

Hannah Lenz

Die Jugendschutztatbestände im Sexualstrafrecht

Das sexuelle Selbstbestimmungsrecht Jugendlicher
und paternalistische Intentionen



Nomos



DIKE

Studien zum Strafrecht

Band 81

Herausgegeben von

Prof. Dr. Martin Böse, Universität Bonn

Prof. Dr. Gunnar Duttge, Universität Göttingen

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Urs Kindhäuser, Universität Bonn

Prof. Dr. Claus Kreß, Universität Köln

Prof. Dr. Dr. h.c. Lothar Kuhlen, Universität Mannheim

Prof. Dr. Ursula Nelles, Universität Münster

Prof. Dr. Dres. h.c. Ulfrid Neumann, Universität Frankfurt a. M.

Prof. Dr. Henning Radtke, Universität Hannover

Prof. Dr. Klaus Rogall, Freie Universität Berlin

Prof. Dr. Helmut Satzger, Universität München

Prof. Dr. Brigitte Tag, Universität Zürich

Prof. Dr. Thomas Weigend, Universität Köln

Prof. Dr. Wolfgang Wohlers, Universität Basel

Prof. Dr. Rainer Zaczyk, Universität Bonn

Hannah Lenz

Die Jugendschutztatbestände im Sexualstrafrecht

Das sexuelle Selbstbestimmungsrecht Jugendlicher
und paternalistische Intentionen



Nomos



DIKE

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Berlin, Humboldt-Univ., Diss., 2016

ISBN 978-3-8487-4093-2 (Print)

ISBN 978-3-8452-8402-6 (ePDF)

ISBN 978-3-03751-927-1 (Dike Verlag Zürich/St. Gallen)

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2016/2017 von der Humboldt-Universität zu Berlin als Dissertation angenommen und am 6. Januar 2017 mündlich verteidigt.

Zu allererst und ohne Umschweife gilt mein herzlicher Dank meiner Doktormutter Prof. Dr. Tatjana Hörnle, die in zahlreichen, ernsthaften und kritischen Diskussionen, aber vor allem auch durch ihren Zuspruch die Erstellung dieser Arbeit ganz wesentlich gefördert hat. Zu besonderem Dank bin ich auch dem Zweitgutachter Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Dieter Simon verpflichtet – sicherlich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Aber in erster Linie dafür, dass ich durch seine Vorlesungen und Seminare stets zum selbstständigen Denken und kritischen Hinterfragen ermutigt wurde.

Ich möchte mich außerdem bei meinem Vater Stefan Lenz bedanken, der mir mit seinem kritischen Geist, seiner vollen Unterstützung und unermüdlichem Enthusiasmus bei der Erstellung der Arbeit zur Seite stand. Dasselbe gilt für Dr. Philipp Osteroth, der mich nicht nur mit hilfreichen Korrekturarbeiten unterstützt hat, sondern mir auch durch die frustrierenden Phasen der Promotion geholfen hat.

Ich danke auch meiner lieben Freundin Mascha Hesse, die weite Teile dieser Arbeit Korrektur gelesen hat und deren Anmerkungen für mich auch in inhaltlichen Fragen hilfreich waren. Für ihre Korrekturarbeiten danke ich außerdem Ann-Sophie Nienhoff, Marieke Michel, Tina Lieb-scher und Urs Klein.

Berlin, März 2017

Hannah Lenz

Inhaltsverzeichnis

Kapitel 1 Grundlagen der Untersuchung	17
A. Einleitung	17
B. Einführung in das Thema	22
C. Ansätze zur Bestimmung des Schutzguts der Jugendschutztatbestände	26
I. Die sexuelle Entwicklung	26
II. Das sexuelle Selbstbestimmungsrecht	29
III. Schutz vor Fremdbestimmung	30
IV. Zusammenspiel von Entwicklung und Schutz vor Fremdbestimmung	30
V. Jugendschutz und Sexuelle Selbstbestimmung	31
D. Stellungnahme	32
E. Normative Konstruktion der sexuellen Selbstbestimmung	36
I. Einwilligung und Willensbildung	39
II. Balance zwischen Schutz und Selbstverwirklichung	42
F. Die Selbstbestimmung Minderjähriger im Recht	44
I. Minderjährige und Einwilligung im Strafrecht	44
1. Einwilligungsfähigkeit in Rechtsprechung und Literatur	45
2. Amelungs Konzept der Einwilligungs(un-)fähigkeit	47
3. Übernahme der Amelung'schen Kriterien?	48
4. Zwischenergebnis	50
II. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht von Kindern und Jugendlichen aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG	50
1. Der Schutz des Kindes	51
2. Jugendliche	55
3. Schutz der Entwicklung zur autonomen Persönlichkeit	55
III. Fazit	56

Kapitel 2 Ein Ansatz zur Bestimmung personaler Autonomie	61
A. Theoretischer Ansatz	61
I. Autonomie – ein Konzept, viele Konzeptionen:	
Grundlagen der Untersuchung	62
1. Die unterschiedlichen Autonomiekonzeptionen	62
2. Autonomie und Selbstbestimmungsfähigkeiten	67
3. Harry Frankfurts hierarchisches Modell	68
II. Die aktuellen Positionen zu personaler Autonomie: Ein erster Überblick	69
1. Internalistische und externalistische Modelle	70
2. Substantivistische und Prozeduralistische Modelle	73
3. Autonomie als Authentizität und Autonomie als Kompetenz	75
B. Weiterer Gang der Untersuchung: Erwachsenenautonomie	77
I. Das hierarchische Modell von Autonomie: Der Ursprung der Debatte	77
1. Handlungsfreiheit und Determinismus	79
a) Die Frankfurt-Style Cases	81
aa) Zwang schließt Verantwortung aus?	82
bb) Entscheidungsfreiheit und Verantwortlichkeit	84
b) Konklusion	85
2. Reflexivität der Wünsche	86
a) Die Person	87
b) Der Getriebene (wanton)	88
c) Die Frage nach dem freien Willen	90
d) Die Normativität der Volitionen	91
e) Willensfreiheit und moralische Verantwortlichkeit	92
3. Zusammenfassung	93
II. Die klassischen Einwände	94
1. Der Regress-Einwand	95
2. Der ab-initio-Einwand	96
3. Das Manipulationsproblem	97
III. Das weitere Vorgehen der Untersuchung	98
1. „Entschiedene Identifikation“	99
a) Vellemans Kritik: Identifikation und Handlungskausalität	101
b) Replik	102

