



Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer

zu dem Vorschlag für eine Richtlinie zur Bekämpfung des sexuellen
Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der
Kinderpornographie und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses
2004/68/JI des Rates

erarbeitet vom Strafrechtsausschuss

Mitglieder:

Rechtsanwalt Prof. Dr. Dr. Alexander **Ignor**, Berlin, Vorsitzender
Rechtsanwalt Dr. Alfred **Dierlamm**, Wiesbaden
Rechtsanwalt Thomas C. **Knierim**, Mainz
Rechtsanwalt Dr. Daniel **Krause**, Berlin
Rechtsanwalt Prof. Dr. Holger **Matt**, Frankfurt am Main
Rechtsanwältin Anke **Müller-Jacobsen**, Berlin
Rechtsanwalt Prof. Dr. Eckhart **Müller**, München
Rechtsanwalt Prof. Dr. Tido **Park**, Dortmund
Rechtsanwalt Prof. Dr. Reinhold **Schlothauer**, Bremen
Rechtsanwältin Dr. Anne **Wehnert**, Düsseldorf
Rechtsanwalt Prof. Dr. Hans-Joachim **Weider**, Frankfurt am Main

Rechtsanwalt Frank **Johnigk**, Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin

und dem Europaausschuss

Mitglieder:

Rechtsanwalt JR Heinz **Weil**, Paris (Vorsitzender)
Rechtsanwalt Dr. Martin **Abend**, Dresden
Rechtsanwalt Dr. Hans-Joachim **Fritz**, Frankfurt a. M.
Rechtsanwalt Andreas Max **Haak**, Düsseldorf
Rechtsanwalt Dr. Klaus **Heinemann**, Brüssel
Rechtsanwalt Dr. Frank **Hospach**, Stuttgart
Rechtsanwalt Dr. Stefan **Kirsch**, Frankfurt a. M.
Rechtsanwalt Dr. Jürgen **Lauer**, Köln
Rechtsanwältin Dr. Kerstin **Niethammer-Jürgens**, Potsdam
Rechtsanwalt Dr. Hans-Michael **Pott**, Düsseldorf
Rechtsanwalt Andreas **von Máriássy**, München
Rechtsanwalt JR Dr. Norbert **Westenberger**, Mainz
Rechtsanwalt Dr. Thomas **Westphal**, Celle

Rechtsanwältin Dr. Heike **Lörcher**, Bundesrechtsanwaltskammer, Brüssel
Rechtsanwältin Hanna **Petersen** LL.M., Bundesrechtsanwaltskammer, Brüssel

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist als Dachverband der 27 regionalen deutschen Rechtsanwaltskammern und der Rechtsanwaltskammer beim BGH die gesetzliche Vertretung der ca. 153.000 in Deutschland zugelassenen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Sie tritt für die wirtschaftlichen und rechtlichen Belange der Anwaltschaft ein.

1. Der Vorschlag der Europäischen Kommission vom 29.3.2010 für eine Richtlinie zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern, sowie der Kinderpornographie und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2004/64/JI wird in seiner Zielrichtung von der BRAK begrüßt. Es ist gut, dass sich die Europäische Kommission dieses wichtigen Themas angenommen hat und besondere Anstrengungen dazu unternimmt, gerade Kinder, die eines besonderen Schutzes bedürfen, zu behüten und vor Übergriffen zu sichern.

Aufgrund der Komplexität des Themas Kinderschutz, das dazu noch in unterschiedliche Rechtssysteme eingepasst werden muss, ergibt sich zwangsläufig, dass im Vorschlag der Europäischen Kommission enthaltene Regelungen mit bestehenden Rechtspositionen kollidieren können. Man merkt ihm zwar das Bewusstsein dieser Tatsache an und auch die Absicht, zu einem Ausgleich zu kommen. Dennoch sind manche besondere Problematiken entweder ungelöst oder stellen sich erst gerade durch den Vorschlag. Auf diese Problematiken soll mit den nachfolgenden Ausführungen schlaglichtartig hingewiesen und eine Änderung des Vorschlags angeregt werden. Denn es wäre schade, wenn der gut gemeinte Entwurf der Europäischen Kommission durch seine Normen zwar das Recht des Kindes (bzw. des Opfers) stärkt, gleichzeitig aber wesentliche Rechtsgrundsätze eines freiheitlichen Rechtsstaates missachtet.

