführt – bereits jetzt die Täterschaft nicht erst für über 18-Jährige vorsieht.

Nicht ausreichend erscheint die im Referentenentwurf vorgesehene Erweiterung im Hinblick auf den von der Rechtsprechung eng gezogenen Begriff von Schutzbefohlenen-Verhältnissen.

Das Merkmal der „Betreuung“ in **§ 175 Abs. 4 Nr. 3 n.F.** ermöglicht etliche sanktionswürdige sexuelle Übergriffe in der Jugendarbeit zu erfassen, die nach bestehender Rechtslage ebenso wie nach den Regelungen im Referentenentwurf weiterhin straflos bleiben würden. Der Referentenentwurf ändert nichts daran, dass das Betreuungsverhältnis innerhalb der Jugendarbeit nur im Rahmen von gemeinsamen Freizeiten geschützt ist, wenn also eine Betreuung in der Lebensführung kurzzeitig von den Eltern übertragen wird. Sexuelle Übergriffe in wöchentlichen Gruppenstunden oder in der freien Jugendarbeit sind derzeit und nach den Regelungen des Referentenentwurfs nicht erfasst. In der Regel gehen Eltern aber davon aus, dass auch ihre über 14-jährigen Kinder vor sexuellen Übergriffen Erwachsener geschützt sind, wenn sie sie kurzzeitig in die Obhut eines Trainers einer Sportgruppe oder Leiters einer Jugendgruppe geben oder wenn diese als Messdiener tätig sind. Die mit der Betreuung dieser Jugendlichen befassten Erwachsenen haben oft allein aufgrund ihrer Position

und der ihnen von anderen Erwachsenen verliehenen Autorität einen großen Einfluss auf Jugendliche und es besteht keine echte Einwilligungsfreiheit bei Jugendlichen, wenn von Trainern, Gruppenleitern oder sonstigen erwachsenen Betreuungspersonen sexuelle Annäherungen ausgehen. Dem trägt die Regelung des § 175 Abs. 4 Nr. 3 a n.F. Rechnung.

Der Referentenentwurf regelt in **§ 174 Abs. 2** Verhältnisse zu Personen, die in Einrichtungen für Kinder und Jugendliche arbeiten, aber keine unmittelbar die Person betreffende pädagogische Funktion besitzen, oder die als Lehrer und Lehrerinnen keine Notengebungsbefugnis für die Jugendlichen besitzen. Diese Erweiterung wird begrüßt, allerdings erscheint es darüber hinaus angezeigt, sämtliche Angestellte von Einrichtungen für Kinder und Jugendliche einzubeziehen, denn gerade auch das nicht-pädagogische Personal verfügt oft über erhebliche Einflussmöglichkeiten auf Jugendliche, so dass auch hier ein die Freiwilligkeit eines Einverständnisses ausschließendes Machtgefälle zu erkennen ist. Als Beispiele sind hier Hausmeister oder Gärtner in einem Kinder- und Jugendheim zu nennen. Um dem gerecht zu werden, andererseits nicht Beziehungen zu kriminalisieren, die lediglich bei Gelegenheit eines solchen Rechtsverhältnisses entstehen, streicht der hier vorgeschlagene **§ 175 Abs. 4 Nr. 3 b n.F.** das derzeit und im Referentenentwurf vorgesehene Merkmal „das ihrer Erziehung, Ausbildung oder Betreuung in der Lebensführung dient“ und ermöglicht mit dem Begriff „Betreuung“ ohne weitere Qualifikation die Erfassung auch nicht-pädagogischer Subordinationsverhältnisse.

Die Gleichstellung im Grundtatbestand von sexuellen Handlungen zwischen Täter oder Täterin und Opfer mit sexuellen Handlungen zwischen Opfer und Dritten macht den vergleichbaren Unrechtsgehalt deutlich. Sie macht auch die bisher in § 180 Abs. 2 und 3 normierte Sonderregelung sexueller Kontakte zu Dritten für Jugendliche und Schutzbefohlene überflüssig. Der bestehende § 180 Abs. 1, der die Ermöglichung sexueller Handlungen von unter 16-Jährigen unter Strafe stellt, ist antiquiert und stellt insbesondere Wohneinrichtungen für Jugendliche unter besondere Herausforderungen, da stets die Einwilligung der Sorgeberechtigten einzuholen ist, wenn sexuelle Kontakte im Heim geduldet werden sollen. Der vorliegende Diskussionsentwurf verzichtet daher auf eine entsprechende Regelung.

§ 175 Abs. 5 n.F. fasst die Verhältnisse zusammen, in denen die bestehenden §§ 174 a, b und c StGB die Strafbarkeit von sexuellen Handlungen regeln. Zentrales Anliegen ist der Schutz erwachsener Personen, die sich in Abhängigkeitsverhältnissen oder in Situationen befinden, die sie besonders vulnerabel machen. Nr. 1 regelt stationäre, Nr. 2 ambulante und Nr. 3 formale Abhängigkeitsverhältnisse, wobei in Nr. 2 auch die Seelsorge einbezogen wurde, denn diese wird ähnlich wie Therapie von Menschen in solchen Situationen in Anspruch

genommen, in denen sie besonders verletzlich sind. Das Ausnutzen einer hilfsbedürftigen Person, die therapeutische oder seelsorgerische Hilfe in Anspruch nimmt, lässt darauf schließen, dass ein Einverständnis der Person nicht auf einer freien Willensbildung beruht.

§ 175 Abs. 6 eröffnet die Möglichkeit der Annahme eines minder schweren Falls bei Taten zum Nachteil von unter 18-Jährigen, was eine sachgerechte am Einzelfall orientierte Strafzumessung ermöglicht.

Sexuelle Misshandlungen ohne Körperkontakt, die nach bestehender Rechtslage in §§ 174, 176 und 183 StGB geregelt sind, fasst **§ 176 n.F.** zusammen. Tathandlungen und Strafraumen entsprechen weitgehend den derzeitigen §§ 176 Abs. 4 und 183 StGB. Entsprechend dem heutigen Verständnis ist der § 176 Abs. 4 n.F. geschlechtsneutral gefasst. Der § 176 Abs. 4 n.F. verzichtet auf eine Regelung des im bisherigen § 183 a „Erregung öffentlichen Ärgernisses“ beschriebenen Straftatbestands, der sich angesichts der heute weit verbreiteten öffentlichen Zurschaustellung sexueller Handlungen und Abbildungen überholt hat.

§ 177 n.F. fasst in fünf Absätzen angelehnt an die derzeit geltende Abstufung schwere und besonders schwere Fälle von sexueller Misshandlung ebenso wie minder schwere Fälle zusammen.

Neu ist die Aufnahme des Abs.1 Nr. 4 in diesen Strafraumen. Die hier zugrunde liegenden Fallkonstellationen einer Penetration ohne Anwendung von Gewalt, qualifizierte Drohung oder Ausnutzung einer hilflosen Lage sind derzeit nicht strafbar. Der Strafraumen bei Penetration mit diesen zusätzlichen Tatbestandsmerkmalen ist in Abs. 3 unverändert aus dem geltenden Recht übernommen.

Die Aufnahme des Abs. 1 Nr. 5 trägt dem erhöhten Risiko im Falle von Wiederholungstätern Rechnung, das eine grundsätzliche Strafschärfung rechtfertigt, nicht nur – wie nach bestehender Rechtslage – bei unter 14-jährigen Opfern.

Abs. 6 eröffnet die Möglichkeit eines minder schweren Falls für die schweren und besonders schweren Fälle. Dem Rechtsgedanken des Art. 46 der Istanbul-Konvention folgend ist dabei zu beachten, dass ein minder schwerer Fall nicht mit einer Beziehung zwischen Täter oder Täterin und Opfer begründet werden kann, vielmehr einem solchen Umstand eher strafschärfende Wirkung beigemessen werden sollte. Dies trägt der Tatsache Rechnung, dass der mit Übergriffen in engen Beziehungen einhergehende Vertrauensbruch von den Opfern in der Regel als besonders verletzend erlebt wird.

II.

Wie bereits einleitend ausgeführt, begrüßt der djb grundsätzlich die vorgesehene Regelung zum strafrechtlichen Schutz der Verletzung des Rechts am eigenen Bild, wie sie in § 201 a des Referentenentwurfs auch zum Schutz von Kindern und Jugendlichen vor der Verbreitung ihrer Nacktfotos im Referentenentwurf vorgesehen sind. Allerdings wird der unbestimmte Rechtsbegriff der „bloßstellenden“ Bildaufnahmen in der Rechtspraxis verfassungskonform im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG auszulegen sein. Dies könnte zu erneuten Unsicherheiten in der Frage der Abgrenzung strafbaren und nicht strafbaren Handelns in diesem Kontext führen. Dessen ungeachtet ist die Verortung der Strafbarkeit der nicht unter kinderpornografische Aufnahmen zu subsumierenden Sachverhalte in den Persönlichkeitsrechtstatbeständen aus Sicht des djb der dogmatisch richtige Weg.

Anhang: Schutzlücken bei bestehender Rechtslage

1. Keine Gegenwehr aus Angst vor Konsequenzen, keine Gewaltanwendung (straflos)

1.1 In einer Gewaltbeziehung war der Mann bereits zuvor mehrfach gewalttätig gegenüber seiner Partnerin. Sie erfüllt meist bereits „vorausgehend“ seine Wünsche, um weitere Gewalt zu vermeiden. Sie hat bereits in der Vergangenheit mehrfach sexuelle Handlungen abgelehnt, worüber er sich stets gewaltsam hinweg setzte. Die letzte Gewalt liegt aber schon einige Monate zurück. Es kommt zum Geschlechtsverkehr, wobei die Frau weint, mit Worten widerspricht, sich aber aus Angst vor weiteren gewalttätigen Übergriffen nicht körperlich wehrt.

1.2 Ein langjähriges Paar ohne Gewaltgeschichte hat schon länger keinen Geschlechtsverkehr mehr gehabt, sie schlafen aber noch im Doppelbett. Am Tattag geht der Täter angetrunken zu Bett. Er will Sex von seiner neben ihm liegenden Ehefrau, die ihm den Rücken zudreht. Er dreht sie zurück zu sich, was die ihm körperlich unterlegene Frau geschehen lässt. Dann schiebt er ihr das Nachthemd hoch und legt sich auf sie. Sie sagt, sie mag das nicht, sie ruft: „Hör doch auf, das ist eine Vergewaltigung!“ und weint. Sie widersetzt sich aber nicht aktiv, denn ihr ist klar, dass er sich sonst aufgrund der Kräfteverhältnisse doch durchsetzen und es dann trotzdem zu Geschlechtsverkehr kommen würde. Der Mann führt dann mit der die ganze Zeit über weinenden Frau den Geschlechtsverkehr aus. Ihre Abwägung: Ohne Gegenwehr ist es schneller vorbei, mit Gegenwehr wird er auch erreichen, was er will, aber es dauert länger und sie wird vielleicht verletzt dabei.

1.3 Eine ältere in einem Mietshaus wohnende Frau ist bettlägerig (nicht ‚widerstandsunfähig‘ im Sinn des § 179 StGB). Ein Nachbar, der ihren Wohnungsschlüssel hat, kommt in ihr Zimmer und fasst sie unter der Bettdecke im Genitalbereich an. Sie wehrt sich mit Worten („Hören Sie sofort auf, was fällt Ihnen ein!? Ich könnte Ihre Mutter sein!“), leistet aber keine Gegenwehr, weil dies nicht erfolversprechend erscheint. Sie ruft nicht um Hilfe, weil ihr das vor der Nachbarschaft extrem peinlich wäre.

2. Keine Gegenwehr aus Überraschung/Schock, keine Gewaltanwendung (straflos)

2.1 Der Täter will angeblich die 17-Jährige als Modell zeichnen. Auf seine Aufforderung stellt sie sich mit gespreizten Beinen mit dem Gesicht zur Wand. Nun tritt er von ihr unbemerkt hinter sie, zieht ihr für sie völlig unerwartet die Jogginghose und den Slip herunter, dringt von hinten mit seinem Penis in ihre Scheide ein und führt den Geschlechtsverkehr aus. Die Geschädigte ist so erschrocken und überrascht, das sie sich nicht zur Wehr setzt.

2.2 Der Täter greift im Sommer in der dicht gedrängten U-Bahn der jungen Frau unter den Rock und unter die Unterhose und berührt sie dort mehrere Sekunden lang im Intim-

bereich Sie fühlt sich vor Schreck und Scham wie gelähmt und kann sich zunächst nicht wehren, bis sie sich fasst und seine Hand weg stößt. Er lässt dann auch sofort grinsend von ihr ab.

2.3 Der Vorgesetzte der Geschädigten bei der Bundeswehr weist sie an, in einem zu renovierenden Raum nach Nägeln in der Wand zu suchen. Er stellt sich hinter sie, während sie sich bückt. Beim Aufstehen fasst er ihr von hinten durch die Bluse und unter den BH an den Busen, knetet ihn und küsst sie auf den Hals, wogegen sie sich aus Überraschung und Schreck erst nach einigen Sekunden wehrt: sie tritt nach hinten aus und dreht sich aus seinem Griff heraus, worauf er sofort los lässt.

3. Andere nicht qualifizierte Drohungen (strafbar nur als einfache Nötigung § 240 Abs. 1 StGB, Strafraum wie bei Unfallflucht: Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis drei Jahre)

3.1 Der Täter droht, aber nicht mit „gegenwärtiger“ Gefahr – z.B. „Ich kenne deine Eltern und weiß, wo die wohnen. Du weißt, was denen blüht, wenn du jetzt nicht still hältst [...].“

3.2 Der Täter droht, aber nicht mit Gefahr „für Leib oder Leben des Opfers oder ihm nahestehender Personen“: „Wenn du nicht stillhältst, werfe ich deine Katze aus dem Fenster im 4. Stock.“

3.3 Der Täter droht, aber nicht mit Gefahr „für Leib oder Leben“: Er ist Polizeibeamter und droht der Ausländerin, dass er für ihre sofortige Ausweisung und Abschiebung in ihr Heimatland sorgen werde, falls sie nicht sein Anfassen am Busen unter dem T-Shirt duldet.

8. Prof. Dr. Michael Günter

Vortrag vor der Reformkommission zur Überarbeitung des 13. Abschnitts des besonderen Teils des Strafgesetzbuches am 10.07.2015

A: Schutzaltergrenzen

- Es gibt in den unterschiedlichen Staaten sehr unterschiedliche Schutzaltergrenzen, die von 12 Jahren bis 21 oder mehr Jahren reichen. Überwiegend ist in den nordamerikanischen Ländern, Australien, Südafrika, Ländern der russischen Föderation und angrenzenden Ländern, England und anderen die Schutzaltergrenze bei 16 Jahren oder darüber. In den europäischen Ländern liegt sie überwiegend bei 15 oder 16 Jahren, mit Ausnahme von Spanien (13 Jahre) und Deutschland. China und der überwiegende Teil Südamerikas hat wie Deutschland die Schutzaltergrenze bei 14 Jahren.
Dies bedeutet, dass die Schutzaltergrenze offensichtlich sehr stark von kulturellen Gewohnheiten und entsprechenden Vorstellungen abhängt (in den arabischen Ländern ist sie größtenteils mit der Eheschließung verknüpft) und entsprechend dieser kulturellen Vorstellungen normativ festgelegt wird.

- Einige entwicklungspsychologische Argumente:
 1. Es kam zu einer deutlich Akzeleration des Eintritts der Geschlechtsreife (säkulare Akzeleration). Das mittlere Alter der ersten Regelblutung ist im letzten Jahrhundert um etwa 2 Jahre gesunken. Es hat sich in den 70er und 80er Jahren des 20. Jahrhunderts bei 12,5 bis 13 Jahren stabilisiert (Kiggs Studie). Bei Jungen liegt der erste Samenerguss bei etwa 13,8 Jahren.

 2. Das Alter beim ersten Geschlechtsverkehr hat sich in den letzten 30 Jahren deutlich nach unten bewegt und zwischen Jungen und Mädchen angeglichen (Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung).

 3. Es kam zu einer Sexualisierung des medialen Raumes. Jugendliche nehmen bereits sehr früh, jedenfalls viel früher im Vergleich zu vor 50 Jahren, vor allem im Internet, sexuelle Kontakte auf und beschäftigen sich intensiv, beispielsweise im Chat mit sexuellen Aktivitäten zwischen Gleichaltrigen.

Diese Faktoren führen zu einer scheinbaren sexuellen Frühreife und einer ebenfalls scheinbaren frühen sexuellen Kompetenz. Dies jedoch nur unter den Bedingungen eines Schutzraumes, in dem sich Jugendliche sexuell ausprobieren können und eine entsprechende Selbstentwicklung und Identitätsentwicklung anhand spielerischer sexueller Aktivität mit in etwa Gleichaltrigen entfalten können. Tatsächlich ist die Fähigkeit zur vollen sexuellen Selbstbestimmung trotz dieser Intensivierung sexueller Aktivitäten nicht gegeben bzw. entwickelt sich nur langsam.

4. Phasenmodelle „romantischer“ Beziehungen legen nahe, dass die intensive Erprobung sexueller Aktivitäten über einen mehrjährigen Entwicklungsprozess die Voraussetzung für die Entwicklung einer stabilen erwachsenen sexuellen Identität und die Integration entsprechender Aktivitäten ins eigene Selbstbild schafft. Unterschieden werden können beispielsweise

- **initiation phase** zu Beginn der Pubertät: kurze (sexuelle) Begegnungen im Peer-Kontext mit Unterstützung der gleichgeschlechtlichen Gleichaltrigengruppe
- **status phase** in der frühen bis mittleren Adoleszenz: Der Status des Partners in den Augen der Peers ist wichtig und hebt den eigenen Status.
- **affection phase** in der mittleren bis späten Adoleszenz: Beziehungen werden intimer, Paarerleben unter Abgrenzung von der Gruppe wird wichtig, Verliebtheit im engeren Sinne, Konturierung des Partners
- **bonding phase** im späten Jugendalter/frühen Erwachsenenalter: Pragmatische Sichtweisen treten hinzu: ist das auf Dauer der/die Richtige; Familiengründung etc. (Brown 1999; vgl. auch Conolly und Goldberg 1999)

Das ungestörte Ausprobieren dieser Entwicklungsschritte bedarf eines Freiraumes, der nicht durch deutlich anders geartete Interessen von Erwachsenen kontaminiert und zerstört wird. Anders gesagt: die psychosexuellen Interessen einer/eines 13-Jährigen sind trotz phänomenologisch u.U. gleicher Erscheinungsform (z.B. Koitus) in der psychischen Bedeutung und ihrem Stellenwert für die Entwicklung vollkommen anders als die von Erwachsenen

Man steht vor einem doppelten Dilemma:

1. Sexuelle Selbstbestimmung von Kindern und Jugendlichen heißt einerseits, dass ihnen diese spielerischen Freiräume einer sexuellen Selbsterprobung mit Gleichaltrigen eröffnet werden, andererseits aber auch, dass sie geschützt werden vor Macht und Kompetenzgefäl-

le, wie es regelmäßig bei sexuellen Aktivitäten mit deutlich älteren Jugendlichen oder Erwachsenen zu vermuten ist.

2. Der Gesetzgeber ist mehr oder weniger gezwungen, normativ Grenzen festzulegen. Tatsächlich ist die Entwicklung aber extrem variabel, sowohl was die körperliche Reifung, vor allem aber, was die psychische Reifung anlangt. Es gibt 17-/18-jährige, die mit sexueller Intimität von ihrem Entwicklungsstand her vollkommen überfordert sind und es gibt vereinzelt auch 12- oder 13-jährige, die durchaus von ihrer psychosexuellen Entwicklung her sexuelle Intimität mit deutlich Älteren unbeschadet überstehen würden bzw. vielleicht sogar Gewinn daraus zögen.

Ein weiteres praxisrelevantes Problem bei normativen Schutzgrenzen ist, dass diese beispielsweise auch sexuelle Aktivitäten zwischen noch 13-jährigen und gerade 14-jährigen strafrechtlich sanktionieren, obgleich möglicherweise der 14-jährige deutlich kindlicher ist als der „zu schützende“ 13-jährige oder umgekehrt.

Zusammenfassend kann aus entwicklungspsychologischer und entwicklungspsychiatrischer Sicht eine Aufhebung oder Lockerung der Schutzgrenzen bzw. eine Veränderung nach unten nicht befürwortet werden. Die Selbstbestimmungskompetenzen sind, insbesondere gegenüber deutlich älteren oder in Abhängigkeitsverhältnissen noch wenig entwickelt. Zahlreiche Beispiele aus meiner forensisch-psychiatrischen Praxis zeigen überdeutlich, wie vor allem auch im Internet Jugendliche weitgehend schutzlos gegen sexuelle Übergriffe sind. Hierin haben sich spezifische neue Gefährdungspotenziale ergeben. Spielerische Freiräume, die sich wesentlich über den sexuellen Umgang mit Gleichaltrigen realisieren, müssen vor gänzlich anders gearteten Interessen von Erwachsenen geschützt werden. Im Zusammenhang mit einer im Kern zu begrüßenden Erweiterung sexueller Aktivitäten von Jugendlichen, sollte angesichts höherer Gefährdungspotenziale der Schutz eher verbessert als verringert werden.

B: Folgen sexuellen Missbrauchs

Sexuelle Gewalt ist, wie körperliche Gewalt und emotionaler Missbrauch sowie Vernachlässigung nach wie vor weit verbreitet (Folie Prävalenz).

Häufig werden Kinder, die sexuelle Gewalt erleben, auch körperlicher Gewalt unterworfen (Folie).

Die psychische Situation lässt sich durch 2 Hauptmerkmale charakterisieren:

1. Das Erleben von Ohnmacht, Hilflosigkeit und Unterwerfung. Der Täter verfügt über meinen Körper und damit über mich. Dies geht in Richtung dessen, was Jan Philipp Reemtsma als autotelische Gewalt und deren eigentlichen Sinn, die Unterwerfung des Opfers und seinen Ausschluss aus der Sozialität, charakterisiert hat. Dies führt zu Reaktionsbildungen im Sinne einer Identifikation mit dem Aggressor als Überlebensstrategie und folgend zu Schuld- und Schamgefühlen, die eigentlich der Täter haben müsste. Die dissoziativen Reaktionsweisen schützen vor der psychischen Vernichtung angesichts der Dominanz des Täters und der korrespondierenden Handlungsunfähigkeit des Opfers.

2. Das Schweigegebot ist essentieller Bestandteil sexueller Gewalt gegen Kinder. Dies führt zur Implementierung einer lügnerischen Struktur. Wahrheit und Lüge werden vermischt, der Realitätsbezug wird tiefgreifend untergraben, besonders gravierend ist dies bei innerfamiliärer sexueller Gewalt. Dies zerstört Verlässlichkeit, Vertrauen und Realitätsorientierung, die essentiell für die kindliche Entwicklung sind.

Die Folgen sexueller Gewalt gegen Kinder sind

- unspezifisch in der Symptomatik. Es lassen sich am ehesten altersspezifische Reaktionsmuster herausarbeiten. Einziges etwas charakteristischeres Symptom ist ein sexualisiertes oder promiskuitives Verhalten, was aber genauso bei anderweitiger Gewalterfahrung und auch bei sonstigen Belastungen vorkommen kann.
- abhängig von vielfältigen Faktoren (Folie), die sowohl mit dem Ausmaß der sexuellen Gewalt, ihrer Frequenz und Dauer, als auch mit kindlichen und Umgebungsfaktoren wie schließlich mit dem Alter des Kindes zusammenhängen (Folie).
- nahezu alle psychiatrischen Erkrankungen können resultieren. Gehäuft kommen vor:
 - Posttraumatische Belastungsstörungen
 - Dissoziative Störungen
 - Borderline Persönlichkeitsstörungen
 - Depressive Störungen
 - Angststörungen

Darüber hinaus finden sich häufig tiefgreifende Störungen im Verhältnis zum eigenen Körper und in Bezug auf enge Beziehungen, insbesondere auch intime Beziehungen. Allerdings ist auch zu sagen, dass je nach Schweregrad der erlebten sexuellen Gewalt bis zu 80% der Kinder die Traumatisierung ohne psychische Störung überleben. Andererseits sind in psychiatrischen Populationen die Raten sexueller Missbrauchserfahrung deutlich höher als in

der Normalbevölkerung. Auch bei Sexualstraftätern ist die Prävalenz etwa dreimal so hoch wie bei nicht sexuellen Straftätern (35% vs. 11%; Glasser 2003)

Eine genaue Zuordnung von Art der Traumatisierung zur Schädigungsfolge ist aufgrund der Vielzahl der zum Teil sehr individuellen Einflussfaktoren nicht möglich. Förderlich ist eine je individuelle gründliche Einschätzung. Die Behandlung muss durch gut ausgebildete Psychotherapeuten erfolgen, semiprofessionelle „Traumatherapien“ sind mit größter Skepsis zu betrachten. Ziel der Therapie ist nicht eine „Aufarbeitung“ der traumatischen Erlebnisse, sondern eine Integration der ursprünglich sinnvollen, nunmehr aber dysfunktional gewordenen Bewältigungsmechanismen in die Persönlichkeitsorganisation.

9a. Dr. Anne Herrmann

Benötigen wir einen Straftatbestand der sexuellen Belästigung

Im Rahmen der Reformdiskussion soll auch der Frage nachgegangen werden, ob ein Straftatbestand der sexuellen Belästigung erforderlich ist. Er könnte als eine Art Auffangtatbestand ggf. in Kombination mit der sogenannten engen Lösung⁸¹⁸ eine Rolle spielen. Zur Umsetzung der Konvention könnte dann argumentiert werden, dass zwar möglicherweise nicht alle denkbaren nicht einvernehmlichen sexuellen Handlungen von §§ 177, 179 StGB erfasst werden, sie aber jedenfalls unter den Tatbestand der sexuellen Belästigung fallen würden⁸¹⁹.

Die nachfolgende Prüfung soll jedoch unabhängig von derartigen strategischen Überlegungen zunächst allein anhand der Frage erfolgen, ob eine regelungsbedürftige Strafbarkeitslücke besteht. Abschließend sollen die Auswirkungen dieses Ergebnisses auf die Reformdiskussion untersucht werden.

I. Begriff der sexuellen Belästigung

Unter sexueller Belästigung versteht man im allgemeinen Sprachgebrauch eine bestimmte, auf das Geschlecht einer anderen Person abzielende Form der Belästigung. Sie wird in der sog. Gender-Richtlinie 2002/73EG⁸²⁰ definiert, die in Deutschland gemeinsam mit drei weiteren Gleichbehandlungsrichtlinien durch das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) umgesetzt wurde. Sexuelle Belästigung im Sinne des AGG ist eine Form der unzulässigen Benachteiligung und liegt nach § 3 Abs. 4 AGG dann vor,

⁸¹⁸ Positive Regelung aller Verhaltensweisen, die aus Sicht des nationalen Rechts nicht freiwillig sind, in Abgrenzung zu einer weiten Lösung, zu der die sog. Einverständnis- und Widerspruchslösung zählen.

⁸¹⁹ So hat Österreich z. B. auch den dortigen Tatbestand der sexuellen Belästigung (§ 218 Abs. 1 StGB; s.u. Abschnitt IV. 1. b)), der Belästigungen durch geschlechtliche Handlungen unter Strafe stellt, in den Erläuterungen zur Ratifikation (S. 26 f.) aufgeführt um aufzuzeigen, dass kein Umsetzungsbedarf von Art. 36 der Istanbul-Konvention besteht. Abrufbar unter http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/I/I_02449/fnameorig_309174.html.

⁸²⁰ Die Richtlinie ist mittlerweile gemeinsam mit anderen Richtlinien zur Gleichbehandlung von Männern und Frauen neugefasst und zwar durch die Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen. Nach Artikel 2 der Richtlinie 2002/73EG ist von einer sexuellen Belästigung auszugehen, wenn ein geschlechtsbezogenes Verhalten, das sich in verbaler, nichtverbaler oder physischer Form äußert, die Verletzung der Würde einer Person oder die Schaffung eines durch Einschüchterungen, Anfeindungen, Herabsetzungen, Demütigungen, Beleidigungen oder Verstörungen geprägten Umfelds bezweckt oder bewirkt.

- „wenn ein unerwünschtes, sexuell bestimmtes Verhalten, wozu auch unerwünschte sexuelle Handlungen und Aufforderungen zu diesen, sexuell bestimmte körperliche Berührungen, Bemerkungen sexuellen Inhalts sowie unerwünschtes Zeigen und sichtbares Anbringen von pornographischen Darstellungen gehören, bezweckt oder bewirkt, dass die Würde der betreffenden Person verletzt wird, insbesondere wenn ein von Einschüchterungen, Anfeindungen, Erniedrigungen, Entwürdigungen oder Beleidigungen gekennzeichnetes Umfeld geschaffen wird.“

Den von dieser Definition umfassten Handlungen ist neben einem Sexualbezug gemein, dass sie alle unerwünscht sind. Die betroffene Person hat der handelnden Person keinen Anlass gegeben, dass diese davon ausgehen konnte, sie sei damit einverstanden. Unterteilen lassen sich die Handlungen in berührungsloses Verhalten und körperliche Berührungen. Unter die erste Gruppe fallen v. a. unerwünschte Konfrontationen mit pornografischen Darstellungen, mit sexuell bestimmten Handlungen anderer Personen einschließlich sexualisiertem Reden, mit der Aufforderung zu oder dem Angebot von sexuellen Handlungen. Beabsichtigter oder eingetretener Tatverfolg ist die Verletzung der Würde der Person.

II. Rechtsfolgen einer sexuellen Belästigung

Von der Definition des AGG erfasste Verhaltensweisen können zivilrechtliche Unterlassungsansprüche begründen und im Arbeitsrecht z. B. einen Kündigungsgrund darstellen. Strafrechtlich können sie nur unter ganz bestimmten Umständen verfolgt werden.

Angesichts des ultima-ratio-Gedankens und der Abkehr vom Moral- und Sittlichkeitsstrafrecht sollen sexuelle Belästigungen, soweit sie bloße Lästigkeiten darstellen, nicht strafbar sein.⁸²¹ Erforderlich ist die Verletzung eines strafrechtlich als schützenswert angesehenen Rechtsguts, wobei allein eine nach der Definition des AGG maßgebliche Verletzung der (umfassenden) Personenwürde nicht ausreicht. Wird durch die sexuelle Belästigung allerdings die einen Teilbereich der Personenwürde bildende Ehre einer Person verletzt, ist eine strafrechtliche Ahndung über § 185 StGB möglich (näher s.u.). Außerdem werden über die Tatbestände des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches der Definition des AGG unterfallende Verhaltensweisen erfasst, die die sexuelle Selbstbestimmung⁸²² einer Person nicht nur unerheblich⁸²³ verletzen.

⁸²¹ Vgl. *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 62. Aufl. 2015, vor § 174 Rn. 6a.

⁸²² Geschützt wird eine negative Selbstbestimmungsfreiheit i. S. eines Abwehrrechts gegen Zugriffe durch andere (*Hörnle* in *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger

Die Prüfung, ob das derzeitige strafrechtliche Schutzniveau ausreichend ist oder strafwürdige Fälle durch die bisherige Systematik ausgeklammert werden und ob das Strafrecht in Bezug auf die geschützten Rechtsgüter in diesem Punkt in sich konsistent und widerspruchsfrei ist, soll anhand der einzelnen in § 3 AGG genannten Handlungsweisen vorgenommen werden:

1. Unerwünschte, sexuell bestimmte körperliche Berührungen

a) Strafbarkeit nach dem 13. Abschnitt des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs

Nach den §§ 174 ff. StGB sind solche Berührungen nur dann strafbar, wenn sie als sexuelle Handlungen von einiger Erheblichkeit i. S. d. § 184h Ziff. 1 StGB qualifiziert werden können.

Um eine sexuelle Handlung nach §§ 174 ff. StGB annehmen zu können, genügt nach wohl herrschender Meinung ein objektiver Sexualbezug der Handlung, soweit die Handlung ausschließlich und eindeutig sexualbezogen ist.⁸²⁴ Handelt es sich um eine dem äußeren Erscheinungsbild nach ambivalente Handlung, ist zusätzlich erforderlich, dass sie durch die Absicht motiviert ist, die eigene oder fremde Geschlechtslust zu erregen oder zu befriedigen.⁸²⁵ Begrenzt wird der Anwendungsbereich der Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung durch die Erheblichkeitsschwelle i. S. d. § 184h Ziff. 1 StGB. In Betracht kommen nur sexuelle Handlungen, die nach Art, Intensität und Dauer eine sozial nicht mehr hinnehmbare Beeinträchtigung eines bestimmten, im Tatbestand geschützten Rechtsguts bedeuten. Erforderlich ist dabei eine Orientierung an sozialemethischen Maßstäben.⁸²⁶

Danach fallen ungeachtet der weiteren Tatbestandsvoraussetzungen der §§ 174 ff. StGB schon eine Vielzahl der Erscheinungsformen der unerwünschten körperlichen Berührungen aus dem Anwendungsbereich. Das gilt namentlich für unerwünschte, lediglich unsittliche Berührungen, bei denen zwar ein Sexualbezug erkennbar ist, die aber unterhalb der Erheblichkeitsschwelle liegen. Sie werden im allgemeinen Sprachgebrauch auch als „Grapscherfälle“ bezeichnet, wobei damit üblicherweise die Berührung einer Frau durch einen Mann assoziiert wird. Neben unerwünschten Berührungen im Gesicht bis hin zu Küssen auf den Mund fallen auch Berührungen über der Kleidung an Stellen, die dem Scham- oder Intimbereich zuzurechnen sind, unter diese Fallgruppe. Zu diesen Stellen zählen nicht nur primäre und

Kommentar, Band 6, 12. Aufl. 2010, vor § 174 Rn. 28 m.w.N). Verbunden damit ist eine Verletzung des Rechts auf Achtung der Intimsphäre.

⁸²³ In Anlehnung an die Einschränkung in § 184h Ziff. 1 StGB.

⁸²⁴ Eisele in Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 184g Rn. 6 ff. m.w.N.

⁸²⁵ Schönke/Schröder-Eisele (Fn. 7), § 184g Rn. 9 m.w.N.

⁸²⁶ Fischer, (Fn. 4), § 184g Rn. 5 m.w.N.

sekundäre Geschlechtsmerkmale sondern auch sonstige Körperteile, die der Sexualsphäre im weiteren Sinne zugerechnet werden, wie das Gesäß oder die Innenseite der Oberschenkel.⁸²⁷

Daneben sind auch die unerwünschten, sexuell bestimmten Berührungen, die zwar die Erheblichkeitsschwelle überschreiten, bei denen es aber an Missbrauchs- oder Nötigungselementen fehlt, nicht strafbar. Diese nicht einvernehmlichen, nicht strafbaren erheblichen sexuellen Handlungen sind Gegenstand der derzeitigen Reformdiskussion. Wollte man für die unter der Erheblichkeitsschwelle liegenden unerwünschten Berührungen eine Strafbarkeit einführen, würde dies erst recht für die unerwünschten erheblichen sexuellen Handlungen gelten.

b) Strafbarkeit nach § 185 StGB

§ 185 StGB fungierte unter dem Begriff Sexualbeleidigung lange als eine Art Auffangtatbestand bzw. als sog. „kleines Sexualdelikt“. Mit dem 4. Strafrechtsreformgesetz aus dem Jahr 1973⁸²⁸ mahnte der Gesetzgeber eine Befreiung des § 185 StGB von dieser „Lückenbüßerrolle“ in den Fällen an, in denen ein sozialemisch missbilligtes sexualbezogenes Verhalten den Tatbestand eines Sexualdelikts noch nicht oder nicht mehr erfüllt.⁸²⁹ In der Rechtsprechung sollte dieses Ziel spätestens mit dem Urteil des 2. Strafsenats des BGH vom 15.03.1989 erreicht worden sein, in dem der Senat eine eindeutige Trennung der Beleidigungs- und Sexualdelikte auf Tatbestandsebene vorgenommen hat.⁸³⁰ Maßgeblich ist seither eine Abgrenzung der Schutzgüter der Personenwürde und der Ehre. Ehre wird als Teil der umfassenderen Personenwürde verstanden und ist deshalb nicht zwingend mit ihr identisch.⁸³¹ Davor war die Rechtsprechung davon ausgegangen, dass bei Verwirklichung eines Sexualdelikts immer auch eine Ehrverletzung vorlag, die bereits in der geschlechtlichen Handlung selbst gesehen wurde.⁸³²

Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung verletzen die Personenwürde des Opfers, indem seine Persönlichkeit missachtet und das geschlechtliche Schamgefühl verletzt wird. Auch bringt der Täter durch eine Sexualstraftat eine Nichtrespektierung der Opferpersönlichkeit und eine Missachtung seiner Freiheit zur sexuellen Selbstbestimmung zum Ausdruck.⁸³³

⁸²⁷ In erster Linie die Körperteile, die wegen des Anstands- und Schamgefühls üblicherweise bedeckt werden.

⁸²⁸ BGBl. I 1973, 1725; RegE BT-Drs. VI/1552.

⁸²⁹ Kiehl, Das Ende der „kleinen Sexualdelikte“, NJW 1989, 3003 m.w.N.

⁸³⁰ BGH NJW 1989, 3028 f.

⁸³¹ BGH NJW 1989, 3028.

⁸³² Laubenthal, Handbuch Sexualstraftaten 2012, Rn. 134 m.w.N. Lag eine zusätzliche Ehrverletzung vor, trat § 185 StGB nicht wie sonst zurück, sondern es wurde Tateinheit angenommen.

⁸³³ Laubenthal (Fn. 13), Rn. 136.

Aber nicht jedwede gegen den Willen des Opfers ausgeführte sexualbezogene Handlung stellt zugleich einen Angriff auf die Ehre des Opfers dar.⁸³⁴ Mit der „neuen“ Rechtsprechung sollte deutlich werden, dass Beleidigungsdelikte und Sexualdelikte jeweils eigenständige, in Angriffsziel und Angriffsart divergierende Delikte sind, die das Persönlichkeitsrecht des Opfers in tatbestandlich verschiedener Form tangieren.⁸³⁵ Tätliche sexualbezogene Berührungen ohne Einverständnis der betroffenen Person erfüllen daher nach ständiger Rechtsprechung nur dann den Tatbestand der Beleidigung, wenn nach den konkreten Umständen in diesem Verhalten eine zusätzliche herabsetzende Bewertung des Opfers zu sehen ist, die sich nicht schon aus dem sexuellen Charakter der Berührung⁸³⁶ oder daraus ergibt, dass das Opfer keinen Anlass dazu gegeben hat⁸³⁷. Sexuelle Belästigungen, die sich in einer ungewünschten sexualbezogenen Berührung erschöpfen, stellen nach diesen Grundsätzen regelmäßig keine Beleidigung dar.

Diese Einschränkung der Rechtsprechung hat zur Folge, dass

- mit dem gewöhnlichen Erscheinungsbild von Sexualdelikten weder regelmäßig noch notwendigerweise der Tatbestand einer (auf Konkurrenzenebene zurücktretenden) Beleidigung verbunden ist
- dies erst recht für unerwünschte sexualbezogene Verhaltensweisen gilt, die unterhalb der Schwelle der §§ 174 ff. StGB liegen⁸³⁸
- sofern der Täter nicht zusätzlich ausdrücklich oder konkludent eine Minderwertigkeit des Opfers im Sinne eines Mangels an Ehre zum Ausdruck bringt.⁸³⁹

Die Grenze der Beleidigung sollte daher eigentlich erst dann überschritten sein, wenn der Täter zu erkennen gibt, dass er die betroffene Person als jemanden einschätzt, mit dem man so etwas ohne weiteres machen kann⁸⁴⁰, z. B. indem der Täter Geld für sexuelle Handlungen

⁸³⁴ BGH NJW 1989, 3028 f.

⁸³⁵ BGH NJW 1989, 3028 („Das Erfordernis der Tatbestandsbestimmtheit würde in Frage gestellt, die Systematik des Gesetzes unterlaufen: Das Gesetz trifft für die Verletzung der unterschiedlichen Individualrechtsgüter in verschiedenen Abschnitten differenzierte Regelungen.“); *Laubenthal* (Fn. 13), Rn. 138 m.w.N.

⁸³⁶ *Fischer* (Fn. 4), § 185 Rn. 11a m.w.N.

⁸³⁷ *Schönke/Schröder-Lenckner/Eisele* (Fn. 7), § 185 Rn. 4.

⁸³⁸ *Kiehl*, Das Ende der „kleinen Sexualdelikte“, NJW 1989, 3003; vgl. aber *OLG Bamberg* NStZ 2007, 96.

⁸³⁹ Darstellung angelehnt an *Schönke/Schröder-Lenckner/Eisele* (Fn. 7), § 185 Rn. 4 m.w.N.

⁸⁴⁰ *Schönke/Schröder-Lenckner/Eisele* (Fn. 7), § 185 Rn. 4 m.w.N.

anbietet und damit zum Ausdruck bringt, die betroffene Person sei käuflich wie eine Prostituierte⁸⁴¹.

Die Rechtsprechung der letzten Jahre orientiert sich allerdings nicht durchgehend an diesen klaren, vom Gesetzgeber geforderten und selbst aufgestellten Grundsätzen und muss sich daher auch immer wieder Kritik gefallen lassen:

Mag die Annahme eines zusätzlichen, herabwürdigenden Erklärungswertes in folgenden Fällen noch nachvollziehbar sein:

- Vornahme einer sexuell motivierten „Leibesvisitation“ über und unter der Kleidung wegen angeblichen Diebstahlsverdachts⁸⁴²
- Aufdrängen von Zärtlichkeiten und das Ansinnen, Telefonsex machen zu wollen⁸⁴³,

erscheint die Kritik jedenfalls in folgenden Fällen gerechtfertigt und mit der Gefahr der Rückkehr zu der Ausgestaltung der Beleidigung als Auffangtatbestand verbunden:

- sexuell motivierte Berührung einer Frau während eines Hausbesuchs durch einen Jugendamtsmitarbeiter mit der Äußerung, er könne sich vorstellen, mit ihr zu schlafen⁸⁴⁴
- Betasten des Oberschenkels eines 12-jährigen Mädchens, das der Täter hartnäckig verfolgt und gegen das er mit Nötigungsmitteln vorgegangen ist⁸⁴⁵
- versuchte Berührung der Brust und des Geschlechtsteils über der Kleidung einer unbekanntes Frau auf offener Straße⁸⁴⁶
- überraschender Griff eines Radfahrers zwischen die Beine einer ihm unbekanntes Joggerin, wobei der Fahrradfahrer anschließend fluchtartig das Weite gesucht hat⁸⁴⁷.

⁸⁴¹ OLG Oldenburg BeckRS 2011, Nr. 00925; aber nach Fischer (Fn. 4), § 185 Rn. 11d kritisch, wenn das Ansinnen ernst gemeint ist.

⁸⁴² BGHSt 35, 76; krit. Laubenthal (Fn. 13), Rn. 141 und Fischer (Fn. 4), § 185 Rn. 11c.

⁸⁴³ LG Freiburg NJW 2002, 3646; krit. Schönke/Schröder-Lenckner/Eisele (Fn. 7), § 185 Rn. 4.

⁸⁴⁴ OLG Hamm NSTZ-RR 2008, 108f.; krit. Fischer (Fn. 4), § 185 Rn. 11c.

⁸⁴⁵ BGH NJW 1989, 302; krit. Schönke/Schröder-Lenckner/Eisele (Fn. 7), § 185 Rn. 4.

⁸⁴⁶ OLG Karlsruhe NJW 2003, 1263, das die Beleidigungsmomente allein darin gesehen hat, dass es sich um ein Zufallsopfer gehandelt und der nicht unerhebliche Übergriff auf offener Straße stattgefunden hat. Kritisch Schönke/Schröder-Lenckner/Eisele (Fn. 7), § 185 Rn. 4.

⁸⁴⁷ OLG Bamberg NSTZ 2007, 96; krit. Fischer (Fn. 4), § 185 Rn. 11 und Laubenthal (Fn. 13), Rn. 142. Fischer bemerkt treffend, dass der Fahrradfahrer durch sein Nachtatverhalten gerade nicht erklärt

Die letztgenannte Entscheidung ist auch wegen der Begründung bemerkenswert, weshalb die von der obergerichtlichen Rechtsprechung verlangte Einschränkung des Beleidigungsrechts vorliegend für nicht einschlägig gehalten wurde. Die Einschränkung sei nur für Handlungen gerechtfertigt, „die mit dem regelmäßigen Erscheinungsbild eines Sexualdelikts notwendig verbunden“ sind. Dies sei bei dem vorliegenden überraschenden Griff in den Intimbereich nicht der Fall. In der Konsequenz würde das bedeuten, dass man bei einer erheblichen sexuellen Handlung in Kombination mit Missbrauchs- oder Nötigungselementen keinen massiven Angriff auf die (Geschlechts-)Ehre, sondern „lediglich“ einen Angriff auf die allgemeine Personenwürde unterstellen könnte. Bei unterhalb der Erheblichkeitsschwelle liegenden sexualbezogenen Handlungen oder solchen, die keine Missbrauchs- oder Nötigungselemente aufweisen, könnte man aber von einer Ehrverletzung ausgehen.

Die vorgenannten Entscheidungen zeigen, dass gerade bei unerwünschten Berührungen durch unbekannte Personen, aber auch in sonstigen „Grapscherfällen“ offenbar nicht nur in weiten Teilen der Bevölkerung und der Literatur⁸⁴⁸, sondern offenbar auch von der Rechtsprechung – und den Strafverfolgungsbehörden, die den Sachverhalt angeklagt haben - ein Strafbedürfnis gesehen wird.

2. Berührungslose Verhaltensweisen / ungewünschte Konfrontationen

Nach der Definition des AGG werden vier Handlungsweisen unterschieden:

- a) unerwünschte, sexuell bestimmte Handlungen vor einer Person
- b) unerwünschtes Zeigen und sichtbares Anbringen pornografischer Darstellungen
- c) unerwünschte Aufforderungen zu sexuellen Handlungen
- d) unerwünschte Bemerkungen sexuellen Inhalts.

Bei der Prüfung der Strafbarkeit dieser Handlungsweisen ist zu berücksichtigen, dass sexualbezogenes Reden und das Vorzeigen oder Betrachten sexualbezogener Darstellungen nicht unter den Begriff der sexuellen Handlung i. S. d. § 184h Ziff. 1 StGB fällt.⁸⁴⁹

habe, er traue der Frau zu, dass sie sich einen solchen Angriff auf ihre Geschlechtsehre gerne gefallen lasse.

⁸⁴⁸ Z. B. *Schaefer*, Strafbarkeitslücke sexuelle Belästigung – regelungsbedürftig oder politisch gewollt? ZRP 2001, 27 f.; *Adelmann*, Die Straflosigkeit des „Busengrapschens“, Jura 2009, 24 ff.

⁸⁴⁹ *Fischer* (Fn. 4), § 184g Rn. 3.

zu a) Sexuell bestimmte Handlungen vor einer Person bzw. sexuelle Handlungen ohne Körperbezug

Ungewünschte Konfrontationen mit sexuell bestimmten Handlungen anderer Personen ohne Körperkontakt können zunächst über § 183 StGB strafbar sein, wenn eine exhibitionistische Handlung⁸⁵⁰ vorliegt, durch die eine andere Person belästigt wird. Nach § 183a StGB ist die öffentliche Vornahme einer sexuellen Handlung i. S. d. § 184h Ziff. 1 StGB dann strafbar, wenn dadurch bewusst ein Ärgernis erregt wird.

Beide Vorschriften schützen den Einzelnen als Ausprägung seines (Abwehr-)Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung davor, solche Vorgänge ungewollt wahrnehmen zu müssen.⁸⁵¹ Eine Belästigung i.S.d. § 183 StGB liegt schon bei jeder negativen Gefühlsempfindung von einigem Gewicht vor⁸⁵², was z. B. beim Hervorrufen von Gefühlen wie Ekel, Schock, Entrüstung, Ärger oder Schrecken, aber auch bei einer nicht unerheblichen Verletzung des Scham- oder Anstandsgefühls der Fall ist⁸⁵³. Fast deckungsgleich ist die in § 183a StGB maßgebliche Erregung eines Ärgernisses zu verstehen. Ärgernis ist die Verletzung des Scham- und Anstandsgefühls eines normal empfindenden, nicht überempfindlichen Menschen, der sich ungewollt mit fremden sexuellen Handlungen konfrontiert sieht.⁸⁵⁴

Kinder und Jugendliche werden darüber hinaus vor Sexualstraftaten im engeren Sinne dann geschützt, wenn es sich um die Vornahme einer sexuellen Handlung von einiger Erheblichkeit i.S.v. § 184h Ziff. 1 StGB vor einem Kind oder einem Jugendlichen handelt. Sofern die weiteren Voraussetzungen von § 184h Ziff. 2 StGB⁸⁵⁵ erfüllt sind, kann eine Strafbarkeit nach § 174 Abs. 3 Ziff. 1 StGB oder § 176 Abs. 4 Ziff. 1 StGB ggf. i. V. m. § 176a Abs. 3 StGB gegeben sein. Die im Gegensatz zu den Missbrauchsalternativen mit Körperkontakt herabgesetzten Strafraumen lassen die Wertung des Gesetzgebers erkennen, dass zwar auch von sexuellen Handlungen vor einer Person strafrechtlich relevante Gefährdungen (von Kindern und Jugendlichen) zu erwarten sind, die Gefährdung aber bei Körperkontakt („an einem anderen“) grundsätzlich als erhöht angesehen wird.⁸⁵⁶

⁸⁵⁰ Männlicher Täter zeigt einer anderen Person ohne deren Einverständnis – häufig für diese überraschend – sein entblößtes Geschlechtsteil in der Absicht, sich selbst hierdurch sexuell zu erregen (*Fischer* (Rn. 4), § 183 Rn. 5 m.w.N.; *Laubenthal* (Fn. 13), Rn. 723 m.w.N.).

⁸⁵¹ Schönke/Schröder-Eisele (Fn. 7), § 183 Rn. 1 und § 183a Rn. 1 jeweils m.w.N.

⁸⁵² Schönke/Schröder-Eisele (Fn. 7), § 183 Rn. 4 m.w.N.

⁸⁵³ Schönke/Schröder-Eisele (Fn. 7), § 183 Rn. 4; *Fischer* (Fn. 4), § 183 Rn. 6 jeweils m.w.N.

⁸⁵⁴ Schönke/Schröder-Eisele (Fn. 7), § 183 Rn. 5 m.w.N.

⁸⁵⁵ Wahrnehmung der Handlung, wobei das Opfer nicht auch die sexuelle Bedeutung des wahrgenommenen Verhaltens erfassen muss (*Laubenthal* (Fn. 13), Rn. 128 m.w.N.).

⁸⁵⁶ Kritisch Schönke/Schröder-Eisele (Fn. 7), § 184g Rn. 3 m.w.N.

Bei den Missbrauchs- und Nötigungsdelikten des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches zum Nachteil von Erwachsenen sind dagegen immer Handlungen mit Körperkontakt erforderlich. Auch dadurch wird eine gesetzgeberische Wertung deutlich, wonach sexualbezogenen Handlungen mit Körperkontakt als gravierendere Eingriffe angesehen werden.

zu b) Unerwünschtes Zeigen und sichtbares Anbringen pornografischer Darstellungen

Hier gewähren die §§ 184 ff. StGB⁸⁵⁷ einen weiten Schutz, der durch das Ordnungswidrigkeitenrecht, namentlich durch § 119 OWiG ergänzt wird. Darüber hinaus werden Kinder über § 176 Abs. 4 Ziff. 4 StGB vor der Konfrontation mit pornografischen Inhalten geschützt.

Nach § 119 OWiG⁸⁵⁸ wird die Werbung für Gelegenheit für sexuelle Handlungen oder für Gegenstände oder Mittel des sexuellen Gebrauchs dann als Ordnungswidrigkeit gewertet, wenn dies öffentlich in einer Weise geschieht, die geeignet ist, andere zu belästigen oder durch ein Verbreiten in grob anstößiger Weise. Das öffentliche Zugänglichmachen von Darstellungen sexuellen Inhalts ist dann ordnungswidrig, wenn dies grob anstößig wirkt. Belästigung wird hierbei entsprechend § 183 StGB definiert. Von einer groben Anstößigkeit ist auszugehen, wenn Sitte, Anstand oder Schamgefühl in erheblicher Weise verletzt werden.⁸⁵⁹

Für diese Fallgruppe ist also ein hohes Schutzniveau festzustellen.

zu c) Unerwünschte Aufforderungen zu sexuellen Handlungen

Das Ansinnen sexuellen Kontakts oder sexuellen Verhaltens enthält nach wohl h. M. für sich allein auch dann kein Beleidigungsmoment, wenn die betroffene Person hierzu keinen An-

⁸⁵⁷ Die fragliche Strafwürdigkeit bestimmter v.a. in § 184 StGB geregelter Sachverhalte wurde in der Kommission bereits angesprochen und soll ggf. noch Gegenstand weiterer Erörterungen sein.

⁸⁵⁸ § 119 OWiG „Grob anstößige und belästigende Handlungen“

„(1) Ordnungswidrig handelt, wer

1. öffentlich in einer Weise, die geeignet ist, andere zu belästigen, oder
2. in grob anstößiger Weise durch Verbreiten von Schriften, Ton- oder Bildträgern, Abbildungen oder Darstellungen oder durch das öffentliche Zugänglichmachen von Datenspeichern Gelegenheit zu sexuellen Handlungen anbietet, ankündigt, anpreist oder Erklärungen solchen Inhalts bekanntgibt.

(2) Ordnungswidrig handelt auch, wer auf die in Absatz 1 bezeichnete Weise Mittel oder Gegenstände, die dem sexuellen Gebrauch dienen, anbietet, ankündigt, anpreist oder Erklärungen solchen Inhalts bekanntgibt.

(3) Ordnungswidrig handelt ferner, wer öffentlich Schriften, Ton- oder Bildträger, Datenspeicher, Abbildungen oder Darstellungen sexuellen Inhalts an Orten ausstellt, anschlügt, vorführt oder sonst zugänglich macht, an denen dies grob anstößig wirkt.

(4) Die Ordnungswidrigkeit kann in den Fällen des Absatzes 1 Nr. 1 mit einer Geldbuße bis zu eintausend Euro, in den übrigen Fällen mit einer Geldbuße bis zu zehntausend Euro geahndet werden.“

⁸⁵⁹ Kurz in Karlsruher Kommentar zum OWiG, 4. Aufl. 2014, § 119 Rn. 11 und 15 m.w.N.

lass gegeben hat.⁸⁶⁰ Eine i. S. d. § 185 StGB tatbestandsmäßige Ehrverletzung ist erst dann anzunehmen, wenn der Täter zu erkennen gibt, dass er die oder den Betroffenen als Person einschätzt, „mit der man so etwas ohne weiteres machen könne“. Das ist z. B. angenommen worden beim Ansinnen von Telefonsex⁸⁶¹, beim Anbieten von Geld gegenüber einer nur flüchtig bekannten Person⁸⁶², der zudringlichen Aufforderung an fremde Frauen, den Täter mit der Hand zu befriedigen⁸⁶³. Die Rechtsprechung zeigt entsprechend der tätlichen sexualbezogenen Beleidigung keine klaren Grenzen auf (s.o. Abschnitt II. 1. b)).

zu d) Unerwünschte Bemerkungen sexuellen Inhalts

Anzüglichkeiten, sexistische Witze etc. sind in der Regel erst dann strafbar, wenn es zu einer Ehrverletzung der angesprochenen Person durch Kundgabe der Miss- oder Nichtachtung i. S. d. § 185 StGB gekommen ist. Die in § 3 AGG genannte Verletzung der (Personen-)Würde ist nicht ausreichend (s.o. Abschnitt II. 1. b)). Kritische Auseinandersetzungen mit der (fehlenden) Strafbarkeit dieser Fallkonstellation sind nicht bekannt geworden.

III. Schlussfolgerungen

Aus der vorstehenden Betrachtung scheinen v.a. folgende Punkte von Relevanz:

- Es gibt eine gesetzgeberische Wertung, wonach mit sexualbezogenen Handlungen mit Körperkontakt ein gravierenderer Eingriff einhergeht als mit solchen ohne Körperkontakt.
- Wenn unerwünschte sexuelle Handlungen vor einer Person vorgenommen werden und dadurch das Scham- und Anstandsgefühl dieser Person verletzt wird, liegt eine strafbare Handlung vor. Darüber hinaus wird sogar die unerwünschte Konfrontation mit Darstellungen sexuellen Inhalts über das Ordnungswidrigkeitenrecht geschützt.
- Unerwünschte sexuelle Handlungen (gleich ob erheblich oder nicht) an einer Person ohne Nötigungs- oder Missbrauchselemente sind nur in den engen Grenzen des § 185 StGB strafbar, selbst wenn sie die in den §§ 183, 183a StGB erforderli-

⁸⁶⁰ Fischer (Fn. 4), § 185 Rn. 11d; Schönke/Schröder-Lenckner/Eisele (Fn. 7), § 185 Rn. 4 jeweils m.w.N.

⁸⁶¹ LG Freiburg NJW 2002, 3645; krit. Schönke/Schröder-Lenckner/Eisele (Fn. 7), § 185 Rn. 4.

⁸⁶² OLG Oldenburg BeckRS 2011, Nr. 00925.

⁸⁶³ BGH 5 StR 538/91 zitiert bei Fischer (Fn. 4), § 185 Rn. 11c.

chen Reaktionen (Belästigung, Erregung eines Ärgernisses) auslösen oder die Würde der Person verletzen.

- Die Grenzen der Sexualbeleidigung werden in der Rechtsprechung sehr uneinheitlich gezogen, was zu einer gewissen Rechtsunsicherheit führt.
- Unerwünschte sexuelle Handlungen verletzen in der Regel das geschlechtliche Schamgefühl. Mit ihnen bringt der „Täter“ eine Missachtung der Freiheit zur sexuellen Selbstbestimmung des Opfers zum Ausdruck und macht deutlich, dass er die Opferpersönlichkeit nicht respektiert. Das ist jedoch nicht gleichbedeutend mit der von § 185 StGB geschützten Ehre.
- Die Trennung zwischen allgemeiner Personenwürde und Ehre mutet künstlich an und ist im konkreten Einzelfall in der Rechtsanwendung nur schwer durchzuhalten.
- Das wird auch in vielen der (dogmatisch zu Recht) kritisierten Entscheidungen deutlich, die offenbar auch auf ein bei Strafverfolgungsbehörden und Gerichten gesehenes Strafbedürfnis bei bestimmten Fallkonstellationen zurückzuführen sind.
- Bei den als zu weit kritisierten Entscheidungen handelt es sich fast ausschließlich um solche, die unerwünschte sexualbezogene Berührungen zum Gegenstand hatten.

Angesichts des ultima-ratio-Prinzips und der Abkehr vom Moral- und Sittlichkeitsstrafrecht ist grundsätzlich zuzustimmen, dass sexuelle Belästigungen, soweit sie bloße Lästigkeiten darstellen, nicht strafbar sein sollen.⁸⁶⁴

Nach meiner Auffassung ergeben sich nach geltender Rechtslage allerdings in Bezug auf die strafrechtlich als schützenswert angesehenen Rechtsgüter Wertungswidersprüche. So wird die Ehre einer Person umfassend geschützt. Das geschlechtliche Scham- und Anstandsgefühl wird demgegenüber nur bei ungewollter Wahrnehmung sexualbezogener Handlungen, nicht jedoch bei unerwünschten körperlichen Berührungen mit eindeutigen Sexualbezug geschützt. Dagegen steht die gesetzgeberische Wertung – die mit dem persönlichen Empfinden korrespondiert –, dass unerwünschte Wahrnehmungen sexueller Handlungen regelmäßig nicht mit einer derart erheblichen Grenzüberschreitung und Rechtsgutsverletzung verbunden sind, wie ungewollte sexualbezogene Berührungen, denen man sich darüber hinaus nicht so schnell entziehen kann, wie ersteren (Wegschauen). Damit genügt das deut-

⁸⁶⁴ Vgl. auch *Fischer* (Fn. 4), vor § 174 Rn. 6a.

sche System der strafrechtlichen Verbots- und Gebotsnormen in diesem Punkt nicht dem Anspruch, in sich konsistent und frei von Widersprüchen zu sein.⁸⁶⁵

Jedenfalls für die nach der Systematik des StGB ohnehin als schwerwiegender angesehene sexualbezogenen Handlungen mit Körperkontakt, bei denen die betroffene Person dem Handelnden keinen Anlass gegeben hat, er könne davon ausgehen, sie sei damit einverstanden, scheint der Rechtsgutseingriff derart schwerwiegend, dass eine Strafbarkeit nicht dem ultima-ratio Gedanken zuwider laufen dürfte. Bei ihnen besteht durch die mit der Berührung verbundene erhebliche Grenzüberschreitung, mit dem unerwünschten körperlichen Eingriff in die Intimsphäre, eine Vermutung, dass sie zu einer erheblichen Verletzung des Schamgefühls führen.

Das Erscheinungsbild sexualbezogener Handlungen ohne Körperkontakt ist demgegenüber sehr vielfältig und weit und deshalb nicht ohne weiteres mit einer erheblichen, strafwürdigen Rechtsgutsverletzung verbunden. Um „reine Lästigkeiten“ und sonstige strafunwürdige Fälle zuverlässig ausscheiden zu können, müsste man eine objektivierbare Grenze, ähnlich der in § 119 OWiG („in einer Weise, die geeignet ist, andere zu belästigen“, „in grob anstößiger Weise“) einziehen, bei deren Überschreitung eine erhebliche Rechtsgutsverletzung vermutet werden kann. Allerdings dürfte für die Fallgruppe der sexuellen Handlungen vor anderen Personen bereits ein hohes Schutzniveau bestehen (s.o. Abschnitt II. 2. a)). Gleiches gilt für das unerwünschte Zeigen und sichtbare Anbringen pornografischer Darstellungen (s.o. Abschnitt II. 2. b)). Unerwünschte Aufforderungen zu sexuellen Handlungen können meist über § 185 StGB erfasst werden, so dass letztlich „nur“ die Fallgruppe der unerwünschten Bemerkungen sexuellen Inhalts bliebe, die aber in der Regel „reine“ Lästigkeiten darstellen dürften, und ab der Schwelle der Ehrverletzung als Beleidigung geahndet werden können.

Zusammenfassend besteht nach meiner Auffassung unabhängig von den derzeitigen Reformüberlegungen und den Vorgaben der Istanbul-Konvention ein gesetzlicher Regelungsbedarf für einen Tatbestand der sexuellen Belästigung, der nur

- unerwünschte körperliche Berührungen mit Sexualbezug

erfassen sollte.

⁸⁶⁵ Vgl. zu dieser Voraussetzung des Strafrechts auch Hörnle, Warum § 177 Abs. 1 StGB durch einen neuen Tatbestand ergänzt werden sollte, ZIS 2015, 206, 207 f.

IV. Lösungsmöglichkeiten

1. Rechtslage in anderen Ländern

a) Frankreich

Der in Artikel 222-33 des französischen Strafgesetzbuches seit August 2012 neu geregelte Tatbestand der sexuellen Belästigung („harcèlement sexuel“) greift die Definition der Richtlinie 2002/73EG auf und stellt u. a. (wiederholte) Verhaltensweisen mit Sexualbezug unter Strafe, die auf die Schaffung eines einschüchternden, feindseligen, kränkenden oder beleidigenden Umfeldes abzielen.⁸⁶⁶ Dieser Ansatz erscheint unter Berücksichtigung der vorstehenden Erwägungen zu weitgehend.

b) Österreich

Aktuell ist die sexuelle Belästigung in § 218 Abs. 1 StGB⁸⁶⁷ geregelt; Absatz 2 umfasst die Vornahme öffentlicher sexueller Handlungen ähnlich § 183a StGB im deutschen Recht. Erfasst wird die Belästigung durch geschlechtliche Handlungen mit und ohne Körperkontakt, wobei im zweiten Fall eine Eignungsgrenze eingezogen wurde („vor ihr unter Umständen, unter denen dies geeignet ist, berechtigtes Ärgernis zu erregen“). Sie ist als absolutes An-

⁸⁶⁶ „I. - Le harcèlement sexuel est le fait d'imposer à une personne, de façon répétée, des propos ou comportements à connotation sexuelle qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante.

II. - Est assimilé au harcèlement sexuel le fait, même non répété, d'user de toute forme de pression grave dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers.

III. - Les faits mentionnés aux I et II sont punis de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende.

Ces peines sont portées à trois ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende lorsque les faits sont commis : 1° Par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ;

2° Sur un mineur de quinze ans ;

3° Sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de leur auteur ;

4° Sur une personne dont la particulière vulnérabilité ou dépendance résultant de la précarité de sa situation économique ou sociale est apparente ou connue de leur auteur ;

5° Par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice.”

⁸⁶⁷ § 218 StGB „Sexuelle Belästigung und öffentliche geschlechtliche Handlungen“

„(1) Wer eine Person durch eine geschlechtliche Handlung

1. an ihr oder

2. vor ihr unter Umständen, unter denen dies geeignet ist, berechtigtes Ärgernis zu erregen, belästigt, ist, wenn die Tat nicht nach einer anderen Bestimmung mit strengerer Strafe bedroht ist, mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.

(2) Ebenso ist zu bestrafen, wer öffentlich und unter Umständen, unter denen sein Verhalten geeignet ist, durch unmittelbare Wahrnehmung berechtigtes Ärgernis zu erregen, eine geschlechtliche Handlung vornimmt.

(3) Im Falle des Abs. 1 ist der Täter nur mit Ermächtigung der belästigten Person zu verfolgen.“

tragsdelikt ausgestaltet und nur dann strafbar, wenn die Tat nicht nach anderen Bestimmungen mit strengerer Strafe bedroht ist. Der Strafraum beträgt Freiheitsstrafe bis sechs Monate oder bis 360 Tagessätze Geldstrafe.

Unter geschlechtlicher Handlung wird jede nach ihrem äußeren Erscheinungsbild sexualbezogene Handlung verstanden, die sowohl nach ihrer Bedeutung als auch nach ihrer Intensität und Dauer von einiger Erheblichkeit ist und damit eine unzumutbare, sozialstörende Rechtsgutbeeinträchtigung im Intimbereich darstellt.⁸⁶⁸ Umfasst sind (mehr als flüchtige) Berührungen von zu der unmittelbaren Geschlechtssphäre des Täters oder des Opfers zählenden Körperstellen.⁸⁶⁹

Nach der öffentlichen und politischen⁸⁷⁰ Diskussion über einen Fall, in dem das „Betasten am Gesäß“ nicht als geschlechtliche Handlung – da nicht zur unmittelbaren Geschlechtssphäre zählend – gewertet wurde⁸⁷¹, soll der Tatbestand in Österreich nun erweitert und an die weiter gehenden Voraussetzungen des Gleichbehandlungsrechts angeglichen werden⁸⁷². Nach dem derzeit in Abstimmung befindlichen „Begutachtungsentwurf“ für ein (umfassendes) Strafrechtsänderungsgesetz 2015 (98/ME)⁸⁷³ soll § 218 Abs. 1 StGB wie folgt geändert werden, wobei die Umschreibung der (erweiterten) Tathandlung recht „umständlich“ erscheint:

§ 218. (1) Wer eine Person

1. *durch eine geschlechtliche oder eine nach Art und Intensität einer solchen vergleichbare, der sexuellen Sphäre im weiteren Sinn zugehörige körperliche Handlung an ihr oder*
2. *durch eine geschlechtliche Handlung vor ihr unter Umständen, unter denen dies geeignet ist, berechtigtes Ärgernis zu erregen, belästigt, ist, wenn die Tat nicht nach einer anderen Bestimmung mit strengerer Strafe bedroht ist, mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.“*

c) Schweiz

⁸⁶⁸ Oberster Gerichtshof (OGH) 12 Os 5/09s.

⁸⁶⁹ OGH 14 Os 142/06y.

⁸⁷⁰ Vgl. Entschließungsantrag 2162/A(E) XXIV.GP vom 06.12.2012, abrufbar über www.parlament.gv.at.

⁸⁷¹ OGH 18. Juni 2009, 13 Os 62/09f, der sich allerdings auf die Auslegung des Tatbestandsmerkmals der geschlechtlichen Handlung in § 207 Abs. 1 StGB – „Sexueller Missbrauch von Unmündigen“ bezogen hat.

⁸⁷² Vgl. S. 26 f. des Erläuterungsentwurfs zu dem Begutachtungsentwurf, abrufbar unter http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/ME/ME_00098/index.shtml.

⁸⁷³ Abrufbar unter http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/ME/ME_00098/index.shtml (eingebracht in den Nationalrat am 13.03.2015, Ende der Begutachtungsfrist am 24.04.2015).

In Art. 198 des Schweizer Strafgesetzbuches⁸⁷⁴ wird zum einen Schutz vor unerwarteter Wahrnehmung sexueller Vorgänge im öffentlichen und privaten Raum gewährt, wobei dies über das bloß Unanständige, Unangebrachte, Anstößige, Geschmacklose oder Widerwärtige hinausgehen⁸⁷⁵ und ein Ärgernis erregt werden muss. Zum anderen wird eine tätliche oder verbale sexuelle Belästigung – letztere mit der Einschränkung „in grober Weise“ – bestraft. Die Tat ist als Antragsdelikt ausgestaltet.

Die tätliche sexuelle Belästigung setzt eine körperliche Kontaktaufnahme voraus, welcher nach ihrem äußeren Erscheinungsbild sexuelle Bedeutung zukommen, die Intensität des sexuellen Bezuges aber nur gering sein muss.⁸⁷⁶ Bei der verbalen Belästigung muss sich die sexuelle Bedeutung vom Standpunkt eines objektiven Betrachters klar ergeben. Die „grobe Weise“ erfordert explizite, mindestens unverblünte, in der Regel vulgäre Äußerungen.⁸⁷⁷ Trotz dieser Einschränkung erscheint der Regelungsansatz zumindest in Bezug auf die verbale Belästigung zu weitgehend.

2. Überlegungen zur konkreten Ausgestaltung in Deutschland

a) Tathandlung

Der im 13. Abschnitt des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches verwendete Begriff der sexuellen Handlung erfasst entgegen der engeren Definition der „geschlechtlichen Handlung“ im österreichischen Strafrecht alle relevanten sexualbezogenen Handlungen, auch die Berührungen über der Kleidung am Gesäß, an der Innenseite der Oberschenke etc. Seine Verwendung würde den Rückgriff auf eine eingeführte Kasuistik ermöglichen (vgl. Abschnitt II. 1.a)). Allerdings würde es bei einer Vielzahl der relevanten Fallgestaltungen, v. a. in den sog. „Grapscherfällen“, an der Erheblichkeit i. S. v. § 184h Ziff. 1 StGB fehlen. Deshalb müsste man bei der Formulierung,

- „sexuelle Handlung an ihr“

⁸⁷⁴ Art 198 „Sexuelle Belästigungen“

„Wer vor jemandem, der dies nicht erwartet, eine sexuelle Handlung vornimmt und dadurch Ärgernis erregt,

wer jemanden tätlich oder in grober Weise durch Worte sexuell belästigt, wird, auf Antrag, mit Busse bestraft.“

⁸⁷⁵ *Stratenwerth/Wohlens*, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 3. Aufl. 2013, Art. 198 Rn. 2 m.w.N.

⁸⁷⁶ *Schweizerisches Bundesgericht (BGE)* 137 IV 263 E. 3.1 m.w.N.

⁸⁷⁷ *Trechsel/Bertossa* in Trechsel/Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Aufl. 2012, Art. 198 N 7.

für den neu zu schaffenden Tatbestand klarstellen, dass die Erheblichkeitsschwelle des § 184h Ziff. 1 StGB nicht gilt. Alternativ könnte man einen im Strafgesetzbuch neuen Begriff wählen z. B.

- „in sexuell bestimmter Weise körperlich berührt“⁸⁷⁸.

Letzteres erscheint systematisch vorzugswürdig, um nicht dieselbe Begrifflichkeit mit unterschiedlichen Voraussetzungen in einem Gesetz verwenden zu müssen.

Sofern man sich allein auf Tathandlungen mit Körperkontakt beschränkt, wäre eine Eingrenzung der Tathandlung aus meiner Sicht eigentlich entbehrlich, da mit einer unerwünschten körperlichen Berührung regelmäßig eine erhebliche Grenze überschritten ist und damit eine strafrechtlich relevante Rechtsgutsverletzung vermutet werden kann. Allerdings wäre es auch unschädlich, ähnlich § 119 OWiG oder der Schweizer Regelung einen objektiven Maßstab an die Eignung der Handlung anzulegen, z. B.

- „unter Umständen, die geeignet sind, ein (berechtigtes) Ärgernis zu erregen, (belästigt)“
- „in einer Weise, die geeignet ist, andere zu belästigen“
- „in grob anstößiger Weise“.

Eine solche Beschränkung könnte auch geeignet sein, etwaige Bedenken gegen die Einhaltung des ultima-ratio-Prinzips zu zerstreuen, nachdem auf eine Erheblichkeitsschwelle entsprechend § 184h Ziff. 1 StGB verzichtet würde.

b) Taterfolg

Da die Definitionen des Belästigens in § 183 StGB und der Erregung eines Ärgernisses in § 183a StGB weitgehend deckungsgleich sind, könnten beide verwendet werden. Aus meiner Sicht wäre es aber auch legitim, wie in § 3 AGG auf die Verletzung der umfänglichen Personenwürde abzustellen:

- „und dadurch die Würde der Person verletzt“.

Allerdings erscheint dies vor dem Hintergrund der dogmatisch ausgefeilten, aber fast künstlich anmutenden – und in der Rechtsprechungspraxis nicht konsequent angewendeten – Differenzierung zwischen Würde und Ehre in § 185 StGB weniger ratsam, um nicht noch mehr Abgrenzungsschwierigkeiten hervorzurufen.

⁸⁷⁸ Vgl. Def. in § 3 AGG.

c) Vorsatz

Wie auch bei der Beleidigung sollte keine spezielle Belästigungsabsicht erforderlich sein. Eventualvorsatz ist wie in Bezug auf den Belästigungserfolg in § 183 StGB ausreichend. Bei hiergegen bestehenden Bedenken könnte – wie in § 183a StGB – ggf. auch eine absichtliche oder zumindest wissentliche Herbeiführung des Taterfolges vorausgesetzt werden.

d) Subsidiaritätsklausel

Angesichts der Überschneidungen mit den Sexualstraftaten und dem Tatbestand der Beleidigung und einer Funktion auch als Auffangtatbestand könnte eine solche Klausel sinnvoll sein:

- „sofern die Tat nicht nach § 185 StGB oder in einer (anderen) Vorschrift des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches mit Strafe bedroht ist“.

e) Antragserfordernis

Eine Ausgestaltung als absolutes Antragsdelikt erscheint entsprechend §§ 185, 194 StGB sachgerecht.

f) Strafraumen

Der Strafraumen sollte sich an dem der Beleidigung oder dem der §§ 183, 183a StGB orientieren. Die Handlungen ohne Körperkontakt (§ 185 HS 1 StGB und §§ 183, 183a StGB) sehen eine Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr vor, die tätliche Beleidigung in § 185 HS 2 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Würde man sich auf körperliche Berührungen beschränken, erschiene es sachgerecht, den Strafraumen der tätlichen Beleidigung anzulegen.

g) Regelungsort

Auf Grund der ausdifferenzierten Trennung zwischen dem Ehrbegriff in § 185 StGB und den durch unerwünschte sexuell bestimmte Handlungen hervorgerufenen Rechtsgutsverletzungen erscheint eine Regelung im 13. Abschnitt des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches am sachgerechtesten.

h) Formulierungsvorschlag:

Wer eine andere Person in sexuell bestimmter Weise *[unter Umständen, die geeignet sind, ein Ärgernis zu erregen,]* körperlich berührt und dadurch *[absichtlich oder wis-*

sentlich] belästigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft[, sofern die Tat nicht nach § 185 StGB oder in einer anderen Vorschrift des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches mit Strafe bedroht ist]. Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt.

V. Auswirkungen des Ergebnisses auf die Reformdiskussion

Mit der vorgeschlagenen Regelung sind alle Fälle unerwünschter sexueller Handlungen mit Körperkontakt erfasst, erst recht dann, wenn sie die Erheblichkeitsschwelle überschreiten. Der Taterfolg der Belästigung mag zwar in schwerwiegenden Fällen das eigentliche Ausmaß der Rechtsgutsverletzung nicht angemessen umschreiben. Umfasst wären aber auch schwerwiegende Verletzungen der Freiheit der sexuellen Selbstbestimmung und der Personenwürde. Der Tatbestand könnte dann als Auffangtatbestand die der Beleidigung abgesprochene Funktion als „kleines Sexualdelikt“ erfüllen.

Ein solch neuer Straftatbestand würde schon wegen der geringen Strafdrohung keinen der diskutierten Reformvorschläge überflüssig machen. In der Diskussion würde sich lediglich die Maßgabe ändern, von welcher strafrechtlichen Relevanz die von einem reformierten § 177 StGB (bzw. § 179 StGB) weiterhin nicht erfassten Fallgestaltungen „nicht einvernehmlicher sexueller Handlungen“ sind. Bislang muss man davon ausgehen, dass diese in der Regel straflos bleiben, sofern sie nicht unter § 185 StGB fallen. Mit einem neuen Tatbestand der sexuellen Belästigung würden die Fallgestaltungen zwar nicht von §§ 177 bzw. 179 StGB, aber in der Regel vom neuen Tatbestand erfasst werden können. Damit könnte letztlich das Argument, durch eine enge Lösung würden nicht alle bestehenden Strafbarkeitslücken geschlossen, entkräftet werden.

9b. Dr. Anne Herrmann

Missbrauchsgefahr durch Falschanzeigen

Im Rahmen der Reformdiskussion soll auch der Frage nachgegangen werden, ob und ggf. inwieweit mit den verschiedenen Lösungsmöglichkeiten eine Missbrauchsgefahr durch Falschanzeigen (falsche Verdächtigung und Vortäuschen einer Straftat) einhergeht bzw. vergrößert wird. Dazu soll vor allem auf Erkenntnisse über die Häufigkeit bisheriger Falschanzeigen, etwaige Motive und Inhalte und Merkmale von Falschanzeigen zurückgegriffen und geprüft werden, ob sich daraus Anhaltspunkte für eine steigende Missbrauchsgefahr bei Erweiterung des Straftatbestandes ergeben.

I. Aktuelle Missbrauchsgefahr / Häufigkeit

Es gibt nur relativ wenige Studien und Untersuchungen, die sich mit dem Phänomen der Falschbeschuldigung bei Sexualdelikten auseinandersetzen. Für den Bereich des sexuellen Kindesmissbrauchs liegen einige, teilweise internationale Untersuchungen vor, die für die vorliegende Fragestellung allerdings nicht relevant sind.⁸⁷⁹ Die in die vorliegende Betrachtung einzubeziehenden Studien beschränken sich auf die Fälle sexueller Nötigung und Vergewaltigung (§§ 177, 178 StGB). Ein Forschungsprojekt der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung Nordrhein-Westfalen hat zusätzlich die Fälle des sexuellen Missbrauchs widerstandsunfähiger Personen nach § 179 StGB einbezogen. In einer dort durchgeführten Pilotstudie 2005⁸⁸⁰ wurde der Anteil von vorgetäuschten Delikten von 19,6% ermittelt, in der Replikationsstudie 2006, 2007 nur von 9,4%⁸⁸¹. Dieser Anteil erscheint den Verfassern der Stu-

⁸⁷⁹ Nach einer Darstellung von *Endres* (Sexueller Kindesmissbrauch aus psychologischer Sicht – Formen, Vorkommen, Nachweis, NStZ 1994, 466, 470) soll der Anteil von Falschbezeichnungen, die von Kindern selbst ausgehen, lediglich bei etwa 5% bis 8% liegen. Dass diese Zahlen für die vorliegende Fragestellung nicht von Relevanz sind, zeigen die auch die in derselben Darstellung veröffentlichten Ergebnisse, wonach der Anteil der falschen Verdächtigungen, der von Erwachsenen z. B. im Rahmen von familienrechtlichen Auseinandersetzungen vorgebracht ist, deutlich höher, nämlich zwischen 25% und 50% liegt (*Endres*, a.a.O., S. 473).

⁸⁸⁰ *Beil* u.a. (2005), Analyse und Bewertung von Sexualstraftaten. Eine Studie an Hand ausgewählter Ermittlungsakten des PP Recklinghausen. Projektbericht unveröffentlicht (Teilergebnisse wiedergegeben in dem Artikel „Merkmale vorgetäuschter Sexualdelikte“ unter <http://www.kriminalpolizei.de/ausgaben/2009/maerz.html>) - Auswertung von 316 Strafakten wegen des Verdachts eines Delikts gem. § 177 StGB und 55 Akten wegen „vorgetäuschter Sexualdelikte“.

⁸⁸¹ *Burgheim/Friese* u.a. - Sexuelle Gewaltdelikte und Opferwiderstand - Täter-Opfer-Interaktionen bei realen und vorgetäuschten Sexualdelikten Gelsenkirchen 2008 (Teilergebnisse wiedergegeben in dem Artikel „Merkmale vorgetäuschter Sexualdelikte“ unter <http://www.kriminalpolizei.de/ausgaben/2009/maerz.html>) – Auswertung von 415 Strafakten wegen des Verdachts eines Delikts nach § 177 StGB oder § 179 StGB und 39 Akten wegen vorgetäuschten Delikten.

die auch unter Berücksichtigung der in Vergleichsstudien ermittelten Werte realistischer.⁸⁸² Gödelt kommt in ihrer Auswertung von ca. 200 Strafakten von zwei Staatsanwaltschaften in Niedersachsen zu einem Anteil von 4,8% der Opfer, gegen die wegen falscher Verdächtigung ermittelt wurde.⁸⁸³ Elsner und Steffen haben in einer größer angelegten Studie 2005 einen Anteil von 7,4% (140 von 1894 Fällen) ermittelt, in denen Anzeigen wegen Vortäuschens einer Straftat oder Falscher Verdächtigung erfasst wurden.⁸⁸⁴ Zu einem vergleichbaren Ergebnis kommt eine kleine Studie aus Schleswig-Holstein, die für die Jahre 1994/1995 einen Anteil von 7,6% an zweifelsfrei nachweisbaren Vortäuschungen und falschen Verdächtigungen ausgewiesen hat.⁸⁸⁵

Danach kann man von einem Anteil von etwa 5% bis 7,5% der angezeigten Fälle ausgehen, in denen wegen falscher Verdächtigung oder dem Vortäuschen einer Straftat Verfahren eingeleitet werden, wenn nur die Fälle der sexuellen Nötigung, Vergewaltigung einbezogen werden. Werden die Fälle wegen § 179 StGB dazu genommen, liegt der Anteil leicht höher bei ca. 10%.

Dieser Anteil bezieht sich aber nur auf die Fälle, in denen tatsächlich Verfahren wegen falscher Verdächtigung oder Vortäuschen einer Straftat eingeleitet worden sind. Dazu konnte in allen Studien festgestellt werden, dass Verfahren gegen vermeintliche Opfer in der Regel nur bei eindeutiger Beweislage (Geständnis des vermeintlichen Opfers, objektiv belegbare Widersprüche in der belastenden Aussage etc.) und nicht in allen Zweifelsfällen eingeleitet werden.⁸⁸⁶

Die tatsächliche Zahl von Falschanzeigen dürfte deshalb deutlich höher liegen. Ob sie in Summe tatsächlich die Einschätzung der in der Studie von Elsner und Steffen zitierten polizeilichen Sachbearbeiter erreicht, die einen Anteil von ein Drittel der Falschbezeichnungen an allen Strafanzeigen wegen sexueller Nötigung annehmen⁸⁸⁷, ist aber durchaus fraglich. Gödelt kommt in ihrer Untersuchung zu dem Ergebnis, dass die staatsanwaltschaftlichen

⁸⁸² *Burgheim/Friese* (Fn. 3) unter Bezugnahme auf „Rauch u.a. 2002; Kelly u.a. 2005, S. 47“.

⁸⁸³ *Gödelt* - Vergewaltigung und sexuelle Nötigung – Untersuchung der Strafverfahrenswirklichkeit, Göttingen 2010, S. 73.

⁸⁸⁴ *Elsner/Steffen* – Vergewaltigung und sexuelle Nötigung in Bayern, München 2005, S. 181 f. (veröffentlicht unter https://www.polizei.bayern.de/content/4/3/7/vergewaltigung_und_sexuelle_n_tigung_in_bayern_bpfi.pdf).

⁸⁸⁵ *Brill* u.a. (1998), zitiert bei *Elsner/Steffen* (Fn. 6), S. 182.

⁸⁸⁶ Untermauert durch die Feststellung der Untersuchung von *Elsner/Steffen* (Fn. 6, S. 283), dass es in nur 25% dieser Verfahren zu einer Einstellung gekommen ist. *Burgheim/Friese* (Fn. 3) haben festgestellt, dass vorgetäuschte Delikte i.d.R. aufgrund eines Geständnisses der falsch bezichtigten Person als solche deklariert werden, nachdem Widersprüche, Ungereimtheiten o.ä. in den Aussagen das Misstrauen der Ermittler geweckt und genaue Nachfragen ausgelöst hatten.

⁸⁸⁷ *Elsner/Steffen* (Fn. 6), S. 174 (Anteil von 33,4%).

Sachbearbeiter die Opfer in ca. 15% der nach § 170 Abs. 2 StPO eingestellten Fälle (ca. 70% aller Verfahren) als nicht glaubwürdig eingestuft hatten.⁸⁸⁸ Elsner und Steffen kommen nach einer Bereinigung der Fallauswahl dazu, dass aus Sicht der ermittelnden Beamten immerhin jeder fünfte Fall sehr zweifelhaft gewesen sei.⁸⁸⁹

Für die vorliegende Fragestellung dürfte außerdem von Interesse sein, ob es sich bei den Falschanzeigen um vollständig frei erfundene oder nur teilweise konfabulierte Aussagen gehandelt hat. Unterschiede ergeben sich vor allem im Rahmen der Würdigung der belastenden Aussage. Elsner und Steffen sind dieser Frage in anderem Zusammenhang nachgegangen und haben festgestellt, dass in ca. zwei Drittel der Falschanzeigen „Opfer“ und Tatverdächtiger gar nicht zusammengetroffen seien bzw. keine sexuellen Handlungen stattgefunden hätten. In etwa einem Drittel der Vorgänge sei es demgegenüber zu einvernehmlichen sexuellen Handlungen oder Geschlechtsverkehr gekommen.⁸⁹⁰

II. Motive für Falschanzeigen

Um die Ausgangsfrage beantworten zu können, muss ein Blick auf Motive und Hintergründe für Falschbezeichnungen geworfen werden. Dabei haben Elsner und Steffen zunächst festgestellt, dass die meisten Fälle⁸⁹¹ zwar von den vermeintlichen Opfern selbst angezeigt wurden. Allerdings erfolgte dies oft aufgrund von Einflussnahmen durch Dritte. Durch bewusst unwahre Schilderungen im näheren sozialen Umfeld wurden die „Opfer“ häufig direkt oder indirekt dazu veranlasst, Anzeige bei der Polizei zu erstatten, obwohl sie dies eigentlich gar nicht beabsichtigt hatten.⁸⁹²

Elsner und Steffen haben aus ihrer Aktenanalyse eine Übersicht von Motiven und Hintergründen herausgearbeitet und darauf hingewiesen, dass Falschanzeigen oft auf einer Vielzahl verschiedener Motive basierten. Am häufigsten (ca. 22%) bildeten massive psychische Störungen, wie schwerer Alkoholismus, chronische hirnorganische Schädigungen oder andere psychopathologische Auffälligkeiten den Hintergrund für Falschbezeichnungen.⁸⁹³ Ähnlich häufig waren Konflikte und Probleme in der Familie oder Partnerschaft kausal.⁸⁹⁴ In jeweils etwa 10% der Fälle waren Motiv oder Hintergrund:

⁸⁸⁸ Gödelt (Fn. 5), S. 140, 172.

⁸⁸⁹ Elsner/Steffen (Fn. 6), S. 175.

⁸⁹⁰ Elsner/Steffen (Fn. 6), S. 233.

⁸⁹¹ Elsner/Steffen (Fn. 6), S. 183: zwei Drittel; Burgheim/Friese (Fn. 3): sogar 84% bzw. 87%.

⁸⁹² Elsner/Steffen (Fn. 6), S. 183.

⁸⁹³ Elsner/Steffen (Fn. 6), S. 186 m.w.N.

⁸⁹⁴ Elsner/Steffen (Fn. 6), S. 187.

- Verdecken von sexuellen Beziehungen
- Pubertätskrisen bzw. Verdecken erster sexueller Erlebnisse
- „Wichtigmachen“, d. h. Mitleid oder Aufmerksamkeit erregen
- Rechtfertigung für eigenes Fehlverhalten.⁸⁹⁵

In weniger als 5% der Fälle waren (mit-)ursächlich:

- Scham- oder Peinlichkeitsgefühle
- Angst vor Schwangerschaft.⁸⁹⁶

Falschanzeigen, die gezielt oder geplant – etwa aus Rache – eingesetzt wurden, stellten demgegenüber eher die Ausnahme dar (5% bezogen auf das Motiv Rache).⁸⁹⁷ Darauf deutet auch die Auswertung von Gödelt hin, bei der es in nur 2,6% der Fälle Anhaltspunkte dafür gab, dass die Anzeige aus Wut oder Rache am bisherigen Partner erstattet worden war.⁸⁹⁸

III. Merkmale von Falschanzeigen

Die in Studien erhobenen Merkmale zu der Persönlichkeit der vermeintlichen Opfer und zur Opfer-Tatverdächtigen-Beziehung dürften für die vorliegende Fragestellung weniger relevant sein. Bedeutender erscheinen demgegenüber die inhaltlichen Untersuchungen der Aussagen zur Tatsituation, v. a. zu Art und Umfang von Gegenwehr und angewandten Nötigungsmitteln.

1. Widerstandshandlungen

Elsner und Steffen haben festgestellt, dass etwa ein Drittel der vermeintlichen „Opfer“ behauptet haben, sie hätten sich mit verbalen Mitteln oder mit leichtem körperlichem (teilweise zusammen mit verbalem) Widerstand gewehrt. Ein weiteres Drittel hat behauptet, starke körperliche (teilweise zusammen mit verbaler) Gegenwehr geleistet zu haben. Nur ein Fünftel hat angegeben, keinen Widerstand geleistet zu haben.⁸⁹⁹ Die angegebenen Gründe für ein solches Verhalten sind vielfältig gewesen, u. a.:

- lähmende Angst vor einer weiteren Eskalation der Situation oder negative Vorerfahrungen mit dem als gewaltbereit beschriebenen „Täter“ gehabt zu haben

⁸⁹⁵ Elsner/Steffen (Fn. 6), S. 187.

⁸⁹⁶ Elsner/Steffen (Fn. 6), S. 187.

⁸⁹⁷ Elsner/Steffen (Fn. 6), 187, 284.

⁸⁹⁸ Gödelt (Fn. 5), S. 141.

⁸⁹⁹ Elsner/Steffen (Fn. 6), S. 232.

- unter Alkohol- oder Drogeneinfluss gestanden zu haben
- nach dem Verabreichen irgendwelcher unbekannter Substanzen völlig willenlos gewesen zu sein
- im Schlaf oder schlaftrunken ausgezogen und vergewaltigt oder sexuell genötigt worden zu sein
- den Geschlechtsverkehr eigentlich nicht gewollt zu haben, aber von der Situation überfordert und durch den „Täter“ überrumpelt worden zu sein
- niedergeschlagen und bewusstlos vergewaltigt worden zu sein
- nicht mehr genau zu wissen, warum keine Gegenwehr erfolgte.⁹⁰⁰

Nur ausnahmsweise, in 2,9% der von Elsner und Steffen untersuchten Fälle, haben die „Opfer“ angegeben, mit verschiedenen, dem Geschlechtsverkehr vorausgehenden sexuellen Handlungen einverstanden gewesen zu sein, nicht aber mit der Ausübung des Geschlechtsverkehrs selbst.⁹⁰¹

2. Einsatz von Nötigungsmitteln

Passend dazu behaupteten die „Opfer“ nur in ca. 10% der Fälle, dass der Täter keine Gewalt oder Drohungen angewendet hätte. In diesen Fällen hätten die „Opfer“ meist aus Angst vor dem Täter die sexuellen Handlungen über sich ergehen lassen, ohne zu wissen, was sie dagegen tun sollten.⁹⁰² In 45% der Fälle haben die Opfer leichtere Gewaltformen beschrieben, in 20% starke oder extreme körperliche Gewalt (ggf. mit verbalen Drohungen), in 10% nur verbale Drohungen und in 7% der Fälle haben sie von Tiefschlaf oder der Verabreichung bewusstseinstrübender Substanzen berichtet.⁹⁰³

3. Vergleichende Untersuchung

Besonders aufschlussreich erscheint ergänzend die von Burgheim und Friese vorgenommene Gegenüberstellung mit den Schilderungen realer Opfer. Danach berichteten vermeintliche Opfer seltener, keinen Widerstand geleistet oder versucht zu haben als richtige Opfer (23% zu 30%). Parallel dazu verzichteten vermeintliche Opfer wesentlich seltener ganz auf die Darstellung des Einsatzes von Gewalt und Drohungen als reale Opfer (26% zu 44%), d .h. fast drei Viertel der vermeintlichen Opfer berichten vom Einsatz von Drohungen oder Gewalt.⁹⁰⁴

⁹⁰⁰ Elsner/Steffen (Fn. 6), S. 231.

⁹⁰¹ Elsner/Steffen (Fn. 6), S. 230.

⁹⁰² Elsner/Steffen (Fn. 6), S. 245.

⁹⁰³ Elsner/Steffen (Fn. 6), S. 244 f.

⁹⁰⁴ Burgheim/Friese (Fn. 3).

Für die Bewertung der diskutierten Reformvorschläge des § 177 StGB dürfte schließlich noch folgendes Ergebnis der vergleichenden Auswertung von Burgheim und Friese von Interesse sein:

Zwar schilderten sich vermeintliche Opfer nicht passiver als die realen und zeigten keine eindeutige Präferenz für bestimmte Abwehrstrategien. Allerdings berichteten sie seltener davon, geweint oder mit dem Täter gesprochen zu haben (10% zu 28% bei realen Opfern). Dies unterstreiche nach Auffassung der Autoren, dass es den vermeintlichen Opfern schwer falle, ohne eigene Wahrnehmung Gespräche frei zu erfinden. Weinen stelle darüber hinaus einen intensiven gefühlsbezogenen, motorischen Vorgang dar, der in erfundenen Berichten kaum zu finden sei.⁹⁰⁵

IV. Schlussfolgerungen

Fraglich ist nun, ob die vorstehenden Erkenntnisse über Häufigkeit, Motive und Merkmale von Falschbezeichnungen⁹⁰⁶ Anlass zu der Annahme geben, im Fall einer engen (Erweiterung von § 177 StGB und/oder § 179 StGB um bestimmte Fallgruppen) oder weiten Lösung (Widerspruchs- oder Einverständnislösung) könnte es zu einer erhöhten Missbrauchsgefahr im Sinne einer signifikanten Zunahme von Falschanzeigen kommen.

1. Keine Änderung der tatsächlichen Ausgangslage

Unabhängig von den obigen Erwägungen spricht gegen eine solche Annahme bereits, dass mit einer Gesetzesänderung keine Zunahme von Anlässen, Motiven und Hintergründen verbunden ist, die zu einer Falschbeschuldigung führen.

2. Keine relevanten Auswirkungen durch möglicherweise zunehmende Schwierigkeiten bei der Beweiswürdigung

Man müsste deshalb unterstellen, dass sich Personen, die sich bei geltender Rechtslage aufgrund der Ausgestaltung des Tatbestandes bewusst gegen eine Falschanzeige entschieden hätten, künftig (auch) deshalb für eine Falschanzeige entscheiden würden, weil sie davon ausgehen, dass diese (wegen der veränderten Voraussetzungen des Tatbestandes)

⁹⁰⁵ *Burgheim/Friese* (Fn. 3) m.w.N.

⁹⁰⁶ Zwar muss dabei grundsätzlich berücksichtigt werden, dass sich diese Erkenntnisse nur auf „das Hellfeld“ der Falschbeschuldigungen beziehen. Da hier aber keine spezifischen Dunkelfeldstudien bekannt sind, die diese Fragestellungen einbeziehen würden, muss dies vorliegend als Grundlage einer Bewertung ausreichen, will man nicht auf Vermutungen und Spekulationen zurückgreifen.

erfolgreicher wären, d. h. die Entdeckungswahrscheinlichkeit sinken bzw. man ihnen eher glauben würde.

Da danach v.a. die Einschätzung der Person maßgeblich ist, ist es eigentlich von untergeordneter Bedeutung, ob eine Änderung des Tatbestandes tatsächlich zu einer schwierigeren Beweislage führen würde und Falschanzeigen schwerer identifiziert werden könnten. Auf die Auswirkungen auf die Beweislage durch eine Gesetzesreform soll deshalb – auch mit Blick auf das Impulsreferat von Frau VRinLG Röhrig – an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden. Speziell bezogen auf das Erkennen von Falschbeschuldigungen soll lediglich ein Aspekt aufgegriffen werden, der ggf. einen Ansatzpunkt für eine vertiefte Diskussion in der Reformkommission darstellen könnte:

Zunehmende Schwierigkeiten könnten vor allem bei nur teilweise konfabulierten Aussagen zu erwarten sein, denen einvernehmliche sexuelle Handlungen zu Grunde liegen. Hier könnten insbesondere bei den weiten Lösungen nur geringfügige Änderungen im Geschehensablauf ausreichen (nicht ja bzw. nicht nein gesagt), die es erschweren könnten, Falschbelastungen anhand der Glaubhaftigkeitskriterien herauszuarbeiten. Als problematisch könnten sich besonders die Kriterien

- quantitativer Detailreichtum
- Verknüpfungen der Ebene von Raum und Zeit
- Schilderung ausgefallener Einzelheiten

erweisen, bei denen kaum Unterschiede zu erlebnisbasierten Aussagen zu erwarten wären.

Dabei darf allerdings nicht unberücksichtigt bleiben, dass schon jetzt ein nicht unerheblicher Anteil der Falschbezeichnungen (ca. ein Drittel) einvernehmliche sexuelle Handlungen als Hintergrund hat und deshalb auch bei geltender Rechtslage im Einzelfall nur relativ kleine Geschehensausschnitte geändert oder hinzugefügt werden müssten.

Außerdem sollte es bei der Prüfung weiterer Realkennzeichen kaum Unterschiede zur geltenden Rechtslage geben und es deshalb weiter möglich sein, solche Falschanzeigen zu erkennen. Dies gilt namentlich für die Realkennzeichen:

- logische Konsistenz
- Beschreibung von Empfindungen, die aus psychologischer Sicht im Einklang mit dem geschilderten Vorfall stehen (s.o.: auch Weinen als komplexe emotionale Reaktion)

- fehlender Belastungseifer
- deliktsspezifische Aussageelemente (z. B. Scham oder Selbstvorwürfe).

Berücksichtigt man außerdem den relativ hohen Anteil der Personen, die die Falschanzeigen aufgrund oder in psychischen Ausnahmesituationen erstatten, dürften sich die zu erwartenden Schwierigkeiten in Bezug auf die Erkennbarkeit selbst bei den nur teilweise konfabulierten Aussagen im Rahmen halten.

Schließlich dürften derart komplexe Überlegungen, wenn überhaupt, am ehesten bei den Falschanzeigen zu erwarten sein, die zielgerichtet und planvoll erstattet werden. Sie stellen aber ohnehin die Ausnahme dar (s.o. II.), so dass schon aus diesem Grund keine erhebliche Steigerung von Falschanzeigen zu erwarten wäre.

3. Keine Orientierung der inhaltlichen Aussagemerkmale an der geltenden Rechtslage

Dass bei Falschanzeigen im Gegensatz zu den Angaben realer Opfer häufiger Widerstands- und Gewalthandlungen geschildert werden (s.o. III.), lässt keinen Rückschluss darauf zu, dass die vermeintlichen Opfer sich an den Tatbestandsvoraussetzungen des § 177 StGB orientieren.

Zum einen handelt es sich bei den Anzeigerstattern in der Regel um juristische Laien, die ihre Angaben nicht an der Ausgestaltung von Straftatbeständen bzw. Tatbestandsmerkmalen, sondern eher an klischeehaften Vorstellungen (Vergewaltigung ohne Gewalt nicht vorstellbar⁹⁰⁷) orientieren. Außerdem dürften sich auch schon bei geltender Rechtslage – trotz der aktuellen Reformdiskussion – nur die wenigsten juristischen Laien über die Ausgestaltung des Straftatbestands bzw. die genauen Voraussetzungen der sexuellen Nötigung/Vergewaltigung im Klaren sein.⁹⁰⁸

Zum anderen deutet die vermehrte Schilderung von Gewalt- und Widerstandshandlungen bei Falschanzeigen auf einen gewissen Rechtfertigungsdruck für das eigene Verhalten der vermeintlichen Opfer hin. Dies erscheint vor allem bei den häufigen Fällen der Falschbelastungen plausibel, die (oft zunächst im sozialen Umfeld) zum

- Verdecken von sexueller Beziehungen

⁹⁰⁷ So der Erklärungsansatz von *Burgheim/Friese* (Fn. 3), weshalb falsch bezichtigende Opfer seltener ganz auf die Darstellung von Gewalt verzichten als reale Opfer.

⁹⁰⁸ In diesem Sinne auch die Einschätzung von erfahrenen Fachleuten im Rahmen der Diskussion bei der 2. Sitzung der Reformkommission. Danach solle nur wenigen Personen klar sein, dass die geltende Rechtslage nicht einvernehmliche sexuelle Handlungen nicht per se unter Strafe stelle, sondern es des Einsatzes von Nötigungsmitteln und ggf. der Gegenwehr bedürfe.

- „Wichtigmachen“, d.h. Mitleid oder Aufmerksamkeit erregen oder als
- Rechtfertigung für eigenes Fehlverhalten

erfolgen.

Viele reale Opfer sehen sich (wenigstens subjektiv) häufig mit einer Situation konfrontiert, in der sie deutlich machen sollen, dass sie nicht doch freiwillig an sexuellen Aktivitäten teilgenommen, diese initiiert oder durch ihr Verhalten zumindest provoziert haben.⁹⁰⁹ Dies gilt auch und gerade für die Aussagesituation vermeintlicher Opfer im sozialen Umfeld und im Strafverfahren.

Schließlich dürfte den meisten Personen auch ohne spezifische Kenntnisse der Beweiswürdigung und des materiellen Rechts klar sein, dass eine Situation mit Gewalt- und Widerstandshandlungen nicht nur mit Blick auf die Vorsatzfrage beim Täter einfacher beweisbar wäre, als eine Situation, in der es auf eine ggf. nur konkludent erteilte Einwilligung ankommt. Es stünde deshalb zu erwarten, dass sich die Falschanzeigen auch künftig nicht an den Tatbestandsmerkmalen orientieren, sondern daran, was den Anzeigeerstattern aus ihrer Sicht am ehesten geglaubt würde.

4. Ergebnis

Nach alledem sind keine nachvollziehbaren Gründe ersichtlich, weshalb „Falschbeschuldiger“ – in relevanter Zahl – selbst bei Verzicht auf alle Nötigungs- und Missbrauchselemente in den §§ 177 und 179 StGB ihr Aussageverhalten grundlegend ändern und in ihren Schilderungen auf die das Geschehen plausibel machenden Gewalt- und Widerstandshandlungen verzichten sollten.

⁹⁰⁹ *Elsner/Steffen* (Fn. 6), S. 178.

10a. Prof. Dr. Tatjana Hörnle

Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung

I. Zur historischen Bedeutung und zum Änderungsverfahren

Am 10. November 2016 trat das „Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung“ in Kraft.⁹¹⁰ Damit ist ein Paradigmenwechsel verbunden, dessen Bedeutung sich nur erschließt, wenn man sich vor Augen ruft, wie traditionalistisch § 177 StGB⁹¹¹ a.F. war. Die Norm entsprach bis ins 21. Jahrhundert im Kern der Handlungsbeschreibung des Reichstrafgesetzbuchs (RStGB) v. 1871. Dahinter stand das noch ältere Verständnis von Vergewaltigung als gewaltsame Überwindung des körperlichen Widerstands einer Frau zur Ermöglichung von Beischlaf.⁹¹² Bis zur Abfassung des RStGB hatte sich zwar die Einsicht durchgesetzt, dass es andere Tatmodalitäten geben kann, die das Ausbleiben von körperlicher Gegenwehr verständlich machen, etwa wenn der Täter Drohungen gegen Leib oder Leben äußert. 1997 wurde die Liste solcher Umstände um § 177 Abs. 1 Nr. 3 a.F. (Ausnutzen einer schutzlosen Lage) erweitert. Bis zur jetzigen Änderung blieb es aber dabei, dass ein „Nein“ der anderen Person keine hinreichende Bedingung für Strafbarkeit war.

Die traditionelle Herangehensweise passte nicht zu einem am Schutz sexueller Selbstbestimmung orientierten Recht.⁹¹³ Die Vorstellung, dass Frauen wie Männer selbstbestimmt Sexualkontakte aufnehmen und ablehnen dürfen, ist jüngeren Datums als das tradierte Sexualstrafrecht – sie hat sich auf breiter Linie erst im 20. Jahrhundert (und auch nur in „westlichen“ Gesellschaften) durchgesetzt. Die jetzige Gesetzesänderung wird ihrer Überschrift gerecht: Sie stellt erstmals konsequent auf Selbstbestimmungsrechte ab.

Das Gesetzgebungsverfahren verlief nicht geradlinig. Wesentliche Züge der Neugestaltung entstammen *nicht* dem Gesetzentwurf der Bundesregierung, der auf einen Entwurf des Bun-

⁹¹⁰ BGBl. I, 2460.

⁹¹¹ Im folgenden Text: §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des StGB.

⁹¹² S. zur *Constitutio Criminalis Carolina* v. 1532 *Kratzer-Ceylan*, Finalität, Widerstand, „Bescholtenheit“. Zur Revision der Schlüsselbegriffe des § 177 StGB, Berlin 2015, S. 81 ff.; zur ähnlichen Definition in *Blackstone's „Commentaries on the Laws of England“* aus dem 18. Jhd. *Burgess-Jackson*, A History of Rape Law, in: ders. (Hrsg.), A Most Detestable Crime. New Philosophical Essays on Rape, New York/Oxford 1999, S. 15, 17.

⁹¹³ Zu Änderungsvorschlägen: DIE GRÜNEN BT-Drs. 10/6137, 11/5153, 18/5384; DIE LINKE BT-Drs. 18/7719; Dt. Juristinnenbund, Stellungnahme v. 9.5.2014; *Rabe/von Normann*, Schutzlücken bei der Strafverfolgung von Vergewaltigungen. Menschenrechtlicher Änderungsbedarf im Sexualstrafrecht, hrsg. v. Dt. Institut für Menschenrechte, 2. Aufl. Juni 2014; *Blume/Wegner*, HRRS 2014, 357; *Hörnle*, Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention. Ein Gutachten zur Reform des § 177 StGB, hrsg. v. Dt. Institut für Menschenrechte, 2015; *dies.*, ZIS 2015, 206; *dies.*, GA 2015, 313.

desministeriums für Justiz und Verbraucherschutz (BMJV) aus dem Jahr 2015 zurückgeht.⁹¹⁴ Dessen Anliegen war es, mit Blick auf Fälle, die trotz offensichtlicher Strafwürdigkeit nicht erfasst wurden (etwa: überraschende Tatbegehung), Schutzlücken zu schließen.⁹¹⁵ Damit meinten die Verfasser, Art. 36 Abs. 1 der Istanbul-Konvention v. 11.5.2011⁹¹⁶ gerecht zu werden, der verlangt, alle nicht einverständlichen sexuellen Handlungen unter Strafe zu stellen. Der Entwurf aus dem BMJV blieb aber insoweit der traditionellen Struktur verhaftet, als er keinen neuen Tatbestand vorsah, der auf Ablehnung oder fehlende Zustimmung abstellte. Die Stellungnahme des Bundesrats konstatierte einen „ersten Schritt in die richtige Richtung“, der aber „nicht weit genug“ gehe.⁹¹⁷ Einer überparteilichen Übereinkunft von Abgeordneten des Bundestags ist es zu verdanken, dass die Reform auf einem „Nein-heißt-Nein“-Modell⁹¹⁸ beruht. Die Tatbestandsformulierungen finden sich in der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (Rechtsausschuss). Wo im Folgenden auf die Gesetzesbegründung Bezug genommen wird, ist diese Beschlussempfehlung (BT-Drs. 18/9097) gemeint.

Bedauerlich ist, dass die Änderungen in großer Eile herbeigeführt wurden. Eine weniger hastig betriebene Reform hätte unter anderem die Details des neuen § 177 sowie die Systematik des 13. Abschnitts überprüft. Die jetzige Fassung ist zwar der großen Linie nach überzeugend, aber es gibt im Einzelnen (s. die folgenden Ausführungen) Anlass zu Kritik. Der Bundesminister für Justiz hat 2015 eine Kommission zur Reform des Sexualstrafrechts eingesetzt,⁹¹⁹ deren Arbeiten noch nicht abgeschlossen sind – man wird allerdings den Rechtsanwendern, die sich in die jetzige Gesetzeslage einarbeiten müssen, kaum zeitnah eine weitere große Reform zumuten können.

II. Die Änderungen im Überblick

Das deutsche Recht ordnete bisher Tatbestände zwei Kategorien zu: „sexueller Missbrauch“ oder „sexuelle Nötigung“. Mit dem Wechsel zu einem „Nein-heißt-Nein“-Modell musste diese Dichotomie aufgehoben werden. Die Grundtatbestände in § 177 Abs. 1 und Abs. 2 sind nicht mehr als Nötigungsdelikt konstruiert, sondern als neuartiges Delikt des sexuellen Übergriffs. Für die Anwendbarkeit von § 177 Abs. 1 genügt es, dass sexuelle Handlungen gegen den erkennbaren Willen der anderen Person erfolgen. Ein sexueller Übergriff liegt unter bestimmten Umständen auch dann vor, wenn sich das Opfer nicht ablehnend äußerte (§ 177 Abs. 2

⁹¹⁴ S. zum Regierungsentwurf *Walter*, JR 2016, 361; *Hörnle*, KriPoZ 2016, 19; *Herning/Illger*, ZRP 2016, 77.

⁹¹⁵ BT-Drs. 18/8210, 7 ff.

⁹¹⁶ Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt, ETS 210.

⁹¹⁷ BR-Drs. 162/16, 1 f.

⁹¹⁸ BT-Drs. 18/9097, 21 f.

⁹¹⁹ Die Verf. ist Mitglied der Kommission, vertritt hier aber ihre eigenen Ansichten.

Nr. 1-5). Der Strafraum für einen einfachen sexuellen Übergriff (§ 177 Abs. 1, 2: sechs Monate bis fünf Jahre Freiheitsstrafe) ist niedriger als in § 177 Abs. 1 a.F. Versuche sind strafbar (§ 177 Abs. 3). Außerdem beschreibt das neue Recht Umstände, die das Unrecht eines sexuellen Übergriffs steigern (§ 177 Abs. 4-8), teilweise verbunden mit Strafschärfungen gegenüber dem bisherigen Recht (s. § 177 Abs. 4 im Vergleich mit § 179 Abs. 1, 2 a.F.). Die Qualifikationen folgen teilweise (aber nicht durchgehend) den Vorgaben in § 177 Abs. 2-4 a.F. Die Definition von „Vergewaltigung“ als (erschwerender) Modus der sexuellen Handlung (vormals § 177 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 a.F., nun § 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 2) wurde in wesentlichen Teilen übernommen. Schließlich gibt es zwei neue Tatbestände: sexuelle Belästigung (§ 184i) und Straftaten aus Gruppen (§ 184j).

§ 179 a.F. ist aufgehoben. In dieser Norm war das traditionelle Modell gut zu erkennen: Opfern wurde eine Obliegenheit zu körperlichem Widerstand zugemutet, von der sie aber unter aufgezählten Ausnahmen befreit waren (v.a. Krankheit und Behinderung). Die Abschaffung von § 179 a.F. bedeutet nicht, dass körperliche oder psychische Beeinträchtigungen keine Rolle mehr spielen. Sie sind aber nicht mehr unter dem Aspekt „Widerstandsunfähigkeit“ relevant, sondern als Unfähigkeit, einen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern (§ 177 Abs. 2 Nr. 1).

III. Die Änderungen von § 177 im Einzelnen

1. Die strafbaren sexuellen Handlungen

§ 177 a.F. erfasste nur sexuelle Handlungen, die Körperkontakt des Opfers mit dem Täter oder einem Dritten herstellten. Der Anwendungsbereich wurde auch an dieser Stelle ausgeweitet. Sexuelle Handlungen, die das Opfer auf Anweisung des Täters vornimmt („Handlungen von ihr vornehmen lässt“), fallen auch ohne Körperkontakt unter § 177 Abs. 1, 2 sowie den besonders schweren Fall in § 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 1.⁹²⁰ Weil nicht von Handlungen „vor“ einem anderen (definiert in § 184h Nr. 2) die Rede ist, werden auch Aktivitäten des Opfers erfasst, die weder der Täter noch ein Dritter wahrnimmt. Den Materialien ist nicht zu entnehmen, warum solche Handlungen einbezogen wurden (der Eingriff in die sexuelle Selbstbestimmung ist, wenn überhaupt zu bejahen, deutlich geringer).

2. Sexueller Übergriff: Die Grundtatbestände (§ 177 Abs. 1 und Abs. 2)

Die Handlungsbeschreibungen eines einfachen sexuellen Übergriffs verteilen sich auf sechs Tatbestände: einer in § 177 Abs. 1, fünf in § 177 Abs. 2. Die Vielfalt der Varianten werden vermutlich viele, die sich in das neue Recht einarbeiten müssen, als verwirrend empfinden. Leider werden Normen komplizierter, wenn angestrebt wird, an Selbstbestimmung und Ei-

⁹²⁰ Dies empfahl auch *Walter*, JR 2016, 361, 366.

genverantwortung orientiert, Unterlassungspflichten der Täter und Obliegenheiten der Opfer auszutarieren und abgestufte Strafrahmen zuzuordnen.⁹²¹ Auf den zweiten Blick erschließt sich aber hoffentlich das hinter § 177 Abs. 1 und Abs. 2 stehende System. Grundgedanke ist, dass die Äußerung von Ablehnung eine *hinreichende Bedingung* (§ 177 Abs. 1) für die Strafbarkeit sexueller Handlungen ist. Es handelt sich aber *nicht um eine notwendige Bedingung*. Das Gesetz berücksichtigt vielmehr in § 177 Abs. 2, dass es unter bestimmten Umständen unmöglich oder unzumutbar sein kann, einen entgegenstehenden Willen zu kommunizieren.

a) § 177 Abs. 1

(1) „Gegen den erkennbaren Willen“

Der entgegenstehende Wille des Opfers schließt nicht *per se* die Strafbarkeit aus, sondern nur dann, wenn er „erkennbar“ war. Die Erläuterungen verweisen darauf, dass es auf die Sicht eines objektiven Dritten ankomme.⁹²² Erkennbar sei der entgegenstehende Wille, wenn das Opfer ihn *ausdrücklich (verbal)* erkläre oder *konkludent* (zum Beispiel durch Weinen oder Abwehren der sexuellen Handlung) ausdrücke.⁹²³ Aus der Begründung geht allerdings nicht eindeutig hervor, ob eine solche Kommunikation eine notwendige Bedingung ist oder ob es auch *Erkennbarkeit ohne Kommunikationsbeitrag des Opfers* geben könnte. Rechtsanwender könnten argumentieren, dass unter bestimmten Umständen ein entgegenstehender Wille objektiv erkennbar sei, auch wenn sich die betroffene Person gänzlich apathisch verhielt, s. z.B. den Fall des Krankenpflegers, der an einer 76-jährigen Patientin, die nach Schlaganfällen teilgelähmt war, beim Wechseln ihrer Windeln und beim Duschen sexuelle Handlungen vornahm.⁹²⁴

Die vorzugswürdige Alternative ist aber, die Anwendung von § 177 Abs. 1 auf einen in Worten oder Verhalten kommunizierten Willen zu beschränken. Es deutet nichts darauf hin, dass die Verfasser des Gesetzestexts mit „erkennbar“ eine bewusste Erweiterung gegenüber „erklärt“ (so mein Vorschlag in der Reformphase und der des Bundesrats)⁹²⁵ intendierten. Die Begründung beschreibt „erkennbar“ *ausschließlich* mit Verweis auf die Kommunikation des Opfers.⁹²⁶ Vermutlich wurde „erkennbar“ bevorzugt, um klarzustellen, dass eine verbale Erklärung (etwa das Wort „Nein“) nicht erforderlich ist, sondern Kommunikation durch Verhal-

⁹²¹ In einem Beitrag zur Reform habe ich einen kürzeren Grundtatbestand mit nur zwei Varianten vorgeschlagen (so auch der Bundesrat): „gegen den erklärten Willen“ und „unter Umständen, unter denen die fehlende Zustimmung offensichtlich ist“, s. *Hörnle*, Menschenrechtliche Verpflichtungen (Fn. 4), S. 18; BR-Drs. 162/16, 2. Detailliertere Beschreibungen von Tatumständen haben allerdings mit Blick auf den Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 Abs. 2 GG) Vorteile.

⁹²² BT-Drs. 18/9097, 22.

⁹²³ BT-Drs. 18/9097, 23.

⁹²⁴ BGH NSTZ 2012, 209, 210. § 177 a.F. wurde nicht angewandt.

⁹²⁵ Oben Fn. 12.

⁹²⁶ BT-Drs. 18/9097, 23.

ten genügt. Zwei weitere Gründe sprechen dagegen, Erkennbarkeit ohne kommunikativen Beitrag des Opfers aus sonstigen Rahmenbedingungen abzuleiten. Zum einen systematische Erwägungen: Die in § 177 Abs. 2 angeführten Umstände sollen die Fälle erfassen, in denen ein Kommunikationsbeitrag des Opfers fehlt. Wird etwa eine Drohung geäußert, wird dadurch für den objektiven Betrachter der entgegenstehende Wille der anderen Person erkennbar – würde dies schon unter § 177 Abs. 1 fallen, wäre § 177 Abs. 2 Nr. 5 überflüssig. Zum anderen stößt die Figur des „objektiven Beobachters“ bei der Rechtsanwendung auf Grenzen der Objektivität. Eine Folgerung wie: „Unter *diesen* Umständen *kann* die Frau (oder der Mann) das nicht gewollt haben“, ist für subjektive Einfärbungen anfällig. Im Fall der 76-jährigen Schlaganfallpatientin bestünde wahrscheinlich Konsens über „erkennbar ungewollt“.⁹²⁷ In anderen Konstellationen wäre aber damit zu rechnen, dass individuelle Einstellungen zu Sexualität und Ästhetik zu unterschiedlichen Bewertungen führen. Dies wird vermieden, wenn „erkennbar“ ausschließlich anhand des tatsächlichen kommunikativen Verhaltens des Opfers beurteilt wird.

§ 177 Abs. 1 wird vor allem dann Abgrenzungsfragen aufwerfen, wenn der erkennbar entgegenstehende Wille nicht explizit-verbal geäußert wurde, sondern aus Verhalten zu erschließen ist. Die Begründung nennt zwei Beispiele für konkludente Ablehnung: Weinen und Abwehren der sexuellen Handlung.⁹²⁸ Anzuwenden ist § 177 Abs. 1, wenn das *Gesamtverhalten eindeutig und konsistent Ablehnung signalisiert*. Ergibt sich aus der Beobachterperspektive dagegen ein *ambivalentes* Bild, ist Strafbarkeit zu verneinen.⁹²⁹ Eine aktive Mitwirkung des Opfers kann Ambivalenz erzeugen, dies muss aber nicht der Fall sein. Dass sich z.B. eine weinende Person auf Befehl des Täters entkleidet, führt einen Beobachter nicht zu der Wertung, dass dies ihrem Willen entspreche. Von Ambivalenzen sind *Meinungsänderungen* zu unterscheiden. Ein Umschlag in erkennbare Ablehnung hat, so ausdrücklich die Begründung,⁹³⁰ zur Folge, dass nachfolgende sexuelle Handlungen strafbar sind. Allerdings ist zum einen sorgfältig zu prüfen, ob der beschuldigte Sexualpartner den Meinungsumschwung erkannt hat (vor allem „mitten im Geschehen“, wenn Körper und Psyche abgelenkt sind). Zum anderen kann ein minder schwerer Fall vorliegen (§ 177 Abs. 9, oder kein Regelfall nach Abs. 6), wenn Überraschung (statt Rücksichtslosigkeit oder Gleichgültigkeit) die Reaktion auf den erkannten Meinungsumschwung verzögert hat.

(2) Die subjektive Tatseite

⁹²⁷ Mein Vorschlag, für eine zweite Handlungsvariante das Merkmal „offensichtlich“ zu verwenden (oben Fn. 12), sollte nur konsensfähige Sachverhalte erfassen.

⁹²⁸ BT-Drs. 18/9097, 23.

⁹²⁹ BT-Drs. 18/9097, 23.

⁹³⁰ BT-Drs. 18/9097, 23.

Für die subjektive Tatseite bleibt es bei § 15: Vorsatz ist erforderlich. In der Begründung findet sich die klare Aussage: „Der subjektive Tatbestand ist erfüllt, wenn es der Täter zumindest billigend in Kauf nimmt, dass die sexuelle Handlung gegen den objektiv erkennbaren entgegenstehenden Willen des Opfers geschieht.“⁹³¹ Gibt ein Beschuldigter mit hinreichender Glaubhaftigkeit an, er habe die Kommunikation missverstanden, wird er nicht bestraft. In der Regel wird er vorbringen, geglaubt zu haben, mit dem Willen der anderen Person zu handeln. Theoretisch wäre auch vorstellbar, dass jemand einräumt, einen inneren entgegenstehenden Willen für möglich gehalten und in Kauf genommen zu haben, aber vorbringt, keinen Vorsatz bezüglich „erkennbar = erklärt“ gehabt zu haben. Eine solche Aussage wird in der Praxis aber nicht oft zu hören sein. Es wäre kurios, zum einen anzugeben, Ablehnung durch Worte oder Gesten nicht wahrgenommen zu haben, zum anderen aber dennoch einzuräumen, innere Ablehnung (mittels Gedankenlesens?) irgendwie geahnt zu haben.

Bei der Beweiswürdigung kommt es darauf an, ob sich der Beschuldigte wirklich zum Tatzeitpunkt geirrt hatte oder ob er Falschangaben macht. Dazu enthält das Gesetz keine Neuerung. Die Überlegung, dass der neue Tatbestand „faktisch eine Tendenz zum Fahrlässigkeitsdelikt“ aufweise,⁹³² beruht vermutlich auf folgender Überlegung: Hat ein Rechtsanwender „erkennbar“ im objektiven Tatbestand bejaht, reagiere er skeptisch, wenn der Beschuldigte erklärt, er habe es aber nicht erkannt. Diese Situation ist allerdings keine Besonderheit des Sexualstrafrechts. Auch in anderen Kontexten wird durch die Feststellung, dass X objektiv vorlag, eine gewisse psychologische Barriere errichtet, die Beschuldigte überwinden müssen, um glaubhaft zu machen, dass sie X subjektiv verkannt hätten. Dass der erkenntnistheoretische Schlüsselbegriff „erkennbar“ in § 177 Abs. 1 Teil des Tatbestands ist, dürfte diese Barriere nicht erhöhen.⁹³³

b) § 177 Abs. 2

Eine Obliegenheit für Opfer, einen entgegenstehenden Willen zu kommunizieren und damit erkennbar zu machen, besteht dann nicht, wenn dies unmöglich oder unzumutbar ist. Konstellationen der Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit einer Willensäußerung werden in den fünf Tatbeständen des § 177 Abs. 2 erfasst. Für das Verhältnis von § 177 Abs. 1 zu § 177 Abs. 2 ist vom Vorrang des Absatz 1 auszugehen: Wurde Ablehnung tatsächlich kommuniziert, muss nicht mehr geprüft werden, ob ein Umstand nach Absatz 2 vorlag.

⁹³¹ BT-Drs. 18/9097, 23.

⁹³² Müller, Beck-Blog, veröffentlicht am 8.7.2016.

⁹³³ Bei meinem Formulierungsvorschlag „offensichtlich“ (oben Fn. 12; krit. *Isfen*, ZIS 2015, 217, 229 f.) wäre eine Berufung auf einen Irrtum noch seltener erfolgreich – aber auch das begründet keinen Fahrlässigkeitstatbestand, sondern ist nur Nebeneffekt einer hohen Hürde im objektiven Tatbestand.

(1) § 177 Abs. 2 Nr. 1 („wenn der Täter ausnutzt, dass die Person nicht in der Lage ist, einen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern“)

Der Anwendungsbereich umfasst die Konstellationen, die unter § 179 Abs. 1 Nr. 1 a.F. fielen. In der Regel sind Menschen in der Lage, einen entgegenstehenden Willen gegen das sexuelle Ansinnen anderer zu bilden und zu äußern. Unmöglichkeit ist aber unter ungewöhnlichen Umständen zu bejahen: wenn die Person das Bewusstsein verloren hat (etwa durch Schlaf, Vollnarkose, sog. K.O.-Tropfen, Alkohol, Koma); wenn sie in ihren kognitiven Fähigkeiten oder ihrer Willensbildung extrem eingeschränkt ist (z.B. bei schwerster geistiger Behinderung, akuter Psychose oder starken Entzugserscheinungen); oder wenn generell aus physiologischen Gründen Kommunikation unmöglich ist (etwa bei Ganzkörperlähmungen). Die Begründung betont, dass das Opfer „zur Bildung oder Äußerung eines Willens *absolut unfähig*“ sein müsse.⁹³⁴ Substanzen wie Alkohol oder Drogen müssen Denk- und Reaktionsfähigkeiten außer Kraft gesetzt haben. Enthemmung oder Verlangsamung durch starke Trunkenheit u.ä. genügen für Abs. 2 Nr. 1 nicht (es kommt aber eine Strafbarkeit nach § 177 Abs. 2 Nr. 2 in Betracht, dazu sogleich). Wie die Betroffenen in den Zustand geraten sind, spielt keine Rolle: Erfasst werden Fälle, in denen Täter unbemerkt eine betäubende Substanz einsetzen, ebenso wie die bloße Ausnutzung einer Situation, in der die Person unfähig zur Willensbildung oder -äußerung vorgefunden wird.⁹³⁵

Die Begründung weist bei den Erläuterungen zu § 177 Abs. 5 Nr. 3 (Ausnutzen einer schutzlosen Lage) darauf hin, dass § 177 Abs. 2 Nr. 1 auch anzuwenden sei, wenn das Opfer „vor Furcht starr“ gewesen sei⁹³⁶ – konsequenterweise müsste dies auch gelten, wenn der Täter durch Gewalt (Abs. 5 Nr. 1) das Opfer eingeschüchtert hat. Nach neuem Recht sind Gewalt und Ausnutzen einer schutzlosen Lage Qualifikationen, die nur greifen, wenn ein Grundtatbestand aus § 177 Abs. 1 oder Abs. 2 bejaht werden konnte. Es wird aus der Gesetzesfassung nicht deutlich, ob die Abgeordneten die Frage des Grundtatbestands für die Variante „Gewaltanwendung“ hinreichend durchdacht haben. Nur bei einer Drohung mit einem empfindlichen Übel bringt das neue Recht explizit zum Ausdruck, dass die andere Person dann nicht der Obliegenheit unterliegt, ihren entgegenstehenden Willen zu äußern (§ 177 Abs. 2 Nr. 5) – es kommt nicht darauf an, ob das Opfer „starr vor Furcht“ war oder nicht. Eine Willensäußerung ist unzumutbar und überflüssig; nicht aber notwendigerweise unmöglich. Bei den Grundtatbeständen fehlt aber eine entsprechende Regelung für Gewaltanwendung – aus kriminalpolitischer Sicht liegt die Forderung nach Nachbesserung auf der Hand. Eine

⁹³⁴ BT-Drs. 18/9097, 24. Hervorhebung durch mich.

⁹³⁵ BT-Drs. 18/9097, 23, 24.

⁹³⁶ BT-Drs. 18/9097, 27 f.

psychologisierende „starr-vor-Furcht-und-deshalb-nicht-zu-Äußerungen-in-der-Lage“-Argumentation läuft auf eine wenig geglückte Hilfskonstruktion hinaus.

Was aber empfiehlt sich für Rechtsanwender, die mit dem geltenden Recht arbeiten müssen? Ist bei Gewalt oder Ausnutzen einer schutzlosen Lage § 177 Abs. 2 Nr. 1 anzuwenden? Die Alternative wäre eine enge Auslegung, die Abs. 2 Nr. 1 auf die vorstehend beschriebenen Fälle einer unstreitigen, echten Unmöglichkeit der Willensäußerung beschränkt. Dafür sprechen der Wortlaut der Norm „nicht in der Lage“ und der Verweis auf „absolut unfähig“ in der Begründung. Eine Schutzlücke würde nicht entstehen. Anwendbare Grundtatbestände wären Abs. 2 Nr. 3 (bei überrumpelnder Gewalt) oder Nr. 4 (bei vorhersehbarer Gewalt oder Ausnutzen einer schutzlosen Lage). *Gegen* eine enge Auslegung spricht *de lege lata* letztlich aber die Gesetzesfassung, die für Abs. 2 Nr. 1 gerade keine Beschränkung auf pathologische körperliche oder psychische Zustände vorsieht, und die eben erwähnte Gesetzesbegründung (Abs. 2 Nr. 1 soll auch bei schutzloser Lage der einschlägige Grundtatbestand sein).

Das Merkmal „nicht in der Lage ist, einen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern“ sollte allerdings nur bejaht werden, wenn *objektive, von einem Beobachter zu beschreibende Umstände* vorliegen, die erklären, warum das Opfer seinen Willen nicht äußern konnte. Zu vermeiden ist ein Bemessen des Könnens aus einer subjektiven Opferperspektive. Dass Betroffene ihre psychologische Verfassung zum Tatzeitpunkt mit Worten wie z.B.: „Ich konnte nichts sagen, ich fühlte mich wie gelähmt“ beschreiben, reicht für sich genommen nicht aus. In der Gesetzesbegründung wird die Entscheidung für ein „Nein-heißt-Nein“-Modell und die damit verbundene Obliegenheit, einen entgegenstehenden Willen zu äußern, mehrfach betont.⁹³⁷ Diese Prämisse würde untergraben, wenn bereits das subjektive Erleben eines Opfers, Ablehnung nicht äußern zu können, zur Anwendung von § 177 Abs. 2 Nr. 1 führen würde.

Zusammenfassend: „Nicht in der Lage“ ist zu bejahen, wenn wegen objektiv feststellbarer Umstände, die in § 177 als relevant eingestuft werden (ungewöhnlicher körperlicher oder psychischer Zustand, Einschüchterung durch Gewalt oder durch eine schutzlose Lage) der entgegenstehende Wille nicht gebildet oder geäußert wurde.

(2) § 177 Abs. 2 Nr. 2 („wenn der Täter ausnutzt, dass die Person aufgrund ihres körperlichen oder psychischen Zustands in der Bildung oder Äußerung des Willens erheblich eingeschränkt ist, es sei denn, er hat sich der Zustimmung dieser Person versichert“)

⁹³⁷ BT-Drs. 18/9097, 22, 23.

Eine wichtige Frage ist, wie „psychischer Zustand“ auszulegen ist. Wer sich an Wortlaut und Alltagspsychologie orientiert, könnte z.B. große Aufregung, starke Niedergeschlagenheit oder besondere Nervosität unter „psychischer Zustand, der die Willensbildung erheblich einschränkt“, subsumieren. Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich aber, dass § 177 Abs. 2 Nr. 2 *nicht* in dieser Weise zu verstehen ist. Die Begründung des Rechtsausschusses übernimmt Erläuterungen zum Entwurf der Bundesregierung, da dort der Begriff „psychischer Zustand“ eingeführt wurde.⁹³⁸ Die Definition „medizin-psychologisch“⁹³⁹ trägt wenig zur Klarheit bei. Aber es wird die Auslegungshilfe gegeben, dass „psychisch“ dasselbe bedeute wie „seelisch“ in § 20,⁹⁴⁰ also krankhafte Zustände unter Ausschluss „psychischer Disharmonien“⁹⁴¹ gemeint sind. Die in § 179 Abs. 1 Nr. 1 a.F. beschriebenen Zustände werden nunmehr mit dem Merkmal „psychischer Zustand“ erfasst.⁹⁴² Für die Praxis wichtige Fallgruppen sind geistige Behinderung, Demenz und starke Trunkenheit.

Im Vergleich zu § 179 Abs. 1 Nr. 1 a.F. erweitert der neue Tatbestand einerseits die Strafbarkeit: Das alte Recht setzte Unfähigkeit zu Widerstand voraus; jetzt genügt eine „*erhebliche Einschränkung* der Fähigkeit, einen Willen zu bilden oder zu äußern“. Andererseits enthält er eine wichtige Klarstellung im Interesse der positiven Sexualfreiheit. Diese betrifft beiderseits faktisch gewollte Sexualkontakte. Nach dem gängigen Verständnis von Selbstbestimmung ist ein Minimum an intellektueller Kompetenz vorauszusetzen, weshalb bei schwer geistig behinderten bzw. dementen oder stark betrunkenen Personen zweifelhaft ist, ob faktisches Wollen auch als selbstbestimmt gelten kann.⁹⁴³ In den USA kam es jüngst zu einem Strafverfahren gegen einen älteren Mann wegen Sex mit seiner Ehefrau, die wegen ihrer schweren Demenz nicht mehr selbstbestimmt einwilligen konnte.⁹⁴⁴ § 177 Abs. 2 Nr. 2 beruht auf einer Differenzierung zwischen (voraussetzungsreicher) Einwilligung und Zustimmung, wobei Zustimmung nur eine faktische, explizite oder konkludente Bekundung des natürlichen Willens erfordert.⁹⁴⁵ Die Begründung verweist darauf, dass es vom Allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) umfasst werde, ein Sexualleben zu haben.⁹⁴⁶ Die Verwirklichung von körperlich-emotionalen Bedürfnissen soll nicht von kognitiver Leistungsfähigkeit abhängen. Straffrei bleibt der Sexualpartner, der (bedingten) Vorsatz bzgl.

⁹³⁸ BT-Drs. 18/9097, 25; 18/8210, 15. Die mir zugeschriebene Kommentierung zu § 171 (dort wird ebenfalls das Wort „psychisch“ verwendet, allerdings in anderem Kontext) im LK-StGB hat *Dippel* verfasst.

⁹³⁹ BT-Drs. 18/9097, 24; 18/8210, 15.

⁹⁴⁰ BT-Drs. 18/9097, 24; 18/8210, 15.

⁹⁴¹ BT-Drs. 18/8210, 15.

⁹⁴² BT-Drs. 18/8210, 15.

⁹⁴³ S. dazu *Hörnle*, ZStW 127 (2015), 851, 877 ff.

⁹⁴⁴ *Hörnle*, ZStW 127 (2015), 851, 877. Die Jury kam zu einem Freispruch.

⁹⁴⁵ BT-Drs. 18/9097, 24.

⁹⁴⁶ BT-Drs. 18/9097, 24.

mentaler Defizite der anderen Person hat, wenn er sich ihrer Zustimmung versichert hat. Willensbekundungen anderer (etwa Angehörige oder Betreuer) sind unbeachtlich.⁹⁴⁷

Wenn eine gemäß § 177 Abs. 2 Nr. 2 eingeschränkte Person in apathisch-passiver Weise nicht kommuniziert oder ambivalente Signale gibt, muss die andere Person auf Zustimmung bestehen, um sich nicht strafbar zu machen. Zwar geht die Reform als Regel von einer Obliegenheit des Opfers aus, seinen Willen kundzutun.⁹⁴⁸ § 177 Abs. 2 Nr. 2 verschiebt aber die Kommunikationspflicht. Bei Sexualkontakten mit z.B. erheblich in ihrer Intelligenz beeinträchtigten oder stark betrunkenen Personen gilt ausnahmsweise ein „Nur-Ja-heißt-Ja“-Modell.⁹⁴⁹ Sich-Versichern ist in zwei Formen möglich: durch Erfassen einer eindeutig erklärten Zustimmung oder, bei fehlender Eindeutigkeit, durch Rückfrage. Es darf „kein vernünftiger Zweifel“ bestehen.⁹⁵⁰ Dies bedeutet nicht, dass bei unklarer Kommunikationslage Beschuldigte stets bestraft würden. Ein Filter liegt im Tatbestandsmerkmal „ausnutzt“ (das objektiv oder jedenfalls im subjektiven Tatbestand regelmäßig zu verneinen ist, wenn alle Beteiligten stark angetrunken oder geistig behindert sind).

In den Gesetzesmaterialien finden sich keine Ausführungen dazu, in welchem Verhältnis § 177 Abs. 2 Nr. 2 und die Aufwertung positiver Sexualfreiheit zu den Missbrauchstatbeständen (etwa §§ 174a, 174c, 176) stehen. Sollten nunmehr *generell* faktische Zustimmungen Strafbarkeit ausschließen oder einschränken? Bei Minderjährigen sind solche Überlegungen zurückzuweisen. Das System des geltenden Rechts wollte der Gesetzgeber nicht durch Verweise auf „natürlichen Willen“ verändern. Die §§ 174, 176, 182 enthalten im Verhältnis zu § 177 Abs. 2 Nr. 2 (und Abs. 2 Nr. 1) speziellere Regeln – im Verhältnis zu den anderen Tatbeständen in § 177 ist dagegen von Tateinheit auszugehen. Aber auch bei Betreuungs- und Behandlungsverhältnissen wäre es keine plausible Annahme, dass eine wegen Zustimmung nicht nach § 177 Abs. 2 Nr. 2 strafbare Handlung *deshalb* auch nicht nach den in Tateinheit erfüllten §§ 174a, 174c strafbar wäre. Allerdings bedarf es der näheren Untersuchung, ob sich infolge des verbesserten Schutzes von sexueller Selbstbestimmung durch § 177 der Schutzzweck der §§ 174a-174c ändert. Möglicherweise sind diese Normen nur noch mit Allgemeininteressen (Schutz öffentlicher Einrichtungen und Professionen vor korruptionsähnlichem Verhalten) begründbar.⁹⁵¹

⁹⁴⁷ BT-Drs. 18/9097, 25.

⁹⁴⁸ BT-Drs. 18/9097, 22.

⁹⁴⁹ BT-Drs. 18/9097, 25. S. zum „Nur-Ja-heißt-Ja“ als Modell für US-amerikanische Campus-Regeln z.B. *Anderson*, *The Yale Law Journal* 125 (2016), 1940.

⁹⁵⁰ BT-Drs. 18/9097, 24.

⁹⁵¹ So schon nach alter Rechtslage *SK/Wolters*, 135. Lieferung, Stand 08/2012, § 174a Rn. 2, § 174c Rn. 2. *AA MK/Renzikowski*, 2. Aufl. 2012, Vor §§ 174 ff. Rn. 19; *Schönke/Schröder/Eisele*, StGB, 29. Aufl. 2014, § 174a Rn. 1, § 174c Rn. 1; *LK/Hörnle*, 12. Aufl. 2010, § 174a Rn. 1, 5, § 174c Rn. 1.

(3) § 177 Abs. 1 Nr. 3 („wenn der Täter ein Überraschungsmoment ausnutzt“)

Eine Willensbildung oder -äußerung ist auch unmöglich, wenn der Täter so schnell und über-
rumpelnd vorgeht, dass die sexuelle Handlung bereits geschehen ist, wenn das Opfer den
Vorfall registriert oder wenn das Opfer zwischen Erkennen des Vorhabens und der sexuellen
Handlung nicht mehr rechtzeitig mit einer Äußerung reagieren kann. Dem trägt § 177 Abs. 2
Nr. 3 Rechnung.⁹⁵² Überraschungsangriffe können zwischen Fremden und im öffentlichen
Raum vorkommen, aber auch im nicht-öffentlichen Raum und zwischen miteinander bekann-
ten Personen.⁹⁵³

(4) § 177 Abs. 2 Nr. 4, 5 („wenn der Täter eine Lage ausnutzt, in der dem Opfer bei Wider-
stand ein empfindliches Übel droht“; „wenn der Täter die Person zur Vornahme oder Duldung
der sexuellen Handlung durch Drohung mit einem empfindlichen Übel genötigt hat“)

Die Kommunikation eines entgegenstehenden Willens ist auch unter einer Bedrohung fak-
tisch möglich – sie wird einem schweigend-passiv bleibenden oder infolge der Drohung ko-
operierenden Opfer aber nicht abverlangt. Die Drohung mit einem empfindlichen Übel (§ 177
Abs. 2 Nr. 5) war bisher in § 240 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 a.F. als besonders schwerer Fall einer
Nötigung erfasst. Es ist eine überzeugende Entscheidung, diese Bestimmung in § 240 zu
streichen, sie (bei identischem Strafraum) in den 13. Abschnitt zu verschieben und klarzu-
stellen, dass nicht nur Nötigung zu aktivem Handeln (so die zu enge Fassung von § 240 Abs.
4 S. 2 Nr. 1 a.F.), sondern auch Nötigung zur Duldung strafbar ist. Zur Betitelung einer sol-
chen Straftat (Übergriff oder Nötigung?) s. unten d).

§ 177 Abs. 2 Nr. 4 entspricht teilweise einer Formulierung im Entwurf der Bundesregie-
rung.⁹⁵⁴ Dort war das Bedrohungsszenario noch subjektiv gefasst: „ein empfindliches Übel
befürchtet“; jetzt heißt es: „ein empfindliches Übel droht“. Mit der Norm sollen „insbesondere
die ‚Klima-der-Gewalt‘-Fälle erfasst“ werden.⁹⁵⁵ Gemeint ist damit, dass die Beteiligten eine
persönliche Beziehung oder familiäres Zusammenleben verband oder verbindet, die durch
Gewalt eines „Partners“ oder Familienmitglieds geprägt waren. Wer in der Vergangenheit
Anordnungen konsequent mit Gewalt durchgesetzt hat, muss irgendwann nicht mehr explizit-
verbal oder konkludent drohen, um seinen Willen durchzusetzen. Bei der Anwendung von
§ 177 Abs. 2 Nr. 4 auf „Klima-der-Gewalt“-Beziehungen sind allerdings erhebliche Hürden zu
nehmen. Es muss bei der Prüfung des objektiven Tatbestands bewiesen werden, dass dem

⁹⁵² Einen ähnlichen Tatbestand enthielt auch der Regierungsentwurf, BT-Drs. 18/8210, 5, 16.