2. „Ambivalenz“ und „Vorbehaltlosigkeit“ (wholeheartedness)	103
3. Zufriedenheit	104
4. „Caring“ oder was uns wirklich am Herzen liegt	106
5. Das Udenkbare und volitionaler Zwang (volitional necessity)	108
6. Liebe und volitionaler Zwang	109
a) Dichotomie der Liebe	110
b) Praktische Normativität der Liebe	110
7. Zwischenergebnis	111
IV. Stellungnahme und erste Implikationen für das Strafrecht	112
1. Allgemeine Vorzüge des hierarchischen Modells	113
2. Übertragung des Konzepts ins Sexualstrafrecht	114
aa) Tugendethik im Strafrecht?	115
bb) Grundsätzlich: Recht und Moral	116
cc) Was ist Tugendethik?	117
b) Einwände gegen die Übertragung	120
c) Lösung	121
V. Erweiterung I: Die soziale Perspektive	124
1. Relational Autonomy: Autonomie im sozialen Kontext	125
a) Prozeduralistische Ansätze vs. substantivistische Ansätze in der Relational Autonomy	126
b) Meyers' Autonomiekompetenz	128
aa) Das authentische Selbst	130
bb) Programmatische und episodische Autonomie	132
cc) Fähigkeiten zur Kultivierung von personaler Autonomie	133
2. Zwischenfazit zu Meyers' Theorie	135
VI. Erweiterung II: Die diachrone Perspektive	135
1. Das historische Modell von Autonomie	136
a) Das sozio-historische Selbst bei Christman	137
aa) Das kontingente, aber nicht aufgelöste Selbst	138
bb) Das narrative Selbst	139
cc) Erinnerungen, Reflexion und Selbstkonstruktion	141
b) Autonomie	143
c) Christmans diachrones Konzept von Autonomie – ein subjektivistisch-prozeduralistischer Ansatz	144
aa) Selbstreflexion und soziale Identitäten	145

bb) Nicht-Entfremdung (non-alienation)	146
cc) Reflexion	147
2. Fazit und weitere Implikationen für die Frage nach strafrechtlicher Autonomie	149
3. Ein weiterer diachroner Aspekt von Autonomie: Bratmans planendes Handlungsvermögen (planning agency)	150
a) Die Parameter des planenden Handlungsvermögens	150
aa) Pläne	151
bb) Intentionen	152
cc) Zulässigkeitsprüfung von Optionen (option admissibility) und unreflektierte Neubewertung (non-reflective reconsideration)	154
b) Pläne, leitende Richtlinien (self-governing policies) und das hierarchische Modell	155
4. Gemeinschaftliches Handlungsvermögen (shared agency)	156
5. Zwischenergebnis	158
VII. Fazit	159
1. Ergebnisse des dargestellten Autonomiediskurses	159
2. Zusammenfassung der dargestellten Positionen	161
C. Sexuelle Autonomie als ein Aspekt eines selbstbestimmten Lebens	164
I. Sexuelle Orientierung vs. sexuelle Handlung	164
II. Die Rahmung sexueller Selbstbestimmung als Teil der personalen Autonomie im Recht	165
1. Autonomie – eine Zuschreibung	166
a) Leitbild der Fiktion	167
b) Einschränkungen der allgemeinen Zuschreibung	169
2. Sexuelle Autonomie als Recht und als Fähigkeit	170
3. Sexuelle Autonomie als Teil eines selbstbestimmten Lebens	172
a) Sozialwissenschaftliche Betrachtung	173
b) Das allgemeine Persönlichkeitsrecht und sexuelle Selbstbestimmung	176
c) Fazit	178

Kapitel 3	Maßstab und Rechtfertigung der Jugendschutztatbestände im Sexualstrafrecht	181
A.	Missachtung des faktischen Willens und das Autonomieprinzip	181
I.	Paternalismus: Erste Kategorisierungen	184
1.	Paternalismus im Recht	186
a)	Was ist ein paternalistisches Gesetz?	188
b)	Paternalismus im Strafrecht	189
2.	Direkter und indirekter Paternalismus	190
3.	Harter und weicher Paternalismus	193
a)	Weicher Paternalismus grundsätzlich unbedenklich?	196
b)	Autonomiekonzeption, weicher Paternalismus und die positive sexuelle Selbstbestimmung	198
II.	Die paternalistische Intention: harm und benefit	200
1.	Das harm principle und Paternalismus	200
2.	Rechtspaternalismus	203
a)	Lord Devlins Rechtsmoralismus	203
b)	Harts Replik	205
c)	Zwischenfazit	207
d)	Rechtsmoralismus und Rechtspaternalismus	208
e)	Einwurf: weicher Paternalismus und Rechtspaternalismus	210
3.	Moralistischer Paternalismus	211
a)	Moralistischer Paternalismus und Perfektionismus	214
b)	Raz' autonomiebasierte Freiheit	216
c)	Zwischenfazit zu Raz' Ansatz	217
d)	Der endorsement-Einwand	219
4.	Zwischenfazit	222
III.	Fazit	223
1.	Gefährdungspaternalismus und die Jugendschutztatbestände	223
2.	Autonomie-orientierter Paternalismus	225
B.	Der strafrechtliche Maßstab: Autonomieverletzung und der Schutz künftiger Rechte	227
I.	Autonomieverletzung vs. künftige Autonomie	227
1.	Das Recht des Kindes auf eine offene Zukunft	228
2.	Das Kriterium der Entfremdung	229
3.	Fazit für den Untersuchungsgegenstand	231
II.	Autonomieunterminierung und die Rechte anderer	231

III. Das Verhältnis zum Jugendschutz	232
1. Die verfassungsrechtliche Dimension des Jugendschutzes	233
a) Schutzpflicht und Ordnungs- und Ausgestaltungsauftrag	235
b) Zwischenfazit	239
2. Der Ansatz Schuhmanns zur inhaltlichen Bestimmung des Jugendschutzes	240
C. Fazit	242
Kapitel 4 Übertragung des Konzepts auf kindliche und jugendliche Protagonisten im Sexualstrafrecht	243
A. Kinder und Abkömmlinge	245
I. Infantile sexuelle Autonomie und die erste starre Altersgrenze	246
1. Die Alternative zur ersten starren Altersgrenze	248
a) Gleichberechtigte Kinder?	249
b) Die Möglichkeit sexueller Emanzipation von Kindern und ihre Folgen	251
2. Begründung der ersten starren Altersgrenze	253
3. Fazit	256
II. Inzest	257
III. Vorläufiges Fazit für den Untersuchungsgegenstand	261
B. Jugendliche	261
I. Begriffsgeschichtlicher Hintergrund und Diversität der Bedeutungen	262
II. Jugendzeit: „Jetzt ist die Zeit der Sexualität“	264
III. Sexuelle Handlungen in einem Erziehungsverhältnis	265
1. Sozialer Sonderraum: Die Schule	266
a) Schule als soziale Institution	267
aa) Der Sozialisationsauftrag	267
bb) Zwischenfazit	269
b) Besonderheiten der Schüler-Lehrer-Beziehung	271
aa) Lehrermacht	271

bb)	Strukturelle Rollenformigkeit der Beziehungen und pädagogische Professionalität	273
(i)	Persönliche und soziale Identität im schulischen Kontext	273
(ii)	Pädagogische Profession	275
(a)	Professionsbegriffe	276
(b)	Zwischenfazit	278
c)	Das Phänomen der Übertragung und die Schule als „triebberaigtes Terrain“	281
aa)	Übertragung	281
bb)	Sexuelle Inhalte und Schule	283
cc)	Persönliche Identität und Sex in der Schule	285
d)	Fazit	286
aa)	Faktoren, die die Selbstbestimmung beeinflussen	287
bb)	Institutionelle Faktoren	289
2.	Abschließende Bewertung: Positive Selbstbestimmung, wenn zur Erziehung anvertraut?	291
a)	Autonomie und die Rechte anderer	291
aa)	Beeinträchtigung der aktuellen Autonomie durch externe Umstände	293
bb)	Künftige Autonomie	295
(i)	Erfahrungen und Sozialisation	295
(ii)	Schlechte Erfahrungen sammeln	296
3.	Fazit: Schutz vor Autonomieunterminierung und Schutz der Institution	298
IV.	Pornographie	300
1.	Konsumentenschutz	301
a)	Jugend, Pornographie und moderne Medien	304
b)	Sozialwissenschaftliche Forschung zu Folgen von Pornographiekonsum	306
aa)	Umgang von Kindern und Jugendlichen mit modernen Medien und dem Internet	308
bb)	Sexuelle Entwicklung und sexuelle Skripts	310
cc)	Aggressionen und einfache Pornographie	311
dd)	Risikomerkmale und Pornographie	313
ee)	Auswirkungen von Pornographie und das Konsumentenprofil	313