2. Der Vorschlag

Der Vorschlag der Europäischen Kommission betrifft neue Regelungen im Bereich des materiellen Strafrechts, im Bereich der Strafermittlung und Einleitung von Strafverfahren, im Bereich der Verfolgung von im Ausland begangenen Straftaten, im Bereich des Opferschutzes und der Prävention von Straftaten. Im materiellen Teil werden (neue) rechtliche Definitionen vorgenommen und neue Straftatbestände geschaffen, wobei einer typischen europäischen Handhabung folgend die Tendenz feststellbar ist, die Erfüllung von Straftatbeständen „nach vorne“ zu verlegen. Verfahrensrechtlich sollen Strafermittlung und Anklageerhebung erleichtert werden und auch im Ausland begangene Straftaten sollen in Zukunft verfolgbar sein. Im

Bereich des Opferschutzes sieht der Vorschlag insbesondere Regelungen für die Vernehmung der kindlichen Opfer vor. Darüber hinaus enthält der Vorschlag noch Präventivmaßnahmen zur Vorbeugung von Straftaten im Zusammenhang mit kindlichen Opfern.

Hierbei kommt es vor allem im Bereich der materiellen Rechtsnormen und der verfahrensrechtlichen Vorschläge zu erheblichen Kollisionsproblemen, deren wichtigste nachfolgend kurz angesprochen werden sollen:

2. 1. Der Vorschlag der Europäischen Kommission geht von einem anderen Kinderbegriff als das deutsche Strafrecht aus. Denn nach dem Vorschlag soll der Begriff „Kind“ jede Person unter 18 Jahren erfassen (vgl. Art. 2 a). Nach dem deutschen Strafrecht ist ein Kind hingegen eine Person unter 14 Jahren (§ 176 Abs. 1 StGB). Diese andere Sichtweise hat weitreichende Konsequenzen. Sie führt z.B. zu einer Pönalisierung des Sexualverhaltens Jugendlicher. Diese Problematik soll (wohl) in Art. 8 (auf gegenseitigem Einverständnis beruhende sexuelle Handlungen Gleichaltriger) aufgefangen werden. Allerdings werden durch diese Norm weitere Probleme geschaffen. So greift zum Beispiel die Definition von Kinderpornographie (in Art. 2 enthalten) auf die Definition des Begriffes Kind zurück. Hier ist sodann (und auch an weiteren Stellen im Vorschlag) angesprochen, dass es für bestimmte Strafbarkeiten nicht darauf ankommen soll, dass ein Kind involviert ist. Ausreichend soll vielmehr sein, dass eine Person „mit kindlichem Erscheinungsbild“ involviert ist. Was hierunter zu verstehen ist, ist unklar und nicht weiter definiert.

Grundsätzlich ist es bereits heute schon im deutschen Strafrecht schwer genug zu bestimmen, ob ein über 14 Jahre alter Jugendlicher noch ein kindliches Erscheinungsbild aufweist, also jünger als 14 Jahren wirkt. Demgegenüber kann prognostiziert werden, dass es unmöglich wird, im Einzelfall zu beurteilen, ob ein 20 Jähriger wie ein annähernd 18 Jähriger wirkt (und deshalb das Tatbestandsmerkmal des „kindlichen Erscheinungsbildes“(!) erfüllt ist). Man muss sich hierbei lediglich vergegenwärtigen, dass nicht wenige Jugendliche mit annähernd 18 Jahren aufgrund ihrer Äußerlichkeit für wesentlich älter gehalten werden.

- 2.2. Auch der weitere in Art. 2 aufgeführte Begriff „Kinderprostitution“ ist problematisch, weil er weit über das hinausgeht, was nach deutschem Recht bislang unter „Prostitution“ verstanden wurde.

Nach deutschen Strafrechtsverständnis wird unter „Prostitution“ eine zu Erwerbszwecken ausgeübte, wiederholte entgeltliche Vornahme sexueller Handlungen an, mit oder vor (zumeist) wechselnden Partnern verstanden, bei welcher die sexuelle Beziehung nicht in ein persönlich emotionales Verhältnis integriert ist und dies auch nicht angestrebt wird. Dem gegenüber stellt die Europäische Kommission im Vorschlag unter dem Begriff „Kinderprostitution“ lediglich darauf ab, dass irgendeine Vergütung oder Gegenleistung versprochen wird, wobei es auch unwichtig sein soll, ob sie dem Kind oder einem Dritten zugute kommen. Es geht also um zwei verschiedene Begriffe. Allerdings fällt im Vorschlag auf, dass dort offensichtlich die verschiedenen Begriffe gleichbedeutend benutzt werden.

