



Tübingen, den 12. September 2014

Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Sachverständigenanhörung des 2. Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages der 18. Wahlperiode

Die nachfolgende Stellungnahme orientiert sich an den mit Schreiben vom 22. August 2014 übermittelten Leitfragen für die Sachverständigen zu Nummer 1:

1. Was ist tatbestandlich unter Verbreitung, Erwerb und Besitz kinder- bzw. jugendpornographischer Schriften zu fassen? Insbesondere:

a) Welche Kategorisierungen dieser Schriften werden in der Praxis vorgenommen? Welche Bedeutung haben diese für die Strafbarkeit?

aa) Kinderpornografische Schriften werden mitunter nach der zehnstufigen sog. COPINE-Skala („Combating Paedophile Information Networks in Europe“) klassifiziert, die ursprünglich in Irland für therapeutische Zwecke entwickelt wurde.¹ Die Skala selbst trifft allerdings keine Aussage über die strafrechtliche Bewertung.² Gleicht man die Skala mit den Straftatbeständen der §§ 184b, 184c StGB ab, so betreffen die Stufen 1 bis 3 der Skala (nichtsexualisierte Bilder, Nacktaufnahmen, „Erotika“) Bilder, die in Deutschland strafrechtlich nicht relevant sind. Die Stufen 4 bis 6 (Formen des „Posings“) betreffen seit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates der

¹ Vgl. *Taylor/Quayle/Holland, Child Pornography, the Internet and Offending, The Canadian Journal of Policy Research*, 2001, S. 94 ff.; *Quayle, Online Sex Offending, Psychopathology and Theory*, in: *Laws/O'Donohue, Sexual Deviance*, 2. Aufl. 2008, S. 439 (450 Table 24.2).

² Hierzu *Meier/Hüneke, Herstellung und Verbreitung von Kinderpornographie im Internet*, S. 49, abrufbar unter http://www.sainetz.at/dokumente/Studie_Herstellung_und_Verbreitung_Kinderpornografie_Internet_2011.pdf (letzter Aufruf: 10.9.2014).

Europäischen Union zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornografie³ vom 31.10.2008 nunmehr strafbares Verhalten, während die Stufen 7 bis 10 seit jeher klare Fälle der Kinderpornografie erfassen (sexuelle Handlungen, Übergriffe, sadistische oder zoophile Handlungen).⁴ Das BKA hat bei der Auswertung des aus Kanada erhaltenen Verdachtsmaterials wohl eine daran teilweise anlehrende Kategorisierung vorgenommen, wobei Kategorie 1 mit 4 Stufen strafbares Material und Kategorie 2 mit 3 Stufen (möglicherweise) nicht strafbares Material betrifft. Eine solche Kategorisierung – geschweige denn eine einheitliche – wird in Deutschland jedoch nicht flächendeckend vorgenommen. Nach meinen Informationen vermag man etwa bei den Ermittlungsbehörden in Baden-Württemberg damit wenig anzufangen. Hier wird zumeist nur – entsprechend der Tatbestände der §§ 184a bis 184c StGB zwischen „Gewalt“, „Kipo“ (Kinderpornografie) und „Jupo“ (Jugendpornografie) unterschieden. Einzelne Staatsanwaltschaften differenzieren darüber hinaus nach der Art der abgebildeten sexuellen Handlung (Posing bis hin zur Penetration). Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und die Kommentarliteratur die oben genannte Kategorisierung ebenfalls nicht aufgreifen.⁵