c) Fazit zu Pornographiekonsum, Jugendlicher Autonomie und Jugendschutz	318
aa) Kausalität und Korrelation	318
bb) Einschub: Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers	320
cc) Gravierende Auswirkungen?	322
dd) Jugendliche Autonomie und Pornographie	323
2. Kinder und Jugendliche als Darsteller	325
a) Kinder	327
aa) Marktargument	328
bb) Karriereargument	330
cc) Zwischenfazit: Kinder	332
b) Jugendliche als Darsteller	334
aa) Was ist Sexting	335
bb) Sexting, Sexuelle Selbstbestimmung und Pornographie	337
(i) Sexuelle Selbstbestimmung oder Persönlichkeitsrecht?	337
(ii) Sexting und kommerzielle Pornographie	339
c) Fazit für den Untersuchungsgegenstand	341
Kapitel 5 Fazit für den Status Quo der Jugendschutztatbestände	345
A. Sexuelle Handlungen	347
I. Tatbestände, die positive Selbstbestimmungsfähigkeit anerkennen	347
1. Missbrauch von Abhängigkeitsverhältnissen	349
2. Zwischenfazit	350
II. Tatbestände, die positive Selbstbestimmungsfähigkeit negieren	351
III. Die „Lolita-Klauseln“	353
B. Prostitution	357
I. Wertung im Strafrecht	357
II. Exkurs: Prostitution im Zivilrecht	358
III. Legitimer paternalistischer Schutz vor einem Abgleiten in die Prostitution	359
1. Diskurse über Sexarbeit	360
2. Zur rechtlichen und sozialen Situation von Sexarbeiterinnen	362

3. Hintergründe und Motivationen von minderjährigen Prostituierten	364
4. Fazit	367
C. Pornographie	369
I. Allgemeines Pornographieverbot	369
II. Schutzgutverschiebung und Besitzstrafbarkeit	370
1. Exkurs: Persönlichkeitsschutz im Strafrecht	370
a) § 33 KUG und § 201a StGB	371
b) Novellierung des § 201a durch das 49. StÄG	372
aa) Verbesselter Persönlichkeitsschutz durch das 49. StÄG?	373
bb) Gleichbehandlung von Erwachsenen und Kindern in Bezug auf Nacktbilder	375
2. Darstellerschutz und Persönlichkeitsschutz	376
a) Kritische Würdigung von § 201a Abs. 3 StGB	377
b) Besitzstrafbarkeit	378
aa) Allgemeine Begründung von Besitzstrafbarkeit	378
bb) Übertragung auf den Persönlichkeitsschutz bei pornographischen Aufnahmen	379
III. Sexting und Jugendpornographie	380
D. Zusammenfassung der Untersuchung und Fazit	382
Literaturverzeichnis	387

Kapitel 1 Grundlagen der Untersuchung

A. Einleitung

Den Ausschlag für diese Untersuchung hat die Beschäftigung mit der Vergangenheit gegeben: Auf der Suche nach einem Forschungsthema las ich die ersten fünf BGHSt-Bände. Dabei weckten die Entscheidungen mein besonderes Interesse, in denen es um die Sittlichkeitsdelikte gegen Minderjährige ging,¹ namentlich der Missbrauch zur Unzucht, § 174 Nr. 1 a.F.² StGB³, die widernatürliche Unzucht mit einer männlichen Person unter 21, § 175a Nr. 3 a.F.⁴ sowie die schwere Unzucht, § 176 a.F.⁵.

Beim Lesen der Ausführungen des Gerichts zu den Tatbestandsmerkmalen fiel mir auf, dass sich Parallelen zu Auslegungsproblemen ziehen lassen, die sich auch heute noch insbesondere beim Tatbestandsmerkmal der sexuellen Handlung, aber auch bei der Bewertung des Willens der betroffenen Minderjährigen ergeben. Die damaligen Tatbestände, die noch unter dem Schutz der Sittenordnung firmierten, verboten bei Strafe unsittliche Kontakte mit Minderjährigen vor Vollendung des 14. Lebensjahres (§ 176 a.F.), um die „geschlechtliche Reinheit“⁶ des Kindes zu schützen. Auch Erziehungs-, Aufsichts- und Betreuungsverhältnisse waren nach damaliger Rechtslage „von geschlechtlichen Motiven reinzuhalten“⁷, sodass unzüchtige Handlungen mit einer jugendlichen Person (nach damaligem Recht: Person vor Vollendung des 21. Lebensjahres), die zu ihrem Täter in einem entsprechenden Verhältnis stand, strafbar waren, ohne dass es auf den Willen des Opfers ankam. Diese Auslegung artikulierte der BGH besonders deutlich in einer Entscheidung zu § 174 Nr. 1 a.F. („zur Aufsicht

1 Siehe BGHSt 1, 20 (55); 1, 71; 1, 168; 1, 288 (zur Frage, ob die Aufforderung eines Mannes an ein 12-jähriges Mädchen, sich mit ihm Nacktbilder von Frauen anzusehen, eine Beleidigung des Kindes darstellt); 2, 40; 2, 157 (163, insbes. 166); 2, 212; 4, 212; 4, 298; 4, 323; 5, 88.

2 RGBl. I 1943 S. 339.

3 Alle folgenden §§ sind solche des StGB.

4 RGBl. I 1935 S. 841.

5 RGBl. I 1871 S. 127.

6 BGHSt 1, 20 (21).

7 BGHSt 1, 55 (58).

und Ausbildung anvertraut“), in der sich die Richter mit der Frage auseinanderzusetzen hatten, ob eine Minderjährige auch dann im Sinne der Norm zur Unzucht missbraucht worden ist, wenn diese sich „freiwillig hingegeben hat“.⁸ Hierzu wurde ausgeführt, dass die Einwilligung der beteiligten Minderjährigen in der Regel nicht geeignet sei, entsprechenden Handlungen den Charakter des Missbrauchs zur Unzucht zu nehmen. Der BGH argumentierte einerseits systematisch, indem er den § 175a a.F. heranzog. Hier sei es unstreitig, dass es für das Merkmal des sich zur Unzucht missbrauchen Lassens nicht darauf ankomme, ob der duldende Beteiligte sich darauf beruft, dass sein Gebrauch zur Unzucht kein Missbrauch sei, da er sich bereitwillig hingegeben habe. Dann wäre der Bestimmung jede Wirkung genommen. Neben der systematischen Argumentation wurde vor allem der Zweck der Norm herangezogen: Eine entsprechende Auslegung, die zu einer Nichtbeachtung des (faktischen) Willens des Opfers führe, ergebe sich nämlich außerdem aus dem Grundgedanken der Vorschrift des § 174 a.F., nach der Überordnungs- und Betreuungsverhältnisse bestimmter Art von geschlechtlichen Einflüssen rein gehalten und die geschlechtliche Freiheit der abhängigen Person geschützt werden solle.⁹

Während § 175a am 11. Juni 1994 gestrichen wurde,¹⁰ sind der sexuelle Missbrauch von Schutzbefohlenen, das heißt Personen, die in einem Überordnungs- oder Betreuungsverhältnis zum Täter stehen (§ 174), und der sexuelle Missbrauch von Kindern (§ 176) auch nach geltendem Recht unter Strafe gestellt, ohne dass es für die Strafbarkeit auf einen entgegenstehenden Willen des Opfers ankommt. Daneben sind weitere Delikte getreten, die den Schutz Jugendlicher intendieren und bei denen es auf eine Erforschung des Willens der Opfer nicht ankommt.¹¹ Dies wird nicht mehr mit der geschlechtlichen Reinheit des Kindes oder der Reinheit bestimmter Beziehungen von geschlechtlichen Einflüssen um ihrer selbst willen begründet, sondern seit der großen Strafrechtsreform 1973¹² mit dem Schutz der sexuellen Selbstbestimmung. Diese Begründung soll den Ansprüchen eines liberalen, sich auf den Schutz individueller Rechte beschränkenden Strafrechts genügen. In Bezug auf die Jugendschutztatbe-

⁸ BGHSt 1, 71.