- 2.3. Art. 3, Art. 4 und Art. 5 des Vorschlags befassen sich mit Straftaten im Zusammenhang mit sexuellem Missbrauch, sexueller Ausbeutung und Kinderpornographie. Hier wird nicht mehr an den Kindesbegriff in Art. 2 angeknüpft. Vielmehr sollen unter Strafe gestellt werden bestimmte Handlungen im Zusammenhang mit einem Kind, *„das nach den einschlägigen Bestimmungen des nationalen Rechts das Alter der sexuellen Mündigkeit noch nicht erreicht hat“*. Die Anknüpfung an die sexuelle Mündigkeit und nicht an die Definition „Kind“ des Vorschlags, führt aber notwendig zu unterschiedlichen Praktiken in den nationalen Rechtssystemen, da das Alter für die sexuelle Mündigkeit in den einzelnen Mitgliedsstaaten von 13 bis 17 Jahren reicht. In Deutschland liegt es bei 16 Jahren. **Gerade in diesem Bereich erscheint es deshalb unbedingt geboten, eine Harmonisierung anzustreben.**

Darauf hinzuweisen ist zusätzlich, dass der Vorschlag durch eine Einführung neuer Strafrahmen (8 Jahre) die bislang im deutschen Strafrecht üblichen Abstufungen aufgibt. Dieses Problem besteht auch bei Art. 4 (Straftaten im Zusammenhang mit sexueller Ausbeutung). Hier findet sich eine Vierstufigkeit (mindestens 2 Jahre/mindestens 5 Jahre/mindestens 8 Jahre/mindestens 10 Jahre).

Positiv ist zwar grundsätzlich die Formulierung des Art. 4 des Vorschlags, allerdings bestehen Probleme bei den Begrifflichkeiten. So ist beispielsweise vorgesehen für das „Veranlassen“ der Mitwirkung eines Kindes an Kinderprostitution eine Freiheitsstrafe im Höchstmaß von mindestens 5 Jahren. Wird hingegen das Kind zur Mitwirkung an Kinderprostitution „angeworben“, ist eine Freiheitsstrafe im Höchstmaß von mindestens 8 Jahren angedacht (vgl. Art. 4 Nr. 6 und Nr. 10). Es erscheint aber nicht ohne Weiteres einsichtig, wo die qualitativen Unterschiede zwischen „Veranlassen“ und „Anwerben“ liegen sollen. Zudem erscheinen auch ohne Weiteres Mischformen denkbar. So kann etwa eine Werbung veranlasst sein und umgekehrt kann auch denkbar sein, dass eine Person veranlasst zu werben. Schwierigkeiten wird Art. 4 in seiner Handhabung auch deshalb bereiten, weil der Begriff Kinderprostitution eine außerhalb des bisherigen deutschen Strafrechtsverständnisses liegende Begriffsbestimmung enthält (vgl. oben).

- 2.4. Besondere Beachtung sollte Art. 6 des Vorschlags der Europäischen Kommission gewidmet werden. Diese Vorschrift will das sogenannte „Grooming“ (Kontaktaufnahme zu Kindern zum Zwecke des sexuellen Missbrauchs) als (neuen) Straftatbestand erfasst wissen.

So interessant und vermeintlich für den Schutz des Kindes zielführend dieser Vorschlag auf den ersten Blick sein mag, so problematisch ist er, sobald man sich mit den Details der Regelung befasst. Denn mit dem neu geschaffenen Tatbestand würde eine nicht akzeptable Vorverlagerung der Strafbarkeit einer bloßen Vorbereitungshandlung erfolgen. Nach deutschem Strafrechtsverständnis sollen bloße Vorbereitungshandlungen nur ausnahmsweise strafbedroht sein. Im Ergebnis würde eine solche Norm nichts anderes als Gesinnungsstrafrecht beinhalten, welches dem deutschen Strafrecht grundsätzlich fremd ist.

Neben dieser grundsätzlichen Problematik besteht aber auch noch ein weiteres Problem. Denn nach Art. 6 soll eine Strafbarkeit nur dann bestehen, wenn „mittels Informations- und Kommunikationstechnologie ein Treffen“ vorgeschlagen wird. Hier stellt sich aber zum einen das Problem, was eigentlich unter „Informations- und Kommunikationstechnologie“ zu verstehen ist (zählt hierzu auch schon ein Brief oder ein Notizzettel?). Zum anderen ergibt sich ein nicht hinnehmbarer Wertungswiderspruch. Er besteht darin, dass die wegen der ausdrücklichen Erwähnung des Informations- und

Kommunikationssystems im Tatbestand an sich viel gefährlichere direkte Kontaktaufnahme nicht unter die Strafbarkeit fallen würden.