Zu betonen ist, dass für die Frage, ob überhaupt eine Strafbarkeit wegen Sich-Verschaffens des Besitzes bzw. wegen des Besitzes gegeben ist, eine solche Kategorisierung unerheblich bzw. nicht notwendig ist. Entscheidend ist allein, ob die jeweilige Bildaufnahme den gesetzlichen Voraussetzungen des § 184b bzw. § 184c StGB entspricht. Entweder wird die Aufnahme vom Straftatbestand des § 184b StGB erfasst oder nicht. Materiell-rechtlich gibt es damit nur die beiden Kategorien „strafbar“ und „nicht strafbar“. Für die Anwendung der einzelnen Vorschriften ist noch zwischen der Wiedergabe eines tatsächlichen und wirklichkeitsnahen Geschehens sowie zwischen sog. „Fiktivpornografie“ in Gestalt von Zeichentrickfilmen, pornografischen Zeichnungen, Romanen, Gedichten usw. zu unterscheiden. Fiktivpornografie wird nur von § 184b Abs. 1 und § 184c Abs. 1 StGB erfasst. Ein tatsächliches oder wirklichkeitsnahes Geschehen wird von § 184 Abs. 2 und Abs. 4 sowie § 184c Abs. 2 StGB verlangt. Das Sich-Verschaffen des Besitzes und der Besitz von jugendpornografischen Schriften i.S.d. § 184c Abs. 4 StGB wird hingegen nur pönalisiert, wenn ein tatsächliches Geschehen wiedergegeben wird. Ein tatsächliches Geschehen liegt vor, wenn die abgebildete sexuelle Handlung tatsächlich stattfand, auch wenn die Szene nur für die Bildaufnahme „nachgespielt“ wurde und dem Film eine fiktive Geschichte zugrunde liegt. Darstellungen wirklichkeitsnaher Geschehen können demgegenüber auf eine tatsächliche sexuelle Handlung bzw. einen Kindesmissbrauch zurückzuführen sein, dessen Aufzeichnung im Wege digitaler Bildbearbeitung, Fotomontage usw. verändert wurde, auch wenn dies – wie etwa bei computergenerierten Darstellungen – nicht zwingend ist. Wirklichkeitsnah ist ein Geschehen nur dann, wenn ein durchschnittlicher, nicht sachverständiger Beobachter nach dem äußeren Erscheinungsbild der Darstellung nicht sicher ausschließen kann, dass es sich um ein tatsächliches Geschehen handelt.⁶

Für den Bereich der Strafzumessung (ggf. auch im Hinblick auf eine Einstellung des Verfahrens aus Opportunitätsgründen) spielt hingegen die Schwere der dargestellten

³ Vgl. ABIEU Nr. L 13 v. 20.1.2004, S. 44.

⁴ Meier/Hüneke (Fn. 2), S. 48 f.

⁵ Auch BVerfG, Beschluss v. 15.8.2014, 2 BvR 969/14 (Edathy), greift darauf nicht zurück.

⁶ Näher Eisele, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. 2014, § 184b Rn. 11 und § 184c Rn. 6, 8.

sexuellen Handlung im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtwürdigung eine entscheidende Rolle, so dass eine diesbezügliche Klassifizierung hierfür Verwendung finden kann.⁷ Aus Sicht der Ermittlungsbehörden kann eine Kategorisierung bei Massenverfahren zudem der Effizienz der Ermittlung dienen, da so beispielsweise eine Konzentration auf „klare“ oder anklagewürdige Fälle und das Herausfiltern schwerer oder problematischer Fälle erreicht werden kann. Damit kann zugleich die Strafverfolgung gesteuert und effektiv mit Ressourcen umgegangen werden.

b) *Welche Grenzfälle der Strafbarkeit gibt es? Gibt es einen straflosen Bereich der Darstellung von Kindern und Jugendlichen mit sexuellem Bezug? Können Fragen z.B. der Sozialadäquanz oder der Kunst-, Wissenschafts- oder Pressefreiheit eine Rolle spielen?*

aa) Grenzfälle der Strafbarkeit bilden seit dem Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates der Europäischen Union zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornografie Abbildungen, die sog. Posing beinhalten. Vor Erlass dieses Gesetzes im Jahr 2008 war es erforderlich, dass die Schriften „den sexuellen Missbrauch von Kindern (§§ 176 bis 176 b)“ zum Gegenstand hatten. Durch diesen Bezug auf den sexuellen Missbrauch gewann § 176 Abs. 4 Nr. 2 StGB Bedeutung, der damals jedoch (noch) verlangte, dass das Kind eine sexuelle Handlung „an sich“ vornimmt, was nach Ansicht des Bundesgerichtshofs⁸ nur anzunehmen sein sollte, wenn damit Manipulationen, d.h. Berührungen *am* Körper verbunden waren. Sexuelle Handlungen *mit dem* Körper sollten angesichts des eindeutigen Wortlauts nicht genügen, so dass bloßes Posieren nicht erfasst war.⁹ Insoweit waren die – freilich engen – Grenzen der Strafvorschrift noch einigermaßen klar gesteckt.