⁹ BGHSt 1, 71 (72 f.).

¹⁰ 29. StrÄndG, BGBl. I, 1168.

¹¹ Siehe hierzu Kapitel 5A.II und Kapitel 5B.

¹² Viertes Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 23. November 1973 (4. StrRG), BGBl. I, 1725.

stände¹³ kommt es dabei nach wie vor nicht auf den Willen der betroffenen Minderjährigen an, sondern bestimmte Verhaltensweisen mit ihnen oder ihnen gegenüber werden kriminalisiert, auch wenn sie mit einer „faktischen Zustimmung“¹⁴ des Minderjährigen vorgenommen worden sind. Das Ergebnis ist demnach dasselbe wie damals, als es noch im Dienst der Sittenordnung begründet wurde. Damit soll nicht angedeutet werden, dass eine Renaissance der Sittenordnung im Strafrecht zu verzeichnen ist. Bloß kann man sich fragen, wie heute die Missachtung des faktischen Willens einer (minderjährigen) Person mit der Respektierung ihrer Selbstbestimmung argumentativ zu vereinbaren ist. Seit den ersten Entscheidungen des BGH war der Schutz Minderjähriger im Sexualstrafrecht Gegenstand zahlreicher Gesetzgebungsmaßnahmen, die einen umfänglichen Schutz der sexuellen Selbstbestimmung bzw. der sexuellen Entwicklung Minderjähriger als Kinder, in Betreuungsverhältnissen, im Zusammenhang mit Pornographie und im Hinblick auf Prostitution gewährleisten sollen. In Anbetracht der, man könnte sagen: Kontinuität der Tatbestände und Auslegungsziele, die sich trotz umfangreicher Reformen erhalten haben, stellt sich die Frage, inwiefern die heute vorgebrachten Begründungen und Schutzerwägungen, die auf dem Schutzgut der sexuellen Selbstbestimmung basieren, bei den Jugendschutztatbeständen tatsächlich greifen.¹⁵

Die erste Frage, die man sich in diesem Zusammenhang stellen kann, lautet: Was bedeutet eigentlich das vielzitierte, den 13. Abschnitt firmierende Schutzgut der „sexuellen Selbstbestimmung“? Recherchen in diese Richtung finden bald ihr jähes Ende, da es sich, so *Tatjana Hörnle*, in der deutschen Literatur um einen „erstaunlich untertheoretisierten Begriff“ handelt.¹⁶ Der Gesetzgeber hat die Frage offen gelassen, weshalb im Rah-

13 Der Begriff der Jugendschutztatbestände wird im Folgenden in Anlehnung an *Hörnle* deskriptiv verwendet; das heißt als Sammelbegriff für alle Tatbestände, die ein minderjähriges Opfer voraussetzen. Über den Schutzzweck der einzelnen Vorschriften ist mit dieser Bezeichnung noch nichts gesagt, siehe LK/*Hörnle*, Vor § 174 Rn. 45.

14 Hier wird bewusst der Begriff der Einwilligung bzw. des Einverständnisses vermieden. Siehe dazu und zur Unterscheidung faktischer und normativer Wille Kapitel 1E.I.

15 Als weiteres Beispiel einer solchen Kontinuität kann diesem Zusammenhang auch der § 180 Abs. 1 Nr. 2 angeführt werden, der aus dem alten Kuppeleitatbestand stammt und einem modernen Jugendschutz nur teilweise gerecht wird, siehe LK/*Hörnle*, § 180 Entstehungsgeschichte, Rn. 1.

16 *Hörnle*, ZStW 127 (2015), 851.

men des Gesetzgebungsverfahrens zum 4. StrRG um diesen Begriff heftige Debatten geführt wurden.¹⁷ Insbesondere in Bezug auf die Tatbestände, die Minderjährige oder nur den „Jugendschutz“ betreffen, wurde bezweifelt, dass diese mit der Abschnittsüberschrift überhaupt vereinbar seien.¹⁸ Wer sich mit den Jugendschutztatbeständen im Speziellen auseinandersetzen will, findet zahlreiche Beiträge zum Tatbestand des Kindesmissbrauchs, die sich mit den dogmatischen Problemen des § 176 auseinandersetzen.¹⁹ Auch die Pornographiedelikte sind ein beliebter Gegenstand juristischer Auseinandersetzungen.²⁰ Eine systematische Untersuchung der Jugendschutztatbestände und der ihnen zugrunde liegenden Prämissen gibt es nicht. Vor allem die Tatbestände, die in erster Linie Jugendliche (Personen zwischen 14 und 18 Jahren) schützen sollen, werden in der Literatur stiefmütterlich behandelt.²¹

Ein weiterer Begriff, der im Rahmen der Jugendschutztatbestände eine zentrale Rolle bei der Begründung der Strafbarkeit spielt, ist der des Jugendschutzes. Er wird kumulativ oder allein herangezogen, um die besondere Schutzwürdigkeit von Minderjährigen gegenüber Erwachsenen zu begründen. Jedoch gibt es auch hierzu keine eindeutige Definition, die deutlich macht, *warum genau bzw. was genau* an der Jugend schützenswert ist.²² Das Ziel dieser Arbeit ist daher, sich grundlagenorientiert mit der Legitimation der Jugendschutztatbestände unter dem Aspekt „Schutz der se-

17 Siehe hierzu bei Sick, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht, S. 80 f.

18 Sick, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht, S. 81.

19 Siehe Bezjak, Grundlagen und Probleme des Straftatbestandes des sexuellen Missbrauchs von Kindern gem. § 176 StGB, 2015; Gnüchtel, Jugendschutztatbestände im 13. Abschnitt des StGB, 2013; Frühsorger, Der Straftatbestand des sexuellen Kindesmissbrauchs gemäß § 176 StGB, 2011; Ilg, Der strafrechtliche Schutz der sexuellen Selbstbestimmung des Kindes, 1997; Wilmer, Sexueller Missbrauch von Kindern: Empirische Grundlagen und Kriminalpolitische Erwägungen, 1996.

20 Renzikowski, FS Beulke, S. 521-533; Wieduwilt, Maßnahmen gegen den Konsum von Kinder- und Jugendpornographie: Besitzstrafbarkeit, Konsumstrafbarkeit und Zugangerschwerung, 2013; Palm, Kinder- und Jugendpornographie im Internet: eine materiell-rechtliche Untersuchung der Rechtslage in Deutschland, 2012; Geiger, Auswirkungen europäischer Strafrechtsharmonisierung auf nationaler Ebene: eine rechtsvergleichende Untersuchung am Beispiel des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie, 2012; Greco, RW 2011, 275-302; Hörnle, NJW 2008, 3521-3525; Harms, NSTz 2003, 646-650; König, Kinderpornografie im Internet, 2003.