- 2.5. Auf die in Art. 8 getroffene (Ausnahme-) Regelung bei sexuellen Handlungen Gleichaltriger mit gegenseitigem Einverständnis wurde schon hingewiesen. Allerdings erscheint die Formulierung unklar. Die im Art. 8 genannten Bestimmungen sollen nicht gelten bei auf gegenseitigem Einverständnis beruhenden sexuellen Handlungen *„zwischen Kindern oder zwischen Personen, die ein vergleichbares Alter und einen vergleichbaren mentalen und körperlichen Entwicklungsstand oder Reifegrad haben, sofern die sexuellen Handlungen keinen Missbrauch implizieren.“*

Hierbei sei nur als eine von vielen Fragestellungen, die sich aus der Formulierung ergeben, auf folgendes hingewiesen. Was soll ein „vergleichbares Alter“ mit dem Alter eines Kindes sein? (Ist 17 Jahre vergleichbar mit 13 oder 14 Jahren?)

- 2.6. Art. 9 listet „erschwerende Umstände“ bei bestimmten Tatbegehungen auf. Die exemplarisch genannten erschwerenden Umstände sind aber nicht ohne Weiteres in das deutsche Strafrecht übernahmefähig. Lediglich beispielhaft sei hierfür auf Art. 9, 1 f. hingewiesen („der Täter war zuvor wegen ähnlicher Straftaten rechtskräftig verurteilt worden“). So wie diese Vorschrift dem Wortlaut nach formuliert ist, würde es möglich sein, sämtliche bisher begangenen Taten unabhängig von ihrer Art und Schwere für die Strafzumessung heranzuziehen. Dies ist nach derzeitigem deutschem Recht jedoch nicht einmal bei der Unterbringung zur Sicherungsverwahrung vorgesehen.
- 2.7. Aber neben den materiellen Rechtsproblemen führt der Vorschlag der Europäischen Kommission auch zu Problemen durch die vorgesehenen verfahrensrechtlichen Bestimmungen. Problematisch ist die Regel, die bei einem begründeten Verdacht des Vorliegens einer sexuellen Ausbeutung oder sexuellen Missbrauchs eine Anzeigepflicht statuiert (Art. 15 Nr. 2). Eine solche generelle Anzeigepflicht („Pflicht zur Denunziation“) gibt es im deutschen Rechtssystem bekanntlich aus guten historischen Gründen nicht und wäre im Übrigen auch verfassungswidrig.

- 2.8. Von ganz erheblicher Bedeutung ist auch die Regelung über die Ermittlung und Strafverfolgung (Art. 14), in der unter anderem vorgesehen ist, dass verdeckte Operationen zumindest in den Fällen erlaubt sein sollen, in denen Informations- und Kommunikationstechnologie verwendet wird. Diesbezüglich sei in Deutschland auf die Rechtsprechung zur sogenannten Onlinedurchsuchung hingewiesen.
- 2.9. Begrüßenswert ist, in welchem Umfang der Vorschlag den Schutz von Opfern im Kindesalter in Strafermittlungen und Strafverfahren vorsieht (Art. 19). Begrüßenswert ist ferner, dass zumindest darauf hingewiesen wird, dass unabhängig von den Schutzvorschriften Verteidigungsrechte fortzubestehen haben. Kritisch ist allerdings zu sehen, dass im neuen Vorschlag der Europäischen Kommission für die Anhörung unter Ausschluss der Öffentlichkeit (Art. 19 Nr. 5 a) die Erforderlichkeit der richterlichen Anordnung nicht mehr erwähnt wird.
- 2.10. Schließlich ist noch im Rahmen der Interventionsprogramme oder Interventionsmaßnahmen (Art. 20) auf die sogenannte Risikoabschätzung hinzuweisen. Diese soll nach dem Vorschlag der EU bei Personen vorgenommen werden, die wegen der im Vorschlag der EU genannten Straftaten rechtskräftig verurteilt wurden. Auch hier ist der Grundgedanke nachvollziehbar. Problematisch ist jedoch, dass mit der vorgeschlagenen Regelung keinerlei Orientierung an Art und Schwere der Schuld stattfindet. Es wird lediglich an Tatbestandsverwirklichungen angeknüpft. Überdies lässt der Richtlinienvorschlag offen, wer die geforderte Risikoabschätzung vornehmen soll und wie sie qualitativ auszugestalten ist. Unklar ist auch, in welcher Form die Risikoabschätzung vorgenommen ist und ob sie zu wiederholen ist. Zwar enthält der neue Vorschlag der EU mit Art. 20 nicht mehr die noch im Vorgängervorschlag explizit enthaltene Risikoabschätzung, dort Art. 16 (in dem die Rede davon war, dass die Risikoabschätzung in regelmäßigen Abständen zu wiederholen war). Dennoch bleibt auch im neuen Vorschlag unklar, wie hier die Handhabung im Einzelnen aussehen soll.