Die Neufassung setzt als Mindestvoraussetzung zunächst nur voraus, dass überhaupt eine sexuelle Handlung vorliegt, die nach § 184g Nr. 1 StGB im Hinblick auf das geschützte Rechtsgut von einiger Erheblichkeit ist. Trotz der eindeutigen gesetzgeberischen Intention, das Posing durch diese Umformulierung der Vorschrift in den Tatbestand einzubeziehen,¹⁰ wird dies im Schrifttum mitunter bezweifelt, weil das Posieren als bloße *Haltung* des Körpers nicht zwingend eine sexuelle Handlung sei.¹¹ Aus Gründen der Rechtsklarheit sollte bei der Umsetzung der 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 in jedem Falle die Einbeziehung des Posings durch den Wortlaut klargestellt werden.¹² Soweit man mit dem Gesetzgeber und der herrschenden

⁷ Hörnle, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2012, § 184b Rn. 52.

⁸ BGHSt 50, 370 ff.

⁹ BGH NStZ-RR 2008, 170; BGH StV 2007, 384.

¹⁰ BT-Drs. 16/3439, S. 9.

¹¹ So Eschelbach, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2013 § 184b Rn. 11; Gropp, Festschrift für Kühne, 2013, S. 679 (683); Schroeder, GA 2009, 213 (214 f.).

¹² So auch – ungeachtet der Bewertung des Vorschlags – der Referentenentwurf zu diesem Gesetz: „Wiedergabe eines ganz oder teilweise unbedeckten Kindes in unnatürlich geschlechtsbetonter Körperhaltung“, abrufbar unter http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Gesetze/Gesetz-Aenderung-StGB-Umsetzung-europaeischer-Vorgaben-zum-Sexualstrafrecht.pdf?__blob=publicationFile (letzter Aufruf: 10.9.2014); vgl. ferner den Gesetzesantrag Bayerns, BR-Drs. 127/14: „eine sexuell aufreizende Darstellung der entblößten Genitalien oder des entblößten Gesäßes eines Kindes“.

Meinung im Schrifttum das Posing bereits jetzt zu Recht in §§ 184b, 184c StGB einbezieht,¹³ lassen sich hierfür folgende grobe Leitlinien skizzieren: Es ist stets eine aktive Handlung des Kindes erforderlich, so dass auch bei Nacktaufnahmen bestimmte unnatürliche, sexualisierte Positionen eingenommen werden müssen. Ein Posieren liegt etwa vor, wenn obszöne Stellungen – wie etwa Spreizen der Beine – eingenommen werden.¹⁴ Hingegen genügt ein nur passives Verhalten nicht, so dass etwa Fotos schlafender Kinder nicht einbezogen sind;¹⁵ ebenso wenig werden Ablichtungen unbekleideter Kinder in natürlicher Position – etwa eines Kindes in der Badewanne – oder mangels Darstellung einer Handlung Nahaufnahmen von Geschlechtsorganen erfasst.¹⁶ Freilich lässt sich vor allem bei Kleinkindern eine sachgerechte Grenze 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 Aufnahmezeitpunkt – unnatürlich wirken oder umgekehrt. Weitere Schwierigkeiten können hinsichtlich der Alters der abgebildeten Person (Kind, Jugendlicher oder Erwachsener?) hinzukommen.¹⁷ Verbunden sind damit rechtliche Probleme bei der Behandlung sog. „Scheinkinder“ bzw. „Scheinjünglichen“.¹⁸