⁹⁵³ BT-Drs. 18/9097, 25.

⁹⁵⁴ BT-Drs. 18/8210, 5.

⁹⁵⁵ BT-Drs. 18/9097, 26; 18/8210, 17.

Opfer ein empfindliches Übel drohte.⁹⁵⁶ Auch bei konfliktreichen Vorbeziehungen kann dies dann zweifelhaft sein, wenn es neben gewalttätigen Phasen Besserungsversuche mit Versöhnung und einverständlichem Sex gab. Es bedarf einer Analyse des Kontexts, um zu begründen, dass die Beziehung zu diesem Zeitpunkt wieder in ein „Klima der Gewalt“ abgeglitten war. Außerdem muss dem Täter Vorsatz nachgewiesen werden. Selbst wenn von außen betrachtet gut zu prognostizieren war, dass der Täter bei Weigerung erneut gewalttätig werden würde, ist vorstellbar, dass Beschuldigte angeben, sie hätten die Situation nicht so wahrgenommen. Eine verzerrte Wahrnehmung der eigenen Gewaltbereitschaft ist (etwa bei Alkoholsucht oder Persönlichkeitsstörungen) nicht ganz selten. Die Anwendung von § 177 Abs. 2 Nr. 4 wird sich in der Praxis vermutlich auf Extremfälle beschränken, d.h. Beziehungen mit konsistenten Praktiken der brutalen Unterjochung.

Fraglich ist, welche sonstigen Sachverhalte von § 177 Abs. 2 Nr. 4 erfasst werden. Die „Klima-der-Gewalt“-Fälle werden in der Begründung des Rechtsausschusses mit „insbesondere“ eingeführt. Weitere Beispiele werden dort nicht genannt,⁹⁵⁷ aber in der Begründung zum Entwurf der Bundesregierung, die auch erklärt, welche Fälle *nicht* tatbestandsmäßig seien.⁹⁵⁸ Wichtig für die Auslegung ist das Merkmal „bei Widerstand“. Dies ist nicht i.S.v. „körperlicher Gegenwehr“ zu verstehen, sondern i.S.v. „Weigerung“. Das empfindliche Übel muss bei Weigerung drohen. Nicht ausreichend sind drohende Übel, deren Kausalverlauf *unabhängig* von der Interaktion der Beteiligten *bereits angelegt* war. *Nicht erfasst* wird, dass sich Personen auf Sexualkontakt einlassen, weil sie hoffen, damit eine unabhängig vom zu prüfenden Vorfall bevorstehende Kündigung, Abschiebung o.ä. verhindern zu können.⁹⁵⁹ Zwar wird im Alltagssprachgebrauch oft jede soziale Verwundbarkeit als „Zwang“ eingeordnet, aber es ist Bestandteil der positiven Freiheit, Sex zweckrational-instrumentell einsetzen zu können.⁹⁶⁰ Welche Fälle bleiben also für § 177 Abs. 2 Nr. 4? In der Regel wird der notwendige Konnex zwischen „Weigerung“ und „für diesen Fall drohendes empfindliches Übel“ durch eine entsprechende Äußerung des Täters hergestellt, der sich damit wegen Äußerns einer Drohung aus § 177 Abs. 2 Nr. 5 strafbar macht. Ein eigenständiger Anwendungsbereich für § 177 Abs. 2 Nr. 4 besteht aber dann, wenn ein Dritter für den Weigerungsfall Gewalt oder ein anderes empfindliches Übel angedroht hat und der Täter sich dies zunutze macht, etwa, wenn der Kunde einer Prostituierten ausnutzt, dass der Zuhälter ihr zuvor für den Weigerungsfall ein empfindliches Übel angekündigt hat.⁹⁶¹

⁹⁵⁶ BT-Drs. 18/9097, 26.

⁹⁵⁷ BT-Drs. 18/9097, 26.

⁹⁵⁸ BT-Drs. 18/8210, 16 f.

⁹⁵⁹ BT-Drs. 18/8210, 17.

⁹⁶⁰ Hörnle, ZStW 127 (2015), 851, 881 ff.

⁹⁶¹ BT-Drs. 18/8210, 17. Die geplante Einführung der Freierbestrafung in einem neuen § 232a (Zwangsprostitution) ist mit einer niedrigeren Mindeststrafe (drei Monate) verbunden, was die Frage der Strafrahenkonsistenz aufwirft.

c) § 177 Abs. 4 (Qualifikation für sexuelle Übergriffe nach § 177 Abs. 2 Nr. 1)

Der Strafraum ist deutlich erhöht (Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu fünfzehn Jahren), „wenn die Unfähigkeit, einen Willen zu bilden oder zu äußern, auf einer Krankheit oder Behinderung des Opfers beruht.“ Die Straferhöhung fällt auch in Relation zum alten Recht ins Auge (s. § 179 Abs. 1, 2 a.F.); das bisherige Strafniveau gilt nur noch für minderschwere Fälle § 177 Abs. 9). Die Qualifikation in Abs. 4 bezieht sich ausschließlich auf Taten nach § 177 Abs. 2 Nr. 1.⁹⁶² Für die Definition von Krankheit und Behinderung verweist die Begründung auf sozialrechtliche Normen. Behinderung liege vor (§ 2 SGB IX), wenn die „körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweicht und daher ihre Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist“; Krankheit wird definiert als „regelmäßiger Körper- oder Geisteszustand, der Behandlungsbedürftigkeit und/oder Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat“.⁹⁶³ Ausdrücklich ausgenommen werden Konstellationen, in denen Alkohol oder andere Rauschmittel zur Unfähigkeit der Willensbildung oder -äußerung geführt haben.⁹⁶⁴ Nach dieser Logik fällt auch das Ausnutzen einer Vollnarkose nicht unter § 177 Abs. 4.

Die Ratio der Verschärfung wird in der Begründung nicht mitgeteilt. Sie ist schwer nachvollziehbar. In der Sachverständigenanhörung am 1. Juni 2016 hatte das Deutsche Institut für Menschenrechte auf die besondere Schutzbedürftigkeit von Menschen mit Behinderungen verwiesen.⁹⁶⁵ Dem wird jedoch mit § 177 Abs. 2 Nr. 1 Rechnung getragen – einer weiteren Strafverschärfung hätte es nicht bedurft. Unter dem Aspekt „sexuelle Selbstbestimmung“ wird jede Person, die unfähig zur Willensbildung und Willensäußerung ist, gleichermaßen in ihren Rechten verletzt. Eine Differenzierung im Strafmaß könnte auf dem Gedanken beruhen, dass bei Krankheit und Behinderung kein Eigenverschulden des Opfers vorliege, wohl aber z.B. bei einer durch freiwilligen Alkoholkonsum herbeigeführten Bewusstlosigkeit. Aber auch eine solche Überlegung führt nicht weiter: Nicht jede temporäre Willensbildungsunfähigkeit (s. das Beispiel der Vollnarkose) bedeutet Mitverschulden bezüglich eines sexuellen Übergriffs.

d) § 177 Abs. 5 (sexuelle Nötigung)

Auf den ersten Blick ähneln die Qualifikationstatbestände in § 177 Abs. 5 Nr. 1-3 dem vormaligen Grundtatbestand in § 177 Abs. 1 Nr. 1-3 a.F. Der Strafraum ist derselbe (Freiheits-

⁹⁶² BT-Drs. 18/9097, 26.

⁹⁶³ BT-Drs. 18/9097, 26.

⁹⁶⁴ BT-Drs. 18/9097, 26.

⁹⁶⁵ Rabe, Stellungnahme des Dt. Instituts für Menschenrechte zur Sachverständigenanhörung, S. 9.

strafe von einem Jahr bis fünfzehn Jahre); allerdings wurde bei den minder schweren Fällen ohne Begründung in den Materialien die Höchststrafe angehoben (Abs. 9: zehn Jahre, nach § 177 Abs. 5 a.F. noch fünf Jahre).⁹⁶⁶ Der Tatbestand enthält einige sachlich bedeutungsvolle Änderungen. Zum einen verzichtet § 177 Abs. 5 auf das Verb „nötigen“, zum anderen wurden die Gewalt- und die Drohungsalternative bewusst anders formuliert. § 177 Abs. 5 Nr. 1 setzt voraus, dass „*der Täter gegenüber dem Opfer Gewalt anwendet*“ (§ 177 Abs. 1 a.F.: „mit Gewalt nötigt“). Die Begründung verweist ausdrücklich darauf, dass die Gewalt nicht eingesetzt werden muss, um die sexuelle Handlung zu erzwingen.⁹⁶⁷ Nach neuem Recht ist weder ein Kausal- noch ein Finalzusammenhang erforderlich.⁹⁶⁸ Es genügt, dass im Rahmen eines einheitlichen Tatgeschehens vor, bei oder nach der sexuellen Handlung Gewalt angewandt wird. Erforderlich ist allerdings, dass der Täter die Gewalt gegenüber dem Opfer anwendet. Das verwundert, da bei der Diagnose „Lücke im bisherigen Recht“⁹⁶⁹ auch eine BGH-Entscheidung angeführt wurde, in der der Täter den Freund seiner Ex-Freundin durch Kopfschuss tötete und danach beschloss, mit der traumatisierten Frau sexuelle Handlungen vorzunehmen. Der BGH hatte mangels Finalzusammenhang nicht nach § 177 StGB verurteilt.⁹⁷⁰ Nach neuem Recht ist dieses Problem behoben, aber es könnte bei Gewalt gegen nahestehende Dritte der unrechtmäßig erhöhte Umstand „traumatisiertes Opfer“ nicht nach § 177 Abs. 5 Nr. 1 StGB berücksichtigt werden.

Auch für die Variante „*dem Opfer mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben droht*“ (§ 177 Abs. 5 Nr. 2) muss kein Finalzusammenhang festgestellt werden. Es genügt, dass eine zu anderen Zwecken ausgesprochene Drohung fortwirkt.⁹⁷¹ Da die veränderte Normfassung keinen zeitlichen Konnex „erst Drohung, dann sexuelle Handlung“ mehr voraussetzt, ist die Qualifikation auch dann anwendbar, wenn die Drohung bei oder nach der sexuellen Handlung erfolgt (z.B. um das Opfer von einer Anzeige abzuhalten). Erforderlich ist nur, dass ein enger zeitlicher und räumlicher Zusammenhang besteht. § 177 Abs. 5 Nr. 1 wird häufig in Kombination mit § 177 Abs. 2 Nr. 5 anzuwenden sein (die Begründung führt aus: „insbesondere von Bedeutung für diesen Grundtatbestand“⁹⁷²). Es sind aber, genauso wie bei Abs. 5 Nr. 1, Kombinationen mit anderen Grundtatbeständen vorstellbar.

⁹⁶⁶ § 177 Abs. 5 a.F. war aber hinsichtlich der Obergrenze inkonsequent im Verhältnis zu § 179 Abs. 1, 2 a.F. (letzte Norm enthielt keinen Sonderrahmen für minder schwere Fälle, sodass die Obergrenze von zehn Jahren für alle Fälle galt).

⁹⁶⁷ BT-Drs. 18/9097, 27.

⁹⁶⁸ Gegen das Erfordernis eines Finalzusammenhangs nach altem Recht Hörnle, FS für Puppe, 2011, 1143.

⁹⁶⁹ BT-Drs. 18/8210, 10.

⁹⁷⁰ BGH NStZ 2013, 279.

⁹⁷¹ BT-Drs. 18/9097, 27.

⁹⁷² BT-Drs. 18/9097, 27.

Schließlich gibt es weiterhin die in § 177 Abs. 1 Nr. 3 a.F., nach neuem Recht in § 177 Abs. 5 Nr. 3 als Qualifikation angeführte Tatvariante, dass „*der Täter eine Lage ausnutzt, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist*“. Man hätte diese Norm nunmehr, da sie nicht mehr als Grundtatbestand benötigt wird, auch streichen können – das ist nicht geschehen. Die Begründung betont, dass die Tatbestandsmerkmale der alten Rechtslage entsprechen.⁹⁷³ Es muss sich um eine *objektiv bestehende* schutzlose Lage handeln; die subjektive Einschätzung des Opfers, schutzlos zu sein, genüge nicht.⁹⁷⁴ Dies entspricht der Auslegung von § 177 Abs. 1 Nr. 3 a.F. durch die h.M.⁹⁷⁵ Ebenfalls bestätigt wird die etablierte Auslegung dessen, was dem Opfer drohen müsse: Körperverletzung oder Tötung.⁹⁷⁶ In einem Punkt nimmt die Begründung Kritik an der Rspr. auf (indirekt, ohne darauf zu verweisen). Eine „schutzlose Lage“ wurde verschiedentlich wegen Schutz- und Fluchtoptionen verneint, deren Realisierbarkeit zweifelhaft war.⁹⁷⁷ Die Begründung hält dem entgegen: Das Opfer muss „keine unrealistischen Anforderungen“ erfüllen, „insbesondere nicht weitere Risiken eingehen oder sich gegenüber Dritten in seiner vulnerablen Situation offenbaren“.⁹⁷⁸

Unklar ist, wie bei einem Übergriff unter den erschwerenden Umständen des § 177 Abs. 5 zu tenorieren ist. Soll der in der Tatbestandsüberschrift immer noch zu findende Begriff „sexuelle Nötigung“ eingesetzt werden? Die Bezeichnung „sexuelle Nötigung“ passt nur noch bedingt, da bei den Qualifikationen in Abs. 5 das Merkmal „nötigen“ entfallen ist. Es *kann* sich um eine sexuelle Nötigung im traditionellen Sinn handeln, dies muss aber nicht der Fall sein. Sachlich angemessener wäre es, die in § 177 Abs. 4, 5 erfassten Konstellationen als „schwerer sexueller Übergriff“ o.ä. zu bezeichnen. Ein an das geltende Recht gebundener Anwender kommt allerdings nicht umhin, der Überschrift einen Sinn zu verleihen. Aus dieser Perspektive ist es vertretbar, Taten nach Abs. 5 mit Blick auf typische (wenn auch nicht notwendige) Fallzuschnitte und partielle Ähnlichkeiten mit dem alten Recht als „sexuelle Nötigung“ zu bezeichnen. Die Alternative läge darin, den Titel „sexuelle Nötigung“ Taten nach § 177 Abs. 2 Nr. 5 zuzuordnen. Dies überzeugt aber noch weniger: Die Betitelung *einer* unter vielen Varianten in Absatz 2, mit demselben Strafraumen wie alle anderen, würde schwerlich eine gesonderte Hervorhebung in der Tatbestandsüberschrift rechtfertigen.

e) § 177 Abs. 6 S. 2 Nr. 1 (Vergewaltigung) und weitere Qualifikationen

⁹⁷³ BT-Drs. 18/9097, 27.

⁹⁷⁴ BT-Drs. 18/9097, 27.

⁹⁷⁵ BGHSt 50, 359, 362; *Fischer*, StGB, 63. Aufl. 2016, § 177 Rn. 28; Schönke/Schröder/*Eisele* (Fn. 42), § 177 Rn. 9; LK/*Hörnle* (Fn. 42), § 177 Rn. 104; and. *Gerhold*, JR 2016, 122, 125 f.; MK/*Renzikowski* (Fn. 42), § 177 Rn. 44; SK/*Wolters* (Fn. 42), § 177 Rn. 13b.

⁹⁷⁶ BT-Drs. 18/9097, 27.

⁹⁷⁷ S. z.B. BGH NStZ 2003, 424, 425; NStZ 2005, 380; NStZ 2013, 466 f.

⁹⁷⁸ BT-Drs. 18/9097, 28.

Wie schon nach geltendem Recht, ist Vergewaltigung nur ein Regelbeispiel für besonders schwere Fälle. Die Anwendung der Bezeichnung „Vergewaltigung“ hängt, wie bisher auch, von der Eingriffsintensität der sexuellen Handlung ab: Maßgeblich ist der besonders erniedrigende Charakter, der insbesondere bei Eindringen in den Körper zu bejahen ist. In dieser, weitgehend dem alten Recht entsprechenden Norm gibt es eine Änderung. In § 177 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 a.F. wurde Körperkontakt zwischen Täter und Opfer vorausgesetzt („an dem Opfer“ oder „an sich“). Das neue Recht erfasst dagegen dem Opfer aufgetragene sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt mit dem Täter oder einer anderen Person, wenn diese besonders erniedrigen (z.B. Verkehr mit einem Tier).

Bei der Reform wurde leider nicht daran gedacht, die wenig überzeugende Einordnung erschwerender Umstände teils als Regelbeispiel (§ 177 Abs. 6), teils als Qualifikation (§ 177 Abs. 4, 5, 7, 8) kritisch zu überprüfen. Außerdem hätten die beträchtlichen Strafrahmenunterschiede Anlass geboten zu hinterfragen, ob die Gefährlichkeitsbewertung diese wirklich rechtfertigt. Nicht sonderlich überzeugend ist es z.B., dass das bloße Beisichführen eines gefährlichen Werkzeugs (§ 177 Abs. 7 Nr. 1) auch für die neuen Grundtatbestände mit ihrem niedrigeren Strafrahmen in einem sehr großen Sprung zu drei Jahre Mindeststrafe führt. Wenn sowohl die sexuelle Handlung als auch die das Opfer unmittelbar treffenden Begleitumstände von relativ niedrigem Unrechtsgehalt waren (= keine Anwendung von Abs. 5, 6), sollte in der Praxis die dann unverhältnismäßige Strafrahmenerhöhung gem. Abs. 7 Nr. 1 durch die Annahme eines minder schweren Falls (§ 177 Abs. 9) vermieden werden. Aus kriminalpolitischer Sicht wäre eine gründliche Überprüfung und Neugestaltung des Systems straferschwerender Umstände zu empfehlen.

IV. § 184i (Sexuelle Belästigung)

Der neue Tatbestand der sexuellen Belästigung setzt voraus, dass der Täter „*eine andere Person in sexuell bestimmter Weise körperlich berührt und dadurch belästigt*“. Der Strafrahmen reicht von Geldstrafe bis zu Freiheitsstrafe von zwei Jahren, in besonders schweren Fällen, § 184i Abs. 2 (Regelbeispiel: gemeinschaftliche Begehung), von drei Monaten bis fünf Jahren. § 184i soll Lücken schließen, die sich daraus ergeben, dass die Rspr. bislang mit Verweis auf die Erheblichkeitsklausel in § 184h Nr. 1 Berühren über der Kleidung meist nicht als Sexualdelikt erfasst hat.⁹⁷⁹ Die bisherige Straflosigkeit verdiente Kritik,⁹⁸⁰ weil körperlich-sexuelle Berührungen schwerer wiegen als etwa eine Beleidigung oder exhibitionistische Handlung. Ein eigener Tatbestand wäre nicht zwingend erforderlich gewesen (die Alternative war: § 184h Nr. 1 aufheben und für minder schwere Übergriffe Geldstrafe vorse-

⁹⁷⁹ BT-Drs. 18/9097, 29; BGH v. 20.3.2012, BeckRS 2012, 11487 Rn. 25; BGH v. 22.1.2013; BeckRS 2013, 02643; anders bei brutaler Vorgehensweise, s. BGH NSTZ 2012, 269, 270.

⁹⁸⁰ Lembke, KJ 2016, 3; Hörmle, STREIT 2016, 3.

hen). Mit einer neuen Norm wird aber die geänderte Rechtslage deutlicher. Die Subsidiaritätsklausel am Ende von § 184i („*wenn nicht die Tat in anderen Vorschriften mit schwerer Strafe bedroht ist*“) soll nur bei „Vorschriften, die eine vergleichbare Schutzrichtung aufweisen“⁹⁸¹, angewendet werden. Dies ist dann der Fall, wenn die andere Norm ebenfalls zum 13. Abschnitt gehört, nicht aber dann, wenn z.B. eine körperliche Misshandlung oder ein Raub mit sexuell bestimmten Berührungen verbunden wurde. Es handelt sich um ein Antragsdelikt (s. § 184i Abs. 3), aber kein absolutes (Einschreiten von Amts wegen ist bei besonderem öffentlichen Interesse möglich).

Der Gesetzestext („*körperlich berührt*“) schließt eindeutig nur verbale Belästigungen aus dem Anwendungsbereich aus. Auslegungsfragen wirft dagegen das Merkmal „*sexuell bestimmt*“ auf. Die Begründung führt aus: „Die körperliche Berührung erfolgt in sexuell bestimmter Weise, wenn sie sexuell motiviert ist.“⁹⁸² Damit wird auf die subjektiven Beweggründe des Handelnden verwiesen. Eine ähnliche Herangehensweise findet sich für das Tatbestandsmerkmal „*dadurch belästigt*“: Dies sei dann der Fall, wenn „das Opfer in seinem Empfinden nicht unerheblich beeinträchtigt“ wird.⁹⁸³ Wenn man allerdings für „sexuell bestimmt“ die Motive des Täters und für „belästigt“ das subjektive Empfinden des Opfers zugrunde legt, führt diese Kombination zu einem sehr weiten Anwendungsbereich. Erfasst würden sozialübliche, aber erfolglose körperliche Annäherung, etwa, wenn eine Person mit dem Ziel „*einverständlicher Sexualkontakt*“ einer anderen den Arm um die Schulter oder die Hand aufs Bein legt, dann aber feststellen muss, dass das Interesse einseitig ist. Konsequenz der weiten Auslegung wäre eine Gesellschaft mit strikter körperlicher Distanz, in der sexuelles Interesse ausschließlich verbal bekundet werden dürfte. Ob dies wünschenswert ist, ist zweifelhaft; zweifellos würde mit solchen erzieherischen Vorgaben die Aufgabe des Strafrechts überdehnt.

Es sollte deshalb *die Bedeutung einer Berührung* nicht anhand der Motive des Handelnden, sondern *aus einer objektiven Sicht* bewertet werden. „*Sexuell bestimmt*“ i.S.v. § 184i ist eine Berührung nur dann, wenn sie *als solche* (unabhängig von weiteren Plänen) bereits sexuelle Bedeutung hat. Für die Abgrenzung zur bloßen Anbahnungshandlung ist es eine sinnvolle Testfrage, ob dieser Körperkontakt typischerweise eine *bereits bestehende* intime Beziehung voraussetzt.⁹⁸⁴ Das ist zu bejahen für: Anfassen des Genitalbereichs oder Befühlen des Pos; Küsse auf Hals und Mund; das Reiben von Genitalien am Körper eines anderen (Frottage). Sollten bei der Beweiswürdigung Fragen auftreten (etwa: „*versehentliche Berührung im über-*

⁹⁸¹ BT-Drs. 18/9097, 30.

⁹⁸² BT-Drs. 18/9097, 30.

⁹⁸³ BT-Drs. 18/9097, 30.

⁹⁸⁴ S. dazu BT-Drs. 18/9097, 30. Dort wird allerdings der Test, ob die Handlung typischerweise sexuelle Intimität voraussetze, für die Beweiswürdigung eingeführt (dies erlaube Rückschlüsse auf sexuelle Motive).

füllten Bus oder Frottage?“), ist auf Dauer und Intensität abzustellen. Nicht unter § 184i sollten Handlungen gefasst werden, die auch außerhalb von Intimbeziehungen vorkommen (z.B.: Kuss auf die Wange oder die Hand; Berührungen von Hand, Arm, Schulter, Bein; ein kurzer Klaps auf den bekleideten Po), und zwar auch dann nicht, wenn im konkreten Fall das Motiv „Anbahnung eines Sexualkontakts“ war. Das dürfte auch letztlich den (leider nicht klar dargestellten) gesetzgeberischen Intentionen entsprechen. Die Begründung zu § 184i deutet (nach der Passage zu Tätermotiven) an, dass objektiv bewertet werden soll: „Bloße Ärgernisse, Ungehörigkeiten oder Distanzlosigkeiten wie zum Beispiel das einfache In-den-Arm-Nehmen oder der schlichte Kuss auf die Wange“ verletzen nicht die sexuelle Selbstbestimmung.⁹⁸⁵ Das ist wichtig. Dass ein objektiver Beobachter eine Berührung im konkreten Kontext als unangemessen und distanzlos einstufen würde, genügt nicht für ein Sexualdelikt. Vielmehr muss die zu beurteilende Berührung bereits sexuellen Charakter haben.

Das Merkmal „und dadurch belästigt“ hat keine strafbarkeitsbegründende, sondern filternde Funktion. Es kommt darauf an, „dass die Handlung das Opfer in seinem Empfinden nicht unerheblich beeinträchtigt“.⁹⁸⁶ Gibt die betroffene Person an, dass sie sich nicht belästigt gefühlt habe, ist diese individuelle Bewertung maßgeblich – auch wenn sie kurios erscheinen mag, weil sich andere in derselben Situation belästigt gefühlt hätten. Gibt die Person an, sie habe sich tatsächlich belästigt gefühlt, ist der subjektive Maßstab kein Problem, wenn bereits bei der Prüfung des ersten Tatbestandsmerkmals die nicht sexuellen Berührungen ausgeschlossen werden.

V. § 184j (Strafbarkeit aus Gruppen)

Eine weitere neue Norm, § 184j, rief im Bundestag Kontroversen hervor.⁹⁸⁷ Sie lautet: *„Wer eine Straftat dadurch fördert, dass er sich an einer Personengruppe beteiligt, die eine andere Person zur Begehung einer Straftat an ihr bedrängt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn von einem Beteiligten der Gruppe eine Straftat nach den §§ 177 oder 184i begangen wird und die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist.“* Die Begründung spricht von einem „neuen und gewichtigen Phänomen“, auf das reagiert werden müsse.⁹⁸⁸ Anlass waren offensichtlich die Vorfälle in Köln zum Jahreswechsel 2015/2016 und ähnliche Geschehen an anderen Orten. Die Einstufung als „neues“ Phänomen mag auf den ersten Blick verwundern, da sexuelle Belästigungen und Übergriffe bei Volksfesten u.ä. bisher auch nicht exklusiv durch Einzeltäter begangen wurden. Aber die Augenzeugenberichte zeigen, dass Elemente wie „massenhaftes Attackieren

⁹⁸⁵ BT-Drs. 18/9097, 30.

⁹⁸⁶ BT-Drs. 18/9097, 30.

⁹⁸⁷ S. unten Fn. 86.

⁹⁸⁸ BT-Drs. 18/9097, 31.

von Passantinnen im öffentlichen Raum“ und „aus großen Ansammlungen von Männern heraus“ in besonderer Weise bedrohlich wirken. Die Begründung zu § 184j verweist auf gruppendynamische Prozesse, die potentielle Täter bestärken und Hemmungen beseitigen.⁹⁸⁹

Der Tatbestand ist anzuwenden, wenn die folgenden Voraussetzungen vorliegen: Erstens muss es eine Gruppe gegeben haben (mindestens drei Personen),⁹⁹⁰ die zur Begehung einer Straftat eine andere Person bedrängt. Bedrängt wird, wer „mit Nachdruck an der Ausübung seiner Bewegungsfreiheit oder seiner sonstigen freien Willensbetätigung gehindert wird. Dabei muss die Gruppe mit einer gewissen Hartnäckigkeit auf das Opfer einwirken.“⁹⁹¹ Kurzfristiges Versperren des Weges oder kurzzeitige Einschüchterung etwa durch „lautes Grölen“ genügt nicht.⁹⁹² Zweitens muss sich der Täter an der Gruppe beteiligt und dadurch die Straftat gefördert haben. Beteiligung sei, so die Begründung, „nicht im Sinne der §§ 25 bis 27 StGB zu verstehen, sondern im umgangssprachlichen Sinn.“⁹⁹³ Dieser Verweis auf „umgangssprachlich“ wird bei Juristen Stirnrunzeln hervorrufen und den Verdacht der Umgehung etablierter Regeln wecken. Tatsächlich ist es aber nur eine etwas ungeschickte Formulierung. Der Sache nach geht es darum, klarzustellen, dass „kein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken verlangt“⁹⁹⁴ wird, was mit Blick auf das Phänomen großer, sich spontan formierender Gruppen nachvollziehbar ist, in denen eine Absprache aller mit allen nicht möglich wäre. Es genügt, dass jemand einseitig beschließt, sich einer Gruppe anzuschließen und dadurch den Bedrängungseffekt zu unterstützen. Drittens muss der Täter (mindestens bedingten) Vorsatz hinsichtlich verschiedener Punkte gehabt haben: dass eine Personengruppe vorliegt; dass eine andere Person bedrängt wird; dass Mitglieder der Gruppe (nicht notwendigerweise alle) mit dem Zwecke der Begehung einer Straftat handeln; dass er selbst als Mitglied der Gruppe zum Bedrängungseffekt beiträgt.

§ 184j enthält viertens eine *objektive Bedingung* der Strafbarkeit (s. das Muster in § 231, Beteiligung an einer Schlägerei): Ein Beteiligter an der Gruppe muss tatsächlich eine Straftat begangen haben, und zwar eine Tat nach den §§ 177 oder 184i. Objektive Bedingung bedeutet, dass sich ein Täter nach § 184j an der sexuellen Handlung bzw. sexuellen Belästigung nicht durch einen eigenen Tatbeitrag beteiligt haben muss und dass insoweit weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit erforderlich ist. Strafbar macht sich auch, wer mit einer Straftat, aber nicht mit einem sexualisierten Angriff gerechnet hat, selbst dann, wenn diese Entwicklung nicht vorhersehbar war.

⁹⁸⁹ BT-Drs. 18/9097, 31.

⁹⁹⁰ BT-Drs. 18/9097, 31.

⁹⁹¹ BT-Drs. 18/9097, 31.

⁹⁹² BT-Drs. 18/9097, 31.

⁹⁹³ BT-Drs. 18/9097, 31.

⁹⁹⁴ BT-Drs. 18/9097, 31.

Viele Anwendungsfälle wird es für § 184j nicht geben. Dies liegt zum einen an den Schwierigkeiten der nachträglichen Identifizierung der Akteure, zum anderen daran, dass Vorsatz hinsichtlich irgendeiner geplanten Straftat nachgewiesen werden muss (die Norm greift nicht, wenn Beschuldigte argumentieren, dass Bedrängen Selbstzweck war). Kritiker bringen außerdem vor, dass § 184j „Sippenhaft“ einführe und den Schuldgrundsatz missachte.⁹⁹⁵ Der Vorwurf der Verfassungswidrigkeit ist aber nicht berechtigt. Es handelt sich nicht um eine stellvertretende Bestrafung – ein Täter nach § 184j verwirklicht *eigenes Unrecht*, indem er sich an einer Personengruppe beteiligt, die eine andere Person zur Begehung einer Straftat bedrängt. Der Sache nach wird Gehilfenstrafbarkeit in subjektiver Hinsicht erweitert. Modifiziert wird die Regel, dass Gehilfen die wesentlichen Merkmale der Haupttat gekannt haben müssen.⁹⁹⁶ Bei der neuen Norm genügt der Vorsatz, dass aus der Gruppe heraus *irgendeine* Straftat begangen wird.

Kritik an § 184j ist allerdings berechtigt, wenn sie mit dem Stichwort „systemwidrig platziert“ vorgebracht wird. Die Norm gehört nicht in den 13. Abschnitt, da das vom Täter in eigener Person begangene Unrecht keinen spezifischen Bezug zur sexuellen Selbstbestimmung aufweisen muss. Das kommt in der neutralen Tatbestandsüberschrift „Straftaten aus Gruppen“ richtig zum Ausdruck. Ein passenderer Standort wäre der Abschnitt über „Täterschaft und Teilnahme“ im Allgemeinen Teil. Wenn das Argument „Gefahren gruppenspezifischer Prozesse“ folgerichtig umgesetzt wird, müsste zudem die objektive Bedingung der Strafbarkeit allgemeiner formuliert werden (nicht auf Sexualdelikte beschränkt). Gruppendynamik wirkt etwa auch, wenn Opfer bestohlen werden sollen, dann aber – durch die Macht des Mobs beflügelt – aus der Gruppe heraus Körperverletzungen begangen werden. In der jetzigen Form handelt es sich um eine systematisch schlecht durchdachte, zu schnell auf öffentliche Empörung reagierende Gesetzesänderung.

⁹⁹⁵ So Abgeordnete v. BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und DIE LINKE, Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 18/183, Sitzung v. 7.7.2016, 18003, 18005.

⁹⁹⁶ S. z.B. BGH NStZ 1997, 272, 273; NStZ 2011, 399, 400.

10b. Prof. Dr. Tatjana Hörnle

Dogmatische Einordnung von § 179 StGB auch mit Blick auf den Strafrahmen

I. § 179 StGB: Probleme mit dem Tatbestand

1. Notwendigkeit von krankhaften Zuständen nach § 179 Abs. 1 Nr. 1 StGB

§ 179 Abs. 1 Nr. 1 StGB enthält Beschreibungen von psychopathologischen Zuständen in Anlehnung an die §§ 20, 21 StGB. „Normalpsychologische Gründe“ (etwa: Schüchternheit, Überforderung) sind nicht zu erfassen. Zwar taucht in der Rechtsprechung des BGH ein missverständlicher Hinweis auf „sonstige geistig-seelische Beeinträchtigungen“ auf, „die sich etwa aus einem Zusammentreffen einer besonderen Persönlichkeitsstruktur des Opfers und seiner Beeinträchtigung durch die Tatsituation infolge Überraschung, Schreck oder Schock ergeben“.⁹⁹⁷ Aber damit ist nicht gemeint, dass krankheitsunabhängige Phänomene wie Schüchternheit in Kombination mit Schreck ausreichen. In den einschlägigen Urteilen wurde entweder eine psychische Erkrankung oder Behinderung ausdrücklich festgestellt⁹⁹⁸ oder jedenfalls formuliert („geistig-seelische Beeinträchtigung *i.S.d.* §§ 20, 21 StGB“⁹⁹⁹). Die Feststellung einer geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung einschließlich Suchtkrankheit oder einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung, ist das Nadelöhr, von dem die Anwendbarkeit von § 179 Abs. 1 Nr. 1 StGB abhängt. Daran führt *de lege lata* kein Weg vorbei: Der Wortlaut des Gesetzes ist eindeutig.

2. „zum Widerstand unfähig“

Der Tatbestand setzt als zentrales Merkmal voraus, dass die betroffene Person „zum Widerstand unfähig ist“. Damit kommt erkennbar der veraltete Gedanke zum Ausdruck, dass Personen *grundsätzlich verpflichtet* seien, *körperlichen Widerstand* zu leisten, wenn ihnen sexuelle Handlungen unerwünscht sind. Die Logik des § 179 StGB liegt darin, für bestimmte Ausnahmekonstellationen eine Abweichung von der Widerstandsobliegenheit zuzulassen. Diese Fokussierung auf „zum Widerstand unfähig“ *widerspricht* dem Grundgedanken der Istanbul-Konvention (s. die Begründung zu Art. 36).

Selbst wenn man am Konzept „Prüfung der Beweggründe der Opfer“ festhält (wie es auch die am 8. Mai vorgestellte Regelungsskizze von Referat II A 7 tut), wäre jedenfalls zu erwägen, den besonders problematischen Begriff „Widerstand“ zu vermeiden.

⁹⁹⁷ BGHSt 36, 145, 147; ferner, Beschluss vom 22.02.2005 - 4 StR 9/05, BeckRS 2005, 05540; NStZ 2011, 210.

⁹⁹⁸ BGHSt 36, 145, 147: Diagnose „zoesthetische Schizophrenie“; NStZ 2011, 210: „zu 100 % geistig behindert“.

⁹⁹⁹ BGH, Beschluss vom 22.02.2005 - 4 StR 9/05, BeckRS 2005, 05540.

Ursula Schneider weist in ihrer Analyse auf ein weiteres Problem hin: Das Tatbestandsmerkmal „zum Widerstand unfähig“ führt in der *Umsetzung durch den BGH* zu einem *stark eingeschränkten Anwendungsbereich*. Es soll nach dieser restriktiven Auslegung nicht genügen, dass das Opfer zu *effektivem* Widerstand nicht in der Lage war (so meine Ansicht im Leipziger Kommentar, § 179 Rn. 30), sondern es müsse „das Opfer zum Widerstand *gänzlich* unfähig“ sein.¹⁰⁰⁰ Im folgenden Fall wurde dies verneint: Der Angekl. war Pflegekraft in einer stationären Pflegeeinrichtung, er begleitete eine 93-jährige Bewohnerin auf die Toilette. „Die Frau war auf Grund eines Hüftleidens auf den Rollstuhl angewiesen und deshalb nicht in der Lage, die Toilette selbstständig aufzusuchen und sich danach zu reinigen. Nach dem Toilettengang stand die Bewohnerin auf und hielt sich an Haltegriffen fest, damit der Angekl. sie reinigen konnte.“ In dieser Situation kam es zu einem sexuellen Übergriff. Der dritte Senat des BGH hat eine Verurteilung aus § 179 StGB abgelehnt!¹⁰⁰¹ Schließlich ergibt sich aus der restriktiven Interpretation von § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB durch den BGH (s. dazu ebenfalls Schneider), dass diese Norm in der Praxis nicht die Lücken schließt, die durch eine zu restriktive Anwendung von § 179 StGB entstehen.

II. § 179 StGB: Probleme mit dem Strafrahen?

Von Behindertenverbänden wird vor allem der im Vergleich mit § 177 Abs. 1 StGB niedrigere Strafrahen kritisiert, so auch von Frau Bentele in der Kommissionsitzung am 8. Mai. Ein Grund dürfte darin liegen, dass den Kritikern regelmäßig nur *einer* der beiden von § 179 StGB umfassten Sachverhaltstypen vor Augen steht, nämlich Konstellationen, in denen körperlich eingeschränkte oder geistig behinderte bzw. erkrankte Personen *gegen ihren Willen* sexuelle Übergriffe erdulden müssen. Blickt man auf solche Sachverhalte, kann man in der Tat wie Frau Bentele kritisieren, dass die „Ausnutzung einer schutzlosen Lage“ zu nicht konsentierten sexuellen Handlungen nach § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB als Verbrechen bestraft wird, die Ausnutzung von Krankheit oder Behinderung nach § 179 StGB zu ebenfalls nicht konsentierten sexuellen Handlungen dagegen mit einer niedrigeren Mindeststrafe. Der Unrechtsunterschied ist bei einem Vergleich *dieser* Fallkonstellationen in der Tat nicht besonders hoch.

Allerdings umfasst das geltende Recht in § 179 StGB (anders als in § 177 StGB) auch *beiderseits faktisch gewollte Sexualkontakte*, wobei aber wegen einer hochgradigen geistigen Erkrankung oder Behinderung das faktische Wollen rechtlich unbeachtlich sein kann. Mit Blick auf *solche* Fälle ist ein niedrigerer Strafrahen durchaus begründbar – weil das Un-

¹⁰⁰⁰ Jüngst BGH NStZ-RR 2015, 44.

¹⁰⁰¹ BGH, NStZ 2009, 324, 325.

recht niedriger ist, wenn nicht entgegenstehender Wille missachtet wurde. Aber: Die Notwendigkeit einer Differenzierung zwischen den Fallgruppen ist Nicht-Juristen schwer zu vermitteln. Das liegt auch am Tatbestand. Die komplizierte Struktur des § 179 StGB erschwert Verständnis für die Heterogenität erfasster Lebenssachverhalte – auch aus diesem Grund wären klarere Strukturen (d.h. eine grundlegende Neugestaltung sowohl von § 177 als auch von § 179 StGB) vorzugswürdig.

III. Neuregelung

1. Der Begriff „Widerstand“ sollte vermieden werden, weil damit zum Ausdruck kommt, dass grundsätzlich die Obliegenheit bestehe, sich körperlich zu wehren.

Hilfsweise: Falls in einem Gesetzentwurf am Begriff „Widerstand“ festgehalten werden sollte, sollte unbedingt der überzogen restriktiven BGH-Rechtsprechung entgegengesteuert werden, die absolute Widerstandsunfähigkeit voraussetzt. Das wäre zu erreichen durch Formulierungen wie „Widerstand erheblich erschwert“.

2. Bei einer grundlegenden Revision des 13. Abschnitts sollte durch Neufassung der Tatbestände konsequent zwischen „faktisch ungewolltem Sexualkontakt“ und der Konstellation „faktisch gewollt, aber Zustimmung ist rechtlich unbeachtlich“ (s. für solche Fälle auch §§ 174a bis 174c StGB) unterschieden werden. Wenn Täter den erklärten oder ihnen bekannten *entgegenstehenden* Willen des Opfers missachten, liegt darin das Unrecht einer Missachtung sexueller Selbstbestimmung. Es bedarf *keiner weiteren Differenzierung* nach Begleitumständen. Auf der Basis eines auf diese Fälle zugeschnittenen Grundtatbestands, etwa in einem neu zu schaffenden § 177 Abs. 1 StGB (s. mein Vorschlag in der Sitzung am 8. Mai), wäre automatisch auch der teilweise berechtigten Kritik der Behindertenverbände Genüge getan: Damit wäre klargestellt, dass der entgegenstehende Wille *aller* Menschen (auch körperlich oder geistig behinderter oder erkrankter Menschen!) uneingeschränkt respektiert werden muss.

Allerdings bleibt die Frage, wie eine *faktisch erklärte Zustimmung* zu bewerten ist. Es gibt zwei Möglichkeiten, mit denen sich der Gesetzgeber auseinandersetzen sollte. Die erste läge darin, den rein faktischen Willen immer als strafbarkeitsausschließend zu werten. Das würde bedeuten, dass für Sexualkontakte geringere Wirksamkeitsvoraussetzungen gestellt werden als etwa für die Einwilligung in eine Körperverletzung: Es käme auf keinerlei kognitiv-intellektuelle Voraussetzungen an. Geht man von dieser Prämisse aus, könnte § 179 StGB abgeschafft werden (*wenn* die Fälle „ungewollter Sexualkontakt“ allesamt von einem neu zu

schaffenden Grundtatbestand erfasst würden, anders als nach dem geltenden § 177 StGB). Dafür könnte argumentiert werden, dass es keine Sondernorm für kranke und behinderte Personen mehr geben würde, was aus der Sicht von Behindertenverbänden als Plus gewertet werden könnte. Außerdem käme es nicht auf schwierige Bewertungen von Alkoholeinfluss, Grad der geistigen Behinderung etc. an, sondern es wäre nur die Einordnung nach „gewollt versus ungewollt“ maßgeblich. Dass Beurteilungen von Kompetenzen schwierig und problematisch sind, zeigt eine Anklage gegen den Ehemann einer dementen Frau in den USA (wegen ehelicher sexueller Handlungen).

Aber: Es kann Fälle schwerster geistiger Behinderung geben, in denen sich die Beurteilung als „Missbrauch“ durch die andere Person aufdrängt, wenn die schwerst geistig behinderte Person (etwa: um Aufmerksamkeit zu erhalten) jenseits einer persönlichen Beziehung gegenüber Fremden oder in funktionalen Rollen auftretenden Bekannten (etwa: der Busfahrer) Entgegenkommen oder sogar Initiative zeigt, ohne Grundverständnis für Bedeutung und Folgen von Sexualität (etwa: Schwangerschaft) zu haben.

Mit Blick auf solche Fälle ist eine *Grundsatzentscheidung des Gesetzgebers* erforderlich. Wenn diese auf die Prämisse hinausläuft, dass sexuelle Selbstbestimmung ein Mindestmaß an kognitiv-intellektueller Kompetenz voraussetzt, käme folgende Neuformulierung in Betracht:

§ 179 Sexueller Missbrauch unter Ausnutzung schwerwiegender geistiger Erkrankung oder Behinderung

Wer sexuelle Handlungen an einer Person vornimmt oder an sich von dieser Person vornehmen lässt, und dabei ausnutzt, dass diese wegen einer schwerwiegenden geistigen Erkrankung oder Behinderung nicht wirksam einwilligen kann, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren bestraft.

Gegenüber der geltenden Rechtslage wäre dies keine Einschränkung von Selbstbestimmung für Konstellationen des faktisch gewollten Sexualkontakts: Solche Fälle fallen nach geltendem Recht auch schon unter § 179 StGB.

Die Alternative wäre: § 179 StGB wird aufgehoben.

10c. Prof. Dr. Tatjana Hörnle**Dogmatische Einordnung von § 179 StGB (Handout)**

Bei der Überarbeitung des 13. Abschnitts sollten erstens der Begriff „Widerstand“ vermieden und zweitens folgende Konstellationen unterschieden werden:

1. Erklärter entgegenstehender Wille:

- begründet Strafbarkeit; sollte Basis eines neuen Grundtatbestands sein
- insbesondere: Sondernormen für behinderte Personen für *diese* Konstellation überflüssig

2. Keine Willensbekundung (u.a. bei Bewusstlosigkeit durch Alkohol, Narkose etc., Schlaf):

- begründet in der Regel Strafbarkeit; mögliche Ausnahme- und Problemfälle innerhalb von bestehenden Partnerschaften
- sollte ebenfalls von neuem Grundtatbestand erfasst werden (mein Vorschlag: „unter Umständen, in denen fehlende Zustimmung offensichtlich ist“; Entwurf Bündnis 90/Die Grünen: „und dabei die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers ausnutzt“)

3. Faktisch erklärte Zustimmung, an deren Wirksamkeit wegen geistiger Behinderung, Demenz oder Rauschzuständen gezweifelt werden könnte:

- Grundsatzentscheidung des Gesetzgebers erforderlich: Sollte faktisch erklärte Zustimmung immer Strafbarkeit ausschließen?
- Wenn ja: § 179 StGB könnte aufgehoben werden; wenn nein: § 179 StGB ist umzugestalten für Fälle, die vom Grundtatbestand (für die Konstellationen 1. und 2.) nicht erfasst werden, z.B.:

„Wer sexuelle Handlungen an einer Person vornimmt oder an sich von dieser Person vornehmen lässt, und dabei ausnutzt, dass deren Zustimmung wegen einer schwerwiegenden geistigen Erkrankung oder Behinderung oder tiefgreifenden Bewusstseinsstörung nicht wirksam ist, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren bestraft.“

10d. Prof. Dr. Tatjana Hörnle

Geschütztes Rechtsgut des 13. Abschnitts und Verhältnis zu den geschützten Rechtsgütern der einzelnen Vorschriften

Frage 1: Überschrift sinnvoll – einheitliches Rechtsgut „sexuelle Selbstbestimmung“?

Wird teilweise bezweifelt, auch mit Verweis auf § 184 h Nr. 1 sind „sexuelle Handlungen nur solche, die im Hinblick auf das jeweils geschützte Rechtsgut von einiger Erheblichkeit sind“.

Widerspruch aufzulösen? Ja, wenn zwischen sexueller Selbstbestimmung i.w.S. einerseits und sexueller Selbstbestimmung i.e.S. unterschieden würde.

- Sexuelle Selbstbestimmung i.e.S.: Abwehrrecht wird geschützt, bei Handeln gegen den Willen des Opfers (sexuelle Nötigung, aber auch viele Sachverhalte, die unter die Missbrauchstatbestände fallen).
- Davon zu unterscheiden: Paternalistische Strafverbote. Beispiele: Schutz von Minderjährigen vor Handlungen, die diese wollen (etwa: Pornographiekonsum), Verbot von sex. Handlungen mit geistig Behinderten, Prostitutionsdelikte (§§ 180a, 181a).
- Allerdings: Sexuelle Selbstbestimmung i.w.S. umfasst Abwehrrechte und paternalistische Strafverbote. Weich paternalistische Strafverbote verweisen auf Defizit bei der Willensbildung (Wollen ohne echte Selbstbestimmung).

Problem: In den Missbrauchstatbeständen fehlt die Differenzierung zwischen dem Schutz von Abwehrrechten (Schutz sexueller Selbstbestimmung i.e.S.) und paternalistischen Strafverboten.

Frage 2: Weitere Schutzgüter?

1. Keine eigenständigen Schutzgüter

- Ungestörte Entwicklung von Minderjährigen: Verwechslung von Schutzgut/ Strafzumessungsfaktor. Konkrete Gefährdung oder psychische Folgen = Strafzumessungsfaktor.

- Menschenwürde: Keine separate Rechtsverletzung, aber wesentlich für die Erklärung der besonderen Bedeutung von Abwehrrechten zum Schutz sexueller Selbstbestimmung i.e.S.
- Privat- und Intimsphäre: Bei Handlungen ohne Körperkontakt (§§ 183, 183a, 184 I Nr. 6); könnte unter sexuelle Selbstbestimmung im weitesten Sinn gefasst werden.

2. Eigenständige Schutzgüter

- Integrität der Amts- und Berufsausübung: gut zu begründen, dass zusätzliches Schutzgut in den §§ 174, 174a, 174b, 174c.
- Moralschutz: Problematisch, aber in Spuren (etwa tierpornographische Schriften. § 184a, Zuhälterei, 181a) noch zu vermuten.
- Schutz der Allgemeinheit vor Belästigungen durch Prostitution (§ 184g): Zweifelhaft, ob für strafrechtliche Norm ausreichend.
- Auswärtige Beziehungen (§ 184 1 Nr. 9): als überholt eingestuft.

10e. Prof. Dr. Tatjana Hörnle

Sexualkontakte in Institutionen – Thesenpapier

Fragestellung: Unter welchen Umständen sollten Sexualkontakte innerhalb von Institutionen i.w.S. unter Strafe gestellt werden,¹⁰⁰² und zwar auch solche, mit denen die Beteiligten *faktisch einverstanden* sind?

1. Schutzwecke

- „Tabuzone“ weist in die richtige Richtung, ist aber keine vollständige Begründung (es stößt auf berechtigte Kritik, wenn Strafnormen mit „Tabuschutz“ begründet werden)
- Gemeinwohlinteresse am Funktionieren der jeweiligen Institution
- Individualschutz: Schutz sexueller Selbstbestimmung

2. Gemeinwohlinteresse

Plausibel zu prognostizieren: **Funktionsprobleme** für Institutionen, wenn Personen in Leitungsfunktionen (Lehrer, Offiziere etc.) Autorität verlieren, weil sie menschliche Schwächen zeigen, sich Spott preisgeben und wegen „Favoritenverhältnissen“ berechtigte Zweifel an ihrer Unparteilichkeit entstehen.

Aber: Fraglich ist, ob es Aufgabe des Strafrechts ist, solches Fehlverhalten zu verhindern. Gegenargument: genuine Aufgabe des Disziplinarrechts bzw. Arbeitsrechts, deshalb jedenfalls nicht Primärschutzzweck. Wenn sexuelle Selbstbestimmung *nicht* tangiert wird, genügt Gemeinwohlinteresse nicht für strafrechtliches Verbot. Wenn allerdings sexuelle Selbstbestimmung verletzt wird: dann kann Gemeinwohlinteresse ergänzendes Kriterium sein.

3. Individualschutz: Schutz sexueller Selbstbestimmung

a) Übergriff innerhalb einer Institution **ohne Zustimmung** der betroffenen Person:

Keine Besonderheiten bzgl. sexueller Selbstbestimmung (Gefahr für Gemeinwohlinteressen straferschwerend zu berücksichtigen).

b) Sexualkontakt **mit Zustimmung** der betroffenen Person:

¹⁰⁰² Im weiteren Sinn: nicht nur räumlich-abgeschlossene Funktionseinheiten wie eine JVA, ein Krankenhaus, sondern auch geregelte staatliche Verfahren wie Strafverfolgung u.ä., s. § 174b StGB, Ausbildungsgänge etc.

Weich-paternalistisches Verbot. Die entscheidende Frage: Ist Zustimmung defizitär?

aa) Minderjährige: Kombination von Minderjährigkeit und sozialer Abhängigkeit genügt.

bb) Volljährige: Ausgangspunkt muss die Vermutung selbstbestimmten Handelns sein, s. die Rechtsprechung des BVerfG zum „Menschenbild des Grundgesetzes“. ¹⁰⁰³ Die Regelfallvermutung, dass die Zustimmung Erwachsener als selbstbestimmt gilt, sollte grundsätzlich auch dann gelten, wenn soziale Nachteile als empfindliches Übel drohen.

Nur in **eng umgrenzten Ausnahmefällen** sollte von der Regelfallvermutung abgewichen werden.

Ausnahmefälle wären:

- (1) Entscheidungen unter den Bedingungen einer „**totalen Institution**“ ¹⁰⁰⁴ (totale Institutionen regeln und kontrollieren das *gesamte* Leben, etwa psychiatrische Anstalten, Heime für schwerst behinderte oder demente Personen, Heimunterbringung für Minderjährige, Gefängnisse, Klöster, bestimmte militärische Einrichtungen; evtl. auch Internate). Unter solchen Umständen ist vertretbar, dass Zustimmung zu Sexualkontakt mit einem Entscheidungsträger defizitär ist. Entscheidungsträger: faktisch zu betrachten, nicht juristisch-dienstrechtlich. Gleichzustellen: Sexualpartner hat Entscheidungsmacht über unerwünschte Einweisung in „totale Institution“.
- (2) Bei mentalen Problemen, die Entscheidungskapazität zwar nicht aufheben, aber Verwundbarkeit deutlich erhöhen.

4. Was bedeutet das für das geltende Recht?

- §§ 174a Abs. 1 und Abs. 2, § 174b StGB: Regelungen entsprechen im Wesentlichen dem Vorstehenden (1).

Änderungsbedarf: Viele diskussionsbedürftige Punkte werden im Referat Kohle identifiziert, u.a. Heimerziehung bei Jugendlichen und gerade Volljährigen; durch Betreuer veranlassten Heimaufenthalt; Anstaltspersonal ohne „Anvertrautsein“, wenn faktisch aus der

¹⁰⁰³ BVerfGE 41, 29, 58; 108, 282, 300.

¹⁰⁰⁴ S. dazu die soziologischen Analysen von Ervin Goffmann, etwa in: Asyle, Über die soziale Situation psychiatrischer Patienten und anderer Insassen, 1973 (am. Original 1961).

Sicht der Betroffenen zu Entscheidungen über Lebensgestaltung befugt; Einbeziehung nahestehender Personen auf Opferseite in § 174b StGB.

Ergänzung für militärische Kontexte? Diskussionsbedürftig. Klöster? Sekten, die „totale Institution“ bilden?

Vorstellbar außerdem bei Taten zu Lasten von Erwachsenen: **Antragserfordernis**, um Grenzfälle auszusondern, Streichung der Missbrauchsklausel.

- § 174c Abs. 2 StGB: S. (2), mentale Probleme; s. Referat Kohle zum Problem: Täterkreis.
-
- § 174c Abs. 1 StGB: Gut zu rechtfertigen, soweit ebenfalls mentale Probleme, aber: Behandlung wegen körperlicher Erkrankung begründet keine „totale Institution“ (s. Referat Kohle), sollte wieder gestrichen werden.

10f. Prof. Dr. Tatjana Hörnle

Wie § 177 StGB ergänzt werden sollte*

I. Änderungsbedarf

Für den deutschen Gesetzgeber wirft die geplante Ratifizierung der Istanbul-Konvention zwei Fragen auf: ob eine Änderung des StGB erforderlich ist und wie ein neuer Tatbestand aussehen könnte. Der Schwerpunkt der öffentlichen Diskussion liegt noch bei der ersten Frage.¹⁰⁰⁵

Für eine Änderung spricht, dass damit ein *Konstruktionsfehler* in § 177 StGB zu beheben ist (der unabhängig von der europarechtlichen Lage Kritik verdient). Nicht überzeugend ist es, dass Verletzungen des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung nach deutschem Recht nur strafbar sind, wenn *Zusatzbedingungen* vorliegen, nämlich Gewalt oder Drohung oder Ausnutzen einer schutzlosen Lage (§ 177 I Nr. 1-3 StGB). Der zweiaktige Aufbau von § 177 I Nr. 1, 2 StGB entspricht einer Jahrhunderte zurückreichenden Tradition, wobei älteren Strafgesetzen das Rechtsgut „sexuelle Selbstbestimmung“ *fremd* war.¹⁰⁰⁶ Die Ergänzung um die dritte Variante im Jahr 1997 führte nicht zu einer grundlegenden Änderung: Auch § 177 I Nr. 3 StGB ist zweistufig aufgebaut. Zunächst muss das Opfer die schutzlose Lage erkennen und sich deshalb¹⁰⁰⁷ dafür entscheiden, sexuelle Handlungen zu dulden bzw. vorzunehmen. Die zweistufige Konstruktion beruht auf einer Fortschreibung von Traditionen, die wegen des *grundlegenden Wandels* des Schutzguts obsolet geworden sind.

Die Behauptung, dass § 177 StGB keine Schutzlücke lasse,¹⁰⁰⁸ trifft nicht zu. Zum einen sind Überraschung und Überrumpelung nicht zu erfassen. Zum anderen sollten Übergriffe sanktioniert werden können, wenn Betroffene einen anhaltenden entgegenstehenden Willen gebildet und klar geäußert haben, nichtsdestotrotz aber das Geschehen über sich ergehen lassen. Die Annahme, dass dies niemand ohne vorausgegangene Gewalt bzw. Bedrohung oder

* Gekürzte Version eines Aufsatzes, der in Heft 6 von GA 2015 erscheinen wird.

¹⁰⁰⁵ Gegen eine Änderung: *Fischer* Stellungnahme für die Anhörung vor dem Rechtsausschuss des Bundestags v. 28.1.2015; *ders.* DIE ZEIT v. 9.10.2014; *ders.* DIE ZEIT Online v. 3.2.2015; *ders.* DIE ZEIT Online v. 10.2.2015; *Frommel* Süddeutsche Zeitung v. 3.2.2015; *dies.* FS Ostendorf, 2015 (im Erscheinen). Für eine Änderung *Renzikowski* und *Eisele* in ihren schriftlichen Stellungnahmen für die Anhörung vor dem Rechtsausschuss des Bundestags v. 28.1.2015; *Hörnle* ZIS 2015, 206 ff.; *dies.* in: LK/StGB, Bd. 6, 12. Aufl. 2010, Vor § 174 Rn 52; *Isfen* ZIS 2015, 217 ff.

¹⁰⁰⁶ S. dazu *Sick* Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff, 1993, S. 32 ff.; *Müring* Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung (§ 177 StGB). Reformdiskussion und Gesetzgebung seit 1870, 2010, S. 9 ff.; *Kratzer-Ceylan* Finalität, Widerstand, „Bescholtenheit“. Zur Revision der Schlüsselbegriffe des § 177 StGB, 2015, S. 81 ff.

¹⁰⁰⁷ Die neuere Rspr. verlangt: „aus Furcht vor Körperverletzungen oder tödlicher Gewalt“, BGHSt 50, 359, 366; NSTZ 2012, 570; StV 2013, 745 m.w.N. (anders noch z.B. NSTZ 2004, 440, 441).

¹⁰⁰⁸ S. die in Fn. 4 angeführten Stellungnahmen von *Fischer* und *Frommel*.

Furcht vor Körperverletzungen in einer hilflosen Lage tun würde, geht an der Lebensrealität vorbei. Es kann viele andere Gründe¹⁰⁰⁹ dafür geben, warum Menschen kapitulieren, wenn ein explizites „Nein“, Weinen usw. ignoriert werden.

II. Ein- oder zweistufige Tatbestandsbeschreibung?

Eine Möglichkeit, gegenwärtig straflose Fälle zu erfassen, läge darin, § 177 I StGB durch *weitere Begleitumstände* zu erweitern (etwa mit einem neuen § 177 I Nr. 4 StGB: „mittels Überrumpelung“). Davon ist jedoch abzuraten. *Wegen des hohen Strafrahmens* ist es nicht sinnvoll, sämtliche Konstellationen sexueller Übergriffe in einem Verbrechenstatbestand zusammenzufassen. Und es liegt im Zuschnitt auf „nötigen“ als *notwendige Bedingung* ein Problem: Die Verletzung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung liegt nicht in einer Einwirkung auf die Willensbildung beim Opfer, sondern in den nicht konsentierten sexuellen Handlungen.

Erforderlich ist ein *neuer Grundtatbestand*, für den *niedrigere* Mindest- und Höchststrafen vorzusehen sind. Tatbestandsbeschreibungen, die sich auf unrechtserhöhende Umstände wie Gewalt, Drohung, Ausnutzung einer schutzlosen Lage, besondere Erniedrigung, Eindringen in den Körper etc. beziehen, wären als *Qualifikationen* beizubehalten.

Für die Konstruktion eines neuen Grundtatbestands mit niedrigerem Strafrahmen werden zwei Optionen diskutiert: die Beibehaltung des traditionellen, Begleitumstände fordernden Zuschnitts oder ein einstufiges Modell. *Jörg Eisele* hat jüngst einen Vorschlag gemacht, der an einer *zweistufigen* Fassung festhält: „Wer unter Ausnutzung einer Lage [alternativ: Wer in einer Lage], in der Widerstand für das Opfer nicht möglich ist [Var. 1] oder einer Lage, in der dem Opfer ein erheblicher Nachteil droht [Var. 2] oder das Opfer einen erheblichen Nachteil befürchtet [Var. 3], dieses dazu bringt, sexuelle Handlungen des Täters oder eines Dritten an sich zu dulden oder an dem Täter oder einem Dritten vorzunehmen, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren [alternativ: sechs Monaten bis zu zehn Jahren] bestraft.“¹⁰¹⁰ Gegen eine solche Formulierung spricht, dass zwar Überraschungsfälle unter die 1. Variante fallen würden, aber die Varianten 2 und 3 wieder nur einen *Teil* der Fälle erfassen würden, in denen das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung verletzt wird, nämlich solche, in denen die Passivität des Opfers darauf beruht, dass drohende Nachteile erkannt oder vermutet wurden. Dahinter stehen Vorstellungen von menschlichem Entscheidungsverhalten, die kritisch reflektiert werden müssten. Passivität kann, muss aber nicht auf der Erwar-

¹⁰⁰⁹ Zum Beispiel: Verlangsamung und fehlende Reaktionsschnelle; Peinlichkeitsgefühle; Passivität und Unterordnung, die Mädchen anezogen werden; das Bestreben, nicht die eigenen Kinder Zeugen werden zu lassen; nicht angeandrohte, aber vorhersehbare Nachteile bei Gegenwehr oder Flucht usw. S. *Hörnle* ZIS 2015, 210 ff.

¹⁰¹⁰ *Eisele* (Fn. 1), S. 11. Weitgehend zustimmend *Isfen* ZIS 2015, 217 ff.

tung von Nachteilen beruhen. Selbst in den Wirtschaftswissenschaften wird das Bild des Vor- und Nachteile abwägenden *homo oeconomicus* revidiert,¹⁰¹¹ und es erscheint absurd, ausgerechnet für das Sexualstrafrecht daran festzuhalten. Auch diejenigen verdienen strafrechtlichen Schutz, die wahrheitsgemäß nur angeben könnten, dass sie außer einer Äußerung ihres entgegenstehenden Willens nichts unternommen haben, weil sie nicht schnell genug reagiert haben, weil sie sich überfordert fühlten oder weil ihnen die Sexualisierung der Situation peinlich war. Sie haben das Recht darauf, dass ihr „Nein“ respektiert wird – das ist gemeint, wenn von einem „Recht auf sexuelle Selbstbestimmung“ gesprochen wird. Zum Schutz von sexueller Selbstbestimmung ist deshalb ein *einstufiger* Tatbestand vorzusehen, der keine Filterung der Beweggründe des Opfers vorsieht.

III. Übernahme der Formulierung „nicht einverständlich“?

Wie wäre ein neuer einstufiger Grundtatbestand zu formulieren? Eine einfache Lösung scheint auf der Hand zu liegen: die Übernahme der in Art. 36 I Istanbul-Konvention verwendeten Formel „non-consensual“ in der Übersetzung „nicht einverständlich“ oder „ohne Einverständnis“.

Eine entscheidende Frage ist: Würden *Rechtsanwendern klare Vorgaben* gegeben? Leider ist für den Begriff „Einverständnis“ zu konstatieren, dass dessen Bedeutungsgehalt *nicht* hinreichend geklärt ist. Versucht man zu erschließen, was notwendige Eigenschaften eines wirksamen Einverständnisses sind, suggeriert die Ausbildungsliteratur eine klare Linie. Dort wird kurz und bündig behauptet, dass ein Einverständnis (anders als eine Einwilligung) erstens nicht erklärt werden müsse und dass zweitens keine Anforderungen an die Wirksamkeit jenseits des rein faktischen Wollens zu stellen seien.¹⁰¹² Bohrt man allerdings ein wenig tiefer, verschwimmt das Bild. Jenseits der Kurzlehrbücher hat sich die Einsicht durchgesetzt, dass es irreführend ist, von einer einheitlichen Kategorie „Einverständnis“ in klarem Gegensatz zu „Einwilligung“ auszugehen. Fazit aller ernsthaften Überlegungen ist, dass nur mit Blick auf die jeweilige BT-Norm entschieden werden könne, unter welchen Voraussetzungen die Zustimmung des Rechtsgutsinhabers den Tatbestand entfallen ließe.¹⁰¹³

Für die *Perspektive des deutschen Gesetzgebers* bedeutet dies: Es ist *nicht* zu empfehlen, „ohne Einverständnis“ zum zentralen Tatbestandsmerkmal zu machen. Konfusion ist vorher-

¹⁰¹¹ S. z.B. *Akerlof/Shiller* *Animal Spirits: How Human Psychology Drives the Economy, and Why It Matters for Global Capitalism*, Princeton 2009; *Kahnemann* *Thinking, Fast and Slow*, New York 2011.

¹⁰¹² *Wessels/Beulke/Satzger* *Strafrecht AT*, 44. Aufl. 2014, Rn. 368; *Rengier* *Strafrecht AT*, 6. Aufl. 2014, S. 220.

¹⁰¹³ *Rönnau* in: *LK/StGB*, Bd. 1, 12. Aufl. 2006, Vor § 32 Rn. 157a; *Schönke/Schröder/Lenckner/Sternberg-Lieben* *Vorbem. §§ 32 ff.* Rn. 32c; *Kindhäuser* *Strafrecht AT*, 5. Aufl. 2011, § 12 Rn. 58 f.

sehbar, sobald Rechtsanwender sich damit auseinandersetzen müssten, was ein wirksames Einverständnis ausmacht.

IV. Anforderungen an eine Zustimmung

Bevor *Tatbestandsformulierungen* vorgeschlagen werden, sind konzeptuelle Vorfragen zu klären: Soll es auf den inneren Willen oder auf den kommunizierten Willen ankommen? Müsste Zustimmung vor jeder sexuellen Handlung positiv geäußert werden (so ein „Nur Ja heißt Ja“-Modell) oder sollte Strafbarkeit erst dann ansetzen, wenn Ablehnung geäußert und ignoriert wurde („Nein heißt Nein“-Modell)?

1. Innerer Wille oder Kommunikation?

Begriffe wie Zustimmung oder Einverständnis sind mehrdeutig. Man kann sie als Beschreibung eines mentalen Zustands oder als Beschreibung einer Äußerung verstehen. Vorstellbar wäre es, einen neuen Tatbestand so zu fassen, dass der negative innere Wille *als solcher* (auch bei fehlender Äußerung desselben) für eine Strafbarkeit genügen würde. Entsprechende Gesetzesanträge mit dem Tatbestandsmerkmal „gegen ihren Willen“ gab es bereits.¹⁰¹⁴ *Joachim Renzikowski* hat kürzlich vorgeschlagen, auf das faktische Vorliegen bzw. Fehlen von Einverständnis abzustellen.¹⁰¹⁵ Für strafrechtliche Bewertungen ist es allerdings problematisch, *als entscheidendes Kriterium* auf einen mentalen Zustand abzustellen. Dieser müsste in der Beweiswürdigung nachträglich festgestellt werden, was schwierig wäre. Es ist zu empfehlen, die *Rekonstruktion von Kommunikationen und äußeren Kontexten* in den Vordergrund zu stellen. Damit ist nicht gesagt, dass dies eine mühelos zu bewältigende Aufgabe wäre – aber das „damals Geäußerte“ ist im Vergleich zum „damals Gewollten“ ein etwas besser fassbarer Beweisgegenstand.

2. „Nein heißt Nein“ oder „Nur Ja heißt Ja“?

Von einem „Nein heißt Nein“-Modell ausgehend, wäre im Falle *geäußerter Ablehnung* zu bestrafen. Ein „Nur Ja heißt Ja“-Modell würde dagegen *ein weiterreichendes Verbot* erfordern: Nur wenn Zustimmung tatsächlich erklärt wurde, blieben sexuelle Handlungen eine private, Strafverfolgungsorgane nichts angehende Angelegenheit. Ein „Nur Ja heißt Ja“-Modell wurde in Kalifornien und anderen US-Bundesstaaten in inneruniversitäre Verhaltensrichtlinien (es handelt sich nicht um Strafrecht) mittels des Druckmittels „Finanzierung öffentlicher Universitäten“ implementiert.¹⁰¹⁶

a) Verhaltensnormen

¹⁰¹⁴ BT-Drucks. 10/6137, S. 9; BT-Drucks. 11/5153, S. 3 (jeweils Fraktion Bündnis 90/Die Grünen).

¹⁰¹⁵ *Renzikowski* (Fn. 1), S. 12 f.

¹⁰¹⁶ *Heller* The New York Review of Books, Feb. 5, 2015, S. 8 ff.

Eine wesentliche Überlegung ist, wie sich rechtliche Prämissen auf das Verhalten *aller norm-treuen Personen* auswirken würden. Eine in der Regel spöttisch gemeinte Rückfrage an ein „Nur Ja heißt Ja“-Modell ist, ob man vor jedem Sexualkontakt ein Formular zücken und eine Unterschrift verlangen müsse. Dieses offensichtlich lebensfremde Bild ist allerdings eine überzogene Form der Kritik. Ein explizit verbalisiertes oder gar schriftliches „Ja“ wäre nicht notwendig; genügen würde eine *konkludente* Zustimmung in Gesten, Mimik und Verhalten.¹⁰¹⁷ Ein kommunizierte Zustimmung verlangendes „Nur Ja heißt Ja“-Modell setzt allerdings ein beträchtliches Maß an Aufmerksamkeit voraus: Die Reaktionen des anderen müssten kontinuierlich beobachtet werden. Fraglich ist, ob dies eine wünschenswerte Verhaltensnorm wäre. Dafür könnte vorgebracht werden, dass Aufmerksamkeit und Rücksichtnahme positiv zu werten seien und mehr Partnerschaftlichkeit die Lage von Frauen verbessern würde – so die feministische Interpretation –, oder die Qualität des Sexuallebens für alle. Aber es gibt ernst zu nehmende Bedenken, die mit den Bedingungen befriedigender Sexualität zusammenhängen. Was bedeutet dies für Leidenschaft und Emotionen? Der Verzicht auf Spontaneität würde Sexualkontakte langweiliger machen; und sehr hohe Anforderungen an Selbstkontrolle und Eingehen auf den anderen würden zu Verunsicherung führen, die auch dort Zögern, Zurückhaltung und Verzicht bewirkt, wo dies nicht erforderlich wäre. Zudem wird die an Männer gerichtete Aufforderung, bei Zweifeln zu fragen, als Verstärkung problematischer geschlechtsspezifischer Verhaltensmuster kritisiert: Die Verantwortung für effektive Kommunikation auf den männlichen Part abzuwälzen, fördere eine unselbstständige Haltung und widerspreche dem Ziel echter Autonomie.¹⁰¹⁸

Das „Nein heißt Nein“-Modell ist auf der Ebene der Verhaltensnorm weniger anspruchsvoll. Nach diesem Ansatz ist nur erforderlich, ggf. eine Äußerung von Ablehnung zur Kenntnis zu nehmen und als Stopp-Zeichen zu beachten. Dies ist einfacher zu bewältigen als die Aufgabe, kontinuierlich die Reaktionen der anderen Person auf deren Zustimmungsgehalt zu überprüfen.

b) Die Sanktionierung abweichenden Verhaltens

Der Frage, ob ein „Nur Ja heißt Ja“-Modell oder ein „Nein heißt Nein“-Modell vorzuziehen ist, muss ferner für das Stadium einer Sanktionierung nachgegangen werden. Auch diese Erwägung ergibt einen Vorteil für das „Nein heißt Nein“-Modell. Die bei allen Sexualstraftaten in der typischen Aussage-gegen-Aussage-Konstellation schwierige Beweiswürdigung würde mit einem „Nur Ja heißt Ja“-Modell noch komplexer. Es müsste für eine Abfolge unterschiedlicher sexueller Handlungen überprüft werden, ob Zustimmung erklärt wurde, d.h. eine Viel-

¹⁰¹⁷ Vgl. *Roxin* Strafrecht AT, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 13 Rn. 74 zur Einwilligung durch schlüssiges Handeln.

¹⁰¹⁸ *Heller* The New York Review of Books, Feb. 5, 2015, S. 12.

zahl von zustimmenden Gesten, Gesichtsausdrücken etc. wäre zu rekonstruieren. Dies dürfte schwieriger sein als die Feststellung, dass an einem bestimmten Punkt ein „Nein“ kommuniziert wurde.

Vor allem wäre die Strafbarkeit problematisch, wenn eine *ambivalente Situation* vorlag. Davon ist auszugehen, wenn das Vorgeschehen jedenfalls teilweise Ähnlichkeiten mit einer Anbahnung von Sexualkontakten aufweist, die sozialüblich ist oder nach den Gepflogenheiten der Beteiligten zu erwarten wäre. Aus der Perspektive eines hypothetischen Beobachters stellt sich unter solchen Umständen eine Situation als ambivalent dar, wenn weder Zustimmung noch Ablehnung kommuniziert wurde. Die Annahme, dass solche Situationen niemals vorkommen, wäre unrealistisch: Dem Idealbild einer klaren Kommunikation werden Menschen nicht immer gerecht.

Das „Nein heißt Nein“-Modell setzt eine *Obliegenheit* voraus: Alle involvierten Personen müssen sich erklären, wenn sexuelle Handlungen nicht ihrem Willen entsprechen. Eine solche Obliegenheit ist eine bescheidene, keine überzogene Anforderung. *Unzumutbar*, weil mit erheblichen Verletzungsrisiken verbunden, wäre es, zu verlangen, dass man sich *körperlich* zur Wehr setzen müsse.¹⁰¹⁹ Eine Willensäußerung ist jedoch regelmäßig zumutbar. Unter dieser Prämisse sollte die Verantwortung für Situationen, die mangels Erklärungen *einer* Seite ambivalent geblieben sind, nicht dem *anderen* Beteiligten aufgebürdet werden.¹⁰²⁰

V. Fallgruppen

1. Weder Zustimmung noch Ablehnung konnten erklärt werden (Überrumpelungsfälle)

Es liegt zwar kein kommuniziertes „Nein“ vor – eine solche Äußerung konnte aber nicht abgegeben werden, weil die sexuelle Handlung schon geschehen war. Das Fehlen einer Ablehnungserklärung ist aber nicht auf eine Obliegenheitsverletzung zurückzuführen, wenn die sexuelle Handlung bei Wahrnehmung durch die betroffene Person bereits abgeschlossen war. Das gilt auch für etwas länger andauernde sexuelle Vorgänge, die aus Opfersicht vollkommen überraschend, „aus heiterem Himmel“ geschehen, da bei heftigem Erschrecken eine verlangsamte Reaktion normal ist.

¹⁰¹⁹ Auch die Erläuterungen zur Istanbul-Konvention (Nr. 191) betonen, dass es nicht auf Gegenwehr ankommen dürfe.

¹⁰²⁰ Befürworter eines „Nur Ja heißt Ja“-Modells könnten darauf verweisen, dass auch danach im Ergebnis meist Strafbarkeit zu verneinen wäre: Wer in einer ambivalenten Situation einen faktisch entgegenstehenden Willen nicht wenigstens ernstlich für möglich hielt, handelt ohne Vorsatz. Aber schon die Einstufung, dass objektives Unrecht vorliege, wäre unangemessen.

2. Zustimmung wurde erklärt

In der Regel handelt es sich um sozialadäquates Verhalten. Es bleibt allerdings ein Fragenkomplex, nämlich, unter welchen Umständen *erklärte Zustimmung als rechtlich unbeachtlich* zu werten ist. Nach geltendem Recht gibt es Tatbestände jenseits von § 177 StGB, die (auch) auf solche Konstellationen anwendbar sind. Zum einen sind das die Normen zum Schutz Minderjähriger, zum anderen die §§ 174a-174c, 179 StGB, deren Anwendbarkeit nicht schon deshalb ausgeschlossen ist, weil der erwachsene Sexualpartner zugestimmt hat.¹⁰²¹ Notwendig wäre es, auch diese Normen zu überarbeiten. Einer gründlichen Untersuchung bedürfen die Umstände, die die Zustimmung eines Erwachsenen ungültig machen.

Dies betrifft erstens die Bedeutung *sozialer Rahmenbedingungen*. Jörg Eisele hat vorgeschlagen, dass ein befürchteter erheblicher Nachteil (etwa: Verlust des Arbeitsplatzes) eine Zustimmung unwirksam mache.¹⁰²² Diskussionsbedürftig ist allerdings, wie weit Ausnahmen von der Prämisse eigenverantwortlichen Handelns reichen sollten. Im Regelfall sollten die persönlichen Motive von Erwachsenen irrelevant sein. Es kann nicht Aufgabe des Rechtssystems sein, Sexualkontakte zu verbieten, nur weil diese nicht durch persönliche Zuneigung und/oder körperliches Begehren motiviert waren. Stimmt eine Person sexuellen Handlungen zu, weil sie sich davon eine Stabilisierung oder Verbesserung ihrer beruflichen, sozialen oder ökonomischen Situation verspricht, ist nicht offensichtlich, dass eine solche Entscheidung nicht selbstbestimmt wäre. Zweitens können *mentale Defizite* ein „Ja“ unbeachtlich machen. Praktisch wichtig ist zum einen die Frage, welche Intensität eines alkoholbedingten Rausches diese Konsequenz haben sollte. Zum anderen ist für geistige Behinderungen und Erkrankungen zu erörtern, ob diese ab einem bestimmten Schweregrad Selbstbestimmungsfähigkeit ausschließen – dabei ist zu berücksichtigen, wie betroffenen Personen die Möglichkeit erhalten werden kann, Sexualität zu erleben. Im Rahmen dieses Beitrags, der sich auf nicht konsentiertere sexuelle Handlungen konzentriert, ist es nicht möglich, dem Thema „Grenzen der Selbstbestimmung/Reform der §§ 174a-174c, 179 StGB“ nachzugehen – dies bedarf einer eigenen Untersuchung.

3. Ablehnung wurde erklärt

Wenn anhaltende Ablehnung kommuniziert wurde, sollte derjenige, der trotzdem sexuelle Handlungen vornimmt bzw. vornehmen lässt, zu bestrafen sein. Einer Erforschung von Motiven der ablehnenden Person bedarf es nicht. Ob die Ablehnung in explizit verbalisierter

¹⁰²¹ S. zu den §§ 174a, 174b, 179 StGB statt vieler Schönke/Schröder/Eisele StGB, 29. Aufl. 2014, § 174a Rn. 10, § 174b Rn. 7, § 179 Rn. 11; zu § 174c I StGB vgl. BGHSt 56, 226, 229 ff.

¹⁰²² Eisele (Fn. 1), S. 11 f.

Form vorgetragen wurde oder in anderer Weise (durch Weinen, abwehrende Gesten etc.), spielt keine Rolle.

Eine *Abgrenzung* zur 2. Fallgruppe (Zustimmung wurde erklärt) kann erforderlich werden, wenn zunächst Ablehnung kommuniziert wurde, danach aber vor dem Beginn sexueller Handlungen etwas geschieht, was als *Rücknahme* der ablehnenden Äußerung verstanden werden könnte. Strafverfolgungsbehörden würde dies beschäftigen, wenn Beschuldigte entsprechende Angaben machen, aber diejenigen, die Anzeige erstattet haben, bestreiten, noch vor der ersten sexuellen Handlung ihr „Nein“ wieder zurückgenommen zu haben. Bevor auf die subjektive Interpretation des Beschuldigten (die Vorsatzfrage) eingegangen wird, wäre die Außenperspektive anzuwenden: Es müsste eine konkrete Äußerung oder Verhaltensweise festgestellt und erörtert werden, ob darin die freie, nicht durch äußeren Zwang bewirkte Aussage, „ich stimme nunmehr doch zu“, enthalten war. Dafür kommt es entscheidend auf den Kontext an. Selbst bei einem nachgeschobenen expliziten „Ja“ kann es Umstände geben, unter denen offensichtlich ist, dass dies nicht als selbstbestimmte Rücknahme des ursprünglichen „Nein“ zu werten ist (etwa, wenn dem Opfer nach erfolglosen verbalen Überredungsversuchen eine Waffe vorgehalten wurde). Es muss realistischweise davon ausgegangen werden, dass es schwierig sein kann, den Aussagegehalt einer non-verbalen Verhaltensweise zu bestimmen, etwa, wenn nach einem zunächst ausgesprochenen „Nein“ die Betroffene sich selbst entkleidet. Unlösbar dürfte die Aufgabe aber nicht sein, wenn der konkrete Kontext gewürdigt wird. Gegen eine Interpretation von Entkleiden als „Rücknahme von Ablehnung“ würde etwa sprechen, wenn der Beschuldigte dies befahl; anders aber, wenn dieser sein Anliegen bereits aufgegeben hatte und die andere Person nach einer Zäsur eigeninitiativ tätig wird. Wenn der Befund letztlich wäre, dass ein Hin-und-Her nur als „genuin ambivalent“ beschrieben werden kann, scheidet eine Strafbarkeit aus (oben IV.2.b).

4. Weder Zustimmung noch Ablehnung wurde erklärt

Für diese Konstellation sind drei Untervarianten zu unterscheiden. Oft wird es sich um eine *ambivalente Situation* handeln, d.h., ein hypothetischer Beobachter könnte anhand von Kontext und Interaktionen nicht feststellen, ob der Sexualkontakt beiderseitig gewollt war oder nicht. Wenn in einem solchen Kontext eine mögliche Willensäußerung unterblieb, sollte eine Strafbarkeit der anderen Person ausgeschlossen sein (s. oben IV.2.b).

Zweitens kann es aber auch Fälle geben, in denen *trotz* fehlender Kommunikation die Situation *eindeutig* war. Eine solche Ausnahmesituation läge vor, wenn es schon *nach den äußeren Umständen aus der Beobachterperspektive offensichtlich* ist, dass Sexualkontakt nicht erwünscht sein *kann*. Es gibt Umstände, unter denen es *abwegig* wäre, anzunehmen, dass

die andere Person innerlich zustimmen könnte. Als ein Beispiel sei auf einen vom *LG Zweibrücken* entschiedenen Fall verwiesen, in dem ein Krankenpfleger an einer 76-jährigen Patientin, die nach Schlaganfällen linksseitig gelähmt war, beim Wechseln ihrer Windeln und beim Duschen mehrmals sexuelle Handlungen (mit Eindringen in den Körper) vornahm. Die Patientin hatte beim ersten Vorfall zum Aufhören aufgefordert, dann aber resigniert, weil der Krankenpfleger sie darauf verwies, dass niemand ihr glauben würde. Der 4. Strafsenat am *BGH* hat (anders als das *LG Zweibrücken*) für sämtliche Vorfälle eine Verurteilung aus § 177 StGB abgelehnt.¹⁰²³ Solche Verletzungen des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung sind aber strafwürdig. Eine andere Fallkonstellation, in der das Fehlen von Zustimmung offensichtlich ist, liegt dann vor, wenn der Täter zunächst massive Gewalt (auch gegen einen Dritten) anwendet und sich in einem zweiten Geschehensabschnitt entschließt, mit der fassungs- und sprachlosen Zeugin des brutalen Exzesses sexuelle Handlungen auszuführen.¹⁰²⁴

Drittens ist möglich, dass *alle Beteiligten wissen*, dass eine Seite keinen Sexualkontakt will. Sonderwissen um Unerwünschtheit kann in längeren, meist auch durch Gewalttätigkeiten geprägten Beziehungen (Ehen, Lebensgemeinschaften) vorkommen. Wenn der dominante Teil regelmäßig den Willen des anderen ignoriert, ist nachvollziehbar, dass es die unterlegene Person wegen erwiesener Sinnlosigkeit irgendwann unterlässt, ihren Willen zu kommunizieren.

VI. Ein Gesetzesvorschlag

Auf der Basis der vorstehenden Überlegungen ist folgende Formulierung zu erwägen:

§ 177 I StGB-E

Wer gegen den erklärten Willen einer anderen Person oder unter Umständen, in denen fehlende Zustimmung offensichtlich ist, oder wissend, dass dies dem Willen der anderen Person widerspricht, sexuelle Handlungen an dieser vornimmt oder an sich vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung einer sexuellen Handlung an oder mit einem Dritten bestimmt, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis fünf Jahren bestraft.

¹⁰²³ BGH NStZ 2012, 209, 210. Die Verurteilung aus § 174a II StGB wurde aufrechterhalten. § 174a II StGB kam zur Anwendung, weil die Patientin stationär in einem Krankenhaus aufgenommen worden war. Der Unrechtsgehalt wäre allerdings nicht anders, wenn der Kontext häusliche Altenpflege gewesen wäre.

¹⁰²⁴ S. BGH NStZ 2013, 279: Der Täter erschoss als ersten Akt den Freund seiner Ex-Frau.

Zentrales Tatbestandsmerkmal ist *gegen den erklärten Willen*. Erfasst würden alle Fälle, in denen „Nein“ kommuniziert wurde.

Mit der ersten Tatvariante sind allerdings nicht alle strafwürdigen Fälle zu erfassen. In den Überraschungsfällen fehlt es zwangsläufig an einer Äußerung der betroffenen Person. Generell gilt, dass nicht auf einem kommunizierten „Nein“ insistiert werden sollte, wenn schon nach den äußeren Umständen offensichtlich ist, dass Sexualkontakt nicht erwünscht sein kann – Kommunikationsobliegenheiten sind nur für ambivalente Situationen zu begründen. Im Hinblick auf den Formulierungsvorschlag *„unter Umständen, in denen fehlende Zustimmung offensichtlich ist“* ist mit dem Einwand zu rechnen, dass Staatsanwaltschaften und Gerichten ein zu großer Wertungsspielraum eingeräumt werde. Darauf wäre zu entgegnen, dass der Anwendungsbereich hinreichend eingegrenzt ist, wenn „offensichtlich“ i.S. von *evident* verstanden wird. Damit fallen Sachverhalte heraus, die eine ernsthafte Diskussion darüber verursachen würden, ob eine Interaktion als Anbahnung eines Sexualkontakts interpretiert werden könnte oder nicht. *Keine* ernsthafte Diskussion wäre eine solche, die durch abstruse Geschlechter-Stereotypen geprägt ist¹⁰²⁵ („wer einen kurzen Rock trägt, will immer...“). Einschlägige Szenarien sind solche, in denen Fremde oder nur in einer funktionalen Rolle bekannte Täter (wie der Krankenpfleger im oben erwähnten Fall) eine Übergriffe erleichternde Situation zu Lasten einer Person ausnutzen, die keinerlei Anlass für die Annahme gab, dass Interesse an einem Sexualkontakt mit diesem Mann unter diesen Bedingungen bestehen könnte.

Der *Vorsatz* des Täters müsste sich auf die äußeren Umstände und deren Bedeutung beziehen, nicht auf den inneren mentalen Zustand der anderen Person als solchen. Eine Sonderregelung für Irrtümer ist mit der Formulierung nicht verbunden, anwendbar wären die Regeln zu *Tatbestandsirrtümern*.¹⁰²⁶ Der Täter müsste nicht nur die schieren Fakten, sondern auch deren *soziale Bedeutung* nachvollzogen haben, d.h. er muss es ernstlich für möglich halten, dass seine Mitbürger und Mitbürgerinnen urteilen würden, „keinesfalls liegt hier eine konkludente Zustimmung der anderen Person vor“. Irrtümer über die soziale Signifikanz einer Situation sind theoretisch vorstellbar, aber bei der *Beweiswürdigung* wäre nachzufragen: Glaubte man einem Beschuldigten, der behauptet, von abstrusen Vorstellungen geleitet worden zu sein, oder wird nur nachträglich eine Schutzbehauptung konstruiert? Regelmäßig wird Letzteres naheliegen. Das Urteil „offensichtlich“ bezieht sich auf Sachverhalte, für die Wertungen so ausfallen, dass auch Männer mit niedrigstem Bildungsniveau oder mit ausge-

¹⁰²⁵ Darauf weist Nr. 192 des erläuternden Berichts zur Istanbul-Konvention (Fn. 2) explizit hin.

¹⁰²⁶ *Renzikowski* (Fn. 1), S. 13 (ihm folgend *Isfen* ZIS 2015, 217 ff.), ging davon aus, dass mein Vorschlag darauf abziele, die Regeln für Verbotsirrtümer anzuwenden. Das ist nicht der Fall. Ein Irrtum über die *Bewertung* sozialer Umstände (Verkennung, dass diese Situation gemeinhin nicht als Indiz für Zustimmung gilt) wäre ein Irrtum über ein normatives Tatbestandsmerkmal, der unter § 16 StGB fällt (s. dazu *Vogel* in: LK/StGB, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 16 Rn. 26 ff.).

prägt traditionalistischen oder chauvinistischen Vorstellungen diese kennen. Unser Thema sind sexuelle Handlungen, *nicht* politische Korrektheit oder gute Manieren. Es ist äußerst unwahrscheinlich, dass jemand zum Handlungszeitpunkt wirklich denkt, dass sich aus der Situation ergeben könne, es werde konkludent Zustimmung erklärt – wenn es darum geht, unbekanntes Frauen in der U-Bahn in die Vagina zu greifen oder auf eine bettlägerige ältere Dame zu ejakulieren.

Der dritten Variante¹⁰²⁷ (*im Wissen, dass dies dem Willen der anderen Person widerspricht*) kommt eine Auffangfunktion zu. Sie würde relevant, wenn aus einer Außenperspektive nicht offensichtlich ist, dass Zustimmung fehlt – wenn es keine ablehnende Äußerung gab (sodass die erste Variante nicht eingreift) und wenn die konkrete Tatsituation nicht die Folgerung trägt, dass die Vermutung einer Zustimmung abwegig wäre (etwa, wenn das Geschehen zwischen zusammenlebenden Personen in der gemeinsamen Wohnung stattfindet). Unter bestimmten Umständen kann ein Täter über *Sonderwissen* verfügen. Hieran ist zu denken, wenn es sich um eine durch Gewalt und kontinuierliche Missachtung des entgegenstehenden Willens des schwächeren Teils geprägte Beziehung handelt. Bei verfestigten Verhaltensmustern kann eine scheinbar ambivalente Situation für den Handelnden mit seinem Sonderwissen eindeutig sein – er weiß, dass die von ihm eingeforderten Handlungen dem Willen der anderen Person nicht (mehr) entsprechen. Als Ausgleich für die in der Außenbetrachtung fehlende Evidenz wäre *innere Evidenz*, also sicheres Wissen (*dolus directus*) zu fordern. Nicht alle Gewaltbeziehungen sind allerdings mit diesem Vorschlag zu erfassen. Wenn sich Phasen der Übergriffe und Ablehnung einerseits, der Versöhnung und einvernehmlichen Sexualkontakte andererseits abwechseln, kann man nicht davon ausgehen, dass für den Tag X fehlende, aber nicht geäußerte Zustimmung bekannt war. Außerdem muss davon ausgegangen werden, dass Beschuldigte in der Regel als Verteidigungsverhalten Sonderwissen abstreiten würden. Sinnlos wäre ein auf das subjektive Täterwissen abstellender Tatbestand deshalb aber nicht. Bei der Beweiswürdigung wäre ggf. kritisch nachzufragen, ob bei einer eingespielten Praxis der Missachtung sexueller Selbstbestimmung der Glaube an besondere Umstände am Tattag durch eine stimmige, mit anderen Beweismitteln abzustützte Geschichte erläutert werden könne.

¹⁰²⁷ Der Vorschlag, eine dritte, Sonderwissen des Täters erfassende Variante aufzunehmen, stammt von *Thomas Weigend* (nach einer Diskussion über dieses Thema am Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität zu Köln im Januar 2015), dem ich für diese Anregung herzlich danke.

11. Stephanie Klee

Vorlage

**für Sitzung der Reformkommission im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Berlin,
21. Januar 2016**

Vorbemerkungen

Ich arbeite als Sexarbeiterin¹⁰²⁸ seit mehr als 30 Jahre und kenne alle Arbeitsbereiche. In fast allen Segmenten der Prostitution war ich schon tätig: auf der Straße, in einem Wohnungsbordell, in Terminwohnungen, einer Bar, einem Studio, im Laufhaus und im Escortbereich¹⁰²⁹. Aktuell bin ich als Sexualassistentin aktiv, sprich meine Kundinnen und Kunden sind Senioren, Pflegebedürftige, viele an Demenz erkrankt und junge, geistig und/oder körperlich behinderte Menschen.

Neben dieser praktischen Arbeit habe ich mich immer auch politisch engagiert:

- für eine breitere Professionalisierung der SexarbeiterInnen und BordellbetreiberInnen,
- für eine verantwortliche Haltung der Kunden,
- für die Vermittlung eines realistischen Bildes unserer Branche und einen Dialog auf breiter Ebene
- und folgerichtig auch für die Beseitigung gesetzlicher Schlechterstellung.

Den Bundesverband Sexuelle Dienstleistungen e. V. (BSD e. V.) habe ich am 25. 03. 2002 in Berlin mitbegründet. Das Gesetz zu Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (Prostitutionsgesetz - ProstG) war gerade in Kraft getreten. Wir hatten uns im Vorfeld lang und breit dafür eingesetzt und wussten, dass die Umsetzung in die Praxis schwer werden würde. Ich bin heute Vorstandsmitglied des BSD.

Auch wenn ich nicht Inhaberin eines Bordells¹⁰³⁰ bin, sehe ich mich doch als Sexarbeiterin richtig in diesem Verband, der hauptsächlich getragen wird von Bordellbetrieben, weil sie der Dreh- und Angelpunkt der Prostitution sind.

¹⁰²⁸Wo im Folgenden nur die weibliche Form genannt wird, ist die männliche und Trans-Form mitgemeint.

¹⁰²⁹Zu den verschiedenen Segmenten der Prostitution und den Strukturen siehe Bericht für den Runden Tisch Prostitution in Nordrhein-Westfalen, Nov 2011, „Bordellartige Betriebe in Deutschland und ihre Geschäftsstrukturen - Bericht aus der Sicht von Betreiberinnen, Betreibern und Prostituierten -“, <http://www.bsd-ev.info/publikationen/index.php>

¹⁰³⁰In letzter Zeit wird häufig der Begriff Prostitutionsstätte als Oberbegriff für alle Prostitutionssegmente verwandt.

- Hier arbeiten die selbstständigen SexarbeiterInnen, die äußerst mobil und flexibel sind.
- Hier finden die Kunden, die ebenfalls in ihrem Verhalten sehr wechselhaft sind, den geeigneten Ort für ihre Vorlieben und die Sexarbeiterin ihrer Wahl.

Bordellbetriebe sind das Konstante in unserer Branche. Sie gehen langfristige Miet-, Strom-, Wasser- und Telefon/Internetverträge ein, sie investieren in die Räume, die Häuser, die Anlagen und statten sie entsprechend aus, sie schließen Arbeitsverträge mit Personal wie WirtschaftlerInnen, Putzkräften, Sicherheitspersonal, etc. ab.

Sie sind AnsprechpartnerInnen für alle möglichen Behörden, die Nachbarn und die Öffentlichkeit und haben doch in erster Linie die Rahmenbedingungen, die Atmosphäre, die Kommunikation und die Unterstützung für die SexarbeiterInnen zu stellen, damit die sich wohl fühlen, hier gern arbeiten, die Kunden gut bedienen, etc.

Die BordellbetreiberInnen zu verteufeln, zu diffamieren, zu diskreditieren, sie generell unter den Generalverdacht des Kriminellen zu stellen, bringt nichts: einmal entspricht dies nicht den Tatsachen und dann führt diese Haltung nur dazu, dass sich BordellbetreiberInnen von der Öffentlichkeit, den staatlichen Institutionen, etc. zurückziehen, nicht mit ihnen zusammenarbeiten und keine Einblicke gewähren in ihre Geschäftsstrukturen und Erfahrungen.

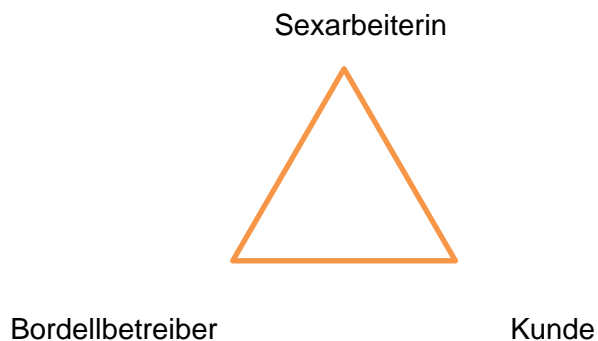
Die bestehenden Gesetze, die sich z. T. gegenseitig ausschließen und abhängig von der Politik und dem Personal vor Ort unterschiedlich angewandt werden, führen zu Rechtsunsicherheit und verhindern ein politisches Engagement der Betreiber für ihre Betriebe und einen Verband.

An dieser Stelle will ich klarstellen, dass ich mit meinen Ausführungen keine „Schwarzweiß-Malerei“ und keine „Glorifizierung“ der Branche betreiben möchte. Auch innerhalb der Prostitution gibt es sog. schwarze Schafe, aber nicht mehr und nicht weniger als in anderen Branchen, wie z. B. der Bauindustrie, der Landwirtschaft, der Fleischindustrie oder der Pflege. Nur was uns unterscheidet: in den anderen Branchen gibt es klare Gesetze, eine Haltung/ein Bewusstsein über die Wichtigkeit und Notwendigkeit der Branche, deren professionellen und qualitativen Weiterentwicklung und der Bedeutung von starken, selbstbewussten Betrieben, die den Dialog mit der Politik und staatlichen Institutionen suchen.

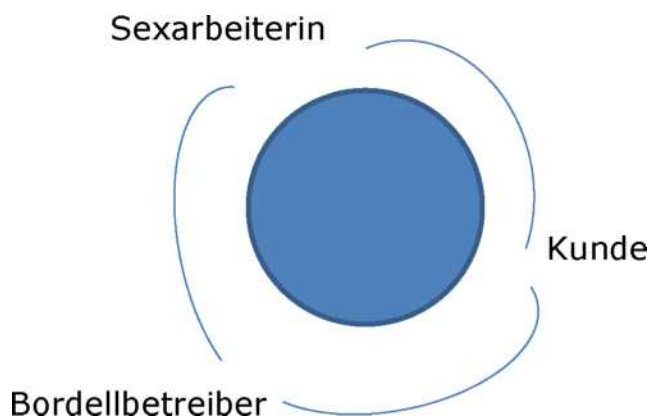
Der BSD e. V. wird getragen von dem Gedanken, dass

- es Bordelle unterschiedlicher Couleur geben muss - für die verschiedenen Interessen der SexarbeiterInnen und der Kunden,
- dass diese wirtschaftliche Unternehmen sind, dass also Gewinne (in Relation zu den Kosten und dem Einsatz) erzielt werden müssen,

wobei es in einem besonderen Maße auf den Einsatz der SexarbeiterInnen ankommt.
Bordellbetreiber - Sexarbeiterinnen - Kunden stehen in einem gewissen Verhältnis:



Sie sind abhängig voneinander und im idealsten Fall agieren sie untereinander wie in einem ausgeglichenen Kreis, in dem sie sich auch gegenseitig anregen und entwickeln.



Der Bordellbetreiber hat sich für ein Betriebskonzept entschieden, die Räume entsprechend eingerichtet, die Werbetrommel gerührt und die ersten Sexarbeiterinnen werden auf ihn aufmerksam. Für diese müssen die Arbeitsräume angenehm und funktional, die Aufenthaltsräume praktisch und sicher, die Mietabgabe oder prozentuale Abgabe vom Honorar einsichtig und vernünftig und das Klima angenehm, wohlwollend und kollegial sein.

Für die Kunden spielt neben der Entscheidung für die Dame der Wahl das Ambiente, das Konzept und das Preis-Leistungs-Verhältnis eine Rolle.

Nicht jede Sexarbeiterin ist in jedem Bordell gut aufgehoben. Das passende Segment findet sie sogar vielleicht erst nach mehreren Anläufen. Aber hat sie ihr richtiges Bordell gefunden, so ist es für alle Beteiligten ideal: sie kann im kollegialen Austausch neue Kolleginnen anlernen, integrieren und unterstützen und sich beteiligen an Diskussionen zur Verbesserung der Geschäftsabläufe. Sie entwickelt zum Bordell und dem Betreiber eine gewisse Treue und Verbundenheit, denn die meisten Aktionen der verschiedenen Behör-

den treffen sie auch:

- bei Razzien ist sie anwesend,
- bei Schließungen verliert sie den Arbeitsplatz, was neben dessen Verlust einher geht mit dem Verlust ihres sozial-beruflichen Umfeldes und ihrer Kundschaft.

Das Verhältnis ist geprägt von Offenheit und Respekt untereinander, basierend auf einem Gemisch aus Freundschaft und den gemeinsamen Erfahrungen aus Diskriminierung und Doppelleben aufgrund der Tätigkeit.

Gesetzliche Regelungen, im positiven wie auch negativen, treffen somit auch immer alle Beteiligten - wenn auch erst im zweiten Schritt oder bei den Nachwehen.

Vor Prostitutionsgesetz

Vor dem Inkrafttreten des ProstG wurden reihenweise „Nobelbordelle“ über die damaligen Straftatbestände „Förderung von Prostitution“ und „Zuhälterei“ geschlossen:

- weil sie mehr zur Verfügung stellten als eine bloße Gelegenheit zum Geschlechtsverkehr, also ein Bett.
- weil die Polizei bei einer Razzia Kondome fand, die vorher das Gesundheitsamt im Rahmen der Gesundheitsprävention ausgelegt hatte. Dies galt als Nachweis der Prostitution und als einen Punkt des Vorwurfs gegen den Betreiber.
- Ja, ihnen wurde tatsächlich vorgeworfen, dass das Ambiente besonders nobel sei (der berühmte goldene Wasserhahn), die Kundschaft ebenso, was sich auf die Preise und damit auch auf die Verdienste der Sexarbeiterinnen auswirkte.

Diese Arbeitsbedingungen seien so gut, dass die Sexarbeiterin hierin verhaftet bleibe und nicht aussteigen wolle.

Die Folge dieser Situation war natürlich, dass gegenüber den verschiedenen Behörden gemauert wurde, Transparenz war Tabu und es wurde gelogen auf Biegen und Brechen:

- nein, wir trinken nur was miteinander,
- nein, für diese Stahltüre haben wir keinen Schlüssel; nein, mit den angrenzenden Zimmer haben wir nichts zu tun,
- nein, hier findet keine Prostitution statt.

Obwohl entsprechende Anzeigen geschaltet wurden, obwohl alle Bescheid wussten und auch die Polizei verdeckte Kunden einsetzte. Aber die Frage war immer: was konnte bewiesen werden.

Und die einen Betriebe wurden **geduldet** und die anderen nicht.

Alle bestehenden Gesetze, besonders das Strafgesetzbuch, erwiesen sich als ungeeignet

zur Strafverfolgung. Dementsprechend forderten wir deren Abschaffung, sprachen uns grundsätzlich gegen Sondergesetze aus und wollten eine vollständige Integration im Gewerberecht und Baurecht.

Damit sollte der Branche Entwicklungsmöglichkeiten gegeben werden - hin zu seriösen Wirtschaftsunternehmen, an die die gleichen Pflichten wie an andere Betriebe gestellt werden - wozu natürlich auch Rechte gehören, denn nur Rechtssicherheit bietet die Gewähr für den Aufbau entsprechender Strukturen, die neben guten und sicheren Arbeitsbedingungen für SexarbeiterInnen und einen seriösen Service für die Kunden, ohne kriminelle oder illegale oder halb-legale Methoden.

Wir wollten den Kreislauf durchbrechen, der alle Beteiligten zum Katz und Maus-Spiel zwang und vor allem dazu führte, dass die Beteiligten den staatlichen Behörden nicht vertrauten, nur unter sich blieben und den eigenen Gesetzen und Strukturen nicht entkommen konnten.

Nach Prostitutionsgesetz

Damit räumte das ProstG auf. Bordelle konnten jetzt offen agieren und Sexarbeiterinnen erhielten erstmals einen rechtlichen Anspruch auf ihren Lohn.

Die Folge davon war, dass die BordellbetreiberInnen offener und offensiver auftraten, sich von Behörden nicht mehr alles gefallen ließen und ihnen selbstbewusst entgegen traten und wie jeder andere Unternehmer behandelt werden wollten - besonders die neuen Betreiberinnen, die Erfahrungen aus anderen Branchen mitbrachten und sich mit dem ProstG auch eine vorurteilsfreie Bordellführung vorstellten.

Beispiele:

- Als sich die Polizei mit Mannschaftswagen über Stunden und immer wieder direkt vor die Tür einer Bar positionierte und auf Nachfragen des Betreibers keinen Grund angeben wollte, schalten dieser einen Rechtsanwalt ein, der sich beschwerte und die Provokation wurde eingestellt. Dies war geschäftsschädigend und rufschädigend. Ein Bäcker oder ein Bekleidungsgeschäft hätte sich ebenso verhalten.
- Ja, Betreiberinnen verwehren auch den verschiedenen Behörden immer mal wieder den Zutritt, angefangen beim Gesundheitsamt bis hin zu den Kontaktbereichsbeamten der Polizei, weil
 - keiner Zeit hat und alle gerade arbeiten,
 - weil gerade niemand Lust zum Plaudern oder auf Informationen hat,
 - weil sie das Recht haben, NEIN zu sagen,
 - weil ALLE unangemeldet, d. h. ohne Terminabsprache einfach vor der Tür stehen,
 - und weil es in einem Bordell, wie bei jedem anderen Arbeitsplatz, in erster Li-

nie um den Verdienst geht.

- Liegen Hinweise auf strafbare Handlungen und Gefahrensituationen vor, ist die Sache natürlich anders.
Doch auch bei einer Razzia oder einer Durchsuchung ist es nur selbstbewusst und rechtens, nach den Ursachen, dem Vorwurf und den entsprechenden Rechtsgrundlagen zu fragen und auch Belege wie einen Durchsuchungsbefehl zu fordern und den Dienstaussweis der beteiligten Beamten.
- Auch kann man nicht die stillschweigende Zustimmung der Sexarbeiterinnen und BordellbetreiberInnen für eine PR-Aktion der Polizei erwarten, die mit Kamerabegleitung eines Fernsehsenders in Kampfmontur eine Razzia in einem kleinen Wohnungsbordell durchführte, um ohne Ergebnis nach einer / Stunden in drei Mannschaftswagen wieder abzurücken.

Selbstbewusster treten auch die SexarbeiterInnen auf. Das Recht auf den Lohn führte zwar nicht dazu, dass sie nach dem Geschäft das Honorar forderten (aus psychologischen Gründen), sondern dass sie den Kunden eher Grenzen setzen, sie abweisen und bei Streitigkeiten auf die Polizei verweisen.

Ebenso entwickelten sie sich selbstbewußter gegenüber dem Betreiber und begannen auch erneut mit dem Aufbau eines neuen, eigenen Verbandes¹⁰³¹.

Aus unserer Sicht hätte das ProstG Schritt für Schritt auf die anderen involvierten Gesetze übertragen werden müssen. Noch nach der Verabschiedung des ProstG im Bundestag ließen die PolitikerInnen verlautbaren, das sie als nächstes das Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (owig) aufheben und Regelungen für Bordelle im Gewerbebereich einführen bzw. die diskriminierenden Paragraphen aufheben würden.

Bei der Präsentation der Evaluation des ProstG wurde das letztere wiederholt und es hörte sich für mich so an, als wenn nach einem Gespräch mit den Ländern hier schnell eine Lösung gefunden würde¹⁰³².

Doch nichts geschah.

Es gab auch keine begleitende Aufklärung mit Informationen - geschweige denn eine positive Positionierung der Bundesregierung zum ProstG.

Die Reform blieb in den Kinderschuhen oder im ersten Schritt stecken. Wir hatten uns eine vollständige Integration von Prostitution im Arbeits- und Wirtschaftsleben versprochen.

¹⁰³¹ Am 13. 10. 2013 wurde der Berufsverband erotische und sexuelle Dienstleistungen e. V. (besd e. V.) gegründet. <http://berufsverband-sexarbeit.de/>

¹⁰³² Seitdem ist immer wieder der Vorwurf zu hören, dass es leichter sei, ein Bordell zu eröffnen als eine Bierbude.

Forderungen an die Zukunft

Wenn Sie sich als Experten jetzt mit der Reform u. a. der

- § 180a StGB (Ausbeutung von Prostituierten) und
- § 181a StGB (Zuhälterei),
- § 184f StGB (Ausübung der verbotenen Prostitution) und
- § 184g StGB (Jugendgefährdende Prostitution)

beschäftigen, so legen wir Ihnen die vollständige Streichung dieser Paragraphen nahe.

Alle vier Paragraphen sind

- nicht mehr zeitgemäß, die Gesellschaft hat sich verändert und ist offener geworden,
- das StGB und das BGB bieten ausreichende Grundlage, um gegen strafrechtlich relevante Tatbestände vorzugehen, wie:
 - o sexuelle Nötigung/Vergewaltigung (§ 177 StGB), o Erpressung (§ 253 StGB), o Nötigung (§ 240 StGB),
 - o sittenwidriges Rechtsgeschäft/Wucher + Ausbeutung (§ 138 BGB),
- und sie werden in der Praxis nicht zum Wohle der Beteiligten, erst recht nicht zum Wohle der Sexarbeiterinnen angewandt.

§ 180a StGB (Ausbeutung von Prostituierten) und § 181a StGB (Zuhälterei)

Die Paragraphen sind als Sondergesetze abzulehnen. Keine andere Erwerbstätigkeit wird im Strafgesetzbuch mit einer eigenen Regelung vor Ausbeutung geschützt. Auch Prostituierte können durch andere Rechtsnormen geschützt werden, wie sie in anderen Wirtschaftszweigen greifen.

Das oft bemühte Argument, diese Paragraphen seien notwendig, um Sexarbeiterinnen vor Ausbeutung und Zwang zu schützen, ist falsch. Die Verfolgung dieser Tatbestände ist durch andere Rechtsnormen ausreichend gesichert.

Die Paragraphen kollidieren außerdem mit den Intentionen des ProstG. Sie entstammen der vormaligen Auffassung, dass Prostitution an sich die sexuelle Selbstbestimmung der Prostituierten beeinträchtigt.

Zur Sicherung der Rechte der SexarbeiterInnen sind diese Regelungen nicht geeignet. Stattdessen werden für Unternehmen und ArbeitgeberInnen notwendige Handlungen unter Strafe gestellt, ohne die ein Betrieb kaum zu führen ist:

- Jedes andere Arbeitsverhältnis oder freies Dienstverhältnis ist geprägt von persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit.
- Die Begriffe „zur Prostitution anhält“ und „in Hinblick auf sie ausbeutet“ sind so schwammig, dass sie in der Praxis missbraucht werden. Denn natürlich muss ein

Betreiber Interesse daran haben, dass eine Sexarbeiterin, die sich bei ihm wohl fühlt und integriert ist und ihren Kundenkreis hat, bei ihm verbleibt (wie dies ein Wirt mit einer Kellnerin auch tut).

- Der Begriff „Ausbeutet“ konnte zudem früher nur in jahrelangen Gerichtsprozessen definiert werden. Darauf fußen die angewandten Verteilungsschlüssel: 40/60 %, 70/30 % und 50/50 %.
- „Überwachen und Bestimmen von Zeit und Ort“ sind mit dem ProstG erlaubt. „Wirtschaftliche und persönliche Abhängigkeiten“ sind Kennzeichen eines sozialversicherungspflichtigen Arbeitsverhältnisses und ein „Vermögensvorteil“ ist die Antriebsfeder jeglichen wirtschaftlichen Handelns, auch in der Prostitution.
- Und ohne „die Vermittlung sexuellen Verkehrs“ werden die SexarbeiterInnen keine Kunden haben.

Hier wird verkannt, dass die meisten SexarbeiterInnen innerhalb von Betrieben arbeiten und selbstverständlich gute Organisationen, Werbung, Vermittlung von Kunden und gute Verdienste erwarten.

§ 184g StGB (Jugendgefährdende Prostitution)

Das Argument „die Jugend und der öffentliche Anstand“ müssten vor der Konfrontation mit käuflicher Sexualität geschützt werden, ist im Hinblick auf die in unserer Gesellschaft heutzutage überall öffentlich präsentierte Sexualität (Zeitschriften, Kinos, Werbung, Fernsehen, Internet) weltfremd und unzeitgemäß.

Die Verknüpfung von Entgeltlichkeit und Sexualität ist willkürlich.

Außerdem geben wir zu bedenken, dass es nicht zu diesem Vorwurf kommen würde, wenn alle Bordelle - wie andere Betriebe - eine behördliche Anmeldung und Überprüfung nach dem Gewerberecht durchlaufen würden, in der die Örtlichkeit natürlich geprüft und mit der Konzessionserteilung auch bestätigt würde.

§ 184f StGB (Ausübung der verbotenen Prostitution)

Dieser Paragraph ist im Kontext zu Art. 297 Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch zu sehen, dessen Streichung wir Sie im Rahmen der Reformkommission ebenfalls aufordern.

Art. 297 Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch (EGStGB)

Mit Sperrgebietsverordnungen werden per derzeit gültigem Gesetz die Orte festgelegt, an denen Prostitution nicht ausgeübt werden darf. Bis auf wenige Ausnahmen haben alle größeren Städte Sperrgebietsverordnungen, die auch zeitliche Beschränkungen der Prostitutionsausübung beinhalten oder bestimmte Formen (Straße, Gaststätten, Hotels,

Escort, Wohnungen, Bordelle und Clubs) der Prostitution ausschließen können. Selbst die diskreteste Form der Prostitution überhaupt - Frauen und Männern, die in ihren Wohnungen durch Zeitungsinserate geworbene Gäste empfangen - ist verboten.

Wer gegen diese Verordnung verstößt, muss mit einem Bußgeld und im Wiederholungsfall sogar mit Geld- oder Haftstrafen rechnen (§ 184f StGB).

Durch Sperrgebietsverordnungen

- wird die freie Wahl des Berufes und des Arbeitsplatzes gemäß Art. 12 GG eingeschränkt,
- wird die Sexarbeit abgedrängt in abgelegene Gebiete, die lebensgefährdende und menschenunwürdige Arbeitsplätze sind,
- erhöht sich die Gefahr krimineller Übergriffe auf SexarbeiterInnen,
- kommt es zu einer künstlichen Verknappung legaler Arbeitsmöglichkeiten,
- werden wirtschaftliche Ausbeutung (z. B. Wuchermieten, Standgeld) durch Monopolisierung von Prostitutionsbetreibern gefördert,
- erhöht sich der Konkurrenzdruck unter den SexarbeiterInnen und das eigenständige, unabhängige Arbeiten einzelner SexarbeiterInnen wird behindert,
- werden SexarbeiterInnen kriminalisiert.

Abschließend unterstreichen wir nochmals, wie wichtig wir für die Prostitutionsbranche Respekt, Rechte und Rechtssicherheit erachten - entgegen einer generellen Kriminalisierung mit diskriminierenden Gesetzen¹⁰³³ + ¹⁰³⁴.

„Im ewigen Reich der sinnlichen Triebe, die selbst älter sind, als der Drang nach Heuchelei, wird der Gesetzgeber immer vergebens stümpfern.“

Zitat Karl Kraus

¹⁰³³ Amnesty International, 11.08.2015, Siehe:

<https://www.amnesty.de/2015/8Z12/menschenrechte-von-sexarbeiterinnen-und-sexarbeitern-schuetzen?destination=startseite>

„Denn Strafgesetze, die der Unterdrückung von Prostitution dienen sollen, führen in der Praxis hauptsächlich zur Marginalisierung einer sowieso schon schwachen Bevölkerungsgruppe ohne echte Lobby.“

„Ein Verbot schadet ausgerechnet denen am meisten, die es angeblich schützen soll: es entzieht das Gewerbe dem Blick der Polizei, verdrängt es in die Schatten der Gesellschaft, ganz zu schweigen davon, dass die Sexarbeiterinnen zum Überleben gezwungen werden, Kunden zu akzeptieren, die sie sonst eigentlich ablehnen würden.“

¹⁰³⁴ Im Juni 2014 legten wir zwei eigene Gesetzesvorschläge als Diskussionsgrundlage vor: <http://www.bsd-ev.info/publikationen/index.php>

12a. Christian Kohle

Einbeziehung der Sexualdelikte in § 138 StGB (Nichtanzeige geplanter Straftaten)

I. Vorbemerkungen¹⁰³⁵

§ 138 StGB erlegt jedermann die Pflicht auf, sich um die Verhinderung bestimmter, in einem Katalog abschließend genannter Straftaten zu bemühen, wenn er von deren Bevorstehen Kenntnis hat.¹⁰³⁶ Eine darüber hinausgehende, allgemeine Pflicht zur Anzeige geplanter Straftaten oder zur Verhinderung von Straftaten besteht dagegen nicht.¹⁰³⁷

1. Rechtsgut

Welches Rechtsgut § 138 StGB schützt, ist strittig. Teils wird (auch) die staatliche Rechtspflege als Schutzgut angesehen. Nach h. M. dient die Vorschrift jedoch (nur) dem Schutz derselben Rechtsgüter wie die in ihrem Katalog benannten Strafvorschriften. Dies wird im Wesentlichen damit begründet, dass es § 138 Abs. 1 StGB für Straffreiheit ausreichen lässt, wenn nicht die Behörden, sondern die durch die geplante Tat bedrohte Person gewarnt wird¹⁰³⁸ und im Übrigen die Beschränkung auf bestimmte Katalogtaten nicht recht erklärbar wäre.¹⁰³⁹

Zweck des § 138 StGB ist deshalb auch nicht die Pönalisierung einer in der Nicht-anzeige zutage getretenen rechtsfeindlichen Gesinnung, sondern die Verhütung deliktischer Erfolge¹⁰⁴⁰ durch eine Vorverlagerung des strafrechtlichen Schutzes.¹⁰⁴¹

2. Statistik

Der Straftatbestand des § 138 StGB macht in der polizeilichen Kriminalstatistik (PKS) für das Berichtsjahr 2014 nur einen verschwindend geringen Bruchteil aller Straftaten (ca. 6 Mio.) aus. Registriert wurden 36 Fälle mit insgesamt 48 Tatverdächtigen, davon waren 36 männlich und 12 weiblich. Die Aufklärungsquote lag im Jahr 2014 bei 97,2 % (35 von 36 Fäl-

¹⁰³⁵ Die folgenden Ausführungen stellen nicht die Position des Sächsischen Staatsministeriums der Justiz, sondern die persönliche Meinung des Verfassers dar.

¹⁰³⁶ Fischer StGB, 63. Aufl. 2016, StGB § 138 Rn. 2.

¹⁰³⁷ Fischer ebenda; LK-Hanack, StGB, 12. Aufl. 2009, § 138 Rn. 4; Sch/Sch-Sternberg-Lieben, StGB, 29. Auflage 2014, § 138 Rn. 1.

¹⁰³⁸ LK-Hanack § 138 Rn. 2; Matt/Renzikowski-Dietmeier, StGB, 2013, § 138 Rn. 1; MK-Hohmann, StGB, 2. Aufl. 2012, § 138 Rn. 1; SK-Rudolphi/Stein, StGB, 8. Aufl. 2006, § 138 Rn. 2; Sch/Sch-Sternberg-Lieben § 138 Rn. 1 m. w. N. (auch zur a. A.).

¹⁰³⁹ Fischer § 138 Rn. 3.

¹⁰⁴⁰ LK-Hanack § 138 Rn. 2; M/R-Dietmeier § 138 Rn. 1; MK-Hohmann, StGB, 2. Aufl. 2012, § 138 Rn. 2; SK-Rudolphi/Stein ebenda; Sch/Sch-Sternberg-Lieben § 138 Rn. 2.

¹⁰⁴¹ BeckOK StGB/Heuchemer StGB § 138 Rn. 2; Fischer a. a. O.

len).¹⁰⁴² Aus der Strafverfolgungsstatistik, deren Daten wegen der Unterschiede in den Erhebungskriterien nicht ohne weiteres mit denjenigen der PKS vergleichbar sind, lässt sich die aus der PKS ersichtliche Tendenz ebenfalls ersehen:¹⁰⁴³

nach allgemeinem Strafrecht Abgeurteilte				nach JGG Abgeurteilte		
insgesamt	verurteilt	Einstellung	Freispruch	insgesamt	verurteilt	§ 47 JGG
11	7	2	2	8	5	3

Die extrem niedrigen Fallzahlen dürften hauptsächlich darauf zurückzuführen sein, dass schon die in § 138 StGB benannten Katalogtaten nur selten vorkommen,¹⁰⁴⁴ weshalb naturgemäß auch darauf bezogene unterlassene Anzeigen selten sein müssen.

Hinzu tritt, dass große Gruppen von Mitwissern und damit potentiell anzeigefähigen Personen von vornherein aus dem Anwendungsbereich der Vorschrift herausfallen. Beteiligte der (geplanten) Tat sind nämlich nach h. M. nicht anzeigepflichtig. Dies gilt auch dann, wenn der Täter eine Garantenstellung im Hinblick auf das bedrohte Rechtsgut hat und seine Beteiligung an der Katalogtat im Unterlassen der Warnung liegt.¹⁰⁴⁵ Von der Anzeigepflicht ist darüber hinaus sogar derjenige frei, der lediglich an der Planung der Tat beteiligt war (ohne dass es bei ihm zu mehr als einer straflosen Vorbereitung oder zu einer wegen Rücktritts straffreien Beteiligung gekommen wäre).¹⁰⁴⁶

Im Übrigen liegt es nahe, dass Mitwisser, die nicht als Beschuldigte der geplanten bzw. ausgeführten Tat in das Blickfeld der Strafverfolgungsbehörden geraten (völlig unbeteiligte Dritte), zu einem Großteil im Dunkelfeld bleiben und deshalb von den Statistiken nicht abgebildet werden. Dafür spricht auch die sonst kaum erklärbare, extrem hohe Aufklärungsquote. Empirische Befunde liegen Unterzeichner dazu aber nicht vor.

II. Reformüberlegungen

Bevor man sich mit einer Einbeziehung der Sexualdelikte in § 138 StGB beschäftigt, scheint zunächst ein kurzer Blick auf die bislang erfassten Straftaten sinnvoll.

¹⁰⁴² Polizeiliche Kriminalstatistik (PKS) Bundeskriminalamt 2014. Es gilt die Datenlizenz Deutschland - Namensnennung - Version 2.0 (<https://www.govdata.de/dl-de/by-2-0>).

¹⁰⁴³ Quelle: Statistisches Bundesamt, Strafverfolgung, Fachserie 10 Reihe 3 – 2014.

¹⁰⁴⁴ Marquardt/v. Danwitz in: Rogall/Puppe/Stein/Wolter (Hrsg.), Festschrift Rudolphi, 2004, 497 [503ff.].

¹⁰⁴⁵ BeckOK StGB/Heuchemer StGB § 138 Rn. 19-21 m. w. N.; Sch/Sch-Sternberg-Lieben § 138 Rn. 20/21.

¹⁰⁴⁶ BGH NStZ 1982, 244; M/R-Dietmeier § 138 Rn. 14.

Dabei fällt auf, dass der Straftatenkatalog augenscheinlich keinem konsistenten und widerspruchsfreien Konzept folgt.¹⁰⁴⁷ Während ursprünglich nur bestimmte Verbrechen von der Anzeigepflicht umfasst waren,¹⁰⁴⁸ ist der Katalog in der Folgezeit mehrfach geändert und ausgeweitet worden, zuletzt u. a. durch die Erfassung von Tatbeständen des Völkerstrafgesetzbuches (§ 138 Abs. 1 Nr. 5 StGB) und zur Terrorismusbekämpfung (§ 138 Abs. 2 StGB). Sexualstraftaten sind – ebenso wie eine ganze Reihe anderer, z. T. mit sehr hoher Strafan drohung versehene Tatbestände¹⁰⁴⁹ – bislang überhaupt nicht umfasst, bestimmte Straftaten gegen das Leben (§ 138 Abs. 1 Nr. 5 StGB), gegen die persönliche Freiheit (§ 138 Abs. 1 Nr. 6 StGB) sowie gegen Eigentum und Vermögen (§ 138 Abs. 1 Nr. 7 StGB) hingegen schon.

Der Umfang und die Auswahl der Katalogdelikte stößt – etwa infolge der Einbeziehung von Vergehen (etwa §§ 95, § 310 Abs. 1 Nr. 2 StGB), eines Fahrlässigkeitsdelikts (§ 313 Abs. 2 i. V. m. § 308 Abs. 5, 6 StGB¹⁰⁵⁰) und der Organisationsdelikte in Absatz 2 auf Kritik, weil sich der Gesetzgeber hiermit an der Grenze noch legitimer, nur ausnahmsweise erfolgreicher Inpflichtnahme der Bürger zum Schutze hochrangiger Rechtsgüter bewege¹⁰⁵¹ und es der Vorschrift teils an Praktikabilität fehle.¹⁰⁵²

1. Grundlegende Änderungen?

Nach diesem eher diffusen Befund könnte man zunächst an radikalere Lösungen denken, beispielsweise anstelle der Beibehaltung eines Katalogs einzelner anzeigepflichtiger Straftaten künftig die Nichtanzeige jedweder geplanter Straftat pönalisieren. Umgekehrt wäre – v. a. mit Blick auf die geringe praktische Bedeutung – auch eine gänzliche Abschaffung der Norm zu erwägen, anstatt sie um weitere Katalogtaten zu erweitern.

Die Einbeziehung jedweder geplanter Straftat würde die Norm drastisch vereinfachen und beim Normadressaten für mehr Klarheit im Hinblick auf bestehende Anzeigepflichten sorgen. Es scheint ohnehin abwegig anzunehmen, Mitwisser würden sich vertiefte Gedanken darüber machen, welcher konkrete Tatbestand mit der geplanten Straftat erfüllt wäre und ob

¹⁰⁴⁷ BeckOK StGB/Heuchemer StGB § 138 Rn. 4: „durchaus fragwürdige Auswahl“; Fischer § 138 Rn. 4: „Auswahl ... zweifelhaft“.

¹⁰⁴⁸ Die ursprüngliche Fassung (§ 139 RStGB) bezog sich nur auf Hochverrat, Landesverrat, Münzverbrechen, Mord, Raub, Menschenraub und gemeingefährliche Verbrechen. Auch in der Fassung des 3. StrÄndG vom 4.8.1953 betraf die Norm (dann als § 138 StGB) die „Nichtanzeige drohender Verbrechen“.

¹⁰⁴⁹ Vgl. Marquardt/v. Danwitz Rudolphi-FS 499.

¹⁰⁵⁰ Redaktionsversehen? - vgl. Sch/Sch-Sternberg-Lieben § 138 Rn. 7 m. w. N.

¹⁰⁵¹ Ebenda; vgl. auch SK-Rudolphi/Stein, § 138 Rn. 1f. und 2b.

¹⁰⁵² Fischer § 138 Rn. 28 mit Blick auf die zahlreichen Anhänger und Mitwisser bei Organisationsdelikten.

dieser wiederum im Katalog des § 138 StGB enthalten ist.¹⁰⁵³ Andererseits würde ein solcher Ansatz zu einer ausufernden Strafbarkeit führen,¹⁰⁵⁴ die Grenzen zur Strafbarkeit wegen Beihilfe verwischen,¹⁰⁵⁵ sich in Widerspruch zur Wertung des § 13 Abs. 1 StGB setzen und dürfte im Übrigen in seiner Konsequenz sowohl den Bürger als auch die Behörden überfordern.

Für eine gänzliche Streichung der Norm könnte man ins Feld führen, dass es neben dem durch die Katalogtatbestände selbst gewährleisteten Rechtsgüterschutz nicht (zwingend) noch eines zusätzlichen Schutzes in Form des § 138 StGB bedarf. Teils wird auch die Eignung der Norm überhaupt zum präventiven Rechtsgüterschutz bezweifelt, zumal fraglich ist, ob tatsächlich die Strafvorschrift des § 138 StGB den Ausschlag für ein gegebenenfalls positives Anzeigeverhalten des Betreffenden gibt.¹⁰⁵⁶ Allerdings dürfte eine Aufhebung der Norm schon wegen der damit verbundenen Signalwirkung nicht unbedingt wünschenswert sein. Der Gesetzgeber hat mit § 138 StGB zum Ausdruck gebracht, dass er bestimmte Rechtsgüter für so bedeutsam und gegen sie gerichtete Straftaten für so gefährlich hält, dass jedermann verpflichtet wird, sich um ihre Verhinderung zu bemühen.¹⁰⁵⁷ Würde er hiervon abrücken, könnte dies nicht nur dazu führen, dass tatsächlich mehr Katalogstraftaten begangen werden (die sonst aufgrund von Anzeigen womöglich hätten unterbunden werden können),¹⁰⁵⁸ sondern auch zu einer zumindest scheinbaren Relativierung des strafrechtlichen Schutzes der betroffenen Rechtsgüter in der Wahrnehmung der Normadressaten. Denn § 138 StGB wird u. a. auch die Bedeutung zugeschrieben, die besondere Missbilligung der dort genannten Katalogstraftaten durch den Gesetzgeber zu symbolisieren.¹⁰⁵⁹

Beide Überlegungen können und sollen hier schon aus Kapazitätsgründen nicht weiter verfolgt werden. Für die weiteren Ausführungen wird unterstellt, dass es grundsätzlich sowohl beim Bestand der Norm des § 138 StGB als auch bei dessen Konstruktion als Katalogtatbestand verbleibt.

2. Einbeziehung von Tatbeständen des Sexualstrafrechts in § 138 StGB

Im Folgenden soll zunächst auf frühere Bestrebungen zur Einbeziehung der Sexualdelikte in § 138 StGB eingegangen werden (a), bevor weitere Überlegungen anzustellen sind (b).

¹⁰⁵³ So auch NK-Ostendorf, StGB, 4. Aufl. 2013, §§ 138, 139 Rn. 5.

¹⁰⁵⁴ Generell für eine restriktive Ausgestaltung strafbewehrter Handlungspflichten unter dem Blickwinkel des Verhältnismäßigkeitsprinzips SK-Rudolphi/Stein, § 138 Rn. 2b.

¹⁰⁵⁵ Marquardt/v. Danwitz Rudolphi-FS 500.

¹⁰⁵⁶ NK-Ostendorf §§ 138, 139 Rn. 5.

¹⁰⁵⁷ Fischer § 138 Rn. 2.

¹⁰⁵⁸ Die Größenordnung sei dahingestellt, empirische Befunde hierzu sind nicht ersichtlich.

¹⁰⁵⁹ Marquardt/v. Danwitz Rudolphi-FS 508.

a) Frühere Ansätze

Der Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften¹⁰⁶⁰ enthielt den Vorschlag, §§ 138 StGB und 140 StGB um sexuellen Missbrauch von Kindern in bestimmten Fällen, sexuelle Nötigung, Vergewaltigung und den sexuellen Missbrauch widerstandsunfähiger Personen zu erweitern. Hintergrund dafür waren u. a. Entschlüsse des Europäischen Parlaments und der Parlamentarischen Versammlung des Europarates, mit denen die jeweiligen Mitgliedstaaten aufgefordert worden waren,

„die Unterlassung der Anzeige von pädophilen Handlungen oder Kindesmisshandlungen, von denen Dritte Kenntnis erlangt haben, oder von ernst zu nehmenden Hinweisen darauf im Sinne von unterlassener Hilfeleistung als kriminelle Tatbestände festzulegen und vergleichbare Strafen in die entsprechenden Strafgesetzbücher aufzunehmen“,¹⁰⁶¹

bzw. Privatpersonen anzuhalten, den sexuellen Missbrauch von Kindern anzuzeigen.¹⁰⁶²

Darüber hinaus hatte die Arbeitsgruppe „Schutz der Allgemeinheit vor gefährlichen Sexualstraftätern“ der Projektleitung Polizeiliche Kriminalprävention vorgeschlagen, bei dem Verdacht sexueller Misshandlungen von Kindern gesetzlich präzisierte Melde-rechte und -pflichten für Ärztinnen und Ärzte sowie andere Berufsgruppen, die einer Schweigepflicht unterliegen, einzuführen.¹⁰⁶³

Der Gesetzentwurf meinte, zur Umsetzung dieser Empfehlungen komme im Strafgesetzbuch nur eine Erweiterung des § 138 StGB um eine strafbewehrte Verpflichtung zur Anzeige geplanter Straftaten in Betracht.¹⁰⁶⁴ Freilich ging er damit über die o. g. Forderungen hinaus, weil diese sich wohl primär auf bereits begangene Straftaten bezogen und nicht auf geplante. Zudem sollten über den dort geforderten Minderjährigenschutz hinaus auch die §§ 177, 178 und 179 StGB einbezogen werden.

¹⁰⁶⁰ BT-Drs. 15/350.

¹⁰⁶¹ Entschließung zu der Mitteilung der Kommission über die Bekämpfung des Sextourismus mit Kindesmissbrauch und zu dem Memorandum zum Beitrag der Europäischen Union zur Verstärkung des Kampfes gegen Kindesmissbrauch und die sexuelle Ausbeutung von Kindern vom 6. November 1997.

¹⁰⁶² Entschließung vom 2. September 2002, Doc. 9535 vom 5. September 2002, Nummer 7 Buchstabe j, Nummer 38.

¹⁰⁶³ Bericht vom 25. März 1999/15. April 1999, Herausgeber: Zentrale Geschäftsstelle Polizeiliche Kriminalprävention der Länder und des Bundes beim Landeskriminalamt Baden-Württemberg.

¹⁰⁶⁴ BT-Drs. 15/350, S. 14.

Der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages hat später jedoch empfohlen, von der geplanten Erweiterung Abstand zu nehmen, weil sich u. a. Sachverständige hierzu kritisch geäußert hatten. Zudem hatten auch Stimmen aus dem Bereich der Kinder- und Jugendhilfe, insbesondere von Opferschutzverbänden, die Anzeigepflicht als kontraproduktiv abgelehnt.¹⁰⁶⁵

Der Rechtsausschuss kam zu dem Ergebnis, dass es offenbar an einer Akzeptanz des Vorschlags gerade bei denjenigen Personen und Stellen fehle, welche die Entwurfsvorschrift in der Praxis anzuwenden und umzusetzen hätten, weshalb zumindest zweifelhaft sei, ob sich der strafrechtliche Schutz von Kindern auf dem Weg einer strafbewehrten Anzeigepflicht verbessern lasse. Der Ausschuss betonte stattdessen, dass das Prinzip „Hinschauen statt Wegschauen“ auf anderem Wege weiterverfolgt und vertieft werden müsse und empfahl hierzu eine breit angelegte Präventionskampagne mit dem Ziel, das Bewusstsein der Öffentlichkeit für das Problem des sexuellen Missbrauchs von Kindern zu schärfen und die Bereitschaft zu fördern, alle erforderlichen und geeigneten Maßnahmen zur Vermeidung sexuellen Missbrauchs zu ergreifen.¹⁰⁶⁶

Schlussendlich wurde das Vorhaben aufgegeben. Dafür sprach eine ganze Reihe von Argumenten, die auch heute noch ihre Berechtigung haben dürften:¹⁰⁶⁷

- Fehlen einer relevanten Strafbarkeitslücke, da Garanten wegen Beihilfe durch Unterlassen und Unbeteiligte gegebenenfalls nach § 323c StGB strafbar sind
- negative Steuerungswirkungen auf Familienangehörige oder andere Personen aus dem sozialen Nahbereich:
 - einerseits könnten diese aus Furcht vor eigener Strafverfolgung von einer Anzeige absehen
 - andererseits drohendes Denunziantentum und potentielle Falschverdächtigungen, um der Strafbarkeit nach § 138 StGB zu entgehen
- mögliche negative Auswirkungen auf Ermittlungen, wenn
 - sonst aussagewillige Zeugen u. U. mit Blick auf eine Strafbarkeit nach § 138 StGB von ihrem Schweigerecht Gebrauch machen oder

¹⁰⁶⁵ Auch die Jugendministerkonferenz am 22./23. Mai 2003 und die Konferenz der Justizministerinnen und -minister am 11./12. Juni 2003 hatten sich gegen den Vorschlag ausgesprochen.

¹⁰⁶⁶ BT-Drs. 15/1311, S. 23.

¹⁰⁶⁷ Vgl. zum Ganzen zusammenfassend Amelung/Funcke-Auffermann StraFo 2004, 114 [116ff.] m. w. N.; Frommel NK 2003 46 [47].

- Mitwisser versuchen, den Taterfolg anders als durch Anzeigen abzuwenden (§ 139 Abs. 4 StGB) – z. B. den Täter mit dem Verdacht konfrontieren, was aus Sicht der Strafverfolgungsbehörden, etwa zu Beweissicherungszwecken, besser unterbleiben sollte
- zusätzliche Belastung v. a. minderjähriger Missbrauchsoffer durch notwendige Ermittlungen in Bezug auf unterlassene Anzeigen durch Personen im Umfeld
- kontraproduktive Auswirkungen auf Tätigkeit von Opferschutzverbänden usw.

b) Weitere Überlegungen

Im Übrigen – und im Grunde vorrangig – stellt sich die Frage, nach welchem Maßstab die Notwendigkeit einer Einbeziehung von Tatbeständen in den Anwendungsbereich des § 138 StGB allgemein zu beurteilen ist. Je nach dem gewählten Auswahlkriterium ergeben sich sodann Folgerungen für eine mögliche Einbeziehung von Tatbeständen des Sexualstrafrechts. Im Einzelnen:

aa) Systematik

Die Norm selbst gibt für die Beantwortung dieser Frage nichts her, da ihr Katalog zwischenzeitlich sowohl Vergehen als auch Verbrechen enthält, namentlich im Hinblick auf Verbrechen aber auch keineswegs alle (noch nicht einmal alle mit besonders hoher Strafandrohung versehenen) Tatbestände erfasst.¹⁰⁶⁸ Vor diesem Hintergrund ist eine – sich bei derartigen Fragestellungen sonst anbietende – systematische Argumentation im Sinne eines Vergleichs mit bereits erfassten und anderen nicht erfassten Delikten von vornherein zum Scheitern verurteilt; es müssen andere Kriterien gefunden werden.

bb) Grundgedanke der Vorschrift

Man könnte sich insoweit auf den Grundgedanken der Vorschrift beziehen, wonach der Bürger als soziales Wesen und Teil der Gesellschaft mitverantwortlich ist, dass jedenfalls besonders wertvolle Individual- oder Allgemeinrechtsgüter vor Verletzungen bewahrt werden.¹⁰⁶⁹ Auch das liefert jedoch für sich genommen kein taugliches Abgrenzungskriterium. Denn bei der Frage, welche Rechtsgüter in diesem Sinne besonders schützenswert sind, handelt es sich um eine Wertentscheidung des Gesetzgebers, die ihrerseits (wie die häufi-

¹⁰⁶⁸ Marquardt/v. Danwitz Rudolphi-FS 499; s. schon oben Seite 3.

¹⁰⁶⁹ Vgl. etwa LK-Hanack § 138 Rn. 1.

gen und durchaus streitbaren Änderungen des Katalogs zeigen) von einer gewissen Unsicherheit geprägt ist.¹⁰⁷⁰

cc) Formale Abgrenzungskriterien

Um einen allgemeingültigen Maßstab zu finden, könnte man stattdessen formale Kriterien anwenden und beispielsweise ohne Rücksicht auf das konkret betroffene Rechtsgut oder Kriminalitätsfeld konsequent auf die Schwere der geplanten Straftat abstellen. Der Vorteil läge darin, dass es zur Einbeziehung in den Anwendungsbereich des § 138 StGB keiner weiteren, spezifischen Begründung bedürfte. Wegen der Parallelität des Rechtsgüterschutzes (s. o. I. 1.) könnte vielmehr pauschal auf die angedrohten Mindest- und / oder Höchststrafen der jeweiligen Tatbestände zurückgegriffen werden:

Ersteres könnte etwa durch konsequente Erfassung aller Verbrechen geschehen. Soweit man dies aus Verhältnismäßigkeits- oder Zumutbarkeitsgründen für zu weitgehend hält (was durchaus naheliegend ist), könnte an gegenüber § 12 Abs. 1 StGB nochmals erhöhte Mindeststrafrahmen angeknüpft werden, sodass nur qualifizierte Verbrechen (mit einer Mindeststrafandrohung von nicht unter zwei, drei, fünf oder zehn Jahren Freiheitsstrafe) aufzunehmen wären. Aus dem 13. Abschnitt kämen damit die §§ 176a Abs. 2, 3 und 5; 176b; 177¹⁰⁷¹ Abs. 3 und 4; 178; 179 Abs. 5 und 7 StGB in Betracht.

Demgegenüber hätte die Bezugnahme auf angedrohte Höchststrafen wegen der allgemeinen Regelung des § 38 Abs. 2 Halbsatz 1 StGB wohl nur dann eine sinnvolle Begrenzungsfunktion, wenn man auf Delikte zurückgreifen würde, für die das Gesetz im Regelstrafrahmen lebenslange Freiheitsstrafe androht.¹⁰⁷² Aus dem 13. Abschnitt kämen auch hiernach §§ 176b, 178 StGB für eine Einbeziehung in § 138 StGB in Frage. Da es sich um erfolgsqualifizierte Delikte handelt, dürften diese freilich nur insoweit der Anzeigepflicht unterworfen werden, als die schwere Folge nach dem Tatplan vorsätzlich herbeigeführt würde; alles andere hätte mit der Nichtanzeige „geplanter“ Straftaten buchstäblich nichts mehr zu tun.¹⁰⁷³

¹⁰⁷⁰ LK-Hanack § 138 Rn. 5.

¹⁰⁷¹ De lege ferenda auch § 177 Abs. 2 StGB, soweit die Norm künftig wieder als Qualifikationstatbestand ausgestaltet wird.

¹⁰⁷² Aus dem StGB: §§ 80, 81, 176b, 178, 211, 239a Abs. 3, 239b Abs. 2, 251, 306c, 307 Abs. 3 Nr. 1, 308 Abs. 3, 309 Abs. 4, 316a Abs. 3, 316c Abs. 3 StGB; aus dem VStGB: §§ 6 Abs. 1; 7 Abs. 1 Nr. 1 und 2, Abs. 3; 8 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 4; 11 Abs. 2 Satz 2; 12 Abs. 2 Satz 2.

