

Prof. Dr. Wolfgang Mitsch
Universität Potsdam
Juristische Fakultät
Lehrstuhl für Strafrecht mit Jugendstrafrecht und Kriminologie
August-Bebel-Str. 89
14482 Potsdam

2. September 2020

An das
Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
z. Hd. Frau Ministerialrätin Susanne Bunke

Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder vom 17. 8. 2020

Sehr geehrte Frau Bunke,

die Gelegenheit zu einer Stellungnahme zu dem in Ihrem Haus erarbeiteten Referentenentwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder vom 17.8. 2020 nehme ich hiermit gern wahr. Meine Bemerkungen beschränken sich vorläufig auf die im Gesetzentwurf vorgesehenen Regelungen in §§ 176 bis 176 b StGB-E. Zu den Ergänzungen und Änderungen, die der Entwurf für § 184 b StGB vorschlägt, werde ich demnächst in einem weiteren Text Stellung nehmen.

Freundliche Grüße

Prof. Dr. Wolfgang Mitsch

Anlage Stellungnahme

1. § 176 StGB-E

a) Absatz 2 (Absehen von Strafe) erfasst nur „Fälle des Absatzes 1 Nummer 1“. Wieso wird der Anwendungsbereich der Vorschrift nicht auf Fälle des Absatzes 1 Nummer 2 und Nummer 3 erstreckt ?

aa) Wenn zwischen dem Kind und der „dritten Person“ (Nr. 2) die sexuelle Interaktion einvernehmlich erfolgt, hat die Situation dieselbe Qualität, wie wenn im Fall der Nummer 1 zwischen Täter und Kind Einvernehmen besteht. Sollte man dann nicht auch den, der sich gem. § 176 Abs. 1 Nr. 2 StGB-E wegen „Bestimmen“ strafbar macht, in den Anwendungsbereich des § 176 Abs. 2 StGB-E einbeziehen ? Schließlich ist § 176 Abs. 2 StGB-E anwendbar auf den Anstifter, der sich durch Bestimmen des Täters aus § 176 Abs. 1 Nr. 1 StGB-E iVm § 26 StGB strafbar gemacht hat. Kann es einen Unterschied machen, ob sich die Bestimmung auf den Täter (dann § 176 Abs. 2 StGB-E anwendbar) oder auf das Kind (dann § 176 Abs. 2 StGB-E nicht anwendbar) bezieht ?

bb) Noch unverständlicher ist die Nichtberücksichtigung des § 176 Abs. 1 Nr. 3 StGB-E in § 176 Abs. 2 StGB-E. § 176 Abs. 1 Nr. 3 StGB-E ist ein Vorfeldtatbestand im Verhältnis zu § 176 Abs. 1 Nr. 1 StGB-E. Bietet z. B. der Täter einem anderen ein Kind an für eine Tat nach § 176 Abs. 1 Nr. 1 StGB-E, bei der alle Voraussetzungen des § 176 Abs. 2 StGB-E erfüllt sind bzw. sein würden, dann müsste doch die Möglichkeit des Absehens von Strafe auch dem Täter zugute kommen, der nur den Vorfeldtatbestand § 176 Abs. 1 Nr. 3 StGB-E erfüllt hat.

b) Zu wenig berücksichtigt wurden bei der Anhebung der Strafdrohung auf Verbrechensniveau die Konsequenzen im Hinblick auf die Anwendbarkeit des § 30 StGB. Das macht sich besonders bei § 176 Abs. 1 Nr. 3 StGB-E bemerkbar.

aa) In welchem Verhältnis steht § 176 Abs. 1 Nr. 3 StGB-E zu § 30 Abs. 2 Var. 3 StGB (Verabreden) ? Da es sich bei der Tat des § 176 Abs. 1 Nr. 3 StGB-E um ein Verbrechen handelt (§ 12 Abs. 1 StGB), ist § 30 StGB anwendbar. Gibt es also eine strafbare „Verabredung zur Verabredung“, § 176 Abs. 1 Nr. 3 StGB-E iVm § 30 Abs. 2 Var. 3 StGB ? Ist das nicht ein zu weite Vorverlagerung der Strafbarkeit ? Oder ist eine Anwendung des § 30 StGB bei § 176 Abs. 1 Nr. 3 StGB-E ausgeschlossen ?