21 So auch Hörnle, FS Schöch, S. 402 f., 405.

22 Krit. auch Fischer, StGB-Kommentar, § 184 Rn. 2.

xuellen Selbstbestimmung“ auseinanderzusetzen. Von besonderem Interesse wird dabei sein, inwieweit die pauschale Ausklammerung des faktischen Willens von Minderjährigen in bestimmten Kontexten gerechtfertigt ist. Dies ist insbesondere für die Konstellationen relevant, in denen eine faktische Zustimmung vorliegt, da in diesen Fällen die Begründung „Schutz der sexuellen Selbstbestimmung“ auf den ersten Blick paradox scheint. Da die Tatbestände diese Außerachtlassung des faktischen Willens damit begründen, dass dies zum Schutz der Minderjährigen geschehe, handelt es sich um den Ausdruck einer paternalistischen Intention. Inwieweit paternalistische Intentionen im Sexualstrafrecht zulässig sind, ist bis jetzt noch nicht erörtert worden. Dieses Defizit soll im Rahmen der vorliegenden Untersuchung ausgeglichen werden.²³ Den Untersuchungsschwerpunkt dieser Arbeit bilden mithin nicht die Ablehnungskonstellationen, sondern es soll vor allem aus rechtstheoretischer Perspektive die Frage beantwortet werden, inwieweit in den Fällen, in denen Handlungen mit dem Willen eines Minderjährigen vorgenommen werden, dennoch ein strafbewehrtes Verbot legitim sein kann.

Dabei soll nicht in Frage gestellt werden, *dass* Minderjährige eines weitergehenden Schutzes im Sexualstrafrecht bedürfen als Erwachsene. Es soll jedoch der Versuch unternommen werden, anhand einer inhaltlichen Bestimmung der sexuellen Selbstbestimmung und im Wege der interdisziplinären Auseinandersetzung mit den Annahmen über Sexualität, die den Jugendschutztatbeständen zugrunde liegen, die Jugendschutztatbestände kritisch zu untersuchen. Das heißt es wird um die Frage gehen, *wie* Minderjährige im Sexualstrafrecht zu schützen sind.

Aufgrund der oben beschriebenen Diskrepanz zwischen der Literatur, die Kinder als Schutzobjekte behandelt und der Literatur, die sich spezifisch mit den Jugendschutztatbeständen auseinandersetzt, die Jugendlichen erfassen,²⁴ wird diese Arbeit den Schwerpunkt auf die Untersuchung von jugendlichen Opfern legen. Anders als bei Kindern reicht für die Begründung des spezifischen Schutzes von Jugendlichen der Verweis auf den kategorischen Unterschied zwischen kindlicher und erwachsener Sexualität nicht aus. Es bedarf daher im Zusammenhang mit Jugendlichen vor allem

23 Hörnle sieht es als eine Aufgabe für die zeitgenössische Strafrechtswissenschaft, sich damit auseinanderzusetzen, wann paternalistische Logik überzeugt und wann nicht, *dies.*, ZStW 127 (2016), 851, 860.

24 Siehe Fn. 20.

einer kontextspezifischen Untersuchung, um Gefahren für die sexuelle Selbstbestimmung Jugendlicher auszumachen.²⁵

B. Einführung in das Thema

Der 13. Abschnitt des StGB enthält zahlreiche Tatbestände, die dem Schutz von Kindern (Personen bis zur Vollendung des 14. Lebensjahres) und Jugendlichen (Personen zwischen 14 und 18 Jahren) dienen. Während der Schutz von Kindern im Sexualstrafrecht umfassend sein soll, haben die Regelungen zum Schutz Jugendlicher bewusst einen fragmentarischen Charakter.²⁶

Die Sexualdelikte waren in den letzten Jahrzehnten häufig Gegenstand von Reformen, wobei als Konstante der gesetzgeberischen Motive die durch das 4. StrRG 1973 eingefügte Abschnittsüberschrift „Straftaten gegen die Sexuelle Selbstbestimmung“ gelten kann.²⁷ Mit der damals durchgeführten Reform sei ein Paradigmenwechsel²⁸ vollzogen worden, indem nicht mehr der vormals benannte „Schutz der Sittenordnung“ mit den zentralen Begriffen der „Unzucht“ und der „unzüchtigen Handlung“ als Schutzgut fungieren sollte. Strafrechtliche Sanktionen sollten sich fortan darauf gründen, dass Handlungen der sexuellen Selbstbestimmung anderer zuwider laufen oder sozial schädlich und deshalb strafwürdig sind.²⁹ Dies war die notwendige Umsetzung eines modernen und liberalen personalen Rechtsgutskonzepts, nach dem die individuelle Person mit ihren Interessen im Mittelpunkt der Rechtsordnung steht.³⁰ Es sollte hingegen nicht mehr Aufgabe des Strafrechts sein, bloße Moralwidrigkeiten zu bestrafen bzw.

25 So auch Hörnle, ZStW 127 (2015), 851, 876.

26 NK/Frommel, Vor §§ 174 ff Rn. 1; Hörnle, Das Opfer schützen, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 7. April 2010, S. 2.

27 Vgl. Bottke, FS Otto, S. 535: Die Abschnittsüberschrift firmiere alle in den §§ 174 ff. StGB aufgeführten Straftaten und sei seither von allen folgenden Reformen unberührt geblieben.

28 Klingbeil, in: Asholt et al. (Hrsg.), Grundlagen und Grenzen des Strafens, S. 119.

29 Bottke, FS Otto, S. 525; Dreher, JR 1974, 45-57, insb. 46; Hanack, NJW 1974, 1-9.; Horstkotte, JZ 1974, 84-90; Laufhütte, JZ 1974, 46-52, insb. 47; Sturm, JZ 1974, 1-7, insb. 4 f.

30 Zum personalen Rechtsgutsbegriff siehe Rönna, Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht, S. 49 ff.

eine bestimmte Sozialethik zu schützen.³¹ Dabei war die endgültige Fassung der Abschnittsüberschrift während des Gesetzgebungsverfahrens heftig umstritten. Viele Zeitgenossen des 4. StrRG waren der Auffassung, dass die Abschnittsüberschrift „Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung“ zu eng gefasst sei und einen großen Teil der Delikte des 13. Abschnitts gar nicht erfasse – insbesondere die Tatbestände, die vor sexueller Belästigung schützen sollen und die ausschließlich den Jugendschutz erfassen.³²

Abgesehen von diesem Vorsatz legislatorischer Tätigkeit lässt sich bei den zahlreichen Gesetzesänderungen und –neuerungen im 13. Abschnitt keine einheitliche und systematische Linie ausmachen.³³ Die folgenden, nach *Wilfried Bottke* als „hastig“ und „konzeptionell gegenläufig“ zu bezeichnenden³⁴ Änderungen des 13. Abschnitts in den letzten Jahrzehnten³⁵ haben insbesondere in Bezug auf die Jugendschutztatbestände einen Status Quo hinterlassen, der keine Stringenz, keine einheitliche Systematik eines dahinter stehenden Schutzkonzepts erkennen lässt.³⁶ Der Grund hierfür mag darin liegen, dass die zu schützende Personengruppe – Kinder und Jugendliche – und der spezifische Kontext der Sexualität Minderjähriger, bzw. des Missbrauchs Minderjähriger eine hohe politische Brisanz birgt, die sich in kurzfristigen Reaktionen des Gesetzgebers auf gesellschaftliche Empörungen entladen hat. Dies konnte zuletzt an der Edathy-Affäre nach-

31 *Sick/Renzikowski*, FS Schroeder, S. 603.