¹⁰⁷³ Freilich dürfte dann in der Regel zugleich auch ein ohnehin anzeigepflichtiges Tötungsdelikt vorliegen.

dd) Rechtsgutsbezogene Kriterien

Weniger formale Abgrenzungskriterien sind schwieriger zu finden. Namentlich das Abstellen auf das durch die Tat bedrohte Rechtsgut wäre wiederum mit einer Wertentscheidung verbunden, die keine eindeutige und vorhersehbare Auswahl der in Betracht kommenden Tatbestände erwarten ließe. Der Gesetzgeber müsste dazu nämlich auf abstrakter Ebene eine „Rangordnung“ aller potentiell in Betracht kommenden Individual- oder Allgemeinrechtsgüter vornehmen, was kaum zu bewerkstelligen sein dürfte.

Im Grunde wäre mit diesem Ansatz nur die Erfassung aller (vorsätzlichen) Verbrechen gegen das Leben sinnvoll, da es sich insoweit unbestritten um ein Rechtsgut allerhöchsten Ranges handelt und das Tötungstabu zudem seit Jahrhunderten im Bewusstsein der Bevölkerung verankert ist.¹⁰⁷⁴ Auch hier könnte man neben den Tötungsverbrechen des StGB und des VStGB gegebenenfalls die erfolgsqualifizierten Delikte einbeziehen, soweit die Todesfolge nach dem Tatplan vorsätzlich herbeigeführt würde (s. o.), mit dieser Maßgabe aus dem 13. Abschnitt also wiederum die §§ 176b, 178 StGB.

ee) Präventionstauglichkeit¹⁰⁷⁵

Hinter diesem Abgrenzungskriterium verbirgt sich die Frage, in welchen Deliktsbereichen die Kooperationsbereitschaft mit den Polizei- und Strafverfolgungsbehörden besonders stark oder eben eher schwach ausgeprägt ist sowie im Anschluss die Überlegung, inwieweit gerade durch die Implementierung einer strafbewehrten Anzeigepflicht deliktische Planungen in dem jeweiligen Kriminalitätsfeld verhindert werden können. Hierzu liegen allerdings keine empirischen Daten vor,¹⁰⁷⁶ weshalb solche Überlegungen nahezu zwangsläufig spekulativ bleiben werden und deshalb nicht zielführend sind.¹⁰⁷⁷

ff) Deliktspänomenologie

Schon eher wäre es denkbar, neben formalen Abgrenzungskriterien¹⁰⁷⁸ gezielt (nur?) solche Straftaten zu erfassen, in denen eine Mitwisserschaft tendenziell eher zu erwarten ist als bei anderen. Einen ähnlichen Ansatz verfolgt der Gesetzgeber bei besonders eingriffsintensiven strafprozessualen Maßnahmen, namentlich der Telekommunikationsüberwachung, der akustischen Wohnraumüberwachung sowie der Erhebung von Verkehrsdaten, deren Straftaten-

¹⁰⁷⁴ Vergleichbares könnte eventuell noch für gemeingefährliche Straftaten gelten.

¹⁰⁷⁵ Marquardt/v. Danwitz, Rudolphi-FS 501.

¹⁰⁷⁶ Ebenda.

¹⁰⁷⁷ Marquardt/v. Danwitz, Rudolphi-FS 502f. m. w. N., insbesondere mit Blick auf die widersprüchliche Argumentation im Kontext mit der durch BT-Drs. 15/350 vorgeschlagenen Einbeziehung der Sexualdelikte. Die Ambivalenz der zu erwartenden Steuerungswirkung zeigt sich teilweise auch in den o. g. Argumenten gegen dieses Vorhaben (Seite 7).

¹⁰⁷⁸ Aus Zumutbarkeits- und Verhältnismäßigkeitsgründen wird man kaum zur Gänze auf formale Kriterien, insbesondere Mindeststrafandrohungen, bei der Auswahl der Katalogdelikte verzichten können.

kataloge auch unter dem Aspekt eines rechtstatsächlichen Bedürfnisses für diese Maßnahmen erstellt worden sind.¹⁰⁷⁹ Dies würde dafür sprechen, bei der Ausgestaltung des § 138 StGB v. a. die Bandendelikte sowie diejenigen Straftaten in den Blick zu nehmen, bei denen der Gesetzgeber die gemeinschaftliche Tatbegehung strafscharfend wertet. Neben dem Umstand, dass hier rein tatsächlich eine höhere Wahrscheinlichkeit für die Existenz von Mitwissern bestehen dürfte, spräche auch die erhöhte Gefährlichkeit gemeinschaftlichen oder bandenmäßigen Vorgehens dafür, diesen Aspekt bei der Auswahlentscheidung zu berücksichtigen. Ähnlich wie in §§ 100a Abs. 2 Nr. 1 lit. f, 100c Abs. 2 Nr. 1 lit. d und 100g Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 lit. c StPO kämen auf dieser Grundlage aus dem Kreis der Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung in erster Linie die Fälle des § 176a Abs. 2 Nr. 2 (auch i. V. m. Abs. 5), § 177 Abs. 2 Nr. 2 (auch i. V. m. Abs. 3 und 4) oder § 179 Abs. 5 Nr. 2 StGB (auch i. V. m. Abs. 7) für eine Einbeziehung in Betracht.

gg) Singularität der Störung des Rechtsfriedens¹⁰⁸⁰

Bei diesem Ansatz wird darauf abgestellt, dass die (bislang) in § 138 StGB benannten Katalogtaten ihrerseits sehr selten vorkommen. Da es zudem eine Korrelation zwischen der Schwere eines Delikts und der Häufigkeit seines Vorkommens gibt, wird daraus in normativer Hinsicht die Forderung abgeleitet, nur solche Delikte in § 138 StGB einzubeziehen, die vergleichbar selten vorkommen.¹⁰⁸¹ Dieser Ansatz taugt allerdings eher im Sinne einer Begrenzungsfunktion und spricht damit tendenziell nur für die Begründung eines insgesamt restriktiven Vorgehens bei der Ausgestaltung der Norm.¹⁰⁸² Er spräche deshalb z. B. gegen eine pauschale Einbeziehung der Sexualdelikte, da diese in der Lebenswirklichkeit deutlich häufiger vorkommen als die derzeitigen Katalogdelikte.¹⁰⁸³ Umgekehrt kann daraus aber nicht geschlussfolgert werden, dass alle selten vorkommenden Delikte in § 138 StGB einbezogen werden müssten. Denn es gibt eine ganze Reihe „exotischer“, nahezu bedeutungsloser Straftatbestände, ohne dass nun gerade deshalb eine strafbewehrte Anzeigepflicht sinnvoll wäre.

hh) Symbolwirkung

Schlussendlich ist auch bei der Überlegung Vorsicht geboten, Straftaten in § 138 StGB einzubeziehen, um damit deren „besondere Missbilligung“ zum Ausdruck zu bringen. Abgesehen von den grundsätzlichen Einwänden gegen symbolische Gesetzgebung, auf die hier

¹⁰⁷⁹ Vgl. etwa Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 59. Aufl. 2016, § 100a Rn. 15.

¹⁰⁸⁰ Marquardt/v. Danwitz, Rudolphi-FS 503ff.

¹⁰⁸¹ Marquardt/v. Danwitz, Rudolphi-FS 505.

¹⁰⁸² Dazu schon oben Seite 4.

¹⁰⁸³ Marquardt/v. Danwitz, Rudolphi-FS 505f.

nicht näher eingegangen werden soll, bedarf es dieses zusätzlichen Signals nicht. Denn die „besondere Missbilligung“ der betreffenden Straftaten kommt regelmäßig schon dadurch zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber hierfür entsprechend hohe Strafrahmen vorsieht. Überdies wäre jede Auswahlentscheidung auf dieser Grundlage aus systematischer Sicht zweifelhaft und würde sofort die Fragen: „Warum ausgerechnet diese Straftaten?“ bzw. „Weshalb nicht auch jene Straftaten?“ aufwerfen, die der Gesetzgeber kaum plausibel wird beantworten können.

III. Ergebnis

Aus dem 13. Abschnitt des Besonderen Teils kämen potentiell die §§ 176a Abs. 2, 3 und 5; 176b; 177 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 und 4; 178; 179 Abs. 5 und 7 StGB für eine Einbeziehung in § 138 StGB in Betracht.

Von der isolierten Einbeziehung einzelner Sexualdelikte sollte aber gleichwohl Abstand genommen werden. Vielmehr wären – gegebenenfalls auch im Rahmen einer grundlegenden Neuordnung der Vorschrift – zunächst stringente und nachvollziehbare Kriterien dafür aufzustellen, nach welchen allgemeingültigen Maßstäben sich die für jedermann geltende, strafbewerte Anzeigepflicht bemisst, um auch späteren Entwicklungen für den Normadressaten vorhersehbar Rechnung tragen zu können. Fehlt es an solchen klaren und verlässlichen Maßstäben, wird sich die daraus resultierende *Unsicherheit* des Gesetzgebers¹⁰⁸⁴ gegebenenfalls als *Verunsicherung* auf den Normadressaten übertragen. Dieser Effekt dürfte sich mit jeder weiteren Änderung des Katalogs perpetuieren oder gar verschlimmern, sofern diese nicht auf einem dauerhaft bestandsfähigen und für jedermann ohne weiteres einsichtigen Grundkonzept beruht. Soweit einzelne Tatbestände des Sexualstrafrechts die allgemeingültigen Kriterien eines solchen Konzepts erfüllen, wären sie sodann ohne weiteres auch in § 138 StGB aufzunehmen.

¹⁰⁸⁴ LK-Hanack § 138 Rn. 5.

12b. Christian Kohle

Reformbedarf bei den übrigen Missbrauchstatbeständen (§§ 174a-174c StGB)

I. Vorbemerkungen¹⁰⁸⁵

1. Rechtsgüter und Entstehungsgeschichte

Während die Vorschriften des 13. Abschnitts ganz allgemein die sexuelle Selbstbestimmung, also die Freiheit der Person, über das Ob und Wie sexueller Betätigung frei zu entscheiden,¹⁰⁸⁶ schützen sollen, treten bei den Missbrauchstatbeständen der §§ 174a-174c StGB, bei denen Macht- und Autoritätsverhältnisse eine Rolle spielen, weitere Teilaspekte hinzu:¹⁰⁸⁷ Das Vertrauen der Allgemeinheit in das Funktionieren institutionalisierter Abhängigkeits- und Unterordnungsverhältnisse nach sachlichen und nicht von sexuellen Interessen geleiteten Kriterien.¹⁰⁸⁸

Die Wurzeln der §§ 174a und 174b StGB reichen bis zum Reichsstrafgesetzbuch vom 15.5.1871 (RGBl. 1871, 127), teilweise sogar bis zum Allgemeinen Landrecht für die Preussischen Staaten zurück.¹⁰⁸⁹ Ihre heutige Gestalt erhielten die Vorschriften im Wesentlichen durch das Vierte Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 23.11.1973 (BGBl. I. S. 1725). § 174c hingegen wurde erst durch das Sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 26.1.1998 (BGBl. I S. 164) eingefügt und beruhte auf einer gesonderten Gesetzesinitiative.¹⁰⁹⁰ Durch das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung vom 27.12.2003 (SexualdelÄndG, BGBl. I 3007) wurden alle drei Strafvorschriften in den Anwendungsbereich der verjährungsrechtlichen Ruhensvorschrift des § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB einbezogen und eine erhöhte Mindeststrafe von drei Monaten Freiheitsstrafe eingeführt. In § 174a Abs. 2 StGB wurde das Wort "stationär" gestrichen und in § 174c Abs. 1 StGB Personen mit körperlicher Krankheit oder Behinderung einbezogen.

2. Statistik

Die Straftatbestände der §§ 174a-174c StGB machen in der polizeilichen Kriminalstatistik (PKS) für das Berichtsjahr 2014 nur einen verschwindend geringen Bruchteil aller registrierten Straftaten (ca. 6 Mio.) aus. Das gilt selbst innerhalb der Gruppe der Straftaten gegen die

¹⁰⁸⁵ Die folgenden Ausführungen stellen nicht die Position des Sächsischen Staatsministeriums der Justiz, sondern die persönliche Meinung des Verfassers dar.

¹⁰⁸⁶ Fischer, Strafgesetzbuch, 62. Aufl. 2015, Vor § 174 Rn. 5.

¹⁰⁸⁷ Schönke/Schröder-Eisele, Strafgesetzbuch, 29. Auflage 2014, vor §§ 174 ff. Rn. 1b.

¹⁰⁸⁸ Fischer, a. a. O. Rn. 5a. Die von den einzelnen Tatbeständen geschützten Rechtsgüter decken sich nur teilweise und sind im Einzelnen umstritten, vgl. etwa die Nachweise bei LK-Hörnle, Strafgesetzbuch, 12. Auflage 2009, § 174a Rn. 1-3, § 174b Rn. 1 f., 174c Rn. 1; Sch/Sch-Eisele, §§ 174a-174c, jeweils Rn. 1.

¹⁰⁸⁹ Näher zur Entstehungsgeschichte LK-Hörnle, vor Rn. 1 zu § 174a.

¹⁰⁹⁰ Vgl. BT-Drs. 13/8267.

sexuelle Selbstbestimmung (ca. 47 Tsd.): Unter § 174a StGB sind 33 Fälle, zu § 174b StGB sind 9 Fälle und für § 174c StGB sind 140 Fälle¹⁰⁹¹ registriert.

Unschärfen ergeben sich daraus, dass die PKS Straftaten nach den §§ 174a-174c StGB nur insoweit gesondert ausweist, als der Missbrauch von Personen ab 14 Jahren in Rede steht. Da zwischen § 176 StGB einerseits und §§ 174a, 174c StGB andererseits Tateinheit möglich ist,¹⁰⁹² kann eine unbestimmte Zahl von möglicherweise relevanten Fällen insoweit unter der Kategorie "Sexueller Missbrauch von Kindern" erfasst sein. Dasselbe gilt womöglich, wenn neben den §§ 174a-174c StGB schwerere Delikte, insbesondere solche nach § 177 StGB, verwirklicht sind.

Die Aufklärungsquote lag im Jahr 2014 für §§ 174a und 174b StGB bei 78,8% bzw. 77,8%, also deutlich höher als der Durchschnitt für alle Straftaten (54,9%) und recht genau im Bereich derjenigen für die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung im Allgemeinen (78,5%). Hinsichtlich des Sexuellen Missbrauchs unter Ausnutzung eines Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses (§ 174c StGB) weist die PKS eine bemerkenswert hohe Aufklärungsquote von 97,1% aus.

Bei den Tatverdächtigen dominieren die männlichen gegenüber den weiblichen. Bei den Opfern ist die umgekehrte Tendenz erstaunlicherweise nur in Bezug auf § 174c StGB feststellbar, wohingegen sich männliche und weibliche Opfer bei den §§ 174a und 174b StGB nahezu die Waage halten.

¹⁰⁹¹ Hier wird freilich unter Verweis auf die z. T. geringe Anzeigebereitschaft oder Aussagetüchtigkeit der Patienten eine hohe Dunkelziffer angenommen, vgl. BT-Drs. 13/2203, S. 4 (mindestens 300 betroffene Psychotherapie-Patienten pro Jahr in der BRD, unter Einbeziehung nicht anerkannter Therapieformen nach Schätzungen mindestens 600 Betroffene); Matt/Renzikowski-Eschelbach, Strafrecht, 2013, § 174c Rn. 2.

¹⁰⁹² Fischer, § 174a und § 174c, jeweils Rn. 15. Hinsichtlich § 174b StGB scheidet Tateinheit mit § 176 StGB hingegen jedenfalls rein praktisch aus, soweit es um die Tatvariante des Missbrauchs im Rahmen von Strafverfahren oder solchen zur Anordnung einer freiheitsentziehenden Maßregel der Besserung und Sicherung geht, denn diese werden nur gegen strafmündige Personen geführt (§ 19 StGB), die als Opfer einer Tat nach § 176 StGB ausscheiden. Idealkonkurrenz ist hinsichtlich der Tatbestandsvariante der "behördlichen Verwahrung" denkbar, wenn man die Heimerziehung nach § 34 SGB VIII hierzu zählt, vgl. LK-Körnle, § 174b Rn. 23 und unten II.2.a).

Auszug aus der PKS des BKA 2014 Sexueller Missbrauch gemäß (nur z. N. von Personen über 14 Jahren)	erfasste Fälle	% - Anteil an allen Taten	Aufklärung		Tatverdächtige			Opfer		
			Fälle	in % (AQ)	insges.	männlich	weiblich	insges.	männlich	weiblich
§ 174a StGB (Gefangene/Verwahrte)	33	0,0	26	78,8	27	20	7	34	15	19
§ 174b StGB (Amtsstellung)	9	0,0	7	77,8	7	6	1	9	5	4
§ 174c StGB (Behandlungs-/Betreuungsverh.)	140	0,0	136	97,1	110	106	4	143	28	115
zum Vergleich:										
Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung	46.982	0,8	36.864	78,5	33.101	30.782	2.319	insoweit nicht gesammelt erfasst		
Straftaten insgesamt	6.082.064	100,0	3.336.398	54,9	2.149.504	1.597.241	552.263	947.568	562.782	384.786

Quelle: PKS BKA 2014 (modifizierter Auszug). Es gilt die Datenlizenz Deutschland - Namensnennung - Version 2.0. <https://www.govdata.de/dl-de/by-2-0>

Die Strafverfolgungsstatistik, deren Daten wegen der Unterschiede in den Erhebungskriterien nicht ohne weiteres mit denjenigen der PKS vergleichbar sind, liegt erst für 2013 vor. Gleichwohl lässt sich die aus der PKS ersichtliche Tendenz auch hier ersehen:¹⁰⁹³

Vorschrift des StGB	abgeurteilt	verurteilt	Einstellung (ohne Maßregel)	Freispruch
§ 174a	9	7	1	1
§ 174b	2	1	-	1
§ 174c Abs. 1	31	21	4	6
§ 174c Abs. 2	2	1	1	-
Weibliche oder nach dem JGG abgeurteilte Personen: keine.				

II. Reformüberlegungen

1. Tatbestandsübergreifende Reformüberlegungen

a) Einbeziehung von "Hands-off"-Fällen?

Die Tatbestände der §§ 174a-174c StGB erfassen ausweislich ihres klaren Wortlauts durchweg nur sexuelle Kontakte mit Körperkontakt und unterscheiden sich damit insbesondere von der Regelung des § 174 StGB, dessen Absatz 3 auch sexuelle Handlungen des Täters vor dem Schutzbefohlenen und solche des Schutzbefohlenen vor dem Täter unter Strafe stellt.¹⁰⁹⁴ Daneben existieren weitere Missbrauchsvorschriften, die sexuelle Handlungen ohne Körperkontakt unter Strafe stellen, nämlich § 176 Abs. 4 Nr. 1 (sexuelle Handlungen vor einem Kind) und Nr. 2 (Bestimmen des Kindes zu sexuellen Handlungen, insbesondere vor

¹⁰⁹³ Quelle: Statistisches Bundesamt, Strafverfolgung, Fachserie 10 Reihe 3 – 2013 (Abgeurteilte und Verurteilte nach demographischen Merkmalen sowie Art der Straftat, angewandtem Strafrecht und Art der Entscheidung).

¹⁰⁹⁴ Vgl. Sch/Sch-Eisele, § 174a Rn. 2, § 174b Rn. 7 und § 174c Rn. 6; SK-Wolters, Strafgesetzbuch, 8. Auflage 2012, Band III, § 174a Rn. 5 und 16, § 174b Rn. 7 und § 174c Rn. 4, jeweils m. w. N.

dem Täter oder vor Dritten¹⁰⁹⁵) StGB.¹⁰⁹⁶ Auch die Absätze 1 bis 3 des § 180 StGB enthalten jeweils eine "Hands-off"-Variante, nämlich bei sexuellen Handlungen des Minderjährigen vor einem Dritten. Aus systematischen Gründen könnte deshalb erwogen werden, die §§ 174a-174c StGB entsprechend zu erweitern.

Andererseits ist zu sehen, dass die übrigen Vorschriften zum Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, insbesondere §§ 177, 179 StGB, auf eine Pönalisierung sexueller Handlungen ohne Körperkontakt verzichten, was wohl am ehesten dem Übermaßverbot geschuldet sein dürfte, denn die Eingriffsintensität ist bei sexuellen Handlungen ohne Körperkontakt deutlich geringer als bei solchen mit Körperkontakt.

Der Grund für die Einbeziehung solcher Handlungen bei den Jugendschutzdelikten liegt v. a. darin, dass dort neben die sexuelle Selbstbestimmung ein weiteres zu schützendes Rechtsgut tritt, nämlich die ungestörte (sexuelle) Entwicklung der Minderjährigen.¹⁰⁹⁷ Auch Distanzhandlungen sind geeignet, die Entwicklung von Kindern bzw. Minderjährigen zu gefährden¹⁰⁹⁸ oder bereits vorhandene Fehlentwicklungen in diesem Bereich zu fördern.¹⁰⁹⁹

Nun spielen diese Aspekte im Rahmen der §§ 174a-174c StGB zwar keine Rolle, denn diese Strafvorschriften gelten unabhängig vom Alter des Tatopfers. Es kann aber gefragt werden, ob nicht auch diese Missbrauchstatbestände neben der sexuellen Selbstbestimmung weitere Rechtsgüter schützen, die eine Einbeziehung der "Hands-off"-Fälle erlauben oder gar gebieten.

Das ist bei § 174a Abs. 2 und § 174c StGB eher nicht der Fall, denn diese Normen schützen nur¹¹⁰⁰ oder jedenfalls vorrangig¹¹⁰¹ die sexuelle Selbstbestimmung der Betroffenen. Anders liegen die Dinge, soweit die in Rede stehenden Vorschriften auch die störungsfreie Funktion von Vollzugseinrichtungen sowie das Vertrauen der Allgemeinheit in die Integrität der Aus-

¹⁰⁹⁵ Fischer, § 176 Rn. 11.

¹⁰⁹⁶ § 176 Abs. 4 Nr. 3 Buchstabe a StGB bezieht sich zwar u. a. auch auf sexuelle Handlungen des Kindes vor dem Täter oder einem Dritten. Hierbei handelt es sich jedoch um ein rein subjektives Tatbestandsmerkmal ("um... zu"); die eigentliche Tathandlung erschöpft sich im Einwirken auf das Kind mittels Schriften oder Informations- oder Kommunikationstechnologie.

¹⁰⁹⁷ LK-Hörnle, § 176 Rn. 1-3 m. w. N.

¹⁰⁹⁸ BGH, Urt. v. 14.12.2004 – 4 StR 255/04 –, BGHSt 49, 376-381, Rn. 12 – juris; SK-Wolters, § 176 Rn. 14.

¹⁰⁹⁹ Laubenthal, Handbuch Sexualstraftaten (2012), Rn. 617; SK-Wolters, § 180 Rn. 1a.

¹¹⁰⁰ Für § 174a StGB: Laubenthal, Rn. 340; Sch/Sch-Eisele, § 174a Rn. 1.

¹¹⁰¹ Vorrangig individualschützend: Sch/Sch-Eisele, § 174c Rn. 1; ähnlich auch Fischer, § 174c Rn. 2 und NK-Frommel, Strafgesetzbuch, 4. Auflage 2013, Band 2, § 174c Rn. 4. Darüber hinaus sollen nach dem Willen des Gesetzgebers aber auch die Integrität und Lauterkeit der Behandlungs- und Betreuungsverhältnisse, das diesbezügliche Vertrauen der Allgemeinheit, das Berufsethos der Heilberufe und das öffentliche Interesse an einem funktionierenden Gesundheitswesen geschützt werden (BT-Drs. 13/2203 S. 5), vgl. insoweit auch Laubenthal, Rn. 355 m. w. N. SK-Wolters, § 174c Rn. 2, verweist neben dem Individualschutz auf die Störungsfreiheit des Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses.

übung staatlicher Macht schützen (sollen¹¹⁰²), was bei § 174a Abs. 1 und § 174b StGB der Fall ist.¹¹⁰³ Diese Allgemeininteressen können ebenso gut tangiert sein, wenn der Täter sexuelle Handlungen vor dem Opfer vornimmt oder es dazu bestimmt, sexuelle Handlungen vor ihm vorzunehmen.¹¹⁰⁴ Auch die Frage, ob ein Missbrauch des Autoritätsverhältnisses bzw. der Amtsstellung vorliegt, hängt nicht von der Qualität der sexuellen Handlung als "Hands-on"- oder "Hands-off"-Delikt ab.

Es erschiene deshalb durchaus konsequent, die Tatbestände von § 174a Abs. 1 und § 174b StGB um eine an § 174 Abs. 3 StGB orientierte Regelung zu ergänzen, wobei es des dort einschränkenden Tatbestandsmerkmals "um sich oder den Schutzbefohlenen hierdurch sexuell zu erregen" hier nicht bedürfte. Denn damit wollte der Gesetzgeber Fälle ausscheiden, in denen die sexuelle Handlung zwar vor der betroffenen Person stattfindet, seine Anwesenheit aber nicht dem Zweck dient, ihn an dem sexuellen Vorgang teilhaben zu lassen, sondern z. B. auf beengten Wohnverhältnissen beruht.¹¹⁰⁵ Derlei – unter dem Gesichtspunkt des Schutzzwecks der Norm des § 174 StGB ohnehin kritisierte¹¹⁰⁶ – Aspekte werden aufgrund der abweichenden tatsächlichen Lebenssituation in den Fällen von § 174a Abs. 1, § 174b StGB kaum eine praktische Rolle spielen.

Ein Teil der von einer solchen Ergänzung betroffenen Sachverhalte wäre zwar schon durch § 240 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 StGB erfasst, wobei gegebenenfalls zugleich das weitere Regelbeispiel aus Nr. 3 (Missbrauch der Befugnisse oder der Stellung als Amtsträger) erfüllt sein kann. Gleichwohl verbliebe ein eigenständiger Anwendungsbereich für die so ergänzten Normen jedenfalls insoweit, als keine Nötigungsmittel zum Einsatz kommen, denn das "Be-

¹¹⁰² So BT-Drs. VI/3521 S. 25: "Daneben stehen derartige sexuelle Kontakte im eindeutigen Widerspruch zu dem mit der behördlichen Verwahrung angestrebten Ziel. Erziehungs- und Aufsichtsfunktionen sind beeinträchtigt, woraus im einzelnen in der Begründung des Entwurfs hingewiesen ist. Auch ist der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Anstaltsinsassen gefährdet und die Anstaltsdisziplin bedroht. Schließlich geht es auch um den Schutz des Vertrauens der Öffentlichkeit in die Integrität der Personen, denen Gefangene oder sonst behördlich verwahrte Personen anvertraut sind." Weiter zu § 174b StGB (S. 28): "Das neue Recht stellt vorrangig auf den Schutz der individuellen Freiheit ab. Daneben geht es - ähnlich wie beim Tatbestand der Bestechung - um das Vertrauen des Bürgers in die Objektivität des Staates; die Gleichbehandlung aller in behördlichen Verfahren wird durch mit dem dienstlichen Verhältnis im Zusammenhang stehende sexuelle Beziehungen einzelner zu Beamten in Frage gestellt."

¹¹⁰³ Str., dafür – unter Hinweis auf BT-Drs. VI/3521 – Fischer, § 174a und § 174b, jeweils Rn. 2; Laubenthal, Rn. 386 und 406; Sch/Sch-Eisele, § 174a und § 174b, jeweils Rn. 1; OLG München, Beschl. v. 28.6.2010 – 5St RR (I) 34/10, 5St RR (I) 034/10 –, Rn. 14 – juris. Abweichend bzw. einschränkend LK-Hörnle, § 174a Rn. 1-4 und § 174b Rn. 2; M/R-Eschelbach, § 174a und § 174b, jew. Rn. 1; MK-Renzikowski, Strafgesetzbuch, 2. Auflage 2012, Band 3, § 174a und § 174b, jeweils Rn. 2 ("erwünschte Nebenwirkung"); NK-Frommel, § 174a Rn. 5 f.; SK-Wolters, § 174a Rn. 2 (Störungsfreiheit des Gefangenen- bzw. Verwahrungsverhältnisses) und § 174b Rn. 2 (störungsfreier Ablauf des Verfahrens).

¹¹⁰⁴ Kritisch ausdrücklich zum Fehlen der letztgenannten Variante Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1, 10. Aufl. 2009, § 19 Rn. 11 ("*unverständlich*").

¹¹⁰⁵ Laubenthal, Rn. 611; Sch/Sch-Eisele, § 174 Rn. 18.

¹¹⁰⁶ LK-Hörnle, § 174 Rn. 49 (Beweggründe des Täters sind für die Verletzung der Intimsphäre der minderjährigen Person nicht relevant); ihr folgend MK-Renzikowski, § 174 Rn. 41.

stimmen" zur Vornahme sexueller Handlungen ist weit auszulegen und erfasst auch sonstige Formen der Einflussnahme, wie etwa Überredung oder Täuschung.¹¹⁰⁷

b) Einbeziehung Dritter in den Tatbestand?

Die Vorschriften der §§ 174a-174c StGB erfassen nur sexuelle Handlungen im Zwei-Personen-Verhältnis; vom Täter veranlasste Sexualkontakte des Opfers mit Dritten fallen aus dem Anwendungsbereich heraus.¹¹⁰⁸ Dieser Umstand wird, soweit ersichtlich, nicht kritisiert,¹¹⁰⁹ was nicht unbedingt einleuchtet. Das gilt zum einen aus systematischer Sicht, denn es finden sich eine Reihe von Vorschriften, die sexuelle Handlungen unter Einbeziehung Dritter pönalisieren, und zwar sowohl Missbrauchs-¹¹¹⁰ wie auch Nötigungstatbestände.¹¹¹¹ Aber auch im Hinblick auf die Eingriffsintensität ist die Nichteinbeziehung Dritter in §§ 174a-174c StGB unverständlich: Weder aus der Opferperspektive noch für die Strafwürdigkeit des Täters macht es einen erkennbaren Unterschied, ob dieser selbst mit dem Opfer sexuell aktiv wird oder (unter Missbrauch des für die Konstellationen der §§ 174a-174c StGB typischen Machtgefälles) sexuelle Kontakte des Opfers mit Dritten veranlasst. Die Vorschriften sollten deshalb entsprechend erweitert werden.

c) Strafraahmen

Die Einführung der erhöhten Mindeststrafe von drei Monaten Freiheitsstrafe in den §§ 174 ff. StGB durch das SexualdelÄndG beruhte auf der Überlegung, Diskrepanzen zu den ebenfalls angehobenen Strafraahmen der §§ 176, 179 StGB, deren minder schwere Fälle zudem gestrichen wurden, zu vermeiden. Namentlich wurden in der Gesetzesbegründung Beispielsfälle genannt, in denen neben dem sexuellen Missbrauch eines Kindes tateinheitlich ein sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen und neben dem sexuellen Missbrauch eines Widerstandsunfähigen tateinheitlich ein sexueller Missbrauch unter Ausnutzung eines Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses verwirklicht war.¹¹¹²

Man mag schon darüber streiten, ob dieses rein systematisch begründete "Missverhältnis" zwischen den Strafdrohungen der betroffenen Vorschriften tatsächlich zu Änderungen im Strafraahmen der §§ 174 ff. StGB zwang. Jedenfalls vermag dies nichts daran zu ändern, dass bei den in Rede stehenden Taten auch weiterhin solche denkbar sind, deren Schwere-

¹¹⁰⁷ Fischer, § 174 Rn. 13.

¹¹⁰⁸ Vgl. nur Laubenthal, Rn. 342, 357, 387, 407; LK-Hörnle, § 174a Rn. 23; MK-Renzikowski, § 174a Rn. 15 und 27, § 174b Rn. 14, § 174c Rn. 25.

¹¹⁰⁹ Wie vor.

¹¹¹⁰ § 176 Abs. 2, Abs. 4 Nr. 3 Buchstabe a; § 179 Abs. 2; § 182 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 Nr. 2 StGB. Vgl. auch § 180 Abs. 1 bis 3 StGB.

¹¹¹¹ § 177 Abs. 1 StGB.

¹¹¹² BT-Drs. 15/350, S. 15 f.

gehalten im unteren Bereich liegt, weil etwa die sexuellen Handlungen nur knapp über der Erheblichkeitsschwelle des § 184h Nr. 1 StGB liegen.¹¹¹³ Die Praxis kann und wird hierauf gegebenenfalls mit einer Einstellung des Verfahrens aus Opportunitätsgründen (§§ 153, 153a StPO) reagieren; ob dies im Sinne des Gesetzgebers und des Opfers ist, erscheint jedoch fraglich.¹¹¹⁴

Eine weitere, sachliche Rechtfertigung für die vorgenommene Strafverschärfung ist der damaligen Gesetzesbegründung nicht zu entnehmen.¹¹¹⁵ Es sollte daher erwogen werden, die erhöhte Mindeststrafe in den §§ 174 ff. StGB wieder abzuschaffen und zu den Strafrahmen in der Fassung vom 13.11.1998 (Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe) zurückzukehren. Dies gilt jedenfalls dann, wenn man für die Wiedereinführung des minder schweren Falls in § 176 StGB plädiert,¹¹¹⁶ weil die rein systematisch begründete Strafschärfung in den §§ 174 ff. StGB dann kaum noch zu halten sein wird.

2. Zu § 174a StGB – Sexueller Mißbrauch von Gefangenen, behördlich Verwahrten oder Kranken und Hilfsbedürftigen in Einrichtungen

§ 174a enthält zwei Tatbestände: Den sexuellen Missbrauch von Gefangenen oder Verwahrten durch Aufsichtspersonen usw. (Abs. 1) und den sexuellen Missbrauch von aufgenommenen Kranken und Hilfsbedürftigen durch ihre Betreuer (Abs. 2).

a) § 174a Abs. 1 – Erfassung von stationären Jugendhilfeeinrichtungen?

Nach § 174a Abs. 1 StGB macht sich u. a. strafbar, wer sexuelle Handlungen an einer auf behördliche Anordnung verwahrten Person, die ihm zur Erziehung anvertraut ist, unter Missbrauch seiner Stellung vornimmt oder sexuelle Handlungen von einer solchen Person an sich vornehmen lässt. Auf behördliche Anordnung verwahrt ist, wer sich aufgrund hoheitlicher Gewalt in staatlichem Gewahrsam befindet.¹¹¹⁷ Weite Teile des Schrifttums sehen auch die Unterbringung Minderjähriger in stationären Jugendhilfeeinrichtungen nach § 34 Abs. 1 SGB VIII als von der Norm umfasst an. Zur Begründung wird im Wesentlichen auf das Schutzbedürfnis der in Heimen untergebrachten Kinder und Jugendlichen verwiesen, deren

¹¹¹³ Sch/Sch-Eisele, vor §§ 174 ff. Rn. 9.

¹¹¹⁴ Ebenda.

¹¹¹⁵ Missverständlich NK-Frommel, §§ 174a-174c StGB, jew. Rn. 1: "...um deutlich zu machen, dass allenfalls über § 47 Abs. 2 eine Geldstrafe verhängt werden kann." Die Gesetzesbegründung führt zwar den entsprechenden Mechanismus aus, lässt aber nicht erkennen, dass es sich hierbei um das Ziel der Regelung handelt (BT-Drs. 15/350, S. 16).

¹¹¹⁶ So Bezzak, Impulsreferat "Der Reformbedarf beim sexuellen Missbrauch von Kindern".

¹¹¹⁷ BGH, Beschl. v. 28.4.2015 – 3 StR 532/14 –, Rn. 5 – juris.

Situation unter anderem durch eingeschränkte Fortbewegungsmöglichkeit und existenzielle Abhängigkeit vom Personal gekennzeichnet sei.¹¹¹⁸

Der Bundesgerichtshof hat dies in einer relativ aktuellen Entscheidung abweichend beurteilt.¹¹¹⁹ Es fehle an einer behördlichen Anordnung, weil Grundlage der Heimunterbringung bis auf wenige Ausnahmen die Entscheidung des Inhabers der Personensorge sei. Eine gesetzliche Grundlage für die Unterbringung Minderjähriger in einem Heim enthalte § 34 SGB VIII nicht. Die Entscheidung, eine stationäre Jugendhilfemaßnahme für das Kind oder den Jugendlichen in Anspruch zu nehmen, obliege allein dem Sorgeberechtigten. Unabhängig davon, ob die Eltern, ein Vormund oder das Jugendamt als Amtsvormund insoweit die Sorge ausübe, sei eine behördliche Anordnung damit nicht gegeben. Dies gelte selbst für den Fall der Unterbringung in einer geschlossenen Einrichtung, weil auch die Genehmigung durch das Familiengericht keine behördliche Anordnung darstelle; namentlich sei der Sorgeberechtigte nicht zu der (gerichtlich genehmigten) Unterbringung verpflichtet.

Den am Schutzbedürfnis der betroffenen Minderjährigen orientierten Einwänden des Schrifttums hat der Bundesgerichtshof eine Absage erteilt. Hiermit werde lediglich ein (vermeintliches) Strafbedürfnis artikuliert, auf das der Tatbestand des § 174a Abs. 1 StGB gerade nicht erstreckt worden sei; vielmehr habe der Gesetzgeber in Kenntnis der Problematik ausdrücklich darauf verzichtet, die Einrichtungen der freiwilligen Erziehungshilfe in den Schutzbereich des § 174a Abs. 1 StGB einzubeziehen (BT-Drucks. VI/3521, S. 26 f.).

Dieser Diskrepanz könnte gegebenenfalls Rechnung getragen werden, indem die fraglichen Jugendhilfeeinrichtungen ausdrücklich in den Tatbestand des § 174a Abs. 1 StGB aufgenommen würden. Ob es dieses zusätzlichen Schutzes neben den unterdessen ohnehin sehr weit gefassten Vorschriften von §§ 174, 176, 182 StGB tatsächlich bedarf, erscheint jedoch fraglich.¹¹²⁰

b) § 174a Abs. 1 – Erfassung von Unterbringungen mit gerichtlicher Genehmigung?

Personen, die nicht auf behördliche Anordnung, sondern von einem Betreuer (geschlossen) untergebracht worden sind, fallen nach h. M. nicht unter den Tatbestand des § 174a Abs. 1

¹¹¹⁸ Fischer, § 174a Rn. 4; Laubenthal, Rn. 393; LK-Hörnle, § 174a Rn. 12; MK-Renzikowski, § 174a Rn. 11; M/R-Eschelbach, § 174a Rn. 4.

¹¹¹⁹ BGH a. a. O.; ebenso Sch/Sch-Eisele, § 174a Rn. 4 unter Verweis auf Sch/Sch-Eser, § 120 Rn. 4.

¹¹²⁰ Auch in der zitierten Entscheidung hat der Bundesgerichtshof das Urteil der Vorinstanz lediglich insoweit aufgehoben, als der Angeklagte (teilweise tateinheitlich) wegen sexuellen Missbrauchs eines behördlich Verwahrten verurteilt worden war. Die Verurteilung wegen sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen bzw. von Kindern hat der BGH in der Sache gebilligt.

StGB.¹¹²¹ Aus der Sicht des Betroffenen spielt die – eher formalistisch anmutende – Unterscheidung zwischen originär gerichtlich angeordnetem und lediglich genehmigten Freiheitsentzug allerdings nur eine untergeordnete Rolle. In beiden Fällen liegt für ihn im Ergebnis eine freiheitsentziehende Maßnahme vor, in deren Vollzug der Untergebrachte in seinen Abwehrmöglichkeiten gegen sexuelle Übergriffe eingeschränkt sein kann.¹¹²²

Es könnte deshalb erwogen werden, künftig neben den "auf behördliche Anordnung" auch die "mit gerichtlicher Genehmigung" verwahrten Personen in den Schutzbereich der Norm einzubeziehen.¹¹²³ Da die überwiegende Zahl der denkbaren Sachverhalte bereits durch die §§ 174a Abs. 2,¹¹²⁴ 174c Abs. 1 StGB erfasst wird, besteht zwar kein dringendes Bedürfnis für eine Erweiterung des Schutzniveaus. Im Sinne eines Gleichlaufs mit § 174b StGB¹¹²⁵ wäre die Verschiebung in den Anwendungsbereich von § 174a Abs. 1 StGB jedoch sinnvoll.

c) § 174a Abs. 1 – Aufhebung bei Umsetzung des BMJV-Entwurfs?¹¹²⁶

Für den Fall, dass § 179 Abs. 1 Nr. 3 StGB-E ("Wer unter Ausnutzung einer Lage, in der eine andere Person ... im Fall ihres Widerstandes ein empfindliches Übel befürchtet ...") Gesetz wird, könnte über eine Aufhebung von § 174a Abs. 1 StGB nachgedacht werden. Denn nach der Entwurfsbegründung soll das "empfindliche Übel" nicht erfordern, dass das Opfer in der Tatsituation Furcht vor Körperverletzungs- oder Tötungsdelikten haben muss. Die Beeinträchtigung anderer Rechtsgüter, wie zum Beispiel der persönlichen Freiheit oder des Eigentums, könnten abhängig vom Einzelfall ebenso ein empfindliches Übel darstellen, wie etwa die Sorge, im Weigerungsfall eine Kündigung zu erhalten oder ausländerrechtliche Konsequenzen erdulden zu müssen.¹¹²⁷

In ähnlicher Weise könnte man Nachteile, die der Gefangene oder Verwahrte innerhalb des weiteren Vollzuges befürchtet, als ein solches empfindliches Übel und damit die fraglichen Taten als von der neuen Vorschrift erfasst ansehen. Dies vermag die Strafvorschrift des § 174a Abs. 1 StGB aber allenfalls dann zu ersetzen, wenn man das geschützte Rechtsgut ausschließlich in der sexuellen Selbstbestimmung sieht. Denn die Strafbarkeit nach § 179

¹¹²¹ Fischer, § 174a Rn. 4; Laubenthal, Rn. 393; MK-Renzikowski, § 174a Rn. 11; M/R-Eschelbach, § 174a Rn. 5. Es läge in der Logik der o. g. Entscheidung des Bundesgerichtshofes (Beschl. v. 28.4.2015 – 3 StR 532/14), dass auch dort Entsprechendes vertreten würde.

¹¹²² Kritisch insoweit LK-Hörnle, § 174a Rn. 13, die deshalb für eine weitere Auslegung des Begriffs "behördliche Anordnung" im Kontext des § 174a StGB plädiert.

¹¹²³ Damit würde zugleich auch ein Teil der o. g. Jugendhilfe-Fälle erfasst werden.

¹¹²⁴ Die Vorschrift erfasst namentlich die für Unterbringungen nach § 1906 Abs. 1 BGB in erster Linie relevanten (psychiatrischen) Krankenhäuser und Pflegeheime, vgl. nur LK-Hörnle, § 174a Rn. 39 f.

¹¹²⁵ Dazu sogleich.

¹¹²⁶ Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz - Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung.

¹¹²⁷ RefE S. 16 f.

Abs. 1 Nr. 3 StGB-E soll bei einvernehmlichen sexuellen Handlungen, die auf einer freiverantwortlichen Willensbildung beruhen, entfallen, wohingegen es bei § 174a Abs. 1 StGB auf das Einverständnis des Opfers grundsätzlich nicht ankommt. Sofern man auch Allgemeininteressen als vom Schutzzweck des § 174a Abs. 1 StGB umfasst ansieht oder ansehen will,¹¹²⁸ könnte deshalb nicht ohne Einbußen auf diese Norm verzichtet werden.

d) § 174a Abs. 1 – Erfassung von Anstaltspersonal ohne "Anvertrautsein"?

Die Vorschrift erfasst de lege lata nur Personen, denen das Opfer persönlich anvertraut ist.¹¹²⁹ Hierfür reicht zwar eine allgemeine Zuständigkeit aus, wenn sich daraus eine jederzeit realisierbare Einflussmöglichkeit ergibt,¹¹³⁰ andererseits entfällt das Merkmal, wenn der betreffende Vollzugs- oder Polizeibeamte mit dem Gefangenen oder Verwahrten "dienstlich nichts zu tun" hat oder ihm lediglich vorspiegelt, er sei zuständig.¹¹³¹ Dieses Ergebnis wird aus kriminalpolitischer Sicht und wegen des Schutzzwecks der Norm kritisiert, denn aus Sicht des Gefangenen ist die Unterscheidung zwischen zuständigem und unzuständigem Personal mitunter kaum möglich. Sie richtet sich in der Regel nach internen Dienstplänen, wohingegen für den Gefangenen jeder staatliche Macht verkörpert, der eine Uniform trägt oder sich jedenfalls in der Einrichtung frei bewegen kann und mit Autorität auftritt.¹¹³²

Um diesem Anliegen Geltung zu verschaffen, könnte an eine Erweiterung des § 174a Abs. 1 StGB um eine Vorschrift nach dem Vorbild des § 174 Abs. 2 StGB gedacht werden. Mit dieser Norm hat der Gesetzgeber insbesondere auf Rechtsprechung¹¹³³ zu Sachverhalten im Lehrer-Schüler-Verhältnis reagiert, die nach seiner Auffassung zu restriktiv war, um alle strafwürdigen Fälle zu erfassen. Nicht ausreichend berücksichtigt werde damit, dass "allein die überlegene soziale Rolle des Erwachsenen in einem Erziehungs-, Ausbildungs- oder Betreuungsverhältnis ein dem konkreten Obhutsverhältnis nahekommendes Machtgefälle zwischen dem Jugendlichen und dem betreffenden Erwachsenen zu begründen vermag, ohne dass ... ein konkretes Über- und Unterordnungsverhältnis besteht. Es handelt sich um ein strukturelles, Institutionen innewohnendes Macht- und Autoritätsgefälle, das es geraten erscheinen lässt, diese Institutionen von sexuellen Beziehungen im grundsätzlichen Über- und Unterordnungsverhältnis insoweit frei zu halten, als Jugendliche daran beteiligt sind."¹¹³⁴

¹¹²⁸ S. o. II.1.a).

¹¹²⁹ MK-Renzikowski, § 174a Rn. 13; M/R-Eschelbach, § 174a Rn. 5; Sch/Sch-Eisele, § 174a Rn. 5.

¹¹³⁰ Fischer, § 174a Rn. 6

¹¹³¹ MK-Renzikowski, § 174a Rn. 13 f.; SK-Wolters, § 174a Rn. 4 m. w. N.

¹¹³² LK-Hörnle, § 174a Rn. 19; kritisch auch Laubenthal, Rn. 401.

¹¹³³ OLG Koblenz, Beschl. v. 29.12.2011, Az. 1 Ss 213/11; BGH, Beschl. v. 25.04.2012, Az. 4 StR

74/12.

¹¹³⁴ BT-Drs. 18/2601, S. 27.

Fraglich ist allerdings, ob diese – bereits im Kontext der Änderung von § 174 Abs. 2 StGB zum Teil kritisierte¹¹³⁵ – Herangehensweise auf die Fälle des § 174a Abs. 1 StGB übertragen werden kann. Dabei ist zum einen zu berücksichtigen, dass der Aspekt des Jugendschutzes, der die Ausweitung von § 174 StGB trug, hier nicht im Vordergrund steht. Zum anderen kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass ein die sexuelle Selbstbestimmung tangierendes Machtgefälle in sämtlichen Fallkonstellationen gegeben ist oder vermutet werden kann. Dies mag zwar in dem o. g. Beispiel des uniformierten Vollzugsbeamten zu bejahen sein, kann aber bei dem von der Norm ebenfalls unterfallenden sonstigen Personal, wie etwa Lehrer, Pflegekräfte, Sozialarbeiter usw. durchaus anders gesehen werden. Eine entsprechende Ausweitung des Anwendungsbereichs ist daher letztlich kritisch zu sehen, zumal es bereits de lege lata Ansätze gibt, dem o. g. Problem durch eine weite Auslegung des Tatbestandsmerkmals "zur Beaufsichtigung anvertraut" zu begegnen.¹¹³⁶

e) § 174a Abs. 2 – Aufnahme der Wortgruppe "stationär oder teilstationär"?

Mit dem SexualdelÄndG wurde die zuvor im Wortlaut der Norm enthaltene Beschränkung auf "stationär" aufgenommene Personen gestrichen, um klarzustellen, "dass § 174a Abs. 2 auch bei teilstationären Einrichtungen anzuwenden ist".¹¹³⁷ Diese Streichung wird kritisiert, weil damit die Konturen des Tatbestandes verschwimmen¹¹³⁸ und sein Anwendungsbereich nurmehr durch den Begriff "aufgenommen" umrissen wird.¹¹³⁹ Zudem wird die Abgrenzung zu § 174c StGB erschwert, der bloße Beratungs-, Behandlungs- und Betreuungsverhältnisse, andererseits infolge des SexualdelÄndG auch körperlich Kranke und Behinderte erfasst.¹¹⁴⁰

Zu überlegen wäre deshalb, der ursprünglichen Intention des SexualdelÄndG dadurch Rechnung zu tragen, dass in § 174a Abs. 2 StGB die Wortgruppe "stationär oder teilstationär" aufgenommen wird. Dagegen spricht aber, dass auch der Begriff "teilstationär" Ungewissheiten unterliegt.¹¹⁴¹ Daher erscheint es zweifelhaft, ob mit einer solchen Änderung tatsächlich ein echter Mehrwert erzielt werden könnte, zumal sich hinsichtlich der diesbezüglichen

¹¹³⁵ Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins Nr.: 50/2014, S. 12 f.: Die Entwurfsbegründung bleibe den empirischen Beleg schuldig, dass die betroffenen Minderjährigen allein bei Nähe oder durch eine Institution begünstigt in ihrer Sexualautonomie beschränkt und in ihrer Abgrenzungsfähigkeit geschwächt seien.

¹¹³⁶ Laubenthal, Rn. 401.

¹¹³⁷ BT-Drs. 15/350, S. 16.

¹¹³⁸ M/R-Eschelbach, § 174a Rn. 8 f.; Sch/Sch-Eisele, § 174a Rn. 8.

¹¹³⁹ SK-Wolters, § 174a Rn. 14. Immerhin hat sich damit der frühere Streit erledigt, ob der Aufenthalt in der Einrichtung mit einer Übernachtung verbunden sein muss, vgl. LK-Hörnle, § 174a Rn. 41; MK-Renzikowski, § 174a Rn. 7 m. w. N.

¹¹⁴⁰ Sch/Sch-Eisele, § 174a Rn. 8 m. w. N.

¹¹⁴¹ Fischer, § 174a Rn. 7a: unklar, worin sich "teilstationäre" von "nicht-stationären" Einrichtungen unterscheiden; kritisch insoweit auch SK-Wolters, § 174a Rn. 14.

chen Auslegung von § 174a Abs. 2 StGB in der Fassung des SexualdelÄndG unterdessen eine relativ homogene Auffassung im Schrifttum herausgebildet hat.¹¹⁴²

f) § 174a Abs. 2 – Erweiterung des personellen Anwendungsbereichs auf Mitbewohner oder Patienten in der Einrichtung?

§ 174a Abs. 2 StGB erfasst nicht den Missbrauch durch Mitbewohner oder andere Patienten in der Einrichtung. Man könnte insoweit eine Erweiterung des Schutzbereichs in Erwägung ziehen: Die potentiellen Opfer einer Tat nach § 174a Abs. 2 StGB sind in ihren Abwehrfähigkeiten typischerweise geschwächt, weil sie erheblich krank oder hilfsbedürftig sind.¹¹⁴³ Diese Lage kann sich prinzipiell nicht nur Beaufsichtigungs- oder Betreuungspersonal, sondern gegebenenfalls auch eine (vielleicht weniger beeinträchtigte) mitbetreute Person zunutze machen. Allerdings fehlt es in dieser Konstellation an dem typischen Machtgefälle, das die Vorschriften der §§ 174a ff. StGB im Auge haben. Dieses ist bei § 174a Abs. 2 StGB dadurch gekennzeichnet, dass das hilfsbedürftige Opfer in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis zu dem erfassten Täterkreis steht.¹¹⁴⁴ Ein solches strukturelles Ungleichgewicht wird im Verhältnis zu Mitpatienten oder -bewohnern jedoch nicht typischerweise vermutet werden dürfen.

3. Zu § 174b StGB – Sexueller Mißbrauch unter Ausnutzung einer Amtsstellung

a) Klarstellung des sachlichen Anwendungsbereichs?¹¹⁴⁵

Im Schrifttum ist umstritten, ob die Norm bei Strafverfahren stets oder aber nur dann anwendbar ist, wenn Freiheitsstrafe droht. Für die letztgenannte, einschränkende Auslegung spricht der systematische Vergleich mit den anderen Tatbestandsvarianten des § 174b Abs. 1 StGB (freiheitsentziehende Maßregel, behördliche Verwahrung) sowie der Umstand, dass die Differenzierung zwischen (womöglich geringfügigen) Geldstrafen, die nach weitem

¹¹⁴² Vgl. Fischer, § 174a Rn. 7-8; Laubenthal, Rn. 345 f.; LK-Hörnle, § 174a Rn. 38 ff.; MK-Renzikowski, § 174a, Rn. 21 f.; M/R-Eschelbach, § 174a Rn. 8; Sch/Sch-Eisele, § 174a Rn. 8; SK-Wolters, § 174a Rn. 14. Differenzierungen gibt es u. a. im Hinblick auf den Zweck der Aufnahme in ein Kurheim und die Häufigkeit bzw. zeitliche Dauer des Aufenthalts. Daran würde aber die ausdrückliche Aufnahme auch teilstationärer Verhältnisse wohl kaum etwas ändern. Obergerichtliche Rechtsprechung ist, soweit ersichtlich, zu diesem Thema seither nicht ergangen.

¹¹⁴³ LK-Hörnle, § 174a Rn. 5.

¹¹⁴⁴ Laubenthal, Rn. 341. MK-Renzikowski, § 174a Rn. 1, spricht von ungleich verteiltem Vertrauen auf Seiten des Opfers und überlegenem Wissen auf Seiten des professionellen Helfers als Autoritätsperson.

¹¹⁴⁵ Nicht näher eingegangen werden soll hier auf die Frage, ob der Anwendungsbereich der Norm wegen vergleichbarer Zwangslagen in anderen Verfahrensarten grundlegend zu erweitern (dazu BT-Drs. VI/3521, S. 29) oder aber (wegen ähnlicher denkbarer Zwangslagen im privaten Lebens- oder Arbeitsumfeld) ganz auf die Vorschrift zu verzichten ist (insoweit BT-Drs. VI/3521, S. 28). Ob man von dem seinerzeit gefundenen Kompromiss, die Strafnorm in typisierender Betrachtung auf diejenigen Verfahren zu begrenzen, die mit Freiheitsentzug enden können, abrücken will, ist eine vorrangig rechtspolitische Entscheidung.

Normverständnis erfasst wären, und (u. U. erheblichen) Geldbußen, die unstreitig nicht ausreichen, wenig einleuchtend sei.¹¹⁴⁶

Nach anderer Auffassung gibt der Wortlaut für eine solch einschränkende Sichtweise nichts her. Überdies sei bei einem Strafverfahren stets von einer besonders starken Abhängigkeit des Betroffenen von staatlichen Organen bzw. einer entsprechend einschüchternden Wirkung auszugehen, sodass es auf die konkrete¹¹⁴⁷ Straferwartung – die, zumal für den Laien, ohnehin kaum vorhersehbar sei – nicht ankomme.¹¹⁴⁸

Eine gesetzgeberische Klarstellung könnte angesichts des umstrittenen Anwendungsbereichs erwogen werden, scheint aber, da die Norm in der Praxis nahezu bedeutungslos ist,¹¹⁴⁹ nicht vordringlich. Gegebenenfalls könnte im Rahmen der Gesetzesbegründung zur Neuregelung des 13. Abschnitts eine entsprechend klarstellende Passage aufgenommen werden. In jedem Fall wäre nach Auffassung des Verfassers einem weiten Normverständnis der Vorzug zu geben. Neben den bereits angeführten Argumenten ist nämlich zu bedenken, dass die einschränkende Auffassung Schutzbehauptungen des Täters (er habe geglaubt, es sei allenfalls mit Geldstrafe zu rechnen) Tür und Tor öffnet. Auch unter dem Gesichtspunkt der Bestimmtheit überzeugt es nicht, wenn die Anwendbarkeit der Strafvorschrift von etwaigen Strafzumessungserwägungen im Bezugsverfahren abhängen soll.

b) Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereichs auf Fälle der freiheitsentziehenden Unterbringung mit gerichtlicher Genehmigung?

Soweit man für § 174a Abs. 1 StGB die Erweiterung des strafrechtlichen Schutzes auch auf solche Verwehrverhältnisse befürwortet, die nicht auf behördliche Anordnung, sondern lediglich mit gerichtlicher Genehmigung erfolgen (s. o.), wäre es konsequent, diese Ausdehnung auch im Tatbestand des § 174b Abs. 1 StGB abzubilden. Im Anwendungsbereich von § 174b Abs. 1 StGB läge dies sogar noch etwas näher als bei § 174a Abs. 1 StGB, denn für das hier relevante Verfahrensstadium fehlen den §§ 174a Abs. 2, 174c Abs. 1 StGB vergleichbare Vorschriften, die das Unrecht entsprechender Handlungen¹¹⁵⁰ als Sexualstraftat¹¹⁵¹ abbilden würden.

¹¹⁴⁶ Laubenthal, Rn. 412; MK-Renzikowski, § 174b Rn. 8; M/S/M § 19 Rn. 6 und 17.

¹¹⁴⁷ Eine abstrakte Differenzierung nach zu erwartender Geld- oder Freiheitsstrafe ist schon deshalb nicht möglich, weil das Strafgesetzbuch keine Strafvorschriften mehr kennt, die ausschließlich Geldstrafe androhen; vgl. Fischer, § 40 Rn. 3.

¹¹⁴⁸ LK-Hörnle, § 174b Rn. 4; Sch/Sch-Eisele, § 174b Rn. 4; SK-Wolters, § 174b Rn. 4.

¹¹⁴⁹ Zur Statistik siehe oben I.2; obergerichtliche Rechtsprechung ist kaum veröffentlicht.

¹¹⁵⁰ Zu denken wäre etwa an einen Betreuungsrichter, der dem Betroffenen im Rahmen der Anhörung in Aussicht stellt, die beantragte Genehmigung zur Unterbringung abzulehnen, wenn dieser mit ihm sexuell verkehre.

c) Erweiterung des personalen Anwendungsbereichs auf Täterseite?

Täter des Delikts kann nach h. M. nur sein, wer am Verfahren "entscheidungserheblich" mitwirkt,¹¹⁵² d. h. insbesondere Richter, Staatsanwälte, Polizeibeamte, gegebenenfalls auch Sachverständige. Teilweise wird darüber hinaus die Einbeziehung sog. Hilfspersonals mit Amtsträgereigenschaft gefordert, weil dem Betroffenen die interne Behördenorganisation und damit verbundene Kompetenzen oft nur rudimentär bekannt seien; entscheidend sei aus Sicht des Opfers, ob der die sexuellen Handlungen Fordernde in dem Verfahren als überlegene, mit Hoheitsmacht ausgestattete Person auftritt.¹¹⁵³

Die Problematik ist eine Ähnliche wie bei der Frage nach der möglichen Einbeziehung von Anstaltspersonal ohne "Anvertrautsein" in den Anwendungsbereich von § 174a Abs. 1 StGB (s. o.). Auch dort geht es um Fälle, in denen die nach außen hin erscheinende Autoritätsstellung den Mangel an tatsächlicher Zuständigkeit oder Einflussmöglichkeit wettmachen soll. Im Einzelfall mag es vorkommen, dass ein besonders dreister oder selbstbewusst auftretender Hilfsbeamter bei dem Verfahrensbetroffenen einen entsprechenden Eindruck erweckt. Man wird aber auch hier fragen müssen, ob ein die sexuelle Selbstbestimmung tangierendes Machtgefälle tatsächlich in sämtlichen Fallkonstellationen vermutet werden kann.

d) Erweiterung des personalen Anwendungsbereichs auf Opferseite?

Zum geschützten Personenkreis gehören nur diejenigen, die in das Verfahren selbst verwickelt sind, nicht aber Angehörige, die sich von dem Täter missbrauchen lassen, um Nachteile von dem Betroffenen abzuwenden.¹¹⁵⁴ Auch dies wird, soweit ersichtlich, nicht weiter kritisiert.¹¹⁵⁵ Eine pauschale Einbeziehung von Angehörigen (§ 11 Abs. 1 Nr. 1 StGB) des Betroffenen in den Schutzbereich der Norm dürfte indes auch zu weit führen. Denn während der Betroffene selbst aufgrund der ihm drohenden Strafe, Maßregel oder Verwahrung praktisch immer in einem besonderen Abhängigkeitsverhältnis zu dem jeweiligen Amtsträger steht, kann dies für Angehörige nicht undifferenziert bejaht werden. Vielmehr hängt die Anfäl-

¹¹⁵¹ Je nach den Umständen könnte freilich ein Amtsdelikt verwirklicht sein; zum Geschlechtsverkehr als "Vorteil" im Sinne der §§ 331 ff. StGB vgl. etwa BGH, Urt. v. 29.3.1994 – 1 StR 12/94 – juris.

¹¹⁵² Fischer, § 174b Rn. 3; Laubenthal, Rn. 418 f.; MK-Renzikowski, § 174b Rn. 13; M/R-Eschelbach, § 174b Rn. 9; NK-Frommel, § 174b Rn. 11; Sch/Sch-Eisele, § 174b Rn. 10; SK-Wolters, § 174b Rn. 12.

¹¹⁵³ LK-Hörnle, § 174b Rn. 7, gedacht ist etwa an Geschäftsstellen- und Protokollbeamte, Wachbeamte im Sitzungssaal usw.

¹¹⁵⁴ Laubenthal, Rn. 412; LK-Hörnle, § 174b Rn. 14; MK-Renzikowski, § 174b Rn. 7; Sch/Sch-Eisele, § 174b Rn. 3; SK-Wolters, § 174b Rn. 3.

¹¹⁵⁵ Wie vor; andeutungsweise kritisch zu verstehen evtl. Sch/Sch-Eisele, § 174b Rn. 3: "analoge Situation".

ligkeit für sexuelle Pressionen des Täters davon ab, wie nahe der Angehörige dem Betroffenen tatsächlich (und nicht nur rechtlich) steht.

e) Aufhebung bei Umsetzung des BMJV-Entwurfs?

Auch hier könnte an eine Streichung gedacht werden, sofern § 179 Abs. 1 Nr. 3 StGB-E Gesetz wird. Denn § 174b StGB soll v. a. Fälle erfassen, in denen das Opfer dem Ansinnen des Täters nachgibt, weil es widrigenfalls Nachteile für sich in dem betreffenden Verfahren befürchtet. Andererseits gelten die o. g. Ausführungen zu § 174a Abs. 1 StGB hier entsprechend: Sieht man durch § 174b StGB auch Allgemeininteressen geschützt, ist für ein tatbestandsausschließendes Einverständnis in der Regel kein Raum. Auch würde man den Missbrauch durch Inaussichtstellen (ungerechtfertigter) Verfahrensvorteile dann nicht mehr als Sexualdelikt, sondern allenfalls über die §§ 331 ff. StGB erfassen.¹¹⁵⁶

4. Zu § 174c StGB – Sexueller Mißbrauch unter Ausnutzung eines Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses

a) § 174c Abs. 1 – Revision der Erfassung körperlicher Krankheiten oder Behinderungen?

Mit dem SexualdelÄndG hat der Gesetzgeber in Abkehr von einer früheren Einschätzung¹¹⁵⁷ die Fälle körperlicher Krankheiten oder Behinderung in den Tatbestand des § 174c StGB einbezogen, weil körperliche und seelische Krankheiten bei mehrfach behinderten Patienten oft so eng miteinander verzahnt seien, dass eine Erkennung, Heilung oder Linderung nur unter einem Gesichtspunkt nicht möglich sei. Überdies könne auch in solchen Fällen eine Abhängigkeit bestehen, die durch die Überlegenheit des Therapeuten und ein besonderes Vertrauen des Patienten gekennzeichnet sei.¹¹⁵⁸ Die damit einhergehende Ausdehnung des Tatbestandes hat dessen Anwendungsbereich massiv erweitert und – insbesondere durch die Erfassung von körperlichen Erkrankungen auch einfacher und kurzfristiger Natur – überzogen.¹¹⁵⁹ Geht man davon aus, dass der Zweck der Norm darin liegt, die in Abhängigkeitsverhältnissen reduzierte Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung zu schützen, erfasst die

¹¹⁵⁶ Diese Vorschriften decken aber nicht ohne weiteres alle strafbedürftigen Fälle ab. Speziell die Bestechung setzt in jedem Fall ein Austauschverhältnis zwischen einer bestimmten Amtshandlung und dem angenommenen oder geforderten Vorteil (hier: der sexuellen Handlung) voraus, das sich aber häufig nicht feststellen oder nachweisen lassen wird, so in den Fällen, in denen jemand die Handlung lediglich mit dem Hintergedanken über sich ergehen lässt, die Beziehung werde sich für ihn günstig auswirken, vgl. BT-Drs. VI/3521, S. 28 f.

¹¹⁵⁷ BT-Drs. 13/8267, S. 6, 11.

¹¹⁵⁸ BT-Drs. 15/350, S. 16.

¹¹⁵⁹ Fischer, § 174c Rn. 2a; LK-Hörnle, § 174c Rn. 4; M/S/M § 19 Rn. 1; M/R-Eschelbach, § 174c Rn. 6.

Vorschrift zunächst einmal wesentlich mehr Fälle als unbedingt nötig. Dies gilt insbesondere für geringfügige und gewöhnliche, etwa Erkältungskrankheiten.

Da hier von einer typischerweise reduzierten Fähigkeit zur freien Willensentschließung bzw. -betätigung anders als bei psychischen Erkrankungen keine Rede sein kann,¹¹⁶⁰ wird man geneigt sein, als Korrektiv das Tatbestandsmerkmal des "Missbrauchs des Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses" entsprechend restriktiv zu handhaben.¹¹⁶¹ Dies ist ohne Widersprüche indes kaum möglich:

Zum einen kam es dem Gesetzgeber gerade darauf an, sexuelle Kontakte in Beratungs-, Behandlungs- und Betreuungsverhältnissen generell – und damit eben auch bei nur körperlichen Leiden – als missbräuchlich auszuschließen.¹¹⁶² So verständlich die für eine restriktive Handhabung vorgebrachten Argumente¹¹⁶³ auch sein mögen, ist doch die Ersetzung des gesetzgeberischen Willens durch die individuelle Vernunft¹¹⁶⁴ des jeweiligen Rechtsanwenders problematisch.

Zum anderen führen die Bemühungen um eine sinnvolle Eingrenzung des Anwendungsbereichs der Norm dazu, dass der "Missbrauch" – obwohl es sich um ein und denselben Tatbestand handelt – für die Fälle der geistigen oder seelischen Beeinträchtigungen anders zu beurteilen ist als bei körperlichen Krankheiten oder Behinderungen. So wird für den ersten Fall der Missbrauch unter denselben Voraussetzungen angenommen, wie in § 174a Abs. 1 StGB, d. h. schon dann, wenn der Täter die Gelegenheit, die seine Vertrauensposition bietet, unter Verletzung der mit dieser verbundenen Pflichten zur Vornahme der Tathandlung ausnutzt; die Ausnutzung einer konkreten krankheits- oder behinderungsbedingten Abhängigkeit oder Hilflosigkeit, sei nicht erforderlich.¹¹⁶⁵ Dagegen wird bei körperlichen Krankheiten oder Behinderungen eine Prüfung anhand aller Umstände im Einzelfall verlangt¹¹⁶⁶ bzw. der Fokus darauf gelenkt, dass ein Missbrauch jedenfalls dann nicht vorliege, wenn ein freiverantwortliches Einverständnis festgestellt werden kann.¹¹⁶⁷

¹¹⁶⁰ Vgl. nur Laubenthal, Rn. 365 und Sch/Sch-Eisele, § 174c Rn. 4a m. w. N.

¹¹⁶¹ MK-Renzikowski, § 174c Rn. 17; SK-Wolters, § 174c Rn. 2b; Sch/Sch-Eisele, § 174c Rn. 4a.

¹¹⁶² BGH, Urt. v. 14.4.2011 – 4 StR 669/10 –, BGHSt 56, 226-234, Rn. 29 f. – juris.

¹¹⁶³ Vgl. etwa Fischer, § 174c Rn. 5, 5a.

¹¹⁶⁴ Fischer, ebenda am Ende: Eine vernünftige Anwendung des Tatbestands sei nur durch intuitive (!) Auslegung des Begriffs "Missbrauch" im Einzelfall möglich.

¹¹⁶⁵ BT-Drs. 13/8267, S. 7; Laubenthal, Rn. 372 f.; Sch/Sch-Eisele, § 174c Rn. 6a; SK-Wolters, § 174c Rn. 5. LK-Hörnle, § 174c Rn. 19, geht hier von einer Missbrauchsvermutung aus, die nur in Ausnahmefällen widerlegt werden könne (Rn. 20).

¹¹⁶⁶ LK-Hörnle, § 174c Rn. 21; SK-Wolters, § 174c Rn. 5a

¹¹⁶⁷ LK-Hörnle, § 174c Rn. 22; MK-Renzikowski § 174c Rn. 29; M/R-Eschelbach § 174c Rn. 18; Sch/Sch-Eisele § 174c Rn. 6b; a. A. BGH, Urt. v. 14.4.2011 – 4 StR 669/10 –, BGHSt 56, 226-234: Die Einvernehmlichkeit der sexuellen Handlung sei zwar regelmäßig Voraussetzung für fehlenden Missbrauch, genüge für sich genommen aber zu dessen Ausschluss noch nicht.

Konsequenter erschiene es, den Anwendungsbereich des Tatbestands von § 174c Abs. 1 StGB (wieder) auf diejenigen Fälle zu beschränken, in denen eine Gefährdung des Rechtsguts typischerweise vorliegt, was bei rein körperlichen Erkrankungen eben nicht der Fall ist.¹¹⁶⁸ Relevante Schutzlücken sind bei einer solchen Beschneidung nicht zu erwarten,¹¹⁶⁹ namentlich ist zu berücksichtigen, dass die fraglichen Sachverhalte, je nach den konkreten Umständen, zugleich auch unter die §§ 174a Abs. 2, 177, 179 StGB fallen können.

b) § 174c Abs. 2 – Klarstellung in Bezug auf den tauglichen Täter?

Nach Auffassung des Bundesgerichtshofes kann Täter des § 174c Abs. 2 StGB nur sein, wer zum Führen der Bezeichnung "Psychotherapeut" berechtigt ist und sich bei der Behandlung wissenschaftlich anerkannter psychotherapeutischer Verfahren bedient.¹¹⁷⁰ Eine weitere Auslegung, die auch nicht anerkannte, "alternative" Therapieformen sowie Behandlungen durch "Außenseiter" oder "Scharlatane" erfassen würde, hat der BGH wegen der damit verbundenen Weite und Unbestimmtheit der Norm abgelehnt.

Diese Rechtsprechung wird im Schrifttum nahezu ausnahmslos¹¹⁷¹ kritisiert, weil sie in den Gesetzesmaterialien keine hinreichende Stütze findet; im Gegenteil sei wegen des Schutzzwecks der Norm eine weite Auslegung geboten.¹¹⁷² Aus den Gesetzesmaterialien geht eindeutig hervor, dass auch "Außenseiter, die keinen anerkannten Heilberuf ausüben"¹¹⁷³ von der Strafdrohung erfasst werden sollen. Es komme für die Strafwürdigkeit auch nicht auf die unterschiedlichen denkbaren beruflichen Qualifikationen an, sondern nur darauf, dass das Opfer dem Täter anvertraut ist. Die Aufzählung bestimmter Berufsgruppen erscheine angesichts der bezweckten Schließung von Strafbarkeitslücken als nicht sinnvoll.¹¹⁷⁴

Auch wenn also die Auslegung der Norm durch den Bundesgerichtshof nicht überzeugt wird, eine gesetzgeberische Klarstellung im Gesetzeswortlaut kaum sinnvoll möglich sein. Aufgrund der enormen Vielfalt der denkbaren und – gewolltermaßen – erfassten Behandlungsmethoden ließe sich der Anwendungsbereich nur unter großen Mühen positiv beschreiben. Hierunter würde die Übersichtlichkeit der Vorschrift zudem enorm leiden. Umgekehrt wäre eine Klarstellung in negativer Form, etwa durch den Nachsatz: "Die Strafbarkeit wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Täter zum Führen der Bezeichnung "Psychotherapeut"

¹¹⁶⁸ Fischer, § 174c Rn. 5a m. w. N.

¹¹⁶⁹ Fischer, § 174c Rn. 2a.

¹¹⁷⁰ BGHSt 54, 169-176.

¹¹⁷¹ Vgl. aber Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. 2014, § 174c Rn. 7.

¹¹⁷² Vgl. etwa Fischer, § 174c Rn. 6a ff.; Laubenthal, Rn. 378; MK-Renzikowski, § 174c Rn. 21 f.; ders. NStZ 2010, 694; jeweils m. w. N.

¹¹⁷³ BT-Drs. 13/2203, S. 4.

¹¹⁷⁴ BT-Dr 13/8267, S. 7.

nicht berechtigt ist oder sich bei der Behandlung keines wissenschaftlich anerkannten psychotherapeutischen Verfahrens bedient.", zwar möglich; diese würde aber die auszuscheidenden Fälle¹¹⁷⁵ wiederum nicht abschließend erfassen und deshalb andere Auslegungsprobleme und Rechtsunsicherheiten eröffnen.

Von einer Änderung des Gesetzeswortlauts allein mit Blick auf die zitierte Rechtsprechung sollte daher Abstand genommen werden. Gegebenenfalls könnte im Rahmen der Gesetzesbegründung zu einer Neufassung der Vorschriften die Problematik erneut aufgegriffen werden; ob die Rechtsprechung sich hiervon beeindrucken lässt, bliebe freilich abzuwarten.

c) § 174c Abs. 2 – Streichung der Wortgruppe "unter Mißbrauch des Behandlungsverhältnisses"?

Da nach h. M.¹¹⁷⁶ innerhalb psychotherapeutischer Behandlungsverhältnisse ein umfassendes Abstinenzgebot gilt und praktisch jede sexuelle Handlung als Missbrauch des Behandlungsverhältnisses anzusehen ist, könnte die betreffende Wortgruppe aus Klarstellungsgründen und zur Straffung des Gesetzestextes gestrichen werden. Dies wäre angesichts der u. U. verheerenden Auswirkungen¹¹⁷⁷ solcher Handlungen im Verhältnis zwischen Therapeut und Patient ein klares Signal.

5. Systematische Neuordnung der Tatbestände und Regelungsvorschlag

Zu guter Letzt könnte erwogen werden, die Vorschriften in Abhängigkeit vom jeweils geschützten Rechtsgut systematisch neu zu ordnen, indem die Regelungen des bisherigen § 174a Abs. 1 und § 174b StGB einerseits und des bisherigen § 174a Abs. 2 und § 174c StGB andererseits in jeweils einer neuen Vorschrift zusammengefasst werden. Damit ergibt sich unter Berücksichtigung der weiteren Überlegungen folgender Regelungsvorschlag:

§§ 174a-174c StGB (bisherige Fassung)	§§ 174a und 174b StGB (Vorschlag n. F.)
§ 174a Sexueller <i>Mißbrauch</i> von Gefangenen, <i>behördlich</i> Verwahrten <i>oder</i> Kranken <i>und Hilfsbedürftigen in Einrichtungen</i>	§ 174a Sexueller Missbrauch von Gefangenen oder Verwahrten und sexueller Missbrauch unter Ausnutzung einer Amtsstellung

¹¹⁷⁵ Eine Abgrenzung ist insbesondere notwendig bei therapeutischen Ansätzen zu Verhaltensänderungen oder zur Verbesserung sozialer Fähigkeiten, ebenso im Hinblick auf Aktivitäten religiöser und weltanschaulicher Vereinigungen, soweit sie eine Besserung des seelischen Wohlbefindens der Gläubigen und Mitglieder anstreben. Vgl. zum Ganzen LK-Hörnle, § 174c Rn. 33-35.

¹¹⁷⁶ Fischer, § 174c Rn. 10a; Laubenthal, Rn. 379; LK-Hörnle, § 174c Rn. 40; MK-Renzikowski, § 174c Rn. 28.

¹¹⁷⁷ Vgl. Laubenthal, Rn. 375; LK-Hörnle, § 174c Rn. 3; MK-Renzikowski § 174c Rn. 8 und 28 m. w. N.

§§ 174a-174c StGB (bisherige Fassung)	§§ 174a und 174b StGB (Vorschlag n. F.)
<p>(1) Wer sexuelle Handlungen an einer gefangenen oder auf behördliche Anordnung verwahrten Person, die ihm zur Erziehung, Ausbildung, Beaufsichtigung oder Betreuung anvertraut ist, unter <i>Mißbrauch</i> seiner Stellung vornimmt oder an sich von der gefangenen oder verwahrten Person vornehmen <i>läßt</i>, wird mit Freiheitsstrafe <i>von drei Monaten bis zu fünf Jahren</i> bestraft.</p> <p>§ 174b <i>Sexueller Mißbrauch unter Ausnutzung einer Amtsstellung</i></p> <p>(1) Wer als Amtsträger, der zur Mitwirkung an einem Strafverfahren <i>oder</i> an einem Verfahren zur Anordnung einer freiheitsentziehenden Maßregel der Besserung und Sicherung oder <i>einer behördlichen Verwahrung</i> berufen ist, unter <i>Mißbrauch</i> der durch das Verfahren begründeten Abhängigkeit sexuelle Handlungen an demjenigen, gegen den sich das Verfahren richtet, vornimmt oder an sich von dem anderen vornehmen <i>läßt</i>, wird mit Freiheitsstrafe <i>von drei Monaten bis zu fünf Jahren</i> bestraft.</p>	<p>(1) Wer sexuelle Handlungen an einer gefangenen oder auf behördliche Anordnung oder mit gerichtlicher Genehmigung verwahrten Person, die ihm zur Erziehung, Ausbildung, Beaufsichtigung oder Betreuung anvertraut ist, unter Missbrauch seiner Stellung vornimmt oder an sich von der gefangenen oder verwahrten Person vornehmen lässt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.</p> <p>(2) Ebenso wird bestraft, wer als Amtsträger, der zur Mitwirkung</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. an einem Strafverfahren, 2. an einem Verfahren zur Anordnung einer freiheitsentziehenden Maßregel der Besserung und Sicherung oder 3. an einem Verfahren zur Verwahrung auf behördliche Anordnung oder mit gerichtlicher Genehmigung <p>berufen ist, unter Missbrauch der durch das Verfahren begründeten Abhängigkeit sexuelle Handlungen an demjenigen, gegen den sich das Verfahren richtet, vornimmt oder an sich von dem anderen vornehmen lässt.</p> <p>(3) Ebenso wird bestraft, wer unter den Voraussetzungen von Absatz 1 oder 2 die betroffene Person dazu bestimmt, dass sie sexuelle Handlungen an einem Dritten vornimmt oder von einem Dritten an sich vor-</p>

§§ 174a-174c StGB (bisherige Fassung)	§§ 174a und 174b StGB (Vorschlag n. F.)
<p>§ 174a (3) / § 174b (2)</p> <p>Der Versuch ist strafbar.</p>	<p>nehmen lässt.</p> <p>(4) Wer unter den Voraussetzungen von Absatz 1 oder 2</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. sexuelle Handlungen vor der betroffenen Person vornimmt oder 2. die betroffene Person dazu bestimmt, dass sie sexuelle Handlungen vor ihm oder vor einem Dritten vornimmt, <p>wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.</p> <p>(5) Der Versuch ist strafbar.</p>
<p>§ 174c Sexueller <i>Mißbrauch</i> unter Ausnutzung eines Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses</p> <p>(1) Wer sexuelle Handlungen an einer Person, die ihm wegen einer geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung einschließlich einer Suchtkrankheit <i>oder wegen einer körperlichen Krankheit oder Behinderung</i> zur Beratung, Behandlung oder Betreuung anvertraut ist, unter <i>Mißbrauch</i> des Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses vornimmt oder an sich von ihr vornehmen <i>läßt</i>, wird mit Freiheitsstrafe <i>von drei Monaten bis zu fünf Jahren</i> bestraft.</p> <p>(2) Ebenso wird bestraft, wer sexuelle Handlungen an einer Person, die ihm zur</p>	<p>§ 174b Sexueller Missbrauch unter Ausnutzung eines Beratungs-, Behandlungs-, Beaufsichtigungs- oder Betreuungsverhältnisses</p> <p>(1) Wer sexuelle Handlungen an einer Person, die ihm wegen einer geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung einschließlich einer Suchtkrankheit zur Beratung, Behandlung oder Betreuung anvertraut ist, unter Missbrauch des Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses vornimmt oder an sich von ihr vornehmen lässt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.</p> <p>(2) Ebenso wird bestraft, wer sexuelle Handlungen an einer Person, die ihm zur</p>

§§ 174a-174c StGB (bisherige Fassung)	§§ 174a und 174b StGB (Vorschlag n. F.)
<p>psychotherapeutischen Behandlung anvertraut ist, <i>unter Mißbrauch des Behandlungsverhältnisses</i> vornimmt oder an sich von ihr vornehmen <i>läßt</i>.</p> <p><i>§ 174a Sexueller Mißbrauch von ... Kranken und Hilfsbedürftigen in Einrichtungen</i></p> <p>(2) <i>Ebenso wird bestraft</i>, wer eine Person, die in einer Einrichtung für kranke oder hilfsbedürftige Menschen aufgenommen und ihm zur Beaufsichtigung oder Betreuung anvertraut ist, dadurch <i>mißbraucht</i>, daß er unter Ausnutzung der Krankheit oder Hilfsbedürftigkeit dieser Person sexuelle Handlungen an ihr vornimmt oder an sich von ihr vornehmen <i>läßt</i>.</p> <p>§ 173a (3) / § 174c (3)</p> <p>Der Versuch ist strafbar.</p>	<p>psychotherapeutischen Behandlung anvertraut ist, vornimmt oder an sich von ihr vornehmen <i>lässt</i>.</p> <p>(3) <i>Nach Absatz 1 wird auch</i> bestraft, wer eine Person, die in einer Einrichtung für kranke oder hilfsbedürftige Menschen aufgenommen und ihm zur Beaufsichtigung oder Betreuung anvertraut ist, dadurch <i>missbraucht</i>, <i>dass</i> er unter Ausnutzung der Krankheit oder Hilfsbedürftigkeit dieser Person sexuelle Handlungen an ihr vornimmt oder an sich von ihr vornehmen <i>lässt</i>.</p> <p>(4) <i>Ebenso wird bestraft, wer unter den Voraussetzungen von Absatz 1, 2 oder 3 die betroffene Person dazu bestimmt, dass sie sexuelle Handlungen an einem Dritten vornimmt oder von einem Dritten an sich vornehmen lässt</i>.</p> <p>(5) Der Versuch ist strafbar.</p>

13. Dr. Benjamin Krause

– Pornographiedelikte der §§ 184 ff StGB –

I. Pornografiedelikte in der Praxis – „Worüber reden wir?“

In der Polizeilichen Kriminalstatistik (PKS) 2014 werden bezüglich der Pornographiedelikte der §§ 184 ff. StGB insgesamt 10.192 Fälle ausgewiesen. Diese Zahl ist im Vergleich zur Vorjahresstatistik 2013 zwar um 704 Fälle um damit um 7,4 % relativ gestiegen. Gegenüber den 2014 insgesamt festgestellten Straftaten von insgesamt über 6 Millionen stellen die Pornografiedelikte jedoch eine verschwindend geringe Teilmenge von 0,001 % dar:

Straftaten/-gruppen	erfasste Fälle	
	2014	2013
Straftaten insgesamt	6.082.064	5.961.662
Verbreitung pornographischer Schriften (Erzeugnisse) gemäß §§ 184, 184a, 184b, 184c, 184d StGB	10.192	9.488

(Quelle: PKS Bundeskriminalamt 2014)

Innerhalb der Pornografiedelikte sind die Straftaten im Zusammenhang mit **Kinderpornografie** (ca. 6.500 Fälle) und **Jugendpornografie** (ca. 1.000 Fälle) die mit Abstand relevanteste Gruppe:

Straftaten/-gruppen	erfasste Fälle	
	2014	2013
Besitz/Verschaffung von Kinderpornographie gemäß § 184b Abs. 2 und 4 StGB	3.982	4.144
Verbreitung von Kinderpornographie gemäß § 184b Abs. 1 StGB	2.535	2.471
Verbreitung kinderpornographischer Schriften (Erzeugnisse) durch gewerbs-/bandenmäßiges Handeln gemäß § 184b Abs. 3 StGB	77	76

(Quelle: PKS Bundeskriminalamt 2014)

Straftaten/-gruppen	erfasste Fälle	
	2014	2013
Besitz/Verschaffung von Jugendpornographie gemäß § 184c Abs. 2 und 4 StGB	506	400
Verbreitung von Jugendpornographie gemäß § 184c Abs. 1 StGB	590	447
Verbreitung jugendpornographischer Schriften (Erzeugnisse) durch gewerbs-/ bandenmäßiges Handeln gemäß § 184c Abs. 3 StGB	9	9

(Quelle: PKS Bundeskriminalamt 2014)

Diese vergleichsweise hohe Zahl von festgestellten Straftaten im Bereich der Kinderpornografie ist ausschließlich auf die stärkere polizeiliche Kontrollintensität in diesem Deliktsbereich durch sogenannte „anlassunabhängige Recherchen“ „Tauschpartnerverfahren“ und „international koordinierte Ermittlungsverfahren“ zurückzuführen. Strafanzeigen von Bürgern liegen in diesem Deliktsbereich in der Praxis nicht vor, so dass bei diesem klassischen „**Kontrolldelikt**“ von einem sehr hohen Dunkelfeld auszugehen ist.

Dies zeigt sich eindrücklich an einem Vergleich mit den bekannt gewordenen Fällen **sexuellen Missbrauchs von Kindern und Jugendlichen**. Die in diesem Zusammenhang festgestellte Zahl von ca. 22.500 Fällen ist etwa dreimal so hoch wie die Gesamtfälle der Kinder- und Jugendpornografiedelikte:

Straftaten/-gruppen	erfasste Fälle	
	2014	2013
Sexueller Missbrauch §§ 176, 176a, 176b, 179, 182, 183, 183a StGB	22.422	22.433

(Quelle: PKS Bundeskriminalamt 2014)

Die **übrigen Tatbestände** der Pornografiedelikte spielen in der Praxis nahezu keine Rolle:

Straftaten/-gruppen	erfasste Fälle	
	2014	2013
Sonstige Verbreitung pornographischer Schriften (Erzeugnisse) gemäß § 184 StGB	955	807
Verbreitung gewalt- oder tierpornographischer Schriften gemäß § 184a StGB	208	168
Verbreitung pornographischer Darbietungen durch Rundfunk, Medien- oder Teledienste gemäß § 184d StGB	120	103
Verbreitung pornographischer Schriften (Erzeugnisse) an Personen unter 18 Jahren § 184 Abs. 1 Nr. 1, 2, 5 StGB	1.210	863

(Quelle: PKS Bundeskriminalamt 2014)

II. „Nicht mehr zeitgemäße Strafbarkeit“ – §§ 184, 184a StGB

Die Strafnorm der **Verbreitung pornografischer Schriften gemäß § 184 StGB** hat zwar noch eine „feststellbare“ Bedeutung in der Praxis. Jedoch erscheint eine Strafbarkeit im Hinblick auf das Schutzgut „**unfreiwillige Konfrontation mit Pornografie**¹¹⁷⁸“ in Zeiten von Chatroulette und Omegle, freizügigen „Selfies“ auf Facebook oder Instagram und jeglicher Art von frei verfügbarer Pornografie auf YouPorn & Co. nicht mehr zeitgemäß. Auch wenn der Bundesjustizminister ganz aktuell ein Verbot sexistischer Werbung planen könnte¹¹⁷⁹, erscheinen die Tatbestände des gewerblichen Vertriebs, des Versandhandels, des unverlangten Zusendens oder der öffentlichen Filmvorführung (§ 184 Abs. 1 Nr. 3, 4, 6, 7 StGB) „überzogen“¹¹⁸⁰ bzw. fern der Lebenswirklichkeit. Eine eventuelle Erfassung als Ordnungswidrigkeit im OWiG erscheint aus Praxissicht jedenfalls als ausreichend.

Soweit die **Verbreitung pornografischer Schriften gemäß § 184 StGB** mit den Tathandlungen Verbreiten an Minderjährige, Zugänglichmachen für Minderjährige, gewerbliche Gebrauchsüberlassung und öffentliche Werbung (§ 184 Abs. 1 Nr. 1, 2, 3a und 5 StGB) unmittelbar dem Schutzgut „**Jugendschutz**¹¹⁸¹“ dient, könnte es als Ordnungswidrigkeit oder Straftat in das Jugendschutzgesetz (§§ 15 Abs. 2, 27, 28 JSchG) integriert werden.

¹¹⁷⁸ Ziegler, in: BeckOK StGB, § 184 Rn. 2.

¹¹⁷⁹ <http://www.spiegel.de/spiegel/vorab/heiko-maas-will-verbot-sexistischer-werbung-a-1086186.html>

¹¹⁸⁰ Fischer, StGB, 63. Aufl. 2016, § 184 Rn. 3a.

¹¹⁸¹ Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder, StGB § 184 Rn. 3.

Eine Strafbarkeit der **Verbreitung tierpornografischer Schriften gemäß § 184a StGB** wird bereits zu Recht in Frage gestellt, da tatsächliche sexuelle Handlungen mit Tieren straffrei sind¹¹⁸². In der Praxis spielt dieser Straftatbestand ohnehin keine Rolle.

Letztlich erscheint auch bei der ebenfalls in der Praxis nicht relevanten Strafbarkeit der **Verbreitung gewaltpornografischer Schriften gemäß § 184a StGB** eine Erfassung als Ordnungswidrigkeit im OWiG als ausreichend. Auch solche Inhalte können mit den neuen Medien des Internets zu jeder Zeit an jedem Ort konsumiert werden.

Insgesamt könnte damit aus systematischer Sicht das StGB von Tathandlungen im Zusammenhang mit „normaler“ Erwachsenenpornografie sowie von antiquierten Moralvorstellungen des vergangenen Jahrhunderts entschlackt werden.

Diskussionsansatz:

- **Entfernung der §§ 184, 184a StGB aus dem Kern-Strafrecht**

III. „Nicht erfasste Lebenswirklichkeit“ – Schriftenbegriff der §§ 184 ff. StGB

Der **Schriftenbegriff der §§ 184 ff. StGB** erscheint im Hinblick auf das Internet-Zeitalter antiquiert und reformbedürftig. Die „unter der Ladentheke“ verkauften Kinderporno-Heftchen spielen in keinem einzigen Ermittlungsverfahren eine Rolle mehr. Vielmehr bezieht sich in ausnahmslos jedem Kinderpornografie-Ermittlungsverfahren die Besitzstrafbarkeit auf digitale Bild- und Videodateien, die bei den Beschuldigten auf Datenspeichern wie Festplatten, USB-Sticks, CD's/DVD's oder Cloud-Speicher gespeichert sind. Zudem werden die Taten der Verbreitung und der Besitzverschaffung ausschließlich über Kommunikationsmöglichkeiten des Internets begangen, wie etwa E-Mails, Chats, Tauschbörsen, Peer-To-Peer-Netzwerke, Boards, Cloud-Speicher etc.

¹¹⁸² Vgl. nur *Fischer*, StGB, 63. Aufl. 2016, § 184a Rn. 8.

Die Straftatbestände der §§ 184 ff. StGB stellen dagegen auf **körperliche Schriften** oder diesen gemäß § 11 Abs. 3 StGB gleichgestellte Datenspeicher¹¹⁸³ ab. Die „**unkörperliche Kommunikation über das Internet**“, bei der keine Datenspeicher zugänglich gemacht werden, wird somit zumindest vom Wortlaut nicht ohne weiteres erfasst. Eine Gleichstellung der elektronischen mit der gegenständlichen „Verbreitung“ enthält das StGB im Unterschied zu § 1 Abs. 2 Satz 2 JuSchG gerade nicht. Forderungen nach einer Weiterentwicklung des Schriftenbegriffs zu einem Begriff der „Daten“ sind daher bereits aufgestellt worden¹¹⁸⁴.

Strafbarkeitslücken bestehen in diesem Zusammenhang jedoch nicht.

Bereits nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH¹¹⁸⁵ lag ein Verbreiten im Internet vor, wenn eine übertragene „Datei“ jedenfalls im Arbeitsspeicher des Empfänger-Rechners angekommen ist; und ein „öffentliches Zugänglichmachen“ war dann zu bejahen, wenn dem Adressaten die Möglichkeit des Zugriffs eröffnet wird, was durch die Zurverfügungstellung von entsprechenden „Dateien“ gegeben ist. Auch der Gesetzgeber des 49. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches vom 21.01.2015¹¹⁸⁶ trat in den Gesetzesmaterialien ausdrücklich der vorliegenden obergerichtlichen und höchstrichterlichen Rechtsprechung bei, wonach sowohl bei dem Versenden von inkriminierten „Dateien“ in E-Mails als auch bei dem Aufrufen von inkriminierten „Dateien“ im Internet eine Besitzverschaffungshandlung durch das Laden in den Arbeitsspeicher gegeben ist¹¹⁸⁷. Faktisch wird daher bereits jetzt auf die Inhalte der Kommunikation („Dateien“) abgestellt. Die erforderliche „Konstruktion“ eines verkörperten Besitzes über das Laden in den Arbeitsspeicher eines Rechners, ist ausschließlich dem verkörperten Schriftenbegriff geschuldet.

Einen neuen Weg hat der Reformgesetzgeber des 49. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches jedoch mit den Regelungen der **§ 184d Abs. 1 und 2 StGB** geschaffen, die nicht auf den Besitz der Schrift abstellen, sondern darauf, dass der Nutzer einen inkriminierten „**Inhalt**“ mittels **Telemedien** zugänglich macht oder ab-

¹¹⁸³ *Datenspeicher* werden definiert als alle elektronischen, elektromagnetischen, optischen, chemischen oder sonstigen Aufzeichnungen von Daten, die gedankliche Inhalte verkörpern, die nur unter Zuhilfenahme technischer Geräte wahrnehmbar gemacht werden können. Nicht unter den Begriff des Datenspeichers fallen Daten und Dateien, die auf einem Datenträger gespeichert sind; *Valerius*, in: BeckOK StGB, § 11 Rn. 60 ff.

¹¹⁸⁴ Vgl. etwa *Baumann*, Besitz an Daten, 2015 und dazu *Bär*, ZD-Aktuell 2015, 04160.

¹¹⁸⁵ St. Rspr., vgl. etwa BGH NSTZ-RR 2014, 47.

¹¹⁸⁶ BGBl. I S. 10.

¹¹⁸⁷ BT-Drs. 18/2601, S. 43 unter Hinweis auf OLG Hamburg NJW 2010, 1893 und BGH NJW 2013, 2914.

ruft. Erfasst werden sollen damit gerade die Fälle des Auseingehens von pornografischem Inhalt (Datei) und Trägermedium (Datenspeicher) bei der Nutzung von Telemedien¹¹⁸⁸. Der Gesetzgeber wollte damit Rechtssicherheit dahingehend schaffen, dass es nicht mehr darauf ankommt, ob das Laden in den Arbeitsspeicher bei dem Empfänger als körperlicher Besitz zu werten ist. Vielmehr sollte es auf eine Speicherung der inkriminierten Datei bei dem Empfänger für die Frage der Strafbarkeit nicht ankommen.

Etwas inkonsequent erscheint dabei, dass der Gesetzgeber die Fälle des Zugänglichmachens oder des Abrufs mittels **Telekommunikation** nicht erfasst hat. Für die Tathandlungen im Zusammenhang mit Telekommunikation sollten offensichtlich die Grundsätze des körperlichen Schriftenbegriffs mangels anderweitiger Regelung fortgelten. Abgrenzungsprobleme bei der Einordnung von Internetdiensten wie Omegle oder E-Mail-Anbietern zwischen Telekommunikationsdiensten im Sinne des § 3 Nr. 24 TKG und Telemediendiensten gemäß § 2 Nr. 1 TMG sind daher in den entsprechenden Ermittlungs- und Strafverfahren bereits festzustellen (vgl. Präsentation).

Es erscheint daher zumindest bedenkenswert, ob der körperliche Schriftenbegriff durch den **unkörperlichen und technikneutralen Inhaltsbegriff** des § 184d StGB ersetzt werden könnte.

Zur Klarstellung und Vereinfachung könnte zudem eine Erfassung von Tathandlungen mittels **Telekommunikation** sein, damit „Konstruktionen“ des verkörperten Besitzes über den Arbeitsspeicher des Empfängers¹¹⁸⁹ zukünftig nicht mehr erforderlich sind, um angemessene Ergebnisse bei den Tathandlungen der Zugänglichmachung und des Verschaffens von inkriminierten „Inhalten“ zu erzielen.

Schließlich kann bei der Besitzstrafbarkeit digitaler Bild- und Videodateien zwar regelmäßig auf den Besitz der entsprechenden Datenspeicher abgestellt werden. Gleichwohl könnte es ggf. konsequent sein, auch in diesem Zusammenhang auf den **Besitz von Inhalten** abzustellen.

Diskussionsansatz:

- **Ersetzung des Schriftenbegriffs durch einen Inhaltsbegriff**

¹¹⁸⁸ BT-Drs. 18/2601, S. 42 ff. mit Verweis auf Seite 30.

¹¹⁸⁹ Vgl. etwa BGH NStZ-RR 2014, 47.

- **Erfassung von Tathandlungen mittels Telekommunikation**

IV. „Qualität“ der Kinderpornografie – Kongruenz der Strafraumen

Das im Zuge der sog. „Edathy-Affäre“ Anfang 2015 geänderte Kinderpornografie-Recht stellt die Praxis aktuell zwar vor große **Abgrenzungsschwierigkeiten** zwischen strafbarer Kinderpornografie und straflosen Kinderbildern (vgl. Präsentation), insbesondere bei den unbestimmten Rechtsbegriffen „ganz oder teilweise unbekleidet“ und „unnatürlich geschlechtsbetonter Körperhaltung“ (§ 184b Abs. 1 Nr. 1b StGB) sowie „sexuell aufreizende Wiedergabe“ (§ 184b Abs. 1 Nr. 1c StGB). Diese Auslegungsfragen werden jedoch durch die Rechtsprechung zukünftig geklärt werden.

Die ebenfalls erweiterte **Legaldefinition der Kinderpornografie** durch die Erfassung des sogenannten „Teil-Nackt-Posing“ (§ 184b Abs. 1 Nr. 1b StGB) und der „anatomischen Großaufnahmen“ (§ 184b Abs. 1 Nr. 1c StGB) wird in der Praxis aus Gründen der Klarstellung ausdrücklich befürwortet. Die ganze Problematik der alten Kinderpornografie-Definition zeigt sich anschaulich an dem aktuell veröffentlichten Fall des OLG Hamm¹¹⁹⁰. In diesem Fall war über vier sogenannte „anatomische Großaufnahmen“ zu entscheiden. Das OLG Hamm hat entschieden, dass auch bei Bilddateien, auf denen ausschließlich eine Vagina eines Kindes mit auseinandergezogenen Schamlippen zu sehen ist, der begleitende Handlungsablauf festzustellen ist, der zu der Fertigung der Aufnahme geführt hat. Ohne diese Feststellung könne nicht ausgeschlossen werden, dass diese Bilddateien bei einem Handlungsablauf ohne eindeutigen Sexualbezug (z.B. Körperpflege, An- oder Umkleiden, Sport, Spiel etc.) entstanden sind, ohne dass eine sexuelle Handlung eines Kindes zugrunde liegt.

Die nunmehr kodifizierte stärkere Differenzierung von Kinderpornografie macht jedoch folgendes Problem in der Praxis der Strafverfolgung deutlich: die große **Spannbreite der Qualität von Kinderpornografie**.

Als Kinderpornografie können nunmehr bereits heimlich hergestellte Bilder der Genitalien von Kindern (§ 184b Abs. 1 Nr. 1c StGB) oder das Posieren teilweise be-

¹¹⁹⁰ Beschluss vom 10.03.2016 – 3 RVs 22/16, BeckRS 2016, 06252.

kleideter Kinder (§ 184b Abs. 1 Nr. 1b StGB) eingeordnet werden. Daneben unterfallen der Kinderpornografie aber auch sexuelle Handlungen von Kindern an sich (Manipulieren, Einführen von Gegenständen) sowie sexuelle Handlungen zwischen Kindern. Auch Abbildungen des (schweren) sexuellen Missbrauchs von Kindern gemäß §§ 176, 176a StGB sind Kinderpornografie. Dazu gehören etwa oraler, vaginaler und analer Geschlechtsverkehr zwischen Erwachsenen und Kindern bzw. Säuglingen samt Manipulieren an oder Einführen von Gegenständen in Geschlechtsteile. Immer häufiger sind in Ermittlungsverfahren bei den zuletzt genannten Darstellungen auch Gewalthandlungen und sadistische Komponenten festzustellen, wie beispielsweise Fesselungen und Verletzungen (vgl. Präsentation). Für diese völlig unterschiedlichen „Qualitäten“ von Kinderpornografie gelten jeweils die gleichen Strafraumen.

Zwar kann im Rahmen der Strafzumessung die Qualität der Bilder strafscharfend gewertet werden¹¹⁹¹. Im Hinblick auf das Schutzgut des § 184b StGB erscheint dies jedoch nicht ausreichend und nicht konsistent.

Wenn der Gesetzgeber mit § 184b StGB das Bestreben verfolgt, einerseits Kinder davor zu schützen im Rahmen der Herstellung pornografischer Schriften missbraucht zu werden und andererseits einer Anreiz- und Nachahmungswirkung auf Grund der Verbreitung solcher Schriften entgegen zu treten¹¹⁹², dann könnte der Gesetzgeber auch die unterschiedlich hohen Gefahren anhand der unterschiedlichen Qualitäten der Kinderpornografie berücksichtigen und würdigen. Insbesondere bei den immer häufiger auftretenden Abbildungen des schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern und der Gewalttätigkeiten gegen Kinder im Rahmen der Vornahme sexueller Handlungen besteht ein höherer Schutzbedarf und eine gefährlichere Anreiz- und Nachahmungswirkung als bei dem Ablichten posierender Kinder.

Aus Praxissicht wünschenswert wäre daher eine „Qualifikation“ für kinderpornografische Inhalte, die den schweren sexuellen Missbrauch im Sinne der §§ 176, 176a StGB oder Gewalttätigkeiten im Sinne von § 184a StGB zum Gegenstand haben.

Dies würde den abgestuften Wertungen der §§ 176 ff. StGB entsprechen und damit zu mehr Kongruenz im Rahmen des 13. Abschnitts führen.

¹¹⁹¹ Vgl. nur BGH NStZ-RR 2009, 103.

¹¹⁹² BT-Drs. 12/3001, S. 5; vgl. nur Fischer, StGB, 63. Aufl. 2016, § 184b Rn. 2.

Diskussionsansatz:

- Aufnahme einer „Qualifikation“ für kinderpornografische Inhalte, die den schweren sexuellen Missbrauch (§§ 176, 176a StGB) oder Gewalttätigkeiten (§ 184a StGB) zum Gegenstand haben

14a. Prof. Dr. Klaus Laubenthal**Der Begriff der sexuellen Handlungen in § 184h StGB****I. Einführung**

§ 184h StGB enthält unter der amtlichen Normüberschrift „Begriffsbestimmungen“ zwei Aussagen:

- Zum einen, dass der Terminus „sexuelle Handlungen“ nur solche sexualbezogenen Verhaltensweisen betrifft, „die im Hinblick auf das jeweils geschützte Rechtsgut von einiger Erheblichkeit sind“ (Nr. 1).
- Der Gesetzgeber verlangt zudem bei sexuellen Handlungen vor einem Opfer ausdrücklich, dass nur diejenigen tatbestandsmäßig sind, „die vor einer anderen Person vorgenommen werden, die den Vorgang wahrnimmt“ (Nr. 2).

Während andere Formen der von den Normen des Strafgesetzbuchs umfassten sexualbezogenen Verhaltensweisen – sexuelle Handlungen an einer anderen Person als solche mit Körperkontakt – in § 184h Nr. 2 StGB überhaupt nicht berücksichtigt werden, bezieht sich die Nr. 2 nur auf Handlungen ohne Körperkontakt in Form von Wahrnehmungsbeziehungen. Die Strafbarkeit solcher sexualbezogener Aktivitäten vor einer anderen Person ohne Körperkontakt erfährt mit § 184h Nr. 2 StGB jedoch nur eine Begrenzung dahingehend, dass es eines bewussten sinnlichen Aufnehmens des sexuell intendierten Geschehens durch die andere Person bedarf.¹¹⁹³ Trotz der Normüberschrift „Begriffsbestimmungen“ enthält § 184h Nr. 2 StGB damit keine definitorische Aussage.

Das vorliegende Referat, dessen Gegenstand der Begriff der sexuellen Handlungen darstellt, bleibt daher vor allem auf § 184h Nr. 1 StGB bezogen.

II. Entwicklung

Den Terminus der sexuellen Handlungen beinhaltet das Strafgesetzbuch seit dem 4. Gesetz zur Reform des Strafrechts (4. StrRG) vom 23.11.1973¹¹⁹⁴. Seitdem besteht eine Vorschrift zur Bestimmung des Begriffs der sexuellen Handlung – zunächst als § 184c StGB a.F., inhaltlich unverändert unnummeriert durch das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften

¹¹⁹³ Laubenthal, Handbuch Sexualstraftaten. Die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung (Handbuch), 2012, S. 46 f.

¹¹⁹⁴ BGBl. I 1973, S. 1725 ff.

(SexualdelÄndG) vom 27.12.2003¹¹⁹⁵ zu § 184f StGB a.F. sowie durch das Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates der Europäischen Union zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie vom 31.10.2008¹¹⁹⁶ zu § 184g StGB a.F. Verbunden mit einer redaktionellen Änderung wurde die Norm über „Begriffsbestimmungen“ durch das 49. Strafrechtsänderungsgesetz (StrÄndG) vom 21.1.2015¹¹⁹⁷ zu § 184h StGB.

Vor der Großen Strafrechtsreform Ende der 60er und Anfang der 70er Jahre des 20. Jahrhunderts waren die „Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit“ des 13. Abschnitts des Strafgesetzbuchs noch wesentlich vom Begriff der unzüchtigen Handlungen geprägt. Darunter verstand man solche Betätigungen, „denen ein geschlechtlicher Charakter beiwohnt, die von wollüstiger Absicht getragen und die objektiv geeignet sind, das allgemeine normale Scham- und Sittlichkeitsgefühl in geschlechtlicher Beziehung zu verletzen“¹¹⁹⁸. Kriterien für die strafrechtliche Relevanz waren die sittliche Anstößigkeit oder die Immoralität eines Verhaltens. Den eine objektive und subjektive Komponente enthaltenden Begriff der „unzüchtigen Handlungen“ hat der Gesetzgeber des 4. StrRG dann abgelöst durch denjenigen der sexuellen Handlungen – u.a. auch um der Gefahr zu begegnen, dass ansonsten Sexualität per se mit einem negativen Vorzeichen versehen werden könnte.

Die im Vergleich zu den unzüchtigen Handlungen neutrale Beschreibung der sexuellen Handlungen ist heute im 13. Abschnitt Tatbestandsmerkmal in § 174 Absätze 1, 2 und 3; § 174a Absätze 1 und 2; § 174b Abs. 1; § 174c Absätze 1 und 2; § 176 Absätze 1, 2 und 4 Nr. 1 bis Nr. 3a); § 176a Abs. 2 Nr. 1; § 177 Abs. 1; § 179 Absätze 1, 2 und 5 Nr. 1; § 180 Absätze 1 bis 3; § 182 Absätze 1 bis 3; § 183a; § 184a; § 184b Abs. 1 Nr. 1a) und § 184c Abs. 1 Nr. 1a) StGB. In § 177 Abs. 2 S. 2 StGB beinhaltet den Begriff der sexuellen Handlungen das Regelbeispiel der Nr. 1. Die sexuelle Handlung als Tatbestandsmerkmal findet sich ferner über den 13. Abschnitt hinaus im 18. Abschnitt in § 232 Absätze 1 und 4 StGB sowie in § 240 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB.

III. Begriffsbestimmung

Zwar soll von der Normüberschrift her mit § 184h Nr. 1 StGB der Begriff der sexuellen Handlung bestimmt werden. Doch die Vorschrift enthält gerade keine Definition dieses Terminus. § 184h Nr. 1 StGB beinhaltet lediglich:

¹¹⁹⁵ BGBl. I 2003, S. 3007 ff.

¹¹⁹⁶ BGBl. I 2008, S. 2149 ff.

¹¹⁹⁷ BGBl. I 2015, S. 10 ff.

¹¹⁹⁸ *Daude*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Mit Entscheidungen des Reichsgerichts, 1926, Anm. 31 zu § 174 RStGB; siehe auch *Dreher/Massen*, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und den wichtigsten Nebengesetzen, 1954, § 174 Anm. 4.

- Zum einen werden die sexuellen Handlungen in Beziehung gesetzt mit dem von den Strafnormen jeweils geschützten Rechtsgut.
-
- Zum anderen erfolgt eine Beschränkung der strafrechtlichen Relevanz sexuellen Verhaltens auf solche sexualbezogenen Vorgänge, die auch im Hinblick auf das in den einzelnen Tatbeständen geschützte Rechtsgut von einiger Erheblichkeit sind.
-

§ 184h Nr. 1 StGB kommt also – im Gegensatz zur Normüberschrift – keine begriffsbestimmende Funktion zu.¹¹⁹⁹

Wurde mit § 184h Nr. 1 StGB der Begriff der sexuellen Handlung im Sinne des Strafgesetzbuchs nicht legaldefiniert, so hat der Gesetzgeber dessen Bestimmung vorausgesetzt.

Voraussetzung für das Vorliegen einer sexuellen Handlung ist eine Sexualbezogenheit des Täterverhaltens: Das Verhalten weist eine Beziehung zum Bereich des Geschlechtlichen auf, wobei es nicht um eine rein moralisch-sittliche Bewertung geht. Umfasst werden insoweit sowohl hetero- als auch homosexuelle Betätigungen sowie autosexuelle Handlungen unabhängig vom Geschlecht. Auch das Alter spielt insoweit keine Rolle. Wie sich aus § 174 Absätze 1, 2 und 3 StGB sowie aus § 176 Absätze 2 und 4 Nr. 2 u. 3a StGB ergibt, können auch Kinder sexuelle Handlungen vornehmen. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass nicht nur an ihnen sexuelle Manipulationen erfolgen, sondern sie selbst entsprechende Betätigungen an dem Täter oder einer dritten Person vornehmen können. Dabei reicht eine äußerlich sexualbezogene Aktivität aus. Unerheblich bleibt, ob das Kind die Sexualbezogenheit erkennt oder überhaupt schon erkennen kann bzw. die Handlung in einen anderen Zusammenhang einordnet. Anderenfalls würde sonst der strafrechtliche Schutz von in der Entwicklung befindlichen jungen Menschen vor Beeinträchtigungen ihrer Gesamtentwicklung durch sexuelle Handlungen eingeschränkt. Gerade besonders schutzwürdige Kinder in den ersten Lebensjahren wären nicht erfasst.¹²⁰⁰

1. Beurteilungsperspektive

¹¹⁹⁹ Zwar beinhalten nicht nur Strafnormen des 13. Abschnitts des Strafgesetzbuchs, sondern mit § 232 und § 240 StGB zudem solche des 18. Abschnitts den Terminus der sexuellen Handlungen. Mangels Begriffsdefinition in § 184h Nr. 1 StGB erscheint es daher schon als nicht angezeigt, die Vorschrift aus dem 13. Abschnitt in diejenige des § 11 Abs. 1 StGB, welche vorangestellte Legaldefinitionen betrifft, zu verlagern.

¹²⁰⁰ BGHSt. 29, S. 340; *Eisele* in: Schönke/Schröder (Sch/Sch), Strafgesetzbuch, 29. Aufl. 2014, § 184g Rdn. 11; *Fischer*, StGB, 63. Aufl. 2016, § 184h Rdn. 4.

Für das Vorliegen einer strafrechtlich relevanten sexuellen Handlung ist erforderlich, dass eine objektive Betrachtung unter Einschluss aller Begleitumstände – d. h. ein Abstellen auf den Gesamtvorgang – eine Beziehung zwischen dem zu beurteilenden Verhalten und dem Geschlechtlichen ergibt. Damit sind sexuelle Handlungen i.S. des Strafgesetzbuchs solche Verhaltensweisen, die bereits durch ihr äußeres Erscheinungsbild einen eindeutigen Sexualbezug aufweisen.¹²⁰¹ Abgestellt wird also auf das allgemeine Verständnis,¹²⁰² d. h. auf einen Konsens der Beurteilenden.¹²⁰³ Nach ihrem äußeren Erscheinungsbild sexualbezogene Handlungen sind insbesondere die Durchführung des Vaginal-, Oral- und Analverkehrs; andere Berührungen von Geschlechtsteilen oder deren unmittelbarer Umgebung; prinzipiell das Betasten einer weiblichen Brust; Zungenküsse; die Veranlassung eines weiblichen Kindes, seinen Oberkörper zu entblößen und ihm dabei Fragen zu Themen der Sexualität zu stellen; Versuche einer vaginalen oder analen Penetration einer anderen Person mit Fingern oder Gegenständen.

Für das Vorliegen einer sexuellen Handlung im strafrechtlichen Sinne ist also ein objektiver Sexualbezug konstitutiv. Das Fehlen eines solchen, nach dem äußeren Erscheinungsbild zu beurteilenden Zusammenhangs schließt dagegen eine Zuordnung von ausschließlich subjektiv sexuell motivierten Betätigungen zum Bereich der sexuellen Handlungen im Sinne des Strafgesetzbuchs aus. Bei äußerlich gänzlich neutralen und keinerlei Hinweise auf einen Bezug zum Geschlechtlichen enthaltenden Handlungen kann die Sexualbezogenheit eines Täterverhaltens nicht durch ein alleiniges Abstellen auf die Innenperspektive der agierenden Person begründet werden. So fehlt etwa nach allgemeinem Verständnis vom äußeren Erscheinungsbild her ein Sexualbezug, wenn ein Lehrer die Haare einer Schülerin streichelt, auch wenn dieser ein solches Verhalten subjektiv sexuell erregend findet und er gerade von seiner Motivation her zum Zweck seiner sexuellen Erregung aktiv wird.¹²⁰⁴ Ein derartiges Vorgehen lässt selbst unter Heranziehung und Bewertung sämtlicher mit ihm verbundener Umstände sowie nach seinem äußeren Erscheinungsbild keinen Sexualbezug erkennen, welcher die neutrale Handlung zu einer sexuellen Handlung machen könnte.

¹²⁰¹ BGHSt. 29, S. 338; BGH, NStZ 1997, S. 179; BGH, StraFo 2008, S. 172 f.; BGH, NStZ 2009, S. 29; BGH, StrVert 2012, S. 146; BGH, NStZ 2015, S. 457; BGH, NStZ-RR, S. 366; OLG Oldenburg, NStZ-RR 2010, S. 240; *Deckers* in: Leipold/Tsambikakis/Zöllner, AnwaltKommentar StGB (AnwK-StGB), 2. Aufl. 2015, § 184g Rdn. 2; *Eisele* in: Sch/Sch, § 184g Rdn. 6; *Fischer*, § 184h Rdn. 3; *Frommel* in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch (NK-StGB), 4. Aufl. 2013, § 184g Rdn. 1; *Gössele*, Das neue Sexualstrafrecht, 2005, S. 13 f.; *Hörnle* in: Joecks/Miebach, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (MK-StGB), 2. Aufl. 2012, § 184g Rdn. 2; *Laufhütte/Roggenbuck* in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (LK-StGB), 12. Aufl. 2010, § 184g Rdn. 6; *Sick*, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht und Vergewaltigungsbegriff, 1993, S. 258 f.; *Wolters* in: Wolter, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK-StGB), 148. Lfg. 2013, § 184g Rdn. 2.

¹²⁰² BGH, NStZ 2015, S. 33.

¹²⁰³ *Hörnle* in: MK-StGB, § 184g Rdn. 2.

¹²⁰⁴ *Wolters* in: SK-StGB, § 184g Rdn. 2.

2. Subjektive Zielrichtung

Früher beinhaltete der Begriff der unzüchtigen Handlungen ein subjektives Element in Gestalt einer „wollüstigen Absicht“, also die Absicht, sich oder einen anderen geschlechtlich zu erregen. Heute stellt maßgebliche Grundlage der Strafbarkeit von Beeinträchtigungen des sexuellen Selbstbestimmungsrechts im weiteren Sinne die Sozialschädlichkeit des Verhaltens dar.¹²⁰⁵ Auf der subjektiven Tatseite muss damit ein zumindest bedingter Vorsatz¹²⁰⁶ insoweit lediglich den Sexualbezug der jeweiligen Handlung als objektives Tatbestandsmerkmal nach außen hin erkennbar machen. Der weiteren Willensrichtung des Täters kommt dann keine entscheidende Relevanz für das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals der sexuellen Handlung mehr zu.¹²⁰⁷ Welche Motive ihn bewogen haben, bleibt insoweit ohne Belang.¹²⁰⁸ Er muss nur den Bedeutungsinhalt der Handlung mit ihrem sexuellen Bezug wenigstens nach Laienart erkennen und die Tatbestandsverwirklichung billigen.

Das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung kann selbst dann tangiert werden, wenn es auf der subjektiven Täterseite überhaupt an einer sexualbezogenen Motivation fehlt. Stellt sich ein Verhalten aus objektiver Sicht eindeutig als sexualbezogen dar, kommt es nicht darauf an, ob der Handelnde auch das Ziel sexueller Bedürfnisbefriedigung verfolgt. Denn für die Einordnung als sexuelle Handlung kommt insoweit der subjektiven Zielrichtung des Täters keine Bedeutung zu.¹²⁰⁹ Eine Verhaltensweise, die rein objektiv den Begriff der sexuellen Handlung erfüllt, verliert somit diesen Charakter nicht aufgrund mangelnder sexueller Tendenzen des Täters¹²¹⁰ (z.B. wenn der Täter meint, an der Scheide eines weiblichen Kindes regelmäßig manipulieren zu müssen, weil er der Auffassung ist, dass dies für eine gesunde geschlechtliche Entwicklung notwendig sei). Reicht die objektive, allein am äußeren Erscheinungsbild gemessene Sexualbezogenheit aus, und ist sich der Täter dieses Bezuges bewusst,¹²¹¹ muss das Ziel seines Handelns nicht darauf ausgerichtet sein, die eigene Geschlechtslust oder diejenige eines anderen zu erregen bzw. zu befriedigen. Gleichgültig bleibt dann auch, ob die Betätigung etwa aus Wut, Sadismus, Scherz oder Aberglaube vorgenommen wird.¹²¹²

¹²⁰⁵ So bereits *Sick*, 1993, S. 260.

¹²⁰⁶ *Fischer*, § 184h Rdn. 10; *Gössel*, 2005, S. 17; *Laufhütte/Roggenbuck* in: LK-StGB, § 184g Rdn. 8.

¹²⁰⁷ BGHSt. 29, S. 338; BGH, NStZ 1983, S. 167; *Fischer*, § 184h Rdn. 4.

¹²⁰⁸ BGH, NStZ 1996, S. 124.

¹²⁰⁹ BGH, NStZ 2015, S. 457.

¹²¹⁰ BGH, StraFo 2008, S. 173; BGH, StrVert 2012, S. 146; BGH, NStZ-RR 2013, S. 10.

¹²¹¹ BGH, NStZ 2009, S. 29.

¹²¹² BGH, StraFo 2008, S. 173.

Die rein objektive Interpretation des Begriffs der sexuellen Handlungen lässt sich auch aus § 174 Abs. 3 Nr. 1 StGB herleiten.¹²¹³ Dort wird verlangt, dass der Täter unter den Voraussetzungen von § 174 Absätze 1 und 2 StGB sexuelle Handlungen vor der schutzbefohlenen Person vornimmt, um sich oder diese Person hierdurch sexuell zu erregen. Damit macht nicht erst die sexuelle Motivation der Erregung das Verhalten zu einer sexuellen Handlung, sondern die Handlung wird begrifflich von der Erregungsabsicht getrennt.

Das subjektive Element der Absicht, sich selbst oder einen anderen geschlechtlich zu erregen oder zu befriedigen, ist auch bei Handlungen mit äußerlich ambivalentem Charakter nicht zur Beurteilung der Sexualbezogenheit notwendig.¹²¹⁴ Hier reicht ein Abstellen auf das Gesamturteil eines informierten objektiven Betrachters aus,¹²¹⁵ der alle Umstände des Einzelfalles kennt.¹²¹⁶ Nicht entscheidend ist zudem, ob die durch den jeweiligen Tatbestand geschützte Person die Handlung als sexualbezogen erkannt hat,¹²¹⁷ denn häufig bleibt dies bei ambivalenten Vorgehensweisen fraglich. Eigentlich neutrale Handlungen¹²¹⁸ (wie lege artis durchgeführte medizinische Untersuchungen unter Berührung von Geschlechtsteilen) können als doppeldeutige Verhaltensweisen (etwa im Zusammenhang mit gynäkologischen Untersuchungen¹²¹⁹) geeignet sein, das sexuelle Selbstbestimmungsrecht einer Person zu tangieren, sobald sie einen nach außen transparent werdenden deutlichen Bezug zum Bereich des Geschlechtlichen aufweisen. Hat eine Handlung eine erkennbar sexualbezogene Komponente und tritt eine zweite Komponente ohne sexuelle Relevanz hinzu, führt dies nicht zu einem insgesamt neutralen Verhalten.¹²²⁰ Es ist vielmehr eine sexuelle Handlung i.S. des Strafgesetzbuchs auf der Ebene des jeweiligen objektiven Tatbestandes zu bejahen, wenn aus der Perspektive eines objektiven verständigen Betrachters des Gesamtgeschehens das Verhalten des Täters auch als ein sexualbezogenes Agieren verstanden wird (z.B. ein Frauenarzt nimmt medizinisch nicht indizierte Manipulationen an Geschlechtsorganen vor, wobei das äußere Erscheinungsbild seines Handelns für den objektiven Beobachter erkennbar von den üblichen Untersuchungsmethoden abweicht).

¹²¹³ Dazu *Fischer*, § 184h Rdn. 4; *Frommel* in: NK-StGB, § 184g Rdn. 1.

¹²¹⁴ Anders jedoch BGH, StraFo 2008, S. 172; *Eisele* in: Sch/Sch, § 184g Rdn. 9; *Fischer*, § 184h Rdn. 4a; *Heger* in: Lackner/Kühl (L/K), Strafgesetzbuch, 28. Aufl. 2014, § 184g Rdn. 2.

¹²¹⁵ BGH, NStZ 1992, S. 228; BGH, StrVert 1997, S. 524; *Frommel* in: NK-StGB, § 184g Rdn. 1; *Gössel*, 2005, S. 15; *Laufhütte/Roggenbuck* in: LK-StGB, § 184g Rdn. 6; *Wolters* in: SK-StGB, § 184g Rdn. 7.

¹²¹⁶ BGH, NStZ-RR 2015, S. 266.

¹²¹⁷ So aber *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht Besonderer Teil. Teilband 1: Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte, 10. Aufl. 2009, S. 192.

¹²¹⁸ Dazu *Hörnle* in: MK-StGB, § 184g Rdn. 4.

¹²¹⁹ Siehe bereits OLG Hamm, NJW 1977, S. 1499.

¹²²⁰ *Beck*, Die sexuelle Handlung, 1988, S. 43.

IV. Erheblichkeit der sexuellen Handlung

Nicht jede sexuelle Handlung ist von strafrechtlicher Relevanz i.S. des Strafgesetzbuchs. § 184h Nr. 1 StGB besagt: ein geschlechtsbezogenes Verhalten, welches wegen seines Sexualbezugs eine sexuelle Handlung darstellt, muss im Hinblick auf das jeweils geschützte Rechtsgut auch von einiger Erheblichkeit sein.

Die im früheren Sexualstrafrecht vor der Großen Strafrechtsreform zum Begriff der „unzüchtigen Handlung“ entwickelte Unterscheidung von unzüchtigen und lediglich unanständigen Betätigungen durch das Kriterium der „groblichen Verletzung des Scham- und Sittlichkeitsgefühls“¹²²¹ ist durch die Erheblichkeitsklausel ersetzt worden. Die auf eine Quantität abstellende Klausel enthält jedoch einen weiten Bewertungsspielraum¹²²² – wiederum ein Einfallstor für moralisierende Wertungen.¹²²³ Diese stellen einen Widerspruch dar zu den mit dem 4. StrRG¹²²⁴ verfolgten Zielen einer Objektivierung und Befreiung der Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung von überkommenen Orientierungen an Moralvorstellungen.¹²²⁵ Mit § 184h Nr. 1 StGB sollen letztlich – orientiert an unseren soziaethischen Maßstäben¹²²⁶ – sozial noch hinnehmbare unerhebliche Beeinträchtigungen der Freiheit der sexuellen Selbstbestimmung als tatbestandslos ausgeschieden werden. Allerdings besitzt letztlich die einschränkende Erheblichkeitsschwelle des § 184h Nr. 1 StGB kaum eine eigene Funktion.¹²²⁷ Denn zu dem Ergebnis des Ausscheidens unter strafrechtlichen Gesichtspunkten sog. belanglosen sexualbezogenen Verhaltens führt bereits eine Interpretation der einzelnen Tatbestände im Hinblick auf das jeweils geschützte Rechtsgut unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips.¹²²⁸ Wenn § 184h Nr. 1 StGB überhaupt eine Funktion zukommt, so könnte diese allenfalls darin liegen, mittels der Rechtsgutsanknüpfung die jeweiligen Tatbestimmungen von Maßstäben freizuhalten, die sich letztlich an der Sittlichkeit orientieren.¹²²⁹

Der Erheblichkeitsbegriff des § 184h Nr. 1 StGB bestimmt sich nicht nur in quantitativer, sondern auch in normativer Hinsicht. Er wird in Beziehung zu dem jeweils geschützten Rechtsgut gesetzt und damit zudem unter einem relativen Aspekt betrachtet.

1. Quantitative Komponente

¹²²¹ BGHSt. 1, S. 173.

¹²²² Eisele in: Sch/Sch, § 184g Rdn. 15.

¹²²³ So auch Deckers in: AnwK-StGB, § 184g Rdn. 7; Sick, 1993, S. 270; siehe ferner Barabas, Sexualität und Recht. Ein Leitfadens für Sozialarbeiter, Pädagogen, Juristen, Jugendliche und Eltern, 1998, S. 34 f.

¹²²⁴ Dazu Laubenthal, Handbuch, S. 12.

¹²²⁵ Krit. auch Maurach/Schroeder/Maiwald, 2009, S. 192.

¹²²⁶ Eisele in: Sch/Sch, § 184g Rdn. 15; Fischer, § 184h Rdn. 5.

¹²²⁷ Laubenthal, Handbuch, S. 41.

¹²²⁸ So auch Fischer, § 184h Rdn. 5.

¹²²⁹ Ebenso Fischer, § 184h Rdn. 5.

Ob die Erheblichkeitsschwelle überschritten ist – oder ob es um strafrechtlich sog. belanglose sexuelle Handlungen geht – richtet sich danach, inwieweit im konkreten Einzelfall das Rechtsgut im Hinblick auf Art, Intensität und Dauer des Vorgehens gefährdet wird.¹²³⁰ Auf Dauer und Stärke der sexuellen Handlung darf jedoch nicht allein abgestellt werden, was nicht nur eine am Opfer vorgenommene Betätigung betrifft, sondern auch vom Opfer am Täter oder an einer dritten Person vorgenommene Handlungen. Zusätzlich von Bedeutung sind der Handlungsrahmen, in dem der unmittelbar sexualbezogene Akt begangen wird, sowie die Beziehungen der Beteiligten untereinander.¹²³¹ Von Relevanz sind ferner die Begleitumstände des Tatgeschehens und die Täterpersönlichkeit.¹²³² Es muss sich also um eine sozial nicht mehr hinnehmbare Beeinträchtigung des im jeweiligen Tatbestand geschützten Rechtsguts handeln.

Keine erheblichen Handlungen i.S. des § 184h Nr. 1 StGB und damit als unerheblich auscheiden sollen vom quantitativen Aspekt her die bloß – wenn auch grob – unanständigen, unangebrachten, anstößigen, takt- oder geschmacklosen,¹²³³ unschamhaften bzw. widerwärtigen Verhaltensweisen.¹²³⁴ Diese bleiben als nicht tatbestandsmäßig außer Betracht. Kurze oder aus anderen Gründen unbedeutende Berührungen scheiden nach der Rechtsprechung aus¹²³⁵ (z.B. flüchtiges Umfassen der Hüfte, Kuss auf die Wange) – soweit es hierbei nach dem äußeren Erscheinungsbild überhaupt um sexuelle Handlungen im strafrechtlichen Sinne geht. Dagegen sind der Beischlaf und seine hetero- und homosexuellen Ersatzhandlungen, das Berühren der unbedeckten¹²³⁶ oder bedeckten¹²³⁷ Geschlechtssteile, überhaupt der unmittelbare Kontakt an Geschlechtsorganen, nicht zufällige Berührungen der weiblichen Brust¹²³⁸ zweifellos von einiger Erheblichkeit. Die Beurteilung der Erheblichkeit eines Vorgehens orientiert sich damit auch an der sozio-kulturell festgelegten Bedeutung von Körperstellen¹²³⁹ im Hinblick auf eine Sexualbezogenheit. Die Anforderungen an die Erheblichkeit steigen, je weiter sich der Angriff von den Geschlechtsmerkmalen entfernt. Berührungen anderer Körperstellen stellen nicht ohne weiteres sexuelle Handlungen von einiger Erheblichkeit

¹²³⁰ BGHSt. 29, S. 338; BGH, NStZ 2007, S. 700; BGH, NStZ-RR 2010, S. 6; BGH, NStZ 2013, S. 280; BGH, NStZ 2013, S. 708.

¹²³¹ BGH, NStZ 1992, S. 432; BGH Urteil v. 20.3.2012 – 1 StR 447/11; OLG Koblenz, Beschl. v. 10.4.2014 – 2 Ss 108/13.

¹²³² BGH, StrVert 1983, S. 415; OLG Brandenburg, NStZ-RR 2010, S. 45 f.

¹²³³ Eisele in: Sch/Sch, § 184g Rdn. 15b.

¹²³⁴ Laufhütte/Roggenbuck in: LK-StGB, § 184g Rdn. 10; Maurach/Schroeder/Maiwald, 2009, S. 192.

¹²³⁵ Siehe z.B. BGH, NStZ 1983, S. 553; BGH, StrVert 1983, S. 415; BGH, StrVert 2000, S. 197.

¹²³⁶ BGHSt. 35, S. 78; BGH, NStZ 1983, S. 553; BGH, NStZ 2003, S. 661.

¹²³⁷ BGHSt. 38, S. 213; BGH, MDR 1974, S. 366; BGH, NStZ 2001, S. 370; BGH, Urteil v. 20.3.2012 – 1 StR 447/11.

¹²³⁸ BGH, MDR 1974, S. 546 („fester Griff“); BGH, NStZ 1992, S. 228 („eingehendes“ Betasten); BGH, NStZ 1992, S. 432 f.; BGH, NStZ 2004, S. 440; siehe auch Adelman, Die Straflosigkeit des „Busengrapschens“, in: Jura 2009, S. 25.

¹²³⁹ Hörnle in: MK-StGB, § 184g Rdn. 21.

dar.¹²⁴⁰ Es bedarf insoweit näherer Feststellungen insbesondere zu Art, Intensität und Dauer des Kontakts.¹²⁴¹ Bedingt nach der Intensität der Einwirkung im konkreten Einzelfall können auch unter Berücksichtigung des Handlungsrahmens sowie sonstiger Begleitumstände Berührungen an anderen Körperteilen die Erheblichkeitsschwelle überschreiten.¹²⁴²

In der Rechtsprechung wird dem aufgedrängten Zungenkuss gegenüber einer geschlechtlich reifen Person die Erheblichkeit abgesprochen.¹²⁴³ Doch dieser Art des Kusses kommt zweifellos eine Beziehung zum Geschlechtlichen zu und das Eindringen einer fremden Zunge in den Mund des Opfers gegen dessen Willen vermag ebenso Ekel und Schrecken auszulösen, wie andere nicht unerhebliche Vorgehensweisen,¹²⁴⁴ und daher eine sozial nicht mehr hinnehmbare Rechtsgutsbeeinträchtigung besorgen lassen. Der über eine bloße Berührung der Lippen hinausgehende Zungenkuss als eine sexualbezogene Handlung vermag durchaus einen nicht unerheblichen Angriff auf die sexuelle Selbstbestimmung des Opfers darzustellen.¹²⁴⁵

2. Relative Komponente

Mehrere vergleichbare sexuelle Handlungen können bei unterschiedlicher Schutzrichtung der einzelnen Tatbestände im Hinblick auf die Erheblichkeit divergierend zu bewerten sein. Denn diese bestimmt sich unter Bezugnahme auf das jeweils geschützte Rechtsgut. Die Rechtsgutsanknüpfung besagt: Je schutzwürdiger jenes erscheint, desto geringere Anforderungen sind an die Intensität der sexuellen Handlung zur Erfüllung des jeweiligen Tatbestandes zu stellen. Die Erheblichkeit richtet sich insoweit nach dem Grad der Gefährlichkeit der sexuellen Handlung für das betroffene Rechtsgut.¹²⁴⁶

Die niedrigsten Voraussetzungen für ein Überschreiten der Erheblichkeitsschwelle müssen bei den Straftaten gegen die ungestörte Entwicklung des Sexuallebens von Kindern und Jugendlichen vorliegen.¹²⁴⁷ So ist eine sexualbezogene Handlung gegenüber einem Kind eher

¹²⁴⁰ BGH NStZ 2007, S. 700; BGH NStZ 2013, S. 708 (Berühren eines Jungen am bekleideten Oberkörper).

¹²⁴¹ BGH, NStZ-RR 1999, S. 357; BGH NStZ 2013, S. 374.

¹²⁴² BGH, Urteil v. 20.3.2012 – 1 StR 447/11 (kurze Griffe über der Kleidung an Brust und Gesäß eines erwachsenen männlichen Opfers).

¹²⁴³ BGH, StrVert 1983, S. 415; nach BGHSt. 18, S. 170 ist der Zungenkuss „nur eine ungehörige handgreifliche Zudringlichkeit“; OLG Brandenburg, NStZ-RR 2010, S. 45 („kurzzeitiger“ Zungenkuss bei 15 Jahre altem Mädchen); siehe auch *Michel*, Kuß als sexueller Missbrauch, in: NStZ 1998, S. 357 f.

¹²⁴⁴ So auch *Sick*, 1993, S. 265, 269.

¹²⁴⁵ Siehe auch *Frommel* in: NK-StGB, § 184g Rdn. 3; *Hörnle* in: MK-StGB, § 184g Rdn. 21.

¹²⁴⁶ BGH, NStZ 2007, S. 700; BGH, Urteil v. 20.3.2012 – 1 StR 447/11.

¹²⁴⁷ *Eisele* in: Sch/Sch, § 184g Rdn. 16; *Heger* in: L/K, § 184g Rdn. 6; sie aber auch *Hörnle* in: MK-StGB, § 184g Rdn. 26.

erheblich als gegenüber einer erwachsenen Person.¹²⁴⁸ Entsprechend den Jugendschutzzonen¹²⁴⁹ nimmt die Schutzwürdigkeit mit fortschreitendem Alter des Opfers ab und damit steigen die Anforderungen an die Erheblichkeit.¹²⁵⁰ Was sich gegenüber einem Kind oder im Rahmen eines Über- und Unterordnungsverhältnisses gegenüber einer minderjährigen Person als erhebliche sexuelle Handlung darstellt, kann bei Angriffen auf Erwachsene je nach den Begleitumständen eine andere Beurteilung erfahren und mangels Gefährlichkeit für das im Einzelfall betroffene Rechtsgut gegebenenfalls eine belanglose Handlung darstellen.¹²⁵¹

Eine sozial nicht hinnehmbare Gefahr für ein geschütztes Rechtsgut besorgen lassen können zudem eher sexualbezogene Handlungen mit Körperkontakt als diejenigen ohne Körperkontakt, also solche, die vor einer anderen Person vorgenommen werden.¹²⁵² Liegen die geringsten Anforderungen im Bereich des Kinder- und Jugendschutzes, bleibt die Erheblichkeitsschwelle bei denjenigen Delikten am höchsten anzusetzen, die lediglich vor Belästigungen schützen. So ist der mit einem Körperkontakt verbundene Austausch von Zungenküssen zwischen einem Erwachsenen und einem Kind zweifellos eine sexuelle Handlung von einiger Erheblichkeit, während den einvernehmlichen Zärtlichkeiten zwischen Verliebten in der Öffentlichkeit im Hinblick auf eine Erregung öffentlichen Ärgernisses nach § 183a StGB keine solche Erheblichkeit zukommt.

Schützen einzelne Tatbestände mehrere Rechtsgüter, bedarf es einer Bezugnahme der sexuellen Handlung auf alle Schutzobjekte (z.B. bei sexuellen Handlungen zum Nachteil von Schutzbefohlenen gem. § 174 StGB). Zunächst müssen deshalb für die einzelne Norm die Rechtsgüter festgelegt werden, bezüglich derer die sexuelle Handlung in Beziehung zu setzen ist. Zu berücksichtigen ist dann auch der jeweils unterschiedliche Grad der Gefährlichkeit des Täterverhaltens für die verschiedenen Rechtsgüter. Das kann dazu führen, dass eine einzige Tathandlung je nach der Schutzrichtung des Tatbestandes divergierend bewertet wird.¹²⁵³

V. Zusammenfassung

- § 184h StGB kommt im Gegensatz zur Normüberschrift keine den Begriff der sexuellen Handlung definierende Funktion zu.

¹²⁴⁸ BGH, NSTZ 2007, S. 700; BGH, Urteil v. 20.3.2012 – 1 StR 447/11.

¹²⁴⁹ Dazu *Laubenthal*, Handbuch, S. 33 ff.

¹²⁵⁰ Dazu *Beck*, 1988, S. 54 ff.; *Heger* in: L/K, § 184g Rdn. 6; siehe auch *Wolters* in: SK-StGB, § 184g Rdn. 11.

¹²⁵¹ BGH, StrVert 1983, S. 416; BGH, StrVert 2000, S. 197.

¹²⁵² *Hörnle* in: MK-StGB, § 184g Rdn. 24.

¹²⁵³ *Eisele* in: Sch/Sch, § 184g Rdn. 16; *Laufhütte/Roggenbuck* in: LK-StGB, § 184g Rdn. 11 f.; *Wolters* in: SK-StGB, § 184g Rdn. 10.

- Das Strafgesetzbuch hat die Bestimmung des Begriffs sexuelle Handlungen vorausgesetzt.
- Für das Vorliegen einer strafrechtlich relevanten sexuellen Handlung konstitutiv ist ein Vorgang, der nach dem äußeren Erscheinungsbild einen Sexualbezug aufweist.
- Entscheidend ist die Perspektive eines informierten objektiven Betrachters.
- Für die Einordnung als sexuelle Handlung kommt der subjektiven Zielrichtung keine Bedeutung zu.
- Der Erheblichkeitsbegriff besitzt eine quantitative und eine relative Komponente.
- Nach § 184h Nr. 1 StGB sollen sozial hinnehmbare unerhebliche Beeinträchtigungen der sexuellen Selbstbestimmung als tatbestandslos ausgeschieden werden.
- Die Erheblichkeitsschwelle ist überschritten, wenn es sich nach dem Grad der Gefährlichkeit der sexuellen Handlung für das betroffene Rechtsgut um eine sozial nicht mehr hinnehmbare Beeinträchtigung des im konkreten Tatbestand geschützten Rechtsguts handelt.

VI. Vorschlag

Wie festgestellt,¹²⁵⁴ ist die Norm § 184h StGB und dort insbesondere ihre Nr. 1 für eine Definition des Begriffs der sexuellen Handlungen kaum von Wert.¹²⁵⁵ Nicht nur kommt ihr keine den Terminus der sexuellen Handlung bestimmende Funktion zu. Auch für ein Ausscheiden von unter strafrechtlichem Aspekt unerheblichem sexualbezogenen Verhalten bedarf es § 184h Nr. 1 StGB nicht. Zu dem mit der Norm bezweckten Ergebnis führt schon eine Interpretation der einzelnen Tatbestände des Sexualstrafrechts im Hinblick auf das jeweils geschützte Rechtsgut unter Heranziehung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

Trotz Verwirklichung der gesetzlichen Merkmale werden auch bei anderen Delikten – ohne eine eigene explizit gesetzlich fixierte Klausel – unerhebliche Beeinträchtigungen als tatbestandslos ausgeschieden. Das gilt im Bereich der gegen die Person gerichteten Delikte etwa für die Körperverletzung (§ 223 StGB), wo eine körperliche Misshandlung erst dann tatbestandsmäßig ist, wenn diese das körperliche Wohlbefinden nicht nur unerheblich beeinträchtigt,¹²⁵⁶ wobei sich auch hier die Erheblichkeit aus der Sicht eines objektiven Betrachters

¹²⁵⁴ Oben Kap. IV.

¹²⁵⁵ Siehe auch *Eisele* in: Sch/Sch, § 184g Rdn. 1.

¹²⁵⁶ Für viele BGHSt. 25, S. 277; BGHSt. 53, S. 158; *Kühl* in: L/K, § 223 Rdn. 4.

ergibt.¹²⁵⁷ Eine Strafbarkeit wegen Gesundheitsschädigung erfordert ebenfalls, dass die Herbeiführung einer pathologischen Verfassung eine Beeinträchtigung darstellt, die über eine lediglich unerhebliche hinausgeht.¹²⁵⁸ Beispielsweise auch beim Delikt der Freiheitsberaubung (§ 239 StGB) genügen unerhebliche Beeinträchtigungen der potentiellen persönlichen Fortbewegungsfreiheit – wie ein kurzzeitiges Festhalten¹²⁵⁹ – nicht.

Im Rahmen einer Reform der Sexualdelikte ist daher zu erwägen, auf eine Bestimmung wie § 184h Nr. 1 StGB zu verzichten.