bb) Vorfeldtatbeständen wie § 176 Abs. 1 Nr. 3 StGB-E muss zur Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgebots eine Vorschrift zur Berücksichtigung von „tätiger Reue“ hinzugefügt werden. Da nach Vollendung z. B. einer „Verabredung“ (§ 176 Abs. 1 Nr. 3 Var. 3 StGB-E) weder § 24 StGB noch § 31 StGB anwendbar sind, bedarf es zumindest einer Regelung nach dem Muster von § 31a StGB oder § 320 StGB. Wenn also derjenige, der sich schon durch das Versprechen des Nachweises oder durch Verabredung mit einem anderen strafbar gemacht hat, sein Versprechen dann doch nicht einhält bzw. es zurücknimmt oder die Verabredung aufkündigt, muss mindestens eine Strafrahmensenkung nach § 49 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 3 StGB möglich sein. Diese Privilegierung ist zumindest in den Fällen unumgänglich, in denen der tätige Reue übende Täter außerdem dafür sorgt, dass die Tat, auf die sich das

Versprechen oder die Verabredung bezog, nicht begangen wird. Das ist hier besonders dringlich, da – wie oben bereits kritisch kommentiert – § 176 Abs. 2 StGB-E Fälle des § 176 Abs. 1 Nr. 3 StGB-E nicht aufnimmt und – ein generelles Manko des § 176 StGB-E – keine Strafmilderung für minder schwere Fälle vorgesehen ist. An dieser Stelle muss zudem darauf hingewiesen werden, dass nach der Art der in § 176 Abs. 1 Nr. 3 StGB-E pönalisierten Taten eine Anwendung von § 46 a StGB praktisch ausgeschlossen sein dürfte.

2. § 176 a StGB-E

a) Unverständlich ist, warum bei § 176 a StGB-E die Möglichkeit des Absehens von Strafe unter den Voraussetzungen des § 176 Abs. 2 StGB-E nicht vorgesehen ist. Die Fälle des § 176 a StGB-E wiegen leichter als die Fälle des § 176 StGB-E. Vornahme sexueller Handlungen vor einem Kind (§ 176 a Abs. 1 Nr. 1 StGB-E) ist nur ein Vergehen, Vornahme sexueller Handlungen an einem Kind (§ 176 Abs. 1 Nr. 1 StGB-E) ist ein Verbrechen. Zwar ist bei § 176 a StGB-E anders als bei § 176 StGB-E ein Absehen von der Verfolgung nach § 153 StPO möglich. Im Einzelfall mag es auch sein, dass eine Tat, bei der die Voraussetzungen des § 176 Abs. 2 StGB-E erfüllt sind, zugleich die Voraussetzungen des § 153 StPO erfüllt sind. Dennoch wäre eine Einbeziehung des § 176 Abs. 2 StGB-E in § 176 a StGB-E wünschenswert, auch wenn dies lediglich deklaratorischen Effekt hätte. Diese Norm ist wesentlich konkreter und spezieller als der allgemein gefasste § 153 StPO und lehnt die Voraussetzungen der Absehensentscheidung enger an die spezifischen Tatmodalitäten des Sexualdelikts an.

b) Bedenklich ist die Ausdehnung des Strafbarkeitsrisikos, dem Eltern, die mit Kindern zusammenleben, ausgesetzt sind. Als Beschützergaranten müssen sie mit Strafverfolgung sogar dann rechnen, wenn sie z. B. durch Unterlassen von wahrnehmungshindernden Vorkehrungen nicht dafür sorgen, dass ihre Kinder ihnen beim Geschlechtsverkehr zusehen können. Austausch von Zärtlichkeiten zwischen Eltern, die die Schwelle des § 184 h Nr. 1 StGB erreichen (MK-Renzikowski § 176 Rn. 36), ist straffrei nur möglich, wenn Kinder dabei nicht zusehen können. Bedenkt man, unter welchen beengten Wohnverhältnissen manche Familie mit vielen Kindern (z. B. in einer Flüchtlingsunterkunft) leben muss, kann man erahnen, welche Einschränkung eine unter anderen Umständen sozialadäquate Lebensführung mit dieser Strafdrohung verbunden ist. Alles das betrifft schon das geltende Strafrecht. Die Anhebung des Strafrahmens verschärft aber die Bedenklichkeit der Rechtslage in erheblichem Maße.