32 *Sick*, Sexuelles Selbstbestimmungsrecht, S. 81; *Laubenthal*, Sexualstraftaten, Rn. 29; *Sturm*, JZ 1974, 1, 4; *Dreher*, JR 1974, 45, 46.

33 *MK/Renzikowski*, Vor § 174 Rn. 12 spricht von einem „Chaos“, das seit langem erfolglos beklagt werde.

34 *Bottke*, FS Otto, S. 535.

35 Reformen seit 1974: 26. StÄG v. 14. Juli 1992 (Menschenhandel) (BGBl. I S. 1255); 27. StÄG v. 23. Juli 1993 (Kinderpornographie) (BGBl. I S. 1346); 29. StÄG v. 31. Mai 1994 (BGBl. I S. 1168); 30. StÄG v. 23. Juni 1994 (BGBl. I S. 1310); 33. StÄG v. 1. Juli 1997 (BGBl. I S. 1607); 37. StÄG v. 11. Februar 2005 (BGBl. I S. 239); 6. StrRG v. 26. Januar 1998 (BGBl. I S. 164); Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten v. 26. Januar 1998 (BGBl. I S. 160); SexualdelÄndG v. 27. Dezember 2003 (BGBl. I S. 3007); Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates der Europäischen Union zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie v. 31. Oktober 2008 (BGBl. I S. 2149); 49. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht vom 21. Januar 2015 (BGBl. I, S. 10).

36 *MK/Renzikowski*, Vor § 174 Rn. 12.

vollzogen werden. Hier lässt sich auch ein verstärktes In-den-Fokus-Rücken von Opferschutzgesichtspunkten einordnen, das sicher auch für die supranationalen und internationalen Einflüsse auf das deutsche Sexualstrafrecht eine Rolle spielte.³⁷

Um konzeptionelle und systematische Klarheit zu gewinnen, liegt der Gedanke nahe, sich das Verhältnis der einzelnen Jugendschutztatbestände zum Schutzgut des 13. Abschnitts, der sexuellen Selbstbestimmung, vor Augen zu führen. Der Begriff der sexuellen Selbstbestimmung als Schutzgut betont vor allem das liberale Grundverständnis einer Gesellschaft, die den Schutz der individuellen Freiheit in den Vordegrund stellt. Und Freiheit meint in diesem speziellen Zusammenhang insbesondere die Freiheit, selbst zu entscheiden, wann, wo und mit wem sexuelle Kontakte stattfinden sollen.³⁸ In Bezug auf die Jugendschutztatbestände ist jedoch festzustellen, dass den minderjährigen Protagonisten gerade diese (positive) Freiheit nicht zugestanden wird. Die Jugendschutztatbestände fallen vielmehr in mehreren Kontexten ein Unrechtsurteil über minderjährige Sexualität, z.B. wenn sexuelle Handlungen mit einer Erziehungsperson vorgenommen werden, wenn sie gegen Entgelt vorgenommen werden oder wenn ihnen Vorschub geleistet wird. Straffbar sind dann freilich nicht die Minderjährigen selbst, sondern ihre erwachsenen Partner. Dennoch sprechen diese Konstruktionen ein Urteil über jugendliche Sexualität, die nach Auffassung des Gesetzgebers bestimmten „Herausforderungen“ nicht gewachsen ist, weshalb sexuelle Handlungen mit ihnen unter bestimmten Voraussetzungen strafwürdiges Unrecht darstellen. Ähnlich sieht es mit der Konfrontation Jugendlicher mit sexuellen Inhalten aus – gemeint ist das in § 184 geregelte Verbreitungsverbot von einfacher Pornographie.

37 Insbesondere der Rahmenbeschluss des Rates der Europäischen Union zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie v. 22. Dezember 2003 (ABl. EU Nr. L 33 S. 44), der durch das Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates der Europäischen Union zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie v. 31. Oktober 2008 ins deutsche Recht umgesetzt wurde, sowie das Übereinkommen des Europarates über „die Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häusliche Gewalt“ (sog. Istanbul-Konvention), in Kraft getreten am 1. August 2014.

38 MK/Renzikowski, Vor § 174 Rn. 8; Fischer, StGB-Kommentar, Vor § 174 Rn. 5; Schönke/Schröder/Eisele, Vorbem. §§ 174 ff. Rn. 1b; Pott, KritV 1999, 91, 107; Schulhofer, Unwanted Sex, S. 99; Sick, ZStW 103, 43, 51.

Der strafrechtliche Schutz Minderjähriger im 13. Abschnitt des StGB wird in weiten Teilen der Literatur damit begründet, dass diese in ihrer sexuellen bzw. ihrer Gesamtentwicklung zu schützen, und somit vor schädlichen Einwirkungen zu bewahren sind.³⁹ Aus generalpräventiven Gründen kommt es dabei nicht auf das tatsächliche Eintreten von negativen Folgen an.⁴⁰ Dieser Ansatz lässt sich nicht ohne Weiteres unter das oben beschriebene Verständnis von sexueller Selbstbestimmung subsumieren, das sich gleichsam auf den Aspekt der individuellen Selbstverwirklichung konzentriert (diese an Art. 2 Abs. 1 GG angelehnte Assoziation dürfte in der Tat das sein, was den meisten in den Sinn kommt, wenn sie den Begriff der sexuellen Selbstbestimmung hören). Bei Kindern und Jugendlichen wird daher auch teilweise von der „Freiheit vor Fremdbestimmung“⁴¹ oder „fragiler Selbstbestimmung“⁴² gesprochen. Weiterhin soll zwischen faktischem Willen und normativ wirksamem Willen, zwischen positiver und negativer Selbstbestimmung zu differenzieren sein.⁴³

Im Folgenden sollen zunächst die unterschiedlichen Positionen dargestellt werden, die zur näheren Bestimmung des Schutzguts der Jugendschutztatbestände in der Literatur vertreten werden. Im Anschluss soll einer dieser Ansätze als praktikabler Ausgangspunkt für den weiteren Fortgang dieser Untersuchung gewählt und sodann weiter ausdifferenziert werden. Anhand dessen sollen die Maßstäbe der Jugendschutztatbestände später kritisch untersucht werden. Dies wird zum einen den Kontext der kindlichen Sexualität betreffen, sowie die Frage, ob und inwieweit die Jugendschutztatbestände tatsächlich das Bild des, wie *Schetsche* sagt, *verkindlichten Jugendlichen*⁴⁴ zeichnen, und wenn ja, ob dies eventuell gerechtfertigt ist. Aus einem weiteren Blickwinkel betrachtet, wird es hier außerdem um die Frage gehen, inwieweit eigentlich tatsächlich noch davon gesprochen werden kann, dass das Sexualstrafrecht den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung bewirken will.

39 BT-Drucks. VI/1552 S. 9; BT-Drucks. VI/3521 S. 34; *Bezjak*, Grundlagen und Probleme des § 176 StGB, S. 101 f.

40 NK/*Frommel*, Vor §§ 176 ff Rn. 1, die zwar nicht auf das Eintreten von Schäden abstellt, sondern auf die Frage der Einwilligungsfähigkeit. Gemeint ist jedoch dasselbe, nämlich, dass aus generalpräventiven Gründen auf eine nähere Untersuchung des kindlichen Opfers verzichtet werden kann und soll.

41 NK/*Frommel*, § 176 Rn. 10; LK/*Hörnle*, Vor § 174 Rn. 28.

42 LK/*Hörnle*, Vor § 174 Rn. 40. Dagegen NK/*Frommel*, Vor § 174 Rn. 2.

43 LK/*Hörnle*, § 176 Rn. 3 f.; NK/*Frommel*, § 176 Rn. 10.

44 *Schetsche*, MSchKrim 1994, 201, 202.