¹²⁵⁷ *Fischer*, § 223 Rdn. 4.

¹²⁵⁸ BGHSt. 43, S. 354.

¹²⁵⁹ Für viele BGH, NStZ 2003, S. 371; *Kühl* in: L/K, § 239 Rdn. 2.

14b. Prof. Dr. Klaus Laubenthal**Führungsaufsicht bei Straftaten des 13. Abschnitts des Strafgesetzbuchs**

§ 181b StGB sieht für bestimmte Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung die Möglichkeit der Anordnung von Führungsaufsicht nach § 68 Abs. 1 StGB besonders vor.

Der Anwendungsbereich des § 181b StGB umfasst die Tatbestände

- Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen, § 174 StGB;
- Sexueller Missbrauch von Gefangenen, behördlich Verwahrten oder Kranken und Hilfsbedürftigen in Einrichtungen, § 174a StGB;
- Sexueller Missbrauch unter Ausnutzung einer Amtsstellung, § 174b StGB;
- Sexueller Missbrauch unter Ausnutzung eines Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses, § 174c StGB;
- Sexueller Missbrauch von Kindern, § 176 StGB;
- Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern, § 176a StGB;
- Sexueller Missbrauch von Kindern mit Todesfolge, § 176b StGB;
- Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung, § 177 StGB;
- Sexuelle Nötigung und Vergewaltigung mit Todesfolge, § 178 StGB;
- Sexueller Missbrauch widerstandsunfähiger Personen, § 179 StGB;
- Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger, § 180 StGB;
- Zuhälterei, § 181a StGB;
- Sexueller Missbrauch von Jugendlichen, § 182 StGB.

I. Entwicklung

Das Institut der Führungsaufsicht als eine Maßregel der Besserung und Sicherung (§ 61 Nr. 4 StGB) wurde im Rahmen des Zweiten Gesetzes zur Reform des Strafrechts vom 4.7.1969¹²⁶⁰ neu eingeführt und löste die im Reichsstrafgesetzbuch von 1871 (§§ 38, 39, 361 RStGB) vorgesehene Polizeiaufsicht ab.¹²⁶¹ Nach Korrekturen durch das Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch vom 2.3.1974¹²⁶² traten die §§ 68 bis 68g StGB am 1.1.1975 in Kraft.

Seit diesem Zeitpunkt enthält der 13. Abschnitt mit § 181b StGB eine Bestimmung über die Führungsaufsicht bei Sexualdelikten. Dabei war der Katalog der Tatbestände, bei denen das Gericht die Maßregel anordnen kann, ursprünglich auf den Sexuellen Missbrauch von Kindern, Vergewaltigung und Sexuelle Nötigung, den Sexuellen Missbrauch Widerstandsunfähiger

¹²⁶⁰ BGBl. I 1969, S. 717 ff.

¹²⁶¹ Zur Entwicklung der Führungsaufsicht eingehend *Floercke*, Die Entstehung der Gesetzesnormen zur Führungsaufsicht, 1989, S. 12 ff.; *Raabe*, Die Führungsaufsicht, 1973, S. 7 ff.; *Ruderich*, Führungsaufsicht, 2014, S. 20 ff.

¹²⁶² BGBl. I 1974, S. 469 ff.

ger, bestimmte Formen der Prostitutionsförderung, Menschenhandel und Zuhälterei begrenzt.

Eine Erweiterung erfuhr der Anwendungsbereich von § 181b StGB durch das Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten vom 26.1.1998¹²⁶³, das die Gefahr von Wiederholungstaten verringern sollte.¹²⁶⁴ Zunächst war in den Gesetzesentwürfen hierzu zwar eine Änderung des § 181b StGB nicht vorgesehen.¹²⁶⁵ Um das mit dem Gesetz u.a. verfolgte Ziel, der Führungsaufsicht einen breiteren Anwendungsbereich zu geben, zu erreichen, empfahl der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages die Erweiterung des Straftatenkatalogs der in § 181b StGB genannten Tatbestände.¹²⁶⁶ In den Gesetzesentwurf eingefügt wurde daher die Möglichkeit der Anordnung von Führungsaufsicht in den Fällen des Sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen, des Sexuellen Missbrauchs von Gefangenen, behördlich Verwahrten oder Kranken in Anstalten, des Sexuellen Missbrauchs unter Ausnutzung einer Amtsstellung, der Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger sowie des Sexuellen Missbrauchs von Jugendlichen.¹²⁶⁷ Eine Begründung im Hinblick auf die Kriterien für die Auswahl der neuen Katalogtaten aus dem 13. Abschnitt findet sich in den Gesetzesmaterialien nicht.

Nach Überführung der Strafvorschriften über den Menschenhandel in den 18. Abschnitt über die Straftaten gegen die persönliche Freiheit mit dem 37. StrÄndG vom 11.2.2005¹²⁶⁸ wurde § 180b StGB a.F. aus dem Katalog des § 181b StGB gestrichen und mit § 233b Abs. 1 StGB eine entsprechende Bestimmung für die Fälle der §§ 232 bis 233a StGB geschaffen.

In den Diskussionen über weitere Änderungen im Bereich des 13. Abschnitts und im Zusammenhang mit den dann verabschiedeten Gesetzen blieb die Vorschrift des § 181b StGB unberücksichtigt.

II. Die Führungsaufsicht

Die Maßregel der Führungsaufsicht besitzt keinen Strafcharakter und stellt eine Form der ambulanten Betreuung und Überwachung nach Verbüßung von Freiheitsstrafe oder Jugendstrafe bzw. im Anschluss an die Entlassung aus dem Vollzug freiheitsentziehender Maßregeln dar. Sie ist eine post-stationäre Sanktion, die im Unterschied zum Institut der Bewährungshilfe auf gefährliche und gefährdete Täter abzielt.¹²⁶⁹

¹²⁶³ BGBl. I 1998, S. 160 ff.

¹²⁶⁴ Dazu *Laubenthal*, Handbuch Sexualstraftaten, Die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung (Handbuch), 2012, S. 21 ff.

¹²⁶⁵ Siehe BT-Drs. 13/7559; BT-Drs. 13/8586; BT-Drs. 13/7163.

¹²⁶⁶ BT-Drs. 13/8989, S. 7.

¹²⁶⁷ BT-Drs. 13/9062, S. 6, 12.

¹²⁶⁸ BGBl. I 2005, S. 239 ff.

¹²⁶⁹ Zu der kriminalpolitischen Zielsetzung siehe *Kwaschnik*, Die Führungsaufsicht im Wandel, 2008, S. 123 ff.; *Meier*, Strafrechtliche Sanktionen, 4. Aufl. 2015, S. 292 f.; *Ruderich*, S. 49 f.; *Streng*, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl. 2012, S. 187.

Als Maßregel der Besserung und Sicherung besitzt die Führungsaufsicht Doppelcharakter, ihr kommt eine Stützungs- oder Betreuungsfunktion ebenso zu wie eine Überwachungs- oder Sicherungsfunktion, wobei die beiden Zwecke eng miteinander verbunden sind. Zum einen geht es um intensive Hilfen und Betreuung, damit die sanktionierte Person nach ihrer Entlassung aus dem Vollzug nicht rückfällig und in die Lage versetzt wird, außerhalb der geschlossenen Einrichtung ein Leben ohne Straftaten zu führen. Zum anderen soll der Täter überwacht werden. Damit einhergehend sollen rechtzeitig ggf. erkennbare negative Sozialentwicklungen festgestellt und zum Schutz der Allgemeinheit vor möglichen neuen Taten erforderliche Maßnahmen ergriffen werden.

1. Eintritt der Führungsaufsicht

Hinsichtlich des Eintretens von Führungsaufsicht lassen sich zwei Gruppen unterscheiden:

- Die richterlich angeordnete Führungsaufsicht sowie
- die Führungsaufsicht kraft Gesetzes.

a) Richterlich angeordnete Führungsaufsicht

Die Führungsaufsicht kraft Richterspruchs im Urteil stellt eine nicht isoliert verkündbare¹²⁷⁰ Zusatzsanktion dar. Nach § 68 Abs. 1 StGB kann das erkennende Gericht – unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – neben der Strafe Führungsaufsicht anordnen. Das setzt voraus:

- Das Gesetz sieht die Führungsaufsicht besonders vor. Dies ist im 13. Abschnitt gem. § 181b StGB bei den dort aufgeführten Katalogtaten gegeben. Unerheblich bleibt dabei, ob die Verurteilung wegen Vollendung, Versuch, ggf. strafbarer Vorbereitungshandlung, wegen Täterschaft oder Teilnahme erfolgt.¹²⁷¹ Eine entsprechende Anwendung auf andere im Katalog nicht bezeichnete Delikte bleibt aufgrund des Analogieverbots zu Lasten des Täters unzulässig.
- Die verurteilte Person muss wegen der Tat, für die Führungsaufsicht besonders vorgesehen ist, eine zeitige Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten verwirkt haben.
- Materielle Voraussetzung bildet die Erwartung, dass der Täter auch in Zukunft weitere Straftaten begeht. Dies erfordert zwischen der Anlasstat und den weiteren erwarteten Straftaten einen symptomatischen Zusammenhang im Sinne krimineller Kontinui-

¹²⁷⁰ Laubenthal/Nestler, Strafvollstreckung, 2010, S. 157.

¹²⁷¹ Stree/Kinzig in: Schönke/Schröder (Sch/Sch), Strafgesetzbuch, 29. Aufl. 2014, § 68 Rdn. 5.

tät¹²⁷² wobei allerdings vom Wortlaut des § 68 Abs. 1 StGB her die befürchteten Straftaten nicht einschlägig zu sein brauchen.¹²⁷³

Zudem darf es sich bei diesen Taten nicht um bloße Bagatelldelikte handeln, die in Ausmaß und Gewicht der Anlasstat nicht gleichstehen. Ihre Begehung muss wahrscheinlich sein, weshalb allein die vage Befürchtung, der Täter werde weitere Straftaten verüben, nicht genügt.

b) Führungsaufsicht kraft Gesetzes

Die einzige Maßregel der Besserung und Sicherung, die auch kraft Gesetzes eintreten kann, ist die Führungsaufsicht, § 68 Abs. 2 StGB. Es besteht insoweit nach Auffassung des Gesetzgebers die Vermutung, dass der Verurteilte der Betreuung und Überwachung bedarf.¹²⁷⁴ Dies betrifft die Fälle der Führungsaufsicht im Gefolge der Anordnung von freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung (§ 67b Abs. 2; § 67c Abs. 1 S. 1 2. Halbs. und Abs. 2 S. 4 2. Halbs.; § 67d Abs. 2 S. 3, Abs. 3 S. 2, Abs. 4 S. 3, Abs. 5 S. 2 und Abs. 6 S. 2 StGB).

Im Anschluss an die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe folgt gem. § 68f Abs. 1 S. 1 StGB nach deren vollständiger Durchführung (d. h. ohne Aussetzung des Strafrests zur Bewährung bzw. Begnadigung oder Amnestie), Führungsaufsicht kraft Gesetzes, wenn eine Freiheitsstrafe oder Gesamtfreiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren wegen Vorsatztat(en) zu verbüßen war. Im Interesse der Allgemeinheit soll damit derjenige, der eine längere Freiheitsstrafe voll zu verbüßen hatte und der – im Gegensatz zu einem vorzeitig Entlassenen – der fortdauernden Kontrolle durch das Gericht sowie der Hilfe und Betreuung durch einen Bewährungshelfer entzogen ist, noch einige Zeit weiter beaufsichtigt und betreut werden.¹²⁷⁵

Der Bestimmung von § 181b StGB kommt nicht nur Bedeutung zu für die richterlich angeordnete Führungsaufsicht nach § 68 Abs. 1 StGB. Mit dem Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten 1998 hat die Legislative § 68f Abs. 1 S. 1 StGB im Hinblick auf die in § 181b StGB angeführten Katalogtaten des 13. Abschnitts erweitert. Wurde eine (Gesamt-)Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr (statt zwei Jahren bei allen anderen vorsätzlich begangenen Delikten) wegen Sexualstraftaten der in § 181b StGB genannten Art vollständig vollstreckt, tritt mit der Entlassung der verurteilten Person aus dem Strafvollzug Führungsaufsicht ein. Während die Zweijahresgrenze sicherstellen soll, dass nur schwere Straftaten zur Führungsaufsicht führen,¹²⁷⁶ sieht der Gesetzgeber bei gefährlichen

¹²⁷² *Schneider* in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (LK-StGB), 12. Aufl. 2008, § 68 Rdn. 9.

¹²⁷³ *Fischer*, StGB, 63. Aufl. 2016, § 68 Rdn. 5.

¹²⁷⁴ *Ruderich*, S. 61.

¹²⁷⁵ *Laubenthal/Nestler*, S. 158 f.; *Meier*, S. 295; *Stree/Kinzig* in: Sch/Sch, § 68f Rdn. 1.

¹²⁷⁶ BT-Drs. IV/650, S. 223 f.

Sexualstraftaten selbst bei erheblich unter zwei Jahren liegender – aufgrund negativer Sozialprognose vollständig zu verbüßender – Freiheitsstrafe ein Bedürfnis dafür, dass Führungsaufsicht eintritt und damit die intensive Überwachung und Betreuung sichergestellt ist.¹²⁷⁷

2. Weitere Relevanz von § 181b StGB

Bedeutung besitzt die Bestimmung des § 181b StGB über ihre Funktion im Rahmen der richterlichen Anordnung von Führungsaufsicht sowie des Eintritts derjenigen kraft Gesetzes hinaus im Hinblick auf die Dauer der Führungsaufsicht und die Zuziehung von Sachverständigen im Strafverfahren.

a) § 68c Abs. 3 S. 1 Nr. 2 Buchst. a) StGB

Die Führungsaufsicht ist grundsätzlich befristet und beträgt gem. § 68c Abs. 1 S. 1 StGB mindestens zwei und höchstens fünf Jahre. Neben der befristeten Führungsaufsicht gibt § 68c Abs. 2 S. 1 StGB die Möglichkeit, unter bestimmten Voraussetzungen Führungsaufsicht unbefristet anzuordnen.

Mit dem Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten 1998 hat der Gesetzgeber zwei Möglichkeiten geschaffen, Führungsaufsicht über die Höchstdauer von fünf Jahren hinaus unbefristet zu verlängern. Das betrifft nach § 68c Abs. 3 S. 1 Nr. 1 StGB Fälle im Zusammenhang mit der Aussetzung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus zur Bewährung gem. § 67d Abs. 2 StGB. Eine unbefristete Verlängerung nach § 68c Abs. 3 S. 1 Nr. 2 StGB umfasst bestimmte Deliktsbereiche. Insofern bezieht sich Buchstabe a) auf Sanktionierte, welche eine im Katalog des § 181b StGB bezeichnete Sexualstraftat begangen haben. Die Möglichkeit einer unbefristeten Verlängerung der Führungsaufsicht wird eröffnet in Bezug auf verurteilte Personen der in § 181b StGB genannten Art, gegen die eine (Gesamt-)Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren verhängt oder eine freiheitsentziehende Maßregel der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus (§ 63 StGB) bzw. in einer Entziehungsanstalt (§ 64 StGB) angeordnet wurde. Aufgrund bestimmter Tatsachen – insbesondere Weisungsverstößen nach § 68b Abs. 1 und 2 StGB – müssen sich konkrete Anhaltspunkte für eine Gefährdung der Allgemeinheit durch Begehung weiterer erheblicher Straftaten ergeben. Die Regelung bezweckt, Sexualstraftäter auch längere Zeit nach ihrer Entlassung noch vor drohenden Rückfällen zu schützen.¹²⁷⁸ Insofern wird für diese eine dauerhafte und damit unter Umständen lebenslange Überwa-

¹²⁷⁷ BT-Drs. 13/9062, S. 11.

¹²⁷⁸ BT-Drs. 16/1993, S. 21.

chung und Behandlung ermöglicht. Damit soll auch Druck auf den Verurteilten ausgeübt und dieser zur Kooperation mit den Vollstreckungsorganen veranlasst werden.¹²⁷⁹

Zwar hat der Gesetzgeber in § 68c Abs. 3 S. 1 Nr. 2 StGB die Gefahr weiterer erheblicher Straftaten nicht explizit auf bestimmte Delikte begrenzt. Vom Gesetzeszweck her sowie im Hinblick auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip sind im Rahmen von Buchstabe a) die befürchteten neuen Straftaten aber auf solche von im Katalog des § 181b StGB benannte zu beschränken.¹²⁸⁰

b) § 246a Abs. 2 StPO

Im Strafverfahren hat die Vorschrift des § 181b StGB Relevanz im Rahmen von Anordnungen, wonach sich Angeklagte psychiatrisch, psychotherapeutisch oder sozialtherapeutisch betreuen und behandeln zu lassen haben. Solche Therapieweisungen können erteilt werden im Zusammenhang mit einer Strafaussetzung zur Bewährung (§ 56c StGB), einer Verwarnung mit Strafvorbehalt (§ 59a Abs. 2 S. 1 Nr. 4 StGB), der Führungsaufsicht (§ 68b Abs. 2 S. 2 StGB) oder einer vorläufigen Einstellung des Verfahrens gem. § 153a StPO.

§ 246a StPO bezieht sich als eine Soll-Vorschrift auf Straftaten der in § 181b StGB bezeichneten Art zum Nachteil von Minderjährigen. Ist Anklage erhoben worden und kommt die Erteilung einer Therapieweisung in Betracht, soll schon vor der Hauptverhandlung eine frühzeitige Begutachtung durch einen Sachverständigen erfolgen. Voraussetzung hierfür ist zudem, dass ein solches Gutachten über den Zustand des Angeklagten und die Behandlungsaussichten erforderlich ist zur Feststellung, ob der Angeklagte einer solchen Betreuung und Behandlung bedarf.

III. Ausblick und Vorschlag

Der Bestimmung des § 181b StGB kommt in der Praxis unmittelbar, d. h. als Katalog von Anlasstaten zur Ermöglichung der Anordnung von Führungsaufsicht kraft Richterspruchs gem. § 68 Abs. 1 StGB, kaum Bedeutung zu.¹²⁸¹ Über die richterlich im Urteil angeordnete Führungsaufsicht informiert die Strafverfolgungsstatistik des Statistischen Bundesamtes. Diese weist für das Jahr 2014 insgesamt nur 22 Personen aus, gegen welche diese Maßregel der Besserung und Sicherung angeordnet wurde (19 Erwachsene, 1 Heranwachsender

¹²⁷⁹ Meier, S. 307.

¹²⁸⁰ Ruderich, S. 109 f.; Stree/Kinzig in: Sch/Sch, § 68c Rdn. 3d.

¹²⁸¹ Dazu auch Meier, S. 308; Morgenstern/Hecht, BewHi 2011, S. 177 ff.; Ruderich, S. 213 ff.; Streng, S. 389; Weigelt/Hohmann Fricke, BewHi 2006, S. 216 ff.

und 2 Jugendliche).¹²⁸² Dies betrifft nicht nur Sexualstraftaten des 13. Abschnitts, sondern auch andere Anlasstaten des StGB im Sinne des § 68 Abs. 1 StGB.¹²⁸³ Von den 19 in der Strafverfolgungsstatistik 2014 erfassten Erwachsenen waren sechs wegen in § 181b StGB benannten Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung verurteilt.¹²⁸⁴

Ein wesentlicher Grund für die seltene Anwendung des Instituts der richterlich angeordneten Führungsaufsicht wird darin gesehen, dass das Gericht bereits zum Urteilszeitpunkt eine negative Gefährlichkeitsprognose erstellen muss. Bei der tatrichterlichen Verurteilung sind jedoch die Auswirkungen der Strafverbüßung auf die verurteilte Person noch nicht abschließend voraussehbar.¹²⁸⁵ Im Hinblick auf das Sicherheitsinteresse der Allgemeinheit wird es allerdings kriminalpolitisch zu Recht als nicht sinnvoll erachtet, die Führungsaufsicht kraft Richterspruchs nach § 68 Abs. 1 StGB – und damit ggf. Kataloge wie § 181b StGB – zu streichen.¹²⁸⁶

In der Praxis wesentlich größere Bedeutung als die richterlich angeordnete hat die kraft Gesetzes eintretende Führungsaufsicht. Allerdings wird diese mit bestimmten – in § 68 Abs. 2 StGB angeführten – Entscheidungen automatisch eintretende Maßregel in der Strafverfolgungsstatistik nicht erfasst, sodass genaue Zahlen zur Häufigkeit der Unterstellung insgesamt ebenso wie zu derjenigen der einzelnen Unterstellungsgründe fehlen. Erschwert wird eine Bestimmung der exakten Anzahl der Führungsaufsichtsfälle zudem durch eine unterschiedliche Datenerfassung der Bundesländer.¹²⁸⁷ Seitens der kriminologischen Wissenschaft wurde im Jahr 2003 ein Schätzwert von ca. 20 000 Unterstellten angegeben, 2005 von rund 25 000 und 2009 von etwa 26 000.¹²⁸⁸ Eine im Rahmen einer kriminologischen Studie durchgeführte Länderbefragung ermittelte für das Jahr 2010 eine Personenzahl von ca. 30 700.¹²⁸⁹ Fehlt bezüglich der Führungsaufsicht kraft Gesetzes auch eine Differenzierung nach Deliktsgruppen, so kann man doch annehmen, dass Verurteilungen wegen den in § 181b StGB genannten Katalogtaten insoweit eine nicht unwesentliche Bedeutung zukommt. Dies gilt umso mehr, als in den Fällen der Vollverbüßung von Freiheitsstrafen gem. § 68f Abs. 1 S. 1 StGB allein bei Katalogtaten von § 181b StGB die Führungsaufsicht schon bei einer vollständigen Vollstreckung von mindestens einem Jahr eintritt. Der vom Gesetzge-

¹²⁸² Statistisches Bundesamt, Rechtspflege – Strafverfolgung, Fachserie 10 Reihe 3, 2014, Tab. 5.5, S. 367.

¹²⁸³ §§ 89a Abs. 6 1. Halbs., 129a Abs. 9, 233b Abs. 1, 239c, 245, 256 Abs. 1, 262, 263 Abs. 6, 263a Abs. 2, 321 StGB.

¹²⁸⁴ Statistisches Bundesamt, Rechtspflege – Strafverfolgung, Fachserie 10, Reihe 3, 2014, Tab. 5.5, S. 367.

¹²⁸⁵ So auch *Ruderich*, S. 58 f., 215 ff.

¹²⁸⁶ BT-Drs. 16/1993, S. 13 f.

¹²⁸⁷ Vgl. *Ruderich*, S. 219.

¹²⁸⁸ Siehe *Kerner*, *BewHi* 2006, S. 54; *Morgenstern/Hecht*, *BewHi* 2011, S. 186; *Neubacher*, *BewHi* 2004, S. 78 f.; *Weigelt/Hohmann-Fricke*, *BewHi* 2006, S. 217.

¹²⁸⁹ *Ruderich*, S. 339.

ber insoweit für bestimmte Sexualstraftäter angenommene besondere Bedarf einer sich nach Strafverbüßung anschließenden Beaufsichtigung und Betreuung spricht insoweit ebenfalls gegen eine Streichung von § 181b StGB.

Gründe für eine Reduzierung der Anlasstaten des § 181b StGB sind weder vorgetragen noch erkennbar. Vielmehr stellt sich die Frage nach einer Erweiterung des Deliktskatalogs dieser Norm. Zielt die Maßregel der Führungsaufsicht auf gefährliche und gefährdete Straftäter ab, betrifft allerdings dies nicht die Tatbestände der Belästigung Unbeteiligter durch ungewollte Wahrnehmung (§§ 183, 183a StGB) sowie weitere Tatbestände im Zusammenhang mit der Prostitutionsausübung bzw. der einfachen Pornographie.

Eine Erweiterung des Anwendungsbereichs von § 181b StGB über den bislang dort normierten Katalog hinaus sollte vielmehr Verurteilungen von Straftaten in Bezug auf die sog. harte Pornographie erfassen,¹²⁹⁰ soweit diese kinder- und jugendpornographische Inhalte betreffen:

- Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften, § 184b;
- Verbreitung, Erwerb und Besitz jugendpornographischer Schriften, § 184c;
- Zugänglichmachen pornographischer Inhalte mittels Rundfunk oder Telemedien; Abruf kinder- und jugendpornographischer Inhalte mittels Telemedien, § 184d;
- Veranstaltung und Besuch kinder- und jugendpornographischer Darbietungen, § 184e StGB.

Dies gilt insbesondere im Hinblick auf den Bereich der Kinderpornographie umso mehr, als gem. § 176 Abs. 4 Nr. 3 Buchst. b) StGB bereits bestimmte noch im Vorfeld des sexuellen Missbrauchs von Kindern liegende Vorbereitungshandlungen als tatbestandliche Handlungen strafbar sind: das Einwirken auf ein Kind mittels Schriften bzw. mittels Informations- oder Kommunikationstechnologie mit dem Ziel der Herstellung einer kinderpornographischen Schrift, welche ein tatsächliches Geschehen wiedergibt (§ 184b Abs. 1 Nr. 3 StGB), oder um sich den Besitz von entsprechenden Schriften mit Realitätsgehalt zu verschaffen bzw. solche zu besitzen (§ 184b Abs. 3 StGB).

Da der Katalog von § 181b StGB die Norm des § 176 StGB enthält und damit alle Anlasstaten des Sexuellen Missbrauchs von Kindern erfasst, bedeutet das, dass bei Verurteilungen nach § 176 Abs. 4 Nr. 3 Buchst. b) StGB bei Vorliegen der Voraussetzungen gem. § 68 Abs. 1 bzw. Abs. 2 StGB eine Unterstellung unter die Maßregel der Führungsaufsicht möglich ist. Sind jedoch die Tathandlungen von § 184b Abs. 1 Nr. 3 oder Abs. 3 StGB verwirk-

¹²⁹⁰ Siehe bereits *Laubenthal*, Impulsreferat: Sinnhafte Neuordnung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs, S. 19.

licht, schließt dies eine Anordnung von Führungsaufsicht kraft Richterspruchs mangels Katalogtat im Sinne des § 181b StGB aus. Ist Freiheitsstrafe wegen einer Straftat aus dem Bereich der Kinder- bzw. Jugendpornographie vollständig zu verbüßen, kommt es im Gegensatz zu Verurteilungen gem. § 176 StGB kraft Gesetzes erst ab einer Vollverbüßung von mindestens zwei Jahren zu Führungsaufsicht.

Wie bei den derzeitigen Anlasstaten von § 181b StGB hätte eine Einbeziehung der Kinder- und Jugendpornographie betreffenden Bestimmungen nicht zwangsläufig für alle Vollverbüßer ab einem Jahr Freiheitsstrafe Führungsaufsicht kraft Gesetzes zur Folge. Damit der Maßregelzweck der Überwachung und Betreuung gefährlicher und gefährdeter Täter nur solche betrifft und nicht zu Einschränkungen bei Entlassenen mit positiver Sozialprognose führt, würde auch insoweit das Korrektiv von § 68f Abs. 2 StGB greifen. Danach ordnet das Vollstreckungsgericht das Entfallen der Maßregel an, wenn zu erwarten ist, dass die verurteilte Person keine weiteren Straftaten mehr begehen wird.

Im Hinblick auf die Führungsaufsicht kraft Richterspruchs eröffnet eine Einbeziehung der genannten Bestimmungen in § 181b StGB die Möglichkeit, gem. § 68 Abs. 1 StGB schon ab Verhängung einer zeitigen Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten Führungsaufsicht anzuordnen. Die Bandbreite zu befürchtender Straftaten bliebe dabei nicht auf solche wiederum aus dem Deliktsbereich der Kinder- und Jugendpornographie begrenzt, sondern würde gerade auch solche anderer Straftatbestände des 13. Abschnitts erfassen.¹²⁹¹

¹²⁹¹ Siehe oben II. 1. a).

14c. Prof. Dr. Klaus Laubenthal

Kriminologische Aspekte zu Vergewaltigung und sexueller Nötigung - unter besonderer Berücksichtigung des Auseinanderfallens von Strafanzeigen und Verurteilungen

I. Einführung

Das Recht auf Selbstbestimmung¹²⁹² im strafrechtlichen Sinne schützt die Freiheit vor Fremdbestimmung auf sexuellem Gebiet. Dem potenziellen Opfer sollen die psychischen und physischen Bedingungen für seine Fähigkeit erhalten bleiben, selbst zu entscheiden, ob und auf welche Art und Weise es zu einem bestimmten Zeitpunkt an einem konkreten Ort in ein sexualbezogenes Geschehen involviert werden will oder nicht. Diese Freiheit vor Fremdbestimmung auf sexuellem Gebiet ist Teil der Menschenwürde, die auch das Recht des Einzelnen umfasst, dass seine Intimsphäre geachtet und seine Person nicht zum bloßen Objekt oder Werkzeug sexuellen Begehrens Dritter herabgewürdigt wird. Insoweit bedarf es deshalb eines möglichst umfassenden Schutzes vor groben Beeinträchtigungen, weil – wie die kriminologischen Erkenntnisse zeigen – die physische und insbesondere auch die psychische Integrität eines Opfers durch sexuelle Angriffe zutiefst verletzt wird und die Folgen sexueller Übergriffe für die Betroffenen gravierend sind.

Durch eine Vergewaltigung, sexuelle Nötigung erfährt das Opfer einen brutalen Eingriff in seine ureigene Intimsphäre; das Geschehen wird als Entwürdigung und nachhaltige Verletzung bzw. Zerstörung der sexuellen Emotionalität erlebt.¹²⁹³ Es handelt sich um einen traumatischen Angriff auf die Person in ihrer Gesamtheit, der – wie Opfer berichten – Gefühle der Erstarrung, des Ausgeliefertseins, der eine Schockwirkung auslösenden Lebensbedrohung erzeugt. Nicht selten erleben Opfer während des Übergriffes Gefühle von Konstriktion und Dissoziation.

Über die regelmäßigen Primärfolgen psychischer und gegebenenfalls physischer Verletzungen hinaus kann das traumatische Ereignis zu posttraumatischen Belastungsstörungen führen wie Intrusion, Auswirkungen auf die Sexualität, Beziehungsstörungen, Depressionen usw. Ferner vermag es zu einem Ausblenden des traumatischen Ereignisses in der Erinne-

¹²⁹² Dazu *Laubenthal*, Handbuch Sexualstraftaten 2012, S. 13, 55.

¹²⁹³ Zu den Auswirkungen siehe etwa *Kratzer-Ceylan*, Finalität, Widerstand, „Bescholtenheit“, 2015, S. 44 ff.; *Schneider*, Vergewaltigung, in: *Schneider* (Hrsg.), Internationales Handbuch der Kriminologie, Band 2, 2009, S. 835 ff.; *Steinbauer*, Vergewaltigung und Missbrauch und deren psychische Folgen, in: *Friedmann* u.a., Psychotrauma. Die posttraumatische Belastungsstörung, 2004, S. 151 ff.; *Steinberg*, Strafe für das Versetzen in Todesangst, 2014, S. 79 ff.; *Weis*, Die Vergewaltigung und ihre Opfer. Eine viktimologische Untersuchung zur gesellschaftlichen Bewertung und individuellen Betroffenheit, 1982, S. 96 ff.

rung kommen, was gerade bei als lebensbedrohend empfundenen Erfahrungen nicht unüblich ist und deshalb entweder schon die Auslösung eines Strafverfahrens oder bei Durchführung eines solchen eine von den Strafverfolgungsorganen erwartete detailreiche Schilderung frei von Widersprüchen erschwert.

Obwohl nach kriminologischen Schätzungen in Deutschland etwa 13 % der Frauen während ihrer Lebenszeit im Alter zwischen 16 und 85 Jahren durch sexuelle Übergriffe viktimisiert werden¹²⁹⁴, zeigen doch relativ Wenige ihr sexuelles Opferwerden an und setzen die Strafverfolgungsmechanismen in Gang. Wird insoweit die Hilfe des Staates in Anspruch genommen, bleibt die Verurteilungswahrscheinlichkeit der beschuldigten Person allerdings gering.

II. Auslösung der Strafverfolgung

Bei den Delikten der Vergewaltigung, sexuellen Nötigung ist von einem enormen Dunkelfeld auszugehen. Einzelne Teilbereiche wie die Vergewaltigung in der Ehe verbleiben sogar im sog. absoluten Dunkelfeld, d.h. sie werden weder der Polizei bekannt, noch sind sie im Rahmen der Dunkelfeldforschung zureichend erfassbar.¹²⁹⁵

Eine Durchdringung des Dunkelfeldes steht gerade bei Sexualstraftaten vor erheblichen Schwierigkeiten, zumal sich aggressive Sexualdelikte hauptsächlich im sozialen Nahraum ereignen. Nach allgemeinem kriminologischem Befund werden Taten innerhalb sozialer Beziehungen aber eher nicht zur Anzeige gebracht.¹²⁹⁶ Zusätzlich reduzieren nicht nur delikt-spezifische Umstände die Bereitschaft zur Auslösung eines Strafverfahrens, sondern diese wird auch beeinflusst durch Faktoren wie die Bewertung von Sexualkontakten durch die Gesellschaft bzw. durch das soziale Umfeld, die prinzipielle Einstellung des Einzelnen zu sexualbezogenen Vorgängen und die fundamentale Intimität von Sexualität an sich¹²⁹⁷, die es erschwert, Details aus der Intimsphäre Fremden gegenüber offenzulegen. Besonders folgenswer ist dies, da gerade bei Sexualkriminalität das Opfer sowohl für das Bekanntwerden der Tat als auch für ihre Aufklärung eine zentrale Rolle spielt. Ohne die Mitwirkung der von der Straftat unmittelbar betroffenen Person gelangt das Geschehen allenfalls durch Zufall in das Hellfeld.

Einige Studien haben sich unter anderem mit der Dunkelfeldproblematik bei den sexuellen Gewalttaten befasst und Daten zu persönlichen Viktimisierungserfahrungen erhoben. Soweit

¹²⁹⁴ Vgl. *Schneider* (Fn. 2) S. 818.

¹²⁹⁵ *Schwind*, *Kriminologie*, 22. Aufl. 2013, S. 49.

¹²⁹⁶ *Kaiser*, *Kriminologie*, 3. Aufl. 1996, S. 781 f.

¹²⁹⁷ *Beier/Bosinski/Loewit*, *Sexualmedizin*, 2. Aufl. 2005, S. 565; *Göppinger/Brettel*, *Kriminologie*, 6. Aufl. 2008, S. 510 f.

es sich um wissenschaftliche Arbeiten handelt, orientieren sie sich zwar an strafrechtlichen Kategorien, erfassen allerdings nicht gänzlich deckungsgleich die Viktimisierung durch sexuelle Gewalt. So umfasst etwa die 2002 bis 2004 im Auftrag des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend durchgeführte bundesweite Repräsentativuntersuchung zu Gewalt gegen Frauen im Hinblick auf Viktimisierung durch sexuelle Gewalt Formen versuchter und vollendeter Vergewaltigung ebenso wie solche der sexuellen Nötigung.¹²⁹⁸ Eine andere kriminologische Studie zu Viktimisierungserfahrungen begrenzt beispielsweise demgegenüber die sexuelle Gewalt auf versuchte und vollendete Vergewaltigungen.¹²⁹⁹ Den unterschiedlichen Studien ist jedoch die Erkenntnis gemeinsam, dass sexuelle Gewaltdelikte nur zu einem geringen Teil zur Kenntnis der Strafverfolgungsorgane gelangen. Die ganz überwiegende Zahl der Deliktsoffer entscheidet sich gegen eine Anzeige ihrer Viktimisierung. Dabei wird angenommen, dass der Anteil der Betroffenen bei mehr als 80 % liegt.¹³⁰⁰ Kommt es wegen des Verdachts einer Vergewaltigung, sexuellen Nötigung zur Auslösung der Strafverfolgung, so geschieht dies – wie die Studien bestätigt haben – in der Regel durch eine Anzeige des Opfers selbst. In einigen Fällen erstatten Dritte (Familienangehörige oder sonst nahe stehende Personen) die Strafanzeige.¹³⁰¹ Die Kenntniserlangung der Strafverfolgungsorgane von einer möglichen Straftat der Vergewaltigung, sexuellen Nötigung durch Eigenwahrnehmung seitens Polizei bzw. Staatsanwaltschaft spielt nur eine ganz untergeordnete Rolle.

Nach den Gründen für ein Absehen von einer Strafanzeige bei erlebter Vergewaltigung oder anderer sexueller Gewalt hat beispielsweise die Social-Media-Kampagne „#ichhabenichtangezeigt“ gefragt. Bei dieser wurde im Zeitraum vom 1. Mai 2012 bis 15. Juni 2012 Frauen und Männern über eine Webseite die Möglichkeit eröffnet, ihre Gründe zu nennen, warum sie nach einer solchen sexuellen Viktimisierung keine Anzeige erstatteten. In dem genannten Zeitraum veröffentlichten 1 105 Betroffene ihre Statements. Die von den 1 105 Teilnehmern genannten Hauptgründe für ihre Nichtanzeige waren:¹³⁰²

Hauptgründe (Mehrfachnennungen waren möglich)	Anzahl
---	--------

¹²⁹⁸ Müller/Schöttle, Lebenssituation, Sicherheit und Gesundheit von Frauen in Deutschland. Eine repräsentative Untersuchung zu Gewalt gegen Frauen in Deutschland, 2004, S. 64.

¹²⁹⁹ Hellmann, Repräsentativbefragung zu Viktimisierungserfahrungen in Deutschland, 2014, S. 135.

¹³⁰⁰ Hellmann (Fn. 8), S. 148: 84,5 %; Müller/Schöttle (Fn. 7), S. 209: 85,7 %; siehe auch Ruch, Dunkelfeld und Anzeigeverhalten bei Delikten gegen die sexuelle Selbstbestimmung. Eine empirische Untersuchung im Zusammenhang mit den §§ 177, 179 StGB, 2011, S. 65; Thoben u.a., Gerechtigkeitslücken im Recht der Opferentschädigungen, 2012, S. 42, 45.

¹³⁰¹ Hellmann (Fn. 8), S. 148; Müller/Schöttle (Fn. 7), S. 208 f.

¹³⁰² Oerter/Lorenz/Kleine, Auswertung der Social-Media-Kampagne #ichhabenichtangezeigt, 2012, S. 13 ff.

Angst	687
<i>insb.:</i>	
– davor, dass nicht geglaubt wird	320
– vor Retraumatisierung/erneuter Demütigung	80
– vor dem Täter/den Tätern	74
Emotionale Belastung inkl. Schuld und Scham	1 039
<i>darunter:</i>	
– schuldig gefühlt	345
<i>insb.:</i> weil nicht genug gewehrt	82
– Scham, beschmutzt	144
– emotionale Überforderung	550
<i>insb.:</i> verdrängt, Erinnerung erst später wieder erlangt	121
Verantwortung	236
<i>insb.:</i>	
– Abhängigkeitsverhältnis außerhalb des fam. Umfelds	64
– für den Täter	53
– die Herkunftsfamilie nicht zu zerstören	44
Loyalität, Liebe, Abhängigkeit	174
<i>insb.:</i>	
– weil es mein Freund war/Partner	61
– weil es mein Vater war	40
– Täter aus dem sozialen Umfeld	20
Reaktionen des Umfelds	570
<i>insb.:</i>	
– keine Hilfe vom sozialen Umfeld	157
– es wurde nicht geglaubt	121
– Schuld dem Opfer zugewiesen	81
Mangelndes Vertrauen in Behörden, Polizei, Justiz, Institutionen	362
<i>insb.:</i>	
– kein Vertrauen in Behörden/Polizei/Justiz	152
– keine Chance vor Gericht u.a. wg. mangelnder Beweise	109
– schlechte Erfahrung mit Anzeige/versuchter Anzeige	87
Sozialisation	231
<i>insb.:</i>	
– nicht gewusst, dass es sexuelle Gewalt ist, da zu jung	98
– nicht wissen, dass man nein sagen darf	66
– Grenzüberschreitung als normal angesehen	64

Tat hat im Ausland stattgefunden	20
Sonstige Gründe	29

Zu den Motiven für eine Nichtauslösung der Strafverfolgung zählen nach Angaben von Betroffenen¹³⁰³ unter anderem Ängste, für unglaublich gehalten zu werden. Zudem bestehen Hemmschwellen im Hinblick auf eine Einschaltung von Polizei und Justiz aufgrund nicht oder nur eingeschränkt vorhandenem Vertrauen in die Strafverfolgungsorgane. Dies beruht partiell auch auf von Betroffenen subjektiv als negativ erlebten behördlichen Vorgehensweisen bei vorangegangenen Viktimisierungen. Ängste und Vorbehalte gegenüber Polizei und Justiz und damit Furcht vor über die durch die Straftat entstandene primäre Viktimisierung hinausgehenden sekundären Viktimisierungen stellen jedoch insgesamt betrachtet nicht das maßgebliche, sondern nur eines von mehreren Motiven dar¹³⁰⁴, welche Opfer von einer Anzeigenerstattung abhalten.

III. Entwicklung polizeilich erfasster Delikte in Deutschland

Die Tatsache, dass nur ein verhältnismäßig kleiner Teil der in Deutschland begangenen Straftaten der Vergewaltigung, sexuellen Nötigung den Strafverfolgungsorganen zur Kenntnis gelangt, muss bei der Interpretation von Helffelddaten Berücksichtigung finden. Blicken wir auf die Längsschnittentwicklung polizeilich registrierter Vorwürfe der Vergewaltigung, sexuellen Nötigung, so können wir in diesem Deliktsbereich Veränderungen konstatieren. Dies betrifft insbesondere die Entwicklung der Häufigkeit von polizeilich bekannt gewordenen Taten, ferner die Tatverdächtigen-Opfer-Beziehung.

¹³⁰³ Siehe auch *Hellmann* (Fn. 8), S. 151 f.; *Müller/Schöttle* (Fn. 7), S. 210 f.

¹³⁰⁴ Siehe auch *Ruch* (Fn. 9), S. 77.

Abbildung 1: Vergewaltigungen, sexuelle Nötigungen 1994-2014. (Quelle: Polizeiliche Kriminalstatistik 1994-1999, Tabelle 91; Polizeiliche Kriminalstatistik 2014, Zeitreihe Opfer, Tabelle 91)

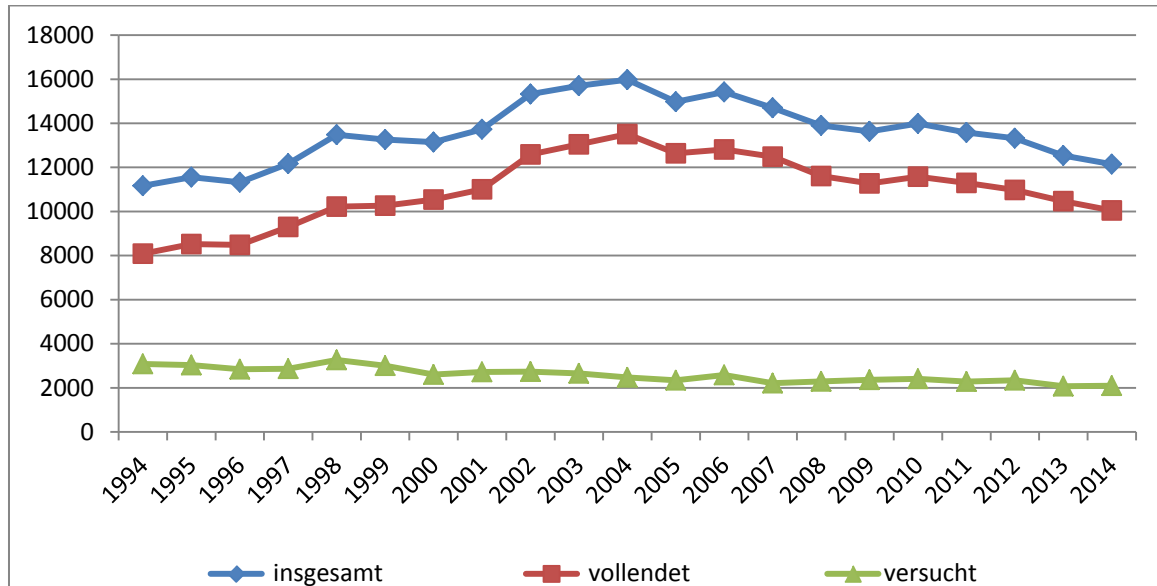
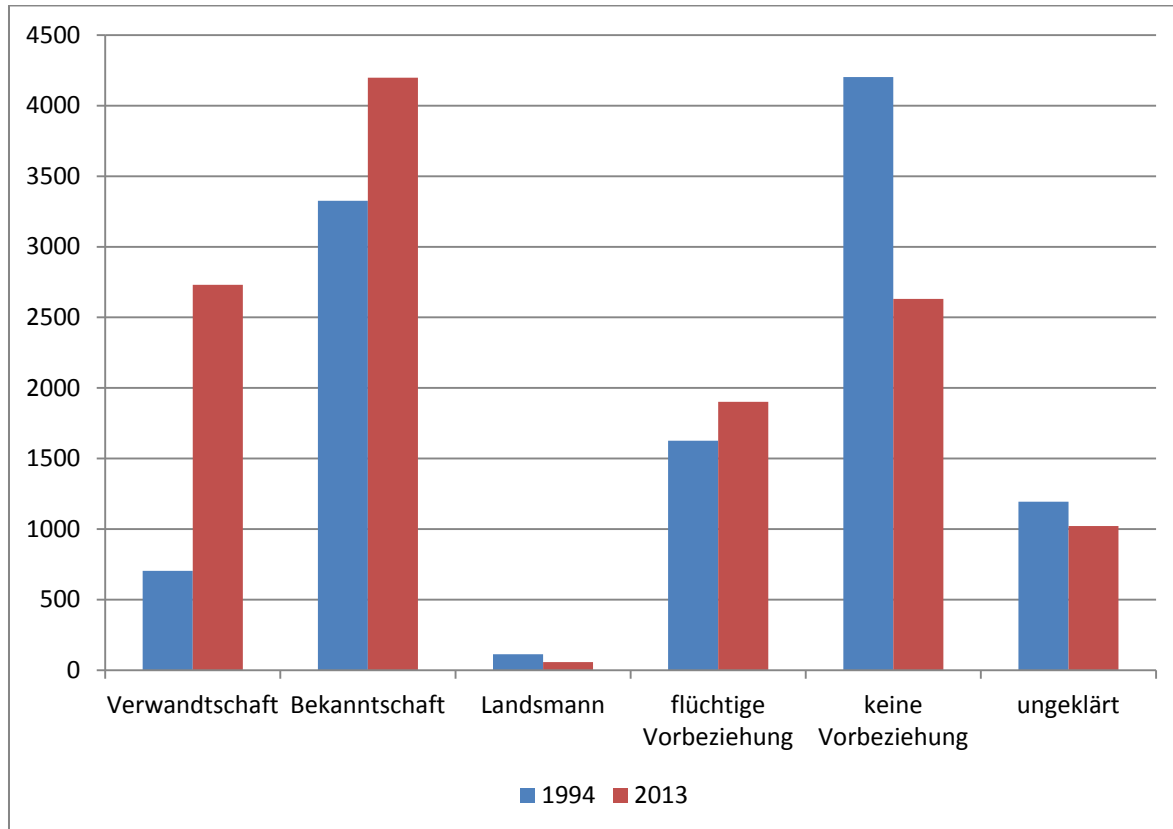


Abbildung 1 gibt die Längsschnittentwicklung bei den polizeilich registrierten Delikten der Vergewaltigung, sexuellen Nötigung in den Jahren 1994-2014 wieder. Es zeigt sich, dass nach den Reformen der § 177, § 178 StGB¹³⁰⁵ durch das 33. Strafrechtsänderungsgesetz vom 1.7.1997 sowie durch das 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 26.1.1998 die jährlichen Zahlen der polizeilichen Registrierung von Delikten der Vergewaltigung, sexuellen Nötigung sichtbar angestiegen waren. Seit 2005 sind sie – mit leichten Schwankungen – wieder rückläufig.

Eine Differenzierung zwischen Fällen der versuchten und der vollendeten Vergewaltigung, sexuellen Nötigung verdeutlicht für den genannten Zeitraum eine im Ergebnis erkennbar unterschiedliche Entwicklung. So sind die polizeilich erfassten Tatversuche von 1994 bis 2014 um 32,0 % zurückgegangen. Dagegen ist bei den vollendeten Delikten eine Zunahme von 24,3 % zu verzeichnen.

¹³⁰⁵ Dazu *Laubenthal* (Fn. 1), S. 19 ff., 23 f., 56.

Abbildung 2: Opfer-Tatverdächtigen-Beziehung bei Vergewaltigung, sexueller Nötigung. (Quelle: Polizeiliche Kriminalstatistik 1994, Tabelle 92, Blatt 1; 2013, Tabelle 92, S. 1 f.)

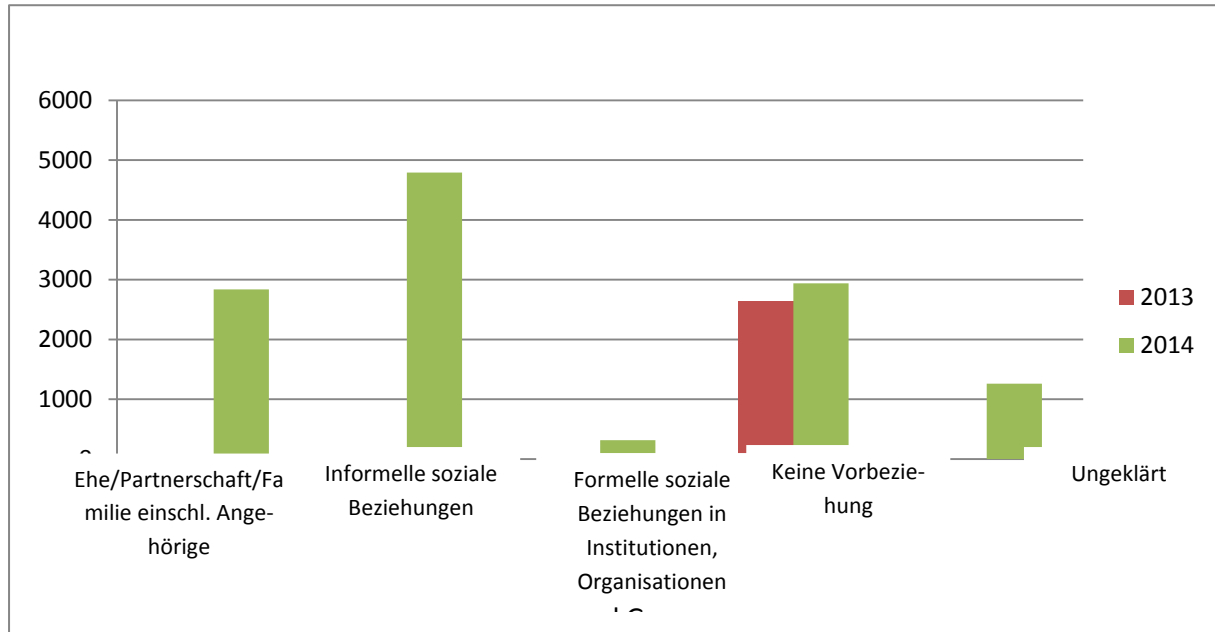


Einen Vergleich der 1994 und 2013 polizeilich erfassten Fälle der Vergewaltigung, sexuellen Nötigung im Hinblick auf die Opfer-Tatverdächtigen-Beziehung gibt Abbildung 2 wieder. Deutlich wird ein Anwachsen der miteinander verwandten Opfer und Tatverdächtigen von 704 auf 2 731 (= 287,9 %) sowie der miteinander bekannten Personen von 3 326 auf 4 198 (= 26,2 %). Die Datengegenüberstellung der beiden Jahre ergibt zugleich einen Rückgang der registrierten Fälle ohne eine Vorbeziehung zwischen dem Tatverdächtigen und dem Opfer von 4 203 auf 2 631 (= 37,4 %). Damit ist es zu einer nachhaltigen Verschiebung hin zu denjenigen Übergriffen gekommen, welche im sozialen Nahraum des Opfers erfolgten. Verwandtschaft und Bekanntschaft zwischen Tatverdächtigem und Opfer machten 1994 zusammen noch einen Anteil von 36,1 % der vorliegend relevanten in jenem Jahr erfassten Delikte aus. Im Jahr 2013 war dann bei 55,2 % der polizeilich registrierten Tatvorwürfe der Vergewaltigung, sexuellen Nötigung die Opfer-Tatverdächtigen-Beziehung diejenige der Verwandtschaft/Bekanntschaft.

Die Zahlen der polizeilich erfassten Fälle aus dem Jahr 2014 im Hinblick auf die Opfer-Tatverdächtigen-Beziehung sind mit den Zahlen der Vorjahre nur eingeschränkt vergleichbar. Denn im Jahr 2014 erfolgte eine inhaltliche Überarbeitung von Tabelle 92 der Polizeili-

chen Kriminalstatistik. Für die Erfassung der Stellung des Opfers gegenüber dem Tatverdächtigen sind nunmehr weitgehend neue Merkmalsgruppen maßgeblich. Gleichgeblieben ist (neben „ungeklärt“) das Merkmal „keine Vorbeziehung“. Insoweit ist von 2013 auf 2014 ein leichter Anstieg von 11,7 % zu verzeichnen.

Abbildung 3: Opfer-Tatverdächtigen-Beziehung bei Vergewaltigung, sexueller Nötigung. (Quelle: Polizeiliche Kriminalstatistik 2013, Tabelle 92, S. 1 f.; 2014, Tabelle 92, S. 1 f.)



IV. Zahlenmäßige Diskrepanz Tatverdächtige/Abgeurteilte/Verurteilte

Im Jahr 2013 waren in der Polizeilichen Kriminalstatistik wegen Vergewaltigung, sexueller Nötigung 10 010 Tatverdächtige ab 14 Jahre verzeichnet, die Anzahl der einschlägigen registrierten Straftaten betrug 12 276. Im Jahr 2014 waren es 9 649 Tatverdächtige ab 14 Jahre, die Anzahl der einschlägig registrierten Straftaten betrug 11 967.

Im Jahr 2013 lag nach der Strafverfolgungsstatistik die Zahl der Abgeurteilten¹³⁰⁶ bei 1 680, diejenige der Verurteilten¹³⁰⁷ bei 1 129. Die entsprechenden Zahlen der Strafverfolgungsstatistik für das Jahr 2014 liegen zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht vor.

Zwar stellen sich durchaus Vorbehalte im Hinblick auf die Vergleichbarkeit der Polizeilichen Kriminalstatistik einerseits sowie der Strafverfolgungsstatistik des Statistischen Bundesamtes

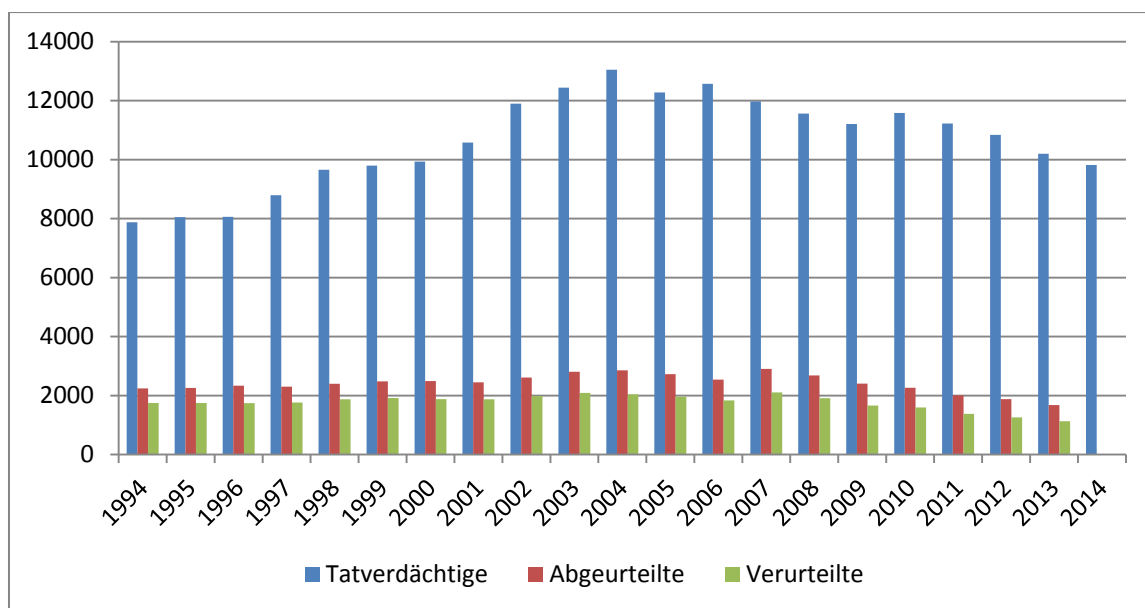
¹³⁰⁶ Abgeurteilte sind Angeklagte, gegen die Strafbefehle erlassen wurden bzw. Strafverfahren nach Eröffnung des Hauptverfahrens durch Urteil oder Einstellungsbeschluss rechtskräftig abgeschlossen worden sind. Ihre Zahl setzt sich zusammen aus den Verurteilten und aus Personen, gegen die andere Entscheidungen (u.a. Einstellung, Freispruch) getroffen wurden (siehe Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 3, 2013, S. 13).

¹³⁰⁷ Verurteilte sind Angeklagte, gegen die nach allgemeinem Strafrecht Freiheitsstrafe, Strafarrest oder Geldstrafe (auch durch einen rechtskräftigen Strafbefehl) verhängt worden ist, oder deren Straftat nach Jugendstrafrecht mit Jugendstrafe, Zuchtmitteln oder Erziehungsmaßnahmen geahndet wurde (siehe Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 3, 2013, S. 15).

andererseits. Da Strafverfahren gerade bei Sexualdelikten sich nicht selten über Jahre hinziehen, findet beispielsweise ein in einem bestimmten Jahr polizeilich registrierter Tatvorwurf nicht zwangsläufig auch im gleichen Jahr seinen justiziellen Abschluss. Dennoch offenbaren die genannten Zahlen eine erhebliche Diskrepanz zwischen registrierten Taten und Tatverdächtigen auf der einen Seite und Abgeurteilten sowie Verurteilten auf der anderen Seite. Im Jahr 2013 lag der Anteil der Abgeurteilten an den registrierten Tatverdächtigen bei 16,5 %, derjenige der Verurteilten bei nur 11,1 %.

Eine deutliche Diskrepanz zeigt auch eine Längsschnittdanalyse (Abbildung 4). Dabei fällt auf, dass der Anteil der wegen Vergewaltigung, sexueller Nötigung Verurteilten an den entsprechend polizeilich registrierten Tatverdächtigen im Ergebnis in den zurückliegenden Jahrzehnten erheblich gesunken ist.

Abbildung 4: Tatverdächtige, Abgeurteilte und Verurteilte bei Vergewaltigung, sexueller Nötigung in Deutschland von 1994-2014. (Quelle: Polizeiliche Kriminalstatistik 2014, Zeitreihen Tatverdächtige, Tabelle 20; Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 3, 1994-2013)



1. Kriminologische Studien zur Strafverfahrenswirklichkeit

Wissenschaftliche Untersuchungen, die sich mit Einzelaspekten sexueller Gewaltdelikte befassen (Täter-Opfer-Beziehungen, Dunkelfeldforschung, Auswirkungen der Tat bei den Opfern usw.) sind zahlreich vorhanden. Hinsichtlich der Strafverfahrenswirklichkeit bei Vergewaltigung, sexueller Nötigung existieren jedoch nur sehr wenige empirische Arbeiten.

- a) Mit der differentiellen Wahrscheinlichkeit strafgerichtlicher Sanktionierung bei sexuell motivierten Gewaltdelikten hat sich als erster umfassend Steinhilper¹³⁰⁸ beschäftigt. Seine empirischen Erhebungen führte er allerdings bereits Anfang der achtziger Jahre des 20. Jahrhunderts durch. Er untersuchte 326 Strafverfahren aus den Jahrgängen 1977 bis 1979 im Regierungsbezirk Detmold, bei denen nach der polizeilichen Ausgangsdefinition der Tatverdacht einer Vergewaltigung, sexuellen Nötigung vorlag.

Nach seinen Untersuchungsergebnissen¹³⁰⁹ schieden nahezu 55 % der Vorwürfe, zu denen polizeilicherseits ein Tatverdächtiger ermittelt werden konnte, durch justizielle Entscheidungen aus dem Strafverfolgungsprozess aus. Dabei erfolgten 73 % der Verfahrensbeendigungen durch die Staatsanwaltschaft, welche die von ihr erledigten Verfahren in etwa 80 % mangels eines Tatverdachts einstellte. 5,5 % schieden die Strafgerichte im Zwischenverfahren aus, 5 % wurden durch Einstellung im Hauptverfahren beendet. Bei 17 % erfolgte ein Freispruch im Hauptverfahren. Je enger bei den in der Studie untersuchten Fällen die Tatverdächtigen-Opfer-Beziehung war, umso höher stieg die Einstellungs- und Freispruchsquote.¹³¹⁰ Im Hinblick auf die staatsanwaltschaftlichen Erledigungsentscheidungen kam zudem Tatmerkmalen Relevanz zu. Die Einstellungsquote wuchs bei angezeigten Taten, bei denen das Opfer keinerlei Verletzungen durch Gewaltanwendung erlitten hatte – und sie reduzierte sich deutlich, sofern die Opfer zumindest leichte Verletzungen bei der Tat davontrugen. Doch auch in jedem fünften Fall, in welchem Verletzungen vorhanden waren, kam es zur Einstellung.¹³¹¹ Gut ein Zehntel der polizeilich als Vergewaltigung, sexuelle Nötigung registrierten Tatvorwürfe waren bereits auf staatsanwaltlicher Ebene von sexuellen Gewalttaten nach anderen Straftaten umklassifiziert worden – teilweise in sonstige Sexualdelikte, überwiegend aber in andere Deliktsbereiche betreffende Straftaten.¹³¹²

- b) Gemäß einem 1998 vom Bayerischen Staatsministerium des Innern erteilten Auftrag untersuchte die Kriminologische Forschungsgruppe der Bayerischen Polizei Ausmaß, Ursachen und Entwicklung der Vergewaltigung und sexuellen Nötigung in Bayern.¹³¹³ Aus den in der Polizeilichen Kriminalstatistik für das Jahr 2000 registrierten Aktenzeichen zu den als Vergewaltigung oder sexuelle Nötigung erfassten Delikten zog man

¹³⁰⁸ Steinhilper, Definitions- und Entscheidungsprozesse bei sexuell motivierten Gewaltdelikten. Eine empirische Untersuchung der Strafverfolgung bei Vergewaltigung und sexueller Nötigung, 1986.

¹³⁰⁹ Steinhilper (Fn. 17), S. 334.

¹³¹⁰ Steinhilper (Fn. 17), S. 192 f., 334.

¹³¹¹ Steinhilper (Fn. 17), S. 191.

¹³¹² Steinhilper (Fn. 17), S. 124.

¹³¹³ Elsner/Steffen, Vergewaltigung und sexuelle Nötigung in Bayern. Opferrisiko, Opfer- und Tatverdächtigverhalten, polizeiliche Ermittlungen, justizielle Erledigung, 2005.

eine Zufallsstichprobe zur Aktenauswahl. Untersucht wurden dann 391 Akten mit Anzeigen wegen Vergewaltigung und sexueller Nötigung.

Im Hinblick auf die Verfahrensentscheidungen durch Staatsanwaltschaften und Gerichte bei den polizeilich als Vergewaltigung bzw. sexuelle Nötigung erfassten Tatvorwürfen stellen wesentliche Resultate der Aktenanalyse dar:

Nur jede vierte Vergewaltigungsanzeige und jede fünfte wegen sexueller Nötigung erfolgte Anzeige, die als solche an die Staatsanwaltschaft abgegeben wurde, führte im justiziellen Verfahren zu einer rechtskräftigen Verurteilung wegen des Delikts.¹³¹⁴ Bei den Verfahrenserledigungen dominierten¹³¹⁵ die Einstellungen durch die Staatsanwaltschaft gemäß § 170 Absatz 2 StPO (Vergewaltigung: 58,4 %; sexuelle Nötigung: 56,6 %). Vor allem beim Delikt der Vergewaltigung war dies am häufigsten (37,9 %) darauf zurückzuführen, dass nach Einschätzung der Staatsanwaltschaft Aussage gegen Aussage stand. Es ließ sich aufgrund der widersprechenden Aussagen der Beteiligten nicht feststellen, wie sich der Vorgang tatsächlich zugetragen hat, wobei keiner der beiden Aussagen von vornherein ein erhöhter Beweiswert zukam und weitere objektive Beweismittel nicht vorlagen. Im Gegensatz zu den Einstellungen nach § 170 Absatz 2 StPO spielten solche nach § 153 Absatz 1, § 153a StPO (Vergewaltigung: 0,8 %; sexuelle Nötigung: 3,1 %) oder ein Absehen von der Verfolgung gemäß § 154 StPO (Vergewaltigung: 1,1 %; sexuelle Nötigung: 3,9 %) keine bedeutende Rolle.¹³¹⁶

Als Gründe für die insgesamt hohen Einstellungsquoten wurden in der Studie ermittelt:¹³¹⁷ verspätete Anzeigeerstattung, fehlende Personen- oder Sachbeweise, der Einfluss von Alkohol oder anderer psychotroper Substanzen bei den Tatbeteiligten, psychische Störungen, widersprüchliche bzw. unglaubwürdige Aussagen auf der Geschädigtenseite sowie fehlende Bereitschaft, an der Tataufklärung mitzuwirken.

Bei den Vergewaltigungsvorwürfen kam es bei 13 % der Anklagen zu einem Freispruch, bei sexueller Nötigung erfolgte dagegen keine Verfahrensbeendigung durch freisprechendes Urteil. 3,1 % der wegen Vergewaltigung polizeilich Registrierten wurden mit einer jugendstrafrechtlichen Unrechtsreaktion, 21,7 % nach Erwachsenenstrafrecht sanktioniert. Bei sexueller Nötigung waren dies 8,5 % bzw. 11,7 %. Einige der wegen Vergewaltigung bzw. sexueller Nötigung polizeilich als tatverdächtig

¹³¹⁴ *Elsner/Steffen* (Fn. 22), S. 281.

¹³¹⁵ *Elsner/Steffen* (Fn. 22), S. 147, 153.

¹³¹⁶ *Elsner/Steffen* (Fn. 22), S. 147, 153.

¹³¹⁷ *Elsner/Steffen* (Fn. 22), S. 156.

Registrierten wurden im Ergebnis zwar ebenfalls gerichtlich verurteilt. Dies erfolgte jedoch entweder wegen eines anderen Sexualdelikts (polizeiliche Registrierung wegen Vergewaltigung: 0,8 %; wegen sexueller Nötigung: 5,4 %) oder infolge Umklassifizierung der ursprünglich polizeilich registrierten Straftat kam es zur Verurteilung wegen eines nicht den Sexualstraftaten unterfallenden Delikts wie z.B. Körperverletzung oder Freiheitsberaubung (polizeiliche Registrierung wegen Vergewaltigung: 6,5 %; wegen sexueller Nötigung: 5,4 %).

- c) Dem methodischen Ansatz der Untersuchung von Steinhilper folgt Goedelt in ihrer Studie zur Verfahrenswirklichkeit bei Vergewaltigung und sexueller Nötigung.¹³¹⁸ Im Mittelpunkt ihrer Arbeit steht eine Analyse von Strafverfahrensakten, welche diese Delikte betreffende Tatvorwürfe beinhalten. Die Vollerhebung umfasst die auswertbaren Akten der Staatsanwaltschaften Göttingen und Braunschweig bezüglich des Jahrgangs 2002. Diese betrafen insgesamt 234 Verfahren.

Bei diesen Ermittlungsverfahren kam es lediglich in 24,4 % der Fälle zu einer Anklage und bei den angeklagten Vorwürfen nur bei 66,7 % überhaupt zu einer Verurteilung wegen eines Sexualdelikts¹³¹⁹ - d.h. bei 16,2 % der ausgewerteten Verfahren insgesamt. Mehr als die Hälfte der Verurteilungen gründeten im Wesentlichen auf einem Geständnis der angeklagten Person.¹³²⁰

Auch nach den Resultaten dieser Studie dominierten bei den Verfahrenserledigungen mit 68,8 % der insgesamt ausgewerteten Fälle die Einstellungen durch die Staatsanwaltschaft gemäß § 170 Absatz 2 StPO. Die hohe Einstellungsquote nach dieser Norm (95,8 % der staatsanwaltschaftlichen Einstellungen) rührte hauptsächlich von objektiven Beweisschwierigkeiten her.¹³²¹ 72 % der Einstellungen nach § 170 Absatz 2 StPO fanden wegen mangelnden Tatverdachts statt, vor allem weil Indizien und Beweise fehlten. Lagen dagegen körperliche Verletzungen des Opfers vor, wurde eher ein hinreichender Tatverdacht angenommen und der Fall zur Anklage gebracht (physische Verletzung gegeben: 45,2 % Anklage, 50 % Einstellung gemäß § 170 Absatz 2 StPO; nicht gegeben: 19,8 % Anklage, 72,9 % Einstellung gemäß § 170 Absatz 2 StPO).¹³²²

¹³¹⁸ Goedelt, Vergewaltigung und sexuelle Nötigung. Untersuchung der Strafverfahrenswirklichkeit, 2010.

¹³¹⁹ Goedelt (Fn. 27), S. 117 f.

¹³²⁰ Goedelt (Fn. 27), S. 206 f.

¹³²¹ Goedelt (Fn. 27), S. 140, 172 f.

¹³²² Goedelt (Fn. 27), S. 162.

Einstellungsgrund mangels Tatverdachts war in einer Reihe von Fällen auch die fehlende Mitwirkungsbereitschaft von Geschädigten an der Tataufklärung. 15,5 % der Einstellungen nach § 170 Absatz 2 StPO erfolgten wegen Nichtvorliegens des Tatbestandes eines Sexualdelikts (z.B. das Opfer gab selbst an, dass der sexuelle Kontakt zwar gegen dessen Willen erfolgte, die beschuldigte Person aber kein Nötigungsmittel einsetzte). 6,8 % der Entscheidungen nach § 170 Absatz 2 StPO gründeten auf dem Vorliegen von Verfahrenshindernissen (z.B. Strafunmündigkeit).

Einstellungen nach anderen Normen als § 170 Absatz 2 StPO blieben bei den staatsanwaltlichen Erledigungen die Ausnahme:¹³²³ solche nach § 154, § 154b StPO erfolgten bei 3 % der Einstellungen; in einem Fall beruhte die Einstellung auf § 153a StPO. Bereits in der Phase der staatsanwaltschaftlichen Selektions- und Definitionsprozesse wurden in einigen Fällen¹³²⁴ (3,8 % der untersuchten Fälle) sog. Umklassifizierungen vorgenommen – d.h. Staatsanwaltschaften nahmen bei von Polizeibehörden registrierten und den Delikten der Vergewaltigung, sexuellen Nötigung zugeordneten Sachverhalten eine andere rechtliche Wertung vor.

Kam es zu einer Anklage wegen des Deliktivorwurfs einer Vergewaltigung, sexuellen Nötigung, erfolgte in 9,4 % dieser Fälle ein Freispruch. Sämtliche Freisprüche ergingen aus tatsächlichen Gründen.¹³²⁵ Einige wenige Verfahren wurden vom Gericht eingestellt. In 13,2 % der angeklagten Fälle kam es gerichtlicherseits zu Umklassifikationen. Hier sah man eine Sexualstraftat als nicht gegeben an und es ergingen Verurteilungen z.B. wegen Nötigung, Beleidigung oder Körperverletzung.¹³²⁶

- d) Im Rahmen des von der Europäischen Kommission finanzierten Forschungsprojekts „Different systems, similar outcomes? Tracking attrition in reported rape cases in eleven countries“ wurde in elf Ländern zur Frage nach Mustern und Gründen für die justizielle Erledigung von Vergewaltigungsfällen eine quantitative Aktenanalyse von jeweils 100 Verfahren durchgeführt. Für Deutschland¹³²⁷ erfolgte die Aktenerhebung in Stuttgart. Erfasst wurden Meldungen bei der Polizei ab dem Stichdatum 1.4.2004.

In den 100 Verfahren war es möglich, 74 Tatverdächtige zu identifizieren und in die Untersuchung einzubeziehen. Gegen 34 (45,9 %) von diesen wurde Anklage erho-

¹³²³ Goedelt (Fn. 27), S. 140 f.

¹³²⁴ Goedelt (Fn. 27), S. 139, 144.

¹³²⁵ Goedelt (Fn. 27), S. 189.

¹³²⁶ Goedelt (Fn. 27), S. 190.

¹³²⁷ Seith/Lovett/Kelly, Unterschiedliche Systeme, ähnliche Resultate? Strafverfolgung von Vergewaltigung in elf europäischen Ländern. Länderbericht Deutschland, 2009.

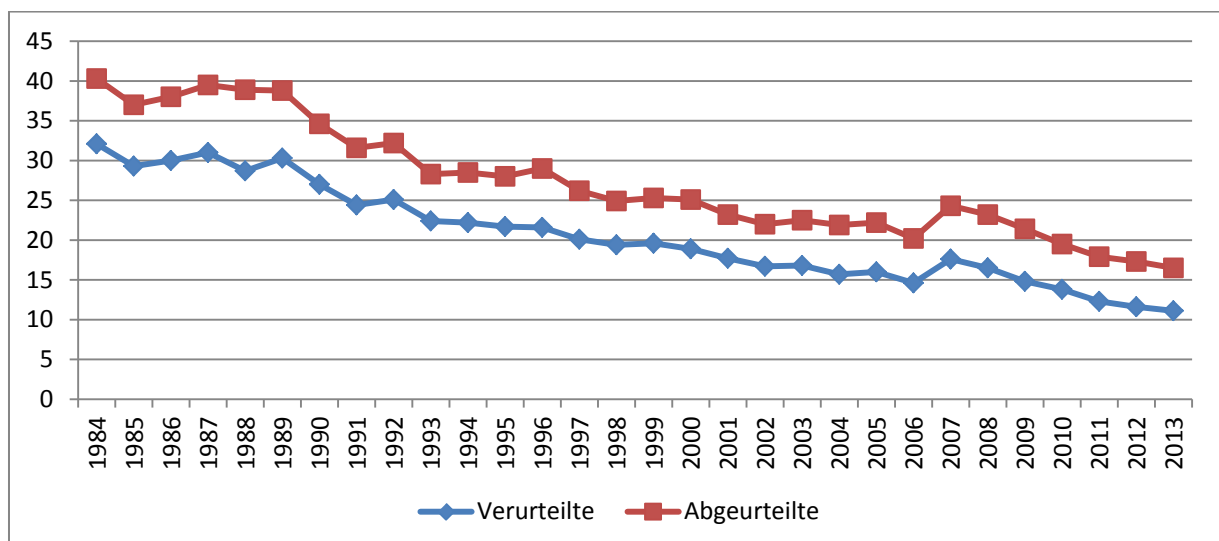
ben. Die staatsanwaltschaftlich verfügbaren Einstellungen gründeten überwiegend auf Mangel an Beweisen, zudem wurde in einer Reihe von Fällen die Frage gestellt, ob die Tat sich überhaupt ereignet hatte.¹³²⁸ Zu einer Umklassifizierung des polizeilich registrierten Sexualdelikts zu einem Körperverletzungsdelikt kam es in einem Fall.

Hauptverfahren eröffneten die Gerichte in 28 Fällen. 23 Angeklagte wurden verurteilt, vier freigesprochen. Trug das Opfer von dem Übergriff eine physische Verletzung davon, verdoppelte sich die Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung.¹³²⁹

2. Entwicklung im Längsschnitt

In den letzten drei Jahrzehnten ist – wie Abbildung 5 verdeutlicht – sowohl der Anteil der jeweiligen Aburteilungen als auch derjenige der Verurteilungen an den in der Polizeilichen Kriminalstatistik registrierten jeweils Tatverdächtigen deutlich gesunken. Er lag bei den Aburteilungen 1984 noch bei 40,3 %, 1994 bei 28,5 %, er reduzierte sich bis 2004 auf 21,9 % und betrug im Jahr 2013 16,5 %. Bei den Verurteilungen waren es 1984 32,1 %, 1994 22,2 %, 2004 15,7 % und 2013 11,1 %.

Abbildung 5: Anteil der wegen Vergewaltigung, sexueller Nötigung Abgeurteilten und Verurteilten an den entsprechend polizeilich erfassten Tatverdächtigen. (Quelle: Polizeiliche Kriminalstatistik 1984, S. 73; 1985, S. 73; 1986, S. 93; Polizeiliche Kriminalstatistik 2013, Zeitreihen Tatverdächtige, Tabelle 20; Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 3, 1984-2013)



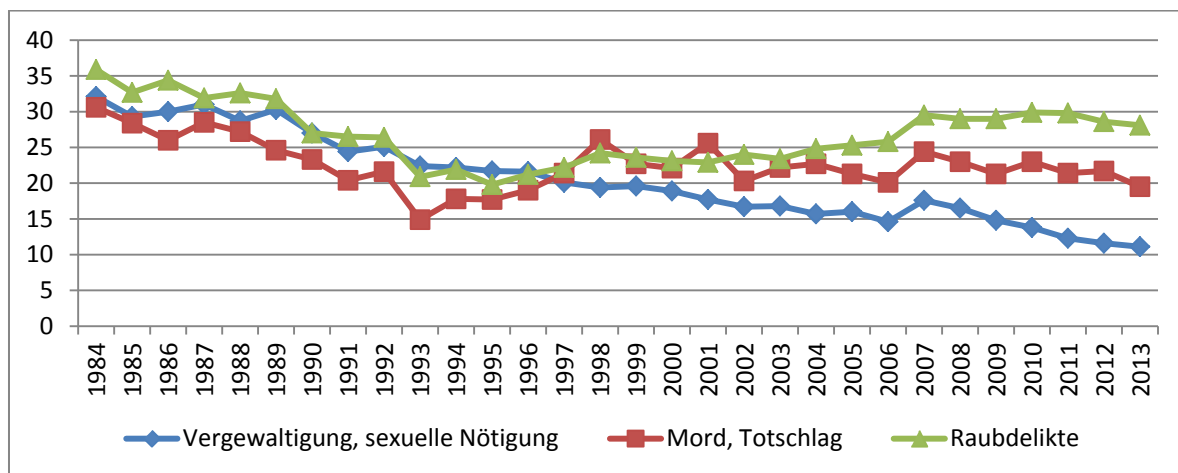
Die Vergleichbarkeit der Entwicklung der Anteile von Abgeurteilten und Verurteilten weist darauf hin, dass es nicht zu wesentlichen quantitativen Veränderungen bei den Ausfilte-

¹³²⁸ Seith/Lovett/Kelly (Fn. 36), S. 7.

¹³²⁹ Seith/Lovett/Kelly (Fn. 36), S. 9.

rungsprozessen auf der gerichtlichen Ebene kam. Diese sind vielmehr den Definitions- und Selektionsprozessen auf der staatsanwaltschaftlichen Ebene zuzuordnen.

Abbildung 6: Anteile der wegen Vergewaltigung, sexueller Nötigung, §§ 211 ff., §§ 249 ff. Verurteilten an den entsprechend polizeilich erfassten Tatverdächtigen. (Quelle: Polizeiliche Kriminalstatistik 1984, S. 57; 1985, S. 59; 1986, S. 80; Polizeiliche Kriminalstatistik 2013, Zeitreihen Tatverdächtige, Tabelle 20; Statistisches Bundesamt, Fachserie 10, Reihe 3, 1984-2013)



Eine vergleichbare Entwicklung mit einem fast kontinuierlichen Rückgang wie bei Vergewaltigung, sexueller Nötigung stellt sich bei anderen Gewaltdelikten wie Mord, Totschlag oder Raub nicht dar (Abbildung 6). Gründe für das deutliche Sinken gerade der Anteile bei Vergewaltigung, sexueller Nötigung sind seitens der kriminologischen Wissenschaft bislang allerdings nicht zureichend erforscht.

V. Zusammenfassung

- Die ganz überwiegende Zahl der von Vergewaltigung, sexueller Nötigung betroffenen Personen entscheidet sich gegen eine Anzeige ihrer Viktimisierung.
- Vorbehalte gegenüber den Strafverfolgungsorganen und damit Ängste vor sekundärer Viktimisierung sind nur eines von mehreren Motiven für eine Nichtanzeige seitens Betroffener.
- Wird die Strafverfolgung ausgelöst, beruht dies in der Regel auf einer Anzeige des Opfers selbst.
- Die polizeiliche Registrierung von Vorwürfen vollendeter Delikte der Vergewaltigung, sexuellen Nötigung hat in den zurückliegenden Jahren deutlich zugenommen, diejenigen der Deliktsversuche vergleichbar abgenommen.

- Im Verlauf der letzten zwei Jahrzehnte ist es bei ins Hellfeld gebrachten Vorwürfen zu einer Verschiebung hin zu Übergriffen gekommen, die im sozialen Nahraum der von sexueller Viktimisierung Betroffenen erfolgten.
- Der Vergleich von Polizeilicher Kriminalstatistik und Verurteiltenstatistik offenbart eine erhebliche Diskrepanz zwischen registrierten Tatvorwürfen und Tatverdächtigen einerseits sowie Abgeurteilten bzw. Verurteilten andererseits.
- Die Diskrepanz gründet sich nach den Resultaten kriminologischer Studien im Wesentlichen auf Entscheidungen in der Verfahrensphase der staatsanwaltschaftlichen Selektions- und Definitionsprozesse. Sie beruht überwiegend auf Verfahrenserledigungen gemäß § 170 Absatz 2 StPO wegen Fehlens eines hinreichenden Tatverdachts, was zumeist mit Beweisproblemen begründet wird. Einstellungen wegen eines Verfahrenshindernisses bleiben die Ausnahme, ebenso solche nach anderen strafprozessualen Normen. Zudem kommt es zu Umklassifizierungen polizeilich registrierter Vorwürfe der Vergewaltigung, sexueller Nötigung zu solchen wegen anderer Sexualdelikte sowie Straftaten aus anderen Deliktsbereichen.
- Die Anteile der wegen Vergewaltigung, sexueller Nötigung Abgeurteilten und Verurteilten an den wegen dieser Tatvorwürfe polizeilich registrierten Tatverdächtigen sind zwischen 1984 und 2013 fast kontinuierlich zurückgegangen.

14d. Prof. Dr. Klaus Laubenthal

Sinnhafte Neuordnung des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs

I. Sexualstraftaten im System des Besonderen Teils

Bei der Systematisierung des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches geht es dem Gesetzgeber darum, Gruppen von Tatbeständen zusammenzufassen und diese in eine bestimmte Ordnung zu bringen.¹³³⁰ Damit soll den Adressaten der Zugang zu den Regelungsmaterien erleichtert werden – zugleich strahlt die Systematik insoweit auf die Auslegung einzelner Tatbestände aus.

Was die Einordnung der Sexualstraftaten in dem System des Besonderen Teils betrifft, so bildeten diese schon im Reichsstrafgesetzbuch (RStGB) vom 15.5.1871¹³³¹ als „Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit“ den 13. Abschnitt. Sie waren in der herkömmlichen Aufgliederung des Besonderen Teils nach Delikten gegen die Gesamtheit und Delikten gegen den Einzelnen keiner dieser beiden Gruppen eindeutig zuzuordnen,¹³³² weshalb in der Entwicklung des Strafgesetzbuchs ihre Einordnung zwischen diesen Gruppen erfolgte. Ihre systematische Stellung behielten die Sexualdelikte als „Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung“ im 4. Gesetz zur Reform des Strafrechts (4. StrRG) vom 23.11.1973¹³³³ bei, obwohl zwischenzeitlich nach Aufhebung einiger überkommener Tatbestände des Besonderen Teils im 1. StrRG vom 25.6.1969¹³³⁴ (Ehebruch, Homosexualität unter Erwachsenen usw.), sowie partiell infolge der Verlagerung des Tatbestandes des Beischlafs zwischen Verwandten (§ 173 StGB) in den 12. Abschnitt, die Sexualstraftaten sich ganz überwiegend zu Delikten gegen den Einzelnen gewandelt hatten. Denn das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung im strafrechtlichen Sinne enthält die Freiheit jeder Person vor Fremdbestimmung auf sexuellem Gebiet und ist deshalb als ein Abwehrrecht des Einzelnen zu verstehen.¹³³⁵ Mit dem am 1.1.1975 in Kraft getretenen 4. StrRG beschränkte der Gesetzgeber sich im Bereich des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des StGB auf die Strafbarkeit der zum damaligen Zeitpunkt aus seiner Sicht zweifelsfrei sozialschädlichen Verhaltensweisen. Wesentliches Anlie-

¹³³⁰ Dazu *Schroeder*, Systematische Stellung und Rechtsgut der Sexualstraftaten nach dem 4. StrRG, in: Festschrift für Welzel, 1974, S. 859 ff.

¹³³¹ RGBl. 1871, S. 127 ff.

¹³³² Vgl. *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht Besonderer Teil. Teilband 1: Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte, 10. Aufl. 2009, S. 187; *Schroeder*, Das neue Sexualstrafrecht. Entstehung – Analyse – Kritik, 1975, S. 18.

¹³³³ BGBl. I 1973, S. 1725 ff.

¹³³⁴ BGBl. I 1969, S. 645 ff.

¹³³⁵ *Laubenthal*, Handbuch Sexualstraftaten. Die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung (Handbuch), 2012, S. 13 m.w.Nachw.

gen der Legislative stellte neben der Freiheit des Einzelnen vor Beeinträchtigungen seiner sexuellen Selbstbestimmung vor allem auch der Jugendschutz dar.¹³³⁶

Eine Systematisierung der Vorschriften des Besonderen Teils des StGB sollte sich allerdings nicht auf das Zusammenfassen von Tatbestandsgruppen und zugehörigen sonstigen Vorschriften in Abschnitten nach den jeweils zugrunde liegenden Rechtsgütern beschränken. Gerade der Aspekt des Zugangs zu den Normen für das Recht anwendende Personen oder für an bestimmten Regelungen interessierte Bürger macht es zur einfacheren und schnelleren Orientierung zweckmäßig, innerhalb der jeweiligen Abschnitte die Tatbestände wiederum in eine sinngebende Ordnung zu bringen. Denn gerade für die Normadressaten sollte sowohl die Gesamtsystematik als auch das in den einzelnen Vorschriften unter Strafe gestellte Verhalten klar erkennbar sein. Dies gilt für alle Abschnitte des Besonderen Teils des StGB gleichermaßen und damit auch für den 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung.

II. Historische Entwicklung und Kritik

Die derzeitige Reihenfolge der Bestimmungen des 13. Abschnitts – zuletzt in der Fassung des 49. Strafrechtsänderungsgesetzes (StrÄndG) vom 21.1.2015¹³³⁷ – findet ihre Grundlage bereits im RStGB von 1871, mit dem das Strafgesetzbuch des Norddeutschen Bundes von 1870 übernommen worden war. Lässt man in späteren Reform- und Änderungsgesetzen aufgehobene bzw. in einen anderen Abschnitt verlagerte Tatbestände außer Acht, stellt sich die Reihung im RStGB folgendermaßen dar:¹³³⁸

- § 174 RStGB Unzucht mit Abhängigen,
- § 176 RStGB Nötigung zur Unzucht. Unzucht mit Kindern,
- § 177 RStGB Notzucht,
- § 178 RStGB Notzucht mit Todesfolge,
- § 180 RStGB Kuppelei,
- § 181 RStGB Schwere Kuppelei,
- § 182 RStGB Verführung,
- § 183 RStGB Erregung geschlechtlichen Ärgernisses,
- § 184 RStGB Unzüchtige Darstellungen.

¹³³⁶ Siehe BT-Drs. 6/1552, S. 9.

¹³³⁷ BGBl. I 2015, S. 10 ff.

¹³³⁸ Das RStGB von 1871 kannte noch keine amtlichen Normüberschriften; diese sind einer späteren Kommentierung entnommen (*Schwarz/Dreher*, Strafgesetzbuch, 29. Aufl. 1967, §§ 173 ff.).

Bereits das RStGB 1871 fasste die den Schutz speziell des Sexuallebens Minderjähriger betreffenden Tatbestände nicht zusammen. Diese waren vielmehr über den 13. Abschnitt hinweg verteilt: Unzüchtige Handlungen mit minderjährigen Abhängigen in § 174 S. 1 Nr. 1 RStGB, die Vornahme und das Verleiten zur Verübung oder Duldung unzüchtiger Handlungen mit Personen unter vierzehn Jahren in § 176 S. 1 Nr. 3 RStGB, die Schwere Kuppelei von Minderjährigen durch in einem besonderen Schutzverhältnis stehende Verpflichtete in § 181 S. 1 Nr. 2 RStGB, die Verführung eines Mädchens unter sechzehn Jahren zum Beischlaf in § 182 RStGB.

Die oben angeführte Reihenfolge der Bestimmungen des 13. Abschnitts des RStGB überstand vom Ansatz her auch die Große Strafrechtsreform Ende der 60er und Anfang der 70er Jahre des 20. Jahrhunderts. In der Folge des Inkrafttretens des 4. StrRG vom 23.11.1973 blieb der 13. Abschnitt des Besonderen Teils zunächst fast zwei Jahrzehnte lang unangetastet. Dann haben vor allem Schwierigkeiten der Justizbehörden bei der Strafverfolgung in Einzelbereichen der Sexualdelikte, eine vermehrte Sensibilisierung der Öffentlichkeit im Hinblick auf sexuelle Handlungen zum Nachteil von Kindern verbunden mit der bereits im 4. StrRG zum Ausdruck gekommenen verstärkten legislatorischen Fokussierung auf den Jugendschutz zu Ergänzungen und Umgestaltungen in den einzelnen Bereichen des Sexualstrafrechts geführt. Hinzu kamen kriminalpolitische Veränderungen sowie internationale Vorgaben, insbesondere solche auf europäischer Ebene.¹³³⁹

Die Änderungen erfolgten ab dem 26. StrÄndG vom 14.7.1992¹³⁴⁰ in einer solchen Anzahl und in einem derartigen Umfang, dass sie eine Unübersichtlichkeit des Sexualstrafrechts – verbunden mit Wertungswidersprüchen – herbeiführten, was in der strafrechtswissenschaftlichen Literatur zu einhelliger Kritik führte. Schon bald wird eine „völlig verlorengegangene Systematik des 13. Abschnitts des StGB“¹³⁴¹ beklagt. Man konstatiert angesichts der weiteren zahlreichen die Sexualstraftaten betreffenden Änderungsgesetze in Bezug auf die Regelungen zu den Sexualdelikten im StGB, dass die Normen partiell kompliziert und

¹³³⁹ Zur gesetzlichen Entwicklung siehe *Eisele*, in: Schönke/Schröder (Sch/Sch), Strafgesetzbuch, 29. Aufl. 2014, Vorbem. §§ 174 ff. Rdn. 3 ff.; *Hörnle*, in: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (LK-StGB), 12. Aufl. 2009, vor § 174 Rdn. 12 ff.; *Laubenthal*, Handbuch, S. 14 ff.; *Renzikowski*, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (MK-StGB), 2. Aufl. 2012, vor §§ 174 ff. Rdn. 81 ff.; *Wolters*, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 2. Aufl. 2014, vor §§ 174 ff. Rdn. 2 ff.

¹³⁴⁰ BGBl. I 1992, S. 1255 f.

¹³⁴¹ *Schroeder*, Das 29. Strafrechtsänderungsgesetz §§ 175, 182 StGB, NJW 1994, S. 1504; siehe *Nelles*, Straftaten gegen die persönliche Freiheit und die sexuelle Selbstbestimmung, in: Denker u.a., Einführung in das 6. Strafrechtsreformgesetz, 1998, S. 69; *Pott*, Rechtsgutsgedanke versus Freiheitsverletzung. Zum Begriff des Unrechts bei der Vergewaltigung nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz, KritV, 1999, S. 101.

ungeordnet sind, was deren Verständnis durch den Bürger letztlich ausschließt.¹³⁴² Die Anordnung der Bestimmungen im 13. Abschnitt wird als „verwirrend“¹³⁴³ bezeichnet, die Rede ist sogar von einem „inzwischen einem Irrgarten ähnlich gewordenen Gebiet strafrechtlicher Vorschriften“¹³⁴⁴. Die Bemängelung gipfelt schließlich in der These, dass ein „großer systematisch-ordnender Zugriff auf das Sexualstrafrecht (...) anscheinend Regelungsfähigkeiten und -interesse der Kriminalpolitik“¹³⁴⁵ übersteige. Ganz besonders in der Kritik steht die schon im RStGB ansatzweise vorzufindende und in der weiteren Entwicklung des Sexualstrafrechts angesichts der ab dem 4. StrRG allmählichen nachträglichen Herausbildung des Minderjährigenschutzes in diesem Bereich vorhandene unsystematische und zusammenhanglose Streuung der insoweit einschlägigen Bestimmungen (§§ 174, 176, 176a, 176b, 180, 180a Abs. 2 Nr. 1, 182, 184 Abs. 1 Nr. 1, 2, 3a, 5, 184b, 184c, 184d, 184e, § 184g StGB) über den 13. Abschnitt hinweg.¹³⁴⁶

III. Herausbildung von Normgruppen

Mit der Überschrift „Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung“ ist der 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB zunächst in einem gewissen Maße abstrakt bezeichnet: Es geht um die Freiheit vor Fremdbestimmung auf sexuellem Gebiet insgesamt. Welche Rechtsgüter die einzelnen Tatbestände jeweils schützen, hat der Gesetzgeber jedoch nicht konkret definiert. Er geht nur davon aus, dass das Schutzgut der sexuellen Selbstbestimmung im weiteren Sinne sich in den Tatbeständen in unterschiedlicher Weise konkretisiert. Damit werden die Rechtsgüter von Tatbestand zu Tatbestand gesondert bestimmt, wobei allerdings einige der Strafnormen untereinander wiederum Überschneidungen aufweisen. Eine sinnhafte Neuordnung des 13. Abschnitts kann sich daher zunächst an den jeweiligen Rechtsgütern orientieren, deren Schutz die einzelnen Bestimmungen in erster Linie dienen sollen. Unter dieser Perspektive lassen sich folgende Schutzbereiche und damit Gruppen von Delikten herausbilden und zusammenfassen:

- Tatbestände zum Schutz der Freiheit der sexuellen Selbstbestimmung im engeren Sinne,

¹³⁴² Deckers, in: AnwaltKommentar StGB, 2. Aufl. 2015, vor § 174 Rdn. 3a; Fischer, StGB, 62. Aufl. 2015, vor § 174 Rdn. 4; krit. auch Eisele, in: Sch/Sch, Vorbem. §§ 174 ff. Rdn. 9; Heger, in: Lackner/Kühl (L/K), Strafgesetzbuch, 28. Aufl. 2014, vor § 174 Rdn. 11; Laubenthal, Handbuch, S. 32.

¹³⁴³ Hörnle, in: LK-StGB, vor § 174 Rdn. 49.

¹³⁴⁴ Gössel, Das neue Sexualstrafrecht, 2005, S. VI.

¹³⁴⁵ Renzikowski, in: MK-StGB, vor §§ 175 ff. Rdn. 82.

¹³⁴⁶ Siehe Laubenthal, Handbuch, S. 169; Maurach/Schroeder/Maiwald, S. 219; Schroeder, NJW 1994, S. 1504; Wolters, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK-StGB), 8. Aufl. 2012, vor § 174 Rdn. 3b.

- Tatbestände zum Schutz vor Ausnutzung durch staatliche Macht begründeter institutioneller Abhängigkeit,
- Tatbestände zum Schutz minderjähriger Personen,
- Tatbestände zum Schutz vor Straftaten im Zusammenhang mit der Prostitutionsausübung,
- Tatbestände zum Schutz vor Straftaten im Zusammenhang mit der Pornographie,
- Tatbestände zum Schutz vor sexuellen Belästigungen.

Die Bildung von Deliktgruppen sollte im Hinblick auf die Zielsetzung eines besseren Zugangs zu den einzelnen Regelungen auch durch mehr Übersichtlichkeit des 13. Abschnitts nicht dazu anregen, bei einer Neuordnung bisherige oder neue Vorschriften zu wiederum unübersichtlichen Vorschriften zusammenzufassen. Es empfiehlt sich eher – wo es im Einzelfall sinnvoll erscheint – Normen aufzuteilen.

Geht es um eine sinnhafte Neuordnung des 13. Abschnitts insgesamt, müssen bei einer solchen neben den Tatbeständen auch die sonstigen Vorschriften einbezogen werden. Das betrifft § 181b StGB, wo i.S.d. § 68 Abs. 1 StGB für Teilbereiche des 13. Abschnitts Führungsaufsicht besonders vorgesehen wird. Hinzu kommt die Verweisungsnorm von § 181c StGB (Vermögensstrafe und Erweiterter Verfall). Zu den sonstigen Regelungen zählt ferner § 184h StGB mit den Begriffsbestimmungen von sexuellen Handlungen und sexuellen Handlungen vor einem Anderen.

IV. Neuordnung des 13. Abschnitts

1. Delikte gegen die sexuelle Freiheit im engeren Sinne

An der Spitze der Tatbestände und sonstigen Vorschriften des 13. Abschnitts des Besonderen Teils des StGB sollten die Bestimmungen zum Schutz der Freiheit der sexuellen Selbstbestimmung im engeren Sinne und insoweit die Straftaten der Sexuellen Nötigung und Vergewaltigung (§§ 177, 178 StGB)¹³⁴⁷ stehen.

a. Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung

Die eigentlichen Sexualfreiheitsdelikte beginnend mit der Sexuellen Nötigung und Vergewaltigung an die Spitze der Tatbestände über die Sexualstraftaten zu stellen, wurde in der Vergangenheit in Regelungsentwürfen immer wieder vorgeschlagen. Dies findet sich bezüglich

¹³⁴⁷ Die Bezeichnung der Delikte orientiert sich an derjenigen der aktuellen Fassung des StGB.

Notzucht und Nötigung zur Unzucht etwa schon im Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch 1909¹³⁴⁸, im amtlichen Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs 1925¹³⁴⁹, im Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs 1927¹³⁵⁰, im Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs 1930¹³⁵¹ und im Entwurf eines Strafgesetzbuchs 1962¹³⁵² sowie hinsichtlich Vergewaltigung und Sexueller Nötigung im Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches Besonderer Teil 1968¹³⁵³. Die Forderung nach einer Voranstellung des bezeichneten Bereichs wurde vereinzelt auch seitens der Wissenschaft zum Ausdruck gebracht.¹³⁵⁴ Im Übrigen steht die Vergewaltigung etwa mit Art. 222-23 bis 222-26 als „Paragraphe 1: Du viol“ auch im Französischen Code Pénal an der Spitze der Tatbestände von „Section 3: Des agressions sexuelles“. Im Österreichischen Strafgesetzbuch führen die Delikte der Vergewaltigung (§ 201 öStGB) und der Geschlechtlichen Nötigung (§ 202 öStGB) den 10. Abschnitt über „Strafbare Handlungen gegen die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung“ an. Vergleichbares gilt im Portugiesischen Código Penal Português mit Art. 163 und Art. 164 oder mit Art. 178 und Art. 179 im Spanischen Código Penal hinsichtlich Sexueller Nötigung und Vergewaltigung. Vergleichbares findet sich zudem bspw. in den Strafgesetzen der skandinavischen Staaten Dänemark, Finnland und Norwegen.

Da die Vorschrift mit dem Regelungsgehalt des § 177 StGB bei einer punktuellen Erweiterung zur Schließung von Schutzlücken voraussichtlich eine nicht unwesentliche Erweiterung erfahren wird, empfiehlt es sich im Hinblick auf einen besseren Zugang zu den einzelnen Tatbeständen, den Deliktsbereich – vergleichbar mit der Unterteilung der Vorschriften im Zusammenhang mit den sexuellen Handlungen zum Nachteil von Kindern (§§ 176, 176a, 176b StGB) aufzuteilen: In einen Grundtatbestand der Sexuellen Nötigung; eine Vorschrift über die Schwere sexuelle Nötigung und Vergewaltigung, welche den bisherigen Regelungsgehalt der besonders schweren Fälle von § 177 Abs. 2 StGB sowie der Qualifikationen von § 177 Abs. 3 und Abs. 4 umfasst; schließlich die Erfolgsqualifikation der Sexuellen Nötigung und Vergewaltigung mit Todesfolge.

¹³⁴⁸ Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch. Bearbeitet von der hierzu bestellten Sachverständigen-Kommission, 1909.

¹³⁴⁹ Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung (Reichsratsvorlage), 1925.

¹³⁵⁰ Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs (Reichstagsvorlage), 1927, Reichstagsdrucksache III. 1924/27, Nr. 3390.

¹³⁵¹ Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs (Entwurf Kahl), 1930, Reichstagsdrucksache V. 1930, Nr. 395.

¹³⁵² Entwurf eines Strafgesetzbuchs, 1962, BT-Drs. IV/650.

¹³⁵³ *Baumann/Brauneck/Grünwald* u.a., Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches Besonderer Teil, B. Sexualdelikte, 1968.

¹³⁵⁴ Siehe etwa *Schroeder*, NJW 1994, S. 1504; ferner bereits *Maurach*, Die Systematik des Besonderen Teils eines neuen Strafgesetzbuchs, in: Materialien zur Strafrechtsreform. 1. Band. Gutachten der Strafrechtslehrer, 1954, S. 242.

In die Vorschrift über die Sexuelle Nötigung sollte – mit einer geringeren Strafdrohung – die Nötigung einer anderen Person zu einer sexuellen Handlung mit Gewalt oder Drohung mit einem empfindlichen Übel i.S.v. § 240 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB einbezogen werden. Denn diese mit dem 6. StrRG 1998 eingefügte Sexuelle Nötigung überschneidet sich mit derjenigen von § 177 Abs. 1 StGB in weiten Bereichen,¹³⁵⁵ zumal § 177 Abs. 1 StGB einen Spezialfall der Nötigung darstellt.

b. Sexueller Missbrauch Widerstandsunfähiger

Die Freiheit vor Fremdbestimmung auf sexuellem Gebiet¹³⁵⁶ von Personen, die aus psychischen oder physischen Gründen gänzlich oder vorübergehend nicht in der Lage sind, ihr sexuelles Selbstbestimmungsrecht auszuüben, schützt der Tatbestand des Sexuellen Missbrauchs Widerstandsunfähiger (§ 179 StGB). Damit zählt er neben der Sexuellen Nötigung und Vergewaltigung zu den Delikten gegen die sexuelle Freiheit im engeren Sinne und steht insoweit mit diesen Normen in einem Zusammenhang. Im Rahmen einer Neuordnung sollte deshalb den Tatbeständen der Sexuellen Nötigung, der Schwere sexuellen Nötigung und Vergewaltigung sowie der Sexuellen Nötigung und Vergewaltigung mit Todesfolge derjenige des Sexuellen Missbrauchs Widerstandsunfähiger folgen.

c. Ausnutzung anderer Widerstandsschwächen

Letzterem wiederum anzufügen bleiben andere Formen der unzulässigen Ausnutzung konstitutioneller und situativer Widerstandsschwächen. Das betrifft den Sexuellen Missbrauch von Kranken und hilfsbedürftigen Personen (§ 174a Abs. 2 StGB) sowie den Sexuellen Missbrauch unter Ausnutzung eines Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses (§ 174c StGB). Die Regelungsbereiche stehen zum einen insoweit in einem engeren Bezug zueinander, als der Norm des Sexuellen Missbrauchs Widerstandsunfähiger nicht nur im Hinblick auf die Ausnutzung einer schutzlosen Lage i.S.d. § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB, sondern auch neben den Regelungen des Sexuellen Missbrauchs von Kranken und hilfsbedürftigen Personen und des Sexuellen Missbrauchs unter Ausnutzung eines Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses die Funktion eines Auffangtatbestandes für nicht den Willen beugende Ausnutzung von Widerstandsunfähigkeit zukommt.¹³⁵⁷ Zum anderen

¹³⁵⁵ Dazu *Eser/Eisele*, in: Sch/Sch, § 240 Rdn. 38; *Laubenthal*, Handbuch, S. 87 f.

¹³⁵⁶ *Eisele*, in: Sch/Sch, § 179 Rdn. 1; *Wolters*, in: SK-StGB, § 179 Rdn. 2.

¹³⁵⁷ BT-Drs. 13/7663, S. 4 f.; BT-Drs. 13/9064, S. 13; BGHSt. 50, S. 365; *Heger*, in: L/K, § 179 Rdn. 1; *Laubenthal*, Handbuch, S. 124; *Reichenbach*, Der strafrechtliche Schutz behinderter Menschen vor sexuellem Missbrauch. Zur verfassungskonformen Umgestaltung des § 179 StGB, GA 2003, S. 557; *Renzikowski*, in: MK-StGB, § 179 Rdn. 3.

schützen die beiden Bestimmungen als Sonderdelikte ebenfalls die sexuelle Selbstbestimmung im engeren Sinne.

2. Delikte der Störung aufgrund staatlicher Macht begründeter Verwahrungs- und Abhängigkeitsverhältnisse

Primär geschütztes Rechtsgut ist bei den Tatbeständen des Sexuellen Missbrauchs von Gefangenen und behördlich Verwahrten (§ 174a Abs. 1 StGB) sowie des Sexuellen Missbrauchs unter Ausnutzung einer Amtsstellung (§ 174b StGB) die sexuelle Selbstbestimmung. Allerdings treten bei beiden Regelungsbereichen weitere Schutzgüter hinzu. Das Delikt des Sexuellen Missbrauchs Gefangener und behördlich Verwahrter bezweckt auch den Schutz des Interesses der Allgemeinheit an der Erhaltung störungsfreier Anstaltsfunktionen, an einer Gleichbehandlung der untergebrachten Personen sowie den Schutz des Vertrauens der Gesellschaft in die Objektivität des Betreuungspersonals.¹³⁵⁸ Beim Delikt des Sexuellen Missbrauchs unter Ausnutzung einer Amtsstellung tritt neben der sexuellen Selbstbestimmung hinzu der Schutz des Vertrauens der Allgemeinheit in die Integrität staatlicher Macht bei den in der Norm genannten Verfahren durch die jeweiligen Behörden.¹³⁵⁹

Da die Schutzbereiche somit über diejenigen der Delikte gegen die sexuelle Freiheit im engeren Sinne hinausgehen, erscheint es sinnvoll, die Regelungsbereiche des Sexuellen Missbrauchs von Gefangenen und behördlich Verwahrten sowie des Sexuellen Missbrauchs unter Ausnutzung einer Amtsstellung bei einer Neuordnung des 13. Abschnitts den erstgenannten nachfolgen zu lassen.

3. Tatbestände zum Schutz Minderjähriger

Gerade die bisherige unsystematische und partiell ohne erkennbaren Zusammenhang erfolgte Streuung der einschlägigen Bestimmungen zum Schutz der ungestörten sexuellen Entwicklung von Kindern und Jugendlichen über den 13. Abschnitt des Besonderen Teils hinweg ist zu beenden. Die dem unmittelbaren Minderjährigenschutz dienenden Normen sollten deshalb – soweit sinnvoll – zusammengefasst werden, um gerade auch in diesem Bereich das in den einzelnen Regelungen unter Strafe gestellte Verhalten sowohl für den Rechtsanwender als auch für die Normadressaten erkennbarer zu machen.

¹³⁵⁸ BT-Drs. 6/3521, S. 25; BGH, NStZ-RR 2000, S. 354; OLG München, NStZ 2011, S. 466; *Fischer*, § 174a Rdn. 2; *Gössel*, 2005, S. 94; *Heger*, in: L/K, § 174a Rdn. 1; *Laubenthal*, Der strafrechtliche Schutz Gefangener und Verwahrter vor sexuellen Übergriffen, in: Festschrift für Gössel, 2002, S. 360; *ders.*, Schutz des Strafvollzugs durch das Strafrecht, in: Festschrift für Otto, 2007, S. 670; *Eisele*, in: Sch/Sch, § 174a Rdn. 1.

¹³⁵⁹ BT-Drs. 6/3521, S. 28; *Eisele*, in: Sch/Sch, § 174b Rdn. 1; *Fischer*, § 174b Rdn. 2; *Laubenthal*, Handbuch, S. 163.

Auch wenn der Begriff des sexuellen Missbrauchs gerade im Hinblick auf sexualbezogene Übergriffe zum Nachteil von Minderjährigen in unserer Gesellschaft verbreitet ist, handelt es sich dennoch um einen in diesem Zusammenhang misslungenen Terminus.¹³⁶⁰ Da es keinen rechtmäßigen sexuellen „Gebrauch“ von Kindern und Jugendlichen gibt, erscheint es angebracht, auf die Bezeichnung sexueller „Missbrauch“ bei den amtlichen Überschriften der Normen zum Schutz Minderjähriger zu verzichten.

An der Spitze der Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung des 13. Abschnitts steht in dessen aktueller Fassung das Delikt des Sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen. Dies hat sich so aus der historischen Entwicklung heraus ergeben, als § 174 RStGB 1871 ursprünglich die Delikte des Schutzes der sexuellen Freiheit anvertrauter Minderjähriger ebenso umfasste wie die Ausnutzung einer Amtsstellung durch deren Inhaber sowie die Ausnutzung der Stellung in einer Anstalt für Kranke oder Hilfsbedürftige zur Unzucht. Infolge der Aufhebung von im 13. Abschnitt der Vorschrift des § 174 StGB voranstehenden überkommenen Tatbeständen bzw. der Verlagerung des § 173 StGB in den 12. Abschnitt durch das 1. StrRG 1969 war das Delikt des Sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen an den Anfang des 13. Abschnitts gelangt. Der Tatbestand stellt eine Norm ausschließlich zum Schutz Minderjähriger dar, seitdem mit § 174a StGB und § 174b StGB im Hinblick auf bestimmte auch Erwachsene betreffende institutionelle Abhängigkeitsverhältnisse eigene Sonderdelikte geschaffen worden sind. Es ist kein Grund erkennbar, bei der Zusammenfassung der Bestimmungen zum Minderjährigenschutz im Rahmen einer Neuordnung des 13. Abschnitts den Regelungsbereich des bisherigen § 174 StGB als Delikt der Sexuellen Handlungen mit Schutzbefohlenen weiterhin an der Spitze einer solchen Deliktsgruppe zu belassen. Sinnvoller erscheint es, nach Normen zu ordnen, welche zum einen ausschließlich den Schutz von Personen unter vierzehn Jahren bezwecken und zum anderen nach solchen, die darüber hinaus ältere Minderjährige in ihren Schutzbereich einbeziehen.

a. Schutz der Sexualentwicklung von Kindern

Die strafgesetzlichen Regelungen bringen im Hinblick auf Kinder ein absolutes Abstinenzgebot zum Ausdruck. In der sie betreffenden Schutzzone haben sexuelle Kontakte ausnahmslos zu unterbleiben. Die eine ungestörte Sexualentwicklung von Kindern sichernden Tatbestände sollten daher vor die allgemeinen sexualstrafrechtlichen Jugendschutznormen gestellt werden.

¹³⁶⁰ Krit. auch *Herrmann*, in: Roggenwallner/Herrmann/Jansen, Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung, 2011, S. 27; *Renzikowski*, in: MK-StGB, § 176 Rdn. 2; *Wolters*, in: SK-StGB, § 174 Rdn. 1a.

- (1) Beibehalten werden kann prinzipiell die bisherige Reihenfolge der jetzigen Kinderschutznormen von dem Grundtatbestand § 176 StGB als Sexuelle Handlungen mit Kindern über den Qualifikationstatbestand des § 176a StGB als Schwerer Fall sexueller Handlungen mit Kindern bis zur Erfolgsqualifikation des § 176b StGB als Sexuelle Handlungen mit Kindern mit Todesfolge.
- (2) Allerdings wäre es ratsam, den Grundtatbestand der Sexuellen Handlung mit Kindern in zwei Normen aufzuteilen. Denn in diesem sind Vorverlagerungen der Vollendungsstrafbarkeit enthalten, also mehrere Vorbereitungshandlungen als selbständige Tatbestände unter Strafe gestellt. Das betrifft den Vorfeldtatbestand des sog. Cyber-Grooming gem. § 176 Abs. 4 Nr. 3 lit. a und lit. b StGB. Gleiches gilt mit § 176 Abs. 5 StGB für das Anbieten eines Kindes zu sexuellen Handlungen als Sonderform der versuchten Beteiligung, für den Versuch der Verabredung zur Beihilfe in Form des Versprechens des Nachweises eines Kindes für sexuelle Handlungen mit diesem sowie für das Verabreden zu Vergehenstatbeständen des Delikts der sexuellen Handlungen mit Kindern. Den eigentlichen Grundtatbestand der Sexuellen Handlungen mit Kindern bilden dann die jetzigen Tathandlungen von § 176 Abs. 1 bis 3 und Abs. 4 Nr. 1, 2, 4 StGB – ein weiteres Delikt die Vorfeldtatbestände.

b. Schutz sowohl von Kindern als auch von Jugendlichen

Damit der Jugendschutz nicht weiterhin durch den ganzen 13. Abschnitt „hüpft“¹³⁶¹, sollten die sowohl Kinder als auch Jugendliche gleichermaßen schützenden Bestimmungen unmittelbar denjenigen speziell zum Schutz von Kindern vor sexuellen Handlungen nachfolgen.

- (1) Das betrifft zunächst den Regelungsgehalt von § 174 StGB. Mit dieser Norm mit der Bezeichnung des Sexuellen Missbrauchs von Schutzbefohlenen will der Gesetzgeber neben Kindern auch Jugendliche vor Beeinträchtigungen ihrer sexuellen Entwicklung bewahren, soweit diese in bestimmten Unterordnungs- und Abhängigkeitsverhältnissen eines spezifischen strafrechtlichen Schutzes bedürfen. Denn in diesen Schutzverhältnissen sind sie besonders gefährdet und anfällig, Opfer von sexuellen Übergriffen durch die jeweiligen Autoritätspersonen zu werden.¹³⁶² Daneben dient die Norm – gerade in § 174 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3 StGB – auch dem Zweck, Autoritäts-, Betreuungs- und Eltern-Kind-Verhältnisse von sexuellen Kontakten freizuhalten.¹³⁶³

¹³⁶¹ Schroeder, NJW 1994, S. 1504.

¹³⁶² Laubenthal, Aspekte der Strafverfolgung sexueller Missbrauchstaten, in: Müller/Wijlens, Aus dem Dunkel ans Licht, 2011, S. 123.

¹³⁶³ Eisele, in: Sch/Sch, § 174 Rdn. 1; Wolters, in: SK-StGB, § 174 Rdn. 2.

Geschützt werden zudem Minderjährige im Rahmen struktureller, institutionell bedingter Macht- und Autoritätsgefälle.¹³⁶⁴

(2) § 174 StGB umfasst jedoch nur Tathandlungen zu eigenen täterbezogenen Sexualkontakten. Dies gilt auch gemäß § 174 Abs. 3 Nr. 2 StGB, wenn der Täter das Opfer dazu bestimmt, sexuelle Handlungen vor ihm vorzunehmen, wobei zusätzlich eine Erregungsabsicht erforderlich ist. § 174 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 3 Nr. 2 StGB werden ergänzt durch § 180 Abs. 3 StGB. Dieser Tatbestand pönalisiert das Bestimmen der minderjährigen Person zu sexuellen Handlungen an oder vor einem Dritten unter Missbrauch von Abhängigkeitsverhältnissen. Systematisch gehört § 180 Abs. 3 StGB damit zu § 174 StGB.¹³⁶⁵ Es empfiehlt sich daher, den Tatbestand des § 180 Abs. 3 StGB in die Bestimmung des § 174 StGB zu integrieren und beide Regelungen aufeinander abzustimmen.¹³⁶⁶ Dies gilt umso mehr, als die Schutzverhältnisse von § 180 Abs. 3 StGB und § 174 Abs. 1 Nr. 2 StGB sich entsprechen. Zudem stellt § 180 Abs. 3 StGB ebenso wie § 174 – aber im Gegensatz zu § 180 Abs. 1 und Abs. 2 StGB – ein Sonderdelikt dar.¹³⁶⁷ Denn auch bei § 180 Abs. 3 StGB kann nur Täter sein, wer im Verhältnis zu dem minderjährigen Opfer Inhaber einer bestimmten Stellung im Rahmen der gesetzlich benannten Obhutsverhältnisse ist.

(3) Nicht aufgegriffen werden sollte der in der Literatur einmal im Zusammenhang mit dem 29. StrÄndG geäußerte Vorschlag,¹³⁶⁸ bei den Jugendschutznormen des 13. Abschnitts die jetzigen §§ 180 und 182 StGB zusammenzufassen. Das könnte bei einem solchen Vorgehen zur Schaffung einer weiteren eher unübersichtlichen Norm führen. Dies gilt selbst dann, wenn man den bisherigen § 180 Abs. 3 StGB in die Norm des § 174 StGB integriert und zudem die Frage verneint, ob es der Vorschrift des § 180 Abs. 1 StGB überhaupt bedarf und deshalb deren gänzliche Streichung in den Raum stellt.¹³⁶⁹ Einem Zusammenführen steht unter der Prämisse der Übersichtlichkeit entgegen, dass es sinnvoller erscheint, § 182 Abs. 2 StGB und § 180 Abs. 2 StGB durch spezifische Tatbestände der Minderjährigenprostitution unter Einbeziehung – der nicht zwischen Kindern und Jugendlichen differenzierenden Bestimmung – von § 180a Abs. 2 Nr. 1 StGB¹³⁷⁰ zu einer Jugendschutzvorschrift des Delikts der

¹³⁶⁴ BT-Drs. 18/2601, S. 27.

¹³⁶⁵ Eisele, in: Sch/Sch, § 180 Rdn. 1; Fischer, § 180 Rdn. 17; Hörnle, in: LK-StGB, § 180 Rdn. 7.

¹³⁶⁶ Siehe auch Wolters, Wertungswidersprüche bei den Schutzaltersgrenzen im dreizehnten Abschnitt des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs (?), Impulsreferat vor der Reformkommission Sexualstrafrecht (Impulsreferat), 2015, S. 9.

¹³⁶⁷ Hörnle, in: LK-StGB, § 180 Rdn. 64; Laubenthal, Handbuch, S. 253.

¹³⁶⁸ Siehe Schroeder, NJW 1994, S. 1504.

¹³⁶⁹ Siehe Wolters, Impulsreferat, S. 8.

¹³⁷⁰ Siehe auch Wolters, Impulsreferat, S. 14.

Sexuellen Handlungen mit Jugendlichen gegen Entgelt zu ergänzen. Neben dieser – in der Reihenfolge vorgelagert – sollte gesondert als weitere Jugendschutzbestimmung das Delikt der Sexuellen Handlungen mit Jugendlichen unter Ausnutzung einer Zwangslage i.S.d. § 182 Abs. 1 StGB stehen.

4. Prostitutionsdelikte

Im Rahmen einer sinnvollen Neuordnung könnten sich der Regelung der Sexuellen Handlungen mit Jugendlichen gegen Entgelt die nicht nur Minderjährige betreffenden Prostitutionsdelikte anschließen. Damit wäre ein Sachzusammenhang hergestellt.

Der Gesetzgeber hat mit dem 37. StrÄndG vom 11.2.2005¹³⁷¹ die Vorschriften über den Menschenhandel (§§ 180b und 181 StGB a.F.) in den 18. Abschnitt des StGB über die Straftaten gegen die persönliche Freiheit überführt und unter Einbeziehung des § 234 StGB (Menschenraub) neue Tatbestände gefasst, zu denen auch der Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung (§ 232 StGB) zählt. Gesetzessystematisch gehört § 232 StGB nicht zu den Sexualstraftaten, sondern dient in erster Linie dem Schutz der persönlichen Freiheit des Opfers einschließlich seiner sexuellen Selbstbestimmung vor Ausbeutung.¹³⁷² Da somit kein Anlass zu Überlegungen über eine Rückführung des Regelungsbereichs des Menschenhandels zum Zweck sexueller Ausbeutung besteht, verbleiben im Hinblick auf eine Neuordnung des 13. Abschnitts in der Gruppe der Tatbestände zum Schutz vor Straftaten im Zusammenhang mit der Prostitutionsausübung die Bestimmungen über die Ausbeutung von Prostituierten (§ 180a StGB, ggf. ohne die in ein Delikt der Sexuellen Handlungen mit Jugendlichen gegen Entgelt verlagerte Jugendschutzregelung des § 180a Abs. 2 Nr. 1 StGB), die Zuhälterei (§ 181a StGB), die Ausübung der verbotenen Prostitution (§ 184f StGB) und die Jugendgefährdende Prostitution (§ 184g StGB).

- (1) Dass die beiden Normen über die Ausbeutung von Prostituierten und die Zuhälterei im 13. Abschnitt hintereinanderstehen, gründet nicht auf einer systematischen Ordnung, sondern auf dem Freiwerden von § 180b und § 181 StGB durch das 37. StrÄndG. Im Lichte einer sinnvollen Neuordnung des Abschnitts ist es ratsam, zum Zweck des einfacheren Zugangs zu den Normen die Regelungsbereiche von § 180a, § 181a, § 184f (und ggf. § 184g) StGB auch in einer Gruppe der Prostitutionsdelikte aneinanderzureihen.

¹³⁷¹ BGBl. I 2005, S. 239 ff.

¹³⁷² Eisele, in: Sch/Sch, § 232 Rdn. 7; Laubenthal, Handbuch, S. 291; Renzikowski, in: MK-StGB, § 232 Rdn. 1; Wolters, in: SK-StGB, § 232 Rdn. 3.

- (2) Nicht ersichtlich bleibt, warum es mit § 181c StGB für die Anordnung des Erweiterten Verfalls im Zusammenhang mit der dirigierenden Zuhälterei (§ 181a Abs. 1 Nr. 2 StGB) eines gesonderten Paragraphen bedarf. Wie auch in anderen Fällen¹³⁷³ der Regelung der Anordnung des Erweiterten Verfalls bei Handeln als Mitglied einer Bande, die zur fortgesetzten Begehung bestimmter Straftaten verbunden ist, genügt es, die gesetzliche Grundlage für das Vorgehen nach § 73d StGB als letzten Absatz der Strafnorm der Zuhälterei anzufügen.¹³⁷⁴ Selbst innerhalb des 13. Abschnitts finden sich weitere Rechtsgrundlagen für die Anwendung von § 73d StGB in die jeweilige Strafnorm integriert.¹³⁷⁵ Eines eigenen Verweisungsparagraphen bedürfte es, wenn die Verweisungsnorm sich auf mehrere Straftatbestände beziehen würde.¹³⁷⁶ Dies ist aber bei § 181c StGB nicht der Fall, da dieser – seit Aufhebung des § 181 StGB a.F. (Schwerer Menschenhandel) durch das 37. StrÄndG – nur mit § 181a Abs. 1 Nr. 2 StGB im Zusammenhang steht.
- (3) Das Delikt der Jugendgefährdenden Prostitution (§ 184g StGB) dient im weiteren Sinne wie § 184f StGB dem Schutz vor Belästigungen Unbeteiligter, allerdings beschränkt im Hinblick auf Minderjährige. Diese sollen vor einer Konfrontation mit den sozialen Gegebenheiten der Prostitution bewahrt, durch deren Zurschaustellung in ihren sittlichen Wertvorstellungen nicht negativ beeinflusst werden. Angesichts der in den Massenmedien heute gängigen Darstellungen von Prostitutionsausübung und der Werbung für sexuelle Dienstleistungen in jugendlichen zugänglichen Zeitungen, Magazinen und Datennetzen erscheint die Legitimität der Vorschrift des § 184g StGB als Strafrechtsnorm mehr als fraglich. Eine vermehrte Beeinträchtigung der sittlichen Wertvorstellungen junger Menschen durch eine Wahrnehmung realer Prostitution im Gegensatz zu der für Minderjährige jederzeit zugänglichen Beschreibung und Darstellung von Prostitution ist nicht belegt. Problematisch bleibt auch im Lichte von Art. 103 Abs. 2 GG, ob es sich bei § 184g StGB überhaupt um einen rational fassbaren – hinreichend bestimmten – Tatbestand handelt. Denn der Begriff der Sittlichkeit stellt ein Einfallstor für subjektiv divergierende moralische Wertungen dar.

¹³⁷³ Z.B. §§ 244a Abs. 3, 260 Abs. 3, 260a Abs. 3, 263 Abs. 7 StGB.

¹³⁷⁴ Zu berücksichtigen bleibt bei einer Reform des 13. Abschnitts, dass das Bundesverfassungsgericht bereits in seiner Entscheidung vom 20.3.2002 (BGBl. I 2002, S. 1340; BVerfGE 105, 135 ff.) die Vermögensstrafe des § 43a StGB für verfassungswidrig erklärte und dies nicht nur die Nichtigkeit von § 43a StGB, sondern auch die Nichtigkeit der Verweisungsnorm zur Folge hat, soweit diese § 43a StGB betrifft, so dass die Verweisung auf § 43a StGB gestrichen werden kann.

¹³⁷⁵ § 184b Abs. 6 S. 1 StGB sowie Verweise auf diese Bestimmung in § 184c Abs. 6, § 184d Abs. 1 S. 3 und Abs. 2 S. 3 StGB.

¹³⁷⁶ Wie z.B. bei §§ 256 Abs. 2, 282 Abs. 1 StGB.

Will man dennoch an einer Strafnorm der Jugendgefährdenden Prostitution festhalten, erscheint es von der Systematik her weniger angebracht, diese in einen Jugendschutztatbestand der Sexuellen Handlungen mit Jugendlichen gegen Entgelt zu integrieren.¹³⁷⁷ Denn im Gegensatz dazu geht es nicht um den Schutz Minderjähriger vor einer Einbindung in sexualbezogene Aktivitäten, für die sie eine geldwerte Gegenleistung erhalten, sondern um eine abstrakte Gefährdung durch eine beständige Konfrontation. Angesichts der engen Verknüpfung mit der Prostitution sollte der Regelungsgehalt von § 184g StGB – im Fall der Beibehaltung – mit Blick auf Normanwender und -adressaten auch nicht der Deliktsgruppe der Tatbestände zum Schutz Unbeteiligter vor Belästigungen zugeordnet werden, sondern derjenigen der Prostitutionsdelikte.

5. Strafrechtliche Pornographieverbote

Denkbar wäre es bereits bei einem Zusammenfassen der Tatbestände zum Schutz der sexuellen Entwicklung von Kindern die Kinderpornographie betreffenden Tatbestände an die Regelungen über die Sexuellen Handlungen mit Kindern anzufügen. Denn die in § 184b StGB normierten Verbote dienen auch dem Schutz von Personen unter 14 Jahren davor, als Darsteller für kinderpornographisches Material Opfer sexueller Handlungen zu werden.¹³⁷⁸ Neben dem Entgegenwirken der mittelbaren Förderung¹³⁷⁹ soll potentiellen Tätern zudem kein Anreiz zu sexualbezogenen Taten zum Nachteil von Kindern gewährt werden.¹³⁸⁰ Dem entspricht insoweit die Gesetzesratio von § 184d StGB und § 184e StGB.

Der Zweck der Bestimmungen zur Kinderpornographie bleibt jedoch nicht auf diese Aspekte des Schutzes der sexuellen Integrität des an der Herstellung mitwirkenden Kindes sowie die Unterbindung von Nachahmungshandlungen beschränkt. Rechtsgut ist – wie bei Regelungen zur einfachen Pornographie gem. § 184 Abs. 1 Nr. 1, 2, 3a und 5 StGB – zudem ausdrücklich der Jugendschutz.¹³⁸¹ § 184 StGB dient ferner der Bewahrung des Bürgers an sich vor unerwünschter Konfrontation mit Pornographie.¹³⁸² Selbst nach Inkrafttreten des

¹³⁷⁷ Angedacht bei *Wolters*, Impulsreferat, S. 15.

¹³⁷⁸ BT-Drs. 12/3001, S. 4; BT-Drs. 12/4883, S. 8; BGHSt. 45, S. 45; BGHSt. 47, S. 61; BGHSt. 59, S. 180 f.; *Baier*, Die Bekämpfung der Kinderpornographie auf der Ebene von Europäischer Union und Europarat, ZUM 2004, S. 40; *Eisele*, in: Sch/Sch, § 184b Rdn. 1; *Fischer*, § 184b Rdn. 2; *Heger*, in: L/K, § 184b Rdn. 1, *Hörnle*, in: MK-StGB, § 184b Rdn. 1; *Laubenthal*, Handbuch, S. 391; *Wolters*, in: SK-StGB, § 184b Rdn. 1.

¹³⁷⁹ BGH, StrVert 2012, S. 212; BGH, NSTz-RR 2013, S. 340.

¹³⁸⁰ BGHSt. 59, S. 181; *Fischer*, § 184b Rdn. 2; *Hörnle*, in: MK-StGB, § 184b Rdn. 3; *Wolters*, in: SK-StGB, § 184b Rdn. 1.

¹³⁸¹ *Heger*, in: L/K, § 184b Rdn. 1; *Laufhütte/Roggenbuck*, in: LK-StGB, § 184b Rdn. 1.

¹³⁸² BGHSt. 59, S. 181.

49. StrÄndG vom 21.1.2015¹³⁸³ ist der Regelungsbereich zur Kinderpornographie nicht losgelöst von demjenigen zur einfachen Pornographie des § 184 StGB. Es liegt deshalb nahe, es im Rahmen einer Neuordnung des 13. Abschnitts bei einem Zusammenfassen der Tatbestände zum Schutz von Straftaten im Zusammenhang mit der Pornographie in einer eigenen Deliktsgruppe zu belassen.

Hierfür spricht ferner, dass anderenfalls konsequenterweise auch die Regelungen von § 184c, § 184d und § 184e StGB zur Jugendpornographie aus dem Zusammenhang der die Pornographie betreffenden Straftaten herauszulösen und den alle Minderjährigen betreffenden strafrechtlichen Jugendschutznormen zuzuordnen wären. Dies hätte eine Aufteilung der Pornographiebestimmungen in Kinderschutz-, Jugendschutzregelungen sowie sonstige Regelungen zur einfachen bzw. harten Pornographie zur Folge und würde zu einer Streuung über den 13. Abschnitt hinweg führen, was im Hinblick auf die Zielsetzung einer systematischen Ordnung der Tatbestände dieses Abschnitts gerade auch zu dem Zweck eines einfacheren Zugangs für Normanwender und -adressaten zu den Regelungen kontraproduktiv wäre.

- (1) Innerhalb der Gruppe der Pornographietatbestände kann die mit dem 49. StrÄndG gefestigte Reihenfolge der Delikte Verbreitung pornographischer Schriften; Verbreitung gewalt- oder tierpornographischer Schriften; Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften; Verbreitung, Erwerb und Besitz jugendpornographischer Schriften; Zugänglichmachen pornographischer Inhalte mittels Rundfunk oder Telemedien; Abruf kinder- und jugendpornographischer Inhalte mittels Telemedien; Veranstaltung und Besuch kinder- und jugendpornographischer Darbietungen beibehalten werden. Zu denken ist allerdings hinsichtlich des Delikts der Verbreitung pornographischer Schriften nicht nur an eine Bereinigung der Bestimmung von nicht mehr zeitgemäßen Tatbeständen dieser Norm.
- (2) Der besseren Übersichtlichkeit wegen empfiehlt es sich im Rahmen einer Neuordnung die Verbote (bisher § 184 Abs. 1 StGB) in zwei Absätze aufzuteilen: zum einem die explizit auch den Jugendschutz betreffenden Regelungen (bisher § 184 Abs. 1 Nr. 1, 2, 3a und 5 StGB), zum anderen die sonstigen Strafbarkeitsbereiche (bisher § 184 Abs. 1 Nr. 3, 4, 6, 7 und 8 StGB).
- (3) Will man – trotz Zweifel an der selbst ein im Inland strafloses Handeln nur wegen ausländischer Strafdrohungen sanktionierenden Norm auch unter dem Aspekt des

¹³⁸³ BGBl. I 2015, S. 10 ff.

Schuldprinzips¹³⁸⁴ – eine Bestimmung mit dem Regelungshalt von § 184 Abs. 1 Nr. 9 StGB beibehalten,¹³⁸⁵ sollte insoweit eher an eine Verlegung in den 3. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB über die Straftaten gegen ausländische Staaten gedacht werden. Denn § 184 Abs. 1 Nr. 9 StGB ist im 13. Abschnitt über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung systemfremd, da die Norm zumindest unter anderem dem Schutz außenpolitischer Beziehungen dient.¹³⁸⁶ Vermieden werden sollen Konflikte mit anderen Staaten, soweit in diesen strengere Verbotsnormen für pornographische Darstellungen bestehen.

6. Tatbestände zum Schutz vor sexuellen Belästigungen

Die Vermeidung von Belästigungen bezwecken einige der in §§ 184 ff. StGB enthaltenden Handlungsmodalitäten im Rahmen der Verbreitung pornographischer Schriften. Eine entsprechende Zielrichtung verfolgt die Strafnorm der Ausübung der verbotenen Prostitution (§ 184f StGB). Vor einer Konfrontation mit sexuellen Handlungen sollen speziell im Bereich der Normen des Kinder- und Jugendschutzes zudem Minderjährige bewahrt werden. So macht sich etwa wegen Sexueller Handlungen zum Nachteil von Schutzbefohlenen gem. § 174 Abs. 3 Nr. 1 StGB strafbar, wer sich vor einer ihm schutzbefohlenen Person sexuell betätigt. Im Bereich der Tatbestände der Sexuellen Handlungen zum Nachteil von Kindern schützt § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB vor der Vornahme solcher Aktivitäten vor einem Kind. Besonders werden Kinder zudem durch § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB vor einer Konfrontation mit pornographischen Inhalten geschützt. Diese Bestimmungen sind bereits in andere Deliktgruppen einbezogen. Damit verbleiben in der Deliktgruppe der Tatbestände zum Schutz vor sexuellen Belästigungen im Hinblick auf eine Einordnung in den 13. Abschnitt noch die Regelungsbereiche von § 183 und § 183a StGB. Zudem stellt sich die Frage, wie ein möglicherweise neu zu schaffender Tatbestand der körperlichen sexuellen Belästigung in den 13. Abschnitt eingefügt werden könnte.

a. *Belästigungen Unbeteiligter durch ungewollte Wahrnehmung*

§ 183 und § 183a StGB schützen den Einzelnen davor, bestimmte Vorgänge sexualbezogener Art ungewollt wahrnehmen zu müssen. Der Tatbestand des § 183 StGB soll als Ausprägung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung vor Belästigungen durch exhibitionistische

¹³⁸⁴ Fischer, § 184 Rdn. 22.

¹³⁸⁵ Für eine Streichung bereits Beisel, Die Kunstfreiheitsgarantie des Grundgesetzes und ihre strafrechtlichen Grenzen, 1997, S. 238.

¹³⁸⁶ BT-Drs. 6/3521, S. 61; Eisele, in: Sch/Sch, § 184 Rdn. 5; Gössel, S. 211; Heger, in: L/K, § 184 Rdn. 1; Hörnle, in: MK-StGB, § 184 Rdn. 9; Laufhütte/Roggenbuck, in: LK-StGB, § 184 Rdn. 1; Wolters, in: SK-StGB, § 184 Rdn. 73.

Betätigung eines Mannes bewahren,¹³⁸⁷ also davor schützen, dass dieser einer männlichen oder weiblichen Person ohne deren Einverständnis – in der Regel für das Opfer überraschend – sein entblößtes Geschlechtsteil zeigt. Dabei wird die Entblößung in der Absicht vorgenommen, eine optische Beziehung zu dem körperlich anwesenden anderen herzustellen, indem eine Wahrnehmung durch diesen erfolgt.¹³⁸⁸

In einem engen Zusammenhang mit § 183 StGB steht das Delikt der Erregung öffentlichen Ärgernisses. Auch hier wird ein Individualanspruch geschützt. Bei § 183a StGB ist es das Bewahrtwerden davor, mit in der Öffentlichkeit vorgenommenen sexuellen Aktivitäten ungewollt unmittelbar so konfrontiert zu sein, dass diese zu einer Verletzung des Scham- und Anstandsgefühls führen.¹³⁸⁹ Eine Strafbarkeit nach § 183a StGB setzt als sexuelle Handlung eine solche mit einer objektiven Sexualbezogenheit im äußeren Erscheinungsbild des Täterverhaltens voraus,¹³⁹⁰ welche die Erheblichkeitsschwelle (§ 184h Nr. 1 StGB) überschreitet.

Die Legitimität von § 183 und § 183a StGB als Strafnormen wird immer wieder in Frage gestellt.¹³⁹¹ Forderungen gehen in Richtung einer Verlagerung in das Ordnungswidrigkeitenrecht. Dies betrifft sowohl § 183 StGB¹³⁹² als auch § 183a StGB¹³⁹³. Sollen beide Strafnormen erhalten bleiben, wird der enge Zusammenhang weiterhin durch deren Einordnung in den 13. Abschnitt mittels zweier aufeinanderfolgenden Paragraphen beibehalten. Dieser enge Zusammenhang ergibt sich bereits aus der Historie der beiden Bestimmungen, als der strafrechtliche Schutz gegen ungewollte Wahrnehmung sexualbezogener Aktivitäten mit dem 4. StrRG vom 23.11.1973 in die beiden Tatbestände § 183 und § 183a StGB ausdifferenziert wurde. Die besondere Verknüpfung der beiden Vorschriften zeigt sich zudem darin, dass kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung in § 183a StGB das Delikt der Erregung öffentlichen Ärgernisses gegenüber § 183 StGB subsidiär¹³⁹⁴ bleibt, wenn es sich bei der öffentlichen Ärgerniserregung zugleich um eine exhibitionistische Betätigung handelt.

¹³⁸⁷ Eisele, in: Sch/Sch, § 183 Rdn. 1; Fischer, § 183 Rdn. 2.

¹³⁸⁸ Laubenthal, Handbuch, S. 274.

¹³⁸⁹ Laubenthal, Handbuch, S. 285.

¹³⁹⁰ Eisele, in: Sch/Sch, § 183a Rdn. 3; Hörnle, in: MK-StGB, § 183a Rdn. 4.

¹³⁹¹ Siehe bereits Hanack, Empfiehlt es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen? Gutachten für den 47. Deutschen Juristentag, 1968, S. A 225 ff.; ferner Bloy, Der strafrechtliche Schutz der psychischen Integrität, in: Festschrift für Eser, 2005, S. 254; Fischer, § 183 Rdn. 2, § 183a Rdn. 2a.

¹³⁹² Hörnle, Grob anstößiges Verhalten. Strafrechtlicher Schutz von Moral, Gefühlen und Tabus, 2005, S. 462 (für nicht bedrohliche Handlungen).

¹³⁹³ Fischer, § 183a Rdn. 2a; Sick/Renzikowski, Der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, in: Festschrift für Schroeder, 2006, S. 613.

¹³⁹⁴ Eisele, in: Sch/Sch, § 183a Rdn. 8; Laubenthal, Handbuch, S. 287; Wolters, in: SK-StGB, § 183 Rdn. 8.

b. Sexuelle Belästigungen mit Körperkontakt

Will man einen Tatbestand schaffen, der sexuell intendierte körperliche Berührungen einer anderen Person auch unterhalb der Schwelle der sexuellen Handlungen von einiger Erheblichkeit i.S.v. § 184h Nr. 1 StGB unter Strafe stellt,¹³⁹⁵ erscheint es sachgerecht, diesen in den 13. Abschnitt einzufügen.¹³⁹⁶ Mit einer solchen Verortung würde im Besonderen Teil des StGB eine auch im Gesetzestext sichtbare Grenzziehung erfolgen zwischen einer Beeinträchtigung des Rechtsguts der sexuellen Selbstbestimmung durch eine Belästigung in grob anstößiger Weise einerseits und einer Missachtung des personalen Geltungswerts als einen Angriff auf die Ehre einer Person i.S.d. § 185 StGB andererseits.¹³⁹⁷

Der Verzicht auf eine Erheblichkeitsschwelle entsprechend § 184h Nr. 1 StGB lässt es als ratsam erscheinen, den neuen Belästigungstatbestand als Norm erst hinter derjenigen über die Begriffsbestimmungen in den 13. Abschnitt einzufügen. Im Fall einer Beibehaltung des Regelungsgehalts der Belästigungsdelikte von § 183 und § 183a StGB als Strafnormen wäre es zwar sinnvoll, diese mit der neuen Belästigungsbestimmung in einer Deliktsguppe zusammenzufassen. Allerdings enthält der Tatbestand der Erregung öffentlichen Ärgernisses den Begriff der sexuellen Handlung, welcher sich nach § 184h Nr. 1 StGB bestimmt, während der zu schaffende Belästigungstatbestand sich auch auf sexuelle Übergriffe unterhalb der Erheblichkeitsschwelle bezieht.

7. Sonstige Vorschriften

Wird die Verweisungsnorm von § 181c StGB als letzter Absatz in die Vorschrift über die Zuhälterei integriert, bleiben im Hinblick auf eine Neuordnung des 13. Abschnitts noch § 181b und § 184h StGB zu berücksichtigen.

a. Führungsaufsicht

Die Anordnung von Führungsaufsicht bei Sexualstraftaten des 13. Abschnitts ermöglicht § 181b StGB unter den Voraussetzungen des § 68 Abs. 1 StGB. Diese Norm bezieht sich auf den Anwendungsfall der Maßregel der Besserung und Sicherung bei bestimmten rückfallträchtigen Delikten. Hat bei diesen der Täter eine zeitige Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten verwirkt und besteht die Gefahr der Begehung weiterer Straftaten, kann das

¹³⁹⁵ Dazu eingehend *Herrmann*, Benötigen wir einen Straftatbestand der sexuellen Belästigung, Impulsreferat vor der Reformkommission Sexualstrafrecht (Impulsreferat), 2015.

¹³⁹⁶ So auch *Herrmann*, Impulsreferat, S. 17.

¹³⁹⁷ Zur Sexualbeleidigung siehe *Laubenthal*, Handbuch, S. 49 ff.

Gericht neben der Strafe die Führungsaufsicht anordnen. § 181b StGB sieht ein solches Vorgehen jedoch ausdrücklich nur in den Fällen von § 174 bis § 174c, § 176 bis § 180, § 181a und § 182 StGB vor. Dieser Katalog begrenzt zugleich im Hinblick auf den 13. Abschnitt das Deliktsspektrum, in welchem nach § 68f Abs. 1 S. 1 StGB schon nach vollständiger Vollstreckung einer mindestens einjährigen Freiheitsstrafe Führungsaufsicht kraft Gesetzes eintritt.