c) Ebenfalls bereits das geltende Recht sieht sich der Kritik ausgesetzt, dass der Straftatbestand, der – anders als § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB – auf bloßes „Einwirken“ ohne Benennung der finalen Richtung (...um das Kind zu sexuellen Handlungen zu bringen ...) abstellt (§ 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB), nicht hinreichend bestimmt ist. Einwirken kann z. B. auch eine eindringliche Ermahnung sein, sich von bestimmten sexuell konnotierten Dingen fernzuhalten. Praktiziert also z. B. ein Elternpaar Sexualaufklärung seiner Kinder durch Wahrnehmbarmachung pornographischer Inhalte, etwa Vorzeigen explizierter Abbildungen (§ 176 a Abs. 1 Nr. 3 StGB-E), um auf diese Weise Selbstschutztechniken einzuüben („So etwas dürft ihr nicht tun!“ „Wenn ein Mann so auf dich zukommt, musst du ganz schnell wegrennen!“), erfüllt es an sich die Strafbarkeitsvoraussetzungen des § 176 a Abs. 1 Nr. 3 StGB-E. Gewiss kann man die Strafbarkeit mit dem Gedanken der Sozialadäquanz hinwegargumentieren oder eine rechtsgutsorientierte teleologische Reduktion des Tatbestandes praktizieren. Besser wäre aber eine positivrechtliche Klarstellung durch Einbeziehung eines Erzieherprivilegs nach dem Muster des § 184 Abs. 2 StGB.

d) Wie schon zu § 176 Abs. 1 Nr. 3 StGB-E bemerkt, sollte tätige Reue nach einer den Tatbestand des § 176 a Abs. 2 StGB-E erfüllenden Tat berücksichtigt werden.

3. § 176 b StGB-E

a) Auch zu dieser Vorschrift ist die Frage berechtigt, warum die Möglichkeit des Absehens von Strafe unter den Voraussetzungen des § 176 Abs. 2 StGB-E nicht vorgesehen ist.

b) Wie schon zu § 176 Abs. 1 Nr. 3 StGB-E bemerkt, sollte tätige Reue nach einer den Tatbestand des § 176 b Abs. 2 StGB-E erfüllenden Tat berücksichtigt werden.

Prof. Dr. Wolfgang Mitsch
Universität Potsdam
Juristische Fakultät
Lehrstuhl für Strafrecht mit Jugendstrafrecht und Kriminologie
August-Bebel-Str. 89
14482 Potsdam

12. September 2020

An das
Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
z. Hd. Frau Ministerialrätin Susanne Bunke

Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder vom 17. 8. 2020

Sehr geehrte Frau Bunke,

die Gelegenheit zu einer Stellungnahme zu dem in Ihrem Haus erarbeiteten Referentenentwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder vom 17.8. 2020 nehme ich hiermit gern ein weiteres Mal wahr. Die unten stehenden Bemerkungen ergänzen meine Stellungnahme vom 2. September 2020 und beziehen sich auf § 184 b StGB.

Freundliche Grüße

Prof. Dr. Wolfgang Mitsch

Anlage Stellungnahme

1. § 184 b Abs. 1, Abs. 3 StGB-E

Die Anhebung der Strafraumenuntergrenze auf Verbrechensniveau ist unverhältnismäßig. Weil die Tatbestandsvarianten des § 184 b StGB weit gefasst sind, ist es ausgeschlossen, dass es **keine** tatbestandsmäßigen Fälle gibt, deren Strafwürdigkeitsgehalt unterhalb des Niveaus liegt, das eine Freiheitsstrafe von 1 Jahr oder mehr rechtfertigt. Es gibt solche Fälle und das Gesetz zwingt das Gericht zu einer dem Schuldgehalt inadäquaten unverhältnismäßigen Ahndung. Das ist verfassungswidrig.

Ein Verbrechensstrafrahmen – jedenfalls im Bereich von 1 und 2 Jahren Mindeststrafe – muss immer von einer den Strafraumen senkenden Milderungsregelung für minder schwere Fälle (z. B. § 177 Abs. 9 StGB) flankiert sein. Es ist ein eklatanter Wertungswiderspruch, dass nach geltendem Recht sogar bei Taten, die dem Tatbestandstyp nach schwere sexuelle Übergriffe sind (§ 177 Abs. 5 StGB), minder schwere Fälle für möglich gehalten und mit Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu zehn Jahren bedroht sind, im ganzen § 184 b StGB dies künftig hingegen nicht möglich sein soll.

Die letzte Bemerkung gilt im Übrigen auch für § 176 StGB-E.