C. Ansätze zur Bestimmung des Schutzguts
der Jugendschutztatbestände

Es wurde bereits angedeutet, dass das Schutzgut der sexuellen Selbstbestimmung in der Literatur verschiedene inhaltliche Bestimmungen erfährt. Als erste grobe Einteilung kann in diesem Zusammenhang zwischen normativen und empirischen Ansätzen unterschieden werden. Während diejenigen, die eine normative Konstruktion des Schutzguts befürworten, das Unrecht von sexualbezogenem Verhalten gegenüber Minderjährigen in der Verletzung des Selbstbestimmungsrechts sehen, betonen die Vertreter des empirischen Ansatzes, dass sexuelle Handlungen mit Kindern und Jugendlichen in bestimmten Konstellationen empirisch nachweisbar negative Auswirkungen auf ihre sexuelle Entwicklung haben können. Teilweise werden auch beide Ansätze nebeneinander bemüht.⁴⁵ Im Folgenden sollen zunächst die unterschiedlichen Ansätze dargestellt werden.

I. Die sexuelle Entwicklung

Die Vertreter des empirischen Lagers stellen zum einen auf die „(ungestörte) sexuelle Entwicklung“ von Personen als Schutzgut der Jugendschutztatbestände ab.⁴⁶ Allen Jugendschutzvorschriften liege demnach das Anliegen zugrunde, dass Jugendliche vor schädlichen Einflüssen auf ihre sexuelle Entwicklung geschützt werden müssen. Der Gesetzgeber habe eine generelle „Jugendschutzzone“⁴⁷ errichten wollen, die sich erst mit Überschreiten bestimmter Altersgrenzen für jeden Einzelnen auflöse.

Teilweise ist in diesem Zusammenhang auch statt von der sexuellen Entwicklung von der Gesamtentwicklung des Kindes die Rede, die vor se-

45 Laubenthal, Sexualstraftaten, Rn. 94, 97; NK/Frommel, §§ 180, 180a Rn. 12; Schönke/Schröder/Eisele, Vorbem. §§ 174 ff. Rn. 1b, § 174 Rn. 1, § 176 Rn. 1a, § 180 Rn. 1.

46 BGHSt 38, 68 (69); 45, 131 (132); 52, 31 (34); 53, 118 (119); BGH StV 2002 74, 75; NSTZ-RR 2004 41; LK/Hörnle, Vor § 174 Rn. 34; NK/Frommel, § 176 Rn. 10; Gössel, Sexualstrafrecht, § 6 Rn. 1; Lackner/Kühl, § 174 Rn. 1; Moletkin, NSTZ 1992, 179; Schroeder, FS Welzel, S. 870; Laubenthal, Sexualstraftaten, Rn. 97, 427; Frühsorger, Kindesmissbrauch, S. 17.

47 Laubenthal, Sexualstraftaten, Rn. 428.

xueller Korruption zu schützen sei.⁴⁸ Diese Formulierung stellt jedoch keine vom empirischen Ansatz zu unterscheidende Spielart dar.⁴⁹ Vielmehr beziehen auch diejenigen, die sich auf die sexuelle Entwicklung beziehen, das gesamte Spektrum psychischer Schäden mit ein, nicht nur die psychosexuellen Auswirkungen.⁵⁰ Daher ist es, in Anlehnung an *Hörnle*, sogar vorzugswürdig, sich ausschließlich auf den Begriff der Gesamtentwicklung zu beziehen, da immer das gesamte Spektrum psychischer Auswirkungen gemeint ist.⁵¹ Der empirische Ansatz wird hier dennoch unter dem Begriff „Schutz der sexuellen Entwicklung“ behandelt, da dies noch die gängigere Formulierung ist.

Der empirische Ansatz stellt gewissermaßen eine Erweiterung des Individualrechtsgüterschutzes dar, indem bei den Jugendschutztatbeständen wegen der Schutzaltersgrenzen aus generalpräventiven Gründen nicht mehr auf die konkrete Verletzung eines Rechts(guts) – des Selbstbestimmungsrechts – abgestellt wird.⁵² Da außerdem auf die Feststellung von Schäden im Einzelfall verzichtet wird, bedingt diese Ansicht denn auch, dass alle Jugendschutzvorschriften als abstrakte Gefährungsdelikte einzustufen sind.⁵³ Diese inhaltliche „Ausdehnung“ des Schutzguts des 13. Abschnitts könnte einen gewissen Anknüpfungspunkt im Wortlaut des § 184h⁵⁴ finden, der das Tatbestandsmerkmal der sexuellen Handlung davon abhängig macht, dass die Handlungen „im Hinblick auf das jeweils

48 *Bezjak*, Grundlagen und Probleme des § 176 StGB, S. 103; *Schroeder*, FS Welzel, S. 870; *Wilmer*, Sexueller Missbrauch, S. 25; *Ilg*, Sexuelle Selbstbestimmung des Kindes, S. 39; *Laubenthal*, Sexualstraftaten, Rn. 427; *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, Strafrecht BT, § 10 Rn. 4; BGHSt 29, 336 (340); BGH, StV 1989, 432; BGH, NJW 2000, 3726; BGH, NStZ-RR 2010, 239, 240.

49 Anders bei *Bezjak*, Grundlagen und Probleme des § 176 StGB, S. 103.

50 Nach *Schönke/Schröder/Eisele*, § 176 Rn. 1a, wird von § 176 die „ungestörte sexuelle Entwicklung von Personen unter 14 Jahren im Hinblick auf eine Beeinträchtigung ihrer Gesamtentwicklung“ geschützt.

51 LK/*Hörnle*, § 176 Rn. 1 f.

52 NK/*Frommel*, Vor §§ 174 ff Rn. 1.

53 *Schönke/Schröder/Eisele*, Vorbem. §§ 176 ff. Rn. 1b; *Laubenthal*, Sexualstraftaten, Rn. 428; *Frühstorger*, Kindesmissbrauch, S. 16; *Ilg*, Sexuelle Selbstbestimmung des Kindes, S. 39.

54 Fassung aufgrund des 49. Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuches vom 27. Januar 2015 - Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht vom 21.01.2015, BGBl. I, S. 14.

geschützte Rechtsgut von einiger Bedeutung“⁵⁵ sind. Diese Formulierung könnte nahelegen, dass sich das sexuelle Selbstbestimmungsrecht, als *im weiteren Sinne* verstandenes Schutzgut,⁵⁶ an die jeweiligen Anforderungen der es konkretisierenden Tatbestände anpassen lässt.⁵⁷

Für dieses Verständnis der sexuellen Selbstbestimmung lassen sich die zahlreichen Studien zu den Auswirkungen von sexuellem Missbrauch in der Kindheit anführen; insbesondere bei kindlichen Opfern können als unmittelbare Folge psychische Beeinträchtigungen und Auffälligkeiten auftreten.⁵⁸ Die Gefahr einer *dauerhaften* Beeinträchtigung der Opfer wurde zwar lange kritisch beurteilt,⁵⁹ mittlerweile könne jedoch auf zahlreiche Studien verwiesen werden, die jedenfalls für kindliche Opfer die Schädlichkeit solcher Erfahrungen belegen.⁶⁰

Gegen diese empirische Konkretisierung des Schutzguts lassen sich zunächst folgende Einwände vorbringen: Zum einen lassen sich die Studien zu den Auswirkungen von Missbrauchserfahrungen im Kindesalter nicht ohne Weiteres auch auf jugendliche Opfer übertragen.⁶¹ Zum anderen kann in bestimmten Konstellationen das Unrecht einer Handlung nicht allein mit dem Verweis auf negative Auswirkungen auf die Entwicklung nachvollziehbar begründet werden. Gemeint sind vor allem die Fälle, in denen Täter sexuelle Handlungen an Säuglingen oder schlafenden Kindern vornehmen.⁶² Denn um schädliche Wirkung zu entfalten, muss die Handlung von dem Opfer überhaupt wahrgenommen werden.