Eine Erweiterung des Anwendungsbereichs von § 181b StGB über den bislang dort normierten Katalog hinaus (z.B. Verurteilungen wegen Straftaten in Bezug auf die sog. harte Pornographie) bleibt nicht ausgeschlossen. Daher sollte die Bestimmung nicht weiterhin unsystematisch inmitten von Straftatbeständen stehen mit dem Paragraphen zur Führungsaufsicht vorgelagerten Bestimmungen und der erst folgenden Regelung von § 182 StGB. Sinnvoller erscheint es, die Vorschrift, welche für die Führungsaufsicht besonders vorgesehene Straftaten bezeichnet, unmittelbar vor der Begriffsbestimmungen beinhaltenden Norm einzufügen.

b. Begriffsbestimmungen

Die Einordnung eines neuen Belästigungstatbestandes in den 13. Abschnitt des Besonderen Teils des StGB und deren Anfügen an die Norm über Begriffsbestimmungen könnte es nahe legen, den Inhalt von § 184h StGB statt „Im Sinne dieses Gesetzes sind ...“ mittels Bezugnahme auf die vorangehenden Regelungen des 13. Abschnitts zu konkretisieren. Der Begriff der sexuellen Handlungen ist jedoch in der aktuellen Fassung des StGB nicht nur in zahlreichen Vorschriften des 13. Abschnitts enthalten. Die sexuelle Handlung als Tatbestandsmerkmal findet sich auch im Regelbeispiel des § 240 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB,¹³⁹⁸ ebenso als Tatbestandsmerkmal in § 232 Abs. 1 und Abs. 4 StGB.¹³⁹⁹ Es erscheint daher als ratsam, in einer neuen Norm der Sexuellen Belästigung den Begriff der sexuellen Handlung nicht zu verwenden, sondern explizit denjenigen der sexuellen Belästigung.

¹³⁹⁸ Siehe insoweit aber oben IV.1.a.

¹³⁹⁹ Dazu oben IV.4.

V. Ergebnis: Vorschlag für eine Neuordnung

Dreizehnter Abschnitt. Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung

- Sexuelle Nötigung
- Schwere sexuelle Nötigung; Vergewaltigung
- Sexuelle Nötigung und Vergewaltigung mit Todesfolge
- Sexueller Missbrauch widerstandsunfähiger Personen
- Sexueller Missbrauch von Kranken und hilfsbedürftigen Personen
- Sexueller Missbrauch unter Ausnutzung eines Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses

-
- Sexueller Missbrauch von Gefangenen und behördlich Verwahrten
 - Sexueller Missbrauch unter Ausnutzung einer Amtsstellung

-
- Sexuelle Handlungen mit Kindern
 - Vorbereitung sexueller Handlungen mit Kindern
 - Schwerer Fall sexueller Handlungen mit Kindern
 - Sexuelle Handlungen mit Kindern mit Todesfolge
 - Sexuelle Handlungen mit Schutzbefohlenen
 - Sexuelle Handlungen mit Jugendlichen unter Ausnutzung einer Zwangslage
 - Sexuelle Handlungen mit Jugendlichen gegen Entgelt

-
- Ausbeutung von Prostituierten
 - Zuhälterei
 - Ausübung der verbotenen Prostitution
 - Jugendgefährdende Prostitution

-
- Verbreitung pornographischer Schriften
 - Verbreitung gewalt- oder tierpornographischer Schriften
 - Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften
 - Verbreitung, Erwerb und Besitz jugendpornographischer Schriften
 - Zugänglichmachen pornographischer Inhalte mittels Rundfunk oder Telemedien; Abruf kinder- und jugendpornographischer Inhalte mittels Telemedien
 - Veranstaltung und Besuch kinder- und jugendpornographischer Darbietungen

-
- Exhibitionistische Handlungen
 - Erregung öffentlichen Ärgernisses

-
- Führungsaufsicht
 - Begriffsbestimmungen
-

- Sexuelle Belästigung
-

15. Johanna Nelles

Artikel 36 der Istanbul-Konvention des Europarats: Überlegungen zur Umsetzung

In den europäischen Rechtsordnungen und auch anderswo gab es in den letzten 3-4 Jahrzehnten im Bereich des Sexualstrafrechts mehrere Entwicklungsschritte, die in großem Maße als Erfolge der Frauenbewegung anzusehen sind.

Grob nachgezeichnet haben sich die meisten Rechtsordnungen wegbewegt von dem Verständnis der Sexualdelikte als Delikte gegen die öffentliche Moral, also gegen Werte der Allgemeinheit, und behandeln Sexualdelikte nunmehr weitestgehend als Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung des Opfers. Mit diesem Paradigma-Wechsel wird den Opfern von Sexualdelikten, insbesondere Frauen, zugestanden, über ihre Sexualität und ihren Körper endlich ausschließlich selbst zu bestimmen. Selbstbestimmung bedeutet in diesem Zusammenhang, sich bewusst für oder gegen sexuelle Handlungen zu entscheiden, ohne äußere Einflüsse oder Zwangslagen.

Dieser Vortrag stellt den nächsten wichtigen Entwicklungsschritt im Sexualstrafrecht vor, der durch die Istanbul Konvention des Europarats eingeläutet wurde. Auf die detaillierte Darstellung der Grundidee des Artikels 36 folgt ein Überblick über die Straftatbestände der Vergewaltigung einiger Mitgliedstaaten des Europarats.

Ein Blick in die tatsächliche Ausgestaltung der Straftatbestände der Vergewaltigung in vielen europäischen Rechtsordnungen ergibt nämlich Zweifel daran, dass die Selbstbestimmung, also die freiwillige Zustimmung zu einer sexuellen Handlung, wirklich im Vordergrund steht. Sehr häufig ist die Anwendung von Gewalt, Zwang oder Drohung erforderlich, die einem sexuellen Übergriff unmittelbar voran gegangen sein muss, und gegen die sich das Opfer nachweislich gewehrt haben muss. Die feministische Kritik an dieser Art von Vergewaltigungstatbeständen ist bekannt: sie beruhen auf einem überkommenen Verständnis männlicher und weiblicher Sexualität, nach der Frauen immer ein bisschen erobert werden wollen und „nein“ nicht unbedingt „nein“ bedeute. Erst wenn eine Frau sich wirklich wehre oder „richtige“ Gewalt angewendet werde, sei klar, dass sie nicht zugestimmt haben könne¹⁴⁰⁰. Tatsächlich wird diese Lesart all den Fallkonstellationen nicht gerecht, in denen die fehlende Zustimmung des Opfers durch Worte, nicht Taten, ausgedrückt wird, und Gewalt oder Dro-

¹⁴⁰⁰ Einen Überblick gibt Ivana Radacic in „Rape Myths and Gender Stereotypes in Croatian Rape Laws and Judicial Practice“, *Feminist Legal Studies* (2014), 22:68.

hungen seitens des Täters nicht oder nicht mehr nötig sind. Die meisten Vergewaltigungen werden von Tätern begangen, die zu den Opfern in irgendeiner Beziehung stehen, entfernterer oder intimerer Art. Es sind gerade diese Fallkonstellationen, in denen der einseitig ungewollte sexuelle Akt ohne Gewalt, Zwang oder Drohung durchgeführt wird, weil bestehende Abhängigkeits- oder Machtverhältnisse, oder die konkreten Tatumstände wie räumliche Lage, Anwesenheit von Kindern, oder vorangegangene Gewaltanwendung etc schon ausreichen. Es ist absolut notwendig, dass einseitig ungewollte sexuelle Handlungen auch in diesen Fallkonstellationen strafrechtlich erfasst werden.

Dies ist das erklärte, wenn auch nicht einfache, Ziel des Artikels 36 der Istanbul Konvention. Nach Absatz 1 verpflichten sich die Vertragsstaaten der Konvention, nicht einverständliche sexuelle Handlungen mit oder ohne Eindringen in den Körper, durch den Täter oder mit bzw. durch einen Dritten, unter Strafe zu stellen. Dies kann durch gesetzgeberische Maßnahmen wie zum Beispiel die Schaffung eines neuen Straftatbestandes oder die Anpassung eines bestehenden Straftatbestandes geschehen, oder durch „sonstige Maßnahmen“. Unter „sonstige Maßnahmen“ fallen zum Beispiel Anweisungen zur Auslegung bestehender Straftatbestände für Polizei und Staatsanwaltschaft, die es in vielen Ländern gibt, und die gewährleisten, dass Ermittlungen nicht schon auf polizeilicher Ebene aufgrund fehlender Gewaltanwendungen eingestellt werden.

Absatz 2 des Artikels 36 stellt zudem klar, dass das Einverständnis freiwillig „als Ergebnis des freien Willens der Person“ erteilt worden sein muss, und dass das Ergebnis einer solchen Entscheidungsfindung immer im Lichte der jeweiligen Begleitumstände beurteilt werden soll. Diese Vorschrift soll bewirken, dass hinreichend und ergebnisoffen untersucht wird, ob ein Einverständnis vorliegt, indem die konkreten Umstände im Einzelfall untersucht werden, ohne dass vorgefertigte Ansichten über „angemessene Verhaltensweisen von Opfern“ seitens der Strafverfolgungsbehörden oder Richterschaft hinein spielen.

Der letzte Absatz, Absatz 3, macht unmissverständlich deutlich, dass nicht einverständliche sexuelle Handlungen auch in intimen Beziehungen zwischen Täter und Opfer auftreten können und dass auch diese unter Strafe zu stellen sind.

Das übergeordnete Ziel des Artikels 36 und der Istanbul Konvention insgesamt ist schlicht, die Ausgestaltung und Anwendung von Sexualdelikten der gelebten Realität, das heißt den realen Erfahrungen von sexueller Gewalt und Vergewaltigung von Frauen in Europa anzupassen, damit der weit verbreiteten Straffreiheit für solche Delikte entgegen gewirkt werden kann.

Es ist bekannt, dass sehr viele Vergewaltigungsfälle ohne Zwang, Gewalt oder Drohung mit Gefahr für Leib oder Leben stattfinden. Es ist auch bekannt, dass in vielen Fällen, in denen Zwang, Gewalt oder Drohung stattgefunden hat, dies keine erkennbaren oder nachweisbaren Spuren hinterlassen hat, oder in einem frühen Stadium der Tat angewendet wurde, so dass es vor Gericht als nicht relevant für die Durchführung des sexuellen Akts angesehen wird. Es ist auch bekannt, dass viele Vergewaltigungsopfer, gerade junge Opfer, sich ab einem gewissen Zeitpunkt der ihrer Ansicht nach unausweichlichen Vergewaltigung ergeben, das heißt Gegenwehr einstellen und die Tat über sich ergehen lassen, weil sie sich vor einer Eskalation oder weiteren Gewaltakten schützen wollen. Hier sollte es reichen, wenn es für den Täter zu einem unmittelbaren Zeitpunkt vor der Tat erkennbar war, dass das Opfer die sexuelle Handlung nicht wollte.

Diskussionen zur Umsetzung dieser Vorschrift sollten daher dieses übergeordnete Ziel im Blick haben, so dass vom Ergebnis her gedacht werden kann. Es geht also um die Fragestellung, wie jegliche nicht-einverständlichen sexuellen Handlungen, mit oder ohne Eindringen in den Körper, unter Strafe zu stellen sind, damit all die Konstellationen besser erfasst werden können, die bislang an den hohen Hürden der nachweislichen Anwendung von Gewalt, Zwang oder Drohung scheitern, in denen aber dennoch für den Täter offensichtlich war, dass die sexuelle Handlung vom Opfer nicht gewollt war.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat in seinem Fall M.C. gegen Bulgarien aus dem Jahr 2003, der als Anstoß zu Artikel 36 der Istanbul Konvention ausführlich die Frage diskutiert, welche Rolle das fehlende Einverständnis des Opfers im Straftatbestand der Vergewaltigung spielen sollte und wie es zum Ausdruck gebracht werden muss, um für den Täter erkennbar zu sein. Der Gerichtshof kam zu dem Ergebnis, dass sich das Verständnis von Vergewaltigung und sexueller Gewalt geändert hat und sich vor allem in den Strafgesetzbüchern der Common-Law-Länder in Nord-Amerika, Australien, Irland und Großbritannien durchgesetzt hat, im objektiven Tatbestand auf die fehlende Zustimmung des Opfers abzustellen anstatt auf die Anwendung von Gewalt, Zwang oder Drohung. In den Rechtsordnungen Kontinentaleuropas sei diese Sicht der Dinge auch auf dem Vormarsch, und das Kriterium der Zustimmung finde immer häufiger Eingang in die Auslegung von Tatbestandsmerkmalen wie Gewalt, Zwang oder Drohung.

Seit diesem Urteil sind nunmehr gute 10 Jahre vergangen, in denen sich viel getan hat. Dennoch stellen die allermeisten Straftatbestände der Vergewaltigung in den Mitgliedsländern

des Europarates wie der deutsche § 177 StGB weiterhin auf das Vorliegen von Gewalt, Zwang oder Drohung ab.

Auch unter den Vertragsstaaten der Istanbul-Konvention ergibt sich ein uneinheitliches Bild. Nicht alle Länder, die dieses Übereinkommen ratifiziert haben, haben bislang auch ihr Strafrecht in diesem Punkt angepasst. Das französische Strafrecht, zum Beispiel, verlangt nach wie vor, dass ein Akt sexueller Gewalt oder Vergewaltigung mit „Gewalt, Zwang, Drohung oder Überraschung“ begangen sein muss¹⁴⁰¹. Es wird lediglich klar gestellt, dass „Zwang“ entweder physischer oder moralischer Natur sein kann und dass dies bereits in einem sehr großen Altersunterschied zwischen Opfer und Täter begründet sein kann oder in der Autorität, die der Täter über das Opfer ausübt. Auf den ersten Blick scheint der französische Tatbestand der Vergewaltigung dem aktuellen Deutschen also sehr ähnlich. Allerdings scheint die Auslegung durch Rechtsprechung weiter zu sein, und das zusätzliche Tatbestandsmerkmal der „Überraschung“ scheint gerade einige der Fallkonstellationen zu erfassen, die durch deutsche Gerichte momentan nicht als Vergewaltigung eingestuft werden (Stichwort: Vergewaltigung einer schlafenden Frau).

Albanien ist ein Beispiel eines Vertragsstaats der Konvention, in dem nach der Ratifizierung der Vergewaltigungstatbestand im Hinblick auf Artikel 36 geändert wurde. Paragraf 102 des albanischen Strafgesetzbuches trägt seit 2013 den Titel „Nicht-einvernehmlicher Geschlechtsverkehr gegen erwachsene Frauen“. Allerdings ist das unter Strafe gestellte Verhalten das „nicht einvernehmliche Durchführen von Geschlechtsverkehr mit erwachsenen Frauen, Ehe- oder Lebenspartnern mittels Gewalt“. Hier mischen sich die Konzepte, so dass unklar ist, ob auch nicht-einvernehmlicher Geschlechtsverkehr, der ohne die Anwendung von Gewalt vorgenommen wird, erfasst ist.

Spanien hingegen gilt als Vorreiter in diesem Bereich, da das spanische Strafrecht schon seit 2011, also schon vor Zeichnungslegung der Istanbul-Konvention, einen mehrstufigen Ansatz verfolgt, das heißt zwei verschiedene Vergewaltigungstatbestände beinhaltet. Artikel 178 und 179 des spanischen Strafgesetzbuches¹⁴⁰² erfassen sexuelle Gewalt und Vergewaltigung (das heißt Penetration von Körperöffnungen) mittels Gewalt oder Einschüchterung. Der Strafrahmen hier liegt zwischen 6 und 12 Jahren. Artikel 181 Absatz 4 hingegen erfasst die Penetration von Körperöffnungen mit Körperteilen oder Gegenständen, die ohne die Zustimmung des Opfers, aber explizit auch ohne Gewaltanwendung oder Einschüchterung vor-

¹⁴⁰¹ Code Pénal, France, Section 3: Des agressions sexuelles, Article 222-22 und 222-23.

¹⁴⁰² Spanisches Strafgesetzbuch, englische Übersetzung herausgegeben durch das spanische Justizministerium, 2011, abrufbar auf <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes>.

genommen wird. Hier liegt das Strafmaß zwischen 4 und 10 Jahren, also jeweils zwei Jahre weniger als Vergewaltigung mittels Gewalt und Einschüchterung.

Kroatien, ein Land, das der Konvention noch nicht beigetreten ist, scheint diesem zwei-stufigen Ansatz zu folgen und hat im Rahmen der Strafrechtsreform Ende 2012 zusätzlich zu dem bestehenden Vergewaltigungsparagraf, der die Anwendung von Gewalt erfordert, einen Tatbestand eingeführt, der nicht einvernehmlichen Geschlechtsverkehr und sexuelle Handlungen unter Strafe stellt.

In Schweden wird das Thema „Einverständnis als Tatbestandsmerkmal“ aktuell zum dritten Mal diskutiert. Seit August 2014 befasst sich eine durch die Regierung eingesetzte Untersuchungskommission mit dieser Frage, die ihre Ergebnisse voraussichtlich im Oktober 2016 vorstellen wird. Vorangegangen war eine Reform der Sexualdelikte im Jahr 2005, in der die Frage Nötigungsmittel oder Einverständnis auch diskutiert wurde, als Lösung aber dann der Ansatz gewählt wurde, die Anforderungen an die erforderliche Qualität der ausgeübten Gewalt, Drohung oder des Zwangs zu senken, um eine größere Bandbreite von Fallkonstellationen juristisch zu erfassen.

Die Evaluierung dieser Reform durch eine Untersuchungskommission führte zu der Auffassung, dass die meisten Ziele der Reform erreicht wurden, es aber doch Verbesserungsbedarf in gewissen Fallkonstellationen von sexueller Gewalt und Vergewaltigung gibt, insbesondere in Fällen ohne Gewaltanwendung.

Die 2010er Untersuchungskommission kam zu dem Ergebnis¹⁴⁰³, dass es dazu aber nicht notwendig sei, einen einzigen Tatbestand einzuführen, der ausschließlich auf das Tatbestandsmerkmal „Einverständnis“ zu sexuellen Handlungen, einschließlich Penetration von Körperöffnung abstellt, um jegliche sexuelle Handlung strafrechtlich zu erfassen, die ohne die Zustimmung des Opfers vorgenommen wird. Vielmehr sei es möglich, den bestehenden Vergewaltigungstatbestand beizubehalten, der auf die Mittel Gewalt, Drohung, Zwang oder Ausnutzung einer hilflosen Lage abstellt, wenn *erstens* das Merkmal der hilflosen Lage erweitert wird und *zweitens* ein neuer, zusätzlicher Tatbestand eingeführt wird, der ausschließlich auf die Zustimmung abstellt, subsidiär zu den anderen Straftatbeständen anzusehen ist und ein geringeres Strafmaß aufweist.

¹⁴⁰³ Sexualbrottslagstiftningen – utvärdering och reformförslag, Statens Offentliga Utredningar 2010, abrufbar inklusive Zusammenfassung in englischer Sprache auf <http://www.regeringen.se/content/1/c6/15/45/15/e59efb2d.pdf>.

Ob dies ein gültiger Ansatz ist, um die Vorgaben des Artikel 36 der Istanbul-Konvention umzusetzen, kann abschließend nur von GREVIO, dem unabhängigen Gremium zu Überwachung der Umsetzung des Übereinkommens beurteilt werden. Da dieses Gremium sich erst in den nächsten Monaten zusammensetzen wird und es noch keine Ergebnisse des Monitoringverfahrens gibt, können hier nur Denkanstöße zur Umsetzung gegeben werden.

Zusätzlich zu der Ausgestaltung der Sexualdelikte an sich wird eine vollständige Umsetzung der Istanbul Konvention in diesem Bereich auch stark von der tatsächlichen Rechtsanwendung abhängen. Hoffnung bietet hier die Tatsache, dass die Istanbul-Konvention mehr verlangt als nur die Einführung von Gesetzesänderungen. Sie fordert außerdem erhebliche Verbesserungen im Bereich der Strafverfolgung sämtlicher Formen von Gewalt gegen Frauen, angefangen bei den polizeilichen Ermittlungen, aber auch im Bereich Anklageerhebung und Durchführung des Strafverfahrens. Ziel des Übereinkommens ist es, dass eine besser ausgebildete, vielleicht sogar spezialisierte, Polizei, Staatsanwalt- und Richterschaft die Lebensrealitäten von Frauen und die Gewaltformen, die diese erfahren, vorurteilsfrei und durch eine Gender-Brille betrachten lernen. Wenn diese Berufsgruppen dann ein Instrumentarium an Ermittlungsbefugnissen und Tatbeständen an die Hand bekommen, die praktisch handhabbar sind und nicht an der Realität vorbei gehen, kann der Straflosigkeit in diesem Bereich endgültig ein Ende gesetzt werden.

16a. Peter Marx

**Auswirkungen von § 177 -neu- StGB auf die übrigen
Missbrauchstatbestände**

I. Neufassung des § 177 StGB

Der Bundestag hat am 7. Juli 2016 durch das Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung – § 177 StGB unter der neuen Überschrift „Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung“ grundlegend umgestaltet. Der Bundesrat hat das Gesetz am 23. September 2016 passieren lassen, so dass mit einem baldigen Inkrafttreten zu rechnen ist. Soweit im Folgenden von § 177 StGB die Rede ist, ist die Neufassung gemeint.¹⁴⁰⁴

Ausgehend von einer Einteilung der Sexualdelikte in Nötigungsdelikte, Missbrauchsdelikte und Belästigungsdelikte (LK-Hörnle, 12. Aufl. 2010, vor § 174 Rn. 41), enthält die Neufassung der Absätze 1 und 2 des § 177 StGB im Wesentlichen Missbrauchstatbestände. Eine Abstimmung des neuen § 177 StGB mit den bisher bestehenden Missbrauchstatbeständen – im Folgenden: sonstige Missbrauchstatbestände – lässt sich der Begründung der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (Drs. 17/9097, S. 22 ff.; im Folgenden: Gesetzesbegründung) nicht entnehmen. Allein § 179 StGB (Sexueller Missbrauch widerstandsunfähiger Personen) wurde aufgehoben, da dessen Inhalt als § 177 Absatz 2 Nummer 1 StGB in den neu gefassten Paragraphen überführt wurde.

II. Missbrauchstatbestände neben § 177 StGB

Der 13. Abschnitt des StGB enthält eine ganze Reihe sonstiger Missbrauchstatbestände:

1. Missbrauch von Minderjährigen

Dem Schutz von Minderjährigen dienen

¹⁴⁰⁴ Ansonsten beziehen sich Paragraphenangaben auf die am 1. Oktober 2016 geltende Fassung des Strafgesetzbuches.

- § 174 StGB (Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen)
- § 176 StGB (Sexueller Missbrauch von Kindern)
- § 176a StGB (Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern)
- § 176b StGB (Sexueller Missbrauch von Kindern mit Todesfolge)
- § 180 StGB (Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger)
- § 182 StGB (Sexueller Missbrauch von Jugendlichen)

2. Missbrauch von Erwachsenen oder Minderjährigen

Die nachfolgenden Vorschriften zum Schutz vor sexuellem Missbrauch stellen nicht auf ein bestimmtes Alter der geschützten Personen ab, so dass Erwachsene und Minderjährige diesen Schutz genießen:

- § 174a StGB (Sexueller Missbrauch von Gefangenen, behördlich Verwahrten oder Kranken und Hilfsbedürftigen in Einrichtungen)
- § 174b StGB (Sexueller Missbrauch unter Ausnutzung einer Amtsstellung)
- § 174c StGB (Sexueller Missbrauch unter Ausnutzung eines Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses)

III. Mögliche Auswirkungen von § 177 Absatz 1 und 2 StGB auf sonstige Missbrauchstatbestände

Es kommen unterschiedliche Auswirkungen in Betracht, die die neuen Straftatbestände des § 177 Absatz 1 und 2 StGB auf die sonstigen Missbrauchstatbestände haben können. Insbesondere stellt sich die Frage, ob im Falle der Verwirklichung eines Tatbestandes des § 177 StGB und eines sonstigen Missbrauchstatbestandes durch dieselbe Handlung Tateinheit oder Gesetzeskonkurrenz anzunehmen ist.

Das Verhältnis der Tatbestände zueinander hat z. T. erhebliche Auswirkungen. Die sonstigen Missbrauchstatbestände haben überwiegend einen im Vergleich zu § 177 Absatz 1 und 2 StGB geringeren Strafrahmen. Außer beim sexuellen Missbrauch von Kindern kennen die sonstigen Missbrauchstatbestände keine Qualifikationen oder Regelbeispiele für besonders schwere Fälle. Die Qualifikationen und Regelbeispiele des § 177 StGB greifen nur, wenn ein Grundtatbestand im Sinne des § 177 Absatz 1 oder 2 StGB zur Anwendung kommt.

1. § 177 Absatz 1 StGB

Unabhängig davon, ob man in § 177 Absatz 1 StGB überhaupt einen Missbrauchstatbestand sieht – anders als sonst bei diesen, muss kein bestimmter Umstand, insbesondere keine spezielle Schwächeposition, ausgenutzt werden, sondern es reicht die Missachtung des ablehnenden Willens –, dürften im Verhältnis dieses neuen Grundtatbestandes zu den sonstigen Missbrauchstatbeständen keine größeren Schwierigkeiten entstehen. Die sonstigen Missbrauchstatbestände setzen keinen entgegenstehenden Willen des Opfers gegen den Sexualkontakt voraus. Sie greifen in der Regel selbst dann ein, wenn die Initiative vom Opfer ausgeht. Wenn sich nun der Täter eines sonstigen Missbrauchstatbestandes bei der Tat über den entgegenstehenden erkennbaren Willen des Opfers hinwegsetzt, verwirklicht er einen zusätzlichen, das Unrecht der Tat erhöhenden Umstand. Andererseits schöpft § 177 Absatz 1 StGB das Unrecht nicht aus, wenn der Täter die in den sonstigen Missbrauchstatbeständen verankerten besonderen Schwächepositionen ausnutzt. Deshalb liegt die Annahme von Tateinheit auf der Hand liegt.

Das gilt auch im Verhältnis zum sexuellen Missbrauch von Kindern (§§ 176 ff. StGB). Jedenfalls ab einem gewissen Alter sind auch Kinder in der Lage, einen sich gegen einen sexuellen Übergriff wendenden Willen zu bilden und zu artikulieren. In diesen Fällen ist durch die Annahme von Tateinheit klarzustellen, dass über die §§ 176 ff. StGB hinausreichendes Unrecht verwirklicht wurde. Dabei ist hinzunehmen, dass sich aus demselben Erschwerungsgrund teilweise unterschiedliche Auswirkungen ergeben. So kann der Beischlaf Qualifikation (§ 176a Absatz 2 Nummer 1 StGB) und Regelbeispiel für den besonders schweren Fall (§ 177 Absatz 6 Satz 2 Nummer 1 StGB) sein. Bringt der Täter das Opfer in die Gefahr einer schweren Gesundheitsbeschädigung, droht § 176a Absatz 2 Nummer 3 StGB eine Mindeststrafe von zwei Jahren, § 177 Absatz 7 Nummer 3 StGB eine solche von drei Jahren an. Besondere Schwierigkeiten ergeben sich daraus nicht.

2. § 177 Absatz 2 StGB

Die Tatbestände des § 177 Absatz 2 StGB sind sehr unterschiedlich; sie sind einzeln zu betrachten. Die Relevanz ihres Verhältnisses zu den sonstigen Missbrauchstatbeständen hängt auch davon ab, welchen Inhalt die neuen Tatbestände haben. Eine genaue Analyse des Inhalts kann hier nicht geleistet werden. Manche Frage kann nur angesprochen werden; die Klärung wird letztlich von der Rechtsprechung zu leisten sein.

a) § 177 Absatz 2 Nummer 1 StGB

Der Täter muss ausnutzen, dass die andere Person nicht in der Lage ist, einen dem Sexualkontakt entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern. Wie schon zu § 179 Absatz 1 StGB a. F. (dazu u. a. S/S-Eisele, 29. Aufl. 2014, § 179 Rn. 16) liegt es nahe, ggf. Tateinheit bei der Verwirklichung dieses Tatbestandes und eines speziellen Missbrauchstatbestandes anzunehmen.

Allerdings könnte sich insofern eine zusätzliche Überschneidung mit neuen Konkurrenzfragen ergeben, wenn in § 177 Absatz 2 Nummer 1 StGB nunmehr auch Kinder einbezogen würden, die aufgrund ihrer altersgemäßen Entwicklung zu entsprechender Willensbildung oder -äußerung noch nicht in der Lage sind. Bisher wurden Kinder nicht in § 179 StGB einbezogen, wobei man sich darauf berufen konnte, dass die Umstände der Widerstandsunfähigkeit abschließend aufgezählt seien und „Defekte“ bzw. „Gebrechen“ voraussetzten (vgl. MüKoStGB-Renzikowski, 2. Aufl. 2012, § 179 Rn.19). § 177 Absatz 2 Nummer 1 StGB setzt dagegen keinen bestimmten Grund für die Unfähigkeit zur Willensbildung oder -äußerung voraus.

Eine Erweiterung des § 177 Absatz 2 Nummer 1 StGB auf Kinder entspräche allerdings nicht dem Willen des Gesetzgebers. Aus der Gesetzesbegründung (S. 24) ergibt sich, dass „die Fallkonstellationen des § 179 Absatz 1 und 2 StGB“ aufgegriffen werden sollten; eine Änderung war nicht beabsichtigt. Deshalb spricht viel dafür, in den §§ 176 bis 176b StGB weiterhin eine den Missbrauch nach § 177 Absatz 2 Nummer 1 StGB ausschließende Spezialregelung zu sehen (vgl. zu § 179 StGB Laubenthal, Handbuch Sexualstraftaten, 2012, Rn. 315 m.w.N.).

Diese Auffassung führt allerdings dazu, dass Kinder, die altersbedingt zur Willensbildung oder -äußerung unfähig sind, im Vergleich zu Personen, bei denen dies auf anderen Gründen beruht oder die eine sexuelle Handlung im Sinne des § 177 Absatz 1 StGB abgelehnt haben, in manchen Fallkonstellationen einen geringeren Schutz genießen. Das gilt für die Fälle der Qualifikation des § 177 Absatz 5 StGB (Anwendung von Gewalt, qualifizierte Drohung, Ausnutzen einer schutzlosen Lage) ebenso wie für die des § 177 Absatz 7 Nummer 1 und 2 sowie Absatz 8 Nummer 1 StGB. Diese Qualifikationen haben in den §§ 176 bis 176b StGB keine Entsprechung. Bei der Gefahr einer schweren Gesundheitsbeschädigung droht § 176a Absatz 2 Nummer 3 StGB eine im Vergleich zu § 177 Absatz 7 Nummer 3 StGB um ein Jahr geringere Mindestfreiheitsstrafe an.

Für altersbedingt zur Willensbildung oder -äußerung unfähige Kinder entsteht auch ein „Tenorierungsnachteil“. Wenn mit ihnen der Beischlaf vollzogen wird, ist die Tat – bei über 18 Jahre altem Täter – ein „schwerer sexueller Missbrauch von Kindern“ (§ 176a Absatz 2 Nummer 1 StGB). Die Kennzeichnung als „Vergewaltigung“, die § 177 Absatz 6 Satz 2 Nummer 1 StGB sonst für solche Fälle ermöglicht, bleibt versagt. Denn anders als bei Personen, bei denen die Unfähigkeit auf anderen Gründen beruht, fehlt es bei diesen Kindern an einem Grundtatbestand des § 177 StGB, an den das Regelbeispiel für den besonders schweren Fall anknüpft.

Diese Ungereimtheiten können aber kaum hinreichender Grund sein, altersbedingt zur Willensbildung oder -äußerung unfähige Kinder in § 177 Absatz 2 Nummer 1 StGB einzubeziehen. Vielmehr wird es Aufgabe des künftigen Gesetzgebers sein, den sexuellen Missbrauch von Kindern und die Qualifikationen bzw. Regelbeispiele des § 177 StGB sinnvoll aufeinander abzustimmen sowie die nicht nur in dem angesprochenen Punkt zweifelhaften Tenorierungsmöglichkeiten klarzustellen.

b) § 177 Absatz 2 Nummer 2 StGB

Mit § 177 Absatz 2 Nummer 2 StGB hat der Gesetzgeber einen Missbrauchstatbestand geschaffen, der im bisherigen Recht kein Vorbild hat: das Ausnutzen des Umstands, dass die andere Person aufgrund ihres körperlichen oder psychischen Zustands in der Bildung oder Äußerung des Willens in Bezug auf die sexuelle Selbstbestimmung erheblich einschränkt ist. Die Strafbarkeit ist aber ausgeschlossen, wenn sich der Täter der Zustimmung der anderen Person versichert hat.

aa) Inhalt, insb. „psychischer Zustand“

Das Ausmaß der möglichen Überschneidung mit den sonstigen Missbrauchstatbeständen hängt wesentlich davon ab, wie das Merkmal „psychischer Zustand“ verstanden wird. Wird der Begriff in einem alltagssprachlichen Sinne verstanden, der ein breites Spektrum von „Bedrängnissen“ umfassen kann, die einer Person die freie Willensbildung oder -äußerung erschweren können, dürften sich vielfältige Überschneidungen mit sonstigen Missbrauchstatbeständen ergeben, da diese häufig gerade wegen solcher Erschwernisse geschaffen wurden. So könnte die Sorge eines Gefangenen vor Nachteilen im Falle der Verweigerung eines Sexualkontakts mit einer Aufsichtsperson im Sinne des § 174a Absatz 1 StGB als psy-

chischer Zustand angesehen werden, der die freie Willensbildung oder -äußerung erheblich einschränkt. Fasst man dagegen mit den Ausführungen der Gesetzesbegründung nur die in § 179 Absatz 1 Nummer 1 StGB a. F. beschriebenen Umstände darunter (dazu Hörnle, Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung, NStZ 2016, ..., III. 2. b) (2) [noch nicht erschienen]), sind Fälle der Verwirklichung beider Tatbestände wesentlich seltener zu erwarten.

Die zweite, engere Auffassung ist die überzeugendere. Sie entspricht dem Willen des Gesetzgebers, wenn man die Gesetzesbegründung zugrunde legt (S. 25: „... nur Zustände meint, die mit medizinisch-psychologischen Kriterien zu fassen sind.“). Die erste Auffassung würde dem Straftatbestand eine für die Rechtsunterworfenen nicht kalkulierbare Weite verleihen, in welcher die Strafbarkeit sexueller Betätigung mit anderen Personen nur dadurch vermieden werden könnte, dass für jeden einzelnen Schritt eine ausdrückliche Zustimmung eingeholt wird („Nur-Ja-heißt-Ja“; Gesetzesbegründung S. 25 f.). Das könnte schon dann der Fall sein, wenn sich ein Urlauber von der „lockeren Stimmung“ in einer Urlauberguppe anstecken lässt, die zu einem „psychischen Zustand“ führt, der seine Urteilsfähigkeit so erheblich einschränkt, dass er sich auf einen Sexualkontakt einlässt, den er unter „normalen“ Umständen abgelehnt hätte. Eine so weitreichende strafrechtliche Reglementierung des Sexuallebens bedürfte einer eindeutigen Entscheidung des Gesetzgebers.

Auch in § 177 Absatz 2 Nummer 2 StGB könnten dem Wortlaut nach Kinder einbezogen werden, die aufgrund ihrer Entwicklung in ihrer Fähigkeit zur Willensbildung oder -äußerung noch erheblich eingeschränkt sind. Aber auch im Verhältnis zu § 177 Absatz 2 Nummer 2 StGB sind die §§ 176 bis 176b StGB als vorrangige Spezialregelungen anzusehen. Ein abweichender Wille des Gesetzgebers ist nicht erkennbar. Ähnlich wie zu § 179 StGB a. F. mit seinen abschließend aufgeführten Gründen erscheint auch hier die Annahme plausibel, dass mit dem „körperlichen oder psychischen Zustand“ ein vom Normalfall abweichender Zustand und nicht ein frühes Entwicklungsstadium des Menschen gemeint ist.

bb) Grundsätzlich: Tateinheit mit sonstigen Missbrauchstatbeständen

Grundsätzlich können alle sonstigen Missbrauchstatbestände – die zum Schutz von Minderjährigen wie auch die zum Schutz von Erwachsenen – neben § 177 Absatz 2 Nummer 2 StGB erfüllt sein, wenn die jeweiligen Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind. Hat beispielsweise ein Täter an einer 15 Jahre alten Person, die ihm zur Erziehung anvertraut ist, sexuelle Handlungen vorgenommen, und dabei zugleich ausgenutzt, dass diese Person auf-

grund ihres körperlichen oder psychischen Zustands in der Bildung oder Äußerung des Willens erheblich eingeschränkt ist, sind § 174 Absatz 1 Nummer 1 StGB und § 177 Absatz 2 Nummer 2 StGB erfüllt. Beide Tatbestände schützen die sexuelle Selbstbestimmung in einer Schwächeposition. § 177 StGB schützt konstitutionell geschwächte Personen vor Übergriffen durch jede andere Person. § 174 StGB gewährleistet den Schutz der ungestörten sexuellen Entwicklung von Minderjährigen speziell vor Übergriffen durch Autoritätspersonen (S/S-Eisele, § 174 Rn. 1). Diese unterschiedlichen Schutzrichtungen legen es nahe, von Tateinheit auszugehen. Dabei eröffnet § 177 Absatz 2 Nummer 2 StGB den Weg zu Qualifikationen und Regelbeispielen für besonders schwere Fälle. Insbesondere das Regelbeispiel des § 177 Absatz 6 Satz 2 Nummer 1 StGB (Beischlaf u. a.) dürfte von praktischer Bedeutung sein.

Es wird davon ausgegangen, dass grundsätzlich auch in den anderen Fällen des Zusammentreffens von sonstigem Missbrauchstatbestand und § 177 Absatz 2 Nummer 2 StGB Tateinheit anzunehmen ist. Besondere Betrachtung verdienen jedoch zwei Konstellationen: der sexuelle Missbrauch von Kindern (§§ 176 bis 176b StGB) und der sexuelle Missbrauch von Kranken oder Hilfsbedürftigen (§§ 174a Absatz 2 und 174c StGB).

cc) Sexueller Missbrauch von Kindern

Zum sexuellen Missbrauch von Kindern wurde oben ausgeführt, dass die §§ 176 bis 176b StGB als abschließende Spezialregelung im Verhältnis zu § 177 Absatz 2 Nummer 2 StGB anzusehen sind. Dieses Ergebnis drängt sich aber nur dann auf, wenn die eingeschränkte Fähigkeit zur sexualbezogenen Willensbildung oder -äußerung ihre Ursache im Alter des Kindes hat. Handelt es sich dagegen um ein Kind in einem Alter, in welchem diese Fähigkeit nicht mehr generell altersbedingt erheblich eingeschränkt ist, sondern um ein Kind, bei dem diese Einschränkung auf einem anderen Grund, beispielsweise einer psychischen Krankheit oder einer Alkoholintoxikation beruht, bestehen keine durchgreifenden Gründe, Tateinheit zu verneinen. So nimmt auch die bisherige Kommentarliteratur Tateinheit zwischen § 176 StGB und § 179 StGB a. F. an (LK-Hörnle, § 176 Rn. 71 und § 176a Rn. 96; S/S-Eisele, § 176 Rn. 26 und § 176a Rn. 16).

dd) Sexueller Missbrauch von Kranken oder Hilfsbedürftigen gemäß §§ 174a Absatz 2 und 174c StGB

Sonstige Missbrauchstatbestände, die dem Schutz von Kranken dienen, bedürfen deshalb besonderer Betrachtung, weil auch § 177 Absatz 2 Nummer 2 StGB dazu dient, Kranke davor zu schützen, zum Objekt der sexuellen Interessen anderer gemacht zu werden. Ihre reduzierte Abwehrfähigkeit soll nicht straflos zu sexuellen Zwecken ausgenutzt werden können. Damit decken sich die Gründe, die den Gesetzgeber zur jeweiligen Schutznorm motiviert haben.

Die Voraussetzungen der Strafbarkeit sind aber durchaus unterschiedlich.

§ 174a Absatz 2 StGB bedroht denjenigen mit Strafe, der eine Person, die in einer Einrichtung für kranke oder hilfsbedürftige Menschen aufgenommen und ihm zur Beaufsichtigung oder Betreuung anvertraut ist, dadurch missbraucht, dass er unter Ausnutzung der Krankheit oder Hilfsbedürftigkeit dieser Person sexuelle Handlungen an ihr vornimmt. Damit ist der Kranke oder Hilfsbedürftige nur in der Sondersituation der Aufnahme in eine entsprechende Einrichtung geschützt. In der Einrichtung ist er nicht gegenüber jedermann oder auch nur gegenüber dem Personal insgesamt geschützt. Nur eine Person, der die Beaufsichtigung oder Betreuung der kranken oder hilfsbedürftigen Person anvertraut ist, kommt als Täter in Betracht. Nur gegenüber diesen Personen sieht der Gesetzgeber die Schwächeposition als so gewichtig an, dass er strafrechtlichen Schutz vor Ausnutzung der Krankheit oder Hilfsbedürftigkeit für erforderlich ansieht.

An die Schwere von Krankheit oder Hilfsbedürftigkeit stellt der Gesetzgeber in § 174a Absatz 2 StGB keine besonderen Anforderungen. Im Vergleich zu § 177 Absatz 2 Nummer 2 StGB sind die Strafbarkeitsvoraussetzungen in diesem Punkt damit sehr viel geringer. Die weiteren Voraussetzungen – räumliche Lage und Täterkreis – sind dagegen sehr viel enger. § 174a Absatz 2 StGB trägt dem Umstand Rechnung, dass eine kranke oder hilfsbedürftige Person in der räumlichen Sondersituation und gegenüber den beaufsichtigenden oder betreuenden Personen in ihrer Fähigkeit, sich in freier Selbstbestimmung einem sexuellen Ansinnen zu verweigern, eingeschränkt ist (vgl. SK/Wolters, 124. Lief. 9/2010, § 174a Rn. 13). Demgegenüber sieht § 177 Absatz 2 Nummer 2 StGB für aufgrund ihres körperlichen oder psychischen Zustands in Willensbildung oder -äußerung erheblich beeinträchtigte Personen Schutz an jedem Ort gegenüber jedermann vor. Diese Unterschiede in der Ausprägung des Schutzes legen es nahe, in Fällen der Verwirklichung beider Tatbestände von Tateinheit, nicht von Gesetzeskonkurrenz auszugehen.

Gleiches ist zu § 174c Absatz 1 und 2 StGB anzunehmen. Auch hier sind an die gesundheitliche Beeinträchtigung des potentiellen Opfers keine so hohen Anforderungen gestellt wie in

§ 177 Absatz 2 Nummer 2 StGB. Die Beeinträchtigung muss nicht zu einer erheblichen Einschränkung der Fähigkeit zur Willensbildung oder -äußerung führen, was insbesondere im Hinblick auf die umfassende Einbeziehung der körperlichen Krankheit oder Behinderung in § 174c Absatz 1 StGB erheblich ist. Andererseits bietet § 174c Absatz 1 und 2 StGB nur Schutz gegenüber der Person, der das potentielle Opfer zur Beratung, Behandlung oder Betreuung der Krankheit usw. anvertraut ist, die dieses Verhältnis zur Vornahme sexueller Handlungen missbrauchen muss. Auch hier schützt der Gesetzgeber die sexuelle Selbstbestimmung in einer speziellen Schwächeposition gegen eine Person in überlegener Stellung. Ob man daneben durch § 174c StGB auch das Vertrauen in die Integrität und Lauterkeit von Behandlungs- und Betreuungsverhältnissen als geschützt ansieht (u. a. Laubenthal, Rn. 355; anders SK/Wolters, § 174c Rn. 2: in erster Linie Schutz der Störungsfreiheit des Behandlungsverhältnisses), spielt für das Verhältnis zu § 177 Absatz 2 StGB keine entscheidende Rolle.

- ee) Neubestimmung des Schutzbereichs von sonstigen Missbrauchstatbeständen?

Die Unterschiede in der Ausprägung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung in den §§ 174a Absatz 2 und 174c StGB einerseits und § 177 Absatz 2 Nummer 2 StGB andererseits, aber auch im Verhältnis der sonstigen Missbrauchstatbestände insgesamt zu den Tatbeständen des § 177 Absatz 1 und 2 StGB zum verbesserten Schutz der sexuellen Selbstbestimmung sprechen dagegen, den Schutzzweck der sonstigen Missbrauchstatbestände neu zu bestimmen, wie dies Hörnle in NSTZ, aaO, am Ende von III. 2. b) (2) für die §§ 174a bis 174c StGB zur Diskussion stellt. Sie hält es für möglich, dass diese Normen nur noch mit Allgemeininteressen (Schutz öffentlicher Einrichtungen und Professionen vor korruptionsähnlichem Verhalten) begründet werden können.

Im Falle der Verwirklichung des § 177 Absatz 1 StGB stellt sich diese Frage ohnehin nicht, weil das Hinwegsetzen über ein Nein der anderen Person den Sexualkontakt strafbar macht, unabhängig davon, ob sich die andere Person in einer in einem sonstigen Missbrauchstatbestand normierten Schwächeposition befindet oder nicht. Bei den Missbrauchstatbeständen des § 177 Absatz 2 StGB einerseits und den sonstigen Missbrauchstatbeständen andererseits hat der Gesetzgeber jeweils eigenständige Schwächepositionen definiert, die dem potentiellen Opfer eine ablehnende Willensbildung oder -äußerung unmöglich machen (§ 177 Absatz 2 Nummer 1 und 3 StGB) oder so wesentlich erschweren, dass unter jeweils eigenständigen Voraussetzungen strafrechtlicher Schutz gegen deren Ausnutzen bzw. – weitestgehend bedeutungsgleich – Missbrauch gewährt wird. § 177 StGB kann trotz der wesentlichen Aus-

dehnung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung den mit den sonstigen Missbrauchstatbeständen nach ihrem bisherigen Verständnis verbundenen Individualschutz gegen Beeinträchtigungen der sexuellen Selbstbestimmung nicht auffangen. Die sonstigen Missbrauchstatbestände behalten auch künftig ihre Funktion.

ff) Zustimmung i. S. des § 177 Absatz 2 Nummer 2 StGB

§ 177 Absatz 2 Nummer 2 StGB stellt das Ausnutzen des Umstands, dass eine Person aufgrund ihres körperlichen oder psychischen Zustandes in der Bildung oder Äußerung des Willens erheblich eingeschränkt ist, zur Vornahme sexueller Handlungen unter Strafe. Dieses Ausnutzen bleibt aber straflos, wenn sich der Täter der Zustimmung der beeinträchtigten Person versichert hat. Das Verhältnis der beiden Merkmale zueinander – einerseits Ausnutzen der erheblich eingeschränkten Fähigkeit zur Willensbildung oder -äußerung, andererseits straffausschließende Berücksichtigung des natürlichen Willens einer solchermaßen beeinträchtigten Person – ist nicht leicht zu verstehen, muss hier aber auch nicht näher geklärt werden. Klar ist jedenfalls die Zwecksetzung des Gesetzgebers. Er will entsprechend eingeschränkten Personen die Möglichkeit eröffnen, Sexualität mit anderen zu leben, wenn dies ihrem natürlichen Willen entspricht (Gesetzesbegründung S. 25). Das ist nur möglich, wenn ein Weg gewiesen wird, wie andere Personen straffrei Sexualität mit einer beeinträchtigten Person haben können.

Es stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber mit der straffausschließenden Versicherung der Zustimmung der missbrauchten bzw. ausgenutzten Person nach § 177 Absatz 2 Nummer 2 StGB einen verallgemeinerungsfähigen Gedanken im Sexualstrafrecht verankert hat, der auch auf die sonstigen Missbrauchstatbestände zu beziehen ist (zur Fragestellung vgl. Hörnle in NSTZ, aaO. am Ende von III. 2. b) (2)). Das ist letztlich zu verneinen.

Einige der sonstigen Missbrauchstatbestände setzen nicht den Missbrauch einer bestimmten Schwächeposition voraus, sondern stellen jeden Sexualkontakt zwischen bestimmten Personen unter Strafe. So ist jeder Sexualkontakt mit einem Kind strafbar, selbst wenn es sich um eine „echte Liebesbeziehung“ zu einer 13-Jährigen handeln sollte, von der die Initiative dazu ausgegangen ist. Auch § 174 StGB enthält verschiedene Konstellationen, in denen jeder Sexualkontakt strafbar ist, ohne dass es auf einen Missbrauch oder ein Ausnutzen ankäme. Eine Zustimmung des Opfers kann sich in diesen Fällen nicht straffausschließend auswirken.

Aber auch bei den anderen Missbrauchstatbeständen kann der Zustimmung nicht generell eine strafausschließende Wirkung zugemessen werden. Der Schutz vor der Ausnutzung einer Schwächeposition durch eine überlegene Person würde ausgehöhlt, wenn die Zustimmung den strafrechtlichen Schutz aufheben würde. Denn es kann gerade die Schwächeposition sein, die das Opfer zur Zustimmung bewegt (was allerdings auch bei § 177 Absatz 2 Satz 2 StGB möglich ist). Zu denken ist beispielsweise an den Missbrauch von Gefangenen gemäß § 174a Absatz 1 StGB oder den Missbrauch unter Ausnutzung einer Amtsstellung gemäß § 174b StGB, wenn sich die Betroffenen von einem „einverständlichen“ Sexualkontakt Vorteile in ihrer prekären Situation erwarten.

Selbst bei den Missbrauchstatbeständen der §§ 174a Absatz 1 und 174c StGB, die wie § 177 Absatz 2 Nummer 2 StGB auf den Schutz vor der Ausnutzung einer durch körperliche oder psychische Beeinträchtigungen bedingten Schwäche abstellen, gibt es keinen überzeugenden Grund, der Versicherung der Zustimmung des Opfers strafausschließende Wirkung beizumessen. Diese speziellen Missbrauchstatbestände schützen die beeinträchtigte Person davor, dass eine bestimmte, ihr durch ihre Eingliederung in eine Einrichtung oder die Unterordnung in einem Behandlungsverhältnis überlegene Person ihre Stellung zur Vornahme sexueller Handlungen ausnutzt. Dabei kann es insbesondere in einem psychotherapeutischen Behandlungsverhältnis angezeigt sein, die behandelte Person vor ihrem Willen zur Begründung eines sexuellen Verhältnisses mit dem Therapeuten dadurch zu schützen, dass dieser mit Strafe bedroht wird, wenn er sich darauf einlässt (vgl. S/S-Eisele, § 174c Rn. 40: „Im Kontext einer psychotherapeutischen Behandlung bedeutet jeder Sexualkontakt einen Missbrauch des Behandlungsverhältnisses. Insbesondere kommt es nicht darauf an, ob dieser gegen oder ohne Willen des Klienten stattfindet oder auf dessen ausdrücklich erklärten Wunsch.“).

Das gilt auch in den Fällen der zusätzlichen Verwirklichung des Tatbestandes des § 177 Absatz 2 Nummer 2 StGB. Es wäre inkonsequent, hier der Zustimmung auch für den sonstigen Missbrauchstatbestand strafausschließende Wirkung beizumessen, dies in Fällen, in denen die Willensfreiheit weniger tangiert ist, aber abzulehnen. In dieser Konstellation entfällt nur die Strafbarkeit nach § 177 Absatz 2 Nummer 2 StGB, was dann auch den Weg zu den Qualifikationen des § 177 StGB oder Regelbeispielen für besonders schwere Fälle versperrt.

Es fehlt bei den sonstigen Missbrauchstatbeständen an einem Bedürfnis für eine strafausschließende Berücksichtigung der Zustimmung des Opfers. Wie schon oben erwähnt, hat den Gesetzgeber zu dem Strafausschluss des § 177 Absatz 2 Nummer 2 StGB die Überlegung bewegen, entsprechend beeinträchtigten Personen die Möglichkeit sexueller Betäti-

gung mit anderen zu eröffnen, was voraussetzt, dass die anderen nicht unter Strafdrohung stehen. Dieser Gedanke trägt bei den sonstigen Missbrauchstatbeständen nicht. Die Betroffenen haben durchaus die Möglichkeit, Sexualität mit anderen zu leben. Mit Strafe bedroht werden nur bestimmte Personen, die eine überlegenen Stellung haben oder die eine bestimmte Schwächeposition ausnutzen könnten. Alle anderen Personen stehen nicht unter Strafdrohung, so dass sie als mögliche Sexualpartner zur Verfügung stehen.

Letztlich halten die sonstigen Missbrauchstatbestände, die den Missbrauch oder das Ausnutzen einer bestimmten Schwächeposition voraussetzen, einen Ausweg für besondere Konstellationen bereit. Gegebenenfalls kann das Merkmal des Missbrauchs bzw. des Ausnutzens verneint werden. Ausschlaggebend kann dafür im Einzelfall eine Zustimmung des „Opfers“ sein.

c) § 177 Absatz 2 Nummer 3 bis 5 StGB

Die weiteren Ausnutzungstatbestände des § 177 Absatz 2 Nummer 3 (Überraschung) und Nummer 4 (Drohen eines Übels) StGB sowie der Nötigungstatbestand des § 177 Absatz 2 Nummer 5 StGB werfen keine besonderen Fragen im Verhältnis zu den sonstigen Missbrauchstatbeständen auf. Gegebenenfalls ist von Tateinheit auszugehen.

IV. Zusammenfassung

Die Neufassung des § 177 StGB, insbesondere die Missbrauchstatbestände des Absatzes 2, haben keine erheblichen Auswirkungen auf die sonstigen Missbrauchstatbestände. Erfüllt eine Tat sowohl einen der neuen Missbrauchstatbestände als auch einen der sonstigen Missbrauchstatbestände, liegt in aller Regel Tateinheit vor.

§ 177 Absatz 2 Nummer 1 und 2 StGB erfasst nicht Kinder, die aufgrund ihrer Altersentwicklung noch nicht in der Lage sind, einen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern bzw. in dieser Fähigkeit erheblich eingeschränkt sind. Insoweit sind die §§ 176 bis 176b StGB eine abschließende Sonderregelung.

Der Strafausschlussgrund des Sich-der-Zustimmung-Versicherns in § 177 Absatz 2 Nummer 2 StGB wirkt nicht bei sonstigen Missbrauchstatbeständen.

16b. Peter Marx**Kinder- und Jugendpornographie****I. Neuere Gesetzgebungsgeschichte**

In den letzten 23 Jahren war die Kinderpornographie, später auch die Jugendpornographie, mehrfach Gegenstand gesetzlicher Verschärfungen. Die wesentlichen Reformschritte stellen sich wie folgt dar:

Bis zum 31. August 1993 fand sich die einzige strafgesetzliche Regelung zur Kinderpornographie in § 184 Absatz 3 a. F. StGB¹⁴⁰⁵. Mit identischer Strafdrohung wie das allgemeine Verbot der Verbreitung pornographischer Schriften gemäß § 184 Absatz 1 StGB a. F. (Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe) war die Kinderpornographie („... pornographische Schriften [§ 11 Abs. 3] ... [die] den sexuellen Missbrauch von Kindern ... zum Gegenstand haben...“) einem absoluten Verbreitungsverbot unterworfen.

Durch das **23. Strafrechtsänderungsgesetz** – Kinderpornographie – vom 23. Juli 1993 (BGBl. I S. 1346) wurde die Strafdrohung für die Herstellung usw. von Kinderpornographie erhöht (Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren). Für den Umgang mit Kinderpornographie, die ein tatsächliches Geschehen wiedergibt, wurde im Falle gewerbs- oder bandenmäßiger Tatbegehung Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren angedroht (§ 184 Absatz 4 StGB a. F.). Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe wurde bedroht, wer es unternimmt, sich oder einem Dritten den Besitz kinderpornographischer Schriften zu verschaffen, die ein tatsächliches Geschehen wiedergeben; der Besitz solcher Schriften wurde derselben Strafdrohung unterworfen (§ 184 Absatz 5 StGB a. F.). Das Gesetz trat am 1. September 1993 in Kraft.

Durch Artikel 4 des **Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetzes** vom 22. Juli 1997 (BGBl. I S. 1870, 1876) wurden mit Wirkung vom 1. August 1997 die Absätze 4 und 5 des § 184 StGB a. F. auf ein wirklichkeitsnahes Geschehen erweitert.

Durch das **Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften** vom 27. Dezember 2003 (BGBl. I S. 3007), das am 1. April 2004 in Kraft trat, wurde ein eigenständiger Straftatbe-

¹⁴⁰⁵ Soweit nicht anders angegeben, beziehen sich Paragraphenangaben auf die am 1. April 2016 geltende Fassung des Strafgesetzbuches.

stand „Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften“ (§ 184b StGB) geschaffen. Der Inhalt des § 184 Absatz 3 bis 5 StGB a. F. wurde übernommen und verschiedene Strafschärfungen wurden vorgenommen. Unter anderem wurde das Unternehmen des Verschaffens des Besitzes eines anderen mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bedroht. Die Höchststrafdrohung für den Eigenbesitz wurde auf zwei Jahre Freiheitsstrafe angehoben.

Durch das **Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates der Europäischen Union zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie** vom 31. Oktober 2008 (BGBl. I S. 2149), in Kraft getreten am 5. November 2008, wurde die Definition der Kinderpornographie, die bis dahin den sexuellen Missbrauch eines Kindes zum Gegenstand haben musste, geändert, um auch das Posing zu erfassen („sexuelle Handlungen von, an oder vor Kindern“). Außerdem wurde eine neue Strafnorm „Verbreitung, Erwerb und Besitz jugendpornographischer Schriften“ (§ 184c StGB) eingeführt, um dem Rahmenbeschluss, der wie andere internationale Vorgaben die Altersgrenze für Kinder bei 18 Jahren zieht, Rechnung zu tragen.

Eine grundlegende Umgestaltung der §§ 184b und 184c StGB brachte das **49. Strafrechtsänderungsgesetz** – Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht – vom 21. Januar 2015 (BGBl. I S. 10), das am 27. Januar 2015 in Kraft getreten ist. Durch dieses Gesetz wurde außerdem in § 184d Absatz 2 StGB der Abruf kinder- und jugendpornographischer Inhalte mittels Telemedien speziell erfasst. Neu eingeführt wurde § 184e StGB „Veranstaltung und Besuch kinder- und jugendpornographischer Darbietungen“. Im Vorfeld der Pornographiedelikte wurde mit § 201a Absatz 3 StGB (Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen) eine Strafnorm geschaffen, die bestimmten entgeltlichen Umgang mit Bildaufnahmen, die die Nacktheit einer anderen Person unter achtzehn Jahren zum Gegenstand haben, erfasst.

II. Rechtsgüter; Normzweck

1. Kinderpornographie

Bereits die bis September 1993 geltende Regelung zur Kinderpornographie hatte neben dem Jugendschutz als allgemeiner Zielrichtung der Pornographietatbestände den Zweck, potentielle Opfer vor entsprechenden Taten, also Kinder vor sexuellem Missbrauch zu schützen (Schönke/Schröder-Lenckner, 22. Aufl. 1985, § 184 StGB Rn. 1, 3). Der Gedanke, den

Schutz von Kindern als „Darsteller“ kinderpornographischer Schriften vor realem Missbrauch zu schützen, verdichtete sich mit dem 23. Strafrechtsänderungsgesetz. Die Begründung für die Erhöhung des Strafrahmens für Kinderpornographie lautet auszugsweise (BT-Drs. 12/3001, S. 5):

Durch die Vermarktung kinderpornographischer Produkte wird mittelbar der sexuelle Mißbrauch von Kindern gefördert. Jedenfalls soweit es um Filme, Videofilme und Photographien geht, können diese Erzeugnisse in aller Regel nur entstehen, wenn Kinder im Sinne von § 176 StGB sexuell mißbraucht werden. Auch soweit derjenige, der an der Produktion und Verbreitung mitwirkt, nicht die Voraussetzungen der Täterschaft oder Teilnahme (§§ 25, 26, 27 StGB) in bezug auf die in dem pornographischen Produkt dargestellte Straftat erfüllt, trägt er jedenfalls mittelbar dazu bei, daß durch die Belegung des „Marktes“ Nachfrage nach weiteren kinderpornographischen Produkten und somit ein Anreiz zur Begehung neuer Straftaten nach § 176 StGB geschaffen wird.

Die neu eingeführte Besitzstrafbarkeit wurde in der BT-Drs. 12/3001 S. 6 unter Hinweis auf frühere Überlegungen des Gesetzgebers zur Strafbarkeit der Kinderpornographie wie folgt begründet:

Es soll der – zumindest nach dem bisherigen Erkenntnisstand nicht auszuschließenden – negativen Auswirkung auf Betrachter entgegengewirkt werden, die darin bestehen kann, daß der Betrachter kinderpornographischer Darstellungen zum Kindesmißbrauch angeregt wird oder die seelische Entwicklung und soziale Orientierung Jugendlicher, Heranwachsender und junger Erwachsener beeinträchtigt werden. Kinderpornographische Aufnahmen können des weiteren auch eingesetzt werden, um die beteiligten Kinder zu erpressen oder die Hemmungen anderer Kinder zu sexuellem Mittun zu senken.

Bisher nur selten in den Blick genommen wird der Aspekt der Verletzung von Persönlichkeitsrechten und der Menschenwürde der minderjährigen Darsteller, die, soweit der Kinderpornographie ein reales Geschehen zugrunde liegt, ohne ihre (wirksame) Zustimmung zum Objekt der sexuellen Interessen anderer gemacht werden (MK-Hörnle, 2. Aufl. 2011, § 184b StGB Rn. 4; Matt/Renzikowski/*Eschelbach*, § 184b StGB Rn. 4, der die Rechtfertigung des Besitzverbots aber auch unter diesem Aspekt für zweifelhaft hält; BGH, U. v. 19.3.2014 – 2 StR 445/13 – Rn. 12 nach juris: Schutz der Intimsphäre der abgebildeten Kinder).

Die Berechtigung dieser Strafgründe ist nicht unbestritten. So wird teilweise darauf hingewiesen, dass der Nachahmungseffekt empirisch nicht oder kaum belegt sei (S/S-Eisele, 29. Aufl.

2014, § 184b StGB Rn. 1; MK-Hörnle, § 184b StGB Rn. 3 jeweils m. w. N.). Diskutiert wird auch, in welchem Umfang Besitzer von Kinderpornographie, die nicht aktiv nachfragend in Erscheinung treten, für den „Markt“ verantwortlich gemacht werden können (MK-Hörnle, § 184b StGB Rn. 2). Letztlich wird man die Einschätzungen des Gesetzgebers grundsätzlich akzeptieren können, wenn sich durch die genannten Aspekte auch kaum alle Tatvarianten erklären lassen.

2. Jugendpornographie

Die vorstehenden Überlegungen können auf die Strafbarkeit der Jugendpornographie nur teilweise übertragen werden. Der Schutz der Darsteller vor sexuellem Missbrauch trifft überwiegend nicht zu, da sexuelle Handlungen von und mit Jugendlichen in weitem Umfang straf-frei sind. Eher ist es der Gesichtspunkt, dass Jugendliche nicht in das kommerzielle Pornographiegewerbe eingebunden werden sollen. Neben dem mit allen Pornographietatbeständen bezweckten Jugendschutz spielt auch die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts eine Rolle. Eine wirksame Einwilligung wird Jugendlichen nicht zugetraut (MK-Hörnle, § 184c StGB Rn. 2-4; S/S-Eisele, § 184c StGB Rn. 2).

Diese Gesichtspunkte sind zwar geeignet, strafrechtliches Vorgehen gegen Jugendpornographie generell zu rechtfertigen. Sehr fraglich ist dies aber hinsichtlich des Umfangs der Kriminalisierung (kritisch dazu MK-Hörnle, § 184c StGB Rn. 4). Entscheidend dafür sind internationale Vorgaben und deren unzureichende Differenzierung nach unterschiedlichen Entwicklungsstufen. Bezeichnend ist, dass der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Entwurf des 23. Strafrechtsänderungsgesetzes die Altersgrenze bei 16 Jahren ziehen wollte (BT-Drs. 12/3001, S. 7).

III. Reformüberlegungen

Im Folgenden werden einzelne Punkte behandelt, die für eine Überarbeitung in Betracht kommen. Dabei ergibt sich in einem Rechtsbereich, der in kurzer Folge und auch erst vor kurzem überarbeitet worden ist, nahezu zwangsläufig, dass es sich um Überlegungen handelt, die bereits bei diesen Überarbeitungen angestellt wurden. Ohne alle alternativen Regelausgangspunkte zu behandeln, ist in Teilen die Diskussion aufzugreifen, die zum 49. Strafrechtsreformgesetz geführt worden ist. Veröffentlichte höchstrichterliche Rechtsprechung zu den neu gefassten Tatbeständen liegt noch nicht vor.

1. § 184b StGB (Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften)

a) Definition der kinderpornographischen Schrift

Das 49. Strafrechtsänderungsgesetz definiert die kinderpornographische Schrift in § 184b Absatz 1 Nummer 1 StGB wie folgt neu:

kinderpornographisch ist eine pornographische Schrift (§ 11 Absatz 3), wenn sie zum Gegenstand hat:

- a) *sexuelle Handlungen von, an oder vor einer Person unter vierzehn Jahren (Kind),*
- b) *die Wiedergabe eines ganz oder teilweise unbedeckten Kindes in unnatürlich geschlechtsbetonter Körperhaltung oder*
- c) *die sexuell aufreizende Wiedergabe der unbedeckten Genitalien oder des unbedeckten Gesäßes eines Kindes*

- **Pornographische Schrift**

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung hatte eine Definition vorgeschlagen, die darauf verzichtet, eine pornographische Schrift zu verlangen (... *kinderpornographisch ist eine Schrift (§ 11 Absatz 3), wenn sie ...*). Näher begründet wurde das nicht. Der 6. Ausschuss des Bundestages hat die nunmehr Gesetz gewordene Fassung empfohlen (Ausschuss-Drs. 18(6)72, S. 12, 23). Dabei ist er Anregungen aus der Sachverständigenanhörung vom 13. Oktober 2014 gefolgt (Eisele, Hörnle), die sich für das Korrektiv der „pornographischen Schrift“ ausgesprochen haben. Damit sollen größere Werke, wie Bücher oder Filme, aus dem Anwendungsbereich ausgenommen werden können, wenn nur einzelne Textteile oder Szenen sexuelle Handlungen schildern, ohne das gesamte Werk zu einem pornographischen zu machen. Änderungsbedarf besteht insoweit nicht.

- **Posing, Nacktfotos, Abbildung von Genitalien und Gesäß**

Bereits durch das Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates der Europäischen Union zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie vom 31. Oktober 2008 wurde das Posing als Kinderpornographie erfasst. Die Regelung ist durch das 49. Strafrechtsänderungsgesetz in § 184b Absatz 1 Nummer 1 Buchstabe a StGB übernommen worden (*sexuelle Handlung von, an oder vor einer Person unter vierzehn Jahren*). Problematisch an dieser Definition ist, dass sie eine sexuelle Handlung voraussetzt und damit nicht alle sexuelle motivierten Abbildungen erfasst, beispielsweise nicht

die der Genitalien von Kleinkindern oder schlafenden Personen. Die Richtlinie 2011/93/EU vom 13. Dezember 2011 (Artikel 2 c) ii): *jegliche Darstellung der Geschlechtsorgane eines Kindes für primär sexuelle Zwecke*) und die sog. Lanzarote-Konvention (Artikel 20 Absatz 2: *... jede Abbildung der Geschlechtsteile eines Kindes zu vorwiegend sexuellen Zwecken*) fordern die Erfassung solcher Abbildungen als Kinderpornographie.

Der Regierungsentwurf für das 49. Strafrechtsänderungsgesetz begnügte sich mit einer Erweiterung auf die Wiedergabe einer ganz oder teilweise unbedeckten Person unter vierzehn Jahren in unnatürlich geschlechtsbetonter Körperhaltung, wie sie nunmehr in § 184b Absatz 1 Nummer 1 Buchstabe b StGB enthalten ist. Die Beschlussempfehlung des 6. Ausschusses des Bundestages nahm die daran vielfach geübte Kritik – auch in der Sachverständigenanhörung vom 13. Oktober 2014 – in der Weise auf, dass die sexuell aufreizende Wiedergabe der unbedeckten Genitalien oder des unbedeckten Gesäßes eines Kindes gleichfalls erfasst wird (§ 184b Absatz 1 Nummer 1 Buchstabe c StGB; Ausschuss-Drs. 18(6)72, S. 12, 24). Durch diese Ergänzung wird den europäischen Vorgaben eindeutig Rechnung getragen, was allein durch die Ergänzung des Buchstaben b nicht gewährleistet wäre.

Die in Buchstabe b verankerte Regelung wirft verschiedene Zweifelsfragen auf. So ist unklar, wann ein Kind im Sinne der Vorschrift teilweise unbedeckt ist. In eindeutigen Fällen, in denen das Geschlechtsteil oder das Gesäß unbedeckt ist, ist Buchstabe c einschlägig. Aber ist ein nur mit einem Slip bedecktes Kind teilweise unbedeckt? Gilt das gegebenenfalls auch beim Tragen einer Badehose als anlassbezogen „vollständiger“ Bekleidung? Unklar ist, was eine unnatürlich geschlechtsbetonte Körperhaltung ist. Die in der Gesetzesbegründung genannte Aufnahme eines schlafenden Kindes dürfte nicht erfasst sein, da die im Schlaf eingenommene Körperhaltung eine natürliche ist. Der Begriff der unwillkürlich geschlechtsbetonten Körperhaltung würde in Abgrenzung zum Posing das Gewollte eher treffen. Wegen dieser Schwierigkeiten und wegen dem wohl nur schmalen Anwendungsbereich zwischen dem Posing, der sexuell aufreizenden Wiedergabe von unbedeckten Genitalien oder unbedecktem Gesäß eines Kindes und den in § 201a Absatz 3 StGB erfassten Nacktaufnahmen könnte auf § 184b Absatz 1 Nummer 1 Buchstabe b StGB verzichtet werden. Gravierende Strafbarkeitslücken wären nicht zu befürchten.

- **Scheinkinder**

Die Kinderpornographie muss sich auf Personen unter 14 Jahren beziehen, die § 184b Absatz 1 Nummer 1 Buchstabe a StGB als Kind definiert. Das bedeutet aber nicht, dass die Strafnormen nur greifen, wenn der Darsteller tatsächlich unter 14 Jahre alt ist. Eine kinder-

pornographische Schrift muss sich nur auf die sexuelle Handlung einer solchen Person beziehen. Das ist auch dann der Fall, wenn ein gewissenhaft urteilender Beobachter die dargestellte Person als Kind einordnen würde (dazu näher MK-Hörnle, § 184b StGB Rn. 13). Es gibt keinen Grund, daran etwas zu ändern, zumal die Richtlinie 2011/93/EU davon ausgeht, dass Darstellungen einer Person mit kindlichem Erscheinungsbild grundsätzlich als Kinderpornographie zu erfassen sind (Artikel 2 c) iii)).

- **Tatsächliches, wirklichkeitsnahes und fiktives Geschehen**

„Zum Gegenstand haben“ bedeutet nicht, dass es sich bei der kinderpornographischen Darstellung um ein reales Geschehen handeln muss. Soweit einzelne Tatvarianten ein tatsächliches Geschehen voraussetzen, das in der Regel in einem sexuellen Missbrauch eines Kindes besteht, oder ein wirklichkeitsnahes Geschehen verlangt wird, bringt der Gesetzgeber dies deutlich zum Ausdruck. Ansonsten erfüllen grundsätzlich auch fiktionale Darstellungen, selbst Comiczeichnungen, die Voraussetzungen der kinderpornographischen Schrift (S/S-Eisele, § 184b StGB Rn. 3b). Damit sind auch sog. menschenähnliche Wesen erfasst, deren Einbeziehung vor wenigen Jahren auf Initiative eines Bundeslandes diskutiert wurde. Voraussetzung ist allerdings stets, dass auch insoweit ein objektiver Betrachter zu dem Schluss kommt, dass die fiktiven Personen ihrem Erscheinungsbild nach unter vierzehn Jahre alt sind. Zuzugeben ist, dass die oben genannten Strafgründe für die Kinderpornographie bei fiktiven Darstellungen nur teilweise greifen. Insbesondere werden durch die Herstellung von Fiktivpornographie Kinder nicht missbraucht oder deren Persönlichkeitsrechte durch Verbreitung nicht verletzt. Die Möglichkeit der Jugendgefährdung oder auch die Gefahr von „Nachahmungstaten“ in der realen Welt infolge der Befassung mit sexuellem Verhalten in Bezug auf Kinder wird man aber nicht generell verneinen können. Änderungsbedarf ist deshalb nicht gegeben.

b) Herstellen einer kinderpornographischen Schrift, die ein tatsächliches Geschehen wiedergibt (§ 184b Absatz 1 Nummer 3 StGB)

Mit dem 49. Strafrechtsänderungsgesetz neu unter Strafe gestellt wurde das Herstellen einer kinderpornographischen Schrift, die ein tatsächliches Geschehen wiedergibt. Bis dahin war allein das jetzt in § 184b Absatz 1 Nummer 4 StGB erfasste Herstellen einer kinderpornographischen Schrift in Verbreitungsabsicht mit Strafe bedroht. Hintergrund für die Erweiterung war vor allem die Umsetzung europäischer Vorgaben, die nicht auf eine Verwendungsabsicht abstellen. Das Herstellen umfasst seinem Wortsinn nach nicht nur das erstmalige Her-

stellen einer entsprechenden Schrift. Auch durch das Anfertigen von Kopien, das Ausdrucken oder Abspeichern entsprechender Dateien usw. von bereits existierenden Schriften wird eine neue Schrift hergestellt. Dieses Begriffsverständnis liegt auch dem Herstellen i. S. des § 184b Absatz 1 Nummer 4 StGB zugrunde.

Für § 184b Absatz 1 Nummer 3 StGB würde ein solches Begriffsverständnis aber zu einer ungewollten Erfassung von Tathandlungen führen, die durch andere Tatvarianten erfasst werden sollen. Besonders augenfällig ist das beim Sichverschaffen des Besitzes via Internet (§ 184b Absatz 3 StGB) oder auch beim Abruf kinderpornographischer Inhalte mittels Telemedien (§ 184d Absatz 2 Satz 1 StGB). Durch das Abspeichern entsprechender Dateien, nach verbreiteter Meinung auch durch das automatische Zwischenspeichern, entsteht eine neue Schrift. Würden diese Fälle auch von § 184b Absatz 1 Nummer 3 StGB erfasst, wären die Taten mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren anstatt nur mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bedroht. Ein solcher Strafrahmensprung ließe sich kaum damit erklären, dass im Gegensatz zur körperlichen Übernahme einer bereits existierenden Schrift im Falle der elektronischen Übertragung einer Datei und deren Speicherung ein zusätzliches, grundsätzlich selbstständig nutzbares Exemplar der Schrift entsteht.

Die Begründung des Regierungsentwurfs zum 49. Strafrechtsänderungsgesetz geht davon aus, dass der Zweck der europäischen Vorgaben im Schutz von Kindern vor sexuellem Missbrauch liege. Deshalb sei § 184b Absatz 1 Nummer 3 StGB einschränkend dahingehend auszulegen, dass die Reproduktion bereits vorhandener kinderpornographischer Schriften diesen Tatbestand nicht erfülle. Eine solche einschränkende Auslegung erscheint möglich und ist wünschenswert. Ob die Praxis dem folgt, bleibt abzuwarten.

Gegebenenfalls könnte die Norm dahingehend konkretisiert werden, dass als Herstellen im Sinne dieser Norm die erstmalige Fixierung eines tatsächlichen Geschehens in einer kinderpornographischen Schrift definiert wird. Eine solche Formulierung könnte lauten: ... *eine kinderpornographische Schrift herstellt, indem er eine (Bild-) Aufnahme von einem tatsächlichen Geschehen fertigt* ...

c) Unternehmen des Sichverschaffens des Besitzes und Besitz einer kinderpornographischen Schrift (§ 184b Absatz 3 StGB)

Als im Jahr 1993 mit der Strafbarkeit des Unternehmens des Sichverschaffens des Besitzes und des Besitzes kinderpornographischer Schriften erstmals die Konsumentenseite in den Blick genommen wurde, bedurfte das noch vertiefter Begründung, die vornehmlich darin ge-

funden wurde, dass ohne Konsumenten der Markt austrocknen und damit sexueller Missbrauch von Kindern verhindert würde. Inzwischen ist diese Strafbarkeit weitgehend akzeptiert, wenn auch ihre Reichweite durchaus kritisch betrachtet werden kann (vgl. zur Besitzstrafbarkeit S/S-Eisele, § 184b StGB Rn. 15). Die Strafbarkeit des Besitzes wie auch das Beschaffen bzw. Erwerben von Kinderpornographie ist durch europäische Vorgaben determiniert (Richtlinie 2011/93/EU: Artikel 5 Absatz 2; Lanzarote-Konvention: Artikel 20 Absatz 1 Buchstabe d und e i. V. m. Absatz 3). Mit dem Aufruf kinderpornographischer Schriften im Internet und der damit ggf. verbundenen automatischen (Zwischen-) Speicherung ergeben sich zahlreiche Zweifelsfragen hinsichtlich des Besitzes einschließlich des darauf bezogenen Vorsatzes, wobei die Rechtsprechung jedenfalls bisher eine die Strafbarkeit weit ausdehnende Position vertritt. Diese Weite führte dazu, dass die europäischen Vorgaben hinsichtlich der Strafbarkeit des bewussten/wissentlichen Zugriffs auf Kinderpornographie mittels Informations- und Kommunikationstechnologie weitgehend als erfüllt angesehen werden konnten (Begründung des Regierungsentwurfs zum 49. Strafrechtsänderungsgesetz, BR-Drs. 422/14 S. 38). Durch die spezielle Regelung der Strafbarkeit des Abrufs kinderpornographischer Inhalte in § 184d Absatz 2 Satz 1 StGB haben sich diese Fragen für die Praxis möglicherweise erledigt (näher zu verbleibenden Zweifeln unter III. 3. b Seite 19 f.).

d) Versuchsstrafbarkeit (§ 184b Absatz 4 StGB)

Bis zum Inkrafttreten des 49. Strafrechtsänderungsgesetzes war in § 184b StGB der Versuch nur insoweit strafbar, als Ein- und Ausfuhr in Verwendungsabsicht sowie Dritt- oder Eigenbesitzverschaffung bei Wiedergabe eines tatsächlichen oder wirklichkeitsnahen Geschehens als Unternehmensdelikte ausgestaltet waren (§ 184b Absatz 1 Nummer 3, Absatz 2 und 4 StGB a. F.). Die neu eingeführte Versuchsstrafbarkeit nimmt konsequent die Unternehmensdelikte der Dritt- und der Eigenbesitzverschaffung (jetzt § 184b Absatz 2 und 3 StGB) aus.

Ausgenommen ist aber auch § 184b Absatz 1 Nummer 4 StGB, der nur hinsichtlich Ein- und Ausfuhr ein Unternehmensdelikt enthält. Bei den anderen Tatmodalitäten (herstellt, bezieht, liefert, vorrätig hält, anbietet, bewirbt) ist das nicht der Fall. Begründet wurde dies damit, dass es sich um Vorbereitungsdelikte handele (BR-Drs. 422/14 S. 35 mit Verweis auf S. 27). Auch wenn die Ergebnisse der differenzierten Versuchsstrafbarkeit nicht alle überzeugen – der Versuch des Verbreitens ist strafbar, der Versuch des Lieferns nicht – würde eine Versuchsstrafbarkeit für alle Tathandlungen des § 184b Absatz 1 Nummer 4 StGB wohl zu weit gehen. Ohnehin greift bei gewerbs- oder bandenmäßiger Tatbegehung (§ 184b Absatz 2 StGB) auch für diese Fallgestaltungen Versuchsstrafbarkeit ein.

2. § 184c StGB (Verbreitung, Erwerb und Besitz jugendpornographischer Schriften)

Nicht nur die Definition, sondern auch die übrige Norm ist in weiten Bereichen parallel zu § 184b StGB ausgestaltet. Deshalb ergeben sich vergleichbare Fragen, wie sie zur Kinderpornographie erörtert wurden. Es gibt aber auch signifikante Unterschiede. Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf Abweichungen zur Kinderpornographie; ansonsten kann auf die vorstehenden Ausführungen Bezug genommen werden.

a) Definition der jugendpornographischen Schrift

Das 49. Strafrechtsänderungsgesetz definiert die jugendpornographische Schrift in § 184c Absatz 1 Nummer 1 StGB wie folgt neu:

jugendpornographisch ist eine pornographische Schrift (§ 11 Absatz 3), wenn sie zum Gegenstand hat:

- a) *sexuelle Handlungen von, an oder vor einer vierzehn, aber noch nicht achtzehn Jahre alten Person oder*
- b) *die Wiedergabe einer ganz oder teilweise unbedeckten vierzehn, aber noch nicht achtzehn Jahre alten Person in unnatürlich geschlechtsbetonter Körperhaltung*

- **Posing, Nacktfotos, Abbildung von Genitalien und Gesäß**

Anders als zur Kinderpornographie hat der 6. Ausschuss des Bundestages davon abgesehen, die Definition der jugendpornographischen Schrift um die „sexuell aufreizende Wiedergabe der unbedeckten Genitalien oder des unbedeckten Gesäßes“ (vgl. § 184b Absatz 1 Nummer 1 Buchstabe c StGB) zu erweitern. Begründet wurde dieser Verzicht mit der wachsenden sexuellen Selbstbestimmung junger Menschen, die auch ein sexuelles Ausprobieren beinhaltet (Ausschuss-Drs. 18(6)72, S. 24). Das überzeugt weder in der Begründung noch im Ergebnis. Eher wäre auf die unklare Regelung des § 184c Absatz 1 Nummer 1 Buchstabe b StGB zugunsten einer dem § 184b Absatz 1 Nummer 1 Buchstabe c StGB entsprechenden Regelung zu verzichten (dazu oben bei III. 1. a) „Posing, Nacktfotos, Abbildung von Genitalien und Gesäß“, S. 7 ff.).

- **Fiktivpornographie**

Ebenso wie die Kinderpornographie erfasst auch die Jugendpornographie fiktionale Darstellungen, weil es – abgesehen von Sonderregelungen – nur darauf ankommt, dass die pornographische Schrift sexuelle Handlungen von, an oder vor Jugendlichen „zum Gegenstand“ hat. Das ist angesichts der oben unter II. genannten Rechtsgüter und Schutzzwecke nur wenig überzeugend. Die Herstellung von Jugendpornographie setzt auch bei der Wiedergabe eines realen Geschehens nicht regelmäßig eine Sexualstraftat voraus, da sexuellen Handlungen unter Einbeziehung von Jugendlichen nur unter besonderen Umständen strafbar sind. Dieser Gesichtspunkt mindert auch den Schutzzweck, nicht durch die Beschäftigung mit Jugendpornographie einen Anreiz zu realem Missbrauch zu schaffen. Die Verhinderung einer Einbindung von Jugendlichen in das kommerzielle Pornographiegewerbe entfällt bei Fiktivpornographie offensichtlich. Für die Verletzung von Persönlichkeitsrechten oder Menschenwürde von Darstellern gilt dasselbe. Letztlich bleibt vor allem der Aspekt des Jugendschutzes im Falle der Konfrontierung mit Pornographie, der aber bereits weitgehend durch das allgemeine Verbot des § 184 StGB gewährleistet wird. Ein Verzicht auf die Einbeziehung von Fiktivpornographie scheint dennoch nicht zwingend, zumal die Spielräume in europäischen Vorgaben eng sind.

- **Scheinjugendliche**

§ 184c StGB in der Fassung des 49. Strafrechtsänderungsgesetzes differenziert bei der Erfassung eines wirklichkeitsnahen Geschehens. Im Falle der Drittbesitzverschaffung und der gewerbs- oder bandenmäßigen Tatbegehung (§ 184c Absatz 1 Nummer 3, Absatz 2 StGB) muss es sich um ein tatsächliches oder wirklichkeitsnahes Geschehen handeln. Damit werden auch Scheinjugendliche, also tatsächlich bereits erwachsene Personen mit jugendlichem Erscheinungsbild, erfasst. Bei der Herstellung ohne Verwendungsabsicht und bei der Eigenbesitzverschaffung bzw. dem Besitz (§ 184c Absatz 1 Nummer 3, Absatz 3 StGB) wird die Strafbarkeit auf ein tatsächliches Geschehen beschränkt. Das ist sachgerecht und wird auch von den europäischen Vorgaben gedeckt.

b) Unternehmen des Sichverschaffens des Besitzes und Besitz einer jugendpornographischen Schrift (§ 184c Absatz 3 StGB)

Wie bei der Kinderpornographie ist auch bei der Jugendpornographie sowohl das Unternehmen der Eigenbesitzverschaffung als auch der Besitz selbst unter Strafe gestellt. Die Strafandrohung ist leicht reduziert (Obergrenze bei zwei anstatt bei drei Jahren Freiheitsstrafe) und die pornographische Schrift muss ein tatsächliches, nicht nur ein wirklichkeitsnahes Gesche-

hen wiedergeben. Die Legitimation für die Strafnorm ist sehr fragwürdig (S/S-Eisele, § 184c StGB Rn. 8). Sie ist aber durch europäische Vorgaben verpflichtend.

c) Tatbestandsausschluss des § 184c Absatz 4 StGB

Der Gesetzgeber hat bei der Einführung der Besitzstrafbarkeit zutreffend erkannt, dass diese zu nur schwer tragbaren Ergebnissen führt, insbesondere wenn Jugendliche einverständlich ihre (straf-) rechtlich völlig unproblematische sexuelle Betätigung durch Bildaufnahmen fixieren und damit Jugendpornographie herstellen. Dem hat er mit einem Tatbestandsausschluss für die Eigenbesitzverschaffung und den Besitz Rechnung getragen, wenn der „Hersteller“ die jugendpornographische Schrift im Alter von unter achtzehn Jahren mit Einwilligung der dargestellten Person hergestellt hat (§ 184c Absatz 4 Satz 2 StGB a. F.).

Diese unter verschiedenen Aspekten problematische Regelung (Friktionen bei Erreichen der Volljährigkeit; Strafbarkeit des Besitzes von Aufnahmen, die ein Jugendlicher von sich selbst hergestellt und seinem minder- oder volljährigen Partner überlassen hat) wollte der Entwurf für das 49. Strafrechtsänderungsgesetz übernehmen und auf die neu einzuführende Strafbarkeit der Herstellung einer jugendpornographischen Schrift, die ein tatsächliches Geschehen wiedergibt, ausdehnen. Die Beschlussempfehlung des 6. Ausschusses des Bundestages ist einer Anregung aus der Sachverständigenanhörung vom 13. Oktober 2014 gefolgt und hat die Begrenzung „im Alter von unter achtzehn Jahren“ gestrichen. Stattdessen wurde als Einschränkung die Formulierung „ausschließlich zum persönlichen Gebrauch“ aufgenommen (Ausschuss-Drs. 18(6)72, S. 15, 24), die sich in europäischen Vorgaben findet (Lanzarote-Konvention, Artikel 20 Absatz 3 2. Spiegelstrich).

Diese Regelung ist nur teilweise gelungen. Positiv zu sehen ist, dass problematische Ergebnisse, die sich aus der Altersgrenze für den Hersteller von achtzehn Jahren ergeben haben, nicht mehr vorkommen. Mit der Altersgrenze ist aber auch ein Element aufgegeben worden, das durch die Altersähnlichkeit zwischen Darsteller und Hersteller erwarten lässt, dass diese sich „auf Augenhöhe“ begegnen (die Stellungnahme Baden-Württembergs zum Referentenentwurf hatte eine Altersgrenze von 21 Jahre vorgeschlagen, die diesen Aspekten hätte Rechnung tragen können). Die Gesetz gewordene Fassung enthält dafür keinen Anhaltspunkt mehr. Selbst der völlig fremde 50-Jährige kann durch Aufnahme des Geschlechtsverkehrs zwischen einem jugendlichen Paar straflos Jugendpornographie zu seinem persönlichen Gebrauch herstellen und dauerhaft besitzen, wenn dieses Paar mit der Herstellung einverstanden ist. Selbst die Bezahlung eines Entgelts schließt das nicht aus, jedenfalls wenn dieses für das Einverständnis mit der Aufnahme und nicht für die Vornahme der sexu-

ellen Handlungen bezahlt wird. Die unmittelbare visuelle Teilnahme am ohnehin stattfindenden sexuellen Verkehr der Jugendlichen wird auch nicht als Besuch einer jugendpornographischen Darbietung gemäß § 184e Absatz 2 Satz 2 StGB strafrechtlich zu fassen sein (dazu unten III. 4., S. 21 f.). Findet die Aufnahme ohne unmittelbare visuelle Teilnahme statt, entfällt dieser Aspekt ohnehin.

In dieser Weite schießt der Tatbestandsausschluss über das Ziel hinaus. Angemessen ist er lediglich, soweit Darsteller und Hersteller in einer engeren bzw. sexuellen Beziehung zueinander stehen. So hat bereits die Begründung zum Gesetzentwurf zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates der Europäischen Union zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie ausgeführt (BT-Drs. 16/3439 S. 9): „Nicht strafwürdig erscheint allerdings der Fall, dass Jugendliche innerhalb einer sexuellen Beziehung in gegenseitigem Einverständnis pornographische Schriften von sich herstellen und austauschen.“

Neben einer entsprechenden Einschränkung erscheint andererseits eine Ausdehnung auf Fallgestaltungen geboten, in denen die dargestellte Person einer anderen, in Beziehung zu ihr stehenden Person eine jugendpornographische Schrift von sich überlässt. Für die Strafbarkeit des Besitzes kann es keinen Unterschied machen, ob der Besitzer die Schrift mit Einverständnis des Darstellers hergestellt oder eine anderweitig zustande gekommene Schrift vom Darsteller erhalten hat.

Klargestellt werden könnte auch die Straffreiheit des besitzenden Darstellers selbst, auch wenn in der Kommentarliteratur wohl Einigkeit über dieses Ergebnis besteht (MK-Hörnle, § 184c StGB Rn. 12; S/S-Eisele, § 184c StGB Rn. 10). Schon in der Beschlussempfehlung des 6. Ausschusses des Bundestages zum Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates der Europäischen Union zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie ist in einem Klammerzusatz festgehalten, der Besitz der Darsteller sei ohnehin straffrei (BT-Drs. 16/9646 S. 18). Begründet wird das aber nicht.

Überlegt werden könnte, ob die Straffreiheit des Besitzes der jugendpornographischen Schrift enden soll, wenn die dargestellte Person deren Herausgabe oder die Vernichtung der Schrift (Löschung von Bilddateien) verlangt. Denn nicht selten wird es der dargestellten Person nach dem Ende einer Beziehung zum Besitzer unangenehm sein, den anderen im Besitz pornographischer Aufnahmen von sich zu wissen. Das ist aber kein spezielles Problem jugendpornographischer Schriften, sondern kann generell beim Besitz kompromittierende Aufnahmen nach Beziehungsende auftreten. Solange die Aufnahmen nicht weitergegeben oder

zugänglich gemacht werden, ist auch kein dringendes Strafbedürfnis zu erkennen. Der Darsteller kann gegebenenfalls im Zivilrechtsweg Herausgabe- oder Lösungsansprüche verfolgen.

Anzumerken ist, dass der Tatbestandsausschluss weder in der Fassung des geltenden Rechts noch in der vorgeschlagenen Beschränkung mit der Lanzarote-Konvention in Einklang steht. Diese lässt nach Artikel 20 Absatz 3 zweiter Spiegelstrich einen Vorbehalt für das Herstellen und den Besitz nur zu, wenn „Kinder dargestellt werden, die das nach Artikel 18 Absatz 2 festgesetzte Alter erreicht haben, wenn diese Bilder von ihnen mit ihrer Zustimmung und allein zu ihrem persönlichen Gebrauch hergestellt worden sind und sich in ihrem Besitz befinden“. Die Sinnhaftigkeit dieser Regelung erschließt sich aber kaum. Welchen Grund sollte ein Jugendlicher im Zeitalter des „Selfies“ und der allgemeinen Verfügbarkeit von Aufnahme-, Speicher- und Wiedergabemöglichkeiten haben, von einer anderen Person pornographische Aufnahmen von sich für seinen persönlichen Gebrauch und Besitz herstellen zu lassen?

3. § 184d StGB (Zugänglichmachen pornographischer Inhalte mittels Rundfunk oder Telemedien; Abruf kinder- und jugendpornographischer Inhalte mittels Telemedien)

a) Zugänglichmachen pornographischer Inhalte mittels Rundfunk oder Telemedien

Durch das 49. Strafrechtsänderungsgesetz wurde der frühere Inhalt des § 184d StGB a. F. erweitert in den neuen § 184d Absatz 1 StGB übernommen. Die Norm erfasst jetzt nicht mehr nur das Verbreiten von (Live-) Darbietungen, sondern gilt für das Zugänglichmachen aller pornographische Inhalte. Nicht aufgegriffen wurden Anregungen aus der Sachverständigenanhörung, nicht auf ein Zugänglichmachen durch Rundfunk oder Telemedien (frühere Fassung: Rundfunk, Medien- oder Teledienste) abzustellen, sondern den umfassenderen Begriff der Informations- und Kommunikationstechnologie zu verwenden, der auch die Telekommunikation mit umfasst. Damit würden nicht nur die europäischen Vorgaben textidentisch umgesetzt (Richtlinie 2011/93/EU, Artikel 5 Absatz 3; Lanzarote-Konvention, Artikel 20 Absatz 1 Buchstabe f). Auch würden mögliche Lücken vermieden, die jedenfalls hinsichtlich § 184d Absatz 2 StGB Gewicht haben können. Gleichfalls nicht aufgegriffen wurde die Anregung, auf eine gesonderte Vorschrift zum Zugänglichmachen mittels Rundfunk oder Telemedien (§ 184d StGB) zu verzichten und die Regelung – wie in den §§ 130 ff. StGB – unmittelbar der jeweiligen Strafnorm zuzuordnen.

Beide Vorschläge erscheinen sachgerecht.

b) Abruf kinder- und jugendpornographischer Inhalte mittels Telemedien

Die sehr weitgehende Rechtsprechung zum Unternehmen der Besitzverschaffung und zum Besitz gemäß § 184b Absatz 4 StGB a. F. und §184c Absatz 4 StGB a. F. hat bereits viele Fallgestaltungen erfasst, die sich aus dem Zugriff auf kinder- oder jugendpornographische Inhalte insbesondere über das Internet ergeben. Aber auch diese weitgehende Rechtsprechung erfordert zur Bejahung von Besitz eine zumindest vorübergehende Speicherung beim „Konsumenten“; dieser Besitz muss von einem Besitzwillen getragen sein. Damit sind nicht alle „bewussten“ (so Richtlinie 2011/93/EU) bzw. „wissentlichen“ (so Lanzarote-Konvention) Zugriffe auf Kinderpornographie mittels Informations- und Kommunikationstechnologie erfasst. Diese Lücke schließt das 49. Strafrechtsänderungsgesetz indem das Unternehmen des Abrufs kinder- und jugendpornographischer Inhalte mittels Telemedien unter Strafe gestellt wird (§ 184d Absatz 2 Satz 1 und 2 StGB). Damit kommt es für die Strafbarkeit wegen des Abrufs solcher Inhalte nicht mehr darauf an, ob Besitz bereits mit dem Zugang der Daten in den Arbeitsspeicher des PCs des Abrufenden oder erst mit einer Abspeicherung in einem Cache-Speicher erlangt wird und welches Vorstellungsbild ein PC-Nutzer von den technischen Abläufen in seinen EDV-Gerätschaften hat (vgl. dazu S/S-Eisele, § 184b StGB Rn. 15a f.).

Auch die Neuregelung lässt aber eine Lücke, indem nur der Abruf mittels Telemedien erfasst wird. Diese umfassen Telekommunikationsdienste und telekommunikationsgestützte Dienste nicht (§ 1 Absatz 1 Telemediengesetz). Damit unterfallen der neu gefassten Strafnorm beispielsweise nicht Zugriffe mittels Telekommunikation. Dann bleibt nur die Besitzstrafbarkeit gemäß §§ 184b Absatz 3, 184c Absatz 3 StGB, wenn es zu einer Übermittlung auf ein Gerät des Betrachters, z. B. auf die Festplatte des PCs oder einen Speicher im Mobiltelefon kommt. Damit stellen sich in diesen Fällen die bisherigen Streitfragen zur Besitzstrafbarkeit, beispielsweise beim automatischen (Zwischen-) Speichern in einem Arbeitsspeicher. Gelangt eine E-Mail bzw. die Bilddatei nicht einmal in einen Arbeitsspeicher, sondern ist diese allein auf einem Mailserver des Providers gespeichert, auf den der Empfänger zugreifen kann, ist es äußerst fraglich, ob Besitz des Empfängers anzunehmen ist (vgl. BGH, B. v. 19.3.2013 – 1 StR 8/13 – Rn. 12 nach juris: „Für die Besitzverschaffung genügt bei der Versendung von E-Mails in Datennetzen, dass die elektronischen Nachrichten – wenn auch nur vorübergehend – in den Arbeitsspeicher beim Empfänger gelangen ...“). Vorzugswürdig ist deshalb eine eindeutige Strafbarkeit nach § 184d Absatz 2 StGB durch das Unternehmen eines Abrufs mittels Informations- und Kommunikationstechnik.

Die Reichweite der Sätze 1 und 2 des § 184d Absatz 2 StGB ist unklar. Die jeweilige Formulierung bestimmt, dass nach dem jeweiligen Absatz 3 des § 184b StGB bzw. § 184c StGB auch bestraft wird, wer es unternimmt, einen kinderpornographischen Inhalt bzw. einen jugendpornographischen Inhalt mittels Telemedien abzurufen. Damit wird nur auf die Rechtsfolge – die Strafandrohung – verwiesen, nicht auf sonstige Strafbarkeitsvoraussetzungen der in Bezug genommenen Vorschriften, wie das auch bei dem entsprechend formulierten § 184e StGB der Fall ist. Damit umfasst der Abruf mittels Telemedien dem Wortlaut nach auch den Abruf von Fiktivpornographie.

Das entspricht nicht dem Willen des Gesetzgebers. Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich eindeutig, dass mit der neuen Strafnorm „klarstellend“ mögliche Lücken bei der Besitzstrafbarkeit geschlossen werden sollten (BR-Drs. 422/14 S. 38 ff.; S. 40 in der Begründung zu § 184d Absatz 2 Satz 2 StGB: „Da die Strafbarkeit des Abrufs jugendpornographischer Inhalte nicht weiter gehen soll als die Strafbarkeit des Besitzes kinderpornographischer Schriften ...“). Die Strafbarkeit ist deshalb auf den Abruf kinderpornographischer Inhalte zu beschränken, die ein tatsächliches oder wirklichkeitsnahes Geschehen wiedergeben. Der Abruf jugendpornographischer Inhalte ist auf solche zu beschränken, die ein tatsächliches Geschehen wiedergeben. Das sollte klargestellt werden.

Wäre der Gesetzgeber der Anregung aus der Sachverständigenanhörung vom 13. Oktober 2014 gefolgt und hätte die Strafbarkeit des Abrufs im sachlichen Zusammenhang mit der jeweiligen Besitzstrafbarkeit in § 184b Absatz 3 StGB bzw. § 184c Absatz 3 StGB geregelt, ergäbe sich diese Begrenzung zwangsläufig. Schon deshalb ist an diesem Vorschlag zur Systematik festzuhalten. Außerdem würde sich die in § 184d Absatz 2 StGB angeordnete Geltung der §§ 184b Absatz 5 und 6 Satz 2, 184c Absatz 4 StGB zwanglos aus der Gesetzssystematik ergeben. Möglicherweise könnte auch das Konkurrenzverhältnis zwischen Abruf und Besitz im Falle der Speicherung einer abgerufenen Datei geklärt werden.

4. § 184e StGB (Veranstaltung und Besuch kinder- und jugendpornographischer Darbietungen)

Zur Umsetzung der Lanzarote-Konvention (Artikel 21) und der Richtlinie 2011/93/EU (Artikel 4) wurde durch das 49. Strafrechtsreformgesetz eine Strafnorm zur Strafbarkeit des Veranstaltens und des Besuchs kinder- oder jugendpornographischer Darbietungen geschaffen. In der Sachverständigenanhörung am 13. Oktober 2014 wurde im Hinblick auf die Weite des Begriffs der Darbietung vorgeschlagen, von Vorbehaltsmöglichkeiten Gebrauch zu machen.

Ansonsten bestehe die Gefahr, dass das einvernehmliche Sexualverhalten zwischen Jugendlichen als Veranstalten bzw. Besuchen von jugendpornographischen Darbietungen angesehen werden könne.

Diese Gefahr erscheint aber gering. Die Richtlinie 2011/93/EU definiert die „pornographische Darbietung“ als „Live-Zurschaustellung für ein Publikum, einschließlich mittels Informations- und Kommunikationstechnik, ...“ (Artikel 2 Buchstabe e). Auch das allgemeine Begriffsverständnis steht mit einer Verengung des Begriffs der pornographischen Darbietung auf ein Verhalten in Einklang, das darauf angelegt ist, von einem Publikum wahrgenommen zu werden (Synonyme laut Duden u.a.: Aufführung, Darstellung, Vorführung, Vorstellung). Das „normale“ Sexualverhalten, insbesondere beiderseitige oder gegenseitige sexuelle Handlungen in Beziehungen, wird dadurch ausgenommen. Auch die Zusammenhänge, in denen die europäischen Vorgaben stehen, legen das nahe: Anwerben oder Nötigen eines Kindes zur Mitwirkung und Gewinnerzielung oder sonstige Ausbeutung des Kindes.

Wie zu § 184d Absatz 1 und Absatz 2 StGB vorgeschlagen, bietet es sich auch für § 184e StGB an, den Norminhalt unmittelbar in den Zusammenhang der §§ 184b bzw. 184c StGB einzuordnen. Folgt man diesen Vorschlägen, wären alle auf Kinderpornographie bzw. Jugendpornographie bezogenen Strafnormen in jeweils einem Paragraphen zusammengefasst.

5. § 201a Absatz 3 StGB (Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen)

Aus Anlass des damals eher gemutmaßten Umgangs eines Bundestagsabgeordneten mit Abbildungen unbekleideter Minderjähriger wurde im Jahr 2014 die Kriminalisierung des Umgangs mit Nacktfotos, die nicht pornographisch sind, diskutiert. Nachdem der Regierungsentwurf für das 49. Strafrechtsänderungsgesetz eine sehr weitgehende Strafnorm vorgeschlagen hatte, die jede unbefugte Bildaufnahme einer unbekleideten anderen Person erfassen sollte, ist schließlich eine Änderung des § 201a StGB Gesetz geworden, die sich auf den kommerziellen Umgang mit Nacktfotos minderjähriger Personen beschränkt. Da es nicht um Kinder- oder Jugendpornographie geht, wird dieser Tatbestand hier nicht näher betrachtet.

IV. Zusammenfassung: Reformbedarf

Es wird vorgeschlagen, zu folgenden Punkten Reformbedarf näher zu betrachten:

Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften:

- Streichung des § 184b Absatz 1 Nummer 1 Buchstabe b StGB (... *Wiedergabe eines ganz oder teilweise unbedeckten Kindes in unnatürlich geschlechtsbetonter Körperhaltung ...*)

Verbreitung, Erwerb und Besitz jugendpornographischer Schriften:

- Streichung des § 184c Absatz 1 Nummer 1 Buchstabe b StGB (... *Wiedergabe einer ganz oder teilweise unbedeckten vierzehn, aber noch nicht achtzehn Jahre alten Person in unnatürlich geschlechtsbetonter Körperhaltung ...*)
- Aufnahme einer § 184b Absatz 1 Nummer 1 Buchstabe c StGB entsprechenden Regelung (... *die sexuell aufreizende Wiedergabe der unbedeckten Genitalien oder des unbedeckten Gesäßes einer vierzehn, aber noch nicht achtzehn Jahre alten Person ...*)
- Beschränkung des Tatbestandsausschlusses des § 184c Absatz 4 StGB auf Fälle einer (sexuellen) Beziehung zwischen Darsteller und Hersteller/Besitzer
- Erweiterung des Tatbestandsausschlusses des § 184c Absatz 4 StGB auf vom Darsteller dem Besitzer zur Verfügung gestellte Schriften
- klarstellende Erweiterung des Tatbestandsausschlusses des § 184c Absatz 4 StGB auf den Besitz des Darstellers

Zugänglichmachen pornographischer Inhalte mittels Rundfunk oder Telemedien:

- Zuordnung des Norminhalts des § 184d Absatz 1 StGB unmittelbar zu den einzelnen Pornographietatbeständen
- Erweiterung auf das Zugänglichmachen durch „Informations- und Kommunikationstechnik“

Abruf kinder- und jugendpornographischer Inhalte mittels Telemedien:

- Beschränkung der Strafbarkeit auf pornographische Inhalte der in § 184b Absatz 3 StGB bzw. § 184c Absatz 3 StGB genannten Art
- Zuordnung des Norminhalts des § 184d Absatz 2 StGB unmittelbar zu den einzelnen Pornographietatbeständen (was den vorstehenden Punkt mit erledigt)
- Erweiterung auf den Abruf durch „Informations- und Kommunikationstechnik“

Veranstaltung und Besuch kinder- und jugendpornographischer Darbietungen:

- Zuordnung des Norminhalts des § 184e StGB unmittelbar zu den einzelnen Pornographietatbeständen

17. Heike Rabe

Völkerrechtliche Verpflichtungen aus der Europäischen Menschenrechtskonvention bei geschlechtsspezifischer Gewalt

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat seit 1985 in einer Reihe von Urteilen eine gefestigte, ausdifferenzierte Rechtsprechung zu den Staatenverpflichtungen bei geschlechtsspezifischer und insbesondere sexualisierter Gewalt unter Artikel 3 (Verbot von Folter, unmenschlicher und erniedrigender Misshandlung) und 8 (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) der europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) entwickelt. In neueren Urteilen zieht der EGMR Verbindungen zwischen Grundsatzurteilen zu häuslicher und sexualisierter Gewalt, sodass ein Trend zur Vereinheitlichung der Rechtsprechung zu geschlechtsspezifischer Gewalt zu verzeichnen ist¹⁴⁰⁶ und die Staatenverpflichtungen aus den beiden Bereichen wechselseitig herangezogen werden können.

Der Gerichtshof hat zu zahlreichen Einzelaspekten im Bereich strafrechtlicher Ermittlungen sowie zivilrechtlicher Schutzanordnungen Stellung bezogen. So beanstandete er im Bereich der häuslichen Gewalt unter anderem die Weigerung von Ermittlungsbehörden, bei zurückgezogenen Strafanträgen von Amts wegen weiter zu ermitteln¹⁴⁰⁷, oder ihre Ablehnung mit Verweis auf „Privatangelegenheiten“, Anzeigen der Betroffenen aufzunehmen.¹⁴⁰⁸ Der Gerichtshof stellte eine Verletzung von Artikel 3 EMRK fest, wenn Behörden untätig blieben, obwohl sie Kenntnis von nicht befolgten Schutzanordnungen hatten.¹⁴⁰⁹ Ein Verstoß liegt auch vor, wenn staatliche Stellen zivilrechtliche Schutzanordnungen verweigern.¹⁴¹⁰ Gleiches gilt für mangelhafte oder verzögerte und deshalb ineffektive Strafverfahren.

Im Bereich der sexualisierten Gewalt durch Privatpersonen befand der EGMR früh, dass das nationale Recht keine zu restriktiven Verfahrensvorschriften vorsehen dürfe, wonach etwa die Einleitung eines Verfahrens bei einer traumatisierten Betroffenen mit Behinderung nicht allein von ihrer Unterschrift abhängen dürfe.¹⁴¹¹ In neueren Entscheidungen befasste sich der EGMR intensiv mit verfahrensrechtlichen Anforderungen im Rahmen von Ermittlungen und im Strafprozess. So stellte er fest, dass Ermittlungsbehörden und Gerichte zur Beurteilung

¹⁴⁰⁶ Vgl. etwa EGMR, Urteil vom 16.07.2013, Beschwerde Nr. 74839/10, Mudric gegen Moldawien.

¹⁴⁰⁷ EGMR, Große Kammer, Urteil vom 09.06.2009, Beschwerde-Nr. 33401/02, Opuz gegen die Türkei; zuvor bereits zur Praxis durch staatliche Stellen bei der Rücknahme von Strafanzeigen: EGMR, Urteil vom 31.05.2007, Beschwerde-Nr. 7510/04, Kontrovà gegen die Slowakei.

¹⁴⁰⁸ EGMR, Urteil vom 12.06.2008, Beschwerde-Nr. 71127/01, Bevacqua und S. gegen Bulgarien.

¹⁴⁰⁹ EGMR, Urteil vom 28.05.2013, Beschwerde-Nr. 3564/11, Eremia und andere gegen Moldawien.

¹⁴¹⁰ EGMR, Urteil vom 16.07.2013, Beschwerde-Nr. 61382/0, B. gegen Moldawien.

¹⁴¹¹ 6 EGMR, Urteil vom 26.03.1985, Beschwerde-Nr. 8978/80, X und Y gegen die Niederlande.

der Glaubhaftigkeit von Aussagen bei widerstreitenden Angaben, der Glaubwürdigkeit von Zeuginnen und Zeugen sowie von Beschuldigten umfassende Befragungen durchführen müssen. Die Befragungspflicht erstreckt sich notfalls auch auf am Tatort nicht präsente Personen, die die Glaubwürdigkeit der Beteiligten einschätzen könnten.¹⁴¹² Zudem befasste er sich mit Ermittlungs- und Beweiswürdigungsmängeln in Fällen sexualisierter Gewalt¹⁴¹³ und der Objektivität und Unparteilichkeit von (Ermittlungs-)richterInnen.¹⁴¹⁴ Gleichzeitig erklärte der EGMR auch die Einführung der entscheidenden Aussage der Betroffenen aus dem Ermittlungsverfahren für zulässig, wenn der Staat aktiv Sorge trägt, die Beschuldigtenrechte zu wahren.¹⁴¹⁵

Das Urteil „M. C. gegen Bulgarien“

In „M. C. gegen Bulgarien“¹⁴¹⁶, dem Grundsatzurteil des EGMR zu sexualisierter Gewalt von 2003, befasst sich der Gerichtshof insbesondere mit den Anforderungen an die konventionskonforme Ausgestaltung der Strafverfolgung von Vergewaltigungen.

Dem Verfahren lagen sexuelle Handlungen zwischen der zum damaligen Zeitpunkt 14-jährigen Beschwerdeführerin M. C. und zwei jungen Männern nach einem Diskothekenbesuch zugrunde. Nach der Darstellung von M. C. wurde sie im August 1995 im Laufe einer Nacht zweimal vergewaltigt. Sie habe die Beschuldigten jeweils zurückgewiesen, geweint und sie gebeten, aufzuhören. Die Beschuldigten gaben dagegen an, sie seien von dem Einverständnis der M. C. ausgegangen. Die Generalstaatsanwaltschaft bestätigte im Juni 1997 die Entscheidung der Staatsanwaltschaft, das Verfahren wegen Vergewaltigung einzustellen. Eine Strafbarkeit nach § 152 Abs. 1 des bulgarischen Strafgesetzbuches liege nicht vor, da nicht nachgewiesen werden konnte, dass die Beschuldigten gegenüber M. C. Gewalt angewendet oder sie bedroht hätten. Dies folge daraus, dass die Beschwerdeführerin keinen Widerstand geleistet oder um Hilfe gerufen habe.

Ohne über die individuelle Schuld der Beschuldigten zu entscheiden, verurteilte der EGMR Bulgarien wegen der Verletzung seiner positiven Verpflichtungen aus Artikel 3 und 8 EMRK. Die bulgarische Regierung hat der von der Beschwerdeführerin vorgetragene restriktive, auf Anzeichen von Gegenwehr fokussierte Strafverfolgungspraxis nicht widersprochen. Sie war darüber hinaus nicht in der Lage, dem Gerichtshof Rechtstexte vorzulegen, aus denen eine gegenteilige Auslegung hervorgehe. Auch lagen keine Untersuchungen dazu vor, wel-

¹⁴¹² EGMR, Urteil vom 15.5.2012, Beschwerde-Nr. 53519/07, I. G. gegen Moldawien; Urteil vom 24.09.2013, Beschwerde-Nr. 13424/06, N. A. gegen Moldawien.

¹⁴¹³ EGMR, Urteil vom 24.07.2012, Beschwerde-Nr. 42418/10, D. J. gegen Kroatien; Urteil vom 31.07.2012, Beschwerde-Nr. 19433/07, Tyagunova gegen Russland.

¹⁴¹⁴ Siehe D. J. gegen Kroatien, Fn. 8.

¹⁴¹⁵ EGRM, Urteil vom 19.02.2013, Beschwerde-Nr. 61800/08, Gani gegen Spanien.

¹⁴¹⁶ EGMR, Urteil vom 04.12.2003, Beschwerde-Nr. 39272/98, M. C. gegen Bulgarien.

che Verfahren bereits auf der Ebene der Staatsanwaltschaft eingestellt werden. Die Auswertung der vorgelegten Entscheidungen des obersten Gerichtshofes habe hingegen gezeigt, dass die meisten Verurteilungen dann ergangen sind, wenn die Täter Gewalt angewendet haben. Der Gerichtshof sieht darin deutliche Anzeichen für eine entweder in der bulgarischen Gesetzeslage oder deren Auslegung begründete generelle Praxis, die sexuelle Handlungen gegen den Willen von Betroffenen ohne Gewaltanwendung straflos stellt. Im Zusammenhang mit der konkreten Ermittlungsarbeit erkennt der Gerichtshof die Schwierigkeiten der Behörden an, einen Sachverhalt auf der Grundlage von zwei widerstreitenden Darstellungen ohne weitere unmittelbare Beweise aufzuklären. Gleichzeitig stellt er aber fest, dass eine solche Situation eine „kontextsensible“ Bewertung aller Umstände erfordert, und kritisiert, dass die Behörden im Gegensatz zu der Aussage der Betroffenen kaum die Aussagen der Beschuldigten sowie der von ihnen benannten Zeugen auf ihre Glaubhaftigkeit überprüft hätten.¹⁴¹⁷

In dem Urteil wiederholte der Gerichtshof seine Bewertung, dass unzureichende Gesetzgebung und Strafverfolgungspraxis bei sexualisierter Gewalt aufgrund der schwerwiegenden Folgen einer Vergewaltigung einen Verstoß gegen den nicht derogierbaren und notstandsfesten Artikel 3 EMRK auslösen.¹⁴¹⁸ Darüber hinaus wendet der EGMR das erste Mal Artikel 3 und Artikel 8 EMRK gemeinsam an und betont damit, dass eine Vergewaltigung sowohl die Verletzung der physischen und psychischen Integrität als auch des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung enthält.¹⁴¹⁹

Kernstück der Argumentation im Rahmen der Auslegung der EMRK nach der Konsensmethode war ein Vergleich von internationalen und europäischen Vergewaltigungstatbeständen. Der Gerichtshof entnahm seiner rechtsvergleichenden Analyse, dass sich das fehlende Einverständnis zu sexuellen Handlungen zu dem zentralen Bestandteil der nationalen Vergewaltigungstatbestände entwickelt hat. So haben die Common-Law-Staaten mittlerweile den expliziten Bezug zu jeder Form von Gewalt aus den Tatbeständen entfernt. In den Rechtsordnungen einiger kontinentaleuropäischer Staaten werde durch Auslegung sichergestellt, dass die Strafverfolgung bei nicht einvernehmlichen sexuellen Handlungen in der Praxis durch die Interpretation der relevanten Bezeichnungen im Gesetz (u.a. „Zwang“, „Gewalt“, „Erzwingung“, „Bedrohung“, „List“, „Überraschung“) möglich ist.¹⁴²⁰ Hier sieht der Gerichtshof den Unterschied zwischen dem Strafrechtssystem Bulgariens und anderer Staaten, wie zum Bei-

¹⁴¹⁷ Siehe Fn. 11, Rdnr. 173-179.

¹⁴¹⁸ Eriksson, Maria (2011): *Defining Rape. Emerging Obligations for States under International Law?* Leiden: Martinus Nijhoff, S. 238.

¹⁴¹⁹ Siehe dazu Rudolf, Beate; Eriksson, Andrea (2007): *Women's rights under international human rights treaties: Issues of rape, domestic slavery, abortion, and domestic violence.* In: *International Journal of Constitutional Law*, Volume 5, Issue 3, S. 507 (509).

¹⁴²⁰ Siehe Fn. 11, Rdnr. 161.

spiel Frankreich. Die französische Rechtsprechung legt die Tatbestandsmerkmale Gewalt, Drohung oder Überraschung weit aus, so dass sexuelle Handlungen gegen ein explizit geäußertes „Nein“ der Betroffenen unter den Vergewaltigungstatbestand gefasst werden können.¹⁴²¹ Im Gegensatz dazu geht die bulgarische Rechtsprechung in Übereinstimmung mit einem Teil der Kommentarliteratur davon aus, dass die Begehungsalternative „Geschlechtsverkehr mit einer Frau, die der Täter in einen hilflosen Zustand gebracht hat“ nur dann vorliegt, wenn die Betroffene keinen körperlichen Widerstand leisten kann.¹⁴²²

Der EGMR folgert abschließend daraus, dass die positiven Verpflichtungen aus Artikel 3 und 8 EMRK die Kriminalisierung und wirksame Strafverfolgung aller nicht einvernehmlichen sexuellen Handlungen verlangen. Dies gilt insbesondere auch in Fällen, in denen das Opfer keine physische Gegenwehr leiste.¹⁴²³ Bei der Umsetzung der Verpflichtung gewährt der Gerichtshof den Vertragsstaaten einen weiten Beurteilungsspielraum. Insbesondere können die Staaten regionale Besonderheiten sowie rechtssystemrelevante Umstände berücksichtigen.¹⁴²⁴ Bisher hat der Gerichtshof seine Grundsatzentscheidung zur Rechtssetzungsverpflichtung im Rahmen geschlechtsspezifischer Gewalt nicht vertiefen oder konkretisieren müssen. Ausführliche Zitate in kürzlich ergangenen Nachfolgeentscheidungen zu sexualisierter Gewalt¹⁴²⁵, wie auch in Urteilen zur häuslichen Gewalt bestätigen jedoch die Grundsätze von „M. C. gegen Bulgarien“. Dabei nimmt der Gerichtshof in Entscheidungen zu häuslicher wie zu sexualisierter Gewalt immer wieder auf die zentrale Passage der Entscheidung Bezug und begründet somit diesbezüglich eine gefestigte Rechtsprechung.

Völkerrechtliche Wechselwirkungen

Zur Definition der Staatenverpflichtungen aus Artikel 3 und 8 EMRK hat der Gerichtshof auf verschiedene völkerrechtliche Quellen zurückgegriffen und die Empfehlung (2002)5 des Ministerkomitees über den Schutz von Frauen vor Gewalt¹⁴²⁶, Urteile des Internationalen Strafgerichtshofs für das ehemalige Jugoslawien (ICTY) zu sexualisierter Gewalt im Zusammenhang mit bewaffneten Konflikten sowie die Allgemeine Empfehlung Nr. 19 des UN-Frauenrechtsausschusses¹⁴²⁷ herangezogen. Alle Dokumente weisen in dieselbe Richtung und stellen das fehlende Einverständnis als Verletzung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung in den Mittelpunkt der Frage nach der Strafbarkeit sexueller Handlungen.

¹⁴²¹ Siehe Fn. 11, Rdnr. 95.

¹⁴²² Siehe Fn. 11, Rdnr. 79.

¹⁴²³ Siehe Fn. 11, Rdnr. 166.

¹⁴²⁴ Siehe Fn. 11, Rdnr. 154.

¹⁴²⁵ I. G. gegen Moldawien, siehe Fn. 7; D. J. gegen Kroatien, siehe Fn. 8; N. A. gegen Moldawien, siehe Fn. 7.

¹⁴²⁶ Siehe Fn. 11, Rdnr. 101.

¹⁴²⁷ Siehe Fn. 11, Rdnr. 108.

Rechtsprechung des ICTY

So definiert der Internationale Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien auf der Grundlage eines internationalen Vergleichs von Strafnormen den objektiven Tatbestand der Vergewaltigung völkerrechtlich als „sexuelle Penetration der Vagina oder des Anus des Opfers durch den Penis des Täters oder durch jeden anderen vom Täter verwendeten Gegenstand (...) wo [diese] ohne das Einverständnis des Opfers geschieht.“¹⁴²⁸

UN-Frauenrechtskonvention

Die UN-Frauenrechtskonvention CEDAW¹⁴²⁹ hat das Ziel, jede Form von Diskriminierung von Frauen zu beseitigen bzw. zu verhindern und erstreckt sich auf alle Lebensbereiche (Artikel 3). Zwar ist Gewalt gegen Frauen im Text der Konvention nicht explizit aufgeführt. Geschlechtsspezifische Gewalt¹⁴³⁰ wird aber über die Allgemeine Empfehlung Nr. 19 des Ausschusses¹⁴³¹ als eine Form der Diskriminierung definiert und somit in den Anwendungsbereich der Konvention einbezogen. Artikel 2 e) begründet die Verpflichtung der Staaten, Frauen auch vor Diskriminierung -und somit vor geschlechtsspezifischer Gewalt -durch Private zu schützen.

Auch der UN-Frauenrechteausschuss kann Individualbeschwerden zur Prüfung von Konventionsverletzungen entgegennehmen, soweit die betreffenden Staaten das Zusatzprotokoll ratifiziert haben. Anders als die Rechtsprechung des EGMR sind die Entscheidungen der Fachausschüsse der UN-Menschenrechtskonventionen nicht unmittelbar völkerrechtlich verbindlich.¹⁴³² Die Vertragsstaaten sind jedoch verpflichtet, sich mit der Auffassung des Ausschusses nach Treu und Glauben auseinanderzusetzen.¹⁴³³ In zwei jüngeren Verfahren aus den Jahren 2008 und 2011 hat der Ausschuss die Anforderungen aus dem Übereinkommen für eine effektive Strafverfolgung von sexualisierter Gewalt auf der Rechtssetzungsebene definiert: In „Vertido gegen die Philippinen“¹⁴³⁴ greift er die Erfahrungen verschiedener Staa-

¹⁴²⁸ ICTY, Kammerurteil vom 22.02.2001, Fall-Nr. IT-96-23, Rdnr. 460, Chefankläger gegen Kunarac, Kovač and Vuković. Die Berufungskammer hat die konkretisierte Definition bestätigt: Berufungsurteil vom 12.06.2002, Fall-Nrn. IT-96-23 und IT-96-23/1-A, Rdnr. 128 ff.

¹⁴²⁹ Das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18. Dezember 1979, in Kraft getreten am 03.09.1981 und von Deutschland am 10. Juli 1985 ratifiziert.

¹⁴³⁰ Darunter versteht der Ausschuss Gewalt, die sich gegen Frauen richtet, weil sie Frauen sind, oder Gewalt, von der Frauen überproportional betroffen sind.

¹⁴³¹ Der Ausschuss hat die Aufgaben, die Einhaltung der Konventionsverpflichtungen in den Vertragsstaaten zu überwachen und den Konventionstext durch die sogenannten General Comments (Allgemeine Bemerkungen) zu interpretieren.

¹⁴³² Byrnes, Andrew (2013): The Committee on the Elimination of Discrimination Against Women, S. 51. In: Hellum, Anne; Sinding Aasen, Henriette 2013 (Hrsg): Women´s Human Rights. CEDAW in International, Regional, National Law. Cambridge University Press.

¹⁴³³ Dederer, Hans-Georg (2009). Die Durchsetzung der Menschenrechte, S. 21, 22. In: Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VI/2 Merten, Detlef/Papier, Hans-Jürgen (Hrsg). S.333-394. C. F. Müller Verlag

¹⁴³⁴ CEDAW, Auffassung vom 16.07.2010, Mitteilung Nr. 18/2008, Karen Tayag Vertido gegen die Philippinen.

ten auf, dass Tatbestände, die allein auf dem fehlenden Einverständnis der Betroffenen basieren, durch die hohen Anforderungen an die Beweisführung zu einer sekundären Viktimisierung der Betroffenen führen können. Der Ausschuss entwickelt unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Empfehlungen des UN-Handbuches zur Gesetzgebung bei Gewalt gegen Frauen¹⁴³⁵ den Grundsatz des fehlenden Einverständnisses weiter, indem er verschiedene Vorschläge für die Ausgestaltung der Strafgesetze macht. Er empfiehlt, Zwang und Gewalt als Merkmale aus dem Tatbestand zu entfernen und eine gesetzliche Definition von „sexuellen Übergriffen“ einzuführen, die ein freiwilliges und eindeutiges Einverständnis der Betroffenen erfordert sowie gleichzeitig hohe Sorgfaltsanforderungen an die Schritte stellt, die eine Person unternommen hat, um sich des Einverständnisses zu versichern. Alternativ schlägt er einen Tatbestand vor, der zwingende Umstände beschreibt, unter denen die Tat begangen sein muss, und dabei eine große Bandbreite solcher Umstände enthält.¹⁴³⁶

In dem Verfahren „S.V.P. gegen Bulgarien“¹⁴³⁷ hat der Ausschuss darüber hinaus festgestellt, dass eine Verurteilung aufgrund von Tatbeständen, deren Strafraumen nicht dem Unwertgehalt der Tat entsprechen, gegen die Anforderungen von CEDAW an die Strafverfolgung der TäterInnen verstoßen.

Wirkung der EGMR-Rechtsprechung in Deutschland

Der Gesetzgeber hat die den Entscheidungen des EGMR zugrundeliegende EMRK durch ein Zustimmungsgesetz gemäß Artikel 59 Abs. 2 GG in das innerstaatliche Recht einbezogen. Sie gilt in der deutschen Rechtsordnung im Rang eines Bundesgesetzes, und hat somit als solches unmittelbar innerstaatliche Geltung. Das Bundesverfassungsgericht geht in ständiger Rechtsprechung von einem Rechtsanwendungsbefehl aus, der sich an alle staatlichen Stellen der vollziehenden und rechtsprechenden Gewalt richtet.¹⁴³⁸ Das Bundesverfassungsgericht erkennt darüber hinaus aufgrund von Artikel 20 Absatz 3 GG eine Pflicht zur „völkerrechtsfreundlichen“ Auslegung des deutschen Rechts an.¹⁴³⁹

Pflicht der Gerichte zur Berücksichtigung aller Urteile des EGMR

Zwar binden die Urteile des EGMR unmittelbar nur die beteiligten Parteien, die beschwerdeführende Person und den Vertragsstaat (Artikel 46 Absatz 1 EMRK). Die Wirkung eines EGMR-Urteils, unabhängig davon, gegen welches Land es ergangen ist¹⁴⁴⁰, reicht aber nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Rahmen einer Berücksichtigungs-

¹⁴³⁵ Division for the Advancement of Women in the Department of Economic and Social Affairs of the United Nations Secretariat (2010): Handbook for Legislation on Violence against Women, S. 26.

¹⁴³⁶ Siehe Fn. 29, 8.9 (b).

¹⁴³⁷ CEDAW, Auffassung vom 12.10.2012, Mitteilung Nr. 31/2011, S. V. P. gegen Bulgarien.

¹⁴³⁸ Siehe etwa BVerfG, Urteil vom 22. November 2001, Aktenzeichen 2 BvE 6/99.

¹⁴³⁹ BVerfG, Beschluss vom 26. März 1987, Aktenzeichen 2 BvR 589/79; Beschluss vom 14. Dezember 2004, Aktenzeichen 2 BvR 1481/04.

¹⁴⁴⁰ So ausdrücklich BVerfG Fn. 33; BVerfG, Urteil vom 4.5.2011, Aktenzeichen 2 BvR 2365/09.

pflicht mittelbar darüber hinaus, indem alle innerstaatlichen Organe der Rechts- und Entscheidungsfindung im Lichte der EMRK deren Inhalt und Entwicklungsstand heranzuziehen haben. So erfordert nach dem „Görgülü“-Beschluss des Verfassungsgerichts, die „über das Zustimmungsgesetz ausgelöste Pflicht zur Berücksichtigung der Gewährleistungen der EMRK und der Entscheidungen des Gerichtshofs zumindest, dass die entsprechenden Texte und Judikate zur Kenntnis genommen werden und in den Willensbildungsprozess des zu einer Entscheidung berufenden Gerichts einfließen“, wobei das nationale Recht „unabhängig von dem Zeitpunkt seines Inkrafttretens nach Möglichkeit im Einklang mit dem Völkerrecht auszulegen ist“.¹⁴⁴¹

In der Literatur gibt es unterschiedlich weitreichende Interpretationen der Bindungswirkung von EGMR-Urteilen für Vertragsstaaten, die nicht Partei des jeweiligen Verfahrens sind. Die überwiegende Meinung geht wie das Bundesverfassungsgericht davon aus, dass den Urteilen zwar keine echte erga omnes-Wirkung zukommt, sie aber im Rahmen der Auslegung der Konventionsnormen Wirkung entfalten und dadurch für Parallelfälle eine faktische Verbindlichkeit entsteht, die als „Präjudizwirkung“, „Indizwert“, oder „Autorität“ beschrieben wird.¹⁴⁴² Nationalen Gerichten wird darüber zwar nicht verwehrt, auch bei gleichgelagerten Rechtsfragen von der Auslegung des EGMR abzuweichen, sie unterliegen dabei aber nach der überwiegenden Meinung in der Literatur einer besonderen Begründungslast und müssen die Argumente des EGMR abwägen sowie eine andere Rechtsmeinung begründen.¹⁴⁴³ Eine verstärkte Bindungswirkung wird von Einigen dann angenommen, wenn eine gefestigte Rechtsprechung des EGMR zu einer Frage vorliegt. Nach dieser Auffassung präzisieren die allgemeinen Feststellungen des Gerichtshofs zu den einzelnen Normen das Konventionsrecht und binden so über Artikel 1 EMRK die Vertragsstaaten unmittelbar¹⁴⁴⁴. Das führt dazu, dass ein konventionswidriges staatliches Verhalten beendet werden muss, indem das nationale Recht an die gefestigte Spruchpraxis des EGMR angepasst wird, sei es durch Änderung von Rechtsnormen oder durch die Aufgabe einer Verwaltungs- oder einer Gerichtspra-

¹⁴⁴¹ Siehe Fn. 33.

¹⁴⁴² Siehe hierzu umfassend bei Rohleder, Kristin (2009): Grundrechtsschutz im europäischen Mehrebenen-System: unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, Neue Schriften zum Staatsrecht, Band 4.

¹⁴⁴³ So zum Beispiel Ress, Georg (1983): Die Einzelfallbezogenheit in der Rechtsprechung des EGMR. In: Bernhardt u.a. (Hrsg), FS Mosler, S. 719 (731); Masuch, Thorsten (2000): Zur fallübergreifenden Bindungswirkung von Urteilen des EGMR. In: NVwZ, S. 1266 (1267).

¹⁴⁴⁴ Siehe Rohleder (2009), Fn. 37, S. 240, 243; Cremer, Hans Joachim (2006): Entscheidung und Entscheidungswirkung. In: Grote, Rainer; Marauhn, Thilo EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, Kapitel 32, Rn. 90 f.

xis.¹⁴⁴⁵ Welche Maßnahmen die Vertragsstaaten dazu konkret ergreifen, bleibt ihnen überlassen.

Grenzen der Auslegung innerstaatlichen Strafrechts

Die Verpflichtung zur völkerrechtskonformen Auslegung darf nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht dazu führen, dass der Grundrechtsschutz eingeschränkt wird. Das schließt auch die Europäische Menschenrechtskonvention selbst aus (Art. 53 EMRK). Insbesondere in mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen, in denen das „Mehr“ an Freiheit für den einen Grundrechtsträger zugleich ein „Weniger“ für den anderen bedeutet, enden die Möglichkeiten einer völkerrechtsfreundlichen Auslegung dort, wo diese nach den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung und Verfassungsinterpretation nicht mehr vertretbar erscheint.¹⁴⁴⁶ Eine solche Grenze setzen das Rückwirkungsgebot, wonach ein Verhalten, das zur Zeit der Tatbegehung nicht strafbar war, im Nachhinein nicht mit Strafe bedroht werden kann sowie der Bestimmtheitsgrundsatz, nach dem die Strafbarkeit einer Handlung gesetzlich bestimmt sein muss, bevor die Tat begangen wird, Artikel 103 Abs. 2 GG. Beide Rechtsstaatsprinzipien werden auch über Artikel 7 der EMRK garantiert und verpflichtet zunächst den Gesetzgeber.

Auch die höchstrichterliche Rechtsprechung ist kein Gesetzesrecht und erzeugt damit keine vergleichbare Bindungswirkung. Das Aufgeben einer Rechtsprechung verstößt somit zunächst nicht gegen das Rechtsstaatsprinzip. Dasselbe gilt für das Rückwirkungsverbot, weswegen eine Änderung der Rechtsprechung in Bezug auf bereits verübte, aber noch nicht abgeurteilte Taten zulässig ist. Aber sowohl Teile der Literatur wie auch das Verfassungsgericht haben hier Einschränkungen formuliert. Die Bindung allein des Gesetzgebers an die Rechtsstaatsprinzipien wird dann kritisch gesehen, wenn gefestigte höchstrichterliche Rechtsprechung bei der Auslegung von offenen Tatbestandsmerkmalen „gesetzesersetzend“ wirkt.¹⁴⁴⁷ Daher ist nach Auffassung Einzelner auch bei gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung bei weiten Tatbestandsmerkmalen nur eine Ankündigung der Rechtsprechungsänderung vorzunehmen, der Fall aber noch nicht nach dieser Auffassung zu entscheiden.¹⁴⁴⁸ In eine ähnliche Richtung geht das Bundesverfassungsgericht in seiner Entschei-

¹⁴⁴⁵ Schilling, Jan Moritz (2010): Deutscher Grundrechtsschutz zwischen staatlicher Souveränität und menschenrechtlicher Europäisierung. Zum Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte. Tübingen: Mohr Siebeck. S. 109; Meyer Ladewig, Jens (2011): Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten. Handkommentar, Baden-Baden, Artikel 46, Rz.5.

¹⁴⁴⁶ BVerfG, Urteil vom 4. Mai 2011, 2 BvR 2365/09, 2 BvR 740/10, 2 BvR 2333/08, 2 BvR 1152/10, 2 BvR 571/10, Leitsatz Nr. 2 c, Rdnr. 93.

¹⁴⁴⁷ So zum Beispiel Pieroth, Bodo (2006): Kommentierung zu Art. 103, Ziff. 53. In: Jarass, Hans Dieter; Pieroth, Bodo Kommentar zum Grundgesetz, 8. Auflage. Beck Verlag: München.

¹⁴⁴⁸ Schmidt-Aßmann, Eberhard (1992): Kommentierung von Artikel 103 Grundgesetz, Rz. 240. In: Maunz, Theodor; Dürig, Günter, Kommentar zum Grundgesetz, Band VI, Artikel 86-106a. München: Verlag C.H. Beck.

dung aus 2010, in der es aus dem Rechtsstaatsprinzip einen Vertrauenstatbestand ableitet, nach dem die Änderung ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung nur dann unbedenklich ist, wenn sie „hinreichend begründet ist und sich im Rahmen vorhersehbarer Entwicklungen hält“. Soweit durch gefestigte Rechtsprechung ein Vertrauenstatbestand begründet wurde, kann diesem „erforderlichenfalls durch Bestimmungen zur zeitlichen Anwendbarkeit oder Billigkeitserwägungen im Einzelfall“ begegnet werden.¹⁴⁴⁹ Einen Verstoß gegen Artikel 103 Abs. 2 GG hat das Gericht diesbezüglich aber bisher noch in keinem Fall angenommen.

Eine weitere Grenze der Rechtsprechung bei der Auslegung von Gesetzen ist das aus dem Bestimmtheitsgebot folgende Verbot der analogen Strafbegründung. Darüber wird jede Rechtsanwendung ausgeschlossen, die über den Inhalt einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht, wobei der mögliche Wortsinn des Gesetzes die äußerste Grenze richterlicher Interpretation markiert.¹⁴⁵⁰ In seiner Sitzblockade II-Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht den vom BGH im Rahmen des sogenannten Laepple-Urteils entwickelten vergeistigten Gewaltbegriff des § 240 StGB für verfassungswidrig erklärt. Es reicht für das Vorliegen von „Gewalt“ nicht aus, wenn auf Seiten des Täters lediglich körperliche Anwesenheit vorliegt und die Zwangswirkung auf Seiten der Betroffenen nur psychischer Natur ist.¹⁴⁵¹ Eine Ausweitung der Nötigungsmittel zum Beispiel auf List, Täuschung oder Suggestion auf diesem Wege der Interpretation scheidet danach aus.¹⁴⁵² Die Grenze für die Auslegung des Gewaltbegriffs im § 240 StGB ist auch für die Auslegung des § 177 StGB maßgeblich.

Konsequenzen für Deutschland

Der EGMR hat in „M. C. gegen Bulgarien“ den aus dem Folter- und Misshandlungsverbot, Artikel 3 EMRK resultierenden Minimalstandard des strafrechtlichen Schutzes gegen Vergewaltigungen definiert, der für Deutschland als Vertragsstaat der EMRK bei der Ausgestaltung der Strafverfolgung von Vergewaltigungen maßgeblich ist. Dieser Standard lässt sich in vier zentralen Aussagen zusammenfassen:

- Das (fehlende) Einverständnis der Betroffenen muss nach heutigem Verständnis zentrales Element eines Vergewaltigungstatbestandes sein.
- Es ist bei der Formulierung des Gesetzestextes nicht ausgeschlossen, Begriffe wie Gewalt und Drohung als Anhaltspunkte für einen entgegenstehenden Willen der Betroffenen zu verwenden. Auch kann ein Tatbestand auf Nötigungsmitteln basieren.¹⁴⁵³ Entscheidend ist, dass die Tatbestandselemente so interpretiert werden können, dass der Kerngehalt

¹⁴⁴⁹ BVerfG, Beschluss vom 16. Mai 2011, Aktenzeichen 2 BvR 1230/10, Rz. 15.

¹⁴⁵⁰ BVerfG, Beschluss vom 10. Januar 1995, Aktenzeichen 1 BvR 718, 719, 722, 723/89, Rz. 46.

¹⁴⁵¹ Bestätigt durch die Sitzblockade III Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 24. Oktober 2001, Aktenzeichen 1 BvR 1190/90, 2173/93, 433/96.

¹⁴⁵² Siehe Fn. 44, Rz. 57.

¹⁴⁵³ So auch Eriksson, Maria (2011): Defining Rape. Emerging Obligations for States under International Law? Leiden: Martinus Nijhoff, S. 238.

der staatlichen Schutzpflicht gewährleistet ist: Alle nicht-einverständlichen Sexualakte sind effektiv unter Strafe stellen und müssen effektiv verfolgt werden. Dabei dürfen im Ergebnis keine Strafbarkeitslücken bestehen.

- Insbesondere die Engführung von Tatbeständen beziehungsweise deren Auslegung auf körperliche Gewalt der TäterInnen oder körperlichen Widerstand der Betroffenen als tatbestandsbegründend oder auf der Ebene von der Beweisführung verstößt gegen die Anforderungen aus Artikel 3 und 8 EMRK.
- Ob die Anforderungen aus dem Artikel 3 EMRK durch Rechtsetzung oder gerichtliche Auslegung sichergestellt werden, bleibt den Vertragsstaaten überlassen.

Legt man die vom Bundesverfassungsgericht statuierte Berücksichtigungspflicht zugrunde, müsste sich der Bundesgerichtshof in seinen Entscheidungen zumindest mit der Möglichkeit der völkerrechtskonformen Auslegung des § 177 StGB auseinandersetzen. Einer solchen Auslegung stehen auch die rechtsstaatlichen Grenzen des Bestimmtheitsgrundsatzes, des Rückwirkungsverbotes und des Vertrauensschutzes grundsätzlich nicht entgegen. Käme der BGH zu dem Ergebnis, dass es sich bei der engen und durch überwiegend objektive Perspektive geprägten Auslegung der schutzlosen Lage in § 177 Abs. 1, Nr. 3 StGB durch einzelne Senate um gefestigte Rechtsprechung handelt und dass eine Änderung der Auslegung nicht vorhersehbar ist, dann müsste das Gericht zumindest eine Änderung seiner Rechtsprechung für zukünftige Verfahren ankündigen. Ob die Änderung tatsächlich nicht vorhersehbar war, ist jedoch zweifelhaft, denn die Anforderungen an die staatlichen Schutzpflichten im Zusammenhang mit Vergewaltigungen durch Private aus Artikel 3 und 8 EMRK aus dem rechtskräftigen Urteil des EGMR bestehen seit mittlerweile zehn Jahren. Zudem ist keine übereinstimmende Rechtsprechung der Senate zu der Beurteilungsperspektive der schutzlosen Lage zu erkennen. Einzig die hohen Anforderungen an die Schutzlosigkeit der Lage im Sinne von § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB sowie das Erfordernis der Angst der Betroffenen vor Gewalteinwirkungen oder Tötung in § 177 Abs. 1 Nr. 2 StGB werden regelmäßig wiederholt und scheinen gefestigt.

Die Wortlautgrenze in Bezug auf die Interpretation des Gewaltbegriffes im Rahmen des § 240 StGB ist durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts markiert. Erforderlich bleibt damit eine, wenn auch geringe körperliche Kraftentfaltung auf der Täterseite, die eine körperliche Zwangswirkung auf der Seite der Betroffenen erzeugt. Sexuelle Handlungen, die trotz eines geäußerten „Nein“ vollzogen würden, können damit nicht dem Gewaltbegriff unterfallen. Aufgrund des Wortlautes der „gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben“ im § 177 Abs. 1 Nr. 2 StGB wäre wahrscheinlich auch die Einbeziehung der Androhung sozialer Nachteile als Nötigungsmittel in den Schutzbereich des § 177 StGB schwierig. Ein Ausweichen auf den Tatbestand des § 240 Abs. IV Nr. 1 StGB ist hier zum einen nur

möglich, wenn die Betroffenen zur Vornahme einer sexuellen Handlung genötigt werden und kommt zum anderen aufgrund der deutlich variierenden Strafandrohungen in den Fällen von Vergewaltigung zu ungerechtfertigten Ergebnissen. Auch das Ausnutzen von Überraschungsmomenten würde eine Gesetzesänderung erfordern.

Demnach könnte der BGH über eine geänderte Rechtsprechung verschiedene sexuelle Handlungen gegen den Willen der Betroffenen in den Schutzbereich des § 177 StGB einbeziehen, die aufgrund der aktuellen Rechtsprechung derzeit nicht davon erfasst werden. Einzelne Schutzlücken müsste darüber hinaus aber der Gesetzgeber schließen.