2. Versuchsstrafbarkeit

a) Infolge der Hochstufung auf die Verbrechensebene ist der Versuch der betroffenen Delikte gem. § 23 Abs. 1 StGB strafbar. Anders als in § 184 b StGB geltenden Rechts ist nun auch der Versuch des Besitzes (§ 184 b Abs. 3 Alt. 2 StGB-E) mit Strafe bedroht. Im geltenden § 184 b Abs. 4 StGB („sowie Absatz 3“) ist das noch vernünftigerweise ausgeschlossen. Praktisch kann sich die Strafdrohung wohl nur auf untaugliche Versuche beziehen. Denn wie soll man tauglich versuchen, etwas zu besitzen ? Wenn man eine Sache noch nicht besitzt, kann man nur versuchen, sich den Besitz daran zu verschaffen. Das ist bereits von § 184 b Abs. 3 Alt. 1 StGB (Unternehmensdelikt, § 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB) erfasst. Strafbarer versuchter Besitz wäre nach § 184 b Abs. 3 Alt. 2 StGB-E iVm § 22 StGB z. B. die irrige Annahme des Täters, ein Paket, das ein Kurier der Ehefrau übergeben hat, die es ihrem Gatten auf den Schreibtisch gelegt hat, enthalte kinderpornographische Inhalte. Gemäß § 23 Abs. 3 StGB wäre eine solche Tat sogar strafbar, wenn der Irrtum auf grobem Unverstand beruhte. Eine solche Strafbarkeit ist unverhältnismäßig.

b) Auf Grund der nunmehr aus §§ 23 Abs. 1 Alt. 1, 12 Abs. 1 StGB folgenden Versuchsstrafbarkeit besteht für die Konstruktion des Unternehmensdelikts (§ 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB) in § 184 b Abs. 1 Nr. 2, Nr. 4, Abs. 3 Alt. 1 StGB kein Bedürfnis mehr. Der Unternehmensdeliktsscharakter sollte beseitigt werden, damit ein Rücktritt vom Versuch gem. § 24 StGB berücksichtigt werden kann. Wegen der Gleichstellung mit der Vollendung (§ 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB) ist das beim noch nicht zur Vollendung gelangten Unternehmen nicht möglich.

3. Versuchte Beteiligung (§ 30 StGB)

Da bereits in § 184 b StGB die Strafbarkeit weit vorverlagert worden ist, ist die nunmehr aus der Verbrechenqualität resultierende Strafbarkeitsvorverlagerung gem. § 30 StGB unverhältnismäßig. Strafbar macht sich nunmehr bereits, wer sich gegenüber einem anderen bereiterklärt, irgendwann demnächst pornographische Schriften zu erwerben (§ 184 b Abs. 3 Alt. 1 StGB-E iVm § 30 Abs. 2 Alt. 1 StGB).

4. Einziehung, § 184 b Abs. 6 S. 1 StGB-E

Unverständlich ist, wieso Anlasstat für die Einziehung eine „Straftat“ – also eine schuldhaft Tat – sein muss. Allgemein genügt für die Einziehung von Gegenständen eine „vorsätzliche Tat“, die auch schuldlos begangen worden sein kann, § 74 Abs. 1 StGB. Können also Gegenstände, auf die sich eine Tat nach § 184 b Abs. 1 Nr. 2 oder Nr. 3 oder Abs. 3 StGB-E bezieht, nicht eingezogen werden, wenn der Täter gem. § 20 StGB schuldunfähig war ?

5. §§ 184 d, 184 e StGB

Der Gesetzesentwurf geht an keiner Stelle auf § 184 d StGB und § 184 e StGB ein. Diese Vorschriften verweisen auf § 184 b StGB und werden deshalb zwangsläufig von allen Gesetzesänderungen betroffen, die sich unmittelbar auf § 184 b StGB richten. Das gilt insbesondere für die Strafschärfung auf Verbrechenstufe und die daraus folgenden Konsequenzen für Versuch (§ 23 Abs. 1 StGB) und versuchte Beteiligung (§ 30 StGB). Die Entwurfsbegründung äußert sich nicht dazu, ob diese Strafschärfungs-Automatik gewollt ist. In der Sache ist sie verfehlt, weil die Strafschärfung bei den Taten, die §§ 184 d, 184 e StGB normieren, noch unverhältnismäßiger ist als in § 184 b StGB. Strafbar wegen untauglichen Versuchs (§§ 184 e Abs. 2 S. 1, 22, 23 Abs. 3 StGB) ist danach z. B., wer einer Bühnenaufführung eines Märchenstücks („Schneewittchen und die sieben Zwerge“) in der irigen Annahme beiwohnt, es handele sich um eine kinderpornographische Darbietung.