bb) Aus dem eben Gesagten folgt, dass ein strafloser Bereich derzeit vor allem bei Abbildungen von Geschlechtsorganen und Nacktaufnahmen besteht. Ob dies hinsichtlich der Darstellung von Genitalien mit den Vorgaben der Europäischen Union vereinbar ist, kann immerhin bezweifelt werden. Denn Art. 1 lit. b i) des Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornografie definiert Kinderpornografie als „pornografisches Material mit bildlichen Darstellungen echter Kinder, die an einer eindeutig sexuellen Handlung aktiv oder passiv beteiligt sind, einschließlich aufreizendem Zur-Schau-Stellen der Genitalien oder der Schamgegend von Kindern“. Bezieht man das aufreizende Zur-Schau-Stellen nicht allein auf das Verhältnis des Kindes zum Aufnehmenden beim Herstellen der Aufnahme, sondern auch auf das Verhältnis zwischen abgebildetem Kind und Betrachter, so mögen vom aufreizenden Zur-Schau-Stellen auch Großaufnahmen von Geschlechtsorganen erfasst sein, ohne dass es einer besonderen Handlung i.S.d. Einnehmens einer unnatürlichen Position bedarf. Denn insofern geht es um das Zur-Schau-Stellen der Genitalien oder der Schamgegend *von* Kindern und nicht *durch* Kinder.¹⁹ Dabei muss das Bild freilich objektiv Genitalien usw. zur Schau stellen, auf das „Gefühl“ oder die subjektive Einschätzung des Betrachters kommt es nicht an. Zu beachten bleibt, dass nach Art. 2 lit. c ii) der 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 künftig jegliche Darstellung der

¹³ Vgl. *Eisele*, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. 2014, § 184b Rn. 3a.

¹⁴ BT-Drs. 16/3439, S. 9; näher Röder, NSZ 2010, 116 ff.

¹⁵ Zu Einzelheiten *Eisele*, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. 2014, § 184b Rn. 3a.

¹⁶ Vgl. schon BGHSt 43, 366 (367 f.) zur vergleichbaren Fassung in § 176 Abs. 5 Nr. 2 StGB a.F.; Hörnle, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2012, § 184b Rn. 17.

¹⁷ BVerfG, Beschluss v. 15.8.2014, 2 BvR 969/14 (Edathy).

¹⁸ Dazu *Eisele*, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. 2014, § 184b Rn. 3a und § 184c Rn. 5.

¹⁹ Engl. Version: a real child involved or engaged in sexually explicit conduct, including lascivious exhibition of the genitals or the pubic area of a child.

Geschlechtsorgane eines Kindes „für primär sexuelle Zwecke“ einzubeziehen ist, was bei der Umsetzung zu beachten sein wird.²⁰

cc) Für die Frage möglicher Einschränkungen der Strafbarkeit ist zunächst auf ein aktuelles Problem hinzuweisen, das durch ein jüngeres Urteil des Bundesgerichtshofs,²¹ das für die amtliche Sammlung vorgesehen ist, in den Blickpunkt gerückt ist. Zentrale Frage ist, welche Bedeutung das Merkmal der „*pornografischen Schriften* (§ 11 Abs. 3 StGB)“ gegenüber der weiteren Voraussetzung, dass die Schrift „sexuelle Handlungen von, an oder vor Kindern (§ 176 Abs. 1 StGB) zum Gegenstand haben“ muss, erlangt.²² Verdeutlicht werden kann dies anhand des Sachverhaltes, der dieser Entscheidung zugrunde lag: Bei der zur beurteilenden Schrift handelte es sich um ein Diapositiv, auf dem der nackte Angeklagte mit einem nackten Kind, dem er an das Genital fasste, abgebildet war. Das Landgericht Freiburg²³ als Vorinstanz hatte zwar ausgeführt, dass der sexuelle Bezug (und damit auch die sexuelle Handlung) „auf der Hand“ liege, die Darstellung jedoch nicht als pornografisch einzustufen sei, weil dies eine „vergrößernd-reißerische“ Darstellung verlange. Der BGH hat dem im Ergebnis zu Recht widersprochen. Freilich hat er dabei entgegen der h.M.²⁴ die Anforderungen an den Pornografiebegriff unnötig herabgesenkt, indem er bei § 184b StGB auf eine „vergrößernd-reißerische“ Darstellung verzichten möchte. Richtigerweise liegt aber bei Fotoaufnahmen, die sexuelle Handlungen von Kindern zum Gegenstand haben, regelmäßig nicht nur eine Degradierung des abgebildeten Kindes zum Objekt für fremde sexuelle Zwecke vor. Vielmehr ist darin zugleich immer auch eine „vergrößernd-reißerischen 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. Hinzukommt, 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. Entgegen der Ausführungen des Bundesgerichtshofs, der nur auf seltene Ausnahmen – wie Abbildungen posierender Kinder für medizinische Lehrbücher – verweist,²⁵ verbleibt richtigerweise auch im Rahmen des § 184b StGB ein größerer Anwendungsbereich des Korrektivs „pornografisch“ bei Gesamtwerken. Soweit hier – etwa bei Büchern oder Filmen, die den sexuellen Missbrauch von Kindern thematisieren – nur einzelne Textteile oder Szenen 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 (hierzu sogleich ee, ff) – durch die Vermittlung anderer Gedankeninhalte der pornografische Charakter einzelner Teile zurücktreten kann.²⁶ Entscheidend ist bei solchen