55 Zum Merkmal der Erheblichkeit hat der BGH jüngst noch einmal seine Rspr. und die herrschende Auffassung bestätigt, dass es hierfür nicht darauf ankommt, ob das Opfer den sexuellen Charakter der Handlung erkennt, Urteil vom 10. März 2016 – 3 StR 437/15, Rn. 8 (bisher nicht veröffentlicht).

56 Zur Unterscheidung der Sexuellen Selbstbestimmung im weiteren und engeren Sinne siehe *Laubenthal*, Sexualstraftaten, Rn. 30, 94 ff.

57 So auch *Schönke/Schröder/Eisele*, Vorbem. §§ 174 ff. Rn. 1a.

58 BT-Drucks. VI/3521, S. 34 f.

59 BT-Drucks. VI/3521, S. 35; *LK/Hörnle*, Vor § 174 Rn. 35; *Ilg*, Sexuelle Selbstbestimmung des Kindes, S. 57.

60 *LK/Hörnle*, Vor § 174 Rn. 35 f. Siehe zu den Folgen sexuellen Missbrauchs etwa *Amann/Wipplinger* (Hrsg.), Sexueller Missbrauch, Abschnitt IV. Folgen.

61 *LK/Hörnle*, Vor § 174 Rn. 37.

62 *Sick/Renzikowski*, FS Schroeder, S. 607. Auch in diesen Fällen noch auf die sexuelle Entwicklung abstellend BGHSt 38, 68 m. Anm. *Moletkin*, NSTZ 1992, 179.

II. Das sexuelle Selbstbestimmungsrecht

Neben den bereits dargestellten Einwänden gegen den empirischen Ansatz wird außerdem angeführt, dass die sexuelle Entwicklung kein Anknüpfungspunkt für die Strafbarkeit von sexuellen Handlungen gegenüber Minderjährigen sein könne. Die Entwicklung eines jeden Menschen verlaufe unterschiedlich, und der Verarbeitungsprozess eines sexuellen Übergriffs werde durch verschiedene und höchst individuelle Faktoren beeinflusst.⁶³ Es komme etwa darauf an, wie intensiv der Einbruch in die Intimsphäre durch die Handlung ausfalle, welches Alter und welche Persönlichkeitsstruktur das Kind habe und in welchem familiären Umfeld es aufwache. Zudem wird darauf hingewiesen, dass verwertbare sozialwissenschaftliche Erkenntnisse dazu fehlen, wie *eine ungestörte sexuelle Entwicklung* verläuft.⁶⁴ Aus diesem Grund gehen die Vertreter des normativen Lagers⁶⁵ davon aus, dass Kinder und Jugendliche grundsätzlich – ganz wie Erwachsene auch – Träger des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung seien. Zu ihrem eigenen Schutz spreche das Gesetz Minderjährigen jedoch unter bestimmten Voraussetzungen die Fähigkeit ab, dieses Recht wirksam auszuüben.

Ein Kind kann nach dieser Auffassung schon keine normativ wirksame Zustimmung⁶⁶ zu sexuellen Handlungen erteilen, mithin sein *positives Selbstbestimmungsrecht* nicht wirksam ausüben, sodass der Täter das *Abwehrrecht* des Kindes gegen ungewollte Kontakte verletzt, wenn er dennoch sexuelle Handlungen vornimmt. Auf diese Weise kann z.B. auch die Strafbarkeit von Übergriffen an schlafenden Kindern und Säuglingen begründet werden, weil sie mangels wirksamer Zustimmung das Selbstbestimmungsrecht als Abwehrrecht verletzen. Es lässt sich aber auch die Strafbarkeit der Konstellationen besser begründen, in denen ein ju-

63 MK/Renzikowski, Vor § 174 Rn. 28; Sick/Renzikowski, FS Schroeder, S. 606 f., 611 f.

64 Sick/Renzikowski, FS Schroeder, S. 607. Siehe hierzu Volbert, in: Amann/Wipplinger (Hrsg.), Sexueller Missbrauch, S. 454.

65 Zu diesem Lager zählen BGH NStZ-RR 2013, 204, 205; MK/Renzikowski, § 176 Rn. 1 f.; LK/Hörnle, § 176 Rn. 3; Sick/Renzikowski, FS Schroeder, S. 603, 606 f.; Sick, ZStW 1991 (103), 49 ff.; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT Teilbd. 1, § 17 IV Rn. 15.

66 Zum Begriff der Zustimmung siehe Fn. 109.

gendliches Opfer faktisch mit dem Sexualkontakt einverstanden ist, jedoch normative Gründe für eine Kriminalisierung sprechen.⁶⁷

III. Schutz vor Fremdbestimmung

Einen weiteren Ansatz zur Bestimmung des Schutzguts wählt *Monika Frommel*, die ausschließlich auf den Schutz vor Fremdbestimmung abstellt.⁶⁸ Sie hält den Vertretern des normativen Lagers entgegen, dass im Strafrecht einer Personengruppe nicht generalisiert anhand von Schutzaltersgrenzen die Einwilligungsfähigkeit abgesprochen werden könne. Es komme vielmehr auch im Sexualstrafrecht auf die natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit, mithin auf den faktischen Willen des Opfers im Einzelfall, an. Aus diesem Grund müsse die Rechtsordnung bestimmten Berufsgruppen – als potentiellen Tätern von Missbrauchsdelikten – besondere Pflichten auferlegen, deren Verletzung ein Indikator für Missbrauch sein soll. Auf diese Weise würden die Missbrauchsdelikte zu Pflichtdelikten umdefiniert, die nach *Frommel* durch einen effektiven Opferschutz in den außerstrafrechtlichen Rechtsgebieten und durch verbesserte Missbrauchspräventionskonzepte flankiert werden sollen.⁶⁹

IV. Zusammenspiel von Entwicklung und Schutz vor Fremdbestimmung

Jörg Eisele stellt auf ein Nebeneinanderstehen von sexueller Selbstbestimmung als Abwehrrecht von Minderjährigen und ihrer Gesamtentwicklung ab.⁷⁰ Der Begriff der Selbstbestimmung im Sexualstrafrecht erschöpft sich hiernach in der Standarddefinition der Einwilligungsfähigkeit, und zwar der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit.⁷¹ Da Kinder und Jugendliche die individuellen Voraussetzungen an die normativen Kriterien der Einwilligungsfähigkeit nicht erfüllen, werden sie nach *Eisele* durch sexuelle Handlungen in ihrem Abwehrrecht verletzt. Der Begriff der sexuellen Selbstbestimmung sei jedoch im Hinblick auf die Jugendschutztatbestände

67 Zu paternalistischen Begründungen siehe vorerst sogleich bei Kapitel 1E.

68 NK/*Frommel*, Vor §§ 176 ff Rn. 2.

69 NK/*Frommel*, Vor §§ 176 ff Rn. 2

70 Schönke/Schröder/*Eisele*, Vorbem. §§ 174 ff. Rn. 1b.

71 Siehe dazu Kapitel 1F.I.1.