Allerdings ist nicht erkennbar, dass sich der BGH in seinen jüngeren Entscheidungen zur Auslegung des Vergewaltigungstatbestandes¹⁴⁵⁴ mit der einschlägigen Rechtsprechung des EGMR auseinandergesetzt hat. Setzt der BGH diese Praxis fort oder kommt er zu dem Ergebnis, dass die derzeitige Rechtsprechung den völkerrechtlichen Anforderungen entspricht und weicht damit von der Rechtsauffassung des EGMR ab, dann macht die präjudizielle Wirkung der Entscheidung des Gerichtshofs in M. C. gegen Bulgarien eine Verurteilung Deutschlands in einem ähnlich gelagerten Sachverhalt wahrscheinlich.

Folgt man darüber hinaus der Auffassung in der Literatur, die eine rechtliche Bindungswirkung der gefestigten Rechtsprechung des EGMR gegenüber allen Vertragsstaaten der EMRK annimmt, besteht bereits heute, vor der Ratifikation der Europaratskonvention gegen Gewalt gegen Frauen, eine Verpflichtung Deutschlands, den § 177 StGB gesetzlich zu ändern. Angesichts der fortbestehenden Rechtsprechung des BGH ist eine veränderte Auslegung der Tatbestandsmerkmale des geltenden Rechts nicht zu erwarten, und eine Einwirkung der Exekutive auf die Gerichte zur Veränderung ihrer Rechtsprechung verbietet sich aufgrund der Gewaltenteilung und der richterlichen Unabhängigkeit. Daher verengt sich in Bezug auf Deutschland der vom EGMR grundsätzlich eingeräumte Beurteilungsspielraum, ob die Verpflichtung zur effektiven Strafverfolgung aller nicht-einvernehmlichen Sexualakte durch Rechtssetzung oder Auslegung bestehender Tatbestände umgesetzt wird. Es besteht nach dieser Auffassung bereits heute eine gesetzgeberische Handlungspflicht.

Spätestens jedoch im Ratifikationsverfahren der Europaratskonvention gegen Gewalt gegen Frauen ist aus diesen Gründen eine Änderung des Straftatbestandes § 177 StGB erforderlich.

¹⁴⁵⁴ BGH, Beschluss vom 20.03.2012, Aktenzeichen 4 StR 561/11.

18a. Andrea Röhrig

Reformbedarf bei dem Tatbestand des § 184a StGB - Verbreitung gewalt- oder tierpornographischer Schriften

I. Entstehungsgeschichte

Schon das StGB von 1871 verbot die Verbreitung "unzüchtiger Veröffentlichungen". Die sog. Lex Heinze vom 25. 6. 1900 erweiterte das Verbot um die Tatmodalitäten des Feilhaltens, Herstellens, Vorrätighaltens, Ankündigens und Anpreisens zum Zweck der Verbreitung. Zudem wurde die Überlassung an Personen unter 16 Jahren unter Strafe gestellt.

Das 4. StRG vom 23. 11. 1973 beschränkte die Strafvorschrift auf den Jugendschutz und die ungewollte Konfrontation mit pornographischen Erzeugnissen. Ein absolutes Verbreitungsverbot wurde nur noch für Darstellungen normiert, die Gewalttätigkeiten, den sexuellen Missbrauch von Kindern oder sexuelle Handlungen von Menschen mit Tieren zum Gegenstand hatten. Dies wurde damit begründet, dass bei einem bloßen Jugendschutz das pornographische Material über den erwachsenen Konsumenten oft in die Hände von Jugendlichen geraten könne. Zudem wurde das absolute Verbot von „harter Pornographie“ mit der Gefahr von Nachahmern sowie der Gefahr der Beeinträchtigung der seelischen Entwicklung von jungen Menschen einschließlich der Heranwachsenden und jungen Erwachsenen begründet.¹⁴⁵⁵

Dadurch traten als Rechtsgüter des § 184 StGB aF neben dem Jugendschutz und dem Schutz vor ungewollter Konfrontation mit Pornographie zwei weitere Rechtsgüter, nämlich der Schutz vor Gewalttaten sowie der Schutz der Entwicklung Heranwachsender und junger Erwachsener.¹⁴⁵⁶

Die Norm des § 184a StGB ist durch das am 01. April 2004 in Kraft getretene Sexualdelikt-ÄndG vom 27. Dezember 2003 (BGBl I, 3007) eingeführt worden und ist an die Stelle von § 184 Abs. 3 StGB aF getreten. Diese Fassung wurde zuletzt durch das am 01. April 1998 in Kraft getretene 6. StRG vom 26. Januar 1998 verschärft.

Mit dem Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches vom 21. Januar 2015 wurde die Vorschrift neu gefasst und einige sprachliche Klarstellungen und Verschärfungen vorgenommen. Zudem wurde die Versuchsstrafbarkeit hinsichtlich der Nummer 1 eingeführt. Die Neufassung diene der Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht.¹⁴⁵⁷

¹⁴⁵⁵ Dreher/Tröndle, StGB, 47. Aufl., § 184 Rdn.: 4

¹⁴⁵⁶ Schroeder: Das 27. Strafrechtsänderungsgesetz- Kinderpornographie, NJW 1993, 2581 m.w.N.

¹⁴⁵⁷ vgl. BT-Drs 18/2601, 24, 29

Die Vorschrift ist als abstraktes Gefährdungsdelikt ausgestaltet worden.¹⁴⁵⁸

II. Normtext

Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer eine pornographische Schrift (§ 11 Abs. 3), die Gewalttätigkeiten oder sexuelle Handlungen von Menschen mit Tieren zum Gegenstand hat,

1. verbreitet oder der Öffentlichkeit zugänglich macht oder
2. herstellt, bezieht, liefert, vorrätig hält, anbietet, bewirbt oder es unternimmt, diese Schrift ein- oder auszuführen, um sie oder aus ihr gewonnene Stücke im Sinne der Nummer 1 oder des § 184d Abs. 1 S. 1 zu verwenden oder einer anderen Person eine solche Verwendung zu ermöglichen.

In den Fällen des Satzes 1 Nummer 1 ist der Versuch strafbar.

III. Rechtsgut

Die geschützten Rechtsgüter entsprechen § 184 StGB. Die Norm bezweckt zunächst den Schutz der Jugend, da sie diese vor sexuellen und psychischen Fehlentwicklungen schützen will, die durch einen Kontakt mit solchen Schriften möglich sein können.¹⁴⁵⁹ Zudem soll durch die Vorschrift eine Gewöhnung an gewalttätige Sexualpraktiken verhindert werden, um eine Gefahr, die durch Nachahmung dieser Praktiken für Sexualpartner bestehen kann, zu vermeiden. Des Weiteren dient sie dem Schutz des Bürgers vor unerwünschter Konfrontation mit derartiger Pornographie.¹⁴⁶⁰

IV. Tatbestände

1. Tatgegenstände

1.1 Pornographie

Der Begriff der Pornographie entspricht dem in § 184 StGB.

Wesentliche Elemente des Pornographiebegriffes stellen nach der Intention des Gesetzgebers die Anstandsverletzung und die Stimulierungstendenz dar.¹⁴⁶¹

¹⁴⁵⁸ Laufhütte/Roggenbuch, LK, 12. Aufl., § 184a Rdn.: 3

¹⁴⁵⁹ Schönke/Schröder/Eisele, StGB, 29. Aufl., § 184a Rdn.:1; Fischer, StGB, § 184a Rdn.: 2

¹⁴⁶⁰ BGHSt 59, S. 181 (zu § 184 StGB); Fischer, a.a.O., § 184a Rdn.: 8

¹⁴⁶¹ BT-Drs. VI/3521, S. 60

1.2 Gewaltpornographie

Voraussetzung ist, dass die pornographische Schrift Gewalttätigkeiten gegen Menschen zum Gegenstand hat. Der Begriff der „Gewalttätigkeit“, der auch an anderen Stellen des Gesetzes vorkommt (§ 113 II Nr. 2, §§ 124, 125, 131 StGB), ist enger als der Begriff der Gewalt. Gewalttätigkeit erfordert die Entfaltung erheblicher physischer Kraft unmittelbar gegen die Person in einem aggressiven Handeln.¹⁴⁶²

Die Gewalt kann der Ausübende auch gegen seinen eigenen Körper richten. Unerheblich ist weiter, ob es sich um ein reales, fiktives oder um ein einverständliches Geschehen handelt¹⁴⁶³. Denn der Gesetzgeber ist davon ausgegangen, dass Gewaltpornographie unabhängig davon, ob die Handlungen fiktiv oder einvernehmlich durchgeführt werden, ein gefährliches Nachahmungspotential besitzt.¹⁴⁶⁴

Die Gewalttätigkeiten müssen im Zusammenhang mit den sexuellen Handlungen stehen (beispielsweise die Darstellung von Sexualmorden, Vergewaltigungen usw.).

1.3 Sodomiepornographie

Voraussetzung ist, dass die Schrift sexuelle Handlungen (im Sinne des § 184h Nr. 1 StGB)¹⁴⁶⁵ von Menschen mit Tieren darstellt. Darunter fallen solche Handlungen, bei denen es zu einem körperlichen sexualbezogenen Kontakt zwischen Mensch und Tier kommt, wobei diese nicht beischlafähnlich sein müssen.¹⁴⁶⁶

2. Tathandlungen

Die Tathandlungen entsprechen teilweise denjenigen des § 184b Abs. 1 StGB. Gegenüber § 184 Abs. 1 StGB sind die Tathandlungen weiter, da zwischen Verbreitungshandlungen an Erwachsenen und an Jugendliche nicht unterschieden wird. Enger sind die Tathandlungen insoweit, als eine Weitergabe und ein Zugänglichmachen an individualisierte einzelne Personen (vgl. § 184 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 6 StGB) nicht erfasst sind. Die Norm erfasst als Tathandlungen weder Besitz noch Besitz-Verschaffen.

2.1 Verbreiten oder der Öffentlichkeit zugänglich machen (Nr. 1)

Verbreiten setzt voraus, dass die Schrift gegenständlich an eine vom Täter nicht mehr individualisierbare Vielzahl anderer Personen weitergegeben wird, wobei das „Auf den Weg bringen“ genügt und es auf die tatsächliche Kenntnisnahme nicht ankommt.

¹⁴⁶² BGH in NJW 1980, S. 66 m.w.N.; Fischer, a.a.O., Rdn.: 5

¹⁴⁶³ Eisele, a.a.O., § 184a, Rdn.: 3; Fischer, a.a.O., § 184a, Rdn.:5, 6:

¹⁴⁶⁴ BT-Drs. 12/3991

¹⁴⁶⁵ Siehe dazu Impuls Prof. Dr. Laubenthal

¹⁴⁶⁶ Fischer, a.a.O., § 184a Rdn.: 8; Eisele, a.a.O., § 184a, Rdn. 4

Der Öffentlichkeit zugänglich machen erfordert, dass für einen unbeschränkten, im Einzelnen nicht überschaubaren Personenkreis die Schrift wahrnehmbar ist (Bsp.: Links auf einer Website).

2.2 Herstellt, bezieht, liefert, vorrätig hält, anbietet, bewirbt, oder es unternimmt, diese Schrift ein- oder auszuführen, um sie oder aus ihr gewonnene Stücke im Sinne der Nummer 1 oder des § 184d Abs. 1 S. 1 zu verwenden oder einer anderen Person eine solche Verwendung zu ermöglichen (Nr. 2)

§ 184a Nr. 2 erfasst *Vorbereitungshandlungen* des Verbreitens oder Zugänglichmachens.

Herstellen

meint das Anfertigen pornographischer Schriften. Hergestellt ist die Schrift mit Erreichen eines Zustands, in dem sie für den fraglichen Zweck geeignet ist. Eine Unterart des Herstellens ist das Vervielfältigen.¹⁴⁶⁷

Beziehen

bedeutet das Erlangen tatsächlicher eigener Verfügungsgewalt durch abgeleiteten Erwerb von einem anderen, gleichgültig, ob dies entgeltlich oder unentgeltlich geschieht. Der bloße Abschluss eines Kaufvertrags ist noch kein Beziehen.

Liefern

setzt eine Übergabe der Sache zur eigenen Verfügungsgewalt des Bestellers voraus. Das unaufgeforderte Gelangenlassen an einen anderen indes genügt nicht.

Vorrätighalten

liegt vor, wenn die Sache zu einem bestimmten Verwendungszweck, wozu auch das Speichern auf der Festplatte eines Computers gehört, besessen wird. Es wird dem Herstellen oder Beziehen zeitlich vielfach nachfolgen. Ein „Vorrat“ ist nicht erforderlich; es genügt, dass einzelne Stücke zur Disposition stehen. Hinzukommen muss jedoch, dass der Täter eigene Verfügungsgewalt besitzt, dh über den Absatz jedenfalls mitbestimmen kann. Das bloße Verwahren ist kein Vorrätighalten.

Anbieten

ist die Vorstufe des Überlassens und bedeutet die ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung, die pornografische Schrift – entgeltlich oder unentgeltlich, vorübergehend oder auf

Dauer – zu überlassen. Das Merkmal des Anbietens ist erfüllt, wenn das Angebot nach seinem Aussagegehalt für den durchschnittlich interessierten und informierten Betrachter erkennbar macht, dass es sich auf Pornographie bezieht; auch versteckte Werbung kann genügen¹⁴⁶⁸.

Bewerben

ist eine Anpreisung der pornographischen Schrift.

Unternehmen des Einführens und Ausführens

setzt voraus, dass die Sache über die Grenze gebracht wird. *Unternommen* (Versuch) ist die Einfuhr bzw. Ausfuhr bereits, wenn die Sache einen grenznahen Ort erreicht hat und von dort aus in Richtung Grenze in Bewegung gesetzt wird¹⁴⁶⁹.

3. Subjektiver Tatbestand

In allen Fällen ist Vorsatz (*dolus eventualis*) erforderlich. Bezüglich der Nr. 2 ist erforderlich, dass der Täter zielgerichtet, also mit Absicht handelt.

4. Rechtswidrigkeit und Schuld

Es gelten die allgemeinen Regeln.

5. Strafraumen

Die Strafandrohung ist im Vergleich zu § 184 StGB höher, da gewalt- und tierpornografische Schriften als gefährlicher eingestuft werden.

V. Diskussionsanregungen zum Reformbedarf des § 184 a StGB

Zunächst muss diskutiert werden, ob eine Pönalisierung der Gewalt- und Sodomiepornographie als sogenannten „harte Pornographie“ vor dem Hintergrund der gesellschaftlichen Entwicklung (neue Medien, Gewaltdarstellungen im Fernsehen) noch mit dem ultima-ratio-Prinzip vereinbar ist. Die reale und fiktive Gewalt wird in den Medien in einem erheblichen Ausmaß dargestellt. Zwischen Erotik und Hardcore-Porno, zwischen Krimi und Gewaltexzessen liegen mitunter nur wenige Klicks im Internet.

Hinzu kommt, dass sexuelle Handlungen an Tieren selber oder einvernehmliche Gewaltanwendungen im Zusammenhang mit sexuellen Handlungen an sich nicht unter Strafe stehen.

¹⁴⁶⁸ BGH in NJW 1987, 449

¹⁴⁶⁹ BGH MDR 83, 685

Des Weiteren bedarf es der Diskussion, ob die Vorschrift vor diesem Hintergrund dem Jugendschutz noch dienen kann. In diesem Zusammenhang fehlen auch Untersuchungen darüber, ob die sexuelle Entwicklung der Jugend durch eine Konfrontation mit derartiger Pornographie tatsächlich beeinflusst wird.¹⁴⁷⁰

Der Zweck der Norm, eine Gewöhnung der Bürger an gewalttätige Sexualpraktiken zu verhindern und ihn vor unerwünschter Konfrontation zu schützen, erscheint angesichts der medialen Präsenz von Pornographie und Gewaltdarstellungen in den „neuen Medien“ nicht mehr begründbar.

VI. Ergebnis

§ 184a 1. Alt. StGB (Gewaltpornographie)

Rechtsgutsanpassung: Jugendschutz; Aufhebung des absoluten Verbotes.

§ 184a 2. Alternative StGB (Sodomiepornographie) dient nur der Sanktionierung von anstößigem Verhalten.¹⁴⁷¹ Die Alternative sollte ersatzlos gestrichen werden.

¹⁴⁷⁰ Siehe dazu Eisele, a.a.O., § 184a Rdn. 1 m.w.N.

¹⁴⁷¹ Eisele, a.a.O., § 184a Rdn.: 1 m.w.N

18b. Andrea Röhrig**Schwierigkeiten beim Tatnachweis**

Das Referat befasst sich mit der Fragestellung, welche Schwierigkeiten in der tatrichterlichen Praxis auftreten können, wenn die „Einverständnislösung“ Grundlage der angestrebten Reform des 13. Abschnittes des Strafgesetzbuches würde.

Ausgeklammert wird dabei bewusst die im Vordergrund stehende Diskussion, ob die „Einverständnislösung“ kriminalpolitisch erstrebenswert ist.

1. These:

In Fällen, in denen die Strafbarkeit dadurch begründet wird,

-- dass der Rechtsgutsträger mit sexuellen Handlungen nicht einverstanden ist, dies dem Täter gegenüber mitgeteilt hat und

-- im weiteren Verlauf der Rechtsgutsträger keine zurückweisenden Handlungen mehr vornimmt, sondern die Ausübung von sexuellen Handlungen erduldet, ist ein Tatnachweis in Konstellationen „Aussage gegen Aussage“ erheblich erschwert bis unmöglich.

2. Ausgangspunkt:

Wenn über bestehende Schwierigkeiten des Tatnachweises in der obigen Konstellation diskutiert werden soll, müssen zunächst die Anforderungen, die die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in Fällen von „Aussage gegen Aussage“ aufstellt, beleuchtet werden. Denn gerade bei Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung finden sich Konstellationen „Aussage gegen Aussage“ oder des von seinem Recht zu Schweigen Gebrauch machenden Angeklagten.

In anderen Konstellationen - die in meiner bisherigen Praxis eher selten vorgekommen sind - in denen weitere Zeugen das Geschehen beobachten oder weitere Beweismittel vorliegen, greifen die nachstehenden Überlegungen und Kritikpunkte nicht, da die erhöhten Anforderungen an die Aussage eines Zeugen in dem Maße abnehmen, in denen weitere Beweismittel/Indizien hinzutreten.

2.1 Erhöhte Darlegungspflichten des Gerichts

Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung greift sowohl bei der Würdigung der Zeugenaussage, als auch bei der Würdigung der Einlassung des Angeklagten (BGHSt 18, 238, 241). Der Tatrichter darf den Angaben eines Zeugen nicht allein deshalb glauben, weil er Anzeigerstatter ist und/oder Opfer einer Straftat sein soll. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts-

hofes verlangt in Fällen, in denen Aussage gegen Aussage steht eine Aussageanalyse (BGH StV 1990, 439). Sie stellt dabei besonders strenge Anforderungen an die Beweiswürdigung des Tatrichters, da die Entscheidung über die Schuld des Angeklagten in diesen Fällen allein davon abhängt, welche Angaben der Tatrichter für richtig hält (StV 1990, 99; BGH NSTZ 2013, 180). Dies erfordert eine Gesamtwürdigung aller Indizien, wobei der Tatrichter für die Beurteilung der Glaubhaftigkeit der Angaben des Zeugen die erforderliche Sachkunde auf dem Gebiet der Aussagepsychologie haben und diese in den Urteilsgründen darlegen muss.

Durch die im Folgenden (verkürzte) Darlegung der Grundsätze der Aussageanalyse werden die Schwierigkeiten beim Tatnachweis aufgezeigt.

2.2 Aussageanalyse

Gegenstand einer aussagepsychologischen Bewertung ist die Beurteilung, ob die auf ein bestimmtes Geschehen bezogenen Angaben einer Auskunftsperson erlebnisfundiert, also wahr sind.

Ausgangspunkt bei der Aussageanalyse ist dabei die **sog. Nullhypothese**, d.h. die Annahme, dass die zu überprüfende Aussage unwahr ist (vgl. dazu BGH in NSTZ 2001, 45ff.).

In einem weiteren Schritt werden zur Überprüfung dieser Annahme weitere Hypothesen gebildet. Erst wenn die Annahme, die Aussage sei unwahr, mit den erhobenen Fakten nicht mehr in Einklang zu bringen ist, wird die Nullhypothese verworfen.

Die Angaben der Auskunftsperson sind zunächst auf ihre **inhaltliche Konsistenz** zu überprüfen. Dem Ansatz liegt die Annahme zugrunde, dass zwischen der Bekundung eines wahren und der Schilderung eines unwahren Vorfalls ein grundlegender Unterschied bezüglich der jeweils zu erbringenden geistigen Leistung der Auskunftsperson besteht.

Ein wahres Geschehen wird aus dem Gedächtnis reproduziert, während ein erfundener Geschehensablauf einer lügenden Auskunftsperson von dieser konstruiert wird. Letzteres stellt bei komplexen Geschehensabläufen hohe Anforderungen an die kognitiven Fähigkeiten der Auskunftsperson. So ist es für eine Auskunftsperson sehr schwierig, ein komplexes Geschehen zu erfinden und über einen längeren Zeitraum gleichbleibend zu wiederholen. Hinzu kommt, dass nebensächliche Details, wie abgebrochene Handlungsabläufe, unerwartete Komplikationen sowie unverständene Handlungselemente bei einer erfundenen Geschichte eher fehlen werden, da ein Lügner sich auf die wesentlichen, zentralen Belastungen beschränken wird. Zudem will der Lügner überzeugen, sodass es sehr wahrscheinlich ist, dass in erfundenen Aussagen Selbstkorrekturen, Selbstbelastungen und das Zugeben von Erinnerungslücken fehlen werden.

Bereits an diesem ersten Schritt wird deutlich, dass für die Überprüfung der Angaben auf ihre inhaltliche Konsistenz in der genannten Fallkonstellation keine ausreichende Grundlage vorhanden ist. Denn in dieser Sachverhaltskonstellation erschöpft sich die Abweichung der Aussagen des Rechtsgutsträgers und des Täters in der Erklärung, zur Ausübung von sexuellen Handlungen nicht bereit gewesen zu sein.

Zu einem vergleichbaren Ergebnis führt die sich anschließende Überprüfung der Aussage der Auskunftsperson auf sogenannte **Realkennzeichen** (zum Beispiel logische Konsistenz, quantitativer Detailreichtum, raum-zeitliche Verknüpfungen, Schilderung ausgefallender Details).

Auch bei diesem Prüfungspunkt wird deutlich, dass in den oben beschriebenen Fällen wegen der geringen Qualität der Angaben diese einer aussagepsychologischen Überprüfung nicht zugänglich sein werden.

Bei der **Konstanzanalyse** wird das von einer Auskunftsperson gezeigte Aussageverhalten insgesamt beleuchtet. Die Konstanzanalyse untersucht dabei aussageübergreifende Qualitätsmerkmale, die sich aus dem Vergleich von Angaben über denselben Sachverhalt zu unterschiedlichen Zeitpunkten ergeben. Aufgezeigt werden Widersprüche, Aussageerweiterungen und Auslassungen.

Aber auch hier wäre das Ergebnis einer Konstanzanalyse nicht aussagekräftig, da auch ein Lügner die minimale Abweichung in den Angaben gleichbleibend wiederholen kann.

Daneben sind von besonderer Bedeutung für die Überprüfung der Aussage die Entstehungsgeschichte, die Fehlerquellenanalyse und die Motivationsanalyse. Jedoch ohne ein Mindestmaß an Qualität der Angaben können diese alleine die Nullhypothese nicht widerlegen.

3. Ergebnis

Für die Beurteilung, ob eine Aussage erlebnisfundiert ist, muss eine ausreichende Grundlage vorliegen, die in der oben skizzierten Sachverhaltsvariante nicht gegeben sein wird. Fehlt es an Realkennzeichen und/oder an Merkmalen der inhaltlichen Konsistenz kann mangels ausreichender Qualität der Aussage diese auf ihren Wahrheitsgehalt hin nicht überprüft werden.

Michaelis-Arntzen, Die Vergewaltigung aus kriminologischer, viktimologischer und aussagepsychologischer Sicht, 2. Aufl., Verlag Beck, München 1984

Undeutsch (Hrsg.), Beurteilung der Glaubhaftigkeit von Aussagen in: Handbuch der Forensischen Psychologie, Göttingen, Hogrefe Verlag

Krüber, H.L./Steller, M. (2005) Psychologische Begutachtung im Strafverfahren – Indikationen, Methoden und Qualitätsstandards, 2. Aufl. Darmstadt, Steinkopff -Verlag

19a. Dr. Ursula Schneider

Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen

6. Sitzung der Kommission zur
Reform des Sexualstrafrechts –
20./21. August 2015

R'in BGH Dr. Schneider

§ 174 StGB

Letzte Änderung:

- 49. Gesetz zur Änderung des Strafrechts – Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht v. 21. Januar 2015, BGBl. I 10
- In Kraft seit 27. Januar 2015

(Gesetzgebungsmaterialien:

Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches – Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht, BT-Drs. 18/2601; Gesetzentwurf d. Bundesregierung, BT-Drs. 18/2954 [Text und Begründung gleichlautend mit BT-Drs. 18/2601]; Beschlussempfehlung und Bericht, BT-Drs. 18/3202)

Zu der erst kürzlich geänderten Rechtslage gibt es noch keine Rechtsprechung.

§ 174 war schon bislang in seiner Struktur unübersichtlich; sie ist noch etwas unübersichtlicher geworden.

Dennoch sind die Änderungen aus meiner Sicht zu begrüßen.

Was ist geändert worden?

§ 174 Abs. 1 StGB

- Körperkontakt zw. Täter + Opfer
- Nr. 1: Unter 16 J. + Anvertrautsein
- Nr. 2: Unter 18 J. + Anvertrautsein od. Unterordnung + Missbrauch d. Abhängigkeit
- Nr. 3: Unter 18 J. + *Abstammungs- oder abstammungsähnliche* Verhältnisse
- FS 3 Mo. – 5 J.

Nach § 174 Absatz 1 Nummer 1 und 2 StGB werden Personen unter 16 bzw. unter 18 Jahren geschützt, die dem Täter zur Erziehung, Ausbildung oder Betreuung in der Lebensführung anvertraut od. innerhalb eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses untergeordnet sind, zu ihm also in einem Obhutsverhältnis stehen. Das war auch bisher so, daran hat sich nichts geändert.

Die Auslegung, die das Tatbestandsmerkmal des „Anvertrautseins zur Erziehung, zur Ausbildung oder zur Betreuung in der Lebensführung“ durch die Rechtsprechung erfahren hat, erschien dem Gesetzgeber (vgl. BT-Drs. 18/2601, S. 26 f.) aber zu eng, um alle strafwürdigen Fälle zu erfassen.

Ergänzungsbedürftig war insbesondere Absatz 1 Nummer 3, der bisher nur sexuelle Handlungen an leiblichen und angenommenen Kindern erfasste .

- Aufgrund eines Redaktionsversehens im „Gesetz zur Annahme als Kind und zur Änderung anderer Vorschriften vom 2. Juli 1976“ (BGBl I 1749) waren die gesetzlichen Vermutungen der Abstammung nach den §§ 1591, 1592 BGB nicht berücksichtigt. Soziale „Scheinväter“ fielen also nicht unter Nr. 3.
- Zudem vernachlässigte die Vorschrift die soziale Bedeutung abstammungsähnlicher sozialer Verhältnisse, seien es Stiefeltern oder Personen, die mit dem Jugendlichen – in der Regel als neuer Lebenspartner eines Elternteiles – in häuslicher Gemeinschaft leben.

Deshalb wurde Absatz 1 Nr. 3 geändert; ich komme noch darauf zurück.

§ 174 Abs. 2 StGB - Neu

- *Körperkontakt zw. Täter + Opfer*
- *Täter = Person, der in einer dazu bestimmten Einrichtung die Erziehung, Ausbildung oder Betreuung in der Lebensführung von Personen unter 18 Jahren anvertraut ist*
 1. *zu der Institution in einem Rechtsverhältnis stehendes Opfer unter 16 J. oder*
 2. *zu der Institution in einem Rechtsverhältnis stehendes Opfer unter 18 J. + Ausnutzung der institutionellen Autoritätsstellung d. Täters*
- *FS FS 3 Mo. – 5 J.*

Neu eingefügt wurde die Regelung in § 174 Abs. 2 StGB.

Denn in § 174 Abs. 1 Nr. 1 StGB war nach Auffassung des Gesetzgebers (vgl. BT-Drs. 18/2601, S. 27) nicht ausreichend berücksichtigt, dass allein die überlegene soziale Rolle des Erwachsenen in einem Erziehungs-, Ausbildungs- oder Betreuungsverhältnis ein dem konkreten Obhutsverhältnis gleichkommendes Machtgefälle zwischen dem Jugendlichen und dem betreffenden Erwachsenen begründet, ohne dass zwischen ihnen ein konkretes Über- und Unterordnungsverhältnis besteht.

Der Gesetzgeber geht davon aus, dass es in den Institutionen selbst innewohnendes Macht- und Autoritätsgefälle gibt, ein strukturelles Ungleichgewicht, das es geraten erscheinen lässt, diese Institutionen von sexuellen Beziehungen im grundsätzlichen Über- und Unterordnungsverhältnis insoweit frei zu halten, als Jugendliche daran beteiligt sind.

Bei Jugendlichen besteht nämlich die Gefahr, dass sie sozial überlegenen erwachsenen Personen auch dann nicht auf gleicher Ebene begegnen und Gebrauch von ihrer sexuellen Selbstbestimmung machen können, wenn kein Obhutsverhältnis im Sinne des § 174 Absatz 1 Nummer 1 oder 2 StGB zu ihnen besteht.

§ 174 Abs. 3 StGB

- Unter den Voraussetzungen des Abs. 1 od. 2
 1. Sexuelle Handlungen vor dem Schutzbefohlenen od.
 2. Bestimmen d. Schutzbefohlenen zu sexuellen Handlungen vor dem Täter – erfasst auch das Bestimmen zu sexuellen Handlungen mit Dritten vor dem Täter
- Freiheitsstrafe (FS) bis 3 J. od. Geldstrafe (GS)

Unverändert blieb der frühere Absatz 2, jetzt Absatz 3.

Die Norm soll „Hands-off-Delikte“ erfassen. Tatsächlich erfasst ist aber auch das Bestimmen zu sexuellen Handlungen mit Dritten vor dem Täter, also eine „Hands-on-Komponente“.

Die Strafdrohung ist geringer als in § 174 Abs. 1 und 2 StGB.

Auch Versuchsstrafbarkeit blieb unverändert; sie ist jetzt in Absatz 4 geregelt.

§ 174 StGB Abs. 5

- Absehen von Strafe
- Wenn *[bei Berücksichtigung des Verhaltens des Schutzbefohlenen]* das Unrecht der Tat gering ist.

Absatz 5 regelt wie der frühere Absatz 4 für die aufgeführten Tatbestandsvarianten die Möglichkeit, von einer Bestrafung abzusehen.

Allerdings wurde das Erfordernis der Berücksichtigung des Verhaltens des Schutzbefohlenen für ein Absehen von Strafe gestrichen.

Zur Begründung führt BT-Drs. 18/2601, S. 28 an:

- Zum einen sollten Schuldzuweisungen in Richtung des betroffenen Jugendlichen verhindert werden.
- Zum anderen sollte gerade im Hinblick auf die erweiterte Strafbarkeit in den Fällen des § 174 Abs. 2 Nr. 1 StGB eine Begrenzung der Strafbarkeit ermöglicht werden, indem andere Aspekte als das Verhalten des Schutzbefohlenen berücksichtigt werden können, z.B. wenn in sehr großen Institutionen der betreffende Erwachsene und der Jugendliche einander außerhalb der Institution kennen gelernt haben und sie sich in ihren jeweiligen sozialen Rollen gar nicht begegnet sind.
- Im Übrigen erlaubt sexualisiertes Verhalten Jugendlicher nicht den Schluss auf einen selbstbestimmten Umgang mit Sexualität; eher ist es im Gegenteil Zeichen einer sozialisationsbedingten Vorschädigung.

Entscheidend für ein Absehen von Strafe sollte allein sein, ob die gesetzliche Fiktion der Einwilligungsunfähigkeit im konkreten Fall unzutreffend ist (vgl. LK-Hörnle, StGB , 12. Aufl., § 174 Rn. 70).

Geschlossene Lücken: Abs. 1 Nr. 3

- *„Wer sexuelle Handlungen ... an einer Person unter achtzehn Jahren, die sein leiblicher oder rechtlicher Abkömmling ist oder der seines Ehegatten, seines Lebenspartners oder einer Person, mit der er in eheähnlicher oder lebenspartnerschaftsähnlicher Gemeinschaft lebt,“*
- Behebung eines redaktionellen Versehens
- Ausdehnung auf alle „Abkömmlinge“: Auch Großväter (–mütter) können Täter(innen) sein
- Ausdehnung auf abstammungsähnliche Verhältnisse

Insbesondere die Änderung von Absatz 1 Nummer 3 ist aus meiner Sicht zu begrüßen.

Mit ihr werden empfindliche Strafbarkeitslücken geschlossen:

- Das gilt weniger für die Erfassung von „Scheinvätern“. Mir sind keine Fälle bekannt, in denen es nicht zu einer Verurteilung wegen sexuellen Missbrauchs einer Schutzbefohlenen gekommen ist, weil die leibliche Vaterschaft erfolgreich angezweifelt wurde.
- Zu begrüßen ist aber die Ausdehnung auf Großväter. Konstellationen, in denen es die Großväter sind, die ihre Enkelinnen missbrauchen, sind nicht so selten. Der Missbrauch hat dann oft schon während der Kindheit begonnen.
- Insbesondere zu begrüßen ist jedoch die Ausdehnung auf familienähnliche Konstellationen, in denen z.B. der neue Lebenspartner der Mutter deren Tochter missbraucht und keine Erziehungsverantwortung übernommen hat.

Geschlossene Lücken: Abstammungsähnliche Verhältnisse

Bisher, vgl. z.B. BGH, Beschluss vom 27. Oktober 1992 – 1 StR 690/92:

- Allein der Umstand, dass Stiefvater und Stieftochter in einem gemeinsamen Haushalt leben, begründet noch kein Obhutsverhältnis iSd § 174 Abs. 1 Nr. 1 StGB .
- Entscheidend ist, ob der Stiefvater zur Tatzeit der Stieftochter - aufgrund ausdrücklichen oder stillschweigenden Einvernehmens mit der sorgeberechtigten Mutter - nach der tatsächlichen Gestaltung der Lebensverhältnisse so übergeordnet war, dass er sich nach der Art eines Vaters verantwortlich fühlte und die Lebensführung der Stieftochter überwachte und leitete, oder dass ihn zumindest die Stieftochter als Vertrauensperson anerkannt hätte.



D.h.: Jugendliche waren in ihrem häuslichen Umfeld den Übergriffen von Stiefvätern und Lebens(abschnitts)gefährten der Mutter weitgehend ohne Strafrechtsschutz ausgesetzt, wenn diese keine Erziehungsaufgaben übernommen hatten.

Der strafrechtliche Schutz von Jugendlichen im engsten sozialen Umfeld war bisher nämlich davon abhängig, dass der Erwachsene Erziehungsverantwortung übernahm.

Das vernachlässigte die soziale Bedeutung von Lebensverhältnissen, die der Elternschaft ähnlich sind.

Letztlich wurde damit der verantwortungslose Erwachsene privilegiert, vgl. Hörnle, Festschrift Schöch, S. 410:

„Je asozialer die Verhältnisse beschaffen sind und je egoistischer der nicht leibliche Vater, der gegenwärtige Gefährte der Mutter oder ein Großeltern teil agieren, umso größer wird die Freiheit zu sexuellen Übergriffen“.

Geschlossene Lücken: Abs. 2 „Vertretungslehrer“

Bisher (vgl. BGH, Beschluss vom 25. April 2012 – 4 StR 74/12):

- Voraussetzung eines Obhutsverhältnisses im Sinne des § 174 Abs. 1 Nr. 1 StGB: Beziehung zwischen Täter und Opfer, aus der sich für den Täter das Recht und die Pflicht ergibt, Erziehung, Ausbildung oder Lebensführung des Schutzbefohlenen und damit dessen geistig-sittliche Entwicklung zu überwachen und zu leiten.
- Ein Obhutsverhältnis ist grundsätzlich zu bejahen, wenn der Täter zur Zeit des Missbrauchs Klassen- oder Fachlehrer des Opfers war.
- Erteilte der Täter lediglich Vertretungsunterricht oder kam er mit dem Opfer nur im Rahmen von Veranstaltungen außerhalb des regulären Unterrichts in Kontakt, so bedarf es genauer Darlegung, inwieweit dadurch eine Obhutsbeziehung begründet wurde.
- Jedenfalls an größeren Schulen mit einem für den einzelnen Schüler nur schwer überschaubaren Lehrerkollegium ergibt es sich nicht schon aus der bloßen Zugehörigkeit von Lehrern und Schülern zu derselben Schule, sondern regelmäßig erst mit der Zuweisung eines Schülers an einen bestimmten Lehrer, der dadurch die in § 174 Abs. 1 StGB vorausgesetzten Pflichten übernimmt.

Nach der Rechtsprechung des BGH war ein über das bloße öffentlich-rechtliche Schulverhältnis hinausgehendes Abhängigkeitsverhältnis zwischen dem in einer Schule unterrichtenden Lehrer und einer in derselben Schule unterrichteten Schülerin erforderlich (vgl. auch BGH, Beschluss vom 06. Mai 2014 – 4 StR 503/13, denselben Fall wie der o.g. Beschluss vom 25. April 2012 betreffend; bezugnehmend auf den o.g. Beschluss: OLG Koblenz, Beschluss vom 17. März 2014 – 1 Ws 56/14).

Geschlossene Lücken: Abs. 2

Jetzt:

- Körperkontakt zw. Täter + Opfer
- Täter = Person, der in einer dazu bestimmten Einrichtung die Erziehung, Ausbildung oder Betreuung in der Lebensführung von Personen unter 18 Jahren anvertraut ist,
- Opfer:
 1. Person unter 16 Jahren, die zu dieser Einrichtung in einem Rechtsverhältnis steht, das ihrer Erziehung, Ausbildung oder Betreuung in der Lebensführung dient,
 2. Person unter 18 Jahren + „Ausnutzung“ der Stellung des Täters

Aufgrund des Erfordernisses des „Ausnutzens“ erscheint mir nicht die in der Kommission bereits angesprochene Gefahr zu bestehen, dass breitflächig sexuelle Beziehungen z.B. zwischen Universitätsassistenten und 17jährigen Studentinnen kriminalisiert werden.

Besser wäre aber wohl gewesen, insoweit von „Missbrauch“ der Stellung des Täters zu sprechen. Das Gesetz verwendet diesen Ausdruck in vergleichbaren Fällen, wenn sich der Täter seine eigene Stellung zunutze macht, vgl. z.B. § 174 Abs. 1 Nr. 2, § 174a Abs. 1, § 240 Abs. 4 Nr. 3 StGB, während von „Ausnutzen“ bei der Zurnutzemachung einer besonderen Opferlage gesprochen wird, vgl. § 174a Abs. 2, § 179 Abs. 1, § 182 Abs. 1 und 3 StGB. Ganz durchgehalten wird diese Differenzierung aber nicht, vgl. § 174b Abs. 1, § 174c StGB.

Ob die Neuregelung in § 174 Abs. 2 StGB erforderlich war, kann mit Blick auf § 182 Abs. 3 StGB bezweifelt werden. Dieser erfasst wohl die insoweit strafwürdigen Fälle. Seine Handhabung durch die Praxis ist aber schwieriger, weil er die Feststellung fordert, dass dem Opfer gegenüber dem Täter die Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung fehlt. § 174 Abs. 2 StGB knüpft demgegenüber an formale Kriterien an.

§ 182 Abs. 3 StGB

Eine Person über 21 Jahre, die eine Person unter 16 Jahren dadurch missbraucht, dass sie

1. sexuelle Handlungen an ihr vornimmt oder an sich von ihr vornehmen lässt oder
2. diese dazu bestimmt, sexuelle Handlungen an einem Dritten vorzunehmen oder von einem Dritten an sich vornehmen zu lassen,

und dabei die *ih* **gegenüber** fehlende Fähigkeit des Opfers zur sexuellen Selbstbestimmung ausnutzt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Auch § 182 Abs. 3 StGB hat eine Änderung erfahren.

Mit ihr sollte klargestellt werden, dass das Tatbestandsmerkmal „fehlende Fähigkeit des Opfers zur sexuellen Selbstbestimmung“ nicht im Sinne eines situationsunabhängigen Zustandes zu interpretieren ist, in dem der unter 16 Jahre alte Jugendliche generell, also gleich wem gegenüber und unter welchen Umständen, unfähig ist, in sexuelle Handlungen wirksam einzuwilligen, vgl. BT-Drs. 18/2601, S. 29

Um eine „Klarstellung“ handelt es sich insofern, als es auch bisher für die Feststellung der fehlenden Selbstbestimmungsfähigkeit nicht nur auf die Opfer-, sondern auch auf die Täterpersönlichkeit und das Verhältnis zwischen Täter und Opfer ankam (vgl. Fischer, StGB, 62. Aufl., § 182 Rn. 13). Es dürfte nämlich eher selten sein, dass Jugendliche generell nicht in der Lage sind, Bedeutung und Tragweite sexueller Beziehungen angemessen zu erfassen, und nur unter bestimmten Umständen vorkommen, etwa bei geistiger Behinderung oder Entwicklungsverzögerung (vgl. LK-Hörnle, a. a. O. § 182 Rn. 62).

Praktisch relevant dürften dagegen Fallgestaltungen sein, die durch ein Machtgefälle zwischen Jugendlichem und Erwachsenen gekennzeichnet sind, das es dem Jugendlichen erschwert, diesem betreffenden Erwachsenen gegenüber eine freiverantwortliche Entscheidung über das Eingehen einer sexuellen Beziehung zu treffen.

BLEIBT ETWAS ZU TUN?

(und wenn ja: was?)

Baustelle § 174 Abs. 1 StGB

Abschichtung des Tatbestandes und der Altersgrenzen:

- Nr. 1: Unter 16 J. + Anvertrautsein = Totalverbot
- Nr. 2: Unter 18 J. + Anvertrautsein od. Unterordnung + Missbrauch d. Abhängigkeit = relatives Verbot
- Nr. 3: Unter 18 J. + Abstammungs- oder abstammungsähnliche Verhältnisse = Totalverbot

Das Verhältnis zwischen den Nummern 1 und 2 einerseits und der Nummer 3 des Absatzes 1 andererseits ist nach der Erweiterung der Nummer 3 problematisch:

- Vor der Erweiterung waren nur Kindschaftsverhältnisse erfasst. Eine Relativierung des Verbots sexueller Handlungen an leiblichen oder angenommenen Kindern durch zusätzliche Forderung eines Missbrauchs eines Abhängigkeitsverhältnisses, das nicht einmal zwingend tatsächlich bestehen muss, hätte zu Spannungen mit dem in § 173 Abs. 1 StGB (Beischlaf mit leiblichen Abkömmlingen) normierten Inzestverbot geführt.
- Durch die Gesetzesänderung ist der Tatbestand des § 174 Abs. 1 Nr. 3 StGB erheblich erweitert worden.
- Die in den Nummern 1 und 2 des Tatbestandes umschriebenen Abhängigkeitsverhältnisse im Rahmen des Anvertrautseins zur Erziehung oder zur Betreuung in der Lebensführung ähneln in ihrem sozialen Gehalt den in Nummer 3 erfassten und können ähnlich stark ausgeprägt sein.
- Spätestens nach der Erweiterung der Nummer 3 ist es deshalb nicht mehr nachvollziehbar, warum Jugendliche in Erziehungs- oder Betreuungsverhältnissen, also z.B. Pflegekinder, nur bis zur Vollendung des 16. Lebensjahres „total“ gegen sexuelle Übergriffe geschützt sind.
- Daher wäre eine Neustrukturierung des Tatbestandes des § 174 Abs. 1 StGB entsprechend dem Vorschlag im Impulsreferat von *Wolters* „Wertungswidersprüche bei den Schutzaltersgrenzen...“, S. 11 (§174 Abs. 1 + 2 E), zu begrüßen.

- Allerdings ist **zu diskutieren, ob** **Ausbildungsverhältnisse nicht wie Arbeitsverhältnisse behandelt** werden sollten.

Baustelle: Häusliche Gemeinschaft?

- Vorschlag, alle mit dem Täter in häuslicher Gemeinschaft lebenden Jugendlichen besser zu schützen:
- § 174 Abs. 1 S. 2 StGB-E Fraktionsentwurf, BT-Drs. 18/2601:

„Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer an einer mit ihm in häuslicher Gemeinschaft lebenden Person unter 16 Jahren sexuelle Handlungen vornimmt oder an sich von ihr vornehmen lässt und dabei ihre ihm gegenüber fehlende Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung ausnutzt.“

Mit dieser Ergänzung sollten in erster Linie die jetzt unter § 174 Abs. 1 Nr. 3 StGB fallenden Fallkonstellationen erfasst werden.

Aber es sind auch andere Sachverhalte denkbar, in denen die häusliche Gemeinschaft die Ausnutzung der dem Opfer gegenüber dem Täter fehlenden Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung begünstigt, etwa beim Zusammenleben von Jugendlichen und jungen Erwachsenen in einer Wohngemeinschaft oder bei Stiefgeschwistern. Auch solche sollten mit der vorgeschlagenen Vorschrift ausdrücklich erfasst werden.

Das ging dem Rechtsausschuss allerdings zu weit: Er hat in seiner Beschlussempfehlung moniert, dass dies den Begriff des „Schutzbefohlenen“ überdehne (vgl. BT-Drs. 18/3202 S. 26). Das erscheint zutreffend.

Richtig ist allerdings die Erwägung des Fraktions- bzw. Regierungsentwurfs, dass es Fälle gibt, in denen es gerade die häusliche Gemeinschaft ist, die einen Jugendlichen besonders anfällig für sexuelle Übergriffe machen und besondere Gefahrenlagen schaffen kann, weil sich das Opfer dem Täter nicht entziehen kann. Insoweit dürfte aber § 182 Abs. 3 StGB einschlägig sein, der dieselbe Strafdrohung vorsieht.

Deshalb besteht m.E. insoweit kein gesetzgeberischer Handlungsbedarf.

Baustelle: Bestimmen zu sexuellen Handlungen mit Dritten

- Nicht ausdrücklich in § 174 StGB geregelt.
- Fällt nur dann unter § 174 Abs. 3 Nr. 2 StGB, wenn sie vor dem Täter vorgenommen werden.
- Unstimmigkeiten zu § 176 Abs. 2 StGB
- Strafbarkeitslücken?

Es gibt in § 174 StGB keine Tatbestandsalternative, die – wie § 176 Abs. 2 StGB – das Bestimmen des Schutzbefohlenen zu sexuellen Handlungen mit Dritten erfasst.

Das Bestimmen zu sexuellen Handlungen mit Dritten kann zwar unter § 174 Abs. 3 Nr. 2 StGB fallen, aber nur dann, wenn sie vor dem Täter vorgenommen werden.

Es ist also nicht nach § 174 Abs. 3 Nr. 2 StGB strafbar, wenn z.B. ein Stiefvater seine über 14jährige Stieftochter zu sexuellen Handlungen mit seinem „Kumpel“ bestimmt, ohne selbst dabei zuzuschauen.

Das begründet m.E. eine tatbestandliche Unstimmigkeit zu § 176 Abs. 2 StGB.

Aber: Führt es auch zur Strafbarkeitslücken?

Baustelle: Bestimmen zu sexuellen Handlungen mit Dritten

- § 180 Abs. 2: Unter 18 J. + gegen Entgelt
- § 180 Abs. 3: Unter 18 J. + Anvertrautsein od. Unterordnung + Missbrauch d. Abhängigkeit (=Voraussetzungen wie § 174 Abs. 1 Nr. 2)
- § 182 Abs. 1 Nr. 2: Unter 18 J. + Ausnutzung einer Zwangslage
- § 182 Abs. 3 Nr. 2: Täter über 21 J. + Opfer unter 18 J. + Ausnutzung der dem Täter gegenüber fehlenden Selbstbestimmungsfähigkeit

Es gibt eine Vielzahl von Regelungen, die ein Bestimmen von Jugendlichen zu sexuellen Handlungen mit Dritten erfassen, siehe Folie.

Uneinheitlich ist dabei die rechtliche Behandlung sexueller Handlungen vor einem Dritten:

- Sie werden erfasst in § 180 Abs. 2 und 3 StGB.
- Sie werden nicht erfasst in § 182 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 Nr. 2 StGB.

Angesichts dieses Regelungswirrwarrs ist schwer zu erkennen, ob es „Strafbarkeitslücken“ gibt, wenn ein Person einen Jugendlichen oder eine Jugendliche im Rahmen eines der in § 174 Abs. 1 StGB beschriebenen Abhängigkeitsverhältnisse zu sexuellen Handlungen mit einem Dritten bestimmt.

Jedenfalls ist aber das Regelungswirrwarr selbst schwer zu ertragen.

Um eine gewisse Vereinheitlichung zu erzielen, sollte daher wenigstens die Regelung des § 180 Abs. 3 StGB in § 174 StGB überführt werden.

Baustelle: § 174 Abs. 3 StGB

„Wer unter den Voraussetzungen des Absatzes 1 oder 2

- 1. sexuelle Handlungen vor dem Schutzbefohlenen vornimmt oder*
- 2. den Schutzbefohlenen dazu bestimmt, dass er sexuelle Handlungen vor ihm vornimmt,*

um sich oder den Schutzbefohlenen hierdurch sexuell zu erregen,

wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.“

Baustelle: § 174 Abs. 3 StGB

- Objektiver Tatbestand
- Subjektiver Tatbestand:
Absicht des Täters, sich selbst oder den Schutzbefohlenen sexuell zu erregen.
- Strafdrohung

Baustelle Objektiver Tatbestand § 174 Abs. 3 Nr. 2 StGB

- Der Schutzbefohlene muss (aktiv) sexuelle Handlungen vornehmen.
- Keine Strafbarkeit nach § 174 Abs. 3, wenn ein Schutzbefohlener dazu veranlasst wird, in passiver Weise zu dulden, dass Dritte an ihm vor dem Täter sexuelle Handlungen vornehmen.

§ 174 Abs. 1 StGB unterscheidet zwischen „vornehmen“ und „an sich vornehmen lassen“.

Da die zweite Handlungsalternative in § 174 Abs. 3 Nr. 2 StGB fehlt, ist dessen Anwendbarkeit auf eigene Aktivitäten des Minderjährigen beschränkt, die über ein bloßes Dulden hinausgehen (vgl. LK-Hörnle, a. a. O. § 174 StGB, Rn. 43)

Dieser Unterschied zu § 176 Abs. 2 StGB („...wer ein Kind dazu bestimmt, dass es sexuelle Handlungen an einem Dritten vornimmt oder von einem Dritten an sich vornehmen lässt“) ist nicht nachvollziehbar.

Baustelle Subjektiver Tatbestand § 174 Abs. 3 StGB

- Absicht, sich oder den Schutzbefohlenen sexuell zu erregen
- Keine Strafbarkeit nach § 174 Abs. 3 StGB, wenn der Täter nicht in dieser Absicht handelt, sondern von den sexuellen Handlungen des Schutzbefohlenen mit einem Dritten pornographische Aufnahmen zum Zweck ihrer Vermarktung macht.

Derartige Fälle sind nicht weniger strafwürdig als solche, in denen der Täter aus sexuellen Motiven handelt.

Für die Verletzung der Intimsphäre des Minderjährigen sind die Absichten des Täters nicht relevant (vgl. LK-Hörnle, a. a. O. § 174 StGB, Rn. 49)

Freilich sind derartige Fälle nach § 184c Abs. 1 Nr. 3 StGB (Herstellung jugendpornographischer Schriften) mit derselben Strafe (FS bis 3 J. oder GS) wie nach § 174 Abs. 3 bedroht. Der Umstand, dass ein Schutzbefohlener zum Objekt pornographischer Aufnahmen gemacht wird, wird in der Regel strafscharfend bewertet werden.

Allerdings sind weitere Fälle von nicht in „Erregungsabsicht“ vorgenommenen sexuellen Handlungen denkbar, die im Hinblick auf das geschützte Rechtsgut nicht weniger strafwürdig erscheinen als solche, die mit „Erregungsabsicht“ vorgenommen werden. Auch ist § 174 Abs. 3 StGB die einzige Norm des Sexualstrafrechts, die eine solche Absicht fordert.

Es stellt sich also die Frage, ob auf das subjektive Tatbestandsmerkmal der „Erregungsabsicht“ verzichtet werden sollte.

Baustelle Strafdrohung

- §174 Abs. 1 + 2 StGB: FS 3 Mo. - 5 J.
- § 174 Abs. 3 StGB: GS od. FS - 3 J.
- Ist diese Abschichtung der Strafdrohungen gerechtfertigt?

- Das geringere Strafniveau ergibt sich aus dem Umstand, dass Handlungen ohne Körperkontakt die Intimsphäre weniger intensiv verletzen und deshalb meist deutlich geringeres Erfolgsunrecht verwirklichen als solche mit Körperkontakt.
- Das gilt aber nur für § 174 Abs. 3 Nr. 1 StGB (Handlungen vor dem Schutzbefohlenen).
- Wird der Schutzbefohlene im Fall des § 174 Abs. 3 Nr. 2 StGB dazu bestimmt, selbst vor dem Obhutspflichtigen sexuelle Handlungen vorzunehmen, bedeutet dies in der Regel eine größere Demütigung als die nur passive Zuschauerrolle.
- Das gilt insbesondere dann, wenn Dritte im Spiel sind, also die sexuelle Handlung mit einem Dritten unter Beobachtung des Täters vorgenommen wird. Dann liegt auch „keine Handlung ohne Körperkontakt“ mehr vor.
- Hier entspricht der Unrechtsgehalt von Taten nach Nummer 2 denen von Absatz 1 und 2.
- Dem trägt auch die Strafdrohung in § 176 Abs. 2 StGB (Bestimmen des Kindes zu sexuellen Handlungen mit Dritten) Rechnung, die der Strafdrohung des § 176 Abs. 1 StGB entspricht.
- Nicht ausreichend durch die Strafdrohung abgedeckt erscheinen auch Fälle der Nummer 2, in denen der Täter nicht nur zur sexuellen Erregung handelt, sondern auch, um Foto- oder Filmaufnahmen vom Schutzbefohlenen anzufertigen; hierdurch wird der Eingriff in die Intimsphäre erheblich des Jugendlichen erheblich vertieft .
- Es stellt sich daher die Frage, ob die für Fälle des § 174 Abs. 3 Nr. 2 StGB vorgesehene Strafdrohung ausreicht.

Empfehlungen I

- Neustrukturierung des Tatbestandes des § 174 Abs. 1 StGB:
 - Totalverbot sexueller Handlungen an unter 18jährigen in abstammungs- oder abstammungsähnlichen Verhältnissen sowie in Erziehungs- oder Betreuungsverhältnissen
 - Relatives Verbot sexueller Handlungen an unter 18jährigen bei Unterordnung in Ausbildungs- und Arbeitsverhältnissen
- Neustrukturierung des Tatbestandes des § 174 Abs. 1 StGB und Vereinheitlichung der Altersgrenze entsprechend dem *Vorschlag im Impulsreferat von Wolters*.

Empfehlungen II

- Schaffung einer Parallelregelung zu § 176 Abs. 2 StGB = Bestimmen zu sexuellen Handlungen mit Dritten mit derselben Strafdrohung wie § 174 Abs. 1 StGB
- § 180 Abs. 3 StGB könnte dann entfallen.
- In § 176 Abs. 3 StGB sollte das Absichtskriterium entfallen.

Regelungsvorschlag**§ 174 StGB: Missbrauch v. Jugendlichen in
Abhängigkeitsverhältnissen**

- (1) Wer an einer Person unter 18 Jahren, die*
- 1. sein leiblicher oder rechtlicher Abkömmling ist, oder*
 - 2. leiblicher oder rechtlicher Abkömmling seines Ehegatten,
...ist, oder*
 - 3. ihm zur Erziehung oder Betreuung in der Lebensführung
anvertraut ist,*
- sexuelle Handlungen vornimmt oder an sich von dieser Person
vornehmen lässt, wird ... bestraft.*

Absätze 1 und 2 entsprechen im Wesentlichen dem Vorschlag von Wolters (a. a. O.). Allerdings sollten Ausbildungsverhältnisse wie Dienst- und Arbeitsverhältnisse behandelt werden, da sie diesen näher stehen als den Erziehungs- und Betreuungsverhältnissen.

Regelungsvorschlag

(2) Ebenso wird bestraft, wer an einer Person unter achtzehn Jahren, die ihm im Rahmen eines Ausbildungs-, Dienst- oder Arbeitsverhältnisses untergeordnet ist, unter Missbrauch der damit verbundenen Abhängigkeit sexuelle Handlungen vornimmt oder von ihr an sich vornehmen lässt.

(3) bisheriger Absatz 2 - Ersetzung des Wortes „Ausnutzung“ durch „Missbrauch“

Regelungsvorschlag

(4) Wer unter den Voraussetzungen des Absatzes 1, 2 oder 3 die [schutzbefohlene] minderjährige Person dazu bestimmt, dass sie sexuelle Handlungen an einem Dritten vornimmt oder von einem Dritten an sich vornehmen lässt, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis fünf Jahren bestraft.

Das Bestimmen zu Handlungen mit Körperkontakt mit Dritten sollte mit derselben Strafdrohung wie in Absätzen 1 bis 3 versehen werden.

Regelungsvorschlag

(5) Wer unter den Voraussetzungen des Absatzes 1, 2 oder 3

- 1. sexuelle Handlungen vor der [schutzbefohlenen] minderjährigen Person vornimmt oder*
- 2. die [schutzbefohlene] minderjährige Person dazu bestimmt, dass sie sexuelle Handlungen vor ihm oder einer dritten Person vornimmt,*

wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe, in besonders schweren Fällen der Nummer 2 mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis fünf Jahren bestraft.

Für Handlungen ohne Körperkontakt soll zwar grundsätzlich eine geringere Strafdrohung gelten, jedoch sollte für besonders schwere Fälle der Nummer 2 ein höherer Strafraumen (entsprechend demjenigen der Absätze 1 und 2) vorgesehen werden.

Regelungsvorschlag

(6) bisheriger Abs. 4

(7) In den Fällen des Absatzes 1 Nummer 2 oder 3, des Absatzes 2, 3 oder 5 kann das Gericht von einer Bestrafung nach dieser Vorschrift absehen, wenn das Unrecht der Tat gering ist.

In Fällen des Absatzes 4 – Bestimmen zu sexuellen Handlungen mit Dritten – erscheint mir eine Absehungsmöglichkeit unangebracht.

19b. Dr. Ursula Schneider**Strafbarkeitslücken bei sexuellen Handlungen zum Nachteil von eingeschränkt widerstandsfähigen Personen?**¹⁴⁷²

Die Einschränkung der Widerstandsfähigkeit einer Person gegenüber sexuellen Ansinnen einer anderen Person kann auf sehr unterschiedlichen Umständen beruhen. In Frage kommen insbesondere

- pathologische körperliche oder seelische Zustände oder
- nicht pathologische Charakterzüge (z.B. Schüchternheit) der angegriffenen Person,
- ihre körperliche, geistige, seelische oder soziale Unterlegenheit gegenüber dem oder
- ihre Abhängigkeit vom Angreifer oder
- ihre schlichte „Überforderung“ mit der Situation.

Da mögliche Strafbarkeitslücken im Kontext eines Reformbedarfs bei § 179 StGB diskutiert werden sollen, beschränkt sich diese Analyse auf den Schutz von Personen, die **aufgrund eines in § 179 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 StGB genannten Zustandes** in ihrer Widerstandsfähigkeit gegenüber sexuellen Ansinnen eingeschränkt sind. Dabei legt sie eine Auswertung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zugrunde, da diese es ist, die auf der Grundlage des geltenden Rechts die Rechtswirklichkeit bestimmt.

1. Strafrechtsschutz durch § 179 StGB

1.1. § 179 StGB schützt das sexuelle Selbstbestimmungsrecht von Personen, die aus psychischen oder körperlichen Gründen zu seiner Ausübung nicht in der Lage sind.¹⁴⁷³ Er wurde durch das Vierte Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 23. November 1973 (BGBl. I S. 1725) eingeführt. Zwischenzeitliche Gesetzesänderungen¹⁴⁷⁴ haben den Anwendungsbereich der Norm erweitert (insbes. Aufhebung der Beschränkung auf außereheliche sexuelle Handlungen; Einführung der Versuchsstrafbarkeit; Einbeziehung sexueller Handlungen mit Dritten), den Strafraum erhöht und weitere Strafverschärfungen vorgenommen, ließen aber die Voraussetzung der Widerstandsunfähigkeit und die sie begründenden Zustände – abgesehen von redaktionellen Änderungen – im Wesentlichen unberührt.

¹⁴⁷² Das Thema habe ich aus redaktionellen Gründen neu gefasst.

¹⁴⁷³ vgl. Fischer, StGB, 62. Aufl., § 179 Rn. 2; LK-Hörnle, 12. Aufl., § 179 StGB, Rn. 2

¹⁴⁷⁴ durch das 33. Strafrechtsänderungsgesetz vom 1. Juli 1997 (BGBl. I S. 1607), das Sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 26. Januar 1998 (BGBl. I S. 164, 704) und – zuletzt – das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften vom 27. Dezember 2003 (BGBl. I S. 3007)

1.2. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann **Opfer einer Tat nach § 179 StGB** nur sein, wer aufgrund einzelner, in Absatz 1 näher beschriebener Gegebenheiten **unfähig** ist, einen ausreichenden Widerstandswillen gegen das sexuelle Ansinnen des Täters zu bilden, zu äußern oder durchzusetzen.¹⁴⁷⁵ Eine nur vorübergehende Widerstandsunfähigkeit genügt.¹⁴⁷⁶ Als Ursache einer solchen Unfähigkeit kommen nach Absatz 1 Nr. 1 nicht nur geistig-seelische Erkrankungen, sondern auch sonstige geistig-seelische Beeinträchtigungen in Betracht, die sich etwa aus einem Zusammentreffen einer besonderen Persönlichkeitsstruktur des Opfers und seiner Überforderung durch die Tatsituation infolge Überraschung, Schreck oder Schock ergeben.¹⁴⁷⁷ Für die Beurteilung der relevanten Beeinträchtigung sind die Grundsätze zu den Fragen der Bewusstseinsstörung und „seelischen Abartigkeit“ eines Täters entsprechend anwendbar.¹⁴⁷⁸ Das Tatgericht hat aufgrund einer **Gesamtbetrachtung**, in die auch die Besonderheiten des Tatgeschehens einzubeziehen sind, die geistig-seelische Verfassung des Opfers und deren konkrete Auswirkung auf sein Verhalten zu prüfen.¹⁴⁷⁹

1.3. **Widerstandsunfähigkeit** des Opfers wurde vom BGH insbesondere angenommen bei **Schlafenden** (= tiefgreifende Bewusstseinsstörung im Sinne des StGB § 179),¹⁴⁸⁰ bei **Bewusstlosigkeit**,¹⁴⁸¹ „**hochgradigem Schwachsinn**“¹⁴⁸² und **schwerem Alkoholrausch**.¹⁴⁸³ Eine **schwere reaktive Depression** kann dazu führen, dass das Opfer nicht in der Lage ist, gegenüber dem sexuellen Ansinnen des Täters einen Widerstandswillen zu bilden.¹⁴⁸⁴ Auch die **völlige Erschöpfung** kann einer psychischen Störung gleichzu-

¹⁴⁷⁵ BGH, Urteil vom 15. März 1989 – 2 StR 662/88, BGHSt 36, 145, 147; Beschlüsse vom 28. Oktober 2008 – 3 StR 88/08, NStZ 2009, 324, 325; vom 18. August 2011 – 4 StR 338/11, NStZ 2012, 150 f.

¹⁴⁷⁶ vgl. BGH, Beschluss vom 21. April 2005 – 4 StR 89/05

¹⁴⁷⁷ BGH, Beschlüsse vom 23. November 2010 – 3 StR 410/10, NStZ 2011, 210, und vom 22. Februar 2005 – 4 StR 9/05, StV 2005, 439; Urteil vom 15. März 1989 – 2 StR 662/88, BGHSt 36, 145, 147: Das Opfer war von dem Vorgehen des Angeklagten, „das ihr äußerst peinlich war, völlig überrascht und fand kaum Worte“; der Angeklagte ließ von ihr nicht ab, weil er - vor allem wegen der ihm bekannten schwach ausgeprägten psychischen Widerstandsfähigkeit seiner Patientin, die überdies auf Grund der Gesamtsituation erkennbar vor Schreck und Erstaunen wie benommen war - davon ausging, von der Frau keine Gegenwehr befürchten zu müssen und sein Vorhaben besonders leicht erreichen zu können.

¹⁴⁷⁸ vgl. BGH, Urteil vom 15. März 1989 – 2 StR 662/88, BGHSt 36, 145

¹⁴⁷⁹ BGH, Beschlüsse vom 1. April 2003 – 4 StR 96/03, NStZ 2003, 602, und vom 23. September 1997 – 4 StR 433/97, NStZ 1998, 83

¹⁴⁸⁰ Urteil vom 24. September 1991 – 5 StR 364/91, BGHSt 38, 68

¹⁴⁸¹ hier aufgrund vom Täter ohne sexuelle Absichten ausgeübter Gewalt: BGH, Beschluss vom 20. Oktober 1999 – 2 StR 397/99, NStZ 2000, 140

¹⁴⁸² Urteil vom 06. Dezember 1983 – 1 StR 651/83 –, BGHSt 32, 183: 14 3/4 Jahre altes, körperlich voll entwickeltes Mädchen, das infolge einer bei ihm mit hochgradigem Schwachsinn einhergehenden autistischen Erkrankung in extremer Selbstbezogenheit lebt und in seiner affektiven Entwicklung nur den Stand eines einjährigen Kindes erreicht hat

¹⁴⁸³ Urteil vom 20. Dezember 2007 – 4 StR 459/07, Opfer war „schlafend zusammengesackt“

¹⁴⁸⁴ vgl. Sachverhalt bei BGH, Beschluss vom 07. Juni 2005 – 2 StR 122/05, BGHSt 50, 138 ff.

setzen sein, die die Unfähigkeit des Opfers zur Folge hat, einen Willensentschluss überhaupt zu fassen oder einen körperlichen Widerstand auszuüben.¹⁴⁸⁵

Die Widerstandsunfähigkeit braucht **keine absolute** in dem Sinne zu sein, dass die betroffene Person überhaupt nicht zu irgendeinem wie auch immer gearteten – ggf. erfolglosen – Widerstand in der Lage ist; sie muss (nur) so weit gehen, dass die Fähigkeit zum Widerstand nicht „zur Abwehr des sexuellen Ansinnens“ ausreicht.¹⁴⁸⁶ Bei lediglich eingeschränkter Widerstandsfähigkeit ist § 179 StGB nicht anwendbar. Vielmehr hat der BGH auch in neueren Entscheidungen wiederholt verlangt, dass die betroffene Person **zum Widerstand gänzlich unfähig** war.¹⁴⁸⁷

1.4. Der BGH wendet § 179 StGB restriktiv an, indem er **hohe Anforderungen** an die Feststellung der Widerstandsunfähigkeit stellt. So reichen lediglich „erhebliche“ Trunkenheit und Ermüdung nicht aus.¹⁴⁸⁸ Die Feststellung einer zur Widerstandsunfähigkeit führenden Trunkenheit kann auch nicht allein auf die Einnahme einer bestimmten Menge alkoholischer Getränke, anderer Rauschmittel oder psychotroper Substanzen gestützt werden, sondern bedarf einer eingehenden Auseinandersetzung mit psychodiagnostischen Beurteilungskriterien.¹⁴⁸⁹ Eine § 20 StGB unterfallende geistige oder seelische Krankheit oder Behinderung als solche reicht ebenfalls nicht aus.¹⁴⁹⁰ Auch wenn die geistige Behinderung äußerlich erkennbar ist, begründet dies nicht ohne weiteres den Schluss auf das Ausmaß der Behinderung.¹⁴⁹¹ Bei der Feststellung der Widerstandsunfähigkeit auf der Grundlage einer Gesamtbetrachtung (s.o. 1.2.) ist meist die **Einholung eines Sachverständigengutachtens** erforderlich.¹⁴⁹² Ob Widerstandsunfähigkeit im Sinne von § 179 Abs. 1 StGB vorliegt, ist allerdings eine **normative Entscheidung**,¹⁴⁹³ hinsichtlich derer sich das Tatgericht nicht ohne eigene Würdigung einem Sachverständigen anschließen darf.¹⁴⁹⁴

¹⁴⁸⁵ BGH, Beschluss vom 2. Oktober 1984 – 4 StR 551/84, NStZ 1985, 70: Widerstandsunfähigkeit des Opfers aufgrund unmittelbar vorangegangener Vergewaltigungen

¹⁴⁸⁶ vgl. LK-Hörnle aaO, Rn. 30; aA MK-Renzikowski aaO, §179 Rn. 17 unter Hinweis auf ältere BGH-Rechtsprechung

¹⁴⁸⁷ vgl. BGH, Urteil vom 5. November 2014 – 1 StR 394/14, NStZ-RR 2015, 44; BGH, Beschlüsse vom 28. Oktober 2008 – 3 StR 88/08, NStZ 2009, 324, 325; vom 10. August 2011 – 4 StR 338/11, NStZ 2012, 150 f.; vgl. auch S/S-Eisele, StGB, 29. Aufl., § 179 Rn. 3

¹⁴⁸⁸ Urteil vom 05. November 2014 – 1 StR 394/14, NStZ-RR 2015, 44

¹⁴⁸⁹ Beschluss vom 04. März 1998 – 2 StR 537/97, NStZ-RR 1998, 270

¹⁴⁹⁰ Beschlüsse vom 23. November 2010 – 3 StR 410/10, NStZ 2011, 210; vom 1. Oktober 2008 – 2 StR 385/08, NStZ-RR 2009, 14; vom 21. April 2005 - 4 StR 89/05, NStZ-RR 2005, 232: „mittelschwere geistige Behinderung (schwere Debität)“; vom 26. Januar 2005 – 2 StR 456/04, NStZ-RR 2005, 172; vom 1. April 2003 – 4 StR 96/03, NStZ 2003, 602; vom 13. November 2002 - 4 StR 438/02, BGHR StGB § 179 I Widerstandsunfähigkeit 9

¹⁴⁹¹ Urteil vom 28. November 1995 – 1 StR 558/95, NStZ 1996, 188

¹⁴⁹² vgl. Beschluss vom 1. April 2003 – 4 StR 96/03, NStZ 2003, 602

¹⁴⁹³ BGH, Urteil vom 5. November 2014 – 1 StR 394/14, NStZ-RR 2015, 44; Beschluss vom 10. August 2011 – 4 StR 338/11, NStZ 2012, 150

¹⁴⁹⁴ BGH, Beschluss vom 1. Oktober 2008 – 2 StR 385/08, NStZ-RR 2009, 14

Zweifel an der Widerstandsunfähigkeit bestehen nach Ansicht des BGH insbesondere dann, wenn die oder der (geistig behinderte) Betroffene die sexuellen Handlungen nur wegen einer vom Beschuldigten versprochenen Belohnung an sich hat vornehmen lassen¹⁴⁹⁵ oder situationsangemessen reagierte und einen dem Vorgehen des Angeklagten entgegenstehenden Willen zum Ausdruck brachte¹⁴⁹⁶ oder tatsächlich Widerstand leistete.

In manchen, bereits hinsichtlich der Feststellung einer objektiven Widerstandsunfähigkeit zweifelhaften Fällen, hat der BGH tatgerichtliche Urteile im Hinblick auf Bedenken jedenfalls an der Erkennbarkeit der Widerstandsunfähigkeit des Geschädigten für den Beschuldigten aufgehoben.¹⁴⁹⁷

1.5. **Zwischenergebnis:** § 179 StGB schützt (in seiner Auslegung durch die Rechtsprechung) eingeschränkt widerstandsfähige Personen nicht vor sexuellen Handlungen zu ihrem Nachteil.

2. Strafrechtsschutz durch § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB

Die Einfügung des § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB sollte auch den Schutz geistig oder körperlich behinderter Menschen, deren Widerstandsfähigkeit (lediglich) eingeschränkt ist, vor **erzwungenen** sexuellen Übergriffen verbessern (BT-Drs. 13/7663, S. 5). Schon diesem nur eingeschränkten Schutzzweck wird die Vorschrift in ihrer restriktiven Auslegung durch die Rechtsprechung kaum gerecht.¹⁴⁹⁸

2.1. Der Tatbestand des § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB setzt voraus, dass sich das Opfer in einer Lage befindet, in der es möglichen nötigen Gewalteinwirkungen des Täters schutzlos ausgeliefert wäre. Der Begriff der **Schutzlosigkeit** beschreibt ein konkretes Verhältnis zwischen den Möglichkeiten des Täters, seinen Willen gegebenenfalls mit Gewalt durchzusetzen, und den Möglichkeiten des Tatopfers, sich solchen Einwirkungen zu entziehen, ihnen erfolgreich körperlichen Widerstand entgegenzusetzen oder die Hilfe Dritter zu erlangen.¹⁴⁹⁹ Eine Schutzlosigkeit ergibt sich daher nicht schon ohne weiteres aus dem Vorliegen eines isolierten Umstands in der äußeren Tatsituation oder in der Persönlichkeit des

¹⁴⁹⁵ BGH, Beschluss vom 21. April 2005 – 4 StR 89/05

¹⁴⁹⁶ vgl. BGH, Beschluss vom 22. Februar 2005 – 4 StR 9/05, StV 2005, 439

¹⁴⁹⁷ BGH, Beschluss vom 24. Mai 2012 – 5 StR 52/12, NStZ 2012, 650; Urteil vom 7. März 2012 – 2 StR 640/11, NStZ-RR 2012, 216

¹⁴⁹⁸ Nur wenige veröffentlichte BGH-Entscheidungen haben eine Verurteilung nach § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB bei sexuellen Handlungen an Personen mit Behinderungen zum Gegenstand, so z.B. die Beschlüsse vom 20. Oktober 2011 – 4 StR 396/11, NStZ 2012, 209; vom 12. Januar 2011 – 1 StR 580/10, NStZ 2011, 274, und vom 1. Dezember 2009 – 3 StR 479/09, NStZ 2010, 273

¹⁴⁹⁹ BGH, Urteil vom 21. Dezember 2005 – 2 StR 245/05, BGHR StGB § 177 Abs 1 Schutzlose Lage

Tatopfers oder des Täters.¹⁵⁰⁰ Vielmehr kommt es auf eine **Gesamtwürdigung aller tatbestandsspezifischen Umstände** an.¹⁵⁰¹ Neben den äußeren Umständen, wie etwa der Einsamkeit des Tatortes und dem Fehlen von Fluchtmöglichkeiten, kann grundsätzlich auch die individuelle Fähigkeit des Opfers, in der konkreten Situation mögliche Einwirkungen abzuwehren, wie zum Beispiel eine **stark herabgesetzte Widerstandsfähigkeit aufgrund geistiger oder körperlicher Behinderung**, von Bedeutung sein.¹⁵⁰²

2.2. Die Schutzlosigkeit muss eine Zwangswirkung auf das Opfer in der Weise entfalten, dass es aus Angst vor einer Gewalteinwirkung des Täters in Gestalt von **Körperverletzungs- oder gar Tötungshandlungen** einen – ihm grundsätzlich möglichen – Widerstand unterlässt und entgegen seinem Willen sexuelle Handlungen vornimmt oder duldet.¹⁵⁰³ Es genügt hingegen nicht, dass das Opfer aus Angst vor der Zufügung anderer Übel, etwa der Verschlechterung seiner Pflegesituation,¹⁵⁰⁴ oder weil es sich aufgrund seiner körperlichen Behinderung hilflos fühlt,¹⁵⁰⁵ keinen Widerstand leistet.

Der BGH verlangt ferner, dass das Tatopfer unter dem Eindruck seines schutzlosen Ausgeliefertseins gerade **aus Furcht** vor möglichen Einwirkungen des Täters auf einen ihm grundsätzlich möglichen Widerstand verzichtet.¹⁵⁰⁶ Dies wird damit begründet, dass die Schutzlosigkeit gegenüber nötigen Gewalteinwirkungen des Täters nur dann Zwangswirkung auf das Tatopfer entfalten kann, wenn dieses solche Einwirkungen fürchtet und im Hinblick hierauf entgegen seinem eigenen Willen sexuelle Handlungen vornimmt oder duldet.¹⁵⁰⁷ Das bloße objektive Vorliegen von Schutzlosigkeit reicht demnach nicht aus, wenn die betroffene Person diese gar nicht erkennt oder sexuelle Handlungen nicht aus Furcht vor drohenden Gewalteinwirkungen, sondern aus anderen Gründen, etwa im Hinblick auf eine versprochene Belohnung, duldet oder vornimmt. Wenn das Opfer trotz einer teilweisen Läh-

¹⁵⁰⁰ vgl. BGH, Urteil vom 27. März 2003 – 3 StR 446/02, NStZ 2003, 533

¹⁵⁰¹ BGH, Beschluss vom 12. Januar 2011 – 1 StR 580/10, NStZ 2011, 274

¹⁵⁰² BGH, Beschluss vom 22. Februar 2005 – 4 StR 9/05, StV 2005, 439

¹⁵⁰³ BGH, Beschlüsse vom 24. Oktober 2012 – 4 StR 374/12, StV 2013, 745; vom 17. November 2011 – 3 StR 359/11, NStZ 2012, 268; vom 10. Mai 2011 – 3 StR 78/11, NStZ-RR 2011, 311, 312; vom 1. Dezember 2009 – 3 StR 479/09, NStZ 2010, 273; vom 4. April 2007 – 4 StR 345/06, BGHSt 51, 280, 284; vom 22. Februar 2005 – 4 StR 9/05, StV 2005, 439; Urteil vom 27. März 2003 – 3 StR 446/02, NStZ 2003, 533; anders noch Urteil vom 20. Oktober 1999 – 2 StR 248/99, BGHSt 45, 253, 255 ff.

¹⁵⁰⁴ BGH, Beschluss vom 21. Dezember 2011 – 4 StR 404/11, NStZ 2012, 570: Befürchtung der seit ihrer Geburt wegen eines frühkindlichen Hirnschadens an starken Spastiken leidenden, nahezu vollständig auf einen Elektrorollstuhl angewiesenen, weitgehend bewegungsunfähigen Geschädigten, sie müsse im Fall einer Strafanzeige mit einer einschneidenden Verschlechterung ihrer ambulanten Pflege und Versorgung rechnen oder gar eine von ihr nicht gewünschte Verlegung in eine stationäre Pflegeeinrichtung gewärtigen

¹⁵⁰⁵ BGH, Beschluss vom 20. Oktober 2011 – 4 StR 396/11, NStZ 2012, 209: 76 Jahre alte, nach zwei früheren Schlaganfällen linksseitig komplett gelähmte und auf den Rollstuhl angewiesene Frau, die durch einen Krankenpfleger missbraucht wurde

¹⁵⁰⁶ vgl. Urteil des 2. Strafsenats vom 25. Januar 2006 – 2 StR 345/05, BGHSt 50, 359, der sich damit von seiner früheren Rechtsprechung distanziert hat

¹⁵⁰⁷ BGH aaO, S. 366

mung oder einer geistigen Behinderung noch Widerstand leisten könnte, hängt die Anwendbarkeit des § 177 Abs. 1 Nr. 3 mithin davon ab, warum das Opfer sich passiv verhält.¹⁵⁰⁸

2.3. Zwischenergebnis: § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB erfasst in seiner restriktiven Auslegung nur wenige Fälle, in denen die körperliche oder geistige Schwäche einer Person durch eine andere Person für sexuelle Handlungen ausgenutzt wird.¹⁵⁰⁹

- Von vornherein ausgeschlossen sind solche, in denen die sexuelle Handlung **mit dem Willen** einer geistig behinderten oder psychisch gestörten Person vorgenommen wird, auch wenn sie aufgrund ihres Zustandes z.B. nur eingeschränkt in der Lage ist, sich gegenüber den sexuellen Wünschen anderer abzugrenzen, also „nur schwer `Nein` sagen“ kann („Willensschwäche“), oder die mit einer sexuellen Handlung verbundenen Risiken (Schwangerschaft; Ansteckungsrisiken) nicht abschätzen kann.
- Vor **gegen den Willen** einer geistig-seelisch oder körperlich behinderten Person vorgenommenen sexuellen Handlungen bietet § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB ebenfalls oft keinen Schutz. Denn er ist nicht anwendbar, wenn die betroffene Person ihren entgegenstehenden Willen nicht aus Furcht gerade vor Gewaltanwendung, sondern aufgrund anderer Befürchtungen oder aus anderen Gründen nicht hinreichend äußern oder durchsetzen kann.

3. Strafrechtsschutz in besonderen Konstellationen

Eingeschränkt widerstandsfähige Personen werden allerdings in zwei besonders relevanten Konstellationen durch § 174a und § 174c StGB, wenn auch mit gegenüber § 179 StGB verminderten Strafdrohungen, vor sexuellem Missbrauch geschützt.

3.1. Kranke und Hilfsbedürftige in Einrichtungen: Nach **§ 174a Abs. 2 StGB** wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft, wer eine Person, die in einer Einrichtung für kranke oder hilfsbedürftige Menschen aufgenommen und ihm zur Beaufsichtigung oder Betreuung anvertraut ist, dadurch missbraucht, dass er unter Ausnutzung der Krankheit oder Hilfsbedürftigkeit dieser Person sexuelle Handlungen an ihr vornimmt oder an sich von ihr vornehmen lässt. Eine dem § 179 Abs. 3 StGB (Bestimmen zu sexuellen Handlungen an einem Dritten oder zur Duldung solcher Handlungen eines Dritten an der betroffenen Person selbst) vergleichbare Regelung enthält § 174a StGB nicht.

¹⁵⁰⁸ BGH, Beschluss vom 1. Dezember 2009 – 3 StR 479/09, NStZ 2010, 273; vgl. LK-Hörnle aaO, § 177 Rn. 113; S/S-Eisele aaO, § 177 Rn. 9

¹⁵⁰⁹ vgl. LK-Hörnle aaO, § 177 Rn. 106.

Nur sehr wenige in Juris veröffentlichte strafgerichtliche Entscheidungen befassen sich mit § 174a StGB und hier meist mit dem sexuellen Missbrauch von Gefangenen nach Absatz 1. Einrichtungen für hilfsbedürftige Personen nach Absatz 2 sind z.B. Altenpflegeheime und Einrichtungen für behinderte Menschen, die Arbeits- und/oder Wohnzwecken dienen (Behindertenheime, Tageskliniken, Behinderten-Werkstätten u.ä.).¹⁵¹⁰ Einbegriffen sind auch „teilstationäre“ Einrichtungen.¹⁵¹¹ Da die Norm das Bestehen eines institutionellen Abhängigkeitsverhältnisses voraussetzt, innerhalb dessen das Opfer dem Täter anvertraut ist, reicht es z.B. nicht aus, wenn der „Missbraucher“ lediglich in der Institution arbeitet, in der die betroffene Person untergebracht ist; nicht eingeschlossen ist Personal, das für Verwaltungs- oder technische Aufgaben (Reinigung, Reparaturen etc.) zuständig ist.¹⁵¹²

Eine **Ausnutzung** von Hilfsbedürftigkeit ist zu bejahen, wenn die betroffene Person aufgrund **geistiger Schwäche** in ihrer Urteils-, Entschluss- oder Durchsetzungsfähigkeit beeinträchtigt ist¹⁵¹³ und der Täter die **bestehende Hilfsbedürftigkeit und die mit der Aufnahme verbundene Abhängigkeit** des Opfers kennt oder für möglich hält und zur Verwirklichung seiner sexuellen Zwecke nutzt.¹⁵¹⁴ **Einverständnis oder Initiative des Opfers schließen dies nicht aus**, da die Einwilligung des Opfers in dieser Konstellation als unwirksam behandelt wird. § 174a Abs. 2 StGB erfasst damit auch Fälle, in denen der Täter das Opfer durch Versprechungen, Zuwendung oder Gewährung von Vorteilen zu sexuellen Handlungen bestimmt.¹⁵¹⁵

Wenn ausschließlich **körperliche Defizite** die Hilfsbedürftigkeit oder Krankheit der betroffenen Person begründen, kann ihr Einverständnis dann **als wirksame Einwilligung** zu werten sein, wenn ein Einfluss ihrer institutionellen Abhängigkeit auf ihre Willensbildung ausgeschlossen werden kann.¹⁵¹⁶ Hier liegt ein Ausnutzen der Hilfsbedürftigkeit vor, wenn der Täter sich die körperliche Schwäche zunutze macht, **um den Willen des Opfers zu übergehen**.¹⁵¹⁷ Sexueller Missbrauch einer Kranken liegt auch dann vor, wenn eine sexuelle Handlung unter dem Deckmantel medizinischer Betreuung vorgenommen wird, der sich die Kranke freiwillig in der Annahme unterwirft, diese sei medizinisch indiziert.¹⁵¹⁸

3.2. Patientenverhältnisse: Nach § 174c StGB wird – ebenfalls mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren – bestraft, wer sexuelle Handlungen an einer Person,

¹⁵¹⁰ LK-Hörnle aaO, § 174a Rn. 39

¹⁵¹¹ vgl. BT-Drs. 15/350, S. 16

¹⁵¹² Fischer aaO, § 174a Rn. 3; S/S-Eisele aaO, § 174a Rn. 9; LK-Hörnle aaO, Rn. 46

¹⁵¹³ LK-Hörnle aaO, Rn. 50

¹⁵¹⁴ Fischer aaO, Rn. 12; S/S-Eisele aaO, Rn. 10

¹⁵¹⁵ Fischer aaO

¹⁵¹⁶ vgl. Fischer aaO, Rn. 10; S/S-Eisele aaO

¹⁵¹⁷ vgl. BGH, Beschluss vom 28. Oktober 2008 – 3 StR 88/08, NStZ 2009 324, 325

¹⁵¹⁸ BGH, Beschluss vom 18. Februar 2004 – 2 StR 462/03, NStZ 2004, 630

die ihm wegen einer geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung einschließlich einer Suchtkrankheit oder wegen einer körperlichen Krankheit oder Behinderung zur Beratung, Behandlung oder Betreuung (Absatz 1) oder zur psychotherapeutischen Behandlung (Absatz 2) anvertraut ist, unter Missbrauch des Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses vornimmt oder an sich von ihr vornehmen lässt. Auch § 174c StGB erfasst nur Handlungen mit Körperkontakt zwischen dem Täter und dem Opfer. Wie § 174a StGB bezieht er gerade auch solche Fälle ein, in denen eine Zustimmung der betroffenen Person zu den sexuellen Handlungen vorliegt, deren Herbeiführung oder Ausnutzung sich jedoch wegen der besonderen Lage des Opfers als missbräuchlich erweist und auf die der Täter sich daher nicht berufen kann.¹⁵¹⁹

Als **Täter** kommen nicht nur diejenigen in Frage, die Beratung, Behandlung oder Betreuung zu ihrem Beruf gemacht haben, wie z.B. Ärzte und Psychologen, Heilpraktiker, Physio- und Sprachtherapeuten, Masseur, Suchtberater, sondern auch andere Personen, die im Einzelfall die Betreuung z.B. eines geistig oder körperlich Behinderten übernommen haben.¹⁵²⁰ Da Beratung, Behandlung und Betreuung nicht nur in ambulanter Form sondern auch in teilstationären oder stationären Einrichtungen stattfinden kann¹⁵²¹, überschneidet sich der Anwendungsbereich von § 174c StGB mit demjenigen des § 174a StGB. Das Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnis muss nicht von einer solchen Intensität und Dauer sein, dass eine Abhängigkeit entstehen kann, die es dem Opfer zusätzlich, d.h. über die mit einem derartigen Verhältnis allgemein verbundene Unterordnung unter die Autorität des Täters und die damit einhergehende psychische Hemmung, erschwert, einen Abwehrwillen gegenüber dem Täter zu entwickeln und zu betätigen.¹⁵²² Es ist ausreichend, wenn das Opfer eine fürsorgliche Tätigkeit des Täters entgegennimmt.¹⁵²³

Ein **Missbrauch** des Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses ist regelmäßig bei bewusstem Ausnutzen spezifischer Abhängigkeits- oder Vertrauenssituationen gegeben; ein konkretes Abhängigkeitsverhältnis wird nicht vorausgesetzt.¹⁵²⁴ Bei **seelischen oder geistigen Einschränkungen** ist ein **faktisches Einverständnis** des Patienten

¹⁵¹⁹ Fischer aaO, § 174c Rn. 2b

¹⁵²⁰ LK-Hörnle aaO, § 174c Rn. 10; vgl. LG Ravensburg, Urteil vom 14. November 2011 – 2 KLS 420 Js 23171/10: Anwendbarkeit des § 174c Abs. 1 StGB auf einen Busfahrer, der geistig Behinderte befördert; allerdings hat der 1. Strafsenat des BGH im Falle des § 174c Abs. 2 StGB verlangt, dass der Täter eine Qualifikation nach §§ 5, 6 PsychThG besitzen und sich bei der Behandlung wissenschaftlich anerkannter psychotherapeutischer Verfahren bedienen muss, BGH, Beschluss vom 29. September 2009 – 1 StR 426/09, BGHSt 54, 169; kritisch Fischer aaO, § 174c Rn. 6a

¹⁵²¹ LK-Hörnle aaO, Rn. 14

¹⁵²² BGH, Urteil vom 14. April 2011 - 4 StR 669/10, NJW 2011, 1891, 1893; aA MK-Renzikowski aaO, § 174c Rn. 23; S/S- Eisele aaO, § 174c Rn. 5

¹⁵²³ BGH, Urteil vom 1. Dezember 2011 – 3 StR 318/11 –, Rn. 11

¹⁵²⁴ Fischer aaO, Rn. 10

oder der Patientin grundsätzlich **irrelevant**.¹⁵²⁵ Bei **körperlichen Behinderungen und Krankheiten** ist entscheidend, ob eine **freiverantwortliche Einwilligung** der betroffenen Person vorliegt; dann fehlt es an einem „Missbrauch“. ¹⁵²⁶ Bei stark ausgeprägter Abhängigkeit des Patienten oder Behinderten vom Behandler oder Betreuer kann ein solcher allerdings trotz faktischen Einverständnisses vorliegen. War die kranke oder behinderte Person mit der sexuellen Handlung nicht einverstanden, kann der Missbrauch des Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses auch darin bestehen, dass der Täter behandlungsbezogene Vorteile versprochen oder Nachteile angekündigt oder seine überlegene Stellung und berufliche Autorität eingesetzt hat, um das Opfer zur Duldung zu veranlassen. Außerdem kann ein Missbrauch vorliegen, wenn der Täter vortäuscht, dass die sexuelle Handlung medizinisch notwendig sei oder wenn er eine krankheitsbedingte körperliche Immobilität ausnutzt.¹⁵²⁷

3.3. **Zwischenergebnis:** § 174a und § 174c StGB schützen eingeschränkt widerstandsfähige Personen in spezifischen, besonders relevanten Konstellationen vor eigenhändigen sexuellen Übergriffen des Täters ohne ihr wirksames Einverständnis.

4. Fallkonstellationen ohne Strafrechtsschutz

4.1. In folgenden Fallkonstellationen besteht demnach jenseits von § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB kein Strafrechtsschutz von lediglich eingeschränkt widerstandsfähigen Personen gegenüber sexuellen Handlungen, die **ohne ihr wirksames Einverständnis** ausgeübt werden:

- Sexuelle Handlungen, die durch „**Nichtbetreuer**“ vorgenommen werden, insbesondere durch
 - andere Bewohner/Patienten einer Einrichtung i.S.d. § 174a StGB oder
 - Personen aus dem sozialen Nahraum einer geistig-seelisch oder körperlich behinderten Person.
- Unabhängig vom Bestehen eines „Betreuungsverhältnisses“ i.S.d. §§ 174a und c StGB: Bestimmen der betroffenen Person zu sexuellen Handlungen an einem Dritten oder zur Duldung solcher Handlungen eines Dritten an ihr.

4.2. Diese Feststellung zieht nicht zwangsläufig die Forderung nach sich, den Strafrechtsschutz entsprechend auszudehnen. Indes befinden sich körperlich oder geistig behinderte Menschen, auch soweit sie nicht in Einrichtungen betreut werden, oft in einer

¹⁵²⁵ vgl. S/S- Eisele aaO, Rn. 6a

¹⁵²⁶ S/S-Eisele aaO, Rn. 6b

¹⁵²⁷ LK-Hörnle aaO, Rn. 23

schwachen, durch Abhängigkeit geprägten sozialen Lage, in der sie besonders anfällig für Verschlechterungen ihrer Situation, aber auch für erwartete Zuwendung oder Belohnungen und mithin für einen „Missbrauch“ dieser Lage zur Durchsetzung sexueller Ansinnen durch andere Personen sind. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass eine Ausweitung des Bereichs strafbaren „Missbrauchs“ eine Einschränkung des Bereichs wirksamer Einwilligungen des Opfers und daher auch von dessen Selbstbestimmung nach sich zieht.¹⁵²⁸ Das Fehlen von dem § 179 Abs. 3 StGB vergleichbaren Regelungen in §§ 174a und c StGB dürfte darauf zurückzuführen sein, dass entsprechende Fallkonstellationen jedenfalls noch nicht in einem ein Tätigwerden des Gesetzgebers auslösenden Maße praktisch relevant geworden sind.

5. Gewährleistung eines Strafrechtsschutzes de lege ferenda

5.1. Die im **Diskussionsentwurf des BMJV** niedergelegte „kleine Lösung“ dürfte durch § 179 StGB-E¹⁵²⁹ die oben festgestellten „Strafbarkeitslücken“ im Wesentlichen schließen. Da Absatz 1 Nr. 1 an die Ausnutzung einer Lage anknüpft, in der dem Opfer aufgrund seines körperlichen oder psychischen Zustands Widerstand nicht möglich ist, und nicht wie § 179 StGB (geltende Fassung) an eine wegen bestimmter Zustände bestehende Unfähigkeit zum Widerstand, dürfte eine „gänzliche“ Widerstandsunfähigkeit nicht zu fordern sein. Es dürfte vielmehr darauf ankommen, dass der aufgrund körperlicher oder psychischer Defizite nur eingeschränkt widerstandsfähigen Person in der konkreten Tatsituation ein Widerstand nicht möglich ist. Auf die Äußerung eines der Tat entgegenstehenden Willens kommt es nach dem Regelungsvorschlag nicht an. Zweifel können allerdings daran bestehen, ob der Begriff „psychischer Zustand“ auch geistige Behinderungen umfasst. Die Fälle des Bestimmens der betroffenen Person zu sexuellen Handlungen an einem Dritten oder zur Duldung solcher Handlungen eines Dritten an ihr werden durch Absatz 2 erfasst.

Zu prüfen wäre, ob unter der Prämisse, dass es zu einer gesetzlichen Regelung entsprechend dem Diskussionsentwurf des BMJV kommt, auf §§ 174a und c StGB verzichtet werden könnte. Im Fall des § 174c erscheint mir dies zweifelhaft. Überdies dürften Fälle, in

¹⁵²⁸ vgl. Fischer aaO, Vor § 174 Rn. 9a

¹⁵²⁹ § 179 Sexueller Missbrauch[unter Ausnutzung besonderer Umstände]

(1) Wer unter Ausnutzung einer Lage, in der

1. einer anderen Person aufgrund ihres körperlichen oder psychischen Zustands oder aufgrund der überraschenden Begehung der Tat Widerstand nicht möglich ist oder

2. eine andere Person im Falle ihres Widerstandes einen erheblichen Nachteil befürchtet, sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt oder an sich von dieser Person vornehmen lässt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer eine andere Person dadurch missbraucht, dass er sie unter Ausnutzung der in Absatz 1 Nummer 1 oder 2 genannten Lage dazu bestimmt, sexuelle Handlungen an einem Dritten vorzunehmen oder von einem Dritten an sich vornehmen zu lassen.

denen sich der Täter das Einverständnis des Opfers erschleicht, indem er vortäuscht, dass die sexuelle Handlung medizinisch notwendig sei, durch § 179 StGB-E nicht erfasst sein. Im Übrigen wären die Strafraumen der §§ 174a und c StGB im Hinblick auf die von § 179 StGB-E vorgesehene höhere Strafdrohung zu überprüfen.

5.2. Die von Tatjana **Hörnle** vorgeschlagene „große Lösung“¹⁵³⁰, die ebenfalls Fälle des Bestimmens der betroffenen Person zu sexuellen Handlungen an einem Dritten oder zur Duldung solcher Handlungen eines Dritten erfassen will, erweist sich in den hier untersuchten Fallgestaltungen insoweit als enger als der Vorschlag des BMJV, als sie grundsätzlich eine wenigstens konkludente Erklärung eines entgegenstehenden Willens des Opfers fordert, die nur dann entbehrlich ist, wenn der Übergriff unter Umständen stattfindet, in denen die fehlende Zustimmung offensichtlich ist. Die zweite Alternative dürfte zwar in vielen Fällen zum Tragen kommen, in denen eine eingeschränkt widerstandsfähige Person „sich nicht traut“, ihren der sexuellen Handlung entgegenstehenden Willen zu äußern. Ich halte es aber für zweifelhaft, ob dies in allen durch den BMJV-Vorschlag erfassten Sachverhaltsgestaltungen der Fall wäre.

¹⁵³⁰ § 177 I StGB-E: Wer gegen den erklärten Willen einer anderen Person oder unter Umständen, in denen fehlende Zustimmung offensichtlich ist, oder wissend, dass dies dem Willen der anderen Person widerspricht, sexuelle Handlungen an dieser vornimmt oder an sich vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung einer sexuellen Handlung an oder mit einem Dritten bestimmt,...

Stellungnahme Reformkommission
Sexualstrafrecht:
Entwicklungspsychologische Aspekte
Axel Schölmerich
10.6.2016

Überblick

- Mögliche Wirkungen der Exposition
- Die psychosexuelle Entwicklung
- Zugang und Nutzung pornografischen Materials
- Technologische Aspekte
- Risikofaktor oder schädigender Einfluss?
- Unterschiedliche Wirkung auf unterschiedliche Gruppen
- Negative Reaktionen auf Exposition
- Normierung des Sexualverhaltens
- Wirkung auf Bildungsverläufe
- Sexuell übergreifige Kinder und Jugendliche
- Pornografie und sexuelles Verhalten
- Pornografiekonsum und Frauenbild
- Eine exemplarische Studie und ihre Ergebnisse
- Zusammenfassung

Mögliche Wirkungen

The logo of the Ruhr-Universität Bochum (RUB) is a dark blue square with the white letters 'RUB' inside.

- Ungewollte Exposition – traumatische Erfahrung?
- Steigerung sexueller Aktivität
- Steigerung aggressiven Sexualverhaltens
- Veränderung des Frauenbilds
- Standardisierung sexuellen Verhaltens
- Nutzung als Instrument der Sexualerziehung/Aufklärung

RUHR-UNIVERSITÄT BOCHUM 3

Psychosexuelle Entwicklung

The logo of the Ruhr-Universität Bochum (RUB) is a dark blue square with the white letters 'RUB' inside.

- Entwicklung als Veränderung der relativen Bedeutung von:
 - Reproduktiver Funktion
 - Lustgewinn
 - Beziehungsgewinn
- Im Rahmen der Geschlechtsreife entsteht erhebliches Interesse an der Erkundung des eigenen und fremder Körper, verbunden mit Verunsicherung und Informationssuche

RUHR-UNIVERSITÄT BOCHUM 4

Zugang und Nutzung

The logo of the Ruhr University of Bochum (RUB) is displayed in a dark blue square with the white letters 'RUB'.

- Sexuell explizites Material (SEM)
- Sexuell explizites Internet Material (SEIM)
- “einfache” Pornografie
- Ab 15 Jahre praktisch normativ, also überwiegende Mehrheit,
- Jungen etwas höher
- bereits 15 % der 10-12 jährigen
- “Sexting” und “Produzent” entsprechender Materialien

RUHR-UNIVERSITÄT BOCHUM 5

Definitorisches: Risiko und Schaden

The logo of the Ruhr University of Bochum (RUB) is displayed in a dark blue square with the white letters 'RUB'.

- Risiko: Abschätzung der Wahrscheinlichkeit und Schwere einer Schädigung, die durch eine Exposition entstehen kann;
 - durch Content – Contact – Conduct!
- Schädigung: umschriebene Veränderung, die ursächlich auf ein Erlebnis oder eine Situation zurückgeführt werden kann.

RUHR-UNIVERSITÄT BOCHUM 6

Differentielle Wirkung?



- Allgemeine Delinquenz –
 - höhere Wahrscheinlichkeit aggressiver Kontakte
 - wahlloses Sexualverhalten
 - mehr Neigung “verbotenes” zu tun
 - höheres risk-taking
- Gruppen mit vorangegangener Traumatisierung, Missbrauch oder Misshandlung im Kindesalter?

RUHR-UNIVERSITÄT BOCHUM 7

Beispiel sexuell übergriffige Kinder



- Studie unter 14 jährige in Behandlung, (Elsner & König, 2010)
 - 67 % hatten bereits Pornografie konsumiert
 - Vergleich: 37 % aggressiv auffälliger Kinder
 - Vergleich: 7 % unauffällige
- selektive Unterschätzung, Eltern und Erziehern und Begleitmerkmal!
- In Metaanalyse Effektstärke $d=0,27$ als assoziiertes Merkmal (Seto & Lamunière, 2010)

RUHR-UNIVERSITÄT BOCHUM 8

Negative Befindlichkeit

The logo of the Ruhr-Universität Bochum (RUB), consisting of the letters 'RUB' in white on a dark blue square background.

- Bei unbeabsichtigter Exposition berichten 30 – 50 % der befragten Kinder und Jugendlichen, “beunruhigt oder verstört” gewesen zu sein (Livingstone & Smith, 2014).
- Sinkt bei 16-17 jährigen auf ca. 20 %.
- Keine Langzeitwirkung
- Keine Risikoerhöhung trotz stark erhöhter Zugänglichkeit; möglicherweise Ersatz anderer Medien (Martyniuk, 2013)

RUHR-UNIVERSITÄT BOCHUM 9

Normierung Sexualverhalten

The logo of the Ruhr-Universität Bochum (RUB), consisting of the letters 'RUB' in white on a dark blue square background.

- Sexual Script Theory
- “hooking up” korreliert mit Pornografiekonsum bei College-Studenten (Braithwaite, Coulson, Keddington, & Fincham, 2015)
- Vermutung der Entwicklung unrealistischer Erwartungen und Einstellungen (Owen, Behun, Manning and Reid, 2012)
- Keine Übertragung auf reales Verhalten, klare Trennung, auch Frauenbild (Matthiesen & Schmidt, 2013)

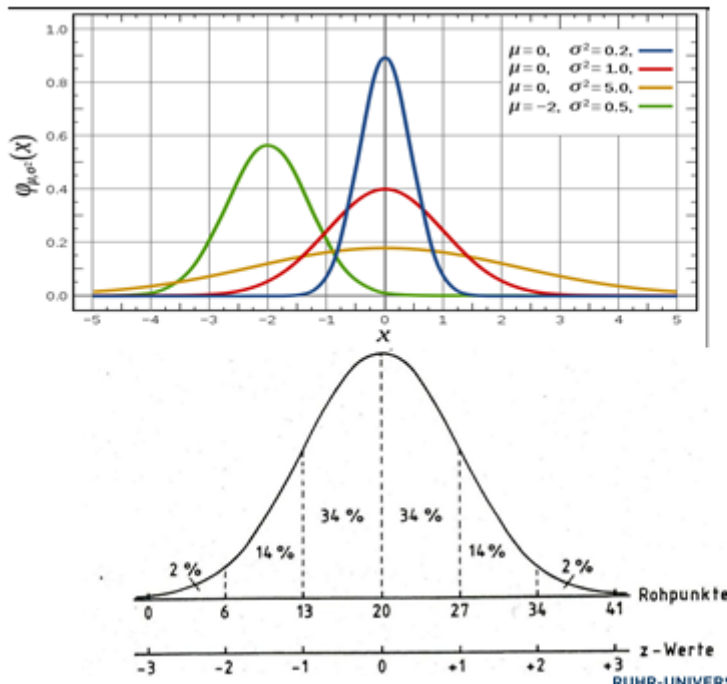
RUHR-UNIVERSITÄT BOCHUM 10

Beispielhafte Studie

RUB

- Längsschnittlich, 4 Messzeitpunkte in 18 Monaten
- Altersgruppen 12, 13, 14, 15, 16 Jahre
- Variablen:
 - SEIM – Benutzung (5-stufig)
 - Permissive sexuelle Einstellung (5-stufig)
 - Sexuelle Erfahrungen (6-stufig)

RUHR-UNIVERSITÄT BOCHUM 11



RUB

RUHR-UNIVERSITÄT BOCHUM 12

Table 1
Descriptive Statistics of Boys' and Girls' SEIM Use, Permissive Sexual Attitudes, and Sexual Behavior, by Age

Age	Range	N	T ₀ /6 months M (SD)	T ₆ /6 months M (SD)	T ₁₂ /6 months M (SD)	T ₁₈ /6 months M (SD)
Boys						
SEIM use						
≤12 years	1-6	110	1.68 (1.08)	2.35 (1.75)	2.47 (1.73)	3.03 (1.89)
13 years	1-6	248	2.05 (1.45)	2.49 (1.78)	2.72 (1.74)	3.14 (1.90)
14 years	1-6	100	2.74 (1.82)	2.86 (1.86)	3.58 (1.71)	3.69 (1.90)
15 years	1-6	85	3.47 (1.89)	3.62 (1.77)	3.70 (1.74)	3.83 (1.78)
≥16 years	1-6	49	3.46 (1.90)	3.56 (1.75)	3.51 (1.52)	3.85 (1.56)
Permissive sexual attitudes						
≤12 years	1-6	111	2.28 (0.96)	2.54 (1.00)	2.37 (1.05)	2.72 (1.20)
13 years	1-6	248	2.46 (0.95)	2.51 (1.06)	2.51 (1.06)	2.67 (1.14)
14 years	1-6	101	2.69 (0.99)	2.67 (1.12)	2.80 (1.07)	2.95 (1.19)
15 years	1-6	86	2.79 (0.95)	2.78 (0.95)	2.84 (1.10)	2.82 (1.20)
≥16 years	1-6	50	2.89 (0.96)	2.96 (1.04)	3.17 (1.22)	3.39 (0.98)
Sexual behavior						
≤12 years	0-5	111	0.19 (0.39)	0.42 (0.61)	0.59 (0.94)	0.61 (0.92)
13 years	0-5	248	0.38 (0.66)	0.48 (0.73)	0.65 (1.05)	0.82 (1.28)
14 years	0-5	101	0.97 (1.23)	1.33 (1.52)	1.28 (1.46)	1.58 (1.79)
15 years	0-5	86	1.27 (1.59)	1.34 (1.61)	1.79 (1.88)	1.25 (1.61)
≥16 years	0-5	50	2.44 (1.93)	2.66 (1.97)	2.97 (1.91)	3.11 (2.15)
Girls						
SEIM use						
≤12 years	1-6	108	1.07 (0.36)	1.20 (0.65)	1.11 (0.47)	1.19 (0.59)
13 years	1-6	247	1.08 (0.37)	1.13 (0.55)	1.20 (0.71)	1.21 (0.70)
14 years	1-6	72	1.07 (0.31)	1.08 (0.36)	1.24 (0.79)	1.28 (0.92)
15 years	1-6	83	1.16 (0.67)	1.13 (0.50)	1.24 (0.76)	1.32 (0.87)
≥16 years	1-6	25	1.22 (0.59)	1.26 (0.61)	1.11 (0.31)	1.18 (0.51)
Permissive sexual attitudes						
≤12 years	1-6	108	2.07 (0.86)	2.25 (0.91)	1.85 (0.73)	1.71 (0.92)
13 years	1-6	247	2.11 (0.86)	2.20 (0.97)	1.87 (0.83)	1.80 (0.80)
14 years	1-6	72	2.37 (0.92)	2.46 (1.12)	1.98 (0.90)	1.78 (0.69)
15 years	1-6	83	2.27 (0.89)	2.21 (0.82)	1.93 (0.74)	1.92 (0.87)
≥16 years	1-6	26	2.03 (0.82)	2.18 (0.75)	2.03 (0.76)	1.92 (0.97)
Sexual behavior						
≤12 years	0-5	108	0.11 (0.32)	0.24 (0.51)	0.26 (0.50)	0.45 (0.81)
13 years	0-5	247	0.48 (0.85)	0.60 (1.03)	0.75 (1.16)	0.97 (1.37)
14 years	0-5	72	0.58 (0.76)	0.76 (1.21)	1.10 (1.55)	1.10 (1.38)
15 years	0-5	83	1.01 (1.28)	1.56 (1.65)	1.85 (1.91)	2.01 (2.03)
≥16 years	0-5	25	2.04 (1.63)	1.83 (1.61)	2.26 (1.83)	2.18 (2.01)

Note. SEIM = sexually explicit Internet material.

Entwicklung Nutzung Internet-Pornografie und Einstellungen

RUB

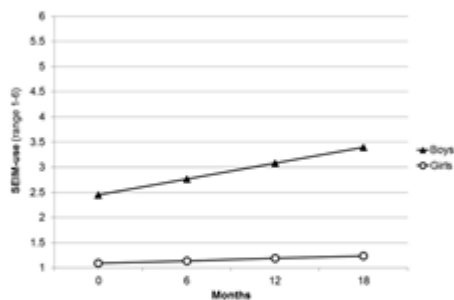


Figure 1. Developmental trajectories of sexually explicit Internet material (SEIM) use for boys and girls.

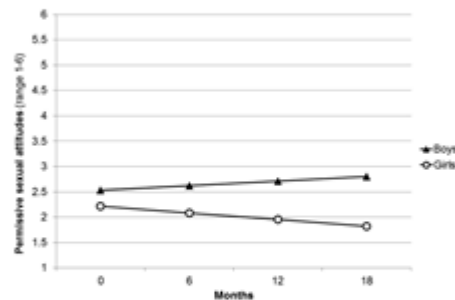


Figure 2. Developmental trajectories of permissive sexual attitudes for boys and girls.

Doornwaard, S. M., Blichham, D. S., Rich, M., ter Bogt, T. F. M., & van den Eijnden, R. J. J. M. (2015). Adolescents' Use of Sexually Explicit Internet Material and Their Sexual Attitudes and Behavior: Parallel Development and Directional Effects. *Developmental Psychology*, 51(10), 1476-1488. doi:10.1037/dev0000040

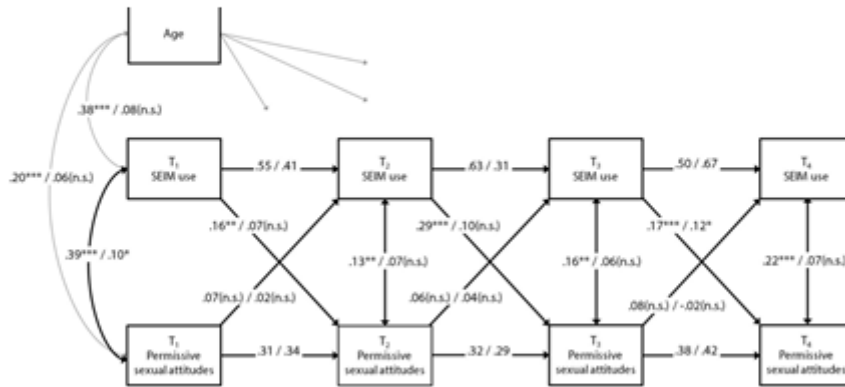


Figure 4. Bidirectional effects and concurrent associations between sexually explicit Internet material (SEIM) use and permissive sexual attitudes. Values represent standardized regression coefficients. Values before the slash represent estimates for boys; values behind the slash represent estimates for girls. All stability paths are significant at $p < .001$ (two-tailed). For clarity, 1-year stability paths (i.e., between T₁ and T₂ and between T₂ and T₃) are not displayed. N models boys = 996; N models girls = 536. Model had good fit statistics.

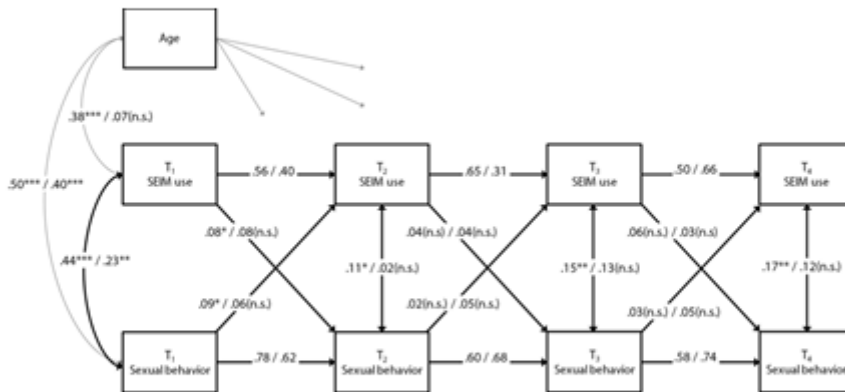


Figure 5. Bidirectional effects and concurrent associations between sexually explicit Internet material (SEIM) use and experience with sexual behavior. Values represent standardized regression coefficients. Values before the slash represent estimates for boys; values behind the slash represent estimates for girls. All stability paths are significant at $p < .001$ (two-tailed). Significant age effects not displayed in figure are age on T₂ sexual behavior (i.e., boys: $\beta = .07, p = .045$; girls: $\beta = .07, p = .045$).

Zusammenfassung

The logo of the Ruhr-Universität Bochum (RUB) is a dark blue square with the white letters 'RUB' inside.

- Keine belastbare Evidenz für allgemeine Risiken durch Zugänglichkeit einfacher Pornografie im Kindes- und Jugendalter
- Geringe Zusammenhänge mit Einstellungen, keine Zusammenhänge mit realem Sexualverhalten
- Risiken für spezifische Gruppen derzeit nicht beurteilbar

21. Dr. Eric Simon

Wertungswidersprüche und Systemwidrigkeiten im 13. Abschnitt des StGB

1. Einleitung: Was ist ein Wertungswiderspruch?

Unter *Wertungswiderspruch* wird hier eine Konstellation verstanden, in welcher der Gesetzgeber einer selbst getroffenen Wertung nicht treu geblieben ist¹⁵³¹, also ein identisches Rechtsproblem oder eine gleiche Interessenlage ohne nachvollziehbaren Gründe¹⁵³² einer unterschiedlichen Lösung zugeführt hat. Weicht der Gesetzgeber von einem selbst vorgegebenen Prinzip oder Regelungsmodell ab, kann auch von *Systemwidrigkeit* gesprochen werden. Die Wertungswidersprüche können innerhalb einer Norm auftreten oder sich aus einem Vergleich mit anderen Regelungen ergeben; sie können bereits ursprünglich im Gesetz angelegt sein oder sich aufgrund nachträglicher Einfügungen und Änderungen von Vorschriften ergeben; sie können auf einem schlichten Übersehen des Gesetzgebers beruhen, aber auch bewusst von ihm hingenommen worden sein. Nur im Einzelfall wird die Verletzung der selbst vorgegebenen Wertung so weit gehen, als dass ein Verstoß der Norm gegen Art. 3 I GG angenommen werden muss.¹⁵³³

Schon angesichts der ständigen Fortentwicklung der Rechtsordnung können Wertungswidersprüche nicht vollständig vermieden werden.¹⁵³⁴ Jedoch bleiben Gesetzgebung und Rechtsprechung stets zur Herstellung konsistenter Wertungen aufgerufen.

Beispiel für die gezielte Auflösung eines „besonders auffälligen“ (BT-Drs. 13/8587, S. 19) Wertungswiderspruchs durch den Gesetzgeber: Angleichung der Strafraumen von sexueller Nötigung mit Todesfolge und Raub mit Todesfolge durch das 6. StrRG 1998. – *Beispiel* aus der Rechtsprechung zu § 177 StGB: Nimmt der Tatrichter einen minder schw. Fall des § 177 IV an (§ 177 V), so muss er bei einem zusätzlich verwirklichten Regelbeispiel die Untergrenze des § 177 II beachten, um Wertungswidersprüche zu vermeiden (BGH NSTZ-RR 2008, 338; StV 2000, 306).

¹⁵³¹ *Engisch*, Einführung in das jur. Denken, 9. Aufl. 1996, S. 212 f.: „Gesetzesimmanenter Wertungswiderspruch“.

¹⁵³² *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl. 1991, S. 410: „sachlich unbegründete Verschiedenbehandlung gleichartiger Sachverhalte“; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1991: „unterschiedliche Bewertung wertungsmäßig gleichliegender Tatbestände“.

¹⁵³³ Siehe *Simon*, Gesetzesauslegung im Strafrecht, 2004, S. 465 ff., mit Beispielen.

¹⁵³⁴ *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 316; *Rüthers*, Rechtslehre, 2. Aufl. 2005, Rn. 775; *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 4. Aufl. 2013, S. 159 ff.

Während der Gesetzgeber bei der Beseitigung von Wertungswidersprüchen keinen Einschränkungen (außer verfassungsrechtlichen) unterliegt, kann sich im Bereich der *Rechtsanwendung* allerdings die Frage nach der Berechtigung stellen, die festgestellten Widersprüche im Wege der Auslegung oder Rechtsfortbildung (Gesetzesberichtigung) zu korrigieren. Für eine Korrektur mögen zwar die Einheit der Rechtsordnung, der allgemeine Gleichheitssatz und die Grundsätze der Dogmatik streiten, dagegen kann aber der (historische) Wille des Gesetzgebers sprechen.

Beispiel (BGHSt 45, 261): Gemäß § 33 I 1 Nr. 9 OWiG a.F. wurde die Verjährung durch Erlass des Bußgeldbescheides unterbrochen. Zur Beschleunigung des Verwaltungsverfahrens änderte der Gesetzgeber die Norm 1998 dahingehend, dass der Erlass des Bescheides die Verjährung nur dann unterbricht, wenn er binnen zwei Wochen zugestellt wird. Unverändert blieb jedoch die spezielle Regelung des § 26 III StVG, wonach ein Bußgeldbescheid die Verjährung unterbricht, sobald er „ergangen“ ist. Die Norm wurde verstanden wie § 33 I 1 Nr. 9 OWiG a.F., so dass für den großen Bereich des Straßenverkehrsrechts das Ziel der Gesetzesänderung verfehlt worden wäre. Der Senat hielt deshalb eine Änderung der Auslegung zu § 26 III für erforderlich, um die Rechtsfolgen der beiden Vorschriften „sinnvoll miteinander abzustimmen“. Deshalb könne die „Auslegung“ nur dahin gehen, auch bei § 26 III eine Zustellung binnen zwei Wochen zu verlangen.¹⁵³⁵

Wie weit das Arsenal der Auslegungsmethoden genutzt werden darf, um Wertungswidersprüche zu beseitigen, ist umstritten und hängt von grundsätzlichen methodologischen Positionen ab (objektive / subjektive Theorie etc.).¹⁵³⁶ Ergibt die Auslegung allerdings, dass der Gesetzgeber einen Wertungswiderspruch bewusst in Kauf genommen hat, wird dies der Rechtsanwender hinzunehmen haben. Eine Gesetzesberichtigung zulasten des Täters kommt von vornherein nicht in Betracht.

Beispiel: Als Wertungswiderspruch der früheren Rechtslage wurde angesehen, dass die Sachbeschädigung eine Versuchsstrafbarkeit vorsah, schwerwiegendere Delikte wie Körperverletzung und Freiheitsberaubung hingegen nicht.¹⁵³⁷ – Dem Rechtsanwender blieb eine Korrektur verwehrt. Der Widerspruch führte auch nicht zur Verfas-

¹⁵³⁵ Es dürfte sich eher um eine Gesetzeskorrektur handeln, vgl. *König*, JR 2000, 345; *Simon* (Fn. 2), S. 463 f.

¹⁵³⁶ Einerseits *Engisch* (Fn. 1), S. 213: Wertungswidersprüche seien im Allg. hinzunehmen; andererseits *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl. 1983, S. 116: Zur Behebung müsse der Rechtsanwender sein gesamtes methodologisches Arsenal einsetzen. Siehe auch *Bydlinski* (Fn. 1532), S. 586; *Larenz* (Fn. 1532), S. 334 f.

¹⁵³⁷ *Engisch* (Fn. 1), S. 213.

sungswidrigkeit von § 303 II (heute III) wegen eines Verstoßes gegen den Gleichheitssatz nach Art. 3 I GG.

Grundsätzlich um einen anderen Mangel der Rechtsordnung handelt es sich bei einer *Lücke*. Die Abgrenzung ist allerdings nicht immer leicht zu treffen¹⁵³⁸, denn in der unterlassenen Einbeziehung von Fällen, auf die der Gesetzeszweck ebenfalls passt, kann auch ein unge-reimtes Konzept des Gesetzgebers gesehen werden, der seine Wertung nicht konsequent zu Ende verfolgt.

Beispiel 1 (BGHSt 36, 192): Nach § 304 V StPO sind u.a. Verfügungen des Ermittlungsrichters des OLG/BGH beschwerdefähig, welche Beschlagnahme, Durchsuchung oder Verhaftung betreffen. Der Gesetzgeber verstand unter „Verhaftung“ wohl nur Untersuchungshaft, nicht aber auch Erziehungshaft. Der BGH bezieht jedoch – zwar im Einklang mit dem möglichen Wortsinn, aber wohl gegen das Verständnis des historischen Gesetzgebers – auch diesen Fall mit ein: Unter Berücksichtigung des Grundrechts auf persönliche Freiheit „erschiene es *ungereimt*, wenn nicht *systemwidrig*, zwar Beschlagnahme und Durchsuchung, nicht aber Erziehungshaft“ zu erfassen (aaO, S. 196).

Beispiel 2 (BGHSt 14, 38): Der Große Senat weist bei der Auslegung des Tatbestandes der Amtsunterschlagung (§ 350 a.F. StGB) darauf hin, dass sich angesichts der Gesetzeslage nicht alle denkbaren Ungereimtheiten in den Ergebnissen vermeiden ließen. Das liege an der „einseitigen Wahl des Gesetzgebers“, zwar die Amtsunterschlagung, nicht aber einen Diebstahl oder Betrug im Amt unter verschärfte Strafan-drohung zu stellen.

In diesen Zusammenhang gehören auch die „Strafbarkeitslücken“: Obwohl der verfolgte Gesetzeszweck und die Ähnlichkeit mit den ausdrücklich geregelten Fällen für die Erfassung eines weiteren Lebenssachverhalts sprechen, stellt der Gesetzgeber diesen nicht unter Strafan-drohung. Ein „Wertungswiderspruch“ im oben genannten Sinn liegt darin jedoch nicht, da es sich nicht um eine unbegründete Abweichung von einer anderen Wertung des Gesetzgebers handelt, sondern um ihre unvollkommene bzw. unvollständige Umsetzung.¹⁵³⁹

2. (Echte und vermeintliche) Wertungswidersprüche auf Tatbestandsebene¹⁵⁴⁰

¹⁵³⁸ Engisch (Fn. 1), S. 175; zur Abgrenzung siehe auch Larenz/Canaris (Fn. 1534), S. 201.

¹⁵³⁹ Siehe allerdings z.B. Renzikowski (unten Fn. 1549): „systemwidrige Strafbarkeitslücke“ (!).

¹⁵⁴⁰ Zu Wertungswidersprüchen bei den Schutzaltersgrenzen im 13. Abschnitt siehe Impuls Wolters. Die Prostitutions- und Pornographiedelikte bleiben hier außer Betracht.

a) § 183: Strafbarkeit nur männlicher Täter

Der Gesetzgeber hat den weiblichen Exhibitionismus nicht unter Strafe gestellt, weil er zum einen nur sehr selten vorkomme und zum anderen „kaum jemals die von exhibitionistischen Handlungen eines Mannes typischerweise ausgehenden negativen Auswirkungen“ habe (BT-Drs. VI/3521, S. 53). – Der Gesetzgeber weicht mit der Geschlechtsdifferenzierung von der üblichen Gesetzessystematik ab. Ein Wertungswiderspruch¹⁵⁴¹ liegt hierin angesichts der zumindest nachvollziehbaren – gegebenenfalls überprüfungsbedürftigen – Begründung jedoch nicht. Diskutiert werden könnte, ob nicht konsequenterweise auch der Opferkreis hätte beschränkt werden sollen, wie es der Regierungsentwurf noch vorsah; der Gesetzgeber erkannte aber auch bei männlichen Personen eine mögliche Gefährdung.¹⁵⁴²

b) § 176 V, 3. Alternative ⇔ § 30 II

§ 176 V, 3. Alternative (Verabredung zu einer Tat nach § 176 I-IV), wird vereinzelt als systemwidrig eingestuft. Das StGB stelle in § 30 II nur die Verabredung von Verbrechen unter Strafe. Wenn der Gesetzgeber Taten nach § 176 nicht als derart schwerwiegend ansehe, sei es inkonsequent eine Abweichung von § 30 II in § 176 V vorzusehen.¹⁵⁴³ – Allein die Abweichung von einer allgemeinen Regel (§ 30 II) begründet keine Systemwidrigkeit. Der Gesetzgeber darf Ausnahmen von den hohen Anforderungen des § 30 II bestimmen, wenn er dies aus Gründen des Rechtsgüterschutzes für erforderlich hält, so wie er auch die Versuchsstrafbarkeit bei Vergehen anordnen kann.

c) § 176 I, II ⇔ § 176a II Nr. 1: Täter über 18 Jahre

Die Qualifikation des § 176a II Nr. 1 (Beischlaf etc.) erfasst anders als der Grundtatbestand des sexuellen Missbrauchs nur Täter über 18 Jahre. Der Gesetzgeber des 6. StrRG 1998 wollte „geschlechtliche Beziehungen, möglicherweise Liebesverhältnisse, zwischen einem körperlich und geistig-seelisch weit über den altersgemäßen Zustand hinaus entwickelten noch nicht vierzehn Jahr alten Mädchen und einem noch jugendlichen Täter aus dem Anwendungsbereich des Verbrechenstatbestandes herausnehmen“ (BT-Drs. 13/8587, S. 32). –

¹⁵⁴¹ Sick, ZStW 1991, 43, 85 ff. behandelt das Thema auch unter dem Gesichtspunkt „Wertungswidersprüche“, ohne dass recht klar würde, worin ein solcher genau liegen soll. Ein Verstoß der Norm gegen Art. 3 GG wird von BVerfG, Beschluss vom 22. März 1999 - 2 BvR 398/99, apodiktisch verneint.

¹⁵⁴² Näher und mit Fundstellen Sick, ZStW 1991, 43, 83, Fn. 185.

¹⁵⁴³ Brüggemann, Entwicklung und Wandel des Sexualstrafrechts in der Geschichte unseres StGB, 2012, S. 533.

Die Begründung des Gesetzgebers für die unterschiedliche Bewertung mag fragwürdig¹⁵⁴⁴ erscheinen, *wertungswidrig* ist sie in Anbetracht des zumindest nachvollziehbaren Grundes jedoch nicht.

d) § 176 IV Nr. 3a (Grooming): Unvollständige Erfassung möglicher Einwirkungshandlungen

Das Gesetz verlangt die Einwirkung „mittels Schriften (§ 11 Absatz 3) oder mittels Informations- oder Kommunikationstechnologie“. Nicht erfasst sind sonstige Einwirkungen, etwa durch unmittelbare Gespräche, Telefonanrufe oder durch Überreichen von Geschenken. Dass die Gefährdung eines Kindes in diesen Fällen gleichermaßen besteht, ist offenkundig, so dass der Regelung zu Recht *Inkonsistenz* bescheinigt wird.¹⁵⁴⁵ Die Eingrenzung des Gesetzgebers erschiene plausibel, wenn die von ihm unter Strafe gestellte Konstellation in der Praxis die allein relevante wäre oder jedenfalls ganz im Vordergrund stünde; das hat der Gesetzgeber aber nicht eruiert. Ein *Wertungswiderspruch* im eingangs dargelegten Sinn kann der Vorschrift allerdings erst bei einem vergleichenden Blick auf eine andere Wertung des Gesetzgebers bescheinigt werden: § 176 IV Nr. 4 erfasst weitere Einwirkungsformen,¹⁵⁴⁶ ohne dass Gründe für die Unterscheidung erkennbar wären. Ferner wird in der Vorschrift ein *Systembruch* erkannt, weil das StGB andere Vorbereitungshandlungen eines Einzeltäters auch bei schweren Delikten nicht unter Strafandrohung stelle.¹⁵⁴⁷ – Mögliche *Lösung*: Aufhebung der Vorschrift oder Ausweitung auf weitere Einwirkungshandlungen.¹⁵⁴⁸

e) § 177 I ⇔ § 177 II 2 Nr. 1; § 179 II ⇔ § 179 V Nr. 1; § 176a II Nr. 1 ⇔ 179 V Nr. 1: Einbeziehung Dritter

Die sexuelle Nötigung nach § 177 I bezieht anders als die Vergewaltigung nach § 177 II 2 Nr. 1 sexuelle Handlungen des Opfers mit Dritten mit ein (Handlungen eines Dritten an sich zu dulden oder an einem Dritten vorzunehmen). Für diese wertungswidrige Ungleichbehandlung ist kein Grund erkennbar.¹⁵⁴⁹ Die möglichen Auswege für den Rechtsanwender sind unbefriedigend: Das weitere Regelbeispiel der gemeinschaftlichen Begehung (§ 177 II 2 Nr. 2)

¹⁵⁴⁴ So Gössel, Das neue Sexualstrafrecht, 2005, S. 172 f.

¹⁵⁴⁵ Duttge/Hörnle/Renzikowski, NJW 2004, 1065, 1067 f.: „inkonsistent“, „merkwürdige Ergebnisse“; Wolters in: SK-StGB, 135. Lieferung, § 176, Rn. 24b: „unverständlich“; Maurach/Schroeder/Maiwald, StrafR BT 1, 10. Aufl., § 20, Rn. 11: „sinnwidrige Beschränkung“.

¹⁵⁴⁶ Allerdings wiederum nicht die Einwirkung durch Schriften, siehe dazu bereits Impuls Bezjak, S. 12.

¹⁵⁴⁷ Brüggemann (Fn. 1543). S. 533; Duttge u.a. (Fn. 1545), S. 1067; Amelung/Funcke-Auffermann, StraFo 2004, 265, 267: „nicht nachvollziehbar“.

¹⁵⁴⁸ Für Aufhebung Brüggemann (Fn. 1543), S. 533. Zu möglichen Erweiterungen und zur österreichischen Regelung siehe bereits Impuls Eisele zum Thema Cybergrooming.

¹⁵⁴⁹ MüKo²-Renzikowski, § 179, Rn. 15: Die fehlende Einbeziehung überzeuge nicht und erzeuge „systemwidrige Strafbarkeitslücken“. Siehe auch Renzikowski, Stellungnahme vom 26.01.2015 für den Rechtsausschuss, S. 16: „systemwidriger Wertungswiderspruch“.

deckt die Fälle nur teilweise ab¹⁵⁵⁰, und die Annahme eines unbenannten sonstigen besonders schweren Falles ist fehlerträchtig und begründungsaufwändig, denn die bewusst unterschiedliche Ausgestaltung spricht auf den ersten Blick dafür, dass der Gesetzgeber die Fälle mit Drittbezug *regelmäßig nicht* als besonders schwere Fälle angesehen hat.

Ein weiterer Wertungswiderspruch liegt darin, dass der Wortlaut des § 179 V Nr. 1 anders als der Grundtatbestand (§ 179 II) und anders als der fast identisch ausgestaltete § 176a II Nr. 1 Fälle mit Drittbezug nicht mit einschließt¹⁵⁵¹, wobei es sich allerdings um ein – nicht im Wege der Auslegung korrigierbares – Versehen des Gesetzgebers des SexualdelÄndG 2003 handelt¹⁵⁵².

f) §§ 176a II Nr. 1, 177 II 2 Nr. 1, 179 V Nr. 1: Beischlaf und ähnliche Handlungen

Der Beischlaf und die ihm ähnlichen Handlungen sind in den Qualifikationen der §§ 176a II Nr. 1, 179 V Nr. 1 einerseits und im Regelbeispiel des § 177 II 2 Nr. 1 andererseits abweichend formuliert und gesetzgebungstechnisch unterschiedlich konstruiert:

§§ 176a II Nr. 1, 179 V Nr. 1	§ 177 II 2 Nr. 1
der Täter mit dem Opfer den Beischlaf vollzieht oder ähnliche sexuelle Handlungen an ihm vornimmt oder an sich von ihm vornehmen lässt, die mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind	der Täter mit dem Opfer den Beischlaf vollzieht oder ähnliche sexuelle Handlungen an dem Opfer vornimmt oder an sich von ihm vornehmen lässt, die dieses besonders erniedrigen, insbesondere, wenn sie mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind (Vergewaltigung)

Schon in der Verwendung der unterschiedlichen Gesetzgebungstechnik für gleichgelagerte Erschwerungsgründe kann eine Systemwidrigkeit erkannt werden¹⁵⁵³, denn es ist nicht ersichtlich, weshalb in den Fällen des § 177 II StGB eine größere Flexibilität notwendig sein soll als bei den §§ 176a II, 179 V. Dem möglichen Motiv des Gesetzgebers für die Wahl der

¹⁵⁵⁰ BGH NJW 1999, 2909, 2910, sieht in der Einführung dieses Regelbeispiels die „systematische Rechtfertigung“ für das Fehlen des Drittbezugs in § 177 II 2 Nr. 1. Das ist wenig überzeugend, denn § 176a II Nr. 1 erfasst Fälle mit Drittbezug und enthält gleichwohl zusätzlich die gemeinschaftliche Begehungsweise (§ 176a II Nr. 2) als Qualifikation. Anders wieder § 179 V Nr. 1, dazu sogleich.

¹⁵⁵¹ LK¹²-Hörnle, § 179, Rn. 85; Fischer, StGB⁶², § 179, Rn. 28; MüKo²-Renzikowski, § 179, Rn. 50; Laubenthal, Handbuch Sexualstraftaten, 2012, Rn. 328; aA SK-Wolters, § 179, Rn. 23.

¹⁵⁵² Vgl. die Ausführungen in BT-Drs. 15/350, S. 20.

¹⁵⁵³ LK¹²-Hörnle, vor § 174, Rn. 25: Unstimmigkeit, § 177, Rn. 195: kein sachlicher Grund; Brügge-mann (Fn.1543), S. 550: systematisch inkonsequent; Renzikowski, NSTZ 1999, 377, 381: innerer Bruch im Sexualstrafrecht; Mildenerger, Streit 1999, 3, 13: „schlicht nicht nachvollziehbar“.

Konstruktion, die Annahme eines minder schweren Falls durch die Gerichte zu erschweren¹⁵⁵⁴, hätte anderweitig Rechnung getragen werden können.¹⁵⁵⁵ Es bestehen auch keine grundsätzlichen Bedenken gegen eine Angleichung der Regelungstechnik in die eine oder andere Richtung, denn weder ist den §§ 176, 179 die Regelbeispielstechnik noch dem § 177 die Technik zwingender Tatbestandsabwandlungen fremd, wie frühere Fassungen der Vorschriften und ihre teilweise wenig nachvollziehbaren¹⁵⁵⁶ Umgestaltungen zeigen.

Ferner fehlt es an einem materiellen Sachgrund, besonders erniedrigende beischlafähnliche Handlungen, die nicht mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind, bei der sexuellen Nötigung anders zu behandeln als bei den §§ 176, 179.¹⁵⁵⁷

Eine Rechtfertigung dafür, dass § 176a II Nr. 1 bei den beischlafähnlichen Handlungen, die mit dem Eindringen verbunden sind, keine *Erniedrigung* des Opfers verlangt, wird teilweise allerdings darin gesehen, dass § 176 auch die zahlreichen Fälle „einverständlicher“ sexueller Handlungen erfasse, bei denen nicht ohne weiteres von einer „Erniedrigung“ ausgegangen werden könne.¹⁵⁵⁸ Bei einer etwaigen Angleichung der §§ 176a II Nr. 1, 179 V Nr. 1 an die Fassung des § 177 II 2 Nr. 1 könnte diesem Gesichtspunkt etwa durch folgende Formulierung Rechnung getragen werden:

1. Beischlaf
2. ähnliche [i.S. von *vergleichbar schwerwiegende*¹⁵⁵⁹] sexuelle Handlungen, die mit dem Eindringen in den Körper verbunden sind,
3. andere sexuelle Handlungen, die das Opfer besonders erniedrigen.

Lösung: Umgestaltung des § 177 II zur Qualifikation bzw. Wiederherstellung eines eigenen Tatbestandes der Vergewaltigung (näher unten 4.) sowie Anpassung der §§ 176a II Nr. 1,

¹⁵⁵⁴ So *Schroeder*, JZ 1999, 827, 829.

¹⁵⁵⁵ I.d.F. bis 1997 sah die Vergewaltigung (§ 177 I) Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren, der minder schwere Fall hiervon (§ 177 II) Freiheitstrafe von sechs Monaten bis fünf Jahre vor; letztere hätte erhöht werden können.

¹⁵⁵⁶ Zu diesbezüglichen Rätselfragen des 6. StrRG siehe LK¹²-*Hörnle*, § 179, S. 1035 f. (Entstehungsgeschichte); vgl. auch sarkastisch *Mildenberger*, Streit 1999, 3: Ein Hauptanliegen der Reformbemühungen des 6. StrRG im Sexualstrafrecht sei „die unsystematische Umwandlung von Regelbeispielen in Qualifikationstatbestände und umgekehrt“.

¹⁵⁵⁷ *Brüggemann* (Fn.1543), S. 537; LK¹²-*Hörnle*, § 176a, Rn. 23: „kein erkennbarer Sinn“, § 177, Rn. 195: nicht begründbar.

¹⁵⁵⁸ *SK-Wolters*, § 176a, Rn. 15. Für § 179 dürfte dieser Gedanke allerdings fernliegen, vgl. *Schroeder*, JZ 1999, 827, 830.

¹⁵⁵⁹ Vor allem auf diesen Aspekt wird bei der Deutung der „Beischlafähnlichkeit“ wohl überwiegend abgestellt, vgl. MüKo²-*Renzikowski*, § 176a, Rn. 22; *Fischer*, StGB⁶², § 176a, Rn. 8a; Sch/Sch²⁹-*Eisele*, § 176a, Rn. 8a; grundsätzlich kritisch zur Begriffswahl des Gesetzgebers *Schroeder*, JZ 1999, 827, 829 und *Brüggemann* (Fn.1543), S. 551 f.

179 V Nr. 1 hieran. Alternative (weniger empfehlenswert): Anpassung des § 177 II 2 Nr. 1 an §§ 176a II Nr. 1, 179 V Nr. 1.

g) Konstruktion der Straferschwerungen in § 177 II, III und IV

Die Konstruktion der Regelbeispiele in § 177 II 2 durch das 33. StÄG weicht von der sonst üblichen Ausgestaltung ab, indem der Gesetzgeber eines der Regelbeispiele in der Gesetzesüberschrift ausdrücklich (als „Vergewaltigung“) bezeichnet, obwohl es sich lediglich um eine Strafzumessungsnorm handelt. Einen „Wertungswiderspruch“ oder eine „Systemwidrigkeit“ muss man in dieser Abweichung von der sonst üblichen Konstruktion freilich nicht sehen.¹⁵⁶⁰ In der Praxis hat diese Zwitterlösung allerdings – unter anderem bei der Formulierung des Schuldspruchs¹⁵⁶¹ – zu erheblichen Schwierigkeiten geführt, die es gerechtfertigt erscheinen lassen, von einer *Fehlkonstruktion* zu sprechen.

Ungereimtheiten der Konstruktion ergeben sich ferner aus einem Zusammenspiel mit den Qualifikationen der Absätze 3 und 4 des § 177. Mit der vom Gesetzgeber hervorgehobenen Bedeutung der Vergewaltigung ist es schwerlich vereinbar, dass die genannten Qualifikationen keine Differenzierung danach vornehmen, ob ihnen eine sexuelle Nötigung oder eine Vergewaltigung zugrunde liegt.¹⁵⁶² Die Rechtsprechung hat auch diese Ungereimtheit zu mildern gesucht, u. a. indem sie die Prüfung des § 177 II und seine Aufnahme im Schuldspruch verlangt.¹⁵⁶³

Diskutiert werden kann schließlich, ob es nachvollziehbar ist, dass eine sexuelle Nötigung unter dem Beisichführen eines ungefährlichen Werkzeugs mit Verwendungsabsicht mit Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren bedroht ist, während eine Vergewaltigung oder eine gemeinschaftliche sexuelle Nötigung nur (i.d.R.) zu einer Mindeststrafe von zwei Jahren führt.¹⁵⁶⁴ Um einen „Wertungswiderspruch“ geht es hierbei allerdings nicht.

h) § 224 I Nr. 4 ⇔ §§ 176a II Nr. 2, 177 II 2 Nr. 2, 179 V Nr. 2: „mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich“ / „von mehreren gemeinschaftlich“

¹⁵⁶⁰ LK¹²-Hörnle, § 177, Rn. 213: Systemfremd, aber möglich; strenger Schroeder, JZ 1999, 827, 829: „Eigenartige gesetzgeberische Konstruktion“, mit welcher zwei Dinge vereint worden seien, „die sich nicht miteinander vereinbaren lassen“.

¹⁵⁶¹ Näher Sch/Sch²⁹-Eisele, § 177, Rn. 25; MüKo²-Renzikowski, § 177, Rn. 123.

¹⁵⁶² Sch/Sch²⁹-Eisele, § 177, Rn. 25; vgl. auch LK¹²-Hörnle, § 177, Rn. 260.

¹⁵⁶³ Näher Sch/Sch²⁹-Eisele, § 177, Rn. 25. – Notwendig ist das kaum, denn die Verwirklichung der Umstände des § 177 II 2 kann in der Strafzumessung angemessen berücksichtigt werden. Zu Friktionen im Verhältnis des minder schweren Falls nach § 177 IV, V zu § 177 II siehe u.a. BGH StV 2000, 306; 2002, 20; NStZ-RR 2008, 338.