²⁰ Vgl. ABIEU 2011 L 335 v. 17.12.2011, S. 1 mit Berichtigung ABIEU 2012 L 18 v. 21.1.2012, S. 7.

²¹ BGH NJW 2014, 1829 ff. m. Anm. *Eisele* in StV 2014 (erscheint demnächst).

²² Die Gesetzesbegründung ist insoweit 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).

²³ LG Freiburg (Breisgau), Urt. v. 7.3.2013, 3 KLS 160 Js 4771/10 AK 12/11.

²⁴ *Fischer*, StGB, 61. Aufl. 2014, § 184b Rn. 3; *Hörnle*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2012, § 184b Rn. 14.

²⁵ Vgl. auch *Hörnle*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2012, § 184b Rn. 14.

²⁶ Protokolle über die Sitzungen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, VI, S. 1931; KG Berlin NStZ 2009, 446 (447); *Eschelbach*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, 2013 § 184b Rn. 7.

Werken vielmehr die objektive Gesamttendenz der Darstellung, so dass der „vergrößernd-reißerischen Darstellung“ hier weiterhin Bedeutung zukommt.

dd) Sozialadäquaten Verhaltensweisen wird über die Vorschrift des § 184g StGB Rechnung getragen. Nach der dort enthaltenen Definition sind sexuelle Handlungen nämlich nur solche, die im Hinblick auf das jeweils geschützte Rechtsgut von einiger Erheblichkeit sind, wofür die Art, Intensität, Dauer der Beeinträchtigung und die sonstigen konkreten Umstände wie der Handlungsrahmen und die Beziehung zwischen den Beteiligten entscheidend sind.²⁷ Dabei gilt, dass bei Delikten gegen die sexuelle Selbstbestimmung von Kindern und Jugendlichen geringere Anforderungen zu stellen sind als bei Erwachsenen, da Minderjährige eines besonderen Schutzes bedürfen.²⁸ Daher hat die Rechtsprechung etwa einen Zungenkuss oder das Streicheln des Geschlechtsteils über der Kleidung bei einem Kind schon als erheblich angesehen.²⁹ Hingegen wird man – soweit man hierin überhaupt eine sexuelle Handlung sieht – das Streicheln des bedeckten Beines³⁰ oder des Körpers über der Kleidung³¹ nicht als erheblich ansehen können, so dass auch entsprechende Fotoaufnahmen nicht strafbar sind.

ee) Für die Frage einer Rechtfertigung über das Grundrecht der Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) ist zu beachten, dass die Kunstfreiheit mit dem Persönlichkeitsrecht des Kindes (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) kollidiert. Anders als bei einfacher Pornografie sind kinderpornografische Fotografien regelmäßig keiner Rechtfertigung zugänglich.³² Ausnahmen mögen allenfalls in Fällen denkbar sein, in denen die sexuelle Handlung nur knapp die Grenze der Erheblichkeit (§ 184g StGB) überschritten hat oder soweit es sich – wie bei Romanen – um Fiktivpornografie handelt, die jedoch nur von § 184b Abs. 1 und § 184c Abs. 1 StGB erfasst wird.³³ Bei jugendpornografischen Schriften ist der gegenüber kinderpornografischen Schriften verringerte Unrechtsgehalt in Rechnung zu stellen, so dass eine Rechtfertigung ggf. eher zu begründen ist.³⁴ Gesamtwerke – wie Filme – müssen als solche als pornografisch zu qualifizieren sein, nur einzelne pornografische Elemente genügen m.E. nicht (vgl. schon oben cc).

ff) Bereits tatbestandlich ausgenommen von dem Besitzverschaffungs- u. Besitzverbot des § 184b Abs. 2 und des § 184b Abs. 4 StGB („gelten nicht“) sind gemäß § 184b Abs. 5 StGB Handlungen, die ausschließlich der Erfüllung rechtmäßiger dienstlicher oder beruflicher Pflichten dienen. Über § 184c Abs. 5 StGB gilt dies entsprechend auch für Jugendpornografie. Mit dem Ausschließlichkeitserfordernis soll sichergestellt werden, dass die fragliche Aufgabenerfüllung der einzige Grund für die Besitzverschaffung usw. ist.³⁵ Genannt werden etwa Aufgaben im Rahmen der Strafverfolgung, die Prüfung von

²⁷ Vgl. BGH NStZ 1992, 432; BGH NStZ 2012, 269 f.

²⁸ Eisele, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. 2014, § 184g Rn. 16; Hörnle, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2012, § 184g Rn. 15.

²⁹ BGHSt 38, 212 (213).

³⁰ BGH NStZ 2001, 270.

³¹ BGH StV 2000, 197.

³² Eisele, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. 2014, § 184 Rn. 12; Hörnle, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2012, § 184 Rn. 45.

³³ Eisele, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. 2014, § 184 Rn. 12; Hörnle, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2012, § 184 Rn. 45.

³⁴ Hörnle, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2012, § 184StGB Rn. 45.

³⁵ BT-Drs. 12/4883, S. 8 f.

jugendgefährdendem Schrifttum nach dem JuSchG, Pflichten von Sachverständigen, Anwälten, Ärzten oder Psychologen (z.B. für die Diagnose oder Therapie notwendige Kenntnis des wirklichen Geschehens beim Kindesmissbrauch), aber auch die Ausführung von Forschungsaufträgen und von Forschungsvorhaben im Hochschulbereich.³⁶ Ferner gehört hierzu die journalistische Tätigkeit im Hinblick auf eine konkrete Publikation sowie die Vorbereitung konkreter Vorhaben von Abgeordneten.³⁷ Dabei ist jedoch – wie etwa im Fall des früheren Bundestagsabgeordneten Tauss – genau zu prüfen, ob die Handlung allein von der beruflichen Tätigkeit geprägt ist oder ob es sich letztlich um eine privaten Zwecken dienende Besitzverschaffung handelt.³⁸

c) Welche Bedeutung haben die Indikatoren (sog. „Softmarker“), die ein strafloses zu einem strafrechtlich relevanten Bild machen sollen? Was ist in diesem Zusammenhang unter „Posing-Bildern“ zu verstehen und wie werden sie bewertet?

Ob ein Bild nach § 184b oder § 184c StGB strafrechtliche Relevanz hat, bestimmt sich aus Sicht des Gerichts richtigerweise nicht nach bestimmten Indikatoren, sondern allein nach den gesetzlichen Voraussetzungen. Gewisse Anhaltspunkte zur „Subsumtion“ bzw. zur Lösung der Einzelfälle lassen sich den Entscheidungen der höchstrichterlichen Rechtsprechung entnehmen, die aber nicht auf einem bestimmten System von – wie auch immer zu bestimmenden – „Softmarkern“ beruht. Soweit solche Indikatoren bei polizeilichen Ermittlungen verwendet werden, ist dies weder für die Entscheidung über die Anklage durch die Staatsanwaltschaft noch für die gerichtliche Entscheidung in irgendeiner Weise bindend. Entscheidend ist vielmehr, dass es sich um eine Schrift handelt, die 1.) sexuelle Handlungen (einschließlich des Posings) von Kindern bzw. Jugendlichen zum Gegenstand hat, wobei 2.) die sexuelle Handlung im Hinblick auf das geschützte Rechtsgut erheblich sein muss und die 3.) als „pornografisch“ zu qualifizieren ist. Hinsichtlich dieser Merkmale, einschließlich der Problematik des Posings, kann auf die Ausführungen unter b) verwiesen werden.