¹⁵⁶⁴ Ablehnend dazu Brüggemann (Fn. 1543), S. 554; Schroeder, JZ 1999, 827, 829.

Der erhöhte Unrechtsgehalt dieser Qualifikationen (außer § 179 V Nr. 2) wird vor allem in der verminderten Verteidigungsmöglichkeit des mehreren Personen gegenüberstehenden Opfers, in einer höheren Verletzungsgefahr und bei § 176a II Nr. 2 zusätzlich in der besonderen Beeinträchtigung der sexuellen Entwicklung des Kindes gesehen.¹⁵⁶⁵ Die unterschiedliche Formulierung in § 224 I Nr. 4 einerseits und der übrigen Vorschriften andererseits führt dazu, dass nach h.M. die §§ 176a II Nr. 2, 177 II 2 Nr. 2, 179 V Nr. 2 Mittäterschaft verlangen, währenddessen § 224 I Nr. 4 auch Teilnehmer erfasst.¹⁵⁶⁶ Diese Diskrepanz ist angesichts der angeführten Schutzzweckerwägungen jedoch nicht gerechtfertigt, so dass eine Angleichung erfolgen sollte, vorzugsweise im Sinne von § 224 I Nr. 4. Zur Klärung bestehender Streitfragen könnte dabei statt „mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich“ formuliert werden „von mehreren Beteiligten gemeinsam“.

3. Strafraumen

a) § 176 I und § 176a I i.V.m. § 176a IV Alt. 1

Während dem Grundtatbestand (6 M – 10 J) seit dem SexualdelÄndG 2003 ein minder schwerer Fall fehlt, sieht § 176a IV Alt. 1 für den Qualifikationstatbestand des § 176a I (1 J – 15 J) die Möglichkeit der Strafmilderung vor (3 M – 5 J), die sogar den Strafraumen des Grundtatbestandes unterschreitet. Das Vorliegen eines strafscharfenden Merkmals (Rückfall) eröffnet demnach die Möglichkeit, eine mildere Strafe zu verhängen, als es nach dem Grundtatbestand möglich ist. Der norminterne Wertungswiderspruch ist derart eklatant¹⁵⁶⁷, dass eine korrigierende Rechtsanwendung befürwortet wird, entweder durch Annahme einer Sperrwirkung des an sich verdrängten Grunddelikts oder durch analoge Anwendung des § 176a IV Alt. 1 auf die Fälle des § 176 I.¹⁵⁶⁸

Lösung: (1) Einführung eines minder schweren Falles für § 176 I (vernünftig, aber politisch unerwünscht); (2) Abschaffung des § 176a I mitsamt § 176a IV Alt. 1 (vernünftig, wahrscheinlich politisch unerwünscht) oder Einfügung als Regelbeispiel in § 176 III¹⁵⁶⁹; (3) Erhöhung des Strafraumens des § 176a IV Alt. 1 auf 6 M – 10 J.

¹⁵⁶⁵ Sch/Sch²⁹-Eisele, § 176a, Rn. 9, § 177, Rn. 24; Laubenthal (Fn. 1551), Rn. 243, 529. Bei § 179 V Nr. 2 wird auf die erhöhte Gefährdung durch gruppenspezifische Prozesse abgestellt, Laubenthal (Fn. 1551), Rn. 329.

¹⁵⁶⁶ Fischer, StGB⁶², § 176a, Rn. 9; Sch/Sch²⁹-Eisele, § 276a, Rn. 9; aA LK¹²-Hörnle, § 177, Rn. 225.

¹⁵⁶⁷ LK¹²-Hörnle, § 176a, Rn. 18: „absurdes Ergebnis“; Fischer, StGB⁶², § 176a, Rn. 13: „systematisch nicht nachvollziehbar“; MüKo²-Renzikowski, § 176, Rn. 16: „gesetzgeberische Fehlleistung“; Laubenthal (Fn. 1551), Rn. 540: „Wertungswiderspruch“.

¹⁵⁶⁸ Näher SK-Wolters, § 176a, Rn. 31; Impuls Bezzak, S. 6 ff.

¹⁵⁶⁹ So noch vorgesehen im Gesetzentwurf zum SexualdelÄndG, BT-Drs. 15/350; siehe Duttge u.a. (Fn. 1545), S. 1067.

b) Ungleicher Strafraumen § 177 I ⇔ § 179 I

Der Gesetzgeber bewertet sexuelle Handlungen unter Ausnutzung der Widerstandsunfähigkeit des Opfers (§ 179) grundsätzlich weniger schwer (6 M – 10 J) als die sexuelle Nötigung (§ 177 I, 1 J – 15 J). In dieser Ungleichbehandlung sehen insbesondere Behindertenvertreter eine Diskriminierung, weil Personen, die sich selbst wehren können, strafrechtlich besser geschützt würden als widerstandsunfähige Personen.¹⁵⁷⁰ Ein Wertungswiderspruch liegt jedoch nicht vor, denn es ist nachvollziehbar, wenn der Gesetzgeber die Ausnutzung eines vorgefundenen Umstandes unter geringere Strafandrohung stellt als dessen Herbeiführung durch Zwangsmittel.¹⁵⁷¹ Auch die Einführung des § 177 I Nr. 3 (Ausnutzen einer Zwangslage) rechtfertigt nicht die Annahme eines Wertungswiderspruchs¹⁵⁷², weil auch diese Alternative des § 177 I im – wenn auch im Einzelnen schwierig zu bestimmenden – Nötigungskontext steht¹⁵⁷³.

c) Ungleicher Strafraumensprung trotz fast identischer erschwerender Umstände in § 177 I, II ⇔ §§ 176 I, II, 176a II und §§ 179 I, II, V

Der Gesetzgeber bewertet die Sexualstraftaten zum Nachteil von Kindern (§ 176) oder unter Ausnutzung der Widerstandsunfähigkeit des Opfers (§ 179) grundsätzlich weniger schwer (6 M – 10 J) als die sexuelle Nötigung (1 – 15 J). Gleichwohl führt das Hinzutreten ähnlicher erschwerender Umstände (Beischlaf, gemeinschaftlich) seit dem SexualdelÄndG 2003 zu einem entsprechenden Strafraumen (2 J – 15 J),¹⁵⁷⁴ ein ungereimtes Ergebnis¹⁵⁷⁵. Bei einer isolierten Betrachtung der §§ 176, 176a und § 179 erscheint die Strafraumenstufung zwar stimmig:

Grundtatbestand (§§ 176 I, II, 179 I, II):	6 M – 10 J
Unbenannte besonders schwere Fälle (§§ 176 III, 179 III):	1 J – 15 J
Qualifikation des Rückfalls (§ 176a I):	1 J – 15 J

¹⁵⁷⁰ Vgl. die im Internet abrufbare Stellungnahme der Staatlichen Koordinierungsstelle nach Art. 33 UN-BRK vom 27.02.2015, S. 3; Nachweise zur juristischen Literatur bei MüKo²-Renzikowski, § 179, Rn. 9.

¹⁵⁷¹ Schroeder, JZ 1999, 827, 830; Brüggemann (Fn.1543), S. 558; MüKo²-Renzikowski, § 179, Rn. 9: Willensbeugung als unrechtserhöhendes Element; LK¹²-Hörnle, §179, Rn. 9; Duttge u.a. (Fn. 1545), S. 1067: „gängige Wertung im StGB“. – Dem Gesetzgeber bliebe allerdings auch eine andere Bewertung unbenommen.

¹⁵⁷² So aber die Argumentation von Mildenerger, Streit 1999, 3, 15.

¹⁵⁷³ Siehe Gössel (Fn. 1544), S. 27 f.; Fischer, StGB⁶², § 177, 32: „Ausüben von Zwang“.

¹⁵⁷⁴ Der Umstand der unterschiedlichen Konstruktion (Qualifikation / Regelbeispiel) spielt hier keine Rolle.

¹⁵⁷⁵ Duttge u.a. (Fn. 1545), S. 1067; Brüggemann (Fn. 1543), S. 278; Sch/Sch²⁹-Eisele, § 179, Rn. 14: Wertungswiderspruch.

Weitere Qualifikationen (§§ 176a II, III, 179 V):	2 J – 15 J
Weitere Qualifikationen (§§ 176a V, 179 VII):	5 J – 15 J

Jedoch wird die norminterne Harmonie mit Vorschriften hergestellt, deren Existenz auf einem Kompromiss mit den Befürwortern der „Verbrechenslösung“ beruht¹⁵⁷⁶ und die sachlich nicht überzeugen: Zum einen durch die Einfügung der unbenannten besonders schweren Fälle (§§ 176 III, 179 III), für die in Anbetracht der detaillierten Qualifikationstatbestände und des in aller Regel ausreichenden Strafrahmens des Grundtatbestandes keine Notwendigkeit besteht¹⁵⁷⁷, zum anderen durch Beibehaltung der – ganz überwiegend als Missgriff angesehenen¹⁵⁷⁸ – Rückfallvorschrift des § 176a I (zuvor § 176a I Nr. 4), die anders als § 176a II (zuvor § 176a I Nr. 1-3) keine Hochstufung durch das SexualdelÄndG erfuhr und gewissermaßen als „Platzhalter“ stehen blieb.

Lösung: Eine mit § 177 harmonisierende Konzeption dürfte nur durch – politisch unerwünschte – inhaltliche Eingriffe zu erreichen sein:¹⁵⁷⁹

- Streichung der §§ 176 III, 179 III, 176a I (mit IV Alt. 1, VI)
- Absenkung (!) der Mindeststrafe in §§ 176a II, § 176a III, 179 V von zwei Jahren auf ein Jahr (und der minderschweren Fälle in § 176a IV Alt. 2 und § 179 VI auf 6 M – 10 J).

d) §§ 176a II Nr. 3, 179 V Nr. 3 ⇔ § 177 III Nr. 3: Ungleiche Behandlung der „Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung“

Derselbe erschwerende Umstand führt in § 177, nicht aber in §§ 176a, 179 zu einer weiteren Erhöhung der Strafandrohung.¹⁵⁸⁰ Auch ein Vergleich zu §§ 249, 250 hätte dafür gesprochen, diese Qualifikation in den §§ 176a, 179 mit einer Mindeststrafe von drei Jahren zu versehen. Zudem erhielte dadurch der weitere Strafrahmensprung bei den Merkmalen „körperli-

¹⁵⁷⁶ MüKo²-Renzikowski, § 176, Rn. 16, § 176a, Rn. 10; Kreß, NJW 1998, 633, 639.

¹⁵⁷⁷ Die *Strafverfolgungsstatistik* (nicht veröffentlichte Tabellen) weist für das Jahr 2013 44 Verurteilungen nach § 176 III (918 nach §§ 176 I, II) und eine Verurteilung gemäß § 179 III (98 nach § 179 I, keine nach II) aus. Von 44 Verurteilungen nach § 176 III ergingen 39 nach allg. Strafrecht. Dabei wurde sechsmal eine Freiheitsstrafe von 5-10 Jahren und einmal eine Freiheitsstrafe von 10-15 Jahren verhängt.

¹⁵⁷⁸ Duttge u.a. (Fn.1545), S. 1067: „Ausdruck populistischen Denkens“; MüKo²-Renzikowski, § 176a, Rn. 10; Sch/Sch-Eisele, § 176a, Rn. 3: „Rückschritt“; Amelung/Funcke-Auffermann, StraFo 2004, 265, 266: „rechtspopulistischer Atavismus“. – Für 2013 weist die *Strafverfolgungsstatistik* 84 Verurteilungen nach § 176a I aus, hiervon 67 nach allg. Strafrecht, hiervon 6 im Bereich von 5-10 Jahren Freiheitsstrafe und 2 im Bereich von 10-15 Jahren.

¹⁵⁷⁹ Stimmig, aber aus anderen Gründen nicht gangbar: Strafrahmen für § 176a II von 1 J 6 M – 15 J. Auch die „Verbrechenslösung“ (Mindeststrafe ein Jahr) würde zu stimmigen Strafrahmen führen (wobei ein minder schwerer Fall eingeführt und § 176a I zu § 176a II Nr. 4 hochgestuft oder gestrichen werden müsste).

¹⁵⁸⁰ MüKo²-Renzikowski, § 179, Rn. 15: „unverständlich“; LK¹²-Hörnle, § 179, Rn. 81: „nicht erklärlich“.

chen schweren Misshandlung“ und des „Bringens in die Gefahr des Todes“ ein stärkeres Fundament (bei § 177 Sprung von drei auf fünf Jahre, bei § 176a von zwei auf fünf Jahre). Auf der anderen Seite würde eine weitere Differenzierung die schon jetzt unübersichtliche Strafrahmengestaltung¹⁵⁸¹ in §§ 176, 176a, 179 zusätzlich verkomplizieren. Zudem würden der neuen Qualifikation die aus §§ 177 III, 250 I bekannten „Begleiter“ (Waffe, Werkzeug etc.) fehlen. Aus diesen Gründen kann der (geringfügige) Wertungswiderspruch hingenommen werden.

e) § 177 IV, V ⇔ §§ 176a V, 179 VII: fehlender minder schwerer Fall

§ 177 IV sieht für die besonders schwere Nötigung (schwere körperliche Misshandlung, Todesgefahr) Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren, im minder schweren Fall Freiheitsstrafe von 1 J – 10 J vor (§ 177 V). Obwohl § 179 VII ausdrücklich § 177 IV Nr. 2 für anwendbar erklärt, fehlt inkonsequenterweise¹⁵⁸² ein zusätzlicher Verweis auf den minder schweren Fall des § 177 V. Trotz der Bezugnahme auf § 177 zieht der Gesetzgeber hinsichtlich des minder schweren Falls die Parallele zu § 176a V vor, der ebenfalls keinen minder schweren Fall kennt.¹⁵⁸³ Da kein nachvollziehbarer Grund für die Ungleichbehandlung der Frage bei der Nötigung einerseits und den §§ 176a V, 179 VII andererseits existiert, sollte insgesamt eine Angleichung erfolgen.

4. Vorschlag unter Berücksichtigung von 2. und 3.

a) §§ 177, 178

§§ 177, 178 geltende Fassung	§§ 177, 178 neu
<p>§ 177 (sexuelle Nötigung; Vergewaltigung)</p> <p>(1) Wer eine andere Person</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. mit Gewalt, 2. durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben oder 3. unter Ausnutzung einer Lage (...) <p>nötigt, sexuelle Handlungen des Täters oder eines Dritten an sich zu dulden oder</p>	<p>§ 177 (sexuelle Nötigung)</p> <p>(1) Wer eine andere Person</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. mit Gewalt, 2. durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben oder 3. unter Ausnutzung einer Lage (...) <p>nötigt, sexuelle Handlungen des Täters oder eines Dritten an sich zu dulden oder an dem Täter oder einem Dritten vorzunehmen, wird</p>

¹⁵⁸¹ MüKo²-Renzikowski, § 176, Rn. 16: „kaum noch nachvollziehbare Strafrahmendifferenzierung“.

¹⁵⁸² MüKo²-Renzikowski, § 179, Rn. 11: „Wertungswiderspruch“; LK¹²-Hörnle, § 179, Rn. 90: „nicht stimmig“.

¹⁵⁸³ Hierin sieht MüKo²-Renzikowski, § 179, Rn. 11, Fn. 29, die Ursache des Wertungswiderspruchs.

an dem Täter oder einem Dritten vorzunehmen, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter **einem Jahr** bestraft.

(2) In besonders schweren Fällen ist die Freiheitsstrafe **nicht unter zwei** Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn

1. wenn der Täter mit dem Opfer den Beischlaf vollzieht oder ähnliche sexuelle Handlungen an ihm vornimmt oder an sich von ihm vornehmen lässt, die dieses besonders erniedrigen, insbesondere, wenn sie mit dem Eindringen in den Körper verbunden sind (Vergewaltigung), oder
2. Tat von mehreren gemeinschaftlich begangen wird.

(3) Auf Freiheitsstrafe **nicht unter drei** Jahren ist zu erkennen, wenn

1. der Täter eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich führt,
2. sonst ein Werkzeug oder Mittel bei sich führt, um den Widerstand (...) zu verhindern oder zu überwinden,
3. das Opfer durch die Tat in die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung bringt.

(4) Auf Freiheitsstrafe **nicht unter fünf** Jahren ist zu erkennen, wenn

1. (Verwendung Waffe),
2. (Schwere Misshandlung, Todesgefahr)

(5) In minder schweren Fällen des Absatz 1 ist auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren, in minder schweren Fällen der Absätze 3 und 4 auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren zu er-

mit Freiheitsstrafe nicht unter **einem Jahr** bestraft.

(2) Auf Freiheitsstrafe **nicht unter zwei** Jahren ist zu erkennen, wenn

1. die Tat von mehreren Beteiligten gemeinschaftlich begangen wird,
2. der Täter eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich führt,
3. sonst ein Werkzeug oder Mittel bei sich führt, um den Widerstand (...) zu verhindern oder zu überwinden,
4. das Opfer durch die Tat in die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung bringt.

(3) Auf Freiheitsstrafe **nicht unter drei** Jahren ist zu erkennen, wenn

1. (Verwendung Waffe),
2. (Schwere Misshandlung, Todesgefahr)

(4) Sex. Nötigung mit Todesfolge: **lebenslang** oder **nicht unter zehn** Jahren.

(5) In minder schweren Fällen des

Absatzes 1 => 6 M – 5 J

Absatzes 2 und 3 => 1 J – 10 J

§ 178 (Vergewaltigung)

(1) Die sexuelle Nötigung nach § 177 Absatz 1 wird mit Freiheitsstrafe **nicht unter zwei** Jahren bestraft,

wenn der Täter oder ein Dritter mit dem Opfer den Beischlaf vollzieht ~~ent~~ oder andere sexuelle Handlungen an ihm vornehm~~e~~nimmt oder an sich von ihm vornehmen läs~~sen~~lässt, die das Opfer besonders erniedrigen, insbesondere, wenn sie mit dem Eindringen in den Körper verbunden sind.

(2) Wird die Tat unter den Voraussetzungen des § 177 Absatz 2 begangen, ist auf Frei-

<p>kennen.</p> <p>§ 178 (sexuelle Nötigung und Vergewaltigung mit Todesfolge)</p> <p>Verursacht der Täter durch die sexuelle Nötigung oder Vergewaltigung (§ 177) wenigstens leichtfertig den Tod des Opfers, so ist die Strafe lebenslange Freiheitsstrafe oder Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren.</p>	<p>heitsstrafe nicht unter drei Jahren ist zu erkennen.</p> <p>(3) Wird die Tat unter den Voraussetzungen des § 177 Absatz 3 begangen, ist auf Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren ist zu erkennen.</p> <p>(4) Vergewaltigung mit Todesfolge: lebenslang oder nicht unter zehn Jahren</p> <p>(5) In minder schweren Fällen der Absätze 1-3 ist auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren zu erkennen.</p> <p>Alternative (nur ein Tatbestand):</p> <p>§ 177 (sexuelle Nötigung; Vergewaltigung)</p> <p>(1) sex. Nötigung: nicht unter 1 J</p> <p>(2) Vergewaltigung (Qualifik.): nicht unter 2 J</p> <p>(3) In den Fällen des Absatzes 1 ist auf Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren (= <i>schwere sex. Nötigung</i>), in den Fällen des Absatzes 2 auf Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren (= <i>schwere Vergewaltigung</i>) zu erkennen, wenn</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. die Tat von mehreren <u>Beteiligten</u> gemeinschaftlich begangen wird, 2. der Täter eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich führt, 3. der Täter sonst ein Werkzeug oder Mittel bei sich führt, um den Widerstand (...) zu verhindern oder zu überwinden, 4. das Opfer durch die Tat in die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung bringt. <p>(4) In den Fällen des Absatzes 1 ist die auf Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren (= <i>besonders schwere sex. Nötigung</i>), in den</p>
--	--

	<p>Fällen des Absatzes 2 auf Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren (<i>besonders schwere Vergewaltigung</i>) zu erkennen, wenn</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. (Verwendung Waffe), 2. (Schwere Misshandlung, Todesgefahr) <p>(5) In minder schweren Fällen des Absatzes 1 => 6 M bis 5 Jahre, der übrigen Absätze => 1 J – 10 J</p> <p>(6) [§ 240 IV 2 Nr. 1] Wer eine andere Person mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel zu einer sexuellen Handlung nötigt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis fünf Jahre bestraft, wenn die Tat nicht ...</p> <p>§ 178 (sexuelle Nötigung und Vergewaltigung mit Todesfolge): wie bisher</p>
--	--

Wesentliche Änderungen dieses Vorschlags gegenüber dem geltenden Recht:

- Vergewaltigung wird zur Qualifikation der sex. Nötigung. Die Tenorierungen sind entsprechend klar: Sex. Nötigung => schwere sex. Nötigung => besonders schwere sex. Nötigung; Vergewaltigung => schwere Vergewaltigung => besonders schwere Vergewaltigung.
- Als „Vergewaltigung“ wird – anders als nach geltendem Recht¹⁵⁸⁴ – auch die besonders erniedrigende sexuelle Handlung ohne Eindringen verstanden.
- Statt „ähnliche“ wird der Begriff „andere“ sexuelle Handlungen bevorzugt: Das problematische Merkmal der Beischlafähnlichkeit ist nicht erforderlich, da die notwendige Schwere in der „besonderen Erniedrigung“ zum Ausdruck kommt.¹⁵⁸⁵
- Probleme der Regelbeispielstechnik entfallen (z.B. Friktionen bei Versuchsfällen, beim Zusammentreffen von Milderungsgründen), ihre Vorteile (Flexibilität bei Ablehnung der Regelwirkung oder Bildung zusätzlicher unbenannter Fälle) gehen verloren.
- Die weiteren Qualifikationen bauen auf einer sex. Nötigung oder auf einer Vergewaltigung auf und unterscheiden sich – außer beim erfolgsqualifizierten Delikt mit Todesfolge – entsprechend im Strafraum (anders §§ 177 III und IV g.F.). Dies führt bei der qualifi-

¹⁵⁸⁴ Jdf. nach h.M., vgl. LK¹²-Hörnle, § 177, Rn. 222; Fischer, § 177, Rn. 75a; zu Recht aA SK-Wolters, § 177, 26e.

¹⁵⁸⁵ Näher Brüggemann (Fn. 1543), S. 551; vgl. oben Kapitel 2 f).

zierten sex. Nötigung teilweise zu Milderungen gegenüber der g.F., die jedoch angemessen sind¹⁵⁸⁶.

- Die inhaltliche Berechtigung der weiteren Qualifikationen wurde hier nicht geprüft. Nur bei der „gemeinschaftlichen“ Begehung wird eine Änderung angeregt (vgl. oben 2 h).
- Die gewonnene Übersichtlichkeit wird durch größeren Textumfang erkauft, der allerdings durch eine alternative Fassung reduziert werden könnte.
- Schwierig würde sich die Einbeziehung der Nötigung nach § 240 I, IV 2 Nr. 1 StGB gestalten, die in systematischer Hinsicht aber in den 13. Abschnitt gehört.¹⁵⁸⁷ Falls auf Qualifizierungen verzichtet werden kann, könnte die Norm als § 177a StGB eingefügt werden (aber unter welcher Überschrift?) oder nach dem Muster von § 176 IV Nr. 1, 2 in § 177 am Ende als eigener Absatz erscheinen (in obiger Kurzfassung dann § 177 VI, siehe dort).

b) §§ 176, 176a, 179

§§ 176, 176a, 179 Vorschlag
<p>§ 176 Sexueller Mißbrauch von Kindern</p> <p>(1) Wer sexuelle Handlungen an einer Person unter vierzehn Jahren (Kind) vornimmt oder an sich von dem Kind vornehmen läßt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren bestraft.</p> <p>(2) Ebenso wird bestraft, wer ein Kind dazu bestimmt, daß es sexuelle Handlungen an einem Dritten vornimmt oder von einem Dritten an sich vornehmen läßt.</p> <p>(3) In besonders schweren Fällen ist auf Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr zu erkennen.</p> <p>(3) (4) Mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren wird bestraft, wer</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. sexuelle Handlungen vor einem Kind vornimmt, 2. ein Kind dazu bestimmt, dass es sexuelle Handlungen vornimmt, soweit die Tat nicht nach Absatz 1 oder Absatz 2 mit Strafe bedroht ist, 3. auf ein Kind mittels Schriften (§ 11 Absatz 3) oder mittels Informations- oder Kommunikationstechnologie <u>[oder durch Reden / auf sonstige Weise ?]</u> einwirkt, um <ol style="list-style-type: none"> a) das Kind zu sexuellen Handlungen zu bringen, die es an oder vor dem Täter oder einer dritten Person vornehmen oder von dem Täter oder einer dritten Person an sich vornehmen lassen soll, oder

¹⁵⁸⁶ Vgl. LK¹²-Hörnle, § 177, Rn. 260.

¹⁵⁸⁷ Zu „Ungereimtheiten“ der gegenwärtigen Regelung siehe Sch/Sch²⁹-Eisele, § 240, Rn. 38.

- b) um eine Tat nach § 184b Absatz 1 Nummer 3 oder nach § 184b Absatz 3 zu begehen, oder
4. auf ein Kind durch Vorzeigen pornographischer Abbildungen oder Darstellungen, durch Abspielen von Tonträgern pornographischen Inhalts, durch Zugänglichmachen pornographischer Inhalte mittels [Schriften (§ 11 Absatz 3) oder] Informations- und Kommunikationstechnologie oder durch entsprechende Reden einwirkt.
- (4) ~~(5)~~ Mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren wird bestraft, wer ein Kind für eine Tat nach den Absätzen 1 bis 3 4 anbietet oder nachzuweisen verspricht oder wer sich mit einem anderen zu einer solchen Tat verabredet.
- (5) ~~(6)~~ Der Versuch ist strafbar; dies gilt nicht für Taten nach Absatz 3 4 Nr. 3 und 4 und Absatz 45.

§ 176a Schwerer sexueller Mißbrauch von Kindern

~~(1) Der sexuelle Missbrauch von Kindern wird in den Fällen des § 176 Absatz 1 und 2 mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft, wenn der Täter innerhalb der letzten fünf Jahre wegen einer solchen Straftat rechtskräftig verurteilt worden ist.~~

(1) ~~(2)~~ Der sexuelle Missbrauch von Kindern wird in den Fällen des § 176 Absatz 1 und 2 mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr ~~zwei Jahren~~ bestraft, wenn

1. eine Person über achtzehn Jahren mit dem Kind den Beischlaf vollzieht oder andere sexuelle Handlungen an ihm vornimmt oder an sich von ihm vornehmen lässt, die das Kind besonders erniedrigen, insbesondere, wenn sie mit dem Eindringen in den Körper verbunden sind, ~~ähnliche sexuelle Handlungen an ihm vornimmt oder an sich von ihm vornehmen lässt, die mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind,~~
2. die Tat von mehreren Beteiligten gemeinschaftlich begangen wird oder
3. der Täter das Kind durch die Tat in die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung oder einer erheblichen Schädigung der körperlichen oder seelischen Entwicklung bringt. [*Ggf. Nr. 3 zu neuer Qualifikation aufwerten*]

(2) ~~(3)~~ Mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr ~~zwei Jahren~~ wird bestraft, wer in den Fällen des § 176 Absatz 1 und 2, ~~bis Absatz 3, 4~~ Nr. 1 oder Nr. 2 oder des § 176 Absatz 5 6 als Täter oder anderer Beteiligter in der Absicht handelt, die Tat zum Gegenstand einer pornographischen Schrift (§ 11 Absatz 3) zu machen, die nach § 184b Absatz 1 oder 2 verbreitet werden soll.

~~(4) In minder schweren Fällen des Absatzes 1 ist auf Freiheitsstrafe von drei~~

~~Monaten bis zu fünf Jahren, in minder schweren Fällen des Absatzes 2 auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren zu erkennen. [= > ans Ende]~~

(3) ~~(5)~~ Mit Freiheitsstrafe nicht unter drei ~~fünf~~ Jahren wird bestraft, wer das Kind in den Fällen des § 176 Absatz 1 und 2 ~~bis 3~~ bei der Tat körperlich schwer misshandelt oder durch die Tat in die Gefahr des Todes bringt.

(4) In minder schweren Fällen des Absatzes 1 ist auf Freiheitsstrafe von sechs ~~drei~~ Monaten bis zu zehn Jahren, in minder schweren Fällen des Absatzes 2 und 3 auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren zu erkennen.

~~(6) In die in Absatz 1 bezeichnete Frist wird die Zeit nicht eingerechnet, in welcher der Täter auf behördliche Anordnung in einer Anstalt verwahrt worden ist. Eine Tat, die im Ausland abgeurteilt worden ist, steht in den Fällen des Absatzes 1 einer im Inland abgeurteilten Tat gleich, wenn sie nach deutschem Strafrecht eine solche nach § 176 Abs. 1 oder 2 wäre.~~

§ 179 StGB (ohne Berücksichtigung des aktuellen BMJV-Entwurfs)

(1) (wie bisher)

(2) (wie bisher)

~~(3) In besonders schweren Fällen ist auf Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr zu erkennen.~~


(3) ~~(4)~~ Der Versuch ist strafbar.

Im Übrigen: Anpassung an § 176a I, III, IV (bei Beischlaf allerdings kein erhöhtes Alter des Täters).

Wesentliche Änderungen in §§ 176, 176a, 179:

- Die unbenannten besonders schweren Fälle (§§ 176 III, 179 III) und die Rückfallregelung des § 176a I werden gestrichen.
- Die Formulierung der Qualifikation „Beischlaf etc.“ wird an § 177 angeglichen.
- Die Mindeststrafe von § 176a II, III wird von zwei Jahren auf ein Jahr reduziert, bei § 176a V (und § 179 VII) von fünf auf drei Jahre. § 176a V erhält einen minder schweren Fall.

22a. Jürgen Thiele



Der Polizeipräsident
in Berlin

Reformkommission Sexualstrafrecht

10. Sitzung am 04. Dezember 2015

**Pädosexuelles Einwirken auf Kinder -
Strafbarkeit gem. § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB
in Fällen des Irrtums
über die Tauglichkeit des Objekts**

Kriminaldirektor
Jürgen Thiele
Landeskriminalamt Berlin

Vorbemerkung

Meine Ausführungen

- beziehen sich auf die Fälle, in denen der Täter in der in § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB beschriebenen pädosexuellen Weise auf ein (vermeintliches) Kind einwirkt, dabei aber irrt, weil es sich tatsächlich um einen Erwachsenen handelt (untauglicher Versuch)
→ derzeit nicht strafbewehrt
- strukturieren sich an den gegen eine derartige Strafbarkeit vorgebrachten Hauptargumenten und beschränken sich dabei auf die aus meiner Sicht noch nicht hinreichend eingebrachten Argumente für eine Strafbarkeit

⇒ Gliederung

Vorbemerkung

⇒ Gliederung (zu widerlegende Thesen gegen Strafbarkeit):

- Es sei eine zu weite Vorverlagerung der Strafbarkeit zu besorgen
- § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB hat geringe Bedeutung, was nicht an der fehlenden Versuchsstrafbarkeit liegen würde
- Die Einführung der Strafbarkeit würde wenig ändern

Derzeit liegt die Strafbarkeit vor dem Schadenseintritt, ist diesem aber nicht „weit“ vorgelagert

- Pädosexuell ausgerichtetes Einwirken liegt nah vor dem Schadenseintritt
- Manipulatives Einwirken auf Kind
 - z.B.
 - ↗ Sexueller Missbrauch – lit. a
 - ↘ „Lieferung“ von Kinderpornografie – lit. b
 - täuschen
 - kompromittieren
 - korrumpieren
- Mit der manipulativen Einwirkung liegen konkrete Anhaltspunkte für die Annahme vor, dass es bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens zu einem Schadenseintritt kommt.

Pönalisierung des „Irrtums über die Tauglichkeit des Objekts“ verlagert den Zeitpunkt der Strafbarkeit im Täterseits gewollten Tatablauf nicht vor

- Eine objektive Gefährdung von Rechtsgütern ist zwar nicht gegeben, wie auch in anderen Fällen des strafbaren untauglichen Versuchs („strafbarer Schuss auf Leiche in Tötungsabsicht“)

aber:

- Der Täter tut nach seiner Vorstellung von der Tat alles, um den angestrebten Erfolg zu erzielen.
Er bringt genau dasselbe kriminelle Unrecht zum Ausdruck, dass bereits jetzt mit § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB beim Einwirken auf ein (tatsächliches) Kind als strafwürdig anerkannt wird.
- ⇒ Keine Verlagerung des Zeitpunkts der strafrechtlichen Bewertung seines kriminellen Unrechtsgehalts, lediglich Beendigung der Privilegierung in Fällen des „Irrtums über die Tauglichkeit des Objekts“

Pönalisierung des „Irrtums über die Tauglichkeit des Objekts“ besser über den Tatbestand als über Versuchsstrafbarkeit regeln

- Pönalisierung über Einführung einer Versuchsstrafbarkeit würde zwar den untauglichen Versuch erfassen, aber:
 - Wäre tatsächlich Vorverlagerung der Strafbarkeit im Geschehensablauf, die aber nicht erforderlich erscheint
 - Schwierigkeit, den Beginn des „Versuchs des Einwirkens“ in sonstigen Fällen zu erkennen (Rechtsklarheit fraglich)
 - Beweisführung im subjektiven Bereich bei Vorverlagerung durch Versuchsstrafbarkeit kaum möglich
- ⇒ Besser den Tatbestand entsprechend ändern
„...Person, die er für ein Kind hält...“ o.ä.

§ 176 Abs. 4 Nr. 3 hat in der praktischen Anwendung kaum Bedeutung - trotz eines immensen Dunkelfeldes der strafbewehrten pädosexuellen Handlungen

- Einwirken auf Kinder zu pädosexuellen Zwecken weist ein riesiges Dunkelfeld auf,
(durch direkte Kommunikation sowie taterleichternd) durch IuK-Technologie
⇒ Es ist von quantitativ und qualitativ (→ teilweise lebenslangen) erheblichen Schäden auszugehen,
sowohl durch erwirkte sexuelle Handlungen (lit. a) als auch durch Erlangung von kinderpornografischem Material (lit. b)
⇒ Dies erfordert auch aus europäischer Sicht eine Kriminalisierung der Vorbereitung
- Ursachen der relativen Bedeutungslosigkeit von § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB:
 - Niedrige Anzeige-/Mitteilungsbereitschaft von Kindern (Scham, Furcht vor Unverständnis/Sanktionen, empfundene Mitschuld pp.)
 - Straflosigkeit des „Irrtums über die Tauglichkeit des Objekts“ (=> kaum Dunkelfeldaufhellung möglich, lediglich Anzeigedelikt und kein Kontrolldelikt)

Die Einführung der Strafbarkeit des „Irrtums über die Tauglichkeit des Objekts“ würde viel ändern und den Opferschutz wesentlich verbessern

- Einwirken auf eine Person ab 14 Jahren ist gemäß § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB derzeit nicht strafbar :
 - ⇒ Begründung eines Anfangsverdachts unter Berücksichtigung der Rechtsprechung zur Kinderpornografie (Edhaty pp.) findet in der Rechtsanwendung keine Akzeptanz
 - ⇒ Keine Verfahren/keine Anwendung der Strafnorm
 - Keine Eingriffsmaßnahmen (Durchsuchungen pp.)
 - sofern überhaupt Identifizierung möglich/zulässig, können lediglich Gefährderansprachen durchgeführt werden, die i.d.R. keine Verhaltensänderung bewirken, sondern angesichts der täterseitigen Realisierung von Straflosigkeit eher bestärkend wirken können
 - ⇒ Realisierung der notwendigen und auch europäisch geforderten Strafverfolgung ist erheblich beeinträchtigt
- Daher würde die Pönalisierung des „Irrtums über die Tauglichkeit des Objekts“ den Schutz kindlicher Opfer wesentlich verbessern können

Die Einführung der Strafbarkeit des „Irrtums über die Tauglichkeit des Objekts“ würde viel ändern und den Opferschutz wesentlich verbessern

- Die Erheblichkeit der abzuwehrenden pädosexuellen Schäden für Kinder
- die besondere Schutzlosigkeit von Kindern ggü. erwachsenen Pädosexuellen
- die tatbegünstigenden Umstände der luK-gestützten Kommunikation
- das immense Dunkelfeld
- der Mangel an sonstigen wirksamen Möglichkeiten zur Dunkelfeldaufhellung

erfordern die general- und spezialpräventive Wirkung des Strafrechts zur Verhaltenskontrolle und Eindämmung ihres massenhaften Handelns auch in den Fällen, wo die Täter nach ihren Vorstellungen von der Tat alles tun, um den Schadenseintritt anzustreben und lediglich Glück haben, diesmal nicht an ein Kind geraten zu sein.

Anlage

Strafbarkeit gem. § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB in Fällen des „Irrtums über die Tauglichkeit des Objekts“

Bezüglich der Strafbarkeit von Fällen, in denen der Täter in der in § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB beschriebenen Weise nach seiner Überzeugung auf ein Kind einwirkt, tatsächlich aber irrt, weil es sich um eine erwachsene Person handelt, möchte ich nochmals einige Gedanken aus polizeilicher polizeilichen Sicht anbieten.

Ich beschränke und strukturiere meine Ausführungen dabei zum einen auf die aus meiner Sicht als Hauptargumente gegen eine derartige Strafbarkeit vorgebrachten Aspekte und beschränke mich zum anderen auf die Gedanken zur Begründung der Erforderlichkeit einer Strafbarkeit, die aus meiner Sicht noch nicht hinreichend in die Diskussion eingebracht bzw. dokumentiert worden sind.

1. Sorge vor einer zu weiten Verlagerung der Strafbarkeit in das Vorfeld einer Rechtsgutsgefährdung

Anmerkungen:

- Gegen die Begründung der in Rede stehenden Strafbarkeit wird argumentiert, dass mit § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB eine weite Vorverlagerung der Strafbarkeit verbunden sei, weil die Tatvollendung bereits durch die auf den sexuellen Missbrauch bzw. Erlangung von „realistischem“ KiPo-Material abzielende Kommunikation eingetreten ist bzw. noch nicht einmal eine Verabredung oder gar ein Treffen erforderlich ist.

Beschreibt der besagte Tatbestand dieses Unternehmensdelikts aber tatsächlich eine Situation, die wie behauptet sehr weit im Vorfeld einer Rechtsgutsgefährdung liegt? Die Situation ist dadurch gekennzeichnet, dass ein (in der Regel) Pädosexueller mit einem Kind kommuniziert, um es zu den inkriminierten Handlungen zu bringen. Der nächste Prozessschritt in diesem täterseits beabsichtigten Verlauf ist doch bereits die Realisierung des Schadeneintritts in der Form, dass das Kind ihm das angestrebte KiPo-Material „liefert“ (lit. b) oder es zu den tatbestandlich genannten sexuellen Missbrauchshandlungen kommt (lit. a).

Der Pädosexuelle kann seine Überlegenheit ggü. seinem kindlichen Opfer in vielfältiger Form im Rahmen seines Einwirkens nutzen.

Zum Beispiel

- (i) täuscht er (über sein Alter und Geschlecht; er übersendet [nicht pornografische]

Bilder anderer Kinder, die angeblich ihn selbst zeigen würden zum Tausch gegen erste Nacktbilder seines Opfers usw.),

(ii) kompromittiert er (Kind hat peinliche Angaben im Chat gemacht, erste Bilder übersandt usw. und willigt als Gegenleistung notgedrungen in weitere Handlungen ein, um die Verbreitung des bereits generierten Materials zu verhindern),

(iii) korrumpiert er (Inaussichtstellen einer Modelkarriere des „so hübschen“ bzw. angeblich „doch schon älter aussehenden“ Mädchens oder sonstiger Vorteile, teilweise schon bezahlter Leistungen in kostenpflichtigen Spieleforen, Handyguthaben, geweckter Neugierde usw.) usw. und wirkt so auf vielfältige Art und Weise auf das Kind ein, um es zu den gewünschten Handlungen zu bringen. Dabei nutzt er gezielt die für ihn im Rahmen der Anbahnung günstigen Umstände der einschlägigen luK-Chat- und Spieleforen pp., die es eben begünstigen, die Kommunikation mit dem Kind zu halten und auszunutzen, weil es sich doch aufgrund der zunächst bestehenden Anonymität sicher wähnt und auf dieser Grundlage noch leichter getäuscht, korrumpiert und kompromittiert werden kann.

Liegen damit nicht eigentlich schon Tatsachen vor, welche die Annahme belegen, dass es bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens zu einem Schadenseintritt kommt?

So strebt der Täter bzgl. § 176 Abs. 4 Nr. 3 lit. b. an, dass ihm das kindliche Opfer bereits im Rahmen dieser Kommunikation kinderpornografisches Material von sich sendet. Auch das Einwirken, um das Kind zu den in lit. a genannten sexuellen Handlungen zu bringen, beinhaltet die Gefahr, dass es im Rahmen des prozesshaften Geschehens sehr schnell zur Vornahme der entsprechenden sexuellen Handlungen und damit zum Eintritt eines erheblichen Schadens kommt.

Im Ergebnis ist bei dem beschriebenen Geschehensablauf *„zielgerichtetes Einwirken auf ein Kind zur Vornahme inkriminierter Handlungen -> Schadenseintritt“* bereits zum Zeitpunkt des Einwirkens eine abzuwehrende Gefahr zu sehen, die sich falls „weit“ im Vorfeld eines Schadeneintritts befindet.

Insofern sehe ich es aus den o.g. Gründen als schwer nachvollziehbar an, wenn gegen die in Rede stehende Strafbarkeit damit argumentiert wird, dass man sich nicht nur im Vorfeld (unstrittig), sondern vermeintlich sogar im „weiteren“ Vorfeld (des Schadenseintritts) befindet.

Vielmehr ist die tatbestandlich definierte Strafbarkeit nicht „weit“ im Vorfeld eines Schadenseintritts verortet.

- Ferner wird gegen die Pönalisierung in Fällen des „Irrtums über die Tauglichkeit des Objekts“ (pädosexuell ausgerichtetes Einwirken irrtümlich auf eine Person, die nicht wie angenommen unter 14 Jahre alt ist) argumentiert, dass dies eine noch weitere

Vorverlagerung der Strafbarkeit sei und dies ein Problem darstelle.

Diese Sichtweise ist aus meiner Sicht nur dann nachvollziehbar, wenn man den Fokus auf die objektive Gefährdung des Rechtsguts im konkreten Einzelfall verengt. Erweitert man dagegen den Fokus und bezieht zusätzlich die Perspektive des Täters ein und prüft dabei, ob dieser nach seiner Vorstellung von der Tat alles tut, um den angestrebten Erfolg zu erzielen, wird man feststellen müssen, dass er genau dies getan hat, wenn er sich lediglich im Objekt irrt.

Er bringt also genau dasselbe kriminelle Unrecht zum Ausdruck, dass bereits jetzt mit § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB beim Einwirken auf ein (tatsächliches) Kind als strafwürdig anerkannt ist. Aus dieser auch dem Strafrecht außerhalb des § 176 StGB innewohnenden Perspektive würde die Pönalisierung in Fällen des „Irrtums über die Tauglichkeit des Objekts“ keine Vorverlagerung der Strafbarkeit, sondern das Schließen einer sog. „Lücke“ bedeuten.

Dieser Umgang mit dem als kriminell zu bewertenden Unrechtsgehalt des Handelns gilt auch außerhalb des § 176 StGB, weshalb z. B. überhaupt der untaugliche Versuch als strafbar angesehen wird. Schließt man sich dem hier favorisierten Gedanken der Pönalisierung an und beendet man damit die Privilegierung des Pädosexuellen, die dieser zufällig sowie von ihm unbeeinflusst lediglich dadurch erfährt, dass er unbemerkt anstatt auf ein Kind irrtümlich auf einen Erwachsenen einwirkt, so stellt sich die Frage, wie dies gesetzestechnisch am günstigsten realisiert werden sollte.

Die Pönalisierung über die meist diskutierte Einführung der Versuchsstrafbarkeit würde zwar den untauglichen Versuch und damit auch die Fälle des hier in Rede stehenden Irrtums erfassen.

Allerdings würde die Einführung einer Versuchsstrafbarkeit für § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB zugleich die Strafbarkeit im Geschehensablauf auch über den zu regelnden Irrtum hinaus tatsächlich nach vorne verlagern, wofür aus meiner Sicht keine zwingenden Gründe erkennbar sind.

Vielmehr könnte auch Rechtsunklarheit dadurch entstehen, dass der Beginn des strafbaren Versuchs des Einwirkens schwer zu erkennen wäre (Kauf/Anschluss des PC?, Einloggen in Kinder-Chat/Spiele-Foren? pp.). Hier wären erneut die von mir bereits an anderen Stellen beklagten erheblichen Schwierigkeiten bei der Beweisführung im subjektiven Tatbestandsbereich problematisch.

Insofern wäre die Pönalisierung des Irrtums durch eine Formulierung zu favorisieren, die dies klar und präzise tatbestandlich beschreibt und nicht über eine Versuchsstrafbarkeit löst (z. B. „...*Person, die er für ein Kind hält...*“).

2. Relative Bedeutungslosigkeit der Norm

Gegen die diskutierte Strafbarkeit wird ferner argumentiert, dass § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB geringe praktische Bedeutung hätte, was nicht an der fehlenden Versuchsstrafbarkeit, sondern eher an der Struktur der Strafvorschrift liegen würde. So würde die Kommunikation per Internet insbesondere deswegen nicht zur Strafverfolgung gelangen, weil (i) das Kind keinen Verdacht schöpfe oder (ii) weil dem Täter die Absicht, dass es ihm tatsächlich auf sexuelle Handlungen ankommt, nur schwer nachzuweisen sei.

Anmerkungen:

- Es ist davon auszugehen, dass bzgl. der Einwirkung durch Pädosexuelle auf Kinder im Internet, um sie zu den in § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB beschriebenen Handlungen zu bringen, ein erhebliches Dunkelfeld besteht. Dies belegen nicht nur die hinreichend bekannten Journalistenrecherchen, sondern auch polizeiliche Erfahrungen (siehe auch unten zu 3.).

Auch die neuen am 17. Juni 2015 verabschiedeten Leitlinien des Europarates zur Bekämpfung von Cybergrooming erkennen ausdrücklich an, dass Cybergrooming und Online-Missbrauch eine besonders große Dunkelfeldproblematik aufweisen ("Concerned that the acts leading to the sexual abuse committed exclusively online may not be adequately recognised as criminal and therefore remain unpunished").

Insofern ist von erheblichen Schäden zum Nachteil von Kindern auszugehen, die nicht nur durch sexuelle Handlungen i.S.v. § 176 Abs. 4 Nr. 3 lit. a StGB entstehen, sondern auch dann erhebliche Beeinträchtigungen für die weitere Entwicklung und Lebensführung von Kindern beinhalten, wenn entsprechend § 176 Abs. 4 Nr. 3 lit. b StGB von den Kindern kinderpornografisches Material erlangt worden ist.

Der in Rede stehenden Norm und deren erfolgreicher Anwendung kommt daher eine immense Bedeutung zu.

Und dies gilt m.E. mit Blick auf die unten zu 3. weiter ausgeführten Anwendungsprobleme auch für die diskutierte Strafbarkeit des täterseitigen „Irrtums im Objekt“.

Deswegen verzichten die europäischen Vorgaben auch ausdrücklich auf das Erfordernis eines Realtreffens zwischen Missbraucher und Kind (bzw. auf die Vornahme von konkreten Handlungen des Täters zur Vorbereitung eines solchen Treffens) und lassen Onlineaktivitäten für die Strafbarkeit genügen („Parties should consider ex-

tending its criminalisation also to cases when the sexual abuse is not the result of a meeting in person, but is committed online“), wie insbesondere die folgenden Ausführungen erkennen lassen: “Article 23 of the Lanzarote Convention does not require the offences mentioned above to be actually committed but aims at criminalising the adult’s preparation of the offences.” („Artikel 23 der Lanzarote Konvention erfordert nicht, dass die obengenannten Straftaten [Sexueller Kindesmissbrauch und Herstellung von Kinderpornographie, vgl. Art. 18 (1) a) und Art. 20 (1) a)] tatsächlich begangen werden, sondern zielt auf die Kriminalisierung der Vorbereitung der Straftaten durch den Erwachsenen ab“.)

Im Ergebnis zeichnet sich die Norm also unverändert durch eine Erforderlichkeit und Bedeutung zum Schutz der Kinder als Rechtsgutträger aus.

- Weshalb erlangt aber diese grundsätzlich wichtige Norm in der praktischen Anwendung nur relativ geringe Bedeutung, wie z.B. die Polizeiliche Kriminalstatistik erkennen lässt?

Mir sind keine hinreichenden Untersuchungen dafür bekannt, weshalb es bzgl. dieser Vorschrift nur relativ wenige Fälle gibt.

Die polizeilichen Erfahrungen lassen jedoch davon ausgehen, dass die Anzeigebereitschaft so niedrig ist, weil entsprechende Vorfälle von den Kindern aus Scham gegenüber den Eltern regelmäßig nicht offenbart werden.

Dies nutzen Pädosexuelle bewusst aus und gehen von einem niedrigen Entdeckungsrisiko aus.

Es ist nun mal leider viktimologisch schlüssig, dass sich Kinder aus Furcht vor Unverständnis der Eltern (bereits übersandte Bilder, Handlungen vor der Webcam, kompromittierende Chatinhalte pp.) bzw. Sanktionen der Eltern (Internetverbot pp.) nicht offenbaren und vielmehr sich selbst häufig eine maßgebliche Mitschuld geben. Dies gilt umso mehr, als dass nach – allerdings noch nicht auf repräsentative Studien zu stützenden – polizeilichen Erfahrungswerten sehr häufig eben Kinder aus strukturell schwierigen Verhältnissen (verbringen ohne Anleitung viel Zeit mit Internetnutzung) Opfer derartiger Handlungen im Internet werden und es ihnen in solchen Familienverhältnissen besonders schwer fällt, sich den Sorgeberechtigten zu offenbaren.

Angesichts dieser Dunkelfeldproblematik ließe sich mit der Pönalisierung des täterseitigen „Irrtums über die Tauglichkeit des Objekts“ durch das Strafrecht der auch aus europäischer Sicht erforderliche Schutz verbessern.

Hierdurch ließe sich die wichtige Norm zum Schutz von Kindern und vor den wie be-

schrieben immensen pädosexuellen Gefahren im Internet aus der Bedeutungslosigkeit heben.

Es wäre das erforderliche kriminalpolitische Signal mit general- und spezialpräventiver Wirkung an die Täter, es würde das Bewusstsein und die Anzeigebereitschaft durch Erwachsene erhöhen, das Entdeckungsrisiko für Pädosexuelle erhöhen und damit die geforderte Verbesserung des Schutzes gefährdeter Kinder bewirken.

3. Die diskutierte Einführung der Strafbarkeit in Fällen des „Irrtums über die Tauglichkeit des Objekts“ würde nichts ändern

Unabhängig von der tatbestandlichen Ausgestaltung (Einführung einer Versuchsstrafbarkeit oder tatbestandliche Erweiterung auf besagte Irrtumsfälle) wird gegen die in Rede stehende Strafbarkeit angeführt, dass man aus den Ausführungen des BVerfG im Fall Edhaty schließen könne, dass der untaugliche Versuch (also das irrtümliche Einwirken auf einen Erwachsenen anstelle eines Kindes) einen Anfangsverdacht begründen kann. Auf dieser strafrechtlichen Verdachtslage seien dann Eingriffsmaßnahmen (Durchsuchungen pp.) zulässig und der entscheidende Unterschied wäre darin zu sehen, dass der Täter bei der Strafbarkeit des Irrtums bereits mit der Kontaktaufnahme zum Nicht-Kind (Eltern, Polizisten pp.) überführt wäre, während es nach derzeitiger Gesetzeslage noch weitergehender Ermittlungen bedarf.

Im selben Zusammenhang wird angemerkt, dass bisher für die Fälle des „Irrtums über die Tauglichkeit des Objekts“ kein Ablehnungsbeschluss gegen beantragte Ermittlungsmaßnahmen bekanntgeworden sei.

Anmerkungen:

- Die o.g. Begründungen, bei dem in Rede stehenden Irrtum trotz dessen derzeitiger Nichtstrafbarkeit zumindest einen Anfangsverdacht für eine versuchte Straftat gem. § 176 StGB anzunehmen, lassen bereits mindestens erkennen, dass ohne Feststellung anderer bereits begangener Missbrauchsfälle keine Verurteilung und mithin keine spezialpräventive strafrechtliche Sanktionierung erfolgen darf, obwohl nicht zuletzt die erhebliche Vulnerabilität von kindlichen Opfern eine Sanktion im Rahmen des strafrechtlichen „ultima ratio“ – Prinzips gebietet.

Die von KiPo-Fällen auf die hier in Rede stehenden Irrtumsfälle des sog. Cybergroomings übertragene Argumentation mit dem Schluss, dass diese „Irrtumsfälle“ für die Justiz ausreichen würden, um gem. § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB einen Anfangs-

verdacht und die Zulässigkeit der entsprechenden strafprozessualen Eingriffsbefugnisse anzunehmen, begegnet in der tatsächlichen Rechtsanwendung erheblichen Bedenken.

Im Ergebnis ist in der Praxis nämlich das Gegenteil der Fall!

Seit Jahren wurde die im Edhaty-Verfahren für die Begründung eines Anfangsverdachts und die Zulässigkeit der Begründung von Durchsuchungen in KiPo-Fällen höchstrichterlich bestätigte Rechtsauslegung insbesondere von der für derartige KiPo-Fälle in Deutschland aktivsten Zentralstaatsanwaltschaft in Hessen angewendet, ist dort also bestens bekannt.

Mit diesem Wissen wurden in Hessen auch Initiativermittlungen zur Dunkelfeldaufhellung und Bekämpfung des Cybergroomings im Internet durch „Nicht offen ermittelnde Polizeibeamte (NoeP)“ durchgeführt. So nahmen in einem Umfangsverfahren („OP Hardes“) innerhalb von nur acht Tagen 395 Personen mit den als Kindern auftretenden Polizeibeamten Kontakt auf und wirkten im Sinne von § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB auf diese ein. Allerdings konnten wegen der fehlenden Versuchsstrafbarkeit nur in 39 Fällen Strafverfahren eingeleitet werden. Diese betrafen lediglich Täter, die in den Chats sexuelle Handlungen (Masturbationshandlungen) vor der Webcam vornahmen (strafbar als versuchter sexueller Missbrauch von Kindern gemäß §§ 176 Abs. 4 Nr. 1, Abs. 6, 22, 23 StGB - sexuelle Handlungen vor einem Kind) oder Täter, die in den Chats die (vermeintlichen) Kinder zu sexuellen Handlungen, z.B. Masturbationshandlungen, aufforderten (strafbar als versuchter sexueller Missbrauch von Kindern gemäß §§ 176 Abs. 4 Nr. 2, Abs. 6, 22, 23 StGB - Bestimmen von Kindern zu sexuellen Handlungen). Auch eine aktuell durchgeführte Anfrage beim Leiter der diesbezüglichen Zentralstaatsanwaltschaft in Hessen hat bestätigt, dass diese Rechtsauffassung (kein Anfangsverdacht beim Irrtum über die Tauglichkeit des Objekts) bei der dortigen Justiz unverändert gilt.

Dies deckt sich mit allen hier bekannten konkreten Erfahrungen der Bundesländer. Auch die aktuelle Bund-Länder-Fallsammlung der Rechtstatsachensammelstelle für die Polizei in Deutschland (Stand Juni 2015) führt entsprechende Fallbeispiele des LKA Baden-Württemberg an. Auch dort bot ein Pädosexueller einem NoeP in einem Kinder- und Jugendchat dem vermeintlichen Kind ein Treffen an, um dabei mit dem „Kind“ den Geschlechtsverkehr zu vollziehen. Tatsächlich erschien er dann auch zu dem Treffen, eine Strafanzeige konnte aber aufgrund der defizitären Rechtslage nicht gefertigt, geschweige denn eine Durchsuchung durchgeführt werden.

Realität ist daher, dass die vorgetragene Auffassung, man könne bereits nach derzei-

tiger Rechtslage effektiv ermitteln, unzutreffend ist.

Die Erfahrung der Ermittlungspraxis geht vielmehr unzweifelhaft dahin, dass Ermittlungsrichter beim straflosen untauglichen Versuch des § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB keine Durchsuchungsbeschlüsse erlassen und die Verfahren daher einzustellen sind. In der Praxis werden Durchsuchungsbeschlüsse in solchen Fällen überwiegend bereits von den Staatsanwaltschaften gar nicht erst beantragt oder spätestens von den Amtsgerichten abgelehnt. Auch eine aktuell durch mich durchgeführte Anfrage bei der Staatsanwaltschaft Berlin hat nochmals bestätigt, dass dort für die in Rede stehenden Irrtumsfälle (auch im Bewusstsein der Rechtsprechung im Edhaty-Fall) ein Anfangsverdacht verneint wird und folglich erst gar keine Durchsuchungsbeschlüsse beantragt würden. Insofern werden die ohnehin begrenzten polizeilichen Kapazitäten – wie z.B. in Berlin – gar nicht erst dafür eingesetzt, derartige Initiativermittlungen zur Dunkelfeldaufhellung und dem erforderlichen Schutz von Kindern vor den im Netz äußerst aktiven Pädosexuellen durchzuführen. Die oben als erforderlich beschriebene und insofern auch europäisch geforderte wirksame Verfolgung derartiger pädosexueller Aktivitäten im Netz ist daher derzeit nicht möglich.

Man mag dies beklagen und rechtstheoretisch die Position vertreten, dass bereits jetzt die Strafbarkeit und die Voraussetzungen für Durchsuchungseingriffe pp. gegeben seien. Die Rechtswirklichkeit sieht aber anders aus. Es ist daher dringend zu empfehlen, dies bei der Bewertung und Entscheidungsfindung mit Blick auf den geforderten Opferschutz zu berücksichtigen.

Die Realitäten erfordern die ausdrückliche Pönalisierung des pädosexuellen Irrtums über die Tauglichkeit des Objekts.

- Vorsichtshalber sei erwähnt, dass auch den ermittelnden Polizeibehörden selbstverständlich die „agent provocateur“-Thematik bekannt ist und die diesbezügliche Chatkommunikation daher vollständig passiv und somit rechtlich beanstandungsfrei geführt wird. Ferner wird sie lückenlos und technisch nachvollziehbar dokumentiert und ist daher für die kritische Prüfung aller Verfahrensbeteiligten vollständig zugänglich.

Die Erheblichkeit der abzuwehrenden Schäden in Form von sexuellen Misshandlungen von Kindern, die besondere Schutzlosigkeit von Kindern ggü. erwachsenen Pädosexuellen, die tatbegünstigenden Besonderheiten der IuK-gestützten Kommunikation, das immense Dunkelfeld derartiger Handlungen sowie der Mangel an sonstigen wirksamen Möglichkeiten zur Aufhellung dieses Dunkelfeldes erfordern es, dass die general- und spezialpräventive Wirkung von Strafe als ultima ratio zur präventiven Verstärkung der Verhaltenskontrolle von Pädosexuellen, die ansonsten ihr Handeln massenhaft fortsetzen auch in den Fällen anwend-

bar ist, wo sie nach ihren Vorstellungen von der Tat alles tun, um den Schadenseintritt anzustreben und lediglich Glück haben, diesmal nicht an ein Kind geraten zu sein, was mangels ernsthafter strafrechtlicher Konsequenzen nicht zu einem Ablassen von erneuten Versuchen führt.

22b. Jürgen Thiele



Der Polizeipräsident
in Berlin

Reformkommission Sexualstrafrecht

4. Sitzung am 12. Juni 2015

Themenkomplex:
Reformbedarf bei § 177 StGB – Das Für und Wider einer
„Einverständnislösung“ und von alternativen
Regelungsmöglichkeiten

Impulsbeitrag:
Schwierigkeiten bei der polizeilichen Ermittlungsarbeit

Kriminaldirektor
Jürgen Thiele
Landeskriminalamt Berlin



Der Polizeipräsident
in Berlin

Vorbemerkung

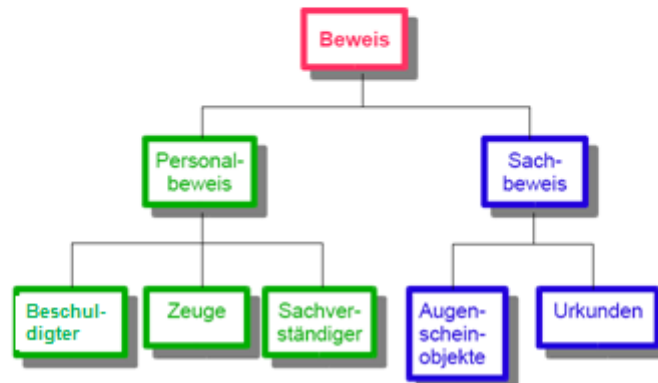
Dieser Beitrag

- beschränkt sich auf den aktuellen Diskussionsstand / Entwurf bzgl. §§ 177, 179 StGB
- klammert in der Kommissionsarbeit bereits dokumentierte Gedanken weitgehend aus (Gefahr von Falschanzeigen pp.)
- stützt sich bei der Betrachtung diskutierter Regelungsmöglichkeiten auf die polizeilichen Erfahrungen im Ermittlungsverfahren
- ersetzt nicht die spätere Betrachtung des gesamten 13. Abschnittes sowie verfahrensrechtlicher Schwierigkeiten bei der Aufklärung von Sexualstraftaten
- beleuchtet die gestellte Frage nach Schwierigkeiten polizeilicher Ermittlungen und lässt daher kriminalpolitische Erwägungen, insbesondere Opferbelange, weitgehend unberücksichtigt

Polizeiliche Ermittlungen zielen auf Erlangung von Beweismitteln ab



Strafanzeige / Aussage von Opferzeugen dienen der Polizei als Anknüpfungspunkt zur Verifizierung oder Falsifizierung des Anfangsverdachts einer Sexualstraftat durch Ermittlung von Beweismitteln



Ermittlung von Augenscheinobjekten ist ein Schwerpunkt zur Aufklärung von Sexualstraftaten



Augenscheinobjekte

- Feststellung von Augenscheinobjekten ist ein Schwerpunkt polizeilicher Ermittlungen (insbesondere Spurensicherung durch Tatortarbeit, körperliche Untersuchungen, Sicherstellungen, Durchsuchungen pp.)
- Ermittlung zum Nachweis bloßer sexueller Handlungen sowie tatbestandlich beschriebener Tatfolgen in vielen Fällen möglich (zeitnahe Anzeigenerstattung, Kontaktsuren pp.)
- aber: Schwierigkeit der Ermittlung von Augenscheinobjekten zur Frage der Einvernehmlichkeit, (mangelnde äußere Tatsachen, von denen auf innere Tatsachen geschlossen werden kann)

Schwierigkeiten der Ermittlung von Augenscheinobjekten differieren je nach Tatbestandsausformung



noch: Augenschein

(hier: Ermittlung zur Einvernehmlichkeit)

- Gewaltanwendung verursacht häufig Spuren
=> Möglichkeit der Dokumentation/Sicherung von Spuren am Körper, Tatort, Gegenständen pp., Sicherstellung von Waffen, Werkzeugen oder sonstigen Mitteln, pp.
- Drohungen können im Ausnahmefall zur polizeilichen Ermittlung von Augenscheinobjekten führen (Verwendung von Gegenständen bei der Drohung)

=> Bereits nach geltender Rechtslage bestehende Schwierigkeiten bleiben bestehen, würden aber durch Einführung einer „Nein heißt Nein“ oder „Ja heißt Ja“ – Lösung ausgeweitet

Diskutierte Änderungen schließen polizeiliche Ermittlung von Augenscheinobjekten weitgehend aus



noch: Augenschein

Schwierigkeit der Ermittlung von Augenscheinobjekten zur Frage der Einvernehmlichkeit bei den diskutierten Änderungen

- Diskutierte zusätzliche Tatbestandsmerkmale wie *„täterseitiges Erkennen und Ausnutzen einer Lage, als überraschend beabsichtigte und empfundene Begehung, opferseitige Befürchtung eines erheblichen Nachteils“* pp. liegen im subjektiven Bereich und bieten der Polizei eher keine Möglichkeiten zur Aufklärung durch Augenscheinobjekte
- Ein „*Nein*“ bzw. ein gefordertes ausdrückliches Einverständnis zu sexuellen Handlungen bieten ebenfalls regelmäßig keine Möglichkeit zur Aufklärung durch Augenscheinobjekte

=> Diese diskutierten Erweiterungen lassen sich polizeilich fast ausschließlich mittels Personalbeweis aufklären (Vernehmung)

Bereits jetzt müssen erhebliche Schwierigkeiten bei polizeilichen Vernehmungen bewältigt werden



Polizeiliche Ermittlung von Personalbeweisen

- Zu ermittelnde Tatsachen müssen durch den zu vernehmenden Zeugen / Beschuldigten bemerkt -> gespeichert -> in Vernehmung abgerufen und wahrheitsgetreu wiedergegeben werden, dabei sind in jeder Phase bewusste und unbewusste Verfälschungen möglich, zusätzlich insbesondere bei Sexualdelikten problematisch:
 - Opferzeugen: Scham, Angst, Schock, Traumatisierung pp.
 - Tatneutrale Dritte: kaum Aussagen/Beobachtungen möglich bzgl. der eigentlichen sexuellen Handlung
 - Beschuldigte: Hartnäckiges Schweigen bzw. vehementes Leugnen im Bewusstsein der Beweisschwierigkeiten eines sog. „Aussagedelikts“ bzw. der Situation „Aussage gegen Aussage“
- Erhebliche Belastungen für Opferzeugen und Vernehmer durch stundenlange, detailreiche, kritische Vernehmungsführung

Diskutierte Erweiterungen verschärfen die Schwierigkeiten bei polizeilichen Vernehmungen erheblich



noch: Polizeiliche Ermittlung von Personalbeweisen

- Ausweitung der subjektiven Tatbestandsmerkmale und/oder der Umstände, die nicht/kaum durch andere Ermittlungen überprüft werden können, potenziert die bereits grenzwertigen Belastungen und Schwierigkeiten polizeilicher Vernehmungen
- Hinreichende Aufklärung eines klaren und beständigen „Nein“ ist in der polizeilichen Vernehmung kaum möglich:
 - Alkoholisierung, Vielfalt menschlicher Beziehungen / Kommunikationsregeln, / kulturelle Besonderheiten / Entwicklungs-/Bildungsstände pp., ambivalentes bzw. sich änderndes Verhalten
 - > missverständliche Signale -> kaum polizeilich aufklärbar
 - Nachweis, dass Beschuldigter trotz Alkoholisierung, Erregung, Ablenkung pp. „Nein“ bemerkt und bewusst ignoriert, ist durch Vernehmung kaum möglich

Diskutierte Erweiterungen verschärfen die Schwierigkeiten bei polizeilichen Vernehmungen erheblich



noch: **Polizeiliche Ermittlung von Personalbeweisen**

- Hinreichende Aufklärung eines klaren und beständigen „*Nein*“ in der polizeilichen Vernehmung kaum möglich:
 - Während bei „Gegenwehr, Fluchtversuch, Gewaltanwendung, Bedrohung pp.“ die Beschreibung konkreter und detailreicher Handlungen und ggf. Folgen (Verletzungen, Ortswechsel, Beschädigungen, detaillierte Handlungen pp) möglich ist, erscheint dies beim „bloßen *Nein*“ mangels „äußeren Geschehens“ eher nicht möglich
=> (i) keine Wahrnehmung durch Tatzeugen und (ii) kaum Anknüpfungspunkte zur Begutachtung/Analyse der Aussage
 - Genannte Schwierigkeiten bestehen beim Nachweis der tatbestandlichen Forderung eines „ausdrücklichen Einverständnisses“ noch verstärkt (Klarheit von „Sendung und Empfang der Botschaft“, Ambivalenz, Verhaltensänderungen pp.)

Verstärkte Ermittlungsschwierigkeiten führen zu Unzufriedenheit



Zwar

- sind aus polizeilicher Sicht Erweiterungen des Strafrechts zum Opferschutz grundsätzlich zu begrüßen und bieten auch der polizeilichen Präventionsarbeit (Vorträge in Schulen pp.) die Möglichkeit zur Vermittlung entsprechender Botschaften
- bieten evtl. vermehrte Mitteilungen auf Grundlage einer erweiterten Strafbarkeit der Polizei im Rahmen ihres doppel funktionalen Handelns ggf. gefahrenabwehrrrechtliche Möglichkeiten

Doch

- Strafanzeigen, die sich auf die strafrechtliche Erweiterung (i) subjektiver und (ii) kaum durch andere Beweismittel überprüfbarer Aspekte beziehen, führen aufgrund der beschriebenen Schwierigkeiten trotz Mehraufwands bei den polizeilichen Ermittlungen (Vernehmungen), kaum zur hinreichenden Verifizierung der Verdachtslage => reduzierte Quote von Anklagen / Verurteilungen in Relation zu Anzeigen => Enttäuschung, Vertrauensverlust

22c. Jürgen Thiele


Der Polizeipräsident
in Berlin

Reformkommission Sexualstrafrecht

21. Sitzung am 09. September 2016

Impulsbeitrag:

Reformbedarf des § 100a StPO bzgl. Sexualstraftaten

Kriminaldirektor
Jürgen Thiele
Landeskriminalamt Berlin

Vorbemerkung:

Die Arbeit der Reformkommission dient nicht nur dazu, rechtstheoretische Defizite z. B. aus formalen Gründen zu beseitigen, gesetzessystematische Optimierungen vorzunehmen, Wertungswidersprüche zu beseitigen, das Gesetz zu entschlacken und ggf. auch überflüssige Normen zu entfernen.

Sondern wir fühlen uns m. E. dem beherrschenden Ziel verpflichtet, dabei den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung zu verbessern, deswegen suchen wir z. B. auch nach sog. Regelungslücken.

Dieses Ziel verfolgend wäre eigentlich eine systematische Betrachtung des gesamten Rechts auch außerhalb des in unserer Reformkommission thematisierten materiellen Strafrechts angezeigt.

Insofern bin ich dankbar, einige Ausführungen zum Reformbedarf des § 100a StPO bzgl. Sexualstraftaten machen zu dürfen, gehören doch ausgewählte und selbstverständlich verhältnismäßig angewendete Überwachungsmöglichkeiten moderner Telekommunikation zu einem unverzichtbar wichtigen Ansatz zur Aufklärung schwerer Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung.

Meine Ausführungen erstrecken sich nicht auf einen Vorschlag für eine Reform des gesamten § 100a StPO, sondern beschränken sich auf den Reformbedarf bzgl. Sexualstraftaten.

§ 100a StPO gestattet TKÜ nur bei bestimmten Sexualdelikten

- (1) Auch ohne Wissen der Betroffenen darf die Telekommunikation überwacht und aufgezeichnet werden, wenn
1. bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass jemand als Täter oder Teilnehmer eine in Absatz 2 bezeichnete schwere Straftat begangen, in Fällen, in denen der Versuch strafbar ist, zu begehen versucht, oder durch eine Straftat vorbereitet hat,
 2. die Tat auch im Einzelfall schwer wiegt und
 3. die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten auf andere Weise wesentlich erschwert oder aussichtslos wäre.
- (2) Schwere Straftaten im Sinne des Absatzes 1 Nr. 1 sind:
1. aus dem Strafgesetzbuch:
(...)
 - f) Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung in den Fällen der §§ 176a, 176b, 177 Abs. 2 Nr. 2 und des § 179 Abs. 5 Nr. 2,
 - g) Verbreitung, Erwerb und Besitz kinder- und jugendpornographischer Schriften nach § 184b Absatz 1 und 2, § 184c Absatz 2,
(...)

§ 100a StPO gestattet TKÜ nur bei bestimmten Sexualdelikten

Enthalten:

- | | |
|------------------------------|--|
| • § 176a StGB | Schwerer sex. Missbrauch von Kindern |
| • § 176b StGB | Sex. Missbrauch von Kindern mit Todesfolge |
| • § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB | gemeinschaftliche sex. Nötigung/Vergewaltigung |
| • § 179 Abs. 5 Nr. 2 StGB | gemeinschaftlicher sex. Missbrauch
Widerstandsunfähiger |
| • § 184b Absatz 1 und 2 StGB | Verbreitung, Erwerb und Besitz
kinderpornographischer Schriften |
| • § 184c Absatz 2 StGB | Verbreitung, Erwerb und Besitz
jugendpornographischer Schriften |

- Folie listet die im Katalog des § 100a StPO abschließend genannten Sexualdelikte auf.
- Es stellt sich nun zunächst die Frage, welche Sexualdelikte nicht im Katalog des § 100a Absatz 2 StPO genannt sind.

§ 100a StPO gestattet TKÜ bei mehreren Sexualdelikten nicht

Nicht enthalten:

- § 174 StGB Sex. Missbrauch von Schutzbefohlenen
- § 174a StGB Sex. Missbrauch von Gefangenen, behördl. Verwahrten oder Kranken und Hilfsbedürftigen in Einrichtungen
- § 174b StGB Sex. Missbrauch unter Ausnutzung einer Amtsstellung
- § 174c StGB Sex. Missbrauch unter Ausnutzung eines Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses
- § 176 StGB Sex. Missbrauch von Kindern
- § 177 StGB Sex. Nötigung/Vergewaltigung sofern nicht gemeinschaftlich begangen
- § 178 StGB Sex. Nötigung/Vergewaltigung mit Todesfolge
- § 179 StGB Sex. Missbrauch Widerstandsunfähiger sofern nicht gemeinschaftlich begangen

- Folien 4 und 5 listen die im abschließenden Katalog des § 100a Absatz 2 StPO nicht genannten Sexualdelikte auf.
- Die Gegenüberstellung der im Katalog enthaltenen Sexualdelikte mit den nicht enthaltenen wirft die Frage nach den jeweiligen Auswahlkriterien auf.

§ 100a StPO gestattet TKÜ bei mehreren Sexualdelikten nicht

Nicht enthalten:

- § 180 StGB Förderung sex. Handlungen Minderjähriger
 - § 180a StGB Ausbeutung von Prostituierten
 - § 181a StGB Zuhälterei
 - § 182 StGB Sex. Missbrauch von Jugendlichen
 - § 183 StGB Exhibitionistische Handlungen
 - §§ 184 bis 184e StGB Verbreitung, Erwerb und Besitz pornographischer Inhalte
(außer §§ 184b Absatz 1 und 2, 184c Absatz 2 StGB)
 - § 184f StGB Ausübung der verbotenen Prostitution
 - § 184g StGB Jugendgefährdende Prostitution
- Vergleichende Betrachtung der Delikte wirft die Frage nach den Auswahlkriterien für die Aufnahme bzw. Nichtaufnahme in den Katalog auf

Einheitliche materielle Kriterien für die Auswahl liegen nicht vor

Gesetzgeber lehnt Kriterien zur abstrakten Kennzeichnung für Auswahl der Anlasstaten ab und hält an „Kataloglösung“ fest.

=> Fortschreibung eines Anlasstatenkatalogs unter Überprüfung der Geeignetheit, Erforderlichkeit, Angemessenheit

(vgl. BT-Drucks 16/5846 S. 39)

=> also: Einzelbetrachtung der Anlasstaten unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit

Gesetzgeber hat es auch bei der letzten Änderung des § 100a StPO vor zehn Jahren verworfen, den Katalog durch materielle Kriterien zur abstrakten Kennzeichnung der Anlasstaten zu ersetzen.

Stattdessen hielt er ausdrücklich an der „Kataloglösung“ fest und favorisiert eine jeweilige Einzelbetrachtung der Anlasstaten unter Überprüfung der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit (vgl. BT-Drucks 16/5846 S. 39).

Daran orientiert soll die hier in Rede stehende Fragestellung des Reformbedarfs von § 100a StPO bzgl. Sexualstraftaten nachfolgend bezogen auf die vorgenannten Elemente des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit erörtert werden.

Die Darstellung beschränkt sich dabei auf die aus meiner Sicht diesbezüglich als besonders wesentlich zu diskutierenden Aspekte.

Angemessenheit: Folien 7-15

Geeignetheit: Folie 16

Erforderlichkeit: 17-18

Begriff der „*schweren Straftat*“ prägt § 100a StPO (Angemessenheit)

Anwendung von § 100a StPO erfordert Verdacht einer „*schweren Straftat*“

Kriterien der „*schweren Straftat*“:

- **Mindesthöchststrafe fünf Jahre Freiheitsstrafe**
- **In Einzelfällen**
 - aufgrund der besonderen Bedeutung des geschützten Rechtsguts oder
 - des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung
 - aber auch eine geringere Freiheitsstrafe
- **Höchststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe -> keine schwere Straftat**
- **Strafmilderungen für minder schwere Fälle bleiben bei Strafraumenbetrachtung unberücksichtigt**

(Zum Grundsatz der Angemessenheit:)

- U. a. bei der letzten Änderung des § 100a StPO hat der Gesetzgeber erklärtermaßen bei der Gestaltung des Anlasstatenkatalogs das Ziel verfolgt, den Strafverfolgungsbehörden durch die grundsätzliche Ermöglichung der Telekommunikationsüberwachung (TKÜ) die notwendigen Mittel bei der Verfolgung schwerer und schwer ermittelbarer Kriminalität an die Hand zu geben, zugleich aber die TKÜ, die regelmäßig einen erheblichen Eingriff in Rechte Betroffener darstellt, in solchen Fällen auszuschließen, in denen die Bedeutung des zu schützenden Rechtsguts und das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung nicht so gewichtig erscheinen, dass der von der Maßnahme zu erwartende Nutzen die mit ihr verbundenen Beeinträchtigungen überwiegen würde (BT-Drucks 16/5846 S. 40). -> Zweck-Mittel-Relation

Dabei stellen die Begründungen für die letzten Änderungen des § 100a StPO bei der Prüfung bzgl. der Wertigkeit des Post- und Fernmeldegeheimnisses (Art. 10 GG) im Vergleich mit den Wertigkeiten der jeweils durch die einzelnen Anlasstaten beeinträchtigten Rechtsgüter häufig auf die Schwere der jeweiligen Anlasstat ab.

- Die Prüfung des Reformbedarfs muss sich daher mindestens am Begriff der „*schweren Straftat*“ orientieren, der als zentrale Voraussetzung in § 100a Absatz 1 Nr. 1 StPO ge-

nannt ist, durch den abschließenden Katalog des Absatzes 2 konkretisiert wird und damit insbesondere die Frage der „Angemessenheit“ aus dem GdV betrifft.

- Mit dem Erfordernis einer „schweren Straftat“ folgt das Gesetz einem Stufenmodell: Es ordnet die Telekommunikationsüberwachung in ihrer Eingriffsintensität zwischen der Wohnraumüberwachung (§ 100c I Nr. 1: besonders schwere Straftat) und denjenigen verdeckten Ermittlungsmaßnahmen ein, die eine Straftat von erheblicher Bedeutung voraussetzen (Schmitt, Strafprozessordnung, Kommentar, 59. Aufl. 2016, § 100a Rn. 10).

Während „besonders schwere Straftaten“ eine Mindesthöchststrafe von mehr als fünf Jahren Freiheitsstrafen aufweisen müssen (BVerfGE 109, 279, 343 ff., BT-Drucks 16/5846 S. 39), müssen Straftaten von erheblicher Bedeutung mindestens dem Bereich der mittleren Kriminalität zuzurechnen sein, den Rechtsfrieden empfindlich stören und dazu geeignet sein, das Gefühl der Rechtssicherheit der Bevölkerung erheblich zu beeinträchtigen (BT-Drucks 16/5846 S. 39 m. w. N.).

- Unter „schweren Straftaten“ werden solche Straftaten verstanden, die eine Mindesthöchststrafe von fünf Jahren Freiheitsstrafe aufweisen, in Einzelfällen aufgrund der besonderen Bedeutung des geschützten Rechtsguts oder des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung aber auch eine geringere Freiheitsstrafe. Eine Höchststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe entspricht dem Begriff der schweren Straftat nicht mehr. Gesetzliche Strafmilderungen für minder schwere Fälle bleiben bei dieser Strafraumenbeurteilung unberücksichtigt (vgl. BVerfGE 109, 279, 349; BT-Drucks 16/5846 S. 40).
- Diese Kriterien werden auf den folgenden Folien bzgl. der Sexualdelikte geprüft.

Mindesthöchststrafen der Katalogdelikte erfüllen die Anforderungen der „schweren Straftat“ und zeigen Unterschiede

Höchststrafandrohung der im Katalog enthaltenen Sexualdelikte:

- | | |
|--|--|
| • § 176a StGB
<u>Verbrechen</u> | Schwerer sex. Missbrauch von Kindern |
| • § 176b StGB
<u>Verbrechen</u> | Sex. Missbrauch von Kindern mit Todesfolge |
| • § 177 Abs. 2 Nr. 2 StGB
<u>Verbrechen</u> | Gemeinschaftl. sex. Nötigung/Vergewaltigung |
| • § 179 Abs. 5 Nr. 2 StGB
<u>Verbrechen</u> | Gemeinschaftl. sex. Missbrauch
Widerstandsunfähiger |
| • § 184b Absatz 1 und 2 StGB
<u>Abs. 1: 5 J. FS, Abs. 2: 10 J. FS</u> | Verbreitung, Erwerb und Besitz
kinderpornographischer Schriften |
| • § 184c Absatz 2 StGB
<u>5 J. FS</u> | Verbreitung, Erwerb und Besitz
jugendpornographischer Schriften |

- Die in § 100a Absatz 2 StPO katalogisierten Sexualdelikte erfüllen die Anforderungen bzgl. der angedrohten Mindesthöchststrafe.
Allerdings sind erhebliche Unterschiede bei den Höchststrafandrohungen erkennbar. So weisen die genannten Vorschriften der §§ 184b, 184c StGB lediglich Höchststrafandrohungen von fünf Jahren auf.

Auch mehrere Nichtkatalog-Sexualdelikte erfüllen die Anforderung der Mindesthöchststrafe deutlich

Höchststrafandrohung der im Katalog nicht enthaltenen Sexualdelikte:

- § 174 StGB Sex. Missbrauch von Schutzbefohlenen
5 J. FS , Abs. 3: 3 J FS
 - § 174a StGB Sex. Missbrauch von Gefangenen, behördl. Verwahrten
5 J. FS oder Kranken und Hilfsbedürftigen in Einrichtungen
 - § 174b StGB Sex. Missbrauch unter Ausnutzung einer Amtsstellung
5 J. FS
 - § 174c StGB Sex. Missbrauch unter Ausnutzung eines Beratungs-,
5 J. FS Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses
 - § 176 StGB Sex. Missbrauch von Kindern
10 J. FS , Abs. 4, 5: 5 J FS
 - § 177 StGB Sex. Nötigung/Vergewaltigung sofern nicht
Verbrechen gemeinschaftlich begangen
 - § 178 StGB Sex. Nötigung/Vergewaltigung mit Todesfolge
Verbrechen
 - § 179 StGB Sex. Missbrauch Widerstandsunfähiger sofern nicht
10 J. FS, Abs. 5: Verbr. gemeinschaftlich begangen
- In dieser und der folgenden Folie sind die Höchststrafandrohungen der nicht im Katalog des § 100a Abs. 2 StPO genannten Sexualdelikte aufgeführt.
Im Ergebnis erfüllen die mit fünf Jahren Höchstfreiheitsstrafe und mehr bedrohten Delikte das zu prüfende Kriterium für eine „schwere Straftat“ im Rahmen der Angemessenheitsprüfung für eine Aufnahme in den Katalog.
Dies gilt in besonderer Weise für die aufgeführten Vorschriften der §§ 176-179 StGB, die eine Höchststrafandrohung von zehn Jahren aufweisen bzw. bei denen es sich um Verbrechen handelt und deren Höchststrafandrohung insofern auch deutlich über die im Katalog bereits enthaltenen §§ 184b Abs. 1, 184c Abs. 2 StGB (jeweils fünf Jahre) liegen.
 - Zwar weisen einzelne dieser (nicht im Katalog des § 100a StPO aufgeführten) Sexualdelikte eine Höchstfreiheitsstrafe von drei Jahren auf und liegen damit unterhalb der vom BVerfG genannten fünf Jahre. Allerdings liegen sie oberhalb der vom BVerfG definierten unteren Höchststrafrahmengrenze von einem Jahr und dürften mit dem geschützten Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung ein solches von besonderer Bedeutung sowie ein besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung aufweisen. Mithin erfüllen auch sie die Kriterien für eine „schwere Straftat“.

Die entsprechenden Höchststrafandrohungen sind daher auf der Folie in „grüner“ Schriftfarbe dargestellt.

Einige Nichtkatalog-Sexualdelikte erfüllen die Anforderung der Mindesthöchststrafe nicht

Höchststrafandrohung der im Katalog nicht enthaltenen Sexualdelikte:

- § 180 StGB Förderung sex. Handlungen Minderjähriger
Abs. 1: 3 J. FS; Abs. 2, 3: 5 J. FS
- § 180a StGB Ausbeutung von Prostituierten
3 J. FS
- § 181a StGB Zuhälterei
Abs. 1: 5 J. FS; Abs. 3: 3 J. FS
- § 182 StGB Sex. Missbrauch von Jugendlichen
Abs. 1, 2: 5 J. FS; Abs. 3: 3 J. FS

- § 183 StGB Exhibitionistische Handlungen
1 J. FS
- § 184: 1 J. FS, § 184a, b Abs. 3: 3 J. FS, § 184c Abs. 1: 3 J. FS, Abs. 3: 2 J. FS,
Verbreitung, Erwerb und Besitz pornographischer Inhalte
(außer bereits katalogisierte §§ 184b Absatz 1 und 2, 184c Absatz 2 StGB)

- § 184f StGB Ausübung der verbotenen Prostitution
6 Monate FS
- § 184g StGB Jugendgefährdende Prostitution
1 J. FS

- Unter Berücksichtigung der zur vorherigen Folie dargelegten Ausführungen erfüllen die grün gekennzeichneten Strafvorschriften die Kriterien des BVerfG für eine schwere Straftat.
- Dagegen würde es sich bei den rot gekennzeichneten und mit einer Höchststrafandrohung von nicht mehr als einem Jahr versehenen Strafvorschriften nicht um schwere Straftaten handeln.

Keine Anknüpfung an die angedrohte Mindeststrafe bei der Auswahl „schwerer Straftaten“

Beispielhafte Betrachtung von Mindeststrafandrohungen:

Enthaltene Sexualdelikte:

- § 177 Absatz 2 Nr. 2 StGB gemeinschaftliche sex. Nötigung/Vergewaltigung
Freiheitsstrafe zwei Jahre
- § 184b Absatz 1 und 2 StGB Verbreitung, Erwerb und Besitz KiPo
Freiheitsstrafe drei Monate
- § 184c Absatz 2 StGB Verbreitung, Erwerb und Besitz JuPo
Freiheitsstrafe drei Monate

Nicht enthaltene Sexualdelikte:

- § 177 Absatz 2 Nr. 1 StGB Vergewaltigung (durch Einzeltäter)
Freiheitsstrafe zwei Jahre
 - § 177 Absatz 3 StGB sex. Nötigung/Vergewaltigung z.B. Mitführung Waffe
Freiheitsstrafe drei Jahre
 - § 177 Absatz 4 StGB sex. Nötigung/Vergewaltigung z.B. Verwendung Waffe
Freiheitsstrafe fünf Jahre
 - § 178 StGB Sex. Nötigung/Vergewaltigung mit Todesfolge
Freiheitsstrafe zehn Jahre
- usw. (z.B. § 179 StGB)

Die Begründungen für die letzten Änderungen des § 100a StPO lassen an keiner Stelle erkennen, dass die jeweils angedrohten Mindeststrafen vom Gesetzgeber als Auswahlkriterium herangezogen worden sind.

Insofern stehen bei der durchzuführenden Prüfung bzgl. der Angemessenheit der Aufnahme weiterer Sexualdelikte und der damit einhergehenden Frage, ob es sich bei der jeweiligen Anlasstat um eine schwere Straftat handelt, die auf den vorherigen Folien vorgenommene Prüfung der Höchststrafandrohung im Fokus.

Letztlich folgerichtig stellen sich auch bei einer dennoch beispielhaft durchgeführten Betrachtung der Mindeststrafandrohung einzelner katalogisierter und nicht katalogisierter Sexualdelikte die §§ 177 – 179 StGB als angemessene Katalogdelikte dar, wie es zuvor bereits bei der Betrachtung der Höchststrafandrohungen zu erkennen war.

Und dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund, dass folgende beispielhaft genannte katalogisierte Anlasstaten, bei denen es sich nicht um Sexualdelikte handelt, bzgl. der jeweiligen Mindeststrafe lediglich mit Geldstrafe bedroht sind: § 108e StGB (Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern, § 332 StGB (Bestechlichkeit), § 334 StGB (Bestechung).

Folgen ausgewählter Sexualdelikte stehen nicht außer Verhältnis zu den Auswirkungen der Telekommunikationsüberwachung (Angemessenheit)

**Aufnahme von § 176a Absatz 4 StGB
(Minder schwerer Fall des schweren sex. Missbrauchs von Kindern)
wurde mit der erheblichen Schwere und damit verbundenen weitreichenden
negativen Folgen für das Opfer begründet
(BT-Drucksache 16/5846, S. 41)**

- **Begründungsansatz ist noch immer nachvollziehbar,**
- **Allerdings verursachen auch weitere Sexualstraftaten regelmäßig schwere und langanhaltende insbesondere psychisch traumatisierende Schäden, also „weitreichende negative Folgen“,**

dies wird mindestens für die §§ 176 – 179 StGB gelten, aber wohl auch für §§ 174, 182 StGB (sex. Missbrauch von Schutzbefohlenen und Jugendlichen)

- Zwar hat der Gesetzgeber bzgl. der Angemessenheit über die Betrachtung der jeweiligen Schwere der Tat hinaus sowohl bei den Sexualdelikten als auch bei den sonstigen Anlassstaten nur in wenigen Fällen zusätzlich argumentativ an die Folgen der jeweiligen Anlassstat angeknüpft.
Orientierung bietet für die aktuelle Prüfung dennoch die damalige und noch immer uneingeschränkt gültige Begründung für die Aufnahme minder schwerer Fälle des schweren sex. Missbrauchs von Kindern nach § 176a Abs. 4 StGB. Diese wurde mit der erheblichen Schwere dieser Delikte und den damit verbundenen weit reichenden negativen Folgen für das Opfer begründet. Ferner wurde ausgeführt: *„Ziel gesetzgebereischer Bemühungen muss es daher sein, den Schutz von Kindern vor sexuellen Übergriffen auch durch effektive Strafverfolgung zu stärken. Hierzu trägt die Ermöglichung der TKÜ bei diesen Delikten bei.“* (BT-Drucks 16/5846, S. 41)
- Anerkanntermaßen verursachen auch weitere Sexualstraftaten regelmäßig schwere und langanhaltende insbesondere psychisch traumatisierende Schäden, also „weitreichende negative Folgen“, dies wird mindestens für die §§ 176 – 179 StGB gelten, aber wohl auch für §§ 174, 182 StGB (sex. Missbrauch von Schutzbefohlenen und Jugendlichen).
- Spätestens vor diesem Hintergrund wird ein Wertungswiderspruch angesichts des Umstands augenfällig, dass zuletzt die Vergewaltigung/sexuelle Nötigung sowie der sexuelle

Missbrauch widerstandsunfähiger Personen nur für die Fälle aufgenommen worden ist, bei denen die Tat von mehreren gemeinschaftlich begangen wird (§§ 177 Abs. 2 Nr. 2, 179 Abs. 5 Nr. 2 StGB).

So beschränkte sich die damalige Begründung auf die angestrebte Harmonisierung mit dem Anlasstatenkatalog des § 100c StPO und dem Hinweis, dass die TKÜ den Einsatz der eingriffsintensiveren akustischen Wohnraumüberwachung entbehrlich machen kann (BT-Drucks 16/5846, S. 42).

Offenkundig unverständlich erscheint, warum nicht auch die durch Einzeltäter begangene sexuelle Nötigung/Vergewaltigung bzw. der sexuelle Missbrauch Widerstandsunfähiger aufgenommen worden ist.

So verursachen auch die durch einen Einzeltäter begangenen Taten regelmäßig so erhebliche und weitreichende negative Folgen für die Opfer, dass die Wertigkeit des Fernmeldegeheimnisses deutlich hinter die Wertigkeit des verletzten Rechtsguts der sexuellen Selbstbestimmung zurückstehen muss!

Es ist nicht nachvollziehbar, dass in Fällen, bei denen bereits der Tatbestand von besonders erniedrigenden Handlungen (auch durch Einzeltäter) spricht, die durch die TKÜ wesentlich verbesserten Möglichkeiten der Sachverhaltserforschung oder Aufenthaltsortermittlung vorenthalten bleiben sollen.

Ebenso ist kritisch anzumerken, dass nicht erkennbar ist, dass der Gesetzgeber jemals eine systematische Prüfung der Sexualdelikte bzgl. der Aufnahme in den Anlasstatenkatalog des § 100a StPO durchgeführt hat. Dies ist daher dringend geboten.

Weitere Wertungswidersprüche können Reformbedarf begründen

Beispiel:

- **§ 249 StGB (Raub) ↔ §§ 177, 179 StGB**
 - **Alle**
 - schützen u. a. persönliche Freiheit
 - beinhalten Nötigungselement
 - **Allerdings:**
 - § 249 StGB:**
Angriff auf persönl. Freiheit kürzer (bis Wegnahme) und im Falle der Drohung ohne körperl. Einwirkung,
 - §§ 177, 179 StGB:**
Angriff dauert regelmäßig länger und ist mit körperl. Einwirkung verbunden
 - **Unterschiedliche Rechtsgüter „Eigentum“ ↔ „Sexuelle Selbstbestimmung“
ursächlich?
Nein**
- ⇒ Wertungswiderspruch
(vgl. § 177 Absatz 3 und 4 StGB)

- § 100a Abs. 2 lit. k StPO führt § 249 StGB (Raub) als Anlasstat auf. Raub und Vergewaltigung schützen neben anderen Rechtsgütern die persönliche Freiheit – beide beinhalten ein Nötigungselement. Allerdings dauert der strafwürdige Angriff auf das Rechtsgut der persönlichen Freiheit beim Raub regelmäßig nur kurz, nämlich bis zur Wegnahme der Sache. Auch kann er im Falle der Drohung sogar ohne körperliche Einwirkung vollendet werden.
- Anders verhält es sich dagegen z. B. bei der Vergewaltigung gem. § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB. Hier dauert der Angriff regelmäßig länger und ist mit körperlicher Einwirkung verbunden.
- Raub und dagegen nicht Vergewaltigung als Katalogtat aufzunehmen könnte evtl. noch damit begründet werden, dass dem durch § 249 StGB geschützten Rechtsgut Eigentum mehr Bedeutung für die Strafverfolgung beigemessen wird als dem Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung. Dies dürfte aber wohl kaum die Intention des Gesetzgebers sein.
- Da die TKÜ im § 100a StPO nicht an das Erfordernis einer gemeinschaftlichen Tatbegehung geknüpft ist, sondern auch für Einzeltäter Anwendung finden soll, könnte sich die Eignung der TKÜ im Hinblick auf Raubdelikte evtl. daran festmachen, dass der Raubtäter anlässlich der Verwertung des geraubten Guts Telekommunikationsmittel nutzt.

Wie mit Folie 16 zur Frage der Eignung von TKÜ bzgl. Sexualstraftaten ausgeführt wird, ist diese als Ermittlungs-TKÜ und auch als Ergreifungs-TKÜ für Sexualdelikte, die durch Einzeltäter begangen werden, gegeben. Insofern ergibt sich hieraus ebenfalls kein Grund, den Raub bzgl. der TKÜ ggü. Sexualdelikten bei der Strafverfolgung zu privilegieren.

- Umso unverständlicher wird die Auswahl der Katalogdelikte vor diesem Hintergrund, wenn man sich z. B. § 177 Abs. 3, 4 StGB betrachtet: Das Mitführen, ja sogar die Verwendung einer Waffe bei der Tat sind ebenso wenig Katalogtat wie das Opfer schwer zu misshandeln oder in die Gefahr des Todes zu bringen (und das nur weil dies i. Ggs. zur katalogisierten Anlasstat die Handlung von einem Einzeltäter begangen wird).

Weitere Wertungswidersprüche können Reformbedarf begründen

Beispiel:

- **§ 184b Absatz 1 und 2 StGB**

Verbreitung, Erwerb und Besitz **kinder- bzw. jugendpornografischer Schriften** sind Katalogtaten,

der dahinter stehende **sex. Missbrauch von Kindern** allerdings nur in den Fällen der §§ 176a, b StGB

(Schwerer sex. Missbrauch von Kindern, sex. Missbrauch von Kindern mit Todesfolge)

und nicht in den Fällen des § 176 StGB (sex. Missbrauch von Kindern)

⇒ Wertungswiderspruch

Verbreitung, Erwerb und Besitz kinder- bzw. jugendpornografischer Schriften sind katalogisierte Anlasstaten, der dahinter stehende sexuelle Missbrauch allerdings nur in den Fällen der §§ 176a, b StGB (schwerer sexueller Missbrauch von Kindern, sexueller Missbrauch von Kindern mit Todesfolge) und nicht in den Fällen der §§ 176, 182 StGB (sexueller Missbrauch von Kindern bzw. Jugendlichen).

Die Höchststrafandrohung für § 176 StGB (sex. Missbrauch von Kindern) erfüllt wie zuvor dargestellt die Kriterien einer schweren Straftat. Auch ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber bereits anlässlich der Aufnahme milder schwerer Fälle des schweren sex. Missbrauchs von Kindern nach § 176a Abs. 4 StGB das unverändert gültige Ziel formuliert hat, „... den Schutz von Kindern vor sexuellen Übergriffen auch durch effektive Strafverfolgung zu stärken.“ (BT-Drucks 16/5846, S. 41).

Insofern könnte hier durchaus ein Wertungswiderspruch erkannt werden, mindestens jedoch beinhalten die Ausführungen erhebliche Argumente für die Aufnahme des sexuellen Missbrauchs von Kindern als Anlasstat, wobei auch hier wie bei allen Anlasstaten darauf zu verweisen ist, dass vor jeder richterlichen Anordnung einer TKÜ die Verhältnismäßigkeit gem. § 100a Abs. 1 Nr. 2 und 3 StPO fallspezifisch gesondert zu prüfen ist.

Aufnahme weiterer Sexualdelikte in den Katalog des § 100a Absatz 2 StPO wäre bezogen auf die Prüfung der Angemessenheit zulässig

Zwischenfazit

Die Ausführungen lassen erkennen, dass mindestens die noch nicht im Katalog enthaltenen Vorschriften der §§ 176 – 179 StGB die Voraussetzungen der Angemessenheit für eine Anlasstat im Sinne des § 100a Absatz 2 StPO erfüllen.

Frage:

Wie verhält es sich mit der Erforderlichkeit und Geeignetheit?

- **Zwischenfazit:**
Die Ausführungen lassen erkennen, dass mindestens die noch nicht im Katalog enthaltenen Vorschriften der §§ 176 – 179 StGB die Voraussetzungen der Angemessenheit für eine Anlasstat im Sinne des § 100a Absatz 2 StPO erfüllen.
- Vorsorglich sei nochmals darauf hingewiesen, dass gem. § 100a Abs. 1 Nr. 2 StPO die Anlasstat nicht nur abstrakt, sondern auch im konkreten Einzelfall schwer wiegen muss. Damit obliegt es auch der richterlichen Prüfung bei der Entscheidung über eine Anordnung der TKÜ, ob es sich zwar um eine Katalogstraftat handelt, diese aber dennoch mangels hinreichender Schwere im konkreten Einzelfall den mit einer TKÜ verbundenen Eingriff in das Fernmeldegeheimnis nicht zu rechtfertigen vermag (Schmitt, Strafprozessordnung, Kommentar, 59. Aufl. 2016, § 100a Rn. 11; BT-Drucks 16/5846, S. 40).
- Ferner ist entsprechend des Subsidiaritätsgrundsatzes aus § 100a Abs. 1 Nr. 3 StPO ebenfalls im konkreten Einzelfall zu prüfen, ob die TKÜ unentbehrlich ist, weil andernfalls die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsorts des Beschuldigten wesentlich erschwert oder aussichtslos sein würde (Schmitt, Strafprozessordnung, Kommentar, 59. Aufl. 2016, § 100a Rn. 13).
- Zu erörtern sind daher nun die Fragen der Geeignetheit und Erforderlichkeit.

Die Eignung der TKÜ ist sowohl für Sachverhaltserforschung als auch Aufenthaltsortermittlung gesuchter Beschuldigter von schweren Sexualstraftaten gegeben

- Die technischen Möglichkeiten der TKÜ haben sich so verändert, dass dem Aufklärungs- und dem Ergreifungszweck des § 100a StPO bei Sexualdelikten mittels moderner TKÜ in technisch vielfältiger Weise entsprochen werden kann, ohne dass es eines Gesprächs mittels gesprochener Wörter bedarf.
- Auch das Täterverhalten hat sich so verändert, dass dem Aufklärungs- und dem Ergreifungszweck des § 100a StPO bei Sexualdelikten mittels moderner TKÜ in technisch vielfältiger Weise entsprochen werden kann

- Telekommunikation ist der technische Vorgang des Aussendens, Übermittels und Empfangens von Nachrichten jeglicher Art in der Form von Zeichen, Sprache, Bildern oder Tönen mittels technischer Einrichtungen oder Systeme, die als Nachrichten identifizierbare elektromagnetische oder optische Signale senden, übertragen, vermitteln, empfangen, steuern oder kontrollieren können (vgl. § 3 Nr. 22, 23 TKG). Die hier in Rede stehende TKÜ zielt folglich auf die Erfassung kommunikativen mittels Telekommunikation durchgeführten Sozialverhaltens von Sexualstraftätern ab (vgl. Schmitt, Strafprozessordnung, Kommentar, 59. Aufl. 2016, § 100a Rn. 6).
- Sowohl vielfältige technische Neuerungen als auch nicht zuletzt dadurch geförderte vielfältig veränderte Verhaltensweisen der Sexualstraftäter erfordern bzgl. der Geeignetheit von TKÜ-Maßnahmen für die Sachverhaltserforschung von Sexualstraftaten (Ermittlungs-TKÜ) als auch für die Aufenthaltsortermittlung gesuchter Sexualstraftäter (Ergreifungs-TKÜ) eine erneute Bestandsaufnahme, um das unverändert für den Gesetzgeber bestehende Ziel zu verfolgen, den Strafverfolgungsbehörden die notwendigen Mittel bei der Verfolgung schwer ermittelbarer Kriminalität an die Hand zu geben und somit das wichtige Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung in angemessener Form zu schützen und damit auch dem besonderen öffentlichen Interesse an der Strafverfolgung dieser Delikte zu entsprechen.

Dies gilt umso mehr als dass die letzte Anpassung des in Rede stehenden Katalogs der Anlasstaten nunmehr fast zehn Jahre zurückliegt.

Auch ist zu berücksichtigen, dass sich die Ermittlungsmöglichkeiten durch das Überwachen von Kommunikationsmitteln und –wegen auch zukünftig und kurzfristig aufgrund der technischen Fortentwicklung und des Ausbaus von Hochgeschwindigkeitsnetzen mobiler Kommunikation weiterhin ebenso ändern werden wie das Telefonverhalten der Nutzer.

- Unstrittig müssen die zu prüfenden Anlasstaten bzgl. der Erreichung der zulässigen Zwecke der Ermittlungs- bzw. der Ergreifungs-TKÜ geeignet sein.

Dabei ist aber eine Beschränkung bei der Bewertung der Eignung einer TKÜ-Maßnahme auf die Wahrscheinlichkeit von Kommunikation mittels gesprochenen Wortes schon längst nicht mehr zeitgemäß. So haben sich die technischen Möglichkeiten der TKÜ zwischenzeitlich so verändert, dass dem Aufklärungs- und dem Ergreifungszweck des § 100a StPO in technisch vielfältiger Weise entsprochen werden kann, ohne dass es eines Gesprächs mittels gesprochener Wörter bedarf.

Dies dürfte auch schon der Gesetzgeber erkannt haben. Zumindest sind seinen Ausführungen anlässlich der letzten Änderungen des § 100a StPO keine Prüfungen zu entnehmen, die sich bei Erörterungen bzgl. der Eignung und Erforderlichkeit der TKÜ auf die Wahrscheinlichkeit des gesprochenen Wortes fokussieren.

- Ähnlich verhält es sich mit Versuchen, die in den vorgenannten Folien / Ausführungen dargelegten Widersprüche bzgl. der Erfassung der von mehreren gemeinschaftlich begangenen sexuellen Nötigungen, Vergewaltigungen, sexuellen Missbräuche Widerstandsunfähiger im Vergleich mit den diesbezüglichen durch Einzeltäter begangenen und nicht katalogisierten Taten, damit auflösen zu versuchen, dass lediglich bei gemeinschaftlicher Tatbegehung eine Kommunikationswahrscheinlichkeit gegeben sei, welche die Eignung der TKÜ begründen kann (gilt ebenso für den auf Folie 13 genannten Widerspruch bzgl. der Katalogisierung des Raubes im Vergleich zu schweren Sexualdelikten).

Vielmehr entstehen z. B. durch das Erstellen von Fotos und Videos sexueller Übergriffe verwertbare Beweise, die beim Versenden an eigene Speicherorte oder das „Teilen“ über soziale Dienste und Chatprogramme z. B. mit Gleichgesinnten (und nicht an der Tat beteiligten Personen) abgefangen werden könnten.

§ 100a StPO ist also neben der klassischen TKÜ auch für Ermittlungsmaßnahmen bei Kommunikation mit Opfern oder Gleichgesinnten über Internetdienste geeignet und erforderlich. So könnten über § 100a StPO (analog) z. B. auch Email-Postfächer, Accounts bei Telemediendiensten oder Cloud-Speicher im Hinblick auf Nachrichten, Bilder etc. retrograd bei Serienvergewaltigern gesichert werden.

Es ist daher davon auszugehen, dass es heute eine erhöhte Erfolgsaussicht für die Aufklärung entsprechender Straftaten durch Überwachung versendeter Nachrichten gibt. Dank neuer technischer Möglichkeiten erscheint eine Aufklärung von Sexualdelikten mit Mitteln des § 100a StPO heute besonders erfolgversprechend und mithin geeignet.

Mehrere nicht abschließend aufgeführten Umstände begründen die Erforderlichkeit für die Aufnahme weiterer Sexualdelikte

- o Gruppenbezogene Qualifizierungen eher selten, eher: serienhafte Tatbegehung durch Einzeltäter
- o Entwendete Opferhandys
- o Fahndung nach Sexualstraftätern
- o Entscheidungen für Beschlüsse nach § 100g StPO orientieren sich bzgl. der „Straftat von erheblicher Bedeutung“ häufig am Katalog des § 100a StPO („insbesondere“)

- Letztlich zielen sämtliche aktuellen kriminalpolitischen Diskussionen nicht zuletzt auch vor dem Hintergrund der Istanbul-Konvention auf die Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung ab.

Dies gilt umso mehr da das Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung einen herausragenden Stellenwert genießt, hierzu ein besonderes öffentliches Interesse für eine erfolgreiche Strafverfolgung besteht und nicht nur ein erhebliches Dunkelfeld, sondern auch bzgl. des Hellfeldes relativ niedrige Aufklärungs-, Anklage- und Verurteilungsquoten zu beklagen sind.

Über diese grundsätzliche Erforderlichkeit für die Prüfung (nicht nur des materiellen, sondern auch) des formellen Strafrechts zur Optimierung wirksamer Strafverfolgung von schweren Sexualstraftaten hinaus bestehen konkrete Umstände, die aktuell eine Verbesserung durch Aufnahme weiterer Sexualdelikte in den Katalog der Anlasstaten für eine TKÜ erfordern.

- Die bereits katalogisierten gruppenbezogenen Qualifizierungen der §§ 177, 179 StGB treten in der Praxis eher selten auf.

Vielmehr sind schwere und/oder serienhafte Tatbegehungen durch Einzeltäter zu beklagen.

Hierzu ist es nicht nur aus Opfersicht nicht nachvollziehbar, weshalb die Ermittlungsmöglichkeiten der TKÜ für die Aufklärung schwerer Sexualstraftaten nur deswegen nicht zulässig sein sollen, weil diese durch einen Einzeltäter begangen worden sind.

In den häufigen Fällen, bei denen keine sonstigen Ermittlungsmöglichkeiten zum Erfolg führen (DNA-Material konnte z. B. aufgrund zeitverzögerter Anzeigenerstattung nicht gesichert werden oder es liegt mangels vorheriger molekulargenetischer Untersuchung des Täters kein Vergleichsmaterial ein, keine zur Identifizierung geeignete Personenbeschreibung, kein gesichertes oder zu Vergleichszwecken einliegendes erkennungsdienstliches Material pp.) könnten in mehreren Fällen die in der vorherigen Folie genannten Möglichkeiten der TKÜ zur Identifizierung des Täters beitragen.

Dies wäre z. B. der Fall, wenn der Sexualtäter dem Opfer das Handy entwendet hat oder sich durch Funkzellenabfragen pp. Hinweise auf ein vom Täter genutztes Handy ergeben haben.

Aufgrund einer Vielzahl von Problemen (Verwendung von Falschpersonalien beim Kauf/Freischaltung von SIM-Karten, Verwendung von Prepaidkarten mit anonymer oder pseudonymer Freischaltung, Kauf gebrauchter Karten, Kauf von Karten im Ausland, Nutzung des entwendeten Opferhandys pp.) bedarf es für eine Identifizierung des Nutzers häufig einer inhaltlichen TKÜ gem. § 100a StPO.

Zwar wird teilweise versucht, die Anregung einer TKÜ bei Fällen entwendeter Opferhandys auf die Katalogtat „Raub“ zu stützen. Doch begegnet dies Schwierigkeiten, weil z. B. die Finalität der sexualisierten Gewalt für die Wegnahme nicht begründbar ist. Zudem ist diese „Begründungskrücke“ auch kaum vermittel- bzw. nachvollziehbar.

- Auch erweisen sich sonstige Maßnahmen außerhalb der TKÜ zur Identifizierung des unbekanntes Sexualtäters anhand des von ihm genutzten Handys als untauglich.

So scheitern Observationsversuche z. B. an der zeitverzögerten Datenübermittlung.

Problematisch ist auch, dass Standortdaten nicht GPS-basiert sind. Vielmehr werden nur GEO-Koordinaten eines Funkmastes übermittelt, nämlich die Geokoordinate für den Standort des für das Kommunikationsereignis zuständigen Mobilfunkmastes des Netzbetreibers. Die Gebietsabdeckung eines Mastes hat je nach Netz einen Radius von bis zu mehreren Kilometern. In Großstädten sind selbst bei einer angenommenen Reichweite eines Mobilfunkumsetzers von nur wenigen Hundert Metern eine unüberschaubare Anzahl von Wohneinheiten betroffen. Die Lokalisierung einer Person nur aufgrund der Standorte der Verkehrsdaten ist daher insbesondere in Großstädten kaum möglich.

Weiterhin loggt sich das Telefon nicht immer in die nächste Funkzelle ein, so werden z. B. Masten „übersprungen“ werden und die übernächste Funkzelle genutzt. Dies vergrößert das Suchgebiet (z. B. wenn nachts aus ökonomischen Gründen Funkmasten runtergefahren werden oder bei Ausfall oder ein Mast aktuell stark belastet ist und daher eine „technisch bessere“ Lösung mittels eines anderen Mastes gewährleistet werden kann).

Auch überlappen sich die Bereiche der Funkmasten, weshalb verschiedene Masten gewählt werden können usw.

Selbst die Nutzung eines IMSI-Catchers (§ 100i StPO) dient hauptsächlich dazu, bei einem bekanntem Täter zu ermitteln, welche Handys er nutzt, um dann eine TKÜ gem. § 100a StPO zu schalten.

Auf die Darstellung weiterer Probleme (Voice over IP, Voice over LTE), welche ebenfalls die Nutzung einer inhaltlichen TKÜ gem. § 100a StPO erfordern, wäre noch gesondert einzugehen, was hier den Rahmen sprengen würde.

- Ein erhebliches Problem stellt ferner die Unzulässigkeit der Ergreifungs-TKÜ bei der Fahndung nach gesuchten Sexualverbrechern dar, sofern es sich dabei um Einzeltäter handelt (Serienvergewaltiger pp.).
Hier bedarf es der Erhebung von Gesprächsinhalten als Anknüpfungspunkt für die Aufenthaltsfeststellung (auch z. B. bei Nachrichtensmittlern / Kontaktpersonen) oder teilweise auch erst für die Identifizierung. So ist eine Vielzahl aufgrund unzulässiger TKÜ erfolgloser Fahndungsbemühungen zu beklagen, während derer auch identifizierte und sogar mit Haftbefehl gesuchte Sexualstraftäter teilweise weitere erhebliche Sexualstraftaten begangen haben.
- Auch wird von der Praxis beklagt, dass sich justizielle Entscheidungen für Beschlüsse nach § 100g StPO bzgl. der „Straftat von erheblicher Bedeutung“ häufig am Katalog des § 100a StPO orientieren, weshalb auch die Erlangung der entsprechenden Verkehrsdaten für die Aufklärung erheblicher Sexualstraftaten häufig versagt bleiben.
- Spekulativ könnte außerdem prognostiziert werden, dass mit den beabsichtigten Änderungen des materiellen Strafrechts die Ansprüche an die Ermittlungsarbeit bzgl. des Nachweises der subjektiven Tatbestände steigen und die aufgezeigte Erforderlichkeit der Erstreckung des § 100a StPO auf weitere schwere Sexualstraftaten noch augenscheinlicher werden lassen.

Es gibt mehrere Umstände zur Begründung der Erforderlichkeit für die Aufnahme weiterer Sexualdelikte

- **Gesetzgeber hat zuletzt die Aufnahme von Korruptionsdelikten (wie auch zuvor mehrere OK-Delikte) mit der typischerweise heimlichen Begehungsweise begründet, für deren Aufklärung verdeckte Ermittlungsmaßnahmen wie z.B. TKÜ erforderlich sind** (vgl. BT-Drucks. 16/5846, S. 41, sowie analoge Begründungen für Aufnahme von Delikten des Menschenhandels, der WiKri usw.)
 - **Neuaufnahme einzelner Delikte der Geld- und Wertzeichenfälschung wurde damit begründet, dass diese Delikte dem Bereich der OK zuzurechnen sind, für die ein hohes öffentliches Aufklärungsinteresse besteht** (vgl. BT-Drucks. 16/5846, S. 41 und 163/04, S. 9)
- ⇒ Gilt ebenso für § 181a StGB (Zuhälterei),
(Form der OK, Höchststrafe: fünf Jahre Freiheitsstrafe)

- Bei der letzten Änderung des Kataloges hat der Gesetzgeber die Aufnahme mehrerer Korruptionsdelikte damit begründet, dass sie typischerweise heimlich zwischen den Tatbeteiligten begangen werden und nach außen nicht in Erscheinung treten (vgl. BT-Drucks 16/5846, S. 41).
- Die Neuaufnahme einzelner Delikte der Geld- und Wertzeichenfälschung wurde damit begründet, dass sie dem Bereich der OK zuzurechnen sind, für die ein hohes öffentliches Aufklärungsinteresse besteht (vgl. BT-Drucks. 16/5846, S. 41 und 163/04, S. 9).
- Auch die Begründung für die Aufnahme der Menschenhandelsdelikte stellte u. a. darauf ab, dass die Aufklärung dieser Delikte aus dem Bereich der organisierten Kriminalität gerade auf die TKÜ angewiesen ist, um in abgeschottet agierende Täterkreise eindringen zu können (vgl. BT-Drucks 16/5846, S. 42).
- Diese noch immer gültigen Begründungsansätze für die Erforderlichkeit gelten auch z. B. für Straftaten gem. § 181a StGB (Zuhälterei), die bekanntermaßen ebenfalls der organisierten Kriminalität zuzurechnen ist und nicht zuletzt wegen der Angst der Prostituierten ohne verdeckte Maßnahmen schwer aufzuklären ist.

Fazit

Die Ausführungen lassen erkennen, dass die noch nicht im Katalog enthaltenen Vorschriften der §§ 176 – 179, 181a StGB die Voraussetzungen der Angemessenheit, Geeignetheit und Erforderlichkeit für eine Anlasstat im Sinne des § 100a Absatz 2 StPO erfüllen.

23. Elke Thom-Eben

Reformbedarf des § 184 Abs. 1 StGB (Verbreitung pornografischer Schriften)

I. Aktueller Stand

(a)

§ 184 StGB wurde mit Wirkung vom 01.04.2004 zuletzt neu verfasst.

Geändert wurde § 184 Abs. 2 StGB (Erzieherprivileg)

§ 184 Abs. 3 – 7 StGB alter Fassung wurde aufgehoben (tierpornografische und kinderpornografische Schriften).

Diese Straftatbestände wurde als §§ 184 a. – d. StGB neu verfasst.

Die Rechtsprechung zu § 184 Abs. 1 bezieht sich bis 2005 zu 99 % auf die alte Gesetzesfassung.

(b.)

Nach der polizeilichen Kriminalstatistik (PKS) wurde für **2012** eine Abnahme bei der Verbreitung pornografischer Schriften von -11,6 % auf 7709 Fälle festgestellt.

Auch für den Teilbereich des Besitzes und der Beschaffung von Kinderpornografie wurde eine Abnahme von -16,9 % auf 3239 Fälle eruiert.

In der PKS für **2013** wurde eine Zunahme bei der Verbreitung pornografischer Schriften von +23,1 % auf 9488 Fälle festgestellt und für den Teilbereich des Besitzes und der Beschaffung von Kinderpornografie eine Zunahme von +27,9 % auf 4144 Fälle.

Auf für das Jahr **2014** wurde eine Zunahme bei der Verbreitung pornografischer Schriften von +7,43 % auf 10192 Fälle festgestellt, wobei der Teilbereich bezüglich Besitz und Beschaffung von Kinderpornografie um -3,9 % auf 3982 Fälle gesunken

ist.

Die Aufklärungsquote in diesem Bereich betrug 2012 72,8 %, 2013 84,8 % und 2014 82,6 %.

II. Begriff: pornografische Schriften

Pornografie ist ein unbestimmter Rechtsbegriff. Die begriffliche Unbestimmtheit ist nahezu endlos.

§ 184 Abs. 1 StGB umfasst die sogenannte **einfache Pornografie**, die alles andere als „einfach“ zu definieren ist.

Pornografie soll dadurch gekennzeichnet sein, dass die Sexualität von sonstigen menschlichen Bezügen isoliert darstellt.

Pornografie soll den Menschen zum anonymen, auswechselbaren Objekt sexuellen Lustgewinns degradieren, in dem der Mensch auf ein „psychologisches Reiz- / Reaktionswesen reduziert wird“.

Die Rechtsprechung definiert Pornografie regelmäßig als eine Darstellung, die „unter Herabsetzung“ sonstiger menschlicher Bezüge sexuelle Vorgänge in den grob aufdringlicher, anreißerischer Weise in den Vordergrund rückt und ausschließlich oder überwiegend auf die Erregung sexueller Reize abzielt und dabei „die im Einklang mit allgemeinen gesellschaftlichen Wertvorstellungen gezogenen Grenzen des sexuellen Anstandes eindeutig überschreitet“.

In der Wissenschaft werden solche Begriffsakrobatiken zum Teil als „juristische Fehlleistungen“ bezeichnet.

Es sei undenkbar, dass ein wacher Mensch auf ein Reiz- / Reaktionswesen reduziert werden kann, da allenfalls Denken und Fühlen im Schlaf oder in der Narkose weitestgehend ausgeschaltet werden.

Auch können Reize nicht erregt werden, wohl aber können erotische Reize zu sexuellen Erregungen führen.

Der BGH fordert, dass der Begriff „Pornografie“ hinreichend festzustellen ist.

Die bekannten Definitionen sind weiche Wertbegriffe und wenig anwendungssicher.

Praktisch bedeutsam erscheinen drei Aspekte:

- 1. Zweckaspekt (wozu dient die Darstellung?)**
- 2. Darstellungsaspekt (was wird wie dargestellt?)**
- 3. Wertungsaspekt (wo liegt die „eindeutige“ Grenze des sexuellen Anstandes?)**

Indikatoren in der Entscheidungspraxis von Staatsanwaltschaften und Gerichten für Pornografie sind:

- **Hervorhebung von Geschlechtsmerkmalen**
- **Fiktion unerschöpflicher Potenz / jederzeitiger Hingabebereitschaft**
- **fehlender Sinnzusammenhang.**

Die Abgrenzung zu Indikatoren, die keine Pornografie darstellen sollen, wie:

- **Einwendung in Lebensgeschichte („Fanny Hill“)**
- **Ästhetik und Individualität (Aktfotokalender)**
- **Zuneigung und persönliche Bindung**

ist nicht einfach und stellt gewissermaßen ein Dauerproblem dar.

Auch die Abgrenzung zwischen Kunst und Pornografie ist problematisch.

Beide Begriffe schließen sich nicht aus.

Eine strikte Trennung zwischen Kunst und Pornografie ist nicht möglich und unterliegt ständig wechselnden gesellschaftlichen Wertvorstellungen.

III. Geschütztes Rechtsgut

Hier ist zu unterscheiden zwischen § 184 Abs. 1 Nr., Nr. 2 und Nr. 5 STGB, der, wie

auch ab § 184 Abs. 1 Nr. 3 a., Nr. 7 auf den Schutz unter 18-jährigen abstellt und § 184 Abs. 1, 3, 4, 5, 6, 7 StGB, der auf den Schutz des Bürgers vor unerwünschter Konfrontation abstellt und schließlich zu § 184 Abs. 1 Nr. 9 StGB, der sich weder auf das eine noch das andere bezieht, sondern auf grenzüberschreitendes Verbreiten von Pornografie.

Gesetzessystematischer erfasst § 184 Nr. 1 StGB Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung.

Wissenschaftlich und empirisch gibt es jedoch keine Belege darüber, welche Schäden bei einer nennenswerten Zahl von Personen durch pornografische Schriften erlitten haben sollen.

Ein Wirkungszusammenhang zwischen Pornografie und Schaden im Hinblick auf die sexuelle Selbstbestimmung ist nicht erwiesen.

Auch sind schädliche Auswirkungen von Pornografie auf Kinder und Jugendliche nicht erwiesen oder nicht beweisbar.

Dies ist das Ergebnis einer Sachverständigenanhörung vor dem zuständigen Ausschuss des Bundestages 1970 zur Vorbereitung der Reform des Sexualstrafrechtes.

Die Sachverständigen schätzten ein schädliches Risiko für Kinder und Jugendliche überwiegend als gering ein.

Da ein Risiko für Kinder und Jugendliche aber nicht mit an Sicherheit auszuschließen sei, hat der Gesetzgeber seinerzeit die Normen zum Jugendschutz für erforderlich gehalten.

Ein weiteres Problem bezüglich des geschützten Rechtsgutes sind klare Abgrenzungen zur **Kunstfreiheit**.

Bei der Abwägung kommt weder der Kunstfreiheit noch dem Schutzzweck des § 184 StGB im Zusammenhang mit dem Schutz der sexuellen Selbstbestimmung ein Vorrang zu.

IV. Einzelne Probleme der Straftatbestände

Bei § 184 Abs. 1, Nr. 1 – 8 StGB, ergibt sich grundsätzlich die Frage, ob sich gegebenenfalls aus Artikel 5, III., Satz 1 GG ein Rechtfertigungsgrund ergibt, oder ob im Einzelfall bereits ein Tatbestands-Ausschluss annehmbar ist.

Bei § 184 Abs. 1., Nr. 1, Nr. 2 Nr.5 StGB ergeben sich darüber hinaus nicht erhebliche Probleme beim Irrtum, im Zusammenhang mit einer sogenannten Scheinvolljährigkeit (ein Minderjähriger wirkt volljährig) oder einer Scheinminderjährigkeit (ein Volljähriger wirkt minderjährig).

§ 184 Nr. 9 StGB hat die Besonderheit, dass ein Verhalten im Zusammenhang mit grenzüberschreitenden Verbreiten von Pornografie unter Strafe stellt, soweit gegen Strafvorschriften eines anderen Landes verstoßen wird.

Ein **Unternehmensdelikt**, dass nicht nur gegen das im Strafrecht geltende Schuldprinzip verstößt, sondern zudem aufgrund eines Tatbestandsirrtums gemäß § 16 StGB in der Praxis bedeutungslos sein dürfte.

Strafbar ist bereits das Unternehmen (§ 11 Abs. 1, Nr. 6.) der Ausfuhr, wenn der Täter die Absicht hat pornografische Schriften unter Verstoß gegen ausländische Strafvorschriften im Ausland zu verbreiten, öffentlich zugänglich zu machen oder dies einem Dritten zu ermöglichen.

Einfaches pornografisches Material ist weltweit im Internet zugänglich.

Nach § 184 Abs. 1 Nr. 9 StGB kann ein Deutscher für den Versuch bestraft werden, wenn er sich in Deutschland an einer in Deutschland straflosen Handlung beteiligt.

In der Praxis dürfte die Norm auch aus Gründen des Tatbestandsirrtums gemäß § 16 StGB bedeutungslos sein. Es müsste sich um Pornografie im Sinne des deutschen Rechts handeln. Zudem muss die Norm des ausländischen Strafrechts wirklich bestehen. Ein Irrtum hierüber ist ein Tatbestandsirrtum, da Auslandsrecht Tatsache ist.

Die irrigere Annahme der Auslandsstrafbarkeit ist straflos (strafbestandsloser un-

tauglicher Versuch).

V. Entscheidung des Amtsgerichts Marburg 09.01.2006, -51 Ls 2 Js 6842/04-

Hier ging es kurz gefasst um folgenden Sachverhalt:

Ohne Zustimmung der Nebenklägerin filmt der Angeklagte wechselseitigen Oralverkehr zwischen ihm und der Nebenklägerin.

Nachdem die Nebenklägerin die Beziehung beendete, digitalisierte der Angeklagte den auf einer Videocassette befindlichen, heimlich aufgenommenen Sexfilm und speicherte den Film unter anderem auf zwei CD-ROM's ab. Die Datei kopierte er in ein Unterverzeichnis seines Rechners. Den Computer lies er den ganzen Tag bis in die Nachtstunden laufen. Auf diese Weise gelangte der Videofilm mittels Download von anderen Benutzern auf andere Computer und vervielfältigte sich so, dass die Videoreichweite jeden Tag ohne zeitliche Begrenzung auch von minderjährigen Internetnutzern ohne Zugriffsbeschränkung heruntergeladen und eingesehen werden konnte.

Das Urteil stellt ausführlich dar, dass die eigentliche Relevanz für Verbreitung von pornografischer Schriften nur noch für Downloads im Internet besteht.

Im Urteil wird das Bereitstellen dieser Dateien als eine Straftat gemäß § 184 Abs. 1, Nr. 1 STGB gewürdigt, weil als „Ort an dem zugänglich gemacht wird“ im Sinne dieser Vorschrift auch der Herkunftsort der Datei im unmittelbarem Zugriff des Internetbetriebes zu verstehen ist.

VI. Vorschlag

Bezüglich der Vorschriften des § 184 Abs. 1, Nr. 1, Nr. 2, Nr. 5 StGB bestehen Überschneidungen zu den Strafnormen des § 27 Abs. 1, Nr. 1 und Nr. 2 Jugendschutzgesetz.

Jugendschützende Normen sollten in das Jugendschutzgesetz verlegt werden.

Es sollte sachverständiger Rat eingeholt werden, inwieweit „einfache pornografi-

sche Schriften (gemäß § 11 Abs. 3, Ton- und Bildträger, Datenspeicher, Abbildungen und andere Darstellungen) schädliche Auswirkungen auf die Entwicklung auf Kinder und Jugendliche aus entwicklungspsychologischer Sicht haben oder haben können, oder welches Risiko konkret bestehen könnte.

§ 184 Abs. 1, Nr. 3 a., Nr. 4, Nr. 6, Nr.7, Nr. 8 StGB sollten ersatzlos gestrichen werden.

Der Begriff der Pornografie ist besonders unbestimmt und unterliegt der ständigen gesellschaftlichen Bewertung.

Dass einfache pornografische Schriften im weitesten Sinne das sexuelle Selbstbestimmungsrecht Erwachsener gefährden könnte ist empirisch und nicht belegt.

Das geschützte Rechtsgut der sexuellen Selbstbestimmung konkurriert mit dem Schutzgut der Kunstfreiheit. Die Einzelabwägungen unterliegen keinen sicheren definierbaren Abgrenzungskriterien.

§ 184 Nr. 9 StGB ist ersatzlos zu streichen.

VII. Verwendete Literatur / Statistiken / Rechtsprechung

- Fischer StGB 23. Auflage, 2016
- Nomus-Kommentar, Gesamtes Strafrecht, 1. Auflage 2008
- Schönke Schröder StGB, 29. Auflage, 2015
- polizeiliche Kriminalstatistik 2012 – 2014
- Seim / Spiel: „Ab 18. zensiert, diskutiert, unterschlagen
- Laubenthal: Sexualstraftaten
- Laufhütte/Roggenbuck: Leipziger Kommentar, § 184 StGB
- Hörnle: Grob anstößiges Verhalten
- Jäger: Sittlichkeitsdelikte
- BT-Drucksache VI / 3521
- Schumann, ZUM 2004, 697 ff.
- Schröder: Pornografie, Jugendschutz und Kunstfreiheit
- Schreibauer: Das Pornografieverbot des § 184 StGB
- Murat Erdemir MMR 2003, 628 „Neue Paradigmen der Pornografie“
- Jörg Eisele RdJB 2013, 212 – 224

- ZUM 2000, 1007 Bernd Holznagel „Verantwortlichkeit im Internet und Frei Speech am Beispiel der Haftung illegale und jugendgefährdende Inhalte“
- ZUM 1994, 133 Thomas Weigend „strafrechtliche Pornografieverbote in Europa“
- ZUM 2004, 697 ff., Schumann
- Köhne NJW 2005, 794
- GA 2003, 299 Bernd Schünemann
- Heinz Schöck NJW 1998, 1257
- Amtsgericht Marburg, 09.01.2006, -51 Ls 2 Js 6842/04, Juris
- Landgericht Limburg, 06.08.2012, 4 Js 6194/11-5 Kls
- Landgericht Gießen, 04.08.2014, 7 Qs 26/14
- BGB, 29.10.2009, 3 StR 440/09

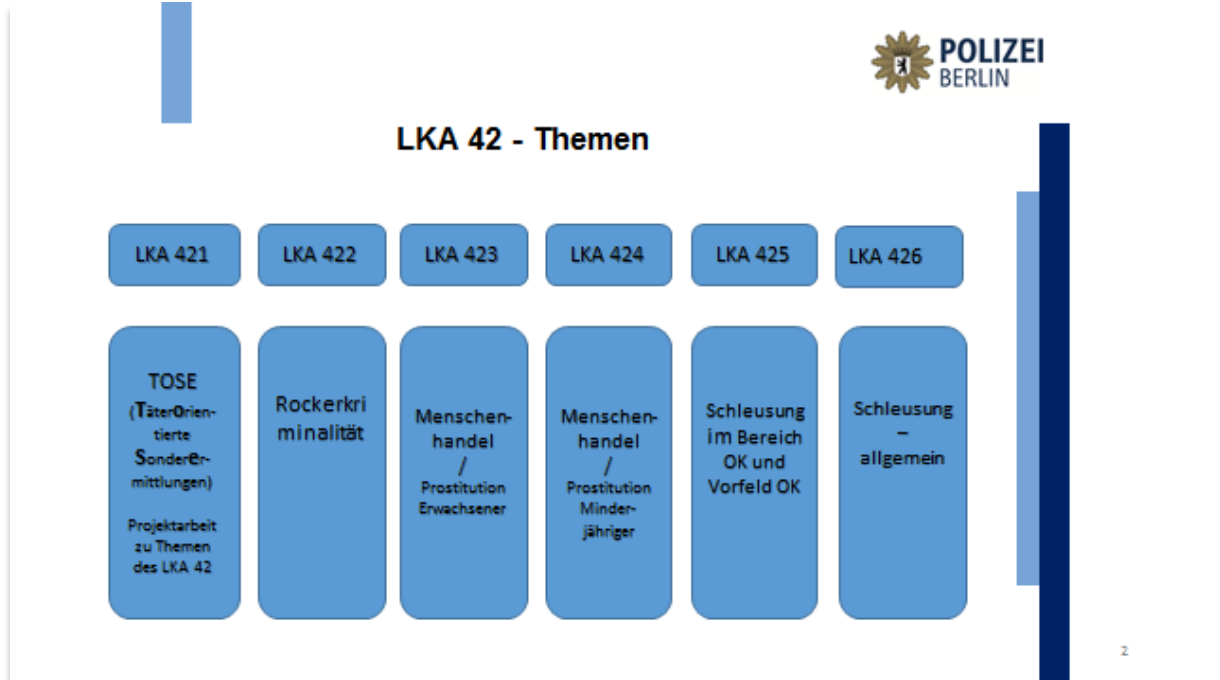
MMR = Multimedia und Recht

ZUM = Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

GA = Goltdammers Archiv

24. Andreas Wittlake

Strafbarkeit im Zusammenhang mit Prostitution



Gesellschaftliche Realität

- Ca. 400.000 Prostituierte in ganz Deutschland (Schätzung) überwiegend Frauen
- In Bordellen, Clubs, privaten Wohnungen, auf der Straße oder als Escortservice
- Jährliche Umsätze in mindestens zweistelliger Milliardenhöhe Steuer wird nur teilweise abgeführt
- Sittenwidrigkeit der Prostitution spätestens mit Urteil des VG Berlin vom 1. Dezember 2000 aufgehoben.
- Einführung Prostitutionsgesetz am 1. Januar 2002

POLIZEI BERLIN

3

Berliner Rotlicht-Zahlen

(Schätzwerte)

- 6.000 - 8.000 Prostituierte
- 300 Mio. Euro Umsatz jährlich durch Prostitution
- 3 etablierte Straßenstrichbereiche (Kufi, Oburger, 17.Juni)
- 170 größere Bordelle
- 190 Wohnungsbordelle

4

Prostitutionsgesetz

- **Artikel 1 (mit 3 Paragraphen):**
Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten
- **Artikel 2:**
Änderung des Strafgesetzbuches
In Bezug auf die §§ 180a und 181a StGB
- **Artikel 3:**
Inkrafttreten am 1. Januar 2002

5

Straftatbestände seit 2002

- § 180a

Ausbeutung von Prostituierten

(alt: Förderung der Prostitution)

(1) Betreibereigenschaft und
Prostituierte in persönl. oder wirtschaftl. Abhängigkeit

(2) Nr. 1. zur Verfügung stellen einer Wohnung zur Prostitution
für Minderjährige (u18)

Nr. 2. Wohnung gewähren zur Prostitution und dabei anhalten
oder ausbeuten

=> Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren

6

Straftatbestände seit 2002

- § 181a

Zuhälterei

(1) Nr. 1 Ausbeuten einer Prostituierten
Nr. 2 Dirigistische Prostitution

(2) Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Unabhängigkeit durch
gewerbsmäßige Vermittlung

(3) Strafbarkeit auch innerhalb der Ehe

=> Freiheitsstrafe 6 Monate bis zu 5 Jahre

7

Weitere relevante Normen in Bezug auf Prostitution

- § 232 StGB Menschenhandel zum Zwecke der sexuellen Ausbeutung
- § 233a StGB Förderung des Menschenhandels
- § 180 StGB Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger
- § 182 StGB Sexueller Missbrauch von Jugendlichen
- § 184f StGB Ausübung der verbotenen Prostitution
- § 184g StGB Jugendgefährdende Prostitution

- § 21 ASOG Identitätsfeststellung
- § 36 ASOG Betreten und Durchsuchung von Wohnungen
- Prostituiertenschutzgesetz-Entwurf

8

Verfahrenszahlen

- Jährl. zwischen 24 – 42 Verfahren wg. §§ 180a + 181a StGB
in den Jahren 2010 - 2015
- Jährl. zwischen 65 – 85 Verfahren wg. § 232 StGB
in den Jahren 2010 – 2015
- Max. 3 Verfahren pro Jahr wg. § 180a StGB

8

Polizeiliche Relevanz der §§ 180a und 181a StGB

- Aufgrund tatbestandsmäßiger Überschneidungen (mit §§ 181a und 232 StGB) ist § 180a StGB polizeilich von eher untergeordneter Relevanz
- Staatsanwaltschaft Berlin spricht bei § 180a StGB von nützlichem Auffangtatbestand, da der Begriff „wirtschaftliche Abhängigkeit“ weiter auszulegen sei als „Ausbeutung“ (in § 232 StGB)
- Zudem stünde die Konstruktion in § 180a Abs. 2 Nr. 1 (Wohnung für Minderjährige zur Prostitution) sonst nicht unter Strafe
- § 181a StGB ist praktikabel und wird angewendet (Ausbeutung)

10

Wünschenswerte Anpassungen aus polizeilicher Sicht

Generell bieten die derzeitigen Fassungen der beiden in Rede stehenden Paragraphen eine hinreichende polizeiliche Arbeitsgrundlage zum Vorgehen gegen die Ausbeutung von Prostituierten durch einzelne Zuhälter und bordellartige Betriebe.

Ein Detektieren und Anklagen solcher Sachverhalte mangels gerichtsverwertbarer Opferaussagen gestaltet sich extrem schwer.

Anpassung beider Paragraphen in Bezug auf die Strafbarkeit des Versuchs wäre hilfreich.

Von erheblicher Bedeutung wäre die Aufnahme des § 181a StGB in den Katalog der Straftaten für verdeckte Maßnahmen (nach § 100a ff. StPO).

11

Wünschenswerte Anpassungen aus polizeilicher Sicht

Außerhalb der beiden Paragraphen 180a und 181a StGB:

Strafmaß bei Menschenhandel (§232) generell **ab 1 Jahr**
Freiheitsstrafe (Verbrechenstatbestand) **und 10 Jahre maximal**

Anhebung des Lebensalters für legale Prostitution auf 21 Jahre

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

25a. Prof. Dr. Gereon Wolters**Die Verjährung im dreizehnten Abschnitt des Strafgesetzbuchs**

Die die Verjährung betreffenden Vorschriften der im dreizehnten Abschnitt des Strafgesetzbuchs geregelten Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung sind in den vergangenen Jahren nicht nur Gegenstand kontroverser Diskussionen gewesen, sondern haben auch gleich mehrere gesetzgeberische Änderungen erfahren. Anlass von beidem war und ist es insbesondere, die Verfolgung von gegen Kinder und Jugendliche gerichteten Sexualstraftaten länger zu ermöglichen, um vor allem dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die freiverantwortliche Aufarbeitung der Tatfolgen in dieser Verletztengruppe in der Regel später stattfindet, ein Rechtsgüterschutz also auch durch eine verlängerte Verjährungsdauer zu gewährleisten ist.

Auch die Verjährung von Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung richtet sich nach den Vorschriften des Allgemeinen Teils (§§ 78 ff. StGB); spezielle Regelungen im Besonderen Teil fehlen (noch). Maßgeblich für die Dauer der Verfolgungsverjährung ist nach § 78 Abs. 3 StGB hiermit auch in diesem Bereich das jeweilige Höchstmaß der angedrohten Strafe. Allein durch die den § 78a StGB ergänzende Vorschrift über das „Ruhens“ der Verjährung des § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB hebt sich (nicht nur, aber vor allem) das Sexualstrafrecht hinsichtlich der Verjährung von anderen Delikten ab. Diskutiert wird und wurde in der Vergangenheit nicht nur eine weitere Ausdehnung der Ruhensregelung, sondern gar die Kodifizierung eines ganz neuen, eigenständigen Verjährungsrechts für Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung.

Im Folgenden soll zunächst ein Überblick über die Entwicklung des § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB gegeben werden, um sodann einzelne Aspekte (lediglich) als Denkanstoß dafür anzuführen, wie die Verjährungsvorschriften in diesem Bereich auszugestalten sind.

A. Überblick der Vorschrift des § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB

Nach der seit dem 27. Januar 2015 geltenden Fassung des § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB vom 21. Januar 2015,¹⁵⁸⁸ ruht die Verjährung bei Straftaten „nach den §§ 174 bis 174c, 176 bis 179, 180 Absatz 3, §§ 182, 225, 226a und 237 StGB“ bis zur Vollendung des 30. Lebensjahres des Opfers. Das Ruhens endet mit Ablauf des Tages, der der 30. Wiederkehr des Ge-

¹⁵⁸⁸ BGBl. I, S. 10.

burtstags vorangeht.¹⁵⁸⁹ Unter Berücksichtigung des Zwecks der Norm soll es zudem bereits vor Ablauf der Frist sowohl mit dem Tod des Opfers¹⁵⁹⁰ als auch bei Kenntniserlangung der Tat durch die Strafverfolgungsbehörden enden.¹⁵⁹¹ Die Vorschrift findet auch auf vor Inkrafttreten der Neuregelung begangene Taten Anwendung, sofern zu diesem Zeitpunkt eine Verfolgungsverjährung noch nicht eingetreten ist.¹⁵⁹²

I. Die Entstehung und Entwicklung des § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB

Erst im Jahre 1994 hat § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB durch das dreißigste Strafrechtsänderungsgesetz – Verjährung von Sexualstraftaten an Kindern und Jugendlichen vom 23. Juni 1994 mit Geltung ab dem 30. Juni 1994 Eingang in das Strafgesetzbuch gefunden. Danach ruhte die Verjährung zunächst nur bei Straftaten nach den §§ 176 bis 179 StGB (sexueller Missbrauch von Kindern, schwerer sexueller Missbrauch von Kindern, sexueller Missbrauch von Kindern mit Todesfolge, Vergewaltigung, sexuelle Nötigung und sexueller Missbrauch Widerstandsunfähiger) bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres des Opfers.¹⁵⁹³

Seit ihrer Einführung bis zur heute geltenden Fassung hat § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB zahlreiche Änderungen erfahren. So wurde einerseits der Kreis der einbezogenen Vorschriften stetig erweitert, andererseits die Altersgrenze, bis zu der die Verjährung ruht, wiederholt angehoben.

1. Dreiunddreißigstes Strafrechtsänderungsgesetz und sechstes Gesetz zur Reform des Strafrechts

Die ersten beiden Änderungen der Norm durch das 33. Strafrechtsänderungsgesetz (33. StrÄndG) vom 1. Juli 1997¹⁵⁹⁴ und das 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts (6. StRG) vom 26. Januar 1998¹⁵⁹⁵ stellen lediglich Reaktionen auf Modifikationen im Besonderen Teil des StGB dar.

So wurde erstmalig eine Anpassung des Wortlautes in § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB erforderlich, als die §§ 177 StGB (Vergewaltigung) und 178 StGB (sexuelle Nötigung) durch das 33. Strafrechtsänderungsgesetz in einer Norm (§ 177 StGB) zusammengefasst wurden. Der

¹⁵⁸⁹ Lackner/Kühl, § 78b Rn. 1a.

¹⁵⁹⁰ Lackner/Kühl, § 78b Rn. 1a.

¹⁵⁹¹ MüKo/Mitsch, § 78b Rn. 7.

¹⁵⁹² Vgl. BVerfG NJW 2000, 1554; BT-Drs. 18/2601, S. 23.

¹⁵⁹³ BGBl. I 1994, S. 1310.

¹⁵⁹⁴ BGBl. I 1997, S. 1607.

¹⁵⁹⁵ BGBl. I 1998, S. 164.

damit einhergehende Wegfall des § 178 StGB in der Fassung vom 10. März 1987 erforderte eine Anpassung des in § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB aufgeführten Normenkreises.

Auf die Wiedereinführung des § 178 StGB als Tatbestand der sexuellen Nötigung und Vergewaltigung *mit Todesfolge* durch das 6. Gesetz zur Reform des Strafrechts reagierte der Gesetzgeber erneut mit einer Folgeänderung des § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB, indem er § 178 StGB wieder in den § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB aufnahm. Diese Anpassung ist indes hinsichtlich ihrer Legitimation zweifelhaft, da bei teleologischer Auslegung des § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB mit dem Tode des Opfers die gewöhnliche Verjährungsfrist beginnt.¹⁵⁹⁶

2. Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften

Von Beginn an wurde Kritik an der nur geringen Reichweite des § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB laut.¹⁵⁹⁷ Mit dem Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften vom 27. Dezember 2003,¹⁵⁹⁸ geltend ab dem 1. April 2004, ist daher erstmalig der Kreis der einbezogenen Normen um die §§ 174 bis 174c StGB erweitert worden. Während der seinerzeitige Gesetzesentwurf lediglich eine Erweiterung um den § 174 StGB (sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen) vorsah,¹⁵⁹⁹ sprach sich der Rechtsausschuss des Bundestages – ohne dies jedoch näher zu begründen – dafür aus, auch die §§ 174a bis 174c StGB zu ergänzen.¹⁶⁰⁰ Die ebenfalls diskutierte Einbeziehung des § 182 StGB (sexueller Missbrauch von Jugendlichen) wurde abgelehnt, weil es an dem nach Sinn und Zweck des § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB vorausgesetzten Abhängigkeitsverhältnis zwischen Opfer und Täter fehle.¹⁶⁰¹

3. Zweites Opferrechtsreformgesetz

Durch das ab dem 1. Oktober 2009 geltenden Gesetz zur Stärkung der Rechte von Verletzten und Zeugen im Strafverfahren (2. Opferrechtsreformgesetz) vom 29. Juli 2009¹⁶⁰² sollte einer wirksamen Bekämpfung der Genitalverstümmelungen von Mädchen und Frauen Rechnung getragen werden. Da es noch keinen eigenen Straftatbestand der weiblichen Genitalverstümmelung gab, wurde § 225 StGB (Missbrauch von Schutzbefohlenen) sowie die §§

¹⁵⁹⁶ Vgl. MüKo/Mitsch, § 78b Rn. 7, Hörnle/Klingbeil/Rothbart, Sexueller Missbrauch von Minderjährigen: Notwendige Reformen im Strafgesetzbuch (2014), S. 18.

¹⁵⁹⁷ SK/Rudolphi/Wolter, § 78b Rn. 3, Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Bosch, § 78b StGB Rn. 3.

¹⁵⁹⁸ BGBl. I, S. 3007.

¹⁵⁹⁹ BT-Drs. 15/350.

¹⁶⁰⁰ BT-Drs. 15/1311, S. 21.

¹⁶⁰¹ BT-Drs. 15/350, S. 13.

¹⁶⁰² BGBl. I, S. 2280.

224 und 226 StGB (gefährliche und schwere Körperverletzung), sofern sie durch mindestens einen Beteiligten tateinheitlich zu § 225 StGB verwirklicht werden, in die Regelung des § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB einbezogen.¹⁶⁰³ Der Rückgriff auf § 225 StGB wurde damit begründet, dass die „Beschneidung“, die zwar selten durch die Eltern selbst durchgeführt, in der Regel aber auf deren Veranlassung erfolge, den Tatbestand des § 225 StGB jedenfalls in der Modalität des „Quälens“ erfülle. § 225 StGB setze bereits tatbestandlich die im Rahmen des § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB zu fordernde Abhängigkeit zwischen Opfer und Täter voraus und sei daher in den Kreis der Ruhensregelung einzubeziehen. Um auch eine Bestrafung der die Beschneidung durchführenden Täter zu ermöglichen, sollten schließlich unter den oben genannten Voraussetzungen die §§ 224 und 226 StGB von der Regelung erfasst sein.¹⁶⁰⁴ Zwar stehe das Opfer zu diesen Tätern selten in einem Abhängigkeitsverhältnis, die familiäre Abhängigkeit verhindere jedoch zumeist eine Verfolgung der Tat insgesamt, da der Sachverhalt den Strafverfolgungsbehörden gar nicht erst zur Kenntnis gelange.¹⁶⁰⁵

4. Gesetz zur Stärkung der Rechte von Opfern sexuellen Missbrauchs

In Anpassung an die zivilrechtlichen Verjährungsregeln wurde durch das Gesetz zur Stärkung der Rechte von Opfern sexuellen Missbrauchs (StORMG) vom 26. Juni 2013, geltend ab dem 30. Juni 2013, die Altersgrenze für das Ruhen der Verjährung bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres angehoben.¹⁶⁰⁶ Diese im Gesetzesentwurf der Bundesregierung¹⁶⁰⁷ ursprünglich nicht vorgesehene Modifizierung geht zurück auf eine Forderung des „Runden Tisches ‚Sexueller Kindesmissbrauch in Abhängigkeits- und Machtverhältnissen in privaten und öffentlichen Einrichtungen und im familiären Bereich‘“.¹⁶⁰⁸ Durch das Bekanntwerden einer Vielzahl von Missbrauchsfällen in Heimen und Einrichtungen der katholischen Kirche, die bis in die 1950er Jahre zurück gingen, wurde zu Beginn des Jahres 2010 eine erneute Debatte über die Anhebung der strafrechtlichen Verjährung für Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung angestoßen. Die bekanntgewordenen Fälle wurden als Beleg für eine massive Traumatisierung der Missbrauchsoffer angeführt, die eine Auseinandersetzung mit den – nicht selten bis ins Erwachsenenalter verdrängten Taten – erst nach Jahrzehnten ermöglichen.¹⁶⁰⁹ Berücksichtigt wurde auch, dass gerade familiäre und schulische Abhängigkeiten nicht zwingend mit dem Erreichen der Volljährigkeit, sondern häufig erst viel später, mit

¹⁶⁰³ BGBl. I, S. 2280.

¹⁶⁰⁴ BT-Drs. 16/13671, S. 24.

¹⁶⁰⁵ BT-Drs. 16/13671, S. 24.

¹⁶⁰⁶ BGBl. I, S. 1805.

¹⁶⁰⁷ BT-Drs. 17/6261.

¹⁶⁰⁸ BT-Drs. 17/8117, S. 17. Die Bundesregierung hat den „Runden Tisch“ am 24. März 2010 als Reaktion auf das Bekanntwerden zahlreicher Missbrauchsfälle in kirchlichen und staatlichen Einrichtungen in den 1950er bis 1970er Jahren eingerichtet.

¹⁶⁰⁹ Vgl. *Albrecht*, RdJB 2011, 161.

Verlassen des elterlichen Haushaltes endeten.¹⁶¹⁰ Die bisherige Ruhensregelung bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres wurde daher als ungenügend empfunden.

Die Neuregelung brachte das Ruhen der strafrechtlichen Verjährung in (jedenfalls teilweisen) Einklang mit § 208 BGB, der die Hemmung der Verjährung zivilrechtlicher Ansprüche wegen der Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung bis zur Vollendung des 21. Lebensjahres anordnet.

5. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs – Strafbarkeit der Verstümmelung weiblicher Genitalien

Durch das Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs – Strafbarkeit der Verstümmelung weiblicher Genitalien (47. Strafrechtsänderungsgesetz) vom 24. September 2013, gültig ab dem 28. September 2013, ist mit § 226a StGB ein eigener Straftatbestand der Verstümmelung weiblicher Genitalien in das Strafgesetzbuch eingefügt worden. Als Folgeänderung wurden die §§ 224 und 226 StGB aus dem Normenkreis des § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB gestrichen und durch § 226a StGB ersetzt. § 225 StGB wurde in der Regelung belassen, um auch künftig Fälle des Missbrauchs Schutzbefohlener jenseits der Genitalverstümmelung zu erfassen.¹⁶¹¹

6. Neunundvierzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht

Die bislang letzte Änderung des § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB erfolgte durch das 49. Strafrechtsänderungsgesetz zur Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht vom 21. Januar 2015, gültig seit dem 27. Januar 2015.¹⁶¹²

Durch das Gesetz wurde die Altersgrenze für das Ruhen der Verjährung nochmals – bis zur Vollendung des 30. Lebensjahres – angehoben. Darüber hinaus wurde auch der Kreis der einbezogenen Normen erneut erweitert. So wurden die §§ 180 Abs. 3 StGB (Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger in Betreuungsverhältnissen), § 182 StGB (sexueller Missbrauch von Jugendlichen) und § 237 StGB (Zwangsheirat) ergänzt.

II. Kritik der Vorschrift des § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB

¹⁶¹⁰ Vgl. Hörnle/Klingbeil/Rothbart, S. 69.

¹⁶¹¹ BGBl. I 2013, S. 3671.

¹⁶¹² BGBl. I, S. 10.

Die Einwände gegen die Vorschrift des § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB richteten und richten sich nicht nur gegen die Altersgrenze für das Ruhen der Verjährung, sondern auch gegen den – stetig erweiterten – Kreis der einbezogenen Delikte. Während Teile der Literatur deswegen das Maß des gebotenen Opferschutzes als überschritten ansehen, ging und geht einigen Vertretern von Opferinteressen die Norm nicht weit genug.

1. Einwände gegen die Altersgrenze

Sinn und Zweck der Ruhensregelung ist es, die Verjährung von Straftaten der genannten Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung nicht eintreten zu lassen, bevor das Opfer über die nötige Reife und Unabhängigkeit verfügt, eigenverantwortlich darüber zu entscheiden, ob es eine Verfolgung der erlittenen Straftat(en) wünscht.¹⁶¹³ Minderjährige Tatopfer können sich insbesondere aus einer Vielzahl von Gründen in einer Abhängigkeit vom Täter befinden. Nicht selten spielen sich Missbrauchsfälle im engsten Familienkreis ab oder werden von sonstigen Angehörigen oder Freunden der Familie – mithin unter Ausnutzung der familiären Abhängigkeit des Kindes – begangen. Opfer, die sich Familienangehörigen offenbaren, werden häufig unter Druck gesetzt, über das Vorgefallene zu schweigen und auf eine Anzeige zu verzichten. Diese Abhängigkeit endet in aller Regel nicht vor Erreichen der Volljährigkeit. Zudem erkennen Kinder das ihnen zugefügte Unrecht als solches oft überhaupt erst mit zunehmender Reife. Erst dann erscheint aber auch eine unabhängige Entscheidung darüber möglich, ob der Sachverhalt den Strafverfolgungsbehörden zur Kenntnis gelangen soll.¹⁶¹⁴ Einige der Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung, beispielsweise ein „einfacher“ sexueller Missbrauch von Kindern (§ 176 StGB), unterliegen jedoch gemäß § 78 Abs. 3 Nr. 3 StGB einer Verjährungsfrist von „nur“ zehn Jahren. Taten, die im frühen Kindesalter (unter 8 Jahren) begangen werden, wären daher bei Eintritt der Volljährigkeit bereits verjährt. Aus diesen Gründen wird ein Ruhen der Verjährung bei Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres nahezu einhellig als sinnvoll und notwendig angesehen.¹⁶¹⁵

Weniger einhellig wurde hingegen schon die Anhebung der Altersgrenze auf die Vollendung des 21. Lebensjahres diskutiert. Für eine Erweiterung der Ruhensregelung in zeitlicher Hinsicht wird zum Teil auf Parallelen im Jugendstrafrecht verwiesen. Ebenso wie auf Täterseite müssten auch auf Opferseite Reifeverzögerungen im Alter zwischen 18 und 21 Jahren Berücksichtigung finden. Eine Ausdehnung der Altersgrenze bis zur Vollendung des 21. Le-

¹⁶¹³ BT-Drs. 12/7414, S. 1; BT-Drs. 12/2975, S. 4.

¹⁶¹⁴ Hörnle/Klingbeil/Rothbart, S. 69; Hörnle, GA 2010, 388 (393).

¹⁶¹⁵ Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Bosch, § 78b Rn. 3; abweichend Fischer, § 78b Rn. 3c, der auf die in § 182 Abs. 3 StGB in Bezug genommene Sexualmündigkeit von 16 Jahren verweist.

bensjahres sei daher geboten.¹⁶¹⁶ Auf der anderen Seite wurde das Gesetz als „ad-hoc-Reaktion“ auf die im Jahre 2010 zahlreich bekanntgewordenen Missbrauchsfälle kritisiert.¹⁶¹⁷ Die ursprünglich durch das 33. Strafrechtsänderungsgesetz eingeführte Altersgrenze bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres führte bereits dazu, dass die schwereren Sexualdelikte (wie die §§ 176a, 177 und 179 Abs. 5 StGB) erst mit Vollendung des 38. Lebensjahres des Opfers verjährten. Auch wenn – wie andererseits angeführt – familiäre Bindungen und Abhängigkeiten nicht automatisch mit Erreichen der Volljährigkeit erlöschen und Kinder nicht selten über dieses Alter hinaus dem Druck eines Täters aus dem Angehörigenkreis oder schulischer Einrichtungen ausgesetzt sind,¹⁶¹⁸ hätten die Opfer noch ausreichend Zeit, über eine Anzeige der Tat(en) zu entscheiden. Bereits nach diesem Zeitablauf – zwischen Begehung der Tat und dem Ermittlungs- bzw. Strafverfolgungsverfahren konnten mehr als 30 Jahre liegen – sind für einen Nachweis der Tat und Schuld erhebliche Hürden zu überwinden. Beweismittel sind möglicherweise nicht mehr verfügbar, Zeugenaussagen leiden unter der verblassenden Erinnerung und verlieren dadurch nicht nur an Beweiswert, sondern bergen auch die Gefahr von Fehlurteilen. Mit zunehmendem Zeitablauf steigt nämlich auch das Risiko unbewusster Abweichungen von der Wahrheit, ohne dass die Aussage als unglaubhaft zu erkennen wäre.¹⁶¹⁹ Eine Anhebung der Altersgrenze habe daher kaum einen praktischen Nutzen.¹⁶²⁰

Die erneute deutliche Ausweitung der Regelung bis zur Vollendung des 30. Lebensjahres findet daher in der Literatur kaum Anklang.¹⁶²¹

Während in den Gesetzesmaterialien mit der einschneidenden Traumatisierung der Opfer und bis ins Erwachsenenalter reichenden Verdrängungsmechanismen argumentiert wird,¹⁶²² geben Teile der Literatur zu bedenken, dass eine derart weitreichende Verjährung die Ermittlungs- und Strafverfolgungsbehörden vor noch größere Probleme bei der Beweiserhebung und -würdigung stellt, als bereits oben geschildert worden ist.¹⁶²³ Nach der heute geltenden Fassung tritt die Verjährung der oben beispielhaft genannten schwersten Taten gegen die sexuelle Selbstbestimmung (§§ 176a, 177, 179 Abs. 5 StGB) erst mit Vollendung des 50. Lebensjahres des Opfers ein. Zwischen Tatbegehung und Strafverfahren können dann mitunter mehr als 45 Jahre vergangen sein. Eine effektive Verfolgung der Tat ist aber nach ei-

¹⁶¹⁶ Vgl. *Titz*, DRiZ 2014, 279.

¹⁶¹⁷ Schönke/Schröder/*Sternberg-Lieben/Bosch*, § 78b Rn. 3.

¹⁶¹⁸ *Hörnle*, GA 2010, 388 (393).

¹⁶¹⁹ *Hörnle/Klingbeil/Rothbart*, S. 15 f.; vgl. Schönke/Schröder/*Sternberg-Lieben/Bosch*, § 78b Rn. 3, *Hörnle*, GA 2010, 388 (390).

¹⁶²⁰ *Fischer*, § 78b StGB Rn. 3c; vgl. auch Schönke/Schröder/*Sternberg-Lieben/Bosch*, § 78b Rn. 3, *Leutheusser-Schnarrenberger*, ZRP 2010, 136.

¹⁶²¹ Vgl. *Fischer*, § 78b Rn. 3c; *Titz*, DRiZ 2014, 279.

¹⁶²² BT-Drs. 18/2601, S. 14; so auch *Hörnle/Klingbeil/Rothbart*, S. 73.

¹⁶²³ *Albrecht*, RdJB 2011, 162.

ner derart langen Zeitspanne nur noch schwer vorstellbar. Objektive Beweismittel werden noch schwieriger zu erlangen sein, Zeugenaussagen müssen – sofern sie denn ergiebig sind – noch kritischer gewürdigt werden. Zeugen oder gar der Täter könnten bereits verstorben oder verhandlungsunfähig sein.¹⁶²⁴ Selbst wenn schwersttraumatisierten Missbrauchsoffern tatsächlich erst Jahrzehnte nach der Tat eine Aufarbeitung gelingen mag, wäre das Strafrecht nach so langer Zeit in den allermeisten Fällen doch ein „stumpfes Schwert“, das die bezweckte Sühne- und Genugtuungsfunktion nicht mehr erfüllen kann. Andererseits zwingt das Legalitätsprinzip gleichwohl zur Aufnahme der – kaum erfolgversprechenden – Ermittlungen und führt dadurch mit einiger Wahrscheinlichkeit zu einer besonderen Belastung der Ermittlungsbehörden.¹⁶²⁵ Auch prozessökonomische Aspekte können somit gegen ein Ruhen der Verjährung bis zur Vollendung des 30. Lebensjahres angeführt werden.

Zu berücksichtigen ist allerdings, dass die vorgenannten Argumente nicht in demselben Maße durchdringen, wenn lediglich eine Verjährungsfrist von fünf oder zehn Jahren im Raum steht. Das Opfer könnte die Tat(en) bei einem Ruhen der Verjährung bis zum 18. Lebensjahr dann maximal bis zur Vollendung des 28. Lebensjahres zur Anzeige bringen. Dass jedoch etwa die Erfahrung jahrelangen (einfachen) sexuellen Missbrauchs durch einen Familienangehörigen nicht minder traumatisierend sein kann als ein einmaliger schwerer sexueller Missbrauch, dürfte kaum in Zweifel zu ziehen sein. Ob dem Tatopfer die Gelegenheit einer (späten) Aufarbeitung mit anschließender Vergeltungssuche in diesen Fällen genommen sein soll, erscheint mehr als fragwürdig.

2. Einwände gegen die einbezogenen Delikten

a. §§ 176 bis 179 StGB, § 174 StGB

Für die von Beginn an in der durch das dreißigste Strafrechtsänderungsgesetz in das StGB eingefügten Fassung des § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB enthaltenen Normen der §§ 176 bis 179 StGB ist das Ruhen der Verjährung grundsätzlich anerkannt. Umstritten ist insoweit allein die Altersgrenze, bis zu der die Verjährung ruhen soll. Gleiches gilt für § 174 StGB.

b. §§ 174a bis 174c StGB

Die Erweiterung um die §§ 174a bis 174c StGB geht auf eine Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Bundestags zurück, der allerdings eine Begründung schuldig bleibt.¹⁶²⁶ Nach nahezu einhelliger Auffassung in der Literatur wird durch die Gesetzesänderung der Sachbezug des § 78b Abs. 1 Nr.1 StGB überdehnt. Das Einfügen der §§ 174a bis

¹⁶²⁴ Titz, DRiZ 2014, S. 279.

¹⁶²⁵ Vgl. Hörnle/Klingbeil/Rothbart, S. 13 f.

¹⁶²⁶ BT-Drs. 15/1311, S. 21.

174c sei systemwidrig. Es bestehe weder das für § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB erforderliche Abhängigkeitsverhältnis, noch richten sich die Taten gegen Minderjährige.¹⁶²⁷

c. § 180 Abs. 3 StGB

Die Einführung des § 180 Abs. 3 StGB wurde in den Gesetzesmaterialien mit der systematische Zugehörigkeit zu § 174 StGB (sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen) begründet, der bereits in der Regelung des § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB enthalten ist. Auch bei Taten nach § 180 Abs. 3 StGB bestehe eine besondere Verbundenheit zwischen Opfer und Täter, die einer rechtzeitigen Kenntniserlangung von der Tat durch die Strafverfolgungsbehörden entgegenstehen könne.¹⁶²⁸ Die Novellierung dürfte in der Literatur auf Zustimmung stoßen, wurde die bisherige Unterscheidung von §§ 180 Abs. 3 und 174 StGB hinsichtlich der Verjährung in der Vergangenheit vielfach als unstimmt kritisiert.¹⁶²⁹

d. § 182 StGB

Die Ergänzung des § 182 StGB durch das 49. Strafrechtsänderungsgesetz im Jahre 2015 ist nicht ohne Einwände geblieben. In den Gesetzesmaterialien wird das Fehlen einer spezifischen Verbundenheit zwischen Opfer und Täter durch persönliche Umstände eingeräumt. Eine vergleichbare Situation, die geeignet sei, das Opfer lange Zeit über die Tat schweigen zu lassen, könne sich im Rahmen des § 182 StGB aber aus wirtschaftlicher oder sozialer Abhängigkeit, Angst, Schuldgefühlen und Scham ergeben.¹⁶³⁰ Dem wird kritisch entgegengehalten, § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB dürfe als eine das Gesamtsystem der Verjährung durchbrechende Ausnahmenvorschrift nur einen engen Anwendungsbereich haben. Eine Erweiterung der Norm setze eine Vergleichbarkeit in jeder Hinsicht mit den bislang von der Regelung umfassten Tatbeständen voraus. Dies sei bei § 182 StGB aufgrund der fehlenden Abhängigkeitsbeziehung von Täter und Opfer gerade nicht der Fall.¹⁶³¹

e. §§ 225, 226a StGB

Die Einbeziehung der §§ 225 und 226a StGB wird wiederum in der Literatur nicht kritisiert.¹⁶³²

f. § 237 StGB

Bei Einfügung des § 237 StGB sah sich der Gesetzgeber auch verpflichtet, durch ausreichend lange Verjährungsvorschriften eine Einleitung unter anderem von Verfahren wegen

¹⁶²⁷ MüKo-Renzikowski, § 180 Rn. 81; LK/Hörnle, § 180 Rn. 70; Fischer, § 78b Rn. 3c.

¹⁶²⁸ BT-Drs. 18/2601, S. 23.

¹⁶²⁹ MüKo/Renzikowski, § 180 StGB, Rn. 81; LK/Hörnle, § 180 Rn. 70.

¹⁶³⁰ BT-Drs. 18/2601, S. 23; so auch Hörnle/Klingbeil/Rothbart, S. 73; MüKo/Renzikowski, § 182 Rn. 81.

¹⁶³¹ Lackner/Kühl § 78b Rn. 1a; Fischer, § 78b Rn. 3; vgl. bereits BT-Drs. 15/350, S. 13.

¹⁶³² Vgl. MüKo/Mitsch, § 78b Rn. 8; Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Bosch § 78b Rn. 3

Zwangsheirat auch nach Erreichen der Volljährigkeit des Opfers zu ermöglichen.¹⁶³³ Straftaten nach § 237 StGB verjähren gemäß § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB nach fünf Jahren. Eine Aufnahme der Vorschrift in die Regelung des § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB war nach Ansicht des Gesetzgebers geboten, um auch eine Verfolgung der (wenigen) Einzelfälle,¹⁶³⁴ in denen das Opfer 13 Jahre und jünger ist, sicher zu stellen. Kritik an der Einführung des § 237 StGB wurde bislang nicht geäußert.

B. Alternative Gestaltungen der Verjährungsregelungen

Alternativ zur Regelung des § 78b StGB wird vorgeschlagen, die Verjährung der Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung – jedenfalls für den sexuellen Missbrauch von Kindern – gänzlich abzuschaffen oder die Verjährungsfristen insgesamt zu verlängern.

I. Abschaffen der Verjährung von Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung

Nur vereinzelt – insbesondere von Opfern sexuellen Missbrauchs – wird anstelle einer Ruhensvorschrift eine Abschaffung der Verjährung für Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung – jedenfalls für den sexuellen Missbrauch von Kindern – gefordert.¹⁶³⁵ Letzteres wird auf § 78 Abs. 2 StGB gestützt und durch die Ziehung einer Parallele zwischen „Mord“ und dem „Mord an der Kinderseele“, der durch den sexuellen Missbrauch begangen werde, begründet.¹⁶³⁶ Zitate wie „Missbrauchstaten verjähren nicht im Menschen, der betroffen ist“,¹⁶³⁷ sollen verdeutlichen, dass die Opfer ein Leben lang unter den Folgen der Taten leiden. Dies rechtfertige es, auch den Täter sein Leben lang einer Strafverfolgung auszusetzen und nicht in den Genuss von Rechtsfrieden und -sicherheit kommen zu lassen.

In der Wissenschaft wird das partielle Abschaffen der Verjährungsregelungen indes fast einhellig abgelehnt. Begründet wird dies vor allem mit den exponentiell zum Zeitablauf ansteigenden Beweisschwierigkeiten, welche bereits gegen eine Ausdehnung der Ruhensdauer bis zur Vollendung des 30. Lebensjahres des Opfers angeführt werden. Diese Beweisschwierigkeiten zeigten sich im Rahmen von Sexualdelikten wie bei kaum einem anderen Delikt und sprächen daher umso mehr gegen eine Ausdehnung der Verjährung.¹⁶³⁸

¹⁶³³ BT-Drs. 18/2601, S. 22.

¹⁶³⁴ Gut zwei Prozent der von Zwangsheirat Betroffenen sollen 13 Jahre und jünger sein; vgl. BT-Drs. 18/2601, S. 22.

¹⁶³⁵ Vgl. *Bergmann*, Abschlussbericht der Unabhängigen Beauftragten zur Aufarbeitung des sexuellen Kindesmissbrauchs, Berlin 2011, S. 65. Kritisch dazu *Hörnle/Klingbeil/Rothbart*, S. 65 f, *Hörnle*, GA 2010, 388 (390).

¹⁶³⁶ So etwa die Kindernothilfe, vgl. *Albrecht*, RdJB 2011, 162.

¹⁶³⁷ *Bergmann*, S. 65.

¹⁶³⁸ Vgl. *Leutheusser-Schnarrenberger*, ZRP 2010, 136; *Hörnle*, GA 2010, 388 (390).

II. Verlängerung der Verjährungsdauer durch Anheben des Strafrahmens

Denkbar ist auch, die Verjährungsdauer innerhalb des geltenden Systems mittelbar durch ein Anheben des jeweiligen Strafrahmens zu verlängern. Dabei ist allerdings zu bedenken, dass die Wahl des Strafrahmens allein der Würdigung des durch die Tat begangenen Unrechts dienen soll. Der Einfluss auf die Verjährungsdauer ist nur ein Nebeneffekt. Keinesfalls darf eine Anhebung des Strafrahmens daher in Verkennung des Unrechtsgehalts der jeweiligen Norm erfolgen, nur um eine längere Verjährungsdauer zu erzielen. Anhaltspunkte für ein Bedürfnis generell höherer Strafrahmen im 13. Abschnitt des Strafgesetzbuchs bestehen aber nicht.¹⁶³⁹

III. Neugestaltung des Verjährungssystems insgesamt

Schließlich könnte eine längere Verjährungsdauer auch darüber erzielt werden, die Sexualdelikte aus dem System des § 78 StGB auszugliedern und eine eigene Verjährungsregelung zu schaffen oder gar das System der Verjährung für das gesamte Strafgesetzbuch neu zu regeln. Bestrebungen in diese Richtung werden bislang kaum verfolgt. Lediglich vereinzelt wird ein solcher Vorstoß als begrüßenswert erachtet.¹⁶⁴⁰ Dies verwundert nicht, wird schon die Anhebung der Altersgrenze in der Ruhensvorschrift scharf kritisiert und gegenüber einer Verlängerung der Verjährungsfristen nur als das kleinere Übel betrachtet.¹⁶⁴¹

¹⁶³⁹ S. Hörnle/Klingbeil/Rothbart, S. 64.

¹⁶⁴⁰ Hörnle/Klingbeil/Rothbart, S. 68.

¹⁶⁴¹ Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Bosch, § 78b Rn. 3

25b. Prof. Dr. Gereon Wolters

**Fragmentarischer Charakter des Strafgesetzbuchs
auch im dreizehnten Abschnitt (?)**

– **Überlegungen zur Zeitgemäßheit einzelner Strafvorschriften**

Grundlegendes

Mit der Strafgewalt hat der Staat das schärfste Schwert, Normen (positiv) zu bilden und Verhalten (negativ) zu lenken, in der Hand. Es in einem Rechtsstaat zu führen setzt demnach *selbstverständlich* voraus, größtes Augenmaß anzulegen, es also nur dann und dort einzusetzen, wo mildere Mittel – jedenfalls mit überwiegender Wahrscheinlichkeit – ausscheiden. Schon in jedem kleineren Lehrwerk finden sich eben dies umschreibende Formeln vom „fragmentarischen Charakter“ bzw. der „Subsidiarität“ des Strafrechts oder der tragende Gedanke, es dürfe nur die „ultima ratio“ der Legislative sein. –

Machen wir uns aber nichts vor: Die **Praxis der Gesetzgebung** ist eine andere, häufig werden tatsächliche Ereignisse (wie die jüngste Silvesternacht in Köln) als Grund für die Initiative genannt, ein Strafgesetz anzupassen (will sagen: zu verschärfen), ohne dass sie auch nur einen belastbaren Anlass dafür bieten müssen. Es ist zu besorgen, dass diese „Kriminalpolitik mit leichter Hand“ mehr Schaden als Nutzen stiftet, obwohl man doch an sich (um das Bild weiter zu bemühen) hoffen (dürfen) sollte, dass die Hand am scharfen Schwert eine sehr besonnene und besonders geübte ist. Kaum denkbar erscheint es allerdings, dass sich das gesellschaftliche Miteinander derart dynamisch und dramatisch verändert, dass es in den vergangenen zwei Dekaden annähernd einhundertmal einer Anpassung allein des Kernstrafrechts bedurft hätte. Es verwundert nicht, dass sich diese legislative Leichtigkeit auch in der Anwendung (!) des Rechts spiegelt, es etwa als Argument (?) vorgebracht wird, eine bestimmte Deutung sei gerade deswegen einer anderen vorzugswürdig, weil nur mit ihr „Starbarkeitslücken“ geschlossen würden.

Mag diese praktische Bestandsaufnahme auch ernüchternd sein, so wird man jedenfalls in der **Theorie** im Ausgangspunkt seltene Einmütigkeit finden: Das Strafrecht hat *allein* die Aufgabe, **besonders sozialschädliche Verhaltensweisen zu bekämpfen**.¹⁶⁴² Dass dieses heute Selbstverständliche nicht immer so war, zeigt sich nachdrücklich auf dem Feld des Sexualstrafrechts. Im dreizehnten Abschnitt des RStGB („Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit“) bildete noch die *sittliche Anstößigkeit* und *Moralwidrigkeit* des Verhaltens

¹⁶⁴² S. hier nur *Rengier*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl. (2015), Rdn. 6.

(„unzüchtige Handlung“) den wesentlichen Anknüpfungspunkt für die Strafbarkeit. Zwar wurde schon früh erkannt, dass „die Sittlichkeit“ wie kaum ein anderer Bereich vor allem dem jeweiligen Zustand der Gesellschaft unterworfen ist, und bereits bei Reformüberlegungen Anfang des zwanzigsten Jahrhunderts betont, dass die Frage, wie „das Geschlechtsleben des Menschen natürlich am besten geordnet ist, ... heute erst sehr unvollkommen“ beantwortet werden kann.¹⁶⁴³ Dennoch bedurfte es für die Abkehr vom Schutzgut der Aufrechterhaltung „der“ Sittlichkeit insgesamt eines Jahrhunderts. So ließ sich noch die Begründung des Entwurfs eines Strafgesetzbuchs von 1962 von der „unbestreitbaren (!) Erkenntnis“ leiten, „dass die Reinheit und Gesundheit des Geschlechtslebens eine außerordentlich wichtige Voraussetzung für den Bestand des Volkes und die Bewahrung der natürlichen Lebensordnung ist und dass namentlich unsere heranwachsende Jugend eines nachdrücklichen Schutzes vor sittlicher Gefährdung bedarf“.¹⁶⁴⁴ Erst die höchstrichterliche Auseinandersetzung¹⁶⁴⁵ mit dem Roman „Die Memoiren der Fanny Hill“ läutete den Abschied von der Vorstellung ein, das Strafgesetz habe die (wie immer gefasste) Sittenordnung zu schützen und einen moralischen Standard des erwachsenen Bürgers durchzusetzen. Vielmehr habe es allein die Aufgabe, „die Sozialordnung der Gemeinschaft vor Störungen und groben Belästigungen zu schützen“.¹⁶⁴⁶

So sah denn auch der spätere Reformgesetzgeber im Schutz der „sittlichen Grundanschauungen des Volkes“¹⁶⁴⁷ kein Leitkriterium mehr, sondern verfolgte (wohl auch der Einschätzung folgend, dass das Strafrecht „gerade auf diesem Gebiet ... weit mehr Schaden als Nutzen stiften könne“)¹⁶⁴⁸ mit dem am 1. Januar 1974 in Kraft getretenen vierten Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 27. November 1973¹⁶⁴⁹ das Ziel, den Bereich des Strafbaren auf *gravierende* sozialschädliche Verhaltensweisen zu beschränken.¹⁶⁵⁰

Auf dieser Grundlage sollen die folgenden bescheidenen Überlegungen zwei unterschiedliche Aspekte aufnehmen:

Zum einen sind solche Strafvorschriften aufzuzeigen, die bereits durch ein erstes Sieb fallen dürften, weil schon der Bezug zu einem belastbaren Rechtsgut kaum auszumachen ist (A.), vielmehr das Moralwidrige zumindest im Vordergrund steht. Vergrößernd wird man diesem

¹⁶⁴³ Mittermaier VDB IV (1906), S. 4 f.

¹⁶⁴⁴ BT-Drs. 4/650 S. 359 (Hervorhebung hier).

¹⁶⁴⁵ Zur Rechtsgeschichte der „Sittlichkeitsdelikte“ s. den breiten Überblick bei LK¹²/Hörnle Vor § 174 Rn. 1 ff.

¹⁶⁴⁶ BGHSt 23, 40 (43 f.).

¹⁶⁴⁷ So noch BT-Drs. 4/650 S. 359.

¹⁶⁴⁸ Vgl. BT-Drs. 4/650 S. 359.

¹⁶⁴⁹ BGBl. I S. 1725.

¹⁶⁵⁰ S. dazu Hanack NJW 1974, 1; Sturm JZ 1974, 1; Laufhütte JZ 1974, 46; Horstkotte JZ 1974, 84; Dreher JR 1974, 45.

Kreis auch solche Delikte zuordnen dürfen, die zwar ein Rechtsgut erkennen lassen, die sich aber als das möglicherweise nicht (mehr) taugliche Instrument für seinen Schutz erweisen. Darüber hinaus wird danach zu fragen sein, ob an Vorschriften festgehalten werden sollte, bei denen sich zwar ein Rechtsgut beschreiben lässt, von wirklicher („gravierender“) Schädlichkeit aber nicht zu sprechen, vielmehr eher von sozialer Lästigkeit die Rede sein dürfte (B.).

A. Strafvorschriften mit zweifelhaftem Rechtsgutbezug

I. Zu diskutieren ist, ob die Verbreitung etc. pornographischer Schriften, die „sexuelle Handlungen von Menschen mit Tieren zum Gegenstand“ haben (Darstellung von **zoophilem Verhalten**), nicht schon in diese erste Kategorie *reiner Moralwidrigkeit* fallen. Der Umgang mit gewalt- und tierpornographischen Schriften wird durch die Strafvorschrift des **§ 184a StGB** in einem wesentlich breiteren Spektrum als durch § 184 Abs. 1 StGB erfasst.¹⁶⁵¹ Der Reformgesetzgeber ist im Jahre 1974 davon ausgegangen,¹⁶⁵² dass Schriften mit gewalt-, tier- und kinderpornographischem Inhalt bei Personen mit einschlägigen Neigungen als „Auslöser“ zu diesbezüglichen Verhaltensweisen (Gewalt zur Erreichung sexueller Ziele, sexueller Missbrauch von Kindern und „Sodomie“) wirken können.¹⁶⁵³ Auch sollte hier (wegen vermutet erhöhter Gefahr für die „soziale Orientierung“ Jugendlicher) kein Kompromiss mehr gemacht werden zugunsten der Freiheit des einzelnen Erwachsenen, sich mit (auch „harter“) Pornographie zu befassen.

Immerhin als Argument lässt sich dies hinsichtlich der Schriften, die Gewalttätigkeiten- und Kinderpornographie zum Gegenstand haben, hören: Hier lässt sich nämlich – dem § 131 StGB¹⁶⁵⁴ vergleichbar – jedenfalls ein mittelbarer Rechtsgutbezug dergestalt herstellen, dass die Norm ein Verhalten verbietet, das typischerweise oder auch nur gelegentlich in spätere *strafbare* Handlungen mündet. So stellen „echte“ sexualbezogene Gewalttätigkeiten in der Regel Körperverletzungs- oder Nötigungsunrecht (§§ 223 ff., § 240, § 177 StGB) und die „echte“ Vornahme etc. sexueller Handlungen an etc. Kindern stets Missbrauchsunrecht (§§ 176 bis 176b StGB) dar. Es dürfte also im Rahmen der gesetzgeberischen Entscheidungsprärogative liegen, hier schon das Vorfeld in Gestalt eines abstrakten Gefährdungs- oder auch nur Risikodelikts mit Strafe zu bewehren: Insoweit wird an § 184b (und – schon wegen europarechtlicher Vorgaben – auch an § 184c) StGB festzuhalten sein; eine andere (nicht hier zu behandelnde) Frage ist, ob die aktuelle Lozierung der Gewalttätigkeitsmodalität sinnvoll ist oder es nicht sachgerecht wäre, sie als Qualifikation in § 131 StGB einzustellen.

¹⁶⁵¹ S. zum früheren Recht den Überblick bei *Laubenthal* Sexualstraftaten (2000) Rn. 852 ff.

¹⁶⁵² Dazu eingehend *Schroeder*, Pornographie, Jugendschutz und Kunstfreiheit (1992), S. 23 ff.

¹⁶⁵³ Vgl. *Duttge/Hörnle/Renzikowski* NJW 2004, 1065 (1070).

¹⁶⁵⁴ Vgl. SK⁸-*Rudolph/Stein* § 131 Rn. 2.

Demgegenüber vermag sich aber hinsichtlich der daneben erfassten pornographischen Schriften, die sexuelle Handlungen von Menschen *mit Tieren* zum Gegenstand haben, der Schutzzweck nur schwer zu erschließen. Wird nämlich hervorgehoben, dass der sexuelle Verkehr mit Tieren heute – im Unterschied zum früheren § 175 RStGB – *erlaubt* ist, wird sich eine mittelbare Rechtsgutbeeinträchtigung jedenfalls nicht damit begründen lassen, das Verhalten schaffe Anreize für *strafbares* Unrecht. Selbst wenn man jüngste – von Presseberichten (!?) über „Tierbordelle“ ausgelöste – gesetzgeberische Bestrebungen, im Tierschutzgesetz (!) eine entsprechende Strafbewehrung (wieder) einzuführen,¹⁶⁵⁵ nachvollziehen möchte, dürfte nachdrücklich daran zu zweifeln sein, ob ein entsprechendes Vorfelddelikt angezeigt ist; jedenfalls wäre es im Sexualstrafrecht erkennbar unzutreffend platziert, da mit ihm gänzlich andere Ziele verfolgt würden.

Das Verbot der Verbreitung von Schriften dieses Inhalts an Erwachsene mit ihrem Einverständnis mag sich danach allenfalls damit begründen lassen, dass ein entsprechender Markt ausgetrocknet und dadurch mittelbar die Würde potentieller (menschlicher) Darsteller geschützt wird,¹⁶⁵⁶ ein Ziel, das kaum als hinreichende Legitimation für eine Strafvorschrift reichen dürfte.

II. Auch **§ 180 Abs. 1 StGB** begegnet ähnlichen Bedenken. Er verbietet es jedermann, durch „Vermittlung“ oder „Gewähren und Verschaffen von Gelegenheit“ sexuellen Handlungen einer Person unter sechzehn Jahren „Vorschub“ zu leisten. Hier führt die Nennung der „ungestörten sexuelle Entwicklung des Minderjährigen“ als Schutzgut ins Absurde, weil die insoweit zu „schützende“ Person den sexuellen Kontakt mit dem Dritten nicht nur wünscht, sondern ihn nach den Buchstaben des Strafgesetzes auch ausdrücklich leben darf, von fremdbestimmter Sexualität also gerade keine Rede ist.¹⁶⁵⁷ Auch dürfte eine etwaige gesetzgeberische Vermutung kaum tragen, es solle mit dieser Vorschrift eine bereits laufende sexuelle Fehlentwicklung des Jugendlichen durch Vorenthalten der Grundlagen für weitere entsprechende Aktivitäten verhindert bzw. aufgehalten werden, da das eigentliche sexuelle Verhalten gerade Ausfluss der Selbstbestimmung und daher zurecht erlaubt ist.¹⁶⁵⁸ Im Übrigen zeigt sich der Systembruch einer vertypten Teilnahme bei der Betonung des Umstandes besonders deutlich, dass der Gehilfe für eine Handlung bestraft wird, die lediglich mittelbar bewirkt, was nicht nur straflos ist, sondern er sogar selbst und eigenhändig mit der „geschützten“ Person vornehmen dürfte.¹⁶⁵⁹

¹⁶⁵⁵ S. BR-Drucks. 300/12 S. 36.

¹⁶⁵⁶ Kritisch *Fischer*⁶³ § 184a Rn. 8.

¹⁶⁵⁷ Zur Beschreibung des Rechtsgutes des Absatzes 1 s. LK¹²/*Hörnle* § 180 Rdn. 1 ff.

¹⁶⁵⁸ SK⁸/*Wolters* § 180 Rdn. 1a.

¹⁶⁵⁹ MüKo²/*Renzikowski* § 180 Rdn. 6.

Diese Wertungswidersprüche sollten dadurch beseitigt werden, dass die Strafbarkeit allein dort begründet wird, wo die Handlung fremdes, gegen unter sechzehnjährige Personen gerichtetes *Unrecht* (§ 174 Abs. 1 Nr. 1, § 176 Abs. 2 und § 182 Abs. 3 StGB) fördert. Da insoweit § 27 StGB ausreichen dürfte, liegt es nahe, § 180 Abs. 1 StGB gänzlich zu streichen.

III. Unter dem Gesichtspunkt des (mittelbaren) Rechtsgüterschutzes und damit der Legitimation der Vorschrift schwieriger zu beurteilen sind die die „einfache“ Pornographie betreffenden Tatbestände des **§ 184 Abs. 1 StGB**.

1. Verhältnismäßig wenig Schwierigkeiten bereitet noch dessen Nummer 9, nach dem Vollendungsstrafe bereits verwirkt, wer den Versuch macht, pornographische Schriften aus Deutschland auszuführen, sofern dies geschieht in der Absicht, die Schriften selbst oder aus ihnen gewonnene Stücke im Ausland unter Verstoß gegen die (nach der vielleicht unzutreffenden Vorstellung des Täters)¹⁶⁶⁰ dort geltenden Strafgesetze selbst zu verbreiten oder öffentlich zugänglich zu machen oder anderen eine solche Verwendung zu ermöglichen.¹⁶⁶¹ Nicht nur dürfte die Bestrafung aus dieser Vorschrift „im Hinblick auf die weltweite Zugänglichkeit einfach-pornografischen Materials im Internet geradezu absurd“ anmuten,¹⁶⁶² auch dürfte der Schutz „der Beziehungen der Bundesrepublik zum jeweiligen Ausland“ in diesem Bagatellbereich kaum einen legitimen Anknüpfungspunkt bieten.

2. Mit den in den Nummern 1 bis 8 dieser Vorschrift zusammengefassten Verboten der Verbreitung pornographischer Schriften sollen nach herkömmlicher Deutung – teils alternativ, teils kumulativ – zwei Rechtsgüter geschützt werden: Einmal der in sexueller Entwicklung begriffene Jugendliche gegen Störungen,¹⁶⁶³ zum anderen der (auch erwachsene) Einzelne gegen ungewollte Konfrontation mit Pornographie.¹⁶⁶⁴ Um das „Sittlichkeitsempfinden der Allgemeinheit“¹⁶⁶⁵ – was immer darunter zu verstehen gewesen sein mag – geht es also nicht mehr, ebenso wenig um den „Schutz der Sexualverfassung, die mit Ehe und Familie auf eine Verschmelzung von Eros und Sexus gerichtet ist“.¹⁶⁶⁶

Bei der Aufstellung der Pornographieverbote zum **Jugendschutz** hat sich der Gesetzgeber für die Form der „abstrakten Gefährdungsdelikte“ mit ihren Vor- und Nachteilen entschieden:

¹⁶⁶⁰ Vgl. OLG Karlsruhe NJW 1987, 1957.

¹⁶⁶¹ Dazu *Schreibauer* Pornographieverbot (1999), S. 283 ff.

¹⁶⁶² Äußerst kritisch zu diesem Rechtsgut und zur Vereinbarkeit mit dem Schuldprinzip *Fischer*⁶³ § 184 Rn. 22; ähnlich *AnwK/Ziethen/Ziemann* § 184 Rn. 26. Zum Ganzen auch *Bottke* Festschrift Buchner (2009), 141 (147).

¹⁶⁶³ Kritisch daher zur Bezeichnung der Schutzrichtung als „Jugendschutz“ *Fischer*⁶³ § 184 Rn. 2.

¹⁶⁶⁴ So auch BVerwG NJW 2002, 2966 (2969); NK³/*Frommel* § 184d Rn. 7; kritisch dazu *Hörnle* JZ 2002, 1062 (1063); kritisch zur Notwendigkeit dieses Schutzes *Fischer*⁶³ § 184 Rn. 3.

¹⁶⁶⁵ S. *Mittermaier* VDB IV (1906), S. 143 ff.

¹⁶⁶⁶ So aber noch *Tröndle*⁴⁸ § 184 Rn. 4; kritisch *Lautmann* ZRP 1980, 44 (45); s. zu den Schutzzwecken umfassend *Schreibauer* Pornographieverbot (1999), S. 71 ff.

Einerseits kommt es nicht darauf an, dass der konkrete, mit Pornographie befasste Jugendliche in seiner sexuellen Entwicklung tatsächlich gestört worden ist oder auch nur gestört werden konnte; andererseits ist der abschließende Verbotskatalog so fragmentarisch, dass viele Möglichkeiten einer Beeinträchtigung des in sexueller Entwicklung begriffenen Jugendlichen durch Pornographie weiterhin bestehen bleiben.

Wenn der Gesetzgeber (bisher) angenommen hat, dass ein Jugendlicher durch pornographische Schriften in seiner sexuellen Entwicklung tatsächlich gestört werden kann,¹⁶⁶⁷ wird man wohl noch anerkennen können, dass seine Hypothese als Legitimation solange genügt, wie ein gegenteiliger, wissenschaftlich fundierter Nachweis fehlt; auch wird die eindeutige Fassung des geltenden Gesetzes den Vorschlägen¹⁶⁶⁸ zuwiderlaufen, die Vorschriften *nicht* anzuwenden, wenn eine solche Gefahr im konkreten Fall offensichtlich ausgeschlossen ist.

Auch wenn man aber einen legitimen Zweck erkennen mag, so sollte sich die Kriminalpolitik dennoch der Frage stellen, ob an einem Verbot „einfacher“ Pornographie festgehalten werden sollte.¹⁶⁶⁹ So mutet es schon auf den ersten Blick ambivalent bis bigott an, dass die heutige Gesellschaft bis hinein in den Kindergarten durchzogen wird von **sexualisiertem Körperkult**, gleichzeitig aber der offene Umgang mit Sexualität (zum angeblichen Schutz der Jugend) tabuisiert wird.

Darüber hinaus fragt sich auch, ob mit dem Verbot der in § 184 Abs. 1 StGB beschriebenen „klassischen“ Vertriebswege von verkörperten Schriften nicht eine strafrechtliche Scheinwelt aufgebaut wird, die – auch unter Beachtung des § 184d StGB – hinter den tatsächlichen Gegebenheiten in einer **vollzugsdefizitären** Weise zurückbleibt, dass eine Rechtfertigung vor dem Gleichheitssatz schwer fallen dürfte. So erscheint es doch bedenklich, dass bei dem Überlassen eines Pornoheftchens an einen heute sexuell in aller Regel bereits sehr erfahrenen Siebzehnjährigen Kriminalstrafe droht, wo jeder Zweitklässler, der nur die einfachsten Funktionen des Computers kennt, beispielsweise über die Suchseite von „Google“ unter den Begriffen „Sex“ oder „Porno“ zwischen Milliarden (!) Webseiten wählen kann. So ist beispielsweise das besonders verbreitete Angebot „youporn.com“ mit Abertausenden – äußerst expliziten – Filmen entsprechenden Inhalts in Full High Definition ohne jede ernsthafte Zugangshürde für jedermann erreichbar. Mögen auch diese Verbreitungsformen – über § 184d StGB – von den Pornographieverboten formal erfasst sein, so zeigen doch schon die Grö-

¹⁶⁶⁷ Vgl. allgemein zu den Erkenntnissen der Wirkungsforschung NK³/Frommel § 184d Rn. 8.

¹⁶⁶⁸ Sch/Sch²⁹/Perron/Eisele § 184 Rn. 6; MüKo²/Hörnle § 184 Rn. 5.

¹⁶⁶⁹ Vgl. Bottke Festschrift Buchner (2009), 141 (142), der (mit kritischem Unterton) ein Rechtsgut der „sexualmoralischen Gesundheit“ auszumachen glaubt.

ßenordnungen, dass insoweit dem Strafrecht jede Kontrolle entgleiten muss.¹⁶⁷⁰ Trotz dieser Herausforderung moderner Kommunikation hält der Gesetzgeber am Grundtatbestand des § 184 Abs. 1 StGB fest, obwohl seine Struktur mit weit vorgelagerten abstrakten Gefährdungsdelikten allein an den klassischen Vertriebsformen orientiert ist.¹⁶⁷¹ Zeitgemäß wäre es, die Vorschrift jedenfalls drastisch zu vereinfachen und auf den Jugendschutz zu konzentrieren: Einfache Pornographie sollte danach jedenfalls solange verbreitet werden dürfen, wie effektive Maßnahmen (vgl. § 184d Abs. 1 Satz 2) zum Ausschluss Jugendlicher ergriffen werden.¹⁶⁷² Viele Gründe dürften gar dafür sprechen, die einfache Pornographie im Kernstrafrecht sub specie Jugendschutz ganz zu entkriminalisieren; hier sind die Instrumente des Jugendschutzgesetzes (JuSchG) durchaus wirksam (genug).

3. Unter vergleichbaren Gesichtspunkten sollte die Notwendigkeit des abstrakten Gefährdungstatbestands des **§ 184g StGB**, der Prostitutionsausübungen in der Nähe einer Örtlichkeit oder eines Hauses bestraft, die bzw. das von Personen unter achtzehn Jahren bestimmungsgemäß besucht bzw. bewohnt wird, überprüft werden. Solange Prostitution als Teil des gesellschaftlichen Zusammenlebens erlaubt ist, versteht es sich jedenfalls nicht von selbst, dass die Jugend diese nicht wahrnehmen soll.

B. Strafvorschriften mit nicht gravierender Sozialschädlichkeit

Nimmt man die Formel der „ultima ratio“ ernst, hat sich die Kriminalpolitik auch dann die Frage zu stellen, ob das Aufstellen einzelner Strafvorschriften geboten ist, wenn sich ein legitimer Zweck (sprich: hinreichender Rechtsgutbezug) beschreiben lässt. Der Umstand, dass sich eine Norm rechtfertigen lässt, bedeutet nämlich naturgemäß nicht, dass sie auch zwingend erforderlich ist.

In diese Kategorie der auf den Prüfstand zu stellenden Vorschriften dürften diejenigen Straftatbestände fallen, welche – vereinfachend – die **ungewollte Konfrontation** mit fremder Sexualität beschreiben. In diesem Bereich wird in besondere Weise zu fragen sein, ob die nach durchschnittlichen Maßstäben unerwünschte sinnliche Wahrnehmung derart gravierend in die persönlichen Interessen eingreift, dass sie als mehr als nur lästig einzuordnen ist. Das gesellschaftliche Zusammenleben ist von mannigfachen und vielfältigen Eindrücken geprägt, die sich manche oder gar die meisten Menschen ersparen möchten: So mag sich mancher stören am übelriechenden Mitfahrer in der Straßenbahn, viele an der auf die Straße speienden Mitbürgerin oder an dem im Stadtpark laut Musik hörenden Jugendlichen, beinahe jeder

¹⁶⁷⁰ Vgl. *Fischer*⁶³ § 184 Rn. 3b.

¹⁶⁷¹ Hier mag die „symbolische“ Bedeutung“ betont werden (*Bottke Festschrift Buchner* [2009], 141 [142]).

¹⁶⁷² *Hörnle* NSTZ 2004, 150 (151).

an einer obszön pöbelnden, sturztrunkenen oder aggressiv bettelnden Person in der Fußgängerzone. Täglich ist man schlechtem Benehmen ausgesetzt, das stets unerwünscht, gelegentlich höchst lästig und sicher kein „Vorbild für die Jugend“, aber ebenso sicher auch nicht strafwürdig ist. Grundsätzlich kann erwartet werden, dass der einzelne einer ungewollten Konfrontation ausweicht, in dem er etwa in der Straßenbahn den Wagen, im Stadtpark die Bank oder auf der Straße den Bürgersteig wechselt oder einfach weghört bzw. wegsieht.

Wenn ein solches Ausweichen im gewöhnlichen Umgang mit anderen Menschen noch erträglich erscheint, fragt sich doch, warum ein derartiges Verhalten im Bereich der Konfrontation mit fremder Sexualität nicht zuzumuten ist.

1. Im Bereich der hier angesprochenen „Konfrontationsdelikte“ hervorstechend dürfte **§ 183 Abs. 1 StGB** sein, nach dem (nur) „ein Mann“ bestraft wird, „der eine andere Person durch eine exhibitionistische Handlung belästigt“. Schon die Formulierung („lästig“) macht erkennbar, dass die Handlung kaum Opferschäden zu verursachen in der Lage ist, sondern dem Bereich des schlicht Unliebsamen, vielleicht Erschreckenden, in Erinnerung Bleibenden, aber nicht Strafwürdigen zugehören dürfte.

Obwohl dieses zwar deviante, jedoch unter großem Antriebsdruck stehende Verhalten nach kriminologischen Erkenntnissen gerade nicht den Beginn einer gefährlichen Verlaufsentwicklung im Sexualbereich markiert,¹⁶⁷³ haben die Schöpfer des vierten Gesetzes zur Reform des Strafrechts vor vierzig Jahren an der Strafvorschrift festgehalten. Ein moderner Reformgesetzgeber sollte sich dieser Frage erneut annehmen.

Verfassungsrechtlich bedenklich ist jedenfalls die Wertung, die Subjektsqualität nur auf ein Geschlecht zu beschränken. Hier meint zwar das *Bundesverfassungsgericht* annehmen zu dürfen, dass Art. 3 Abs. 2 und 3 GG auf diese Bestimmung des Sexualstrafrechts „evident“ nicht anwendbar sei,¹⁶⁷⁴ da der zu ordnende Lebenstatbestand „überhaupt nur in *einem* Geschlecht verwirklicht werden“ könne und die Ungleichbehandlung daher auf „der natürlichen Verschiedenheit der beiden Geschlechter“ beruhe.¹⁶⁷⁵ Dies dürfte indes fehlgehen: Wenn nämlich die Tat des § 183 Abs. 1 StGB in der „Zurschaustellung“¹⁶⁷⁶ des Geschlechtsteils liegt, ist offensichtlich, dass sie keineswegs *allein* von Männern an den Tag gelegt werden kann. Lässt man bei der gezielten Präsentation innerlich die Tendenz genügen, eine andere

¹⁶⁷³ Dazu MüKo²/Hörnle § 183 Rn 1; LK¹²/Laufhütte/Roggenbuck § 183 Rn 1; s. aber auch Fischer⁶³ § 183 Rn 2 f.

¹⁶⁷⁴ BVerfG vom 22. März 1999 – 2 BvR 398/99 Rn. 2 mit Hinweis auf BVerfGE 6, 389 (423 f.); bestätigt durch BVerfGE 36, 41 (45).

¹⁶⁷⁵ BVerfGE 6, 389 (423 f.).

¹⁶⁷⁶ So zum Begriff „Exhibition“: *Wahrig*, Deutsches Wörterbuch, 7. Auflage (2002) und *Kluge*, Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, 23. Auflage (1999).

Person zu ärgern oder einzuschüchtern,¹⁶⁷⁷ dürften vielmehr auch jene Lebenssachverhalte vom Begriff erfasst sein, in welchen eine Frau durch eine gezielte sexualbezogene Provokation (etwa der Bewegung „Femen“) Aufmerksamkeit für ihr – sei es auch berechtigtes (politisches) – Anliegen erzeugen möchte. Möchte die Norm vor unerwünschter Konfrontation mit sexualbezogenen Belästigungen bewahren,¹⁶⁷⁸ ließe sie hernach eine verfassungsgemäße Rechtfertigung dafür vermissen, warum der Täterkreis auf Zugehörige eines Geschlechts begrenzt ist. Ein Satz nämlich, dass eine Frau einen Mann oder eine Frau nicht sexualbezogen *belästigen* könne oder aber einer solchen Konfrontation stets kein Gewicht zukäme, dürfte seriöserweise nicht aufzustellen sein. Aber selbst wenn man mit der überwiegenden Meinung für die innere Tatseite die Absicht des Handelnden verlangt, sich durch die Entblößung selbst oder die durch sie vermittelte Reaktion des Wahrnehmenden sexuell zu erregen,¹⁶⁷⁹ treten offene Brüche hervor: So ist es nicht ersichtlich, dass nicht auch weibliche Sexualität vergleichbare Abweichungen zeigen mag. Auch der Gesetzgeber geht hiervon übrigens aus, wie § 183 Abs. 4 StGB zeigt, der die exhibitionistische Handlung einer Frau ausdrücklich erwähnt, er würdigt dieses Phänomen aber nicht im Sinne einer Gleichbehandlung der Geschlechter bei der Strafandrohung, sondern lediglich als privilegierend auf der Ebene der Strafvollstreckungsentscheidung. So nachvollziehbar letztere Wertung angesichts der kriminologischen Besonderheiten ist, so sachgrundlos erscheint erstere Unterscheidung, die sich gleich doppelt auswirkt: Nur die Gruppe männlicher Personen wird in ihrem Recht beschnitten, sich frei, also auch exhibitionistisch zu entfalten, zugleich wird allen Menschen zugemutet, exhibitionistisches Verhalten aus der Gruppe weiblicher Personen zu erdulden.

Der Gesetzgeber hat sich bei seiner letzten Befassung mit § 183 StGB im Jahre 2008¹⁶⁸⁰ einmal mehr ganz bewusst entschieden, nicht nur an der Strafbarkeit, sondern auch an der bestimmten biologischen Täterqualität festzuhalten.¹⁶⁸¹ Es dürfte beinahe eine Dekade danach gute Gründe dafür geben, diese Vorschrift zu streichen. Eine freiheitliche Gesellschaft wird nämlich mit dieser Belästigung jedenfalls dann leben können, wenn Erwachsene mit fremder Sexualität konfrontiert werden.

Erwägen mag man, ob an der Strafbarkeit sub specie Jugendschutz festgehalten werden sollte; hier böte sich ein einheitliches Konfrontationsdelikt (unter Einbeziehung des § 184g StGB, so man ihn belassen möchte) an.

2. Nachgedacht werden kann auch darüber, ob ähnliche Überlegungen für **§ 183a StGB** gel-

¹⁶⁷⁷ So etwa MüKo²/Hörnle § 183 Rn 6.

¹⁶⁷⁸ SK⁸/Wolters § 183 Rn 1a.

¹⁶⁷⁹ SK⁸/Wolters § 183 Rn 2.

¹⁶⁸⁰ Näher SK⁸/Wolters § 183 Rn 1.

¹⁶⁸¹ Vgl. Laubenthal Handbuch Sexualstraftaten (2012), Rn 717.

ten sollten, nach dem die Vornahme sexueller Handlungen in der Öffentlichkeit bestraft wird, wenn sie absichtlich oder wissentlich ein Ärgernis erregen. Nach herkömmlichem Verständnis soll diese Vorschrift nicht „das Allgemeininteresse an der Respektierung der verbreiteten sozial-moralischen Grundanschauung, dass sexuelle Handlungen nicht in die Öffentlichkeit gehören“,¹⁶⁸² sondern den einzelnen davor schützen, dass er mit sexuellen Handlungen anderer ungewollt konfrontiert wird,¹⁶⁸³ was bei ihrer „öffentlichen“ Vornahme mit entsprechender Tendenz besonders wahrscheinlich ist.

3. Bereits vor dem Hintergrund des Jugendschutzes ist angeklungen, dass die Streichung der einfachen Pornographie (**§ 184 Abs. 1 StGB**) jedenfalls unter dem Gesichtspunkt des Schutzes vor ungewollter Konfrontation erwägenswert erscheint.

4. Auch kann darüber nachgedacht werden, ob auf **§ 184f StGB** verzichtet werden kann. Die Ausübung der verbotenen Prostitution stellt eine Qualifikation des § 120 Abs. 1 Nr. 1 OWiG dar, die auch als Verwaltungsunrecht mit erhöhter Geldbuße geahndet werden könnte.

¹⁶⁸² Lackner/Kühl²⁸ § 183a Rn. 1. Dagegen LK¹²/Laufhütte/Roggenbuck § 183a Rn. 1.

¹⁶⁸³ Sch/Sch²⁹/Perron/Eisele § 183a Rn. 1 mit weiteren Nachweisen; vgl. auch Horstkotte JZ 1974, 84 (90), der geschützt sieht den „Anspruch des einzelnen auf Achtung seiner Anschauungen“; vgl. auch Fischer⁶³ § 183a Rn. 2; MüKo²/Hörnle § 183a Rn. 1; AnwK/Börner § 183a Rn. 1.

25c. Prof. Dr. Gereon Wolters

**Wertungswidersprüche bei den Schutzaltersgrenzen
im dreizehnten Abschnitt des Besonderen Teils des Strafgesetzbuchs (?)**

Erste Impulse

Im Unterschied zu den meisten anderen Abschnitten des Besonderen Teils, welche den Täterkreis („wer“ etc.) und die Opfereigenschaft („eine andere Person“ etc.) ohne Ansehung des Alters beschreiben, finden sich in den §§ 174 bis 184g StGB eine Vielzahl von Strafvorschriften, die entweder kindliche oder jugendliche oder heranwachsende Personen schützen oder nur volljährige oder gar (im strafrechtlichen Sinne) erwachsene Personen als Tatsubjekt beschreiben. Auf der Verletztenseite beziehen sich etwa einzelne Tatbestände lediglich auf Personen, die das *vierzehnte* (§§ 176 und 176a StGB), das *sechzehnte* (wie die §§ 174 Abs. 1 Nr. 1 und 182 Abs. 3 StGB) oder das *achtzehnte* (wie die §§ 174 Abs. 1 Nr. 3 und 182 Abs. 1 StGB) Lebensjahr noch nicht vollendet haben. Außerhalb des Abschnitts¹⁶⁸⁴ findet sich mit § 232 Abs. 1 Satz 2 StGB sogar eine Regelung, die das Bringen einer Person unter *einundzwanzig* Jahren zur Aufnahme etc. der Prostitution verbietet.

Im Bereich der Sexualdelikte fußt dieses System der Altersstufen – vereinfacht – auf folgendem Gedanken: Der Schutz des Kindes ist absolut. „Kind“ im Sinne des deutschen Strafrechts ist – im Unterschied zur europarechtlichen, weiter verstandenen Begrifflichkeit – nach der gesetzlichen Bestimmung des § 176 Abs. 1 StGB jede „Person unter vierzehn Jahren“ (s. auch § 19 StGB). Seine Einbeziehung in ein sexualbezogenes Geschehen mit oder ohne Körperkontakt ist dem Täter unterschiedslos verboten; auf weitere Feststellungen (Alter des Täters oder spezifische Verhältnisse zu ihm, Zwangslagen, Entgeltgewährung, Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung etc.) kommt es nicht an. In der europarechtlichen Terminologie wird damit auch die nationale Grenze des „Alters der sexuellen Mündigkeit“ gezogen; nach der gesetzgeberischen Wertung fehlt Personen unterhalb dieser *stets* die Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung, auch ihr etwaiges Einvernehmen mit entsprechenden Handlungen ist ohne jede Bedeutung. Der Schutz von Personen unter sechzehn Jahren greift strafgesetzlich demgemäß erst und nur dann, wenn zu dem jungen Alter des Opfers weitere Umstände treten. Diese können etwa zu sehen sein in einer bestimmten Beziehung zwischen dem Opfer und dem Täter (etwa das Anvertrautsein zur Erziehung nach § 174 Abs. 1 Nr. 1 StGB) oder auch einem großen Altersunterschied (§ 182 Abs. 3 StGB); tragend ist in diesem Bereich die gesetzgeberische Vermutung, dass in dieser Altersgruppe zwar die sexuelle Selbstbestimmung generell bereits entwickelt ist, die Fähigkeit zur *Selbstbehauptung* in be-

¹⁶⁸⁴ S. auch § 225 StGB.

stimmten Situationen aber noch nicht hinreichend gefestigt ist. Vergleichbares hat den Gesetzgeber denn auch bewogen, sogar ältere (über sechzehnjährige) Jugendliche dann zu schützen, wenn besondere Abhängigkeitsverhältnisse die Vermutung tragen, dass des Täters Fremdbestimmung des anderen zwar fortgeschrittene, aber noch nicht abgeschlossene Fähigkeit zur Selbstbestimmung überlagert.

Zum Schutz der unter vierzehnjährigen Personen

Der „(Schwere) Sexuelle Missbrauch von Kindern“ nach den §§ 176 und 176a StGB verbietet sexuelle Handlungen unter Einbeziehung einer Person unter vierzehn Jahren (Kind). Hier knüpft das Gesetz allein an die Altersgrenze: Sexuelle Körperkontakte mit Kindern (Absätze 1 und 2) und andere sie einbeziehende sexuelle Vorgänge (Absatz 4) haben stets und ohne Feststellung einer etwaigen Ausnutzung oder eines etwaigen Missbrauchs¹⁶⁸⁵ im Einzelfall zu unterbleiben. Der Gesetzgeber nimmt also – verfassungsrechtlich zulässigerweise¹⁶⁸⁶ – *unwiderleglich* an, dass Kinder *unter keinen Umständen* in der Lage sind, eigenverantwortlich über ihr Sexualleben zu bestimmen, und dass die tatbestandlich bezeichneten Vorgänge ihrer („ungestörten“[?]) Entwicklung zur sexuellen Selbstbestimmung¹⁶⁸⁷ stets schaden. Indem die Norm so jedes Kind vor jeder sexuellen Fremdeinwirkung bewahren möchte, muss sie vernachlässigen, dass die sexuelle Reifung nicht schlagartig einsetzt und – nicht nur bei Mädchen – auch deutlich früher beginnen kann, und verschließt sie die für die Entwicklung durchaus förderlichen „spielerischen Freiräumen einer sexuellen Selbsterprobung“¹⁶⁸⁸ auch mit (annähernd) Gleichaltrigen in Gänze.

Es mag sich hernach fragen, ob der dringend gebotene Schutz vor sexueller *Fremdbestimmung* nur mittels dieser oder einer anderen (naturgemäß: vergrößernden) Altersgrenze zu gewährleisten ist, die ja durchaus auch einmal des Opfers Freiheitssphäre nachteilig zu berühren vermag.¹⁶⁸⁹ Allerdings dürfte eine *generelle Absenkung* der Schutzaltersgrenze (etwa auf dreizehn oder zwölf Jahre)¹⁶⁹⁰ schon deswegen nicht angezeigt sein, weil in dieser Altersgruppe jedenfalls ganz überwiegend die Fähigkeit des Opfers zur sexuellen Selbstbestimmung unzureichend entwickelt ist und dies dennoch jeweils forensisch festzustellen wäre, was – ähnlich wie bei § 182 Abs. 3 StGB – zu unerwünschten (weiteren) Belastungen der zu explorierenden Person führen würde. Umgekehrt dürfte aber auch eine *allgemeine Anhebung* der Altersgrenze (auf sechzehn Jahre) nicht in Betracht zu ziehen sein, da der Prozess der sexuellen Reifung in dieser Phase durchaus häufig jedenfalls derart weit fortgeschritten

¹⁶⁸⁵ Zum sprachlich nicht gelungenen Begriff des „Missbrauchs“ s. SK/Wolters § 174 Rdn. 1a.

¹⁶⁸⁶ S. aber MüKo²/Renzikowski § 176 Rdn. 2 f.

¹⁶⁸⁷ Zur Diskussion um die zutreffende Beschreibung des geschützten Interesses s. LK¹²/Hörnle § 176 Rdn. 1 ff.

¹⁶⁸⁸ Impulsreferat Michael Günter, Seite 2.

¹⁶⁸⁹ Vgl. MüKo²/Renzikowski § 176 Rdn. 3.

¹⁶⁹⁰ Dagegen etwa auch LK¹²/Hörnle § 176 Rdn. 5: „keine bessere Alternative“.

ist, dass ein rigoroses Verbot, das sich stets auch an den Freiheitsinteressen der zu schützenden Person zu messen hat, nicht tunlich und schon gar nicht alltagsgerecht sein dürfte.

Soll einerseits die teils bereits entwickelte und *erwünschte* Selbstbestimmung ermöglicht, andererseits aber die unerwünschte Fremdbestimmung ausgeschlossen werden, fragt sich, ob der geltende „harte Schmerz der Grenze“¹⁶⁹¹ nicht auch auf einem anderen *materiell*rechtlichen Weg gedämpft werden kann: Eine Möglichkeit liegt in der Einführung einer an § 174 Abs. 5 StGB angelehnten Privilegierungsklausel¹⁶⁹² auf der Rechtsfolgenseite, der indes der Nachteil anhaftet, dass sie sich kaum von den heutigen *prozessualen* Lösungen (vor allem nach den §§ 45 und 47 JGG) unterscheidet und das Gesetz weiter von einem *unrechten* Verhalten ausgeht, was eben gerade nicht allen Einzelfällen gerecht wird. Vorzugswürdig erscheint es daher, zwar an der starren Altersgrenze festzuhalten, die unwiderlegliche Vermutung eines „Missbrauchs“ aber durch das zusätzliche Erfordernis eines gewissen Altersunterschiedes oder Machtgefälles zwischen Opfer und Täter *tatbestandlich* einzufangen. So könnten sexuelle Handlungen zwischen annähernd gleichaltrigen Personen etwa dergestalt schon auf der Voraussetzungsseite ausgenommen werden, dass eine entsprechende Klausel

„Der Tatbestand ist nicht verwirklicht (oder: Nach dieser Vorschrift ist nicht zu bestrafen), wenn der Täter nicht mehr als zwei Jahre älter als das Opfer ist und er weder unter Ausnutzung einer Zwangslage gehandelt noch er oder ein Dritter ein Entgelt als Gegenleistung gewährt hat“

eingefügt wird. Rechtsvergleichend setzen einen noch größeren Altersunterschied voraus die §§ 206 ÖStGB (drei Jahre bei einem Mindestalter von dreizehn Jahren und [nicht mit einem Gegenstand] penetrierenden Handlungen) und 207 Abs. 4 ÖStGB (vier Jahre bei einem Mindestalter von zwölf Jahren und nicht penetrierenden Handlungen). Eine bereits tatbestandliche Einschränkung mag so dem Gesichtspunkt Rechnung tragen, dass bei sexuellen Handlungen zwischen älteren Kindern und jungen Jugendlichen weniger der Missbrauch im Vordergrund stehen wird als das durchaus erwünschte (und damit zu erlaubende) Sammeln sexueller Selbsterfahrungen. Einen (weit größeren) Altersunterschied setzt auch die Qualifikation des § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB (Vollzug des Beischlafs etc.) voraus, eine Einschränkung auch des Grundtatbestands passte also durchaus in das Schutzsystem. Zu erwägen ist, ob die einschränkende Klausel auch um den Inhalt des § 182 Abs. 3 StGB („Ausnutzung der ihr gegenüber fehlenden Fähigkeit des Opfers zur sexuellen Selbstbestimmung“) ergänzt werden sollte.

¹⁶⁹¹ Vgl. MüKo²/Renzikowski § 176 Rdn. 2.

¹⁶⁹² So Impulsreferat *Garonne Bezzak*, Seite 4; LK¹²/Hörnle § 176 Rdn. 5.

Zu § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB im Übrigen: Täter kann „in den Fällen des § 176 Abs. 1“¹⁶⁹³ nur eine Person über achtzehn Jahren sein, die mit dem Kind selbst den Beischlaf vollzieht. Anders liegt die Altersgrenze des Tatsubjekts „in den Fällen des § 176 Abs. 2“: Da Absatz 2 Nr. 1 nur bestimmt, dass die an dem Beischlaf etc. *selbst* beteiligte „Person“ über achtzehn Jahre alt sein muss, kann der ein Kind im Sinne des § 176 Abs. 2 bestimmende Täter (der selbst keine körperliche Berührung vornimmt bzw. vornehmen lässt) durchaus jünger sein, wogegen ein Erwachsener, der das Bestimmen auf einen qualifizierten Sexualkontakt des Kindes mit einem Jugendlichen oder einem Kind richtet, dem Qualifikationstatbestand nicht unterfällt.

Die Erfassung der ersten Konstellation dürfte nicht nur dem gesetzgeberischen Ziel, jugendliche Täter jedenfalls in Bezug auf die Qualifikation zu privilegieren,¹⁶⁹⁴ zuwiderlaufen, sie ist auch nicht geboten: Der Schutz vor dem Vollzug des Beischlafs etc. eines Erwachseneden mit einem Kind wird hinreichend darüber gewährt, dass sich letzterer unmittelbar über die §§ 176a Abs. 2 Nr. 1, 176 Abs. 1 StGB strafbar macht; eines über den § 176 Abs. 2 StGB hinausgehenden Schutzes auch gegenüber dem nicht erwachsenen Bestimmenden dürfte es nicht bedürfen.

Demgegenüber vermag das Nichterfassen der zweiten Konstellation nicht zu überzeugen: Sieht man den Normzweck nämlich naheliegend darin, Kinder davor zu schützen, einen Beischlaf etc. auf Initiative einer Person zu vollziehen, die angesichts ihres Altersabstands über deutlich größere sexuelle Reife verfügt, so steht im Vordergrund *die Veranlassung* als ein Akt der sexuellen Fremdbestimmung in einem Machtgefälle.¹⁶⁹⁵ Um Widersprüche zu vermeiden, könnte § 176a Abs. 2 mithin folgende Fassung erhalten:

„Der sexuelle Missbrauch von Kindern wird in den Fällen des § 176 Abs. 1 mit Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren bestraft, wenn eine Person über achtzehn Jahren mit dem Kind den Beischlaf vollzieht oder ähnliche sexuelle Handlungen an ihm vornimmt oder an sich von ihm vornehmen lässt, die mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind. Ebenso wird der sexuelle Missbrauch von Kindern in den Fällen des § 176 Abs. 2 bestraft, wenn eine Person über achtzehn Jahren das Kind dazu bestimmt, mit einem Dritten den Beischlaf zu vollziehen oder ähnliche sexuelle Handlungen an ihm vorzunehmen oder an sich von ihm vornehmen zu lassen, die mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind“.

¹⁶⁹³ Abweichend von dem bis zum 31. März 1998 geltenden Regelbeispiel des § 176 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB.

¹⁶⁹⁴ BT-Drs. 13/8587 S. 32.

¹⁶⁹⁵ Vgl. zu § 182 Abs. 3 MüKo²/Renzikowski § 182 Rdn. 9.

Strukturell würde hiermit auch ein Gleichklang zu § 182 Abs. 3 StGB hergestellt, der ebenfalls allein auf den Alterunterschied des Täters zu dem Opfer abstellt, während das Alter des in den Sexualkontakt eingebundenen Dritten unerheblich ist.

Am Rande: Eine Novellierung des § 176a Abs. 2 StGB sollte auch die missverständliche Fassung seiner Nummer 2 ändern, um klarzustellen, dass es der „gemeinschaftlichen“ Begehung einer Tat nach § 176 Abs. 1 *oder* der gemeinschaftlichen Begehung einer Tat nach § 176 Abs. 2 StGB bedarf, es also nicht genügt, dass ein Täter die Nummer 1 und der andere die Nummer 2 verwirklicht.¹⁶⁹⁶

Zum Schutz der unter sechzehnjährigen Personen

Während die Strafvorschriften zum Schutz der Kinder in den §§ 176 bis 176b StGB zusammengefasst und im Strafraumen nachvollziehbar aufeinander abgestimmt sind, verteilen sich die Tatbestände zum Schutz von Personen unter sechzehn Jahren nicht nur über den Abschnitt, sondern zeigen auch auf der Rechtsfolgenseite keine ganz klare Linie.

Ist der Schutz des Kindes ein absoluter, wird die Einbeziehung eines jüngeren Jugendlichen in ein sexualbezogenes Geschehen erst dann zu einer Straftat, wenn weitere Umstände hinzutreten.

So ist nach § 174 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbewehrt der Sexualkontakt mit einer Person unter sechzehn Jahren, wenn sie dem Täter „zur Erziehung, zur Ausbildung oder zur Betreuung in der Lebensführung anvertraut ist“; unter entsprechenden Umständen werden nach § 174 Abs. 3 StGB sexuelle Handlungen vor dem Schutzbefohlenen (Nummer 1) bzw. von ihm vor dem Täter (Nummer 2) bestraft. Erkennt man den Regelungsgrund darin, dass Jugendliche gegen sexuelle Ansinnen von Autoritätspersonen besonders anfällig sind,¹⁶⁹⁷ erscheint es schon nicht schlüssig, dass ein Tatbestand fehlt, der es verbietet, die schutzbefohlene, noch *nicht sechzehnjährige* Person dazu zu bestimmen, sexuelle Handlungen an einem Dritten vorzunehmen oder von einem Dritten an sich vornehmen zu lassen (vgl. demgegenüber für jüngere Personen den § 176 Abs. 2 oder für ältere Personen den § 182 Abs. 1 Nr. 2 StGB). Hier verlangt § 180 Abs. 3 StGB die Feststellung des Missbrauchs dieses Autoritätsverhältnisses im Einzelfall, unterscheidet also die Altersgruppen im Unterschied zu § 174 Abs. 1 und Abs. 3 StGB nicht.

¹⁶⁹⁶ Dazu eingehend SK/Wolters § 176a Rdn. 19.

¹⁶⁹⁷ S. BT-Drs. 6/3521 S. 20.

§ 180 Abs. 1 StGB verbietet es jedermann, durch „Vermittlung“ oder „Gewähren und Verschaffen von Gelegenheit“ sexuellen Handlungen einer Person unter sechzehn Jahren „Vorschub“ zu leisten. Hier begegnet schon der herkömmlich genannte Normzweck, die „ungestörte sexuelle Entwicklung des Minderjährigen“ zu bewahren, besonderen Bedenken, weil die geschützte Person den sexuellen Kontakt mit dem Dritten leben darf, ihn zumeist ausdrücklich wünscht, von fremdbestimmter Sexualität also grundsätzlich keine Rede sein kann.¹⁶⁹⁸ Auch dürfte eine etwaige gesetzgeberische Vermutung kaum tragen, es solle mit dieser Vorschrift eine bereits im Gange befindliche sexuelle Fehlentwicklung des Jugendlichen durch Vorenthalten der Basis für weitere sexuelle Aktivitäten verhindert bzw. aufgehalten werden, da das eigentliche sexuelle Verhalten ausdrücklich als Ausfluss der Selbstbestimmung erlaubt ist.¹⁶⁹⁹

Im Übrigen zeigt sich der Systembruch bei der Betonung des Umstandes besonders deutlich, dass der Gehilfe für eine Handlung bestraft wird, die lediglich mittelbar bewirkt, was er sogar selbst und eigenhändig mit der geschützten Person vornehmen dürfte.¹⁷⁰⁰

Im künftigen Recht sollten diese Wertungswidersprüche dadurch aufgelöst werden, dass die Strafbarkeit allein dort begründet ist, wo die Handlung fremdes, gegen unter sechzehnjährige Personen gerichtetes *Unrecht* (§ 174 Abs. 1 Nr. 1, § 176 Abs. 2 und § 182 Abs. 3 StGB) fördert. Da insoweit § 27 StGB ausreichen dürfte, sollte § 180 Abs. 1 StGB gänzlich gestrichen werden.

Eine Schutzaltersgrenze von sechzehn Jahren sieht zuletzt § 182 Abs. 3 StGB vor, der Sexualkontakte mit einer über einundzwanzigjährigen Person oder von ihr dazu bestimmt erfasst, wenn dabei die „ihr gegenüber fehlende Fähigkeit des Opfers zur sexuellen Selbstbestimmung“ ausgenutzt wird. Hier erschließt sich nicht so recht, warum eine Person, die nach den Buchstaben des Gesetzes nicht selbstbestimmt über ihre Sexualität verfügen kann, also doch als (gerade in Bezug auf den Täter [„ihr gegenüber“] besonders angreifbar erscheint, nur von Personen missbraucht werden können soll, die mindestens fünf Jahre älter sind.¹⁷⁰¹ Es dürfte naheliegen, den gebotenen Schutz auszuweiten, wobei es aber praktisch vernünftig sein wird, ihn nur gegenüber solchen Personen zu gewähren, die selbst die Grenze des Schutzalters überschritten haben.

¹⁶⁹⁸ Zur Beschreibung des Rechtsgutes des Absatzes 1 s. LK¹²/Hörnle § 180 Rdn. 1 ff.

¹⁶⁹⁹ SK/Wolters § 180 Rdn. 1a.

¹⁷⁰⁰ MüKo²/Renzikowski § 180 Rdn. 6.

¹⁷⁰¹ Vgl. MüKo²/Renzikowski § 182 Rdn. 9.

Steht fest, dass einer Person die Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung fehlt, fragt sich weitergehend, warum der Schutz sich beschränkt auf Opfer, die das *sechzehnte* Lebensjahr nicht vollendet haben. Nachgedacht werden sollte darüber, ob der Anwendungsbereich auf *alle* minderjährigen Personen auszuweiten ist (wobei in der Folge darüber zu befinden ist, ob Täter nur eine mindestens ebenso alte Person sein kann [s. oben]). So träte ein umfassender Jugendschutz neben die Regelung des § 179 StGB, der nach geltendem Recht Personen schützt, die wegen gesundheitlicher oder körperlicher Einschränkungen nicht in der Lage sind, eine sexuelle Selbstbestimmung zu entwickeln oder nach ihr zu handeln.

Zum Schutz der unter achtzehnjährigen Personen

Personen unter achtzehn Jahren (also Kinder *und* Jugendliche) schützen zunächst die Nummern 2 und 3 des § 174 Abs. 1 StGB und § 174 Abs. 3 StGB. Während nach § 174 Abs. 1 Nr. 3 (auch in Verbindung mit § 174 Abs. 3 StGB) Handlungen in Bezug auf leibliche, angenommene oder sonst familienrechtlich bzw. familienrechtsähnlich eng verbundene Personen dieser Altersgruppe ohne weitere Ansehung verboten sind, setzt § 174 Abs. 1 Nr. 2 StGB voraus, dass eine dem Täter „zur Erziehung, zur Ausbildung oder zur Betreuung in der Lebensführung anvertraute oder im Rahmen eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses untergeordnete“ Person in ein sexualbezogenes Geschehen mit ihm „unter Mißbrauch einer mit dem Erziehungs-, Ausbildungs-, Betreuungs-, Dienst- oder Arbeitsverhältnis verbundenen Abhängigkeit“ eingebunden wird. Unter denselben Umständen ist nach § 180 Abs. 3 StGB zu bestrafen, wenn zu einem Sexualgeschehen *bestimmt* wird, das auf einen Dritten bezogen ist. Hier wird zweierlei zu bedenken sein:

Erstens dürfte es angesichts des engen sachlichen Bezugs angeraten sein, beide Vorschriften in einer Norm zusammenzuführen und dabei auch inhaltlich aufeinander abzustimmen. So fällt bei den Handlungen *ohne* Körperkontakt auf, dass § 174 Abs. 3 StGB im Unterschied zu § 180 Abs. 3 StGB eine Erregungsabsicht verlangt, die kaum schlüssig in das Schutzkonzept einzubauen ist,¹⁷⁰² und ihr geringeres Unrecht in letzterem nicht in einem nach unten abgestuften Strafraum zum Ausdruck kommt; so reibt sich die angedrohte Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren für eigennütziges Verhalten (§ 174 Abs. 3 StGB) mit derjenigen von bis zu fünf Jahren bei fremdnützigem (§ 180 Abs. 3 StGB).

Zweitens sollte – nicht zuletzt im Lichte der „Richtlinie 2011/93/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern ...“ vom 13. Dezember 2011¹⁷⁰³ – erwogen werden, die Norm zu vereinfachen: Zwar verlangt deren Art. 3 Abs. 5 lit. ii nur ein „Ausnutzen“ einer „besonders schwa-

¹⁷⁰² Dazu LK¹²/Hörnle § 174 Rdn. 49.

¹⁷⁰³ AbIEU 2011 L 335 vom 17. Dezember 2011, S. 1.

chen Position“, insbesondere „einer Abhängigkeitssituation“, des (noch nicht achtzehnjährigen) Minderjährigen, was in der Nummer 2 des geltenden § 174 Abs. 1 StGB zum Ausdruck kommt. Jedoch erschließt es sich nicht, warum in der Nummer 3 ein striktes Abstinenzverbot beschrieben ist, während es bei Abhängigkeitsverhältnissen, die kein minderes Gewicht haben müssen (Erziehung etc.), weiterer – nicht nur forensisch schwierig einzufangender – Voraussetzungen bedarf. So mag etwa die Subordination hinsichtlich eines nicht im Haushalt wohnenden angenommenen Kindes der mit dem Täter in eheähnlicher Gemeinschaft lebenden Person deutlich weniger ausgeprägt sein als hinsichtlich des bei ihm lebenden Pflegekindes. Während die tatbestandliche Einschränkung im Sinne einer Ausnutzungsformel bei den Missbrauchstatbeständen der §§ 174a bis 174c StGB notwendig ist, da sie volljährige Personen vor Augen haben, deren sexuelle Selbstbestimmung allein wegen einer äußeren Ausnahmesituation besonderen Gefahren ausgesetzt ist, betrifft § 174 StGB mit allen Minderjährigen Personen, die wegen ihres Alters generell als noch nicht derart gefestigt anzusehen sind, dass sie auch Autoritätspersonen in einer Situation mit besonderem Machtgefälle widerstehen können. Dies dürfte es gebieten, den Schutzbereich auf sämtliche Personen unter achtzehn Jahren auszudehnen. Erweitert man so in Absatz 1 das strikte Abstinenzverbot der Nummer 1 auf die Altersgruppe der Nummer 2, werden auch Unschärfen zur Nummer 3 ausgeglichen; etwaigen Härten („echte [?] Liebesbeziehungen“) wird über einen entsprechend angepassten Absatz 5 zu begegnen sein. Demgegenüber sollte an der Ausnutzungsklausel bei (gewöhnlichen) Dienst- und Arbeitsverhältnissen festgehalten werden. Zugleich wird die jüngst vorgenommene Erweiterung der Nummer 3 des Absatzes 1¹⁷⁰⁴ in den geltenden Absatz 5 einzukleiden sein.

Ein künftiger § 174 Abs. 1,¹⁷⁰⁵ Abs. 2, Abs. 4 und Abs. 6 StGB könnte demnach wie folgt gefasst sein:

§ 174 Sexuelle Handlungen mit Schutzbefohlenen.

(1) Wer sexuelle Handlungen an einer Person unter achtzehn Jahren,

1. die sein leiblicher oder rechtlicher Abkömmling ist, oder

2. die leiblicher oder rechtlicher Abkömmling seines Ehegatten, seines Lebenspartners oder einer Person, mit der er in eheähnlicher oder lebenspartnerschaftsähnlicher Gemeinschaft lebt, ist, oder

¹⁷⁰⁴ Durch das am 27. Januar 2015 in Kraft getretene Neunundvierzigste Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches - Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht vom 21. Januar 2015 ([BGBl. I S. 10](#)).

¹⁷⁰⁵ Außen vor bleiben soll bei diesem Gesetzesvorschlag der durch das Neunundvierzigste Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches - Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht vom 21. Januar 2015 ([BGBl. I S. 10](#)) neu gefasste Absatz 2. Soll an ihm festgehalten werden, obwohl seine Notwendigkeit großen Zweifeln ausgesetzt ist, wird auch hier zu erwägen sein, auf die Unterscheidung der Altersgruppen zu verzichten.

3. die ihm zur Erziehung, zur Ausbildung oder zur Betreuung in der Lebensführung anvertraut ist,

vornimmt oder an sich von dem Schutzbefohlenen vornehmen läßt, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer sexuelle Handlungen an einer Person unter achtzehn Jahren, die ihm im Rahmen eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses untergeordnet ist, unter Mißbrauch der mit ihm verbundenen Abhängigkeit vornimmt oder an sich von dem Schutzbefohlenen vornehmen läßt.

(3) ... (Bisheriger Absatz 2?)

(4) Wer unter den Voraussetzungen des Absatzes 1 oder 2

1. sexuelle Handlungen vor dem Schutzbefohlenen vornimmt oder

2. den Schutzbefohlenen dazu bestimmt, daß er sexuelle Handlungen vor ihm (oder einem Dritten [vgl. § 180 Abs. 3]?) vornimmt,

wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(5) ... (Bisheriger Absatz 4)

(6) In den Fällen des Absatzes 1 Nummer 2 und 3 ... oder des Absatzes 3 in Verbindung mit Absatz 1 Nummer 2 und 3 ... kann das Gericht von einer Bestrafung nach dieser Vorschrift absehen, wenn das Unrecht der Tat¹⁷⁰⁶ gering ist.

In zwei Vorschriften finden sich Tatbestände, die für den Schutz von unter achtzehnjährigen Personen antreten, wenn das Sexualgeschehen mit einer *Entgeltgewährung* verknüpft wird. So wird nach § 182 Abs. 2 StGB der Volljährige bestraft, der sexuelle Handlungen mit Körperkontakt mit einer Person unter achtzehn Jahren mit sich „gegen Entgelt“ bewirkt. § 180 Abs. 2 StGB erfasst Fälle, in welchen der Täter eine Person unter achtzehn Jahren zu einer sexuellen Handlung mit einem Dritten mit oder ohne Körperkontakt „gegen Entgelt“ bestimmt etc. Beide Regelungen sind zwar hinsichtlich des Schutzzwecks eng verwandt, zeigen aber zueinander Unstimmigkeiten:

So ist es kaum verständlich, dass sich zwar die geschützte Altersgruppe deckt, der Kreis der Tatsubjekte aber in § 180 Abs. 2 StGB deutlich weiter gezogen ist, da hier kein angehobenes Alter verlangt wird: Es erschließt sich nicht, dass ein Jugendlicher *eigenen* Sexualkontakt mit einem Jugendlichen haben darf, nicht aber einen fremden mit einem Jugendlichen fördern darf. Hier dürfte es naheliegen, die Altersgrenzen des jeweiligen Täters aufeinander abzustimmen, also auch die Bestimmens- und Vermittlungsmodalität auf volljährige Täter zu beschränken.

¹⁷⁰⁶ Die Streichung der Klausel „bei Berücksichtigung des Verhaltens des Schutzbefohlenen“ ist in der Begründung des Gesetzentwurfs (BT-Drs. 18/2601, S. 28) wenig überzeugend dargelegt.

Ähnlich zweifelhaft ist die gesetzliche Wertung, die materiell *täterschaftliche* Begehung (§ 182 Abs. 2 StGB) auf sexuelle Handlungen mit Körperkontakt zu beschränken, während die materiell *nur teilnehmende* (§ 180 Abs. 2 StGB) auch auf solche ohne ihn erstreckt ist.¹⁷⁰⁷ Auch hier dürfte eine inhaltliche Abstimmung sachgerecht sein, wobei eine Verengung im Sinne des § 182 StGB vernünftig sein dürfte. (Auf der Grundlage des geltenden § 180 Abs. 1 bis 3 StGB fragt sich zudem, ob das Herausnehmen von sexuellen Handlungen des Dritten vor dem Jugendlichen, abweichend von § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB, einem gesetzgeberischen Konzept folgt.)

§ 180a Abs. 2 Nr. 1 StGB bestraft das Gewähren von Wohnung etc. einer Person unter achtzehn Jahren zur Ausübung der Prostitution. Hier dürfte es aus systematischen Gründen geboten sein, diejenigen Delikte, welche den Schutz einer prostitutionsausübenden Person im Allgemeinen bezwecken von jenen zu scheiden, die im Besonderen verhindern sollen, dass *jugendliche* Personen die Prostitution aufnehmen bzw. in ihr weiter verstrickt werden. So gehören die §§ 180a Abs. 1 und 181a Abs. 1 und Abs. 2 StGB inhaltlich insoweit zusammen, als mit ihnen die Ausbeutung einer bereits prostitutionsausübenden Person (gleich welchen Alters) verhindert werden soll, wobei die Tatbestände dadurch Freiheitsschutz in zweifacher Hinsicht bewirken, dass Strukturen und Institutionen begegnet wird, die Abhängigkeiten begründen, welche typischerweise einerseits bei der prostitutionsausübenden Person die Neigung zu fremdbestimmter Sexualität erhöhen, und andererseits deren Vermögen zu beeinträchtigen geeignet ist.

Gänzlich anders verhält es sich bei denjenigen Vorschriften, welche ein Abgleiten *junger* Menschen in die Prostitution verhindern möchten. Zwar hat das Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten vom 20. Dezember 2001¹⁷⁰⁸ die Prostitutionsausübung in den rechtlichen Raum verbracht, dennoch wird der Gesetzgeber daran festhalten dürfen, junge Menschen von dieser Tätigkeit jedenfalls insoweit abhalten zu wollen, wie andere Personen begünstigend einwirken. Hier mag nämlich die Vermutung bestehen, dass die noch nicht abgeschlossene sexuelle Entwicklung der besonderen Gefahr ausgesetzt ist, von fremdbestimmten Interessen beeinträchtigt oder gar überlagert zu werden. So wird das Nachgehen der Prostitution in einer fremden Wohnung eine Neigung zur Abhängigkeit von demjenigen begründen, welcher über diese Räumlichkeit zu verfügen befugt ist. Schon kriminalpolitisch dürfte die geltende Norm indes zweifelhaft sein, weil der zur Prostitution – unabhängig vom Täterhandeln – entschlossene Minderjährige bei Nichtgewähren der Unterkunft häufig in weit größere Gefahren (namentlich der Straßenprostitution) versetzt wird. Möchte man des Jugendlichen (positive) Sexualentwicklung wirklich schützen, muss das

¹⁷⁰⁷ Vgl. MüKo²/Renzikowski § 182 Rdn. 12.

¹⁷⁰⁸ BGBl. I S. 3983.

Gesetz verhindern, dass er überhaupt in die Abhängigkeiten gerät, welche eine jede Prostitutionsausübung mit sich bringt. Das Abstellen auf die Gewährung von Wohnung etc. bleibt hier Stückwerk. Vielmehr sollte konsequent generell das Fördern der Prostitution Jugendlicher unter Strafe gestellt werden. Dies entspricht auch dem Geist (und vielen Buchstaben) der „Richtlinie 2011/93/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern ...“ vom 13. Dezember 2011¹⁷⁰⁹, nach dessen Art. 4 Abs. 5 schon das „Veranlassen“ zu einer Mitwirkung an Kinderprostitution mit Strafe zu bedrohen ist (wobei die Tathandlung wohl dergestalt zu verstehen ist, dass hiermit die Initiative zur Aufnahme der Prostitution gemeint ist).

In einer größeren Gesamtschau erscheint es sinnvoll, die bereits geltenden Tatbestände zusammenzuführen, die verhindern möchten, dass Personen unter achtzehn Jahren in sexualbezogenen Handlungen eingebunden werden, für die sie eine *geldwerte Gegenleistung* erhalten, und sie um eine allgemeine Regelung zur Förderung der Prostitution Minderjähriger zu ergänzen. Eine Vorschrift könnte lauten:

„§ ??? Sexuelle Handlungen Jugendlicher gegen Entgelt.

(1) Eine Person über achtzehn Jahren, die eine Person unter achtzehn Jahren dadurch missbraucht, dass sie gegen Entgelt sexuelle Handlungen an ihr vornimmt oder an sich von ihr vornehmen lässt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (Bisheriger § 182 Abs. 2 StGB)

(2) Ebenso wird eine Person über achtzehn Jahren betrafft, die eine Person unter achtzehn Jahren dazu bestimmt, sexuelle Handlungen gegen Entgelt an einem Dritten vorzunehmen oder von einem Dritten an sich vornehmen zu lassen. (Teil des bisherigen § 180 Abs. 2 StGB [mit Körperkontakt])

(3) Eine Person über achtzehn Jahren, die eine Person unter achtzehn Jahren dazu bestimmt, sexuelle Handlungen gegen Entgelt vor sich oder einem Dritten vorzunehmen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (Teil des bisherigen § 180 Abs. 2 StGB [ohne Körperkontakt und unter – zweifelhafter – Beibehaltung des Nichterfassens von entsprechenden Handlungen vor dem Minderjährigen])

(4) Mit Freiheitsstrafe von drei [sechs?] Monaten bis zu fünf [zehn?] Jahren wird bestraft, wer eine Person unter achtzehn Jahren mit Gewalt oder Drohung mit einem empfindlichen Übel zur Aufnahme der Prostitution bringt oder davon abhält, die Prostitution aufzugeben. (Neue Vorschrift mit Blick auf Art. 4 Abs. 6 der Richtlinie 2011/93/EU)

¹⁷⁰⁹

AbIEU 2011 L 335 vom 17. Dezember 2011, S. 1.

(5) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird eine Person über achtzehn Jahren bestraft, die eine Person unter achtzehn Jahren zur Aufnahme der Prostitution bringt oder sie davon abhält, die Prostitution aufzugeben.

(Neue Vorschrift mit Blick auf Art. 4 Abs. 5 der Richtlinie 2011/93/EU)

(6) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird eine Person über achtzehn Jahren bestraft, die die Ausübung der Prostitution einer Person unter achtzehn Jahren fördert. (§ 180a Abs. 2 StGB modifizierende Vorschrift)

Eingedenk des Schutzzwecks mag auch der abstrakte Gefährdungstatbestand des § 184f StGB, der Prostitutionsausübungen in der Nähe einer Örtlichkeit oder eines Hauses bestraft, die bzw. das von Personen unter achtzehn Jahren bestimmungsgemäß besucht bzw. bewohnt wird, in diese Strafvorschrift eingebettet werden (möchte man an diesem Delikt festhalten).

Die vorgeschlagenen Strafrahmen erscheinen auch gegenüber § 182 Abs. 1 StGB angemessen, der Sexualkontakte einer Person unter achtzehn Jahren mit dem Täter oder einem Dritten „unter Ausnutzung einer Zwangslage“ sanktioniert. Hinsichtlich dieser Norm bedarf es einer Abstimmung mit dem § 179 Abs. 1 und Abs. 2 StGB E 2015.

Auch die Strafvorschrift des § 184 Abs. 1 StGB bezieht in ihren Nummern 1, 2 und 5 den Schutzbereich ausdrücklich auf Personen unter achtzehn Jahren. Eine Stellungnahme zu diesen Vorschriften erscheint erst bei einer Gesamtrevision der Pornographiedelikte sinnvoll.

26. Prof. Dr. Julia Zinsmeister**Stellungnahme zur Umsetzung von Art. 36 Istanbul-Konvention und Art. 16 (5) VN-BRK**

Die Bundesrepublik hat sich in Art.16 Abs.5 VN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen verpflichtet, sicherzustellen, dass Fälle von Ausbeutung, Gewalt und Missbrauch gegenüber Menschen mit Behinderungen erkannt, untersucht und gegebenenfalls strafrechtlich verfolgt werden. Dem ist bei der Umsetzung des Art.36 der Istanbul-Konvention Rechnung zu tragen.

Ob Menschen mit und ohne Behinderungen nicht nur formalrechtlich, sondern auch tatsächlich gleich behandelt werden, richtet sich danach, ob der Gesetzgeber bei der Pönalisierung bestimmter sexueller Handlungen ihrer spezifischen Situation gleichermaßen Rechnung trägt.

Zu berücksichtigen sind

1. mögliche Beeinträchtigungen der freien Willensbildung, Willensartikulation und Selbstschutzmöglichkeiten sowie
2. bei der Bewertung der Tatumstände aus der Perspektive des „objektiven Betrachters“ die spezifischen Lebenslagen und Beeinträchtigungen behinderter Menschen, z.B. hinsichtlich der Sozialadäquanz sexueller Handlungen (Eisele 2015, S.13), der Erheblichkeit drohender oder befürchteter Nachteile (Eisele 2015, S.12) oder der Offensichtlichkeit der fehlenden Einwilligung in eine sexuelle Handlung (Hörnle 2015, S.19).

Zur Vermeidung von Stigmatisierung und Ausgrenzung sind Regelungen der Vorzug zu geben, die nicht zwischen behinderten und nichtbehinderten Tatopfern unterscheiden, ihnen aber gleichermaßen Rechnung tragen.

Eine gesetzliche Differenzierung zwischen Tatopfern mit und ohne Behinderung ist gleichheitsrechtlich nur dann gerechtfertigt, wenn ihre Ausgangs- und Interessenlagen so unterschiedlich sind, dass keine Regelung gefunden werden kann, die sich mit dem Prinzip der folgenbezogenen Gleichheit vereinbaren lässt.

Soweit eine rechtliche Differenzierung erforderlich erscheint, sollte diese vorrangig auf die spezifische Tatsituation („z.B. schutzlose Lage“) und nicht auf individuelle Defizite einer Person abstellen.

Des Weiteren ist sicherzustellen, dass Menschen nicht alleine aufgrund ihrer Beeinträchtigungen die Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung abgesprochen, ihre Willensäußerun-

gen (z.B. durch die Gleichsetzung einer geistigen Behinderung mit Widerstandsunfähigkeit) ignoriert oder einvernehmliche Sexualkontakte kriminalisiert werden.

§ 177 StGB stellt bislang hohe Anforderungen an die individuelle Reaktionsfähigkeit und Wehrhaftigkeit des Tatopfers. Diesen Anforderungen vermochten viele Betroffene in der Tat-situation nicht zu entsprechen. Für Menschen mit Behinderungen erweisen sie sich als be-sonders realitätsfern. Die sich hieraus ergebenden Strafschutzlücken ließen sich auch nicht befriedigend durch § 179 StGB schließen. Wie darzulegen sein wird, birgt § 179 StGB vielmehr ein besonderes Risiko der Stigmatisierung von Menschen wegen der Behinderung.

Eine konsequente Umsetzung des Art.36 Istanbul-Konvention vermag daher einen zentralen Beitrag zur Umsetzung des Art.16 Abs.5 VN-BRK zu leisten. Hierzu muss das Verhältnis des § 177 StGB zu § 179 StGB und zu den §§ 174a Abs.2 und § 174c StGB neu bestimmt wer-den.

Die Stellungnahme bleibt auf die Darstellung von Rechtstatsachen beschränkt. Nach einem kurzen Einblick in die aktuelle Forschung zur Prävalenz und den Ursachen der hohen Vik-timsierung soll der mögliche Einfluss einer Behinderung auf die freien Willensbildung und -bekundung, Wehr- und Aussagefähigkeit beleuchtet und Anforderungen an die Bewertung der Tatumstände aus der Sicht des „objektiven Betrachters“, z.B. anhand des Kriterium der „Sozialadäquanz“ zur Diskussion gestellt werden. Darüberhinaus soll vor paternalistischen Schutzkonzepten gewarnt werden. Es gilt, das sexuelle Selbstbestimmungsrecht von Men-schen schützen, ohne sie zu entmündigen.

I. Prävalenz

In der für das BMFSFJ durchgeführten repräsentativen Studie zur Lebenssituation und den Belastungen von Frauen mit Behinderungen und Beeinträchtigungen in Deutschland (Schröttle et al. 2013, S.264 f.) ermittelten wir, dass diese Bevölkerungsgruppe zwei- bis dreimal häufiger sexuellem Missbrauch in Kindheit und Jugend ausgesetzt ist als der weibli-che Bevölkerungsdurchschnitt (Schröttle et al. 2004).

Jede dritte bis vierte der insgesamt rund 1200 befragten Frauen mit Behinderungen und Beeinträchtigungen berichtete von sexuellen Übergriffen in Kindheit und Jugend durch Erwach-sene, oder andere Kinder und Jugendliche. Im Bevölkerungsdurchschnitt (Schröttle et al. 2004) waren es in dieser Altersgruppe 10% aller Frauen. Jede dritte bis fünfte Frau mit Be-hinderung bzw. Beeinträchtigung berichtet von erzwungenen sexuelle Handlungen im Er-

wachsenleben, im Bevölkerungsdurchschnitt betraf das jede achte Frau in der Altersgruppe bis 65. Die im Rahmen unserer BMFSFJ-Studie vorgenommene nicht repräsentative Zusatzbefragung weiterer 341 gehörloser, blinder bzw. stark sehbehinderter und stark körper- bzw. mehrfachbehinderter Frauen liefert Hinweise, dass diese Frauen in noch höherem Maße von sexualisierter Gewalt im Kindheit-, Jugend- und Erwachsenenalter betroffen sind (Schröttle et al 2013, S.416).

Frauen mit Behinderungen und Beeinträchtigungen erfahren sexualisierte Gewalt wie nicht-behinderte Frauen überwiegend im sozialen Nahraum. Als Täter werden fast ausschließlich Männer, darunter die (Ex-)partner oder Männer aus der Herkunftsfamilie, dem Freundes- und Bekanntenkreis genannt. Die Studie bestätigt zudem die These, dass Schulen, Kliniken, Wohnheime und Werkstätten für behinderte Menschen keine sicheren Orte sind, sondern es hier ebenfalls häufig zu sexuellen Übergriffen, meist durch andere Nutzer*innen, in geringem Umfang auch durch Mitarbeitende der Institutionen kommt (Schröttle et al 2013, S. 264, 414).

In der Studie wird der wechselseitige Zusammenhang von Gewalt und gesundheitlicher Beeinträchtigung/Behinderung im Leben von Frauen sichtbar. Frauen mit Behinderungen und Beeinträchtigungen haben demnach nicht nur ein höheres Risiko, Opfer von Gewalt zu werden; auch umgekehrt dürften (frühe) Gewalterfahrungen im Leben der Frauen maßgeblich zu späteren gesundheitlichen und psychischen Beeinträchtigungen und Behinderungen beigetragen haben (Schröttle et al. 2013, S.264).

Aufgrund der Screening-Interviews der vorbenannten Studie konnten auch männliche Interviewpartner mit Behinderungen und Beeinträchtigungen gewonnen und im Rahmen der BMAS-Studie „Lebenssituation und Belastung von Männern mit Behinderungen und Beeinträchtigungen in Deutschland – Haushaltsbefragung“ (Jungnitz et al. 2013) mit deutlich geringerer Fallzahl (N=200) befragt und die Daten sowohl mit der Studie zur „Lebenssituation und Belastungen von Frauen mit Behinderungen und Beeinträchtigungen in Deutschland“ als auch der vom BMFSFJ 2004 veröffentlichten Pilotstudie „Gewalt gegen Männer. Personale Gewaltwiderfahrnisse von Männern in Deutschland (Forschungsverbund „Gewalt gegen Männer“ 2004) verglichen werden. Im Ergebnis zeigt sich, dass Männer mit Behinderungen und Beeinträchtigungen im Erwachsenenleben deutlich häufiger körperlicher und psychischer Gewalt ausgesetzt waren als Männer im Bevölkerungsdurchschnitt. Unabhängig von Behinderungen und Beeinträchtigungen erleben Männer aber deutlich seltener sexuelle Gewalt als Frauen. 12% der Männer mit Behinderungen und Beeinträchtigungen berichteten von sexueller Gewalt in der Kindheit und Jugend. Die Betroffenheit von Situationen sexueller Gewalt im Erwachsenenleben ist bei allen befragten Männern seltener (2% bzw. 5%). Es gibt Hinweise darauf, dass Täter/innen sexueller Gewalt in der Kindheit bei Männern mit Behinderungen und Beeinträchtigungen häufiger auch aus den familienfernen Lebensbereichen

kommen; insbesondere Institutionen im Bereich der Bildung und Ausbildung scheinen hier noch relevanter zu sein.

II. Spezifische Viktimisierungsrisiken

Die qualitative Forschung ermittelte insbesondere folgende Risikofaktoren:

- (1) Wie im Bevölkerungsdurchschnitt bildet auch bei behinderten Menschen das Geschlechterverhältnis den relevantesten Risikofaktor: Sexualstraftaten zum Nachteil von Menschen mit Behinderungen werden überwiegend von männlichen Personen verübt und gegen weibliche Personen gerichtet.
- (2) Menschen, die in erheblichem Maße auf Pflege und sonstige Unterstützung angewiesen sind, wird vermittelt, dass scheinbar jede und jeder sie körperlich berühren darf. Oft entscheiden nicht sie, sondern der Dienstplan eines ambulanten Dienstes oder der Einrichtung darüber, wann sie morgens aufstehen, abends zu Bett gehen und wie sie ihren Tag gestalten, wer sie an- und auszieht, ihnen bei der Intimpflege, beim Toilettengang oder der Monatshygiene hilft. Aufgrund der hohen Personalfuktuation in der stationären und ambulanten Pflege ist nicht ungewöhnlich, dass sich Pflegebedürftige im Laufe eines Jahres von mehr als zehn unterschiedlichen Personen bei der Intimpflege assistieren lassen müssen. Der Alltag von Menschen mit hohem Assistenzbedarf ist meist klar durchstrukturiert, von den Betroffenen wird erwartet, dass sie sich dem Dienstplan der Fachkräfte und in Einrichtungen und betreuten Wohngemeinschaften zusätzlich der Gemeinschaftsordnung anpassen und unterordnen. Für persönliche Wünsche und Bedürfnisse ist selten Raum, auf die Wahl ihrer Pflege- und Betreuungspersonen haben behinderte Menschen in Deutschland bislang faktisch kaum Einfluss. Unter diesen Bedingungen ist es ihnen auch kaum möglich, ihren Körper, ihre Bedürfnisse und ihre räumliche Privatsphäre als achtens- und schützenswert zu erfahren, ein Bewusstsein für ihr Recht auf sexuelle Selbstbestimmung zu entwickeln und sich in diesen oder anderen Situationen entsprechend deutlich zu behaupten und zu wehren.

Der Mangel an Selbstwertgefühl, Respekt und Anerkennung fördert das Verschweigen der Gewalt und behindert die Hilfesuche.

„Es wird da ein gewisser Druck aufgebaut und auch so ein gewisser Schuldkomplex: ich bin behindert und weil ich behindert bin, bin ich schuld, dass jemand mir helfen muss, und das ist so ein ganz unguter Kreislauf, der auch dazu führt dass Grenzüberschreitungen nicht gemeldet werden, der dazu führt dass Grenzüberschreitungen nicht ans Tageslicht kommen, der dazu führt dass Behinderte sagen: ich muss ja

dankbar sein dass überhaupt jemand irgendwas macht für mich und so. Das ist ganz schlecht, ganz schlecht.“ (zit. in: Helfferich und Kavemann 2013, S.71).

- (3) Betreuungs- und Pflegeverhältnisse bieten viele Gelegenheiten zu Übergriffen:

„Wie das damals so üblich war, wurde man auch von Pflegern gewaschen, gebadet und so weiter. Und da sind natürlich auch einige Sachen passiert die nicht gerade schön waren, von wegen: ich muss ja auch da unten rum sauber machen. Und auf einmal war dann der Finger eben nicht gerade da, wo er hingehörte. Oder auch: Stell dich nicht so an.“ (zit. in: Helfferich und Kavemann 2013, S.49).

- (4) Vor allem körperlich schwerst- und mehrfachbehinderte Frauen, gehörlose, blinde und starksehbehinderte Frauen berichten, dass die Täter teilweise ihre behinderungsbedingten Einschränkungen gezielt ausgenutzt haben (z.B. Wegnahme des Hilfsmittels, Wegschieben im Rollstuhl ...).

- (5) Menschen mit Behinderung und Beeinträchtigungen, vor allem jene, die in einer Einrichtung leben, haben in der Regel nur kleine oder keine soziale Netzwerke. Sie sind häufiger von sozialer Isolation betroffen als nicht behinderte Menschen. Dies fördert ihre Abhängigkeit von (übergriffigen) Personen und erschwert ihnen den Zugang zum externen Hilfesystem, der Polizei und Justiz.

- (6) Intellektuelle und psychische Beeinträchtigungen können es den Betroffenen erschweren, Situationen (ausreichend schnell) realistisch einzuschätzen, ihren Willen differenziert zum Ausdruck zu bringen und adäquat auf Grenzverletzungen zu reagieren.

Aufgrund ihres erschwerten Zugangs zu verständlichen Informationen z.B. in leichter Sprache, Gebärdensprache, Braille oder Untertiteln bei Filmbeiträgen sind viele sinnes- und geistig behinderte Menschen sexuell weniger aufgeklärt und dadurch (zusätzlich) in ihrer Urteilskraft und Artikulationsmöglichkeit beeinträchtigt. Unter Umständen fehlt ihnen der Wortschatz, um sexuelle Handlungen differenziert beschreiben zu können. Menschen mit intellektuellen Beeinträchtigungen und gehörlose Menschen kennen oft nicht ihre Rechte, insbesondere nicht ihr Recht, „nein“ zu sagen. Der Zugang zu staatlicher und psychosozialer Hilfe wird ihnen darüberhinaus durch Barrieren, Ängste und Vorurteile erschwert.

- (7) Übergriffe psychisch kranker und/oder geistig behinderter Täter*innen kommen oft auch deshalb nicht zur Anzeige, weil das soziale und professionelle Umfeld die Täter*innen nicht für verantwortlich, d.h. schuldunfähig erachtet und weder Opfer noch Täter mit einem Strafverfahren belasten will (Zinsmeister 2003, S.69)
- (8) Einrichtungen der Behindertenhilfe lassen den Bewohner*innen wenig Raum für Selbstbestimmung im Alltag. Nur 37% der geistig behinderten Frauen, die in Einrichtungen leben, hatten schon ein oder mehrmals im Leben einvernehmliche sexuelle Kontakte (Schrötte et al. 2013, S.245).
- (9) Menschen mit Beeinträchtigungen und Behinderungen sind oft in mehrfacher Hinsicht (pflegerisch, finanziell, emotional) von den Täter*innen im Alltag abhängig. Kommt diese*r aus dem familiären Umfeld, wird geistig behinderten Menschen die Ablösung aus den destruktiven familiären Strukturen zusätzlich dadurch erschwert, dass für sie meist ihre Eltern oder Geschwister zu ihren ehrenamtlichen rechtlichen Betreuer*innen bestellt werden und damit bis in deren hohes Erwachsenenalter hinein weitreichenden Einfluss auf das Leben des behinderten Familienmitglieds behalten.
- (10) Mädchen und Frauen mit Behinderungen und Beeinträchtigungen wird oft vermittelt, dass sie weniger wert und keine „richtigen Frauen“ sind und Glück haben können, wenn sich überhaupt ein Mann für sie interessiert. Dies fördert ihre Abhängigkeit.
- „Ich kam von ihm eigentlich nicht los, das ist ganz merkwürdig, also er hat mir nicht gut getan und trotzdem kam ich nicht von ihm los. Wahrscheinlich weil mir meine Mutter eingetrichtert hatte: Ja, du musst das nehmen, was du kriegst, weil ich eben halt behindert bin.“*
- „Weil das ein bekanntes Muster war. Ich wurde zu Hause sehr streng gehalten und genau das Muster hatte ich in meiner Ehe auch.“*
- „Was mein Vater immer wieder gesagt hat: du hast nur ein Anrecht auf eine Hundehütte.“*
- (Hefferich und Kavemann 2013, S.46)
- (11) Kommunikationsbarrieren und behinderungsbedingte Einschränkungen der Aussagekompetenz (Zeugentüchtigkeit) erschweren die Wahrheitsfindung vor Gericht (Zinsmeister 2008, S.43 ff.).

- (12) Spezifische Behinderungsmythen tragen dazu bei, dass Menschen mit Behinderungen selten ermutigt werden, Sexualstraftaten zur Anzeige zu bringen und die Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen vermehrt in Zweifel gezogen werden. In ihrer qualitativen Analyse von 57 Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts einer Sexualstraftat gegen lern- oder geistig behinderte Menschen arbeiteten Krüger et al. (VHN 4/2013, S.3 ff.) anschaulich Wirksamkeit und negative Effekte solcher Mythen auf das Ermittlungsverfahren heraus. So fanden sie in fast 20% der Akten Belege für die Wirkmächtigkeit des doppelten Mythos, wonach erstens Unattraktivität Menschen vor Sexualstraftaten schützt und zweitens behinderte Menschen unattraktiv und asexuell sind.

Aus den analysierten Ermittlungsakten:

„Man merke bei Z schon, dass bei ihr etwas nicht stimmt. Sie sei auch nicht der Typ Frau, mit der die Männer sofort ins Bett wollen. [Polizist C] habe die Geschichte nicht wirklich geglaubt und ist eher davon ausgegangen, dass sie die Geschichte erzähle, damit sie ins Heim zurück könne. Um Aufmerksamkeit und Mitleid zu erregen und als Opfer im Heim wieder besser da zu stehen.“
(zit. bei Krüger et al. VHN 4/2013, S.4)

Noch häufiger fanden die Forscher in den Akten Überlegungen der Ermittlungspersonen zur möglichen sexuellen Triebhaftigkeit der mutmaßlichen Tatopfer dokumentiert, die in 15 Fällen auch direkt mit deren Behinderung in Verbindung gebracht wurde. Einen weiteren Mythos bildet die Annahme, intellektuell beeinträchtigte Menschen würden die Tat nicht wahrnehmen und daher auch nicht so schwer unter deren Folgen leiden (Krüger a.a.O. S.6 ff.).

III. Einfluss der Behinderung des Tatopfers auf die Willensbildung

1. Behinderung

Seit Beginn der 14. Legislaturperiode des Bundestages hat der deutsche Gesetzgeber mit der Abkehr vom medizinischen Behinderungsverständnis einen wichtigen Paradigmenwechsel vollzogen. Das medizinische Modell versteht unter einer Behinderung eine regelwidrige negative Abweichung der körperlichen, seelischen und intellektuellen Konstitution eines Menschen von dem alterstypischen Zustand. Die Teilhabebeeinträchtigungen behinderter Menschen werden ausschließlich auf individuelle Defizite zurückführt, deren

gesellschaftlichen Ursachen (z.B. Vorurteile, Barrieren, Bildungsbenachteiligung, Entmündigung im Alltag, hohe Gewaltbetroffenheit etc.) hingegen systematisch ausblendet.

Die VN-BRK versteht Behinderung hingegen als

„Wechselwirkung zwischen Menschen mit Beeinträchtigungen und einstellungs- und umweltbedingten Barrieren entsteht, die sie an der vollen, wirksamen und gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern.“ (Präambel Buchstabe e VN-BRK)

Für die Beurteilung des Einflusses einer Behinderung auf die Strafbarkeit sexueller Handlungen ist die medizinische Diagnose zwar notwendig, aber nicht ausreichend.

Beispiel:

Die gehörlos geborene F absolvierte ihre Ausbildung in einem Berufsbildungswerk und hatte ihren Mitschüler A wegen Vergewaltigung angezeigt. Die Staatsanwaltschaft stellte das Verfahren ein und begründete dies damit, dass A die F weder mit Gewalt noch einer qualifizierten Drohung genötigt, sondern sich lediglich über ihr Weinen hinweg gesetzt habe. Wenngleich der fälschlich noch oft verwendete Ausdruck „taubstumm“ dies vermittele, verfüge F durchweg physisch über die Fähigkeit, zu sprechen und zu schreien. Zum Tatzeitpunkt hatten sich mehrere Personen in Rufweite aufgehalten, die die junge Frau hätte zu Hilfe rufen können. F sei dem Ansinnen des A daher weder widerstandsunfähig noch schutzlos ausgeliefert gewesen.

Legt man das medizinische Modell von Behinderung zu Grunde, wären die Feststellungen der Staatsanwaltschaft korrekt. Rein physisch sind gehörlose Menschen in der Lage, zu sprechen und werden oft auch dazu ermutigt, es sehr mühsam zu lernen. Unberücksichtigt bleibt, dass sich einer hörbehinderten/gehörlosen Person die Möglichkeit des Hilferufes nicht spontan als Schutzmaßnahme aufdrängen wird. Zum anderen werden gehörlos und hörbehindert geborene Menschen typischerweise von klein auf dazu erzogen, ihre Impulse, zu lachen, zu rufen oder zu schreien, systematisch zu unterdrücken, damit sich Hörende nicht durch ihre ungewöhnliche, ggf. laute Artikulation gestört fühlen. Für sie stellt der Einsatz der Stimme daher eine besondere und unter Stress besonders schwer zu überwindende Hürde dar. In Selbstverteidigungskursen für gehörlose Frauen muss in der Regel viel Zeit darauf verwendet werden, den Einsatz der Stimme wiederzulernen (Degener et al. 2008, S.156).

Psychiatrische Diagnosen oder IQ-Werte lassen keine wissenschaftlich gesicherten Rückschlüsse auf die spezifischen Fähigkeiten und Möglichkeiten einer Person zur freien Willensbildung oder auf ihr Verhalten in der Tatsituation oder ihre Aussagekompetenz im

Strafverfahren zu. Diese Kompetenzen lassen sich erst unter Einbezug weiterer individueller und kontextbezogener Faktoren beurteilen, z.B. dem Einfluss von Psychopharmaka, der Komplexität einer zu bewältigenden Aufgabe, den Vorkenntnissen und –erfahrungen der Person einschließlich ihres erlernten Umgangs mit bestimmten Stressoren sowie der Gestaltung der äußeren Situation.

Für die Einbeziehung nicht medizinischer Faktoren nach dem bio-psycho-sozialen Modell von Behinderung spricht auch Art.36 Abs.2 Istanbul-Konvention, wonach die Freiheit des Willens auch anhand der Kontextfaktoren zu beurteilen ist.

2. Fallgruppen

Genrell können folgenden Fallgruppen der eingeschränkten Widerstandsfähigkeit unterschieden werden:

Fallgruppe 1: Unfähigkeit zur Willensbildung oder-artikulation

Die Person ist aufgrund einer schweren Bewusstseinsstörung außerstande, einen „natürlichen“ Willen zu bilden. Hierzu sollen auch diejenigen gezählt werden, die außerstande sind, diesen in irgendeiner Form nach außen hin erkennbar zu artikulieren (bisher: „absolute Widerstandsunfähigkeit“), da sich von außen nicht genau bestimmen lässt, ob es sich um eine Unfähigkeit zur Willensbildung oder zur Willensartikulation handelt. Unter Fallgruppe 1 lassen sich Zustände der Bewusstlosigkeit, des Tiefschlafs (z.B. bei Narkolepsie), der tiefgreifenden Bewusstseinsstörung aufgrund von Substanzmitteln (z.B. Sedierung) u.ä. subsumieren.

Zur Gruppe derjenigen, die zwar einen natürlichen Willen bilden, aber in keinsten Form artikulieren können, können auch Wachkoma-PatientInnen zählen, Menschen mit einer sehr fortgeschrittener Muskelerkrankung oder Menschen, die intellektuell schwerst beeinträchtigt sind oder eine besonders schwere Form des Autismus haben.

Fallgruppe 2: Beeinträchtigungen der freien Willensbildung

Die Person ist aufgrund spezifischer biopsychosozialer und ökologischer Faktoren nur eingeschränkt in der Lage, die Tatsituation und das Ansinnen des Täters realistisch zu erfassen, zu beurteilen und zu bewerten.

Grund kann z.B. die Manipulation des Opfers durch den Täter oder die lähmende Angst vor befürchteten Nachteilen sein. Das Opfer kann kognitiv und emotional außerstande sein, die Situation und deren weitere Entwicklung in der Kürze der Zeit und unter den ge-

gegenen Bedingungen realistisch einzuschätzen. In Fallgruppe 2 fallen auch die Fälle von Täuschung, Bedrohung, Überrumpelung des Opfers, Beziehungskonstellationen der Dominanz und Unterwerfung (vgl. Renzikowski/Sick in NSTZ 2013, 468-470) und ähnlichen Konstellationen, in denen Wahrnehmung und Urteilsvermögen des Opfers geprägt sind von der Abhängigkeit vom Täter oder dem System, das er repräsentiert. Hierzu zählen vielfach z.B. Pflege- und vergleichbare Abhängigkeitsverhältnisse.

Fallgruppe 3: Beeinträchtigung der Steuerungs-, Artikulations- und Bewegungsfähigkeit

Die Person hat einen natürlichen Willen, sie vermag diesem aber nur eingeschränkt Ausdruck zu verleihen oder ihr Verhalten nicht danach auszurichten. Hintergrund kann wie im obigen Fall der gehörlosen Frau eine erlernte Sprachlosigkeit, die Lähmung aus Angst sowie die sozialisationsbedingte innere Überzeugung der Person sein, dass es auf ihren Willen nicht ankommt, sondern der Täter über sie verfügen darf. Hierunter fallen auch Fälle, in denen das Tatopfer physisch daran gehindert ist, so zu handeln, wie es handeln will, z.B. ein blinder Mann möchte zu seinem Schutz vor einem Übergriff den Raum verlassen, findet aber die Türe nicht.

3. Einfluss von Behinderungen auf die Willensbildung, Artikulation und das Steuerungsvermögen in der Tatsituation:

Nur selten führen Krankheiten und Behinderungen zu einem vollständigen Ausschluss der Willensbildung, Artikulations- oder Steuerungsfähigkeit einer Person.

Weitaus häufiger sind die Fälle, in denen die Fähigkeiten und Möglichkeiten des Opfers zur freien Willensbildung und –durchsetzung durch bestehende Abhängigkeiten, seine spezifischen geschlechts- und behinderungsspezifischen Sozialisation und/oder seinen eingeschränkten intellektuellen, physischen oder psychischen Fähigkeiten und bestehenden baulichen, sprachlichen oder strukturellen Barrieren vermindert sind. Ebenso kann eine geistige, seelische oder Sinnesbehinderung des Tatopfers es einem Täter oder eine Täterin erleichtern, das Opfer zu manipulieren.

Ein Beispiel für die behinderungsbedingt verminderte Fähigkeit eines Opfers, seinem Widerstandswillen Nachdruck zu verleihen, liefert

BGH, Beschluss vom 24. 5.2012 – 5 StR 52/12 = BGH NSTZ 2012, 650-651.

„Der Geschädigte wirkt bei einer Körpergröße von 1,64 m wie ein zwölf- bis dreizehnjähriger Junge und hat intellektuelle Fähigkeiten wie ein Kindergarten- oder Vorschulkind (UA

S. 10). *Trotz seiner geistigen Behinderung ist er in der Lage, einen eigenständigen Willen zu bilden und in einfacher Form auch zu artikulieren, vermag diesen aber gegen den bestimmt vorgetragenen Willen eines anderen nicht durchzusetzen (UA S. 21).*“

„Der Geschädigte zeigte eine deutlich ablehnende Reaktion und äußerte diese auch gegenüber dem Angeklagten, änderte jedoch nicht seine Sitzposition und bekundete auch nicht die Absicht, jetzt die Wohnung des Angeklagten verlassen zu wollen.“ Er war „zu diesem Zeitpunkt aufgrund seiner speziellen geistigen Konstitution nicht in der Lage, adäquat auf das Ansinnen des Angeklagten zu reagieren.“ Nunmehr „befahl“ der Angeklagte dem Geschädigten aufzustehen, zog diesem die Hose aus, setzte sich wieder auf das Bett, zog den Geschädigten auf seinen Schoß und führte sein Glied in dessen After ein. Der Geschädigte äußerte, dass er das nicht wolle und dass es ihm sehr wehtue (UA S. 11 f.). (...)

Aus Perspektive behinderter Verletzter erweist es sich als außerordentlich problematisch, wenn sie einen Abwehrwillen gebildet und artikuliert haben, im Zuge des Strafverfahrens aber als widerstandsunfähige Person (§ 179 StGB) eingestuft werden. Ihr entgegenstehe-
ner Wille hat damit für die Beurteilung des Unrechtsgehalts der Tathandlungen und für das gesamte Verfahren keinerlei Relevanz mehr. Folglich wird sie niemand nach ihrem eigenen Willen in der Tatsituation fragen. Die Widerstandshandlungen (geistig) behinderter Menschen werden damit nicht nur vom Täter negiert, sondern auch von den Gerichten nicht wahr- bzw. ernstgenommen (Oberlies 2003, S.173).

Für die Strafbarkeit entscheidend sind neben den sexuellen Handlungen und dem Vorsatz des Täters nur noch ihre durch medizinische Sachverständige festzustellenden individuellen Defizite.

Sollte es erforderlich sein, an § 179 StGB festzuhalten, sollte dieser entsprechend den beiden Grundsatzentscheidungen des zweiten Senats von 1999 (NStZ 2000, S. 140 ff. mit Anm. Fischer) und der früheren h.M. in der Literatur nur noch als Auffangtatbestand für Fälle dienen, in denen das Tatopfer überhaupt keinen Widerstandswillen bilden oder artikulieren kann, über den sich der Täter hinwegsetzen kann (vgl. nur Mildemberger 1998; Renzikowski NStZ 1999, S.377 ff., S.440 ff.; Oberlies 2003, S.173 = ZStW 114, 130-147). Einer lediglich eingeschränkten Widerstandsfähigkeit sollte hingegen im Rahmen des neu zu formulierenden § 177 StGB Rechnung getragen werden, so wie der Gesetzgeber dies bereits beim 33. Strafrechtsänderungsgesetz durch die Einführung der schutzlosen Lage intendiert hatte.

In der Gesetzesbegründung sollte in diesem Falle ausdrücklich darauf hingewiesen werden, dass aus einer psychiatrischen Diagnose noch kein Rückschluss auf eine Wider-

standsunfähigkeit des Opfers gezogen werden kann und Menschen mit psychischer Erkrankung oder geistigen Behinderungen in aller Regel zumindest eingeschränkt zur Willensbildung in der Lage sind.

Ein entsprechender Hinweis des Gesetzgebers scheint erforderlich. In ihrer Auswertung der 15 Urteile, die das BMJ seinem Bericht vom März 2001 an den Deutschen Bundestag zu § 179 StGB zu Grunde gelegt hatte, stellte Oberlies fest, dass die Tatgerichte in den meisten der zwischen Juli 1997 und Oktober 1999 ergangenen Entscheidungen eine Widerstandsunfähigkeit der Tatopfer bejahten, obwohl diese – wie aus den Urteilsgründen ersichtlich – ihren Widerstandswillen für den Täter erkennbar geäußert und zum Teil sogar körperlich Widerstand geleistet hatten. Aus der Diagnose einer geistigen Behinderung wurde kategorisch auf die Widerstandsunfähigkeit geschlossen. In keiner der Entscheidungen war eine Strafbarkeit nach

§ 177 StGB i.d.F. des 33. Strafrechtsänderungsgesetzes vom 1.7.1997 auch nur in Erwägung gezogen worden. Dies veranlasste Oberlies zu der These, dass die Gerichte § 179 StGB bei geistig behinderten Opfern nicht als Auffang- sondern Ausweichtatbestand nutzen. Die Widerstandshandlungen geistig behinderter Menschen würden nicht nur vom Täter negiert, sondern auch von den Gerichten nicht wahr- bzw. ernstgenommen (Oberlies 2003, S.173).

4. Gefahr der Pönalisierung einverständlicher sexueller Handlungen

Mit der Missachtung der Willensbekundungen seelisch oder geistig behinderter Menschen geht das Risiko einer Pönalisierung einverständlicher sexueller Handlungen einher. Menschen mit Behinderungen wird häufig das Recht auf eine selbstbestimmte Sexualität abgesprochen und dies entweder mit ihrem mangelnden sexuellen Interesse oder ihrer mangelnden Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung begründet. Noch immer erweisen sich im sozialen Umfeld, in der Behindertenhilfe, bei Ermittlungsbehörden und der Justiz behinderungsspezifische Mythen beginnend von den „asexuellen“, „kindlichen“ bis hin zu den „triebgesteuerten“, „distanzlosen“ Behinderten“ als außerordentlich wirkmächtig (eingehend Zinsmeister 2003, dies. in BzGA 1/2010, S.13 ff., Rauchert 2008, S.43, 45; Niehaus et al in SZH 2012, S.15 ff.; Krüger et al. in VHN 2013, 15 ff.). Dies kann dazu führen, dass einvernehmliche sexuelle Handlungen behinderter Menschen von ihrem besorgten Umfeld zur Anzeige gebracht werden. Hierunter fallen vor allem Beziehungen, in denen behinderte Menschen ihren Partner*innen erkennbar intellektuell unterlegen sind oder Beziehungen, die ihre Bezugspersonen nicht mit den eigenen sozialen, kulturellen oder religiösen Überzeugungen vereinbaren können (z.B. gleichgeschlechtliche sexuelle Kontakte, unkonventionelle Sexualpraktiken).

IV. Wie objektiv ist der objektive Betrachter?

Im Recht bergen typisierende Betrachtungsweisen das Risiko, dass unreflektiert subjektive Normalitätsvorstellungen als Maßstab herangezogen werden, die sich mit der Normalität vieler Bevölkerungsteile nicht oder nur teilweise decken und insbesondere die Perspektiven und Lebenslagen sozial benachteiligter Bevölkerungsgruppen keine ausreichende Berücksichtigung finden.

Der objektive Betrachter, so darf vermutet werden, geht in aller Regel von „unbehinderten“ Lebensverhältnissen aus. Ermittlungsbehörden, Richterinnen und Richter haben in der Regel keine konkrete Vorstellung davon, was es heißt, mit einer Anfallserkrankung oder Angststörung zu leben, blind, schwerhörig oder geistig behindert zu sein, bei den meisten Verrichtungen im Alltag auf Assistenz (ggf. der des Täters) angewiesen oder in einem Heim oder einer psychiatrischen Klinik untergebracht zu sein.

Die Tabestandsmerkmale sollten darum so formuliert werden, dass die Lebenslagen von Menschen mit Beeinträchtigungen und Behinderungen angemessen Berücksichtigung finden, z.B. bei der Beurteilung, welches Opferverhalten in der Tatsituation erwartbar ist oder welche sexuellen Handlungen als sozialadäquat gelten.

So fließen z.B. in die Beurteilung, ob es dem Opfer aufgrund von Überrumpelung unmöglich war, einen entgegenstehenden Willen zu bilden und zu artikulieren, wertende Betrachtungen darüber ein, wie schnell ein Opfer das Ansinnen des Täters typischerweise sinnlich und kognitiv erfassen und richtig deuten kann. Je nach Sehkraft, Hörvermögen, intellektueller Auffassungsgabe, psychischer Verfassung und Vorerfahrung kann diese Zeitspanne aber erheblich variieren. Menschen mit einem autistischen Syndrom oder ohne jegliche sexuelle Vorerfahrung brauchen daher möglicherweise ungleich länger, um die Verhaltensweisen ihres Gegenübers als „sexuell“ einzustufen und sich hierzu verhalten zu können.

Menschen mit hohem Unterstützungsbedarf leben bislang oft bis ins hohe Erwachsenenalter in der Herkunftsfamilie oder in einer Wohneinrichtung und sind damit in aller Regel einer nahezu lückenlosen sozialen Kontrolle ausgesetzt, die ihnen soziale und sexuelle Kontakte wesentlich erschweren. Menschen, die einer solchen sozialen Kontrolle und Reglementierung im Alltag ausgesetzt oder aus anderen Gründen in ihrer Autonomie und sozialen Kontaktmöglichkeiten eingeschränkt sind, können sich z.T. nur unter sehr ungewöhnlichen oder gar unwürdig anmutenden Bedingungen sexuell betätigen. So bilden für viele schwerbehinderte Menschen, die in Werkstätten für Menschen mit Behinderungen beschäftigt sind, die Sanitärräume der Werkstätten (WfBM) und andere öffentliche Räu-

me (Parkanlagen, Kinos) die einzigen Orte, an denen sie sich kurzfristig der sozialen Kontrolle wohlmeinender Angehöriger und Betreuer entziehen und intim werden können. Sexuelle Kontakte auf Toiletten und im Gebüsch werden von „objektiven Betrachtern“ jedoch möglicherweise als sozial inadäquat gewertet und vorschnell auf eine besondere Triebhaftigkeit oder einen Willensmangel der beteiligten Personen geschlossen. Zur Schutz der sexuellen Selbstbestimmung behinderter Menschen müssen bei der Bewertung darum stets auch ihre besonderen Lebensumstände, vor allem der mögliche Mangel an Alternativen in Betracht gezogen werden.

Literatur:

- Degener, T./Kühnert, S./Zinsmeister, J./Schneider, R./Schwarzkopf, M.* (2008): Projekt: SELBST. Stärkung des Selbstbewusstseins behinderter Mänschen und Frauen nach § 44 SGB IX. Abschlussbericht des gleichnamigen Forschungsprojekts, herausgegeben vom BMFSFJ. Berlin, Bonn: BMFSFJ.
- Eisele, Jörg* (2015): Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestags vom 24.01.2015.
- Helfferich, C./ Kavemann, B.* (2013): Lebenssituation und Belastungen von Frauen mit Behinderungen und Beeinträchtigungen in Deutschland. Qualitative Studie. Abschlussbericht. Herausgegeben vom BMFSFJ. Berlin, Bonn: BMFSFJ.
- Hörnle, Tatjana* (2015): Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention. Ein Gutachten zur Reform des § 177 StGB. Gutachten im Auftrag des Deutschen Instituts für Menschenrechte. Berlin: DIMR.
- Jungnitz, L./Puchert, R./Schrimpf, N./Schrötle, M./Mecke, D./Hornberg, C.* (2013): Lebenssituation und Belastung von Männern mit Behinderungen und Beeinträchtigungen in Deutschland – Haushaltsbefragung. Abschlussbericht des gleichnamigen Forschungsprojekts, herausgegeben vom BMAS - Forschungsbericht Nr. 435. Berlin, Bonn: BMAS.
- Krüger, P. ; Caviezel Schmitz, S./ Niehaus, S.* (2013): Mythen geistiger Behinderung und sexueller Gewalt im Strafverfahren Ergebnisse einer qualitativen Analyse von Strafprozessakten aus zwei Deutschschweizer Kantonen, In: Vierteljahreszeitschrift für Heilpädagogik und ihre Nachbargebiete 84 (4), S. 1 – 13.
- Mildenberger, E.H.* (1989): Schutzlos – Hilfslos – Widerstandsunfähig: Einige Anmerkungen zur Auslegung der Tatbestandserweiterung des § 177 StGB n.F. Münster: LIT
- Niehaus, S./ Krüger, P./ Caviezel Schmitz, S.* (2012): Chancen geistig behinderter Opfer sexueller Gewalt im Strafrechtssystem. In: Schweizerische Zeitschrift für Heilpädagogik 18 (11/12), S. 15 –20.
- Oberlies, D.* (2003): Selbstbestimmung und Behinderung – Wertungswidersprüche im Sexualstrafrecht? In: Zinsmeister, J. (Hrsg.): Sexuelle Gewalt gegen behinderte Menschen a.a.O.
- Rauchert, K.* (2008): Polizeiliche Anhörung von (Opfer-)Zeugen mit geistiger Behinderung. Theoretische Ansätze, Erfahrungsberichte und Handlungsempfehlungen für die Praxis. Frankfurt: Verlag für Polizeiwissenschaft.
- Renzikowski, J.* (1999): Das Sexualstrafrecht nach dem 6.Strafrechtsreformgesetz. In: NStZ 1999, S.377 ff., 440 ff.
- Renzikowski, J./Sick, B.* (2013): Anmerkung zu dem Beschluss des BGH vom 20.03.2012 (4 StR 561/11; NStZ 2013, 466). In: NStZ 2013, S.468 – 470.

- Schrötle, M./Hornberg, C./Glammeier, S./Sellach, B./Kavemann, B./Puhe, H./Zinsmeister, J.* (2013): Lebenssituation und Belastungen von Frauen mit Behinderungen und Beeinträchtigungen in Deutschland. Ergebnisse der quantitativen Befragung. Endbericht. Berlin, Bonn: BMFSFJ.
- Zinsmeister, J. (Hrsg.)* (2003): Sexuelle Gewalt gegen behinderte Menschen und das Recht. Gewaltprävention und Opferschutz zwischen Behindertenhilfe und Strafjustiz. Opladen: Leske+Budrich/VS 2003.
- Zinsmeister, J.* (2008): Die Situation verletzter Zeuginnen und Zeugen mit Behinderung, in: Fastie, F. (Hrsg.): Opferschutz im Strafverfahren. 2. vollkommen überarbeitete Auflage, Opladen, Farmington Hills: Barbara Budrich, S.43-66.
- Zinsmeister, J.* (2010): Sexuelle Selbstbestimmung im Betreuten Wohnen? Vom Recht und der Rechtswirklichkeit. In: Forum Sexualität und Familienplanung der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung (BzGA) 1/2010, S.13-18