d) Wie lässt sich die Grenze zwischen strafbaren und straflosen Schriften aus Konsumentensicht erkennen?

Wie unter b) dargestellt, sind die Grenzen zwischen noch strafrechtlich relevantem Posing und nicht erheblichen Bildern mit Sexualbezug fließend. Aus diesem Grund ist für den Konsumenten aus Laiensicht eine zielsichere Abschichtung nur schwer möglich. Qualifiziert der Konsument das Bild rechtlich unzutreffend und gelangt zu dem Ergebnis, dass es sich nicht um Kinder- bzw. Jugendpornografie handelt, bleibt sein Vorsatz unberührt. Bei dieser fehlerhaften rechtlichen Wertung handelt es sich nur um einen Verbotsirrtum, der gemäß § 17 StGB die Schuld nicht entfallen lässt, wenn er vermeidbar ist. Angesichts der hohen Hürden, die von der Rechtsprechung an die Vermeidbarkeit gestellt werden, dürfte eine solche nur selten anzunehmen sein. Hingegen wäre bereits der Vorsatz gemäß § 16 Abs. 1 S. 1 StGB ausgeschlossen, wenn der Konsument davon ausgeht, dass das Bild einen

³⁶ BT-Drs. 12/4883, S. 8 f.; Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, § 184b Rn. 26.

³⁷ Eisele, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. 2014, § 184 Rn. 16; Hörnle, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2012, § 184 Rn. 41

³⁸ Hörnle, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2012, § 184 Rn. 41; a.A. Kreutz, DÖV 2010, 599 ff.

Erwachsenen zeigt oder die Aufnahme auf einer natürlichen Körperbewegung beruht, es sich aber – was nur schwer zu erkennen ist – um ein Posing handelt.³⁹ Soweit der Konsument strafrechtlich relevante Bilder erhält, die er nicht bestellt hat und hinsichtlich derer er auch keinen Eventualvorsatz bei der Besitzbegründung (Speichern bzw. Download) besitzt, entfällt der subjektive Tatbestand hinsichtlich des Sich-Verschaffens (§ 184b Abs. 4 S. 1, § 184c Abs. 4 S. 1 Var. 1 StGB), so dass zunächst keine Strafbarkeit gegeben ist. Erkennt er allerdings danach, dass Posing-Bilder oder Dateien mit anderen sexuellen Handlungen übermittelt wurden, so muss er diese unverzüglich löschen, weil andernfalls die Besitzstrafbarkeit (§§ 184b Abs. 4 S. 2, 184c Abs. 4 S. 1 Var. 2 StGB) aufgrund des vorsätzlichen Aufrechterhaltens des Besitzes greift.⁴⁰

2. Welche legitimen Zwecke verfolgt der Gesetzgeber generell damit, dass er nicht nur den sexuellen Missbrauch von Kindern und Jugendlichen unter Strafe stellt, sondern auch Verbreitung, Erwerb und Besitz entsprechender kinder- bzw. pornographischer Schriften?

a) Welchen spezifischen Unrechtsgehalt weisen die Verbreitung, der Erwerb sowie der Besitz von kinder- bzw. jugendpornographische Schriften auf? Inwieweit besteht zwischen der Verbreitung, dem Erwerb sowie dem Besitz im Hinblick auf den Unrechtsgehalt ein Unterschied?

aa) Die in § 184b Abs. 1 und § 184c Abs. 1 StGB geregelte Strafbarkeit für das Verbreiten dient nach traditioneller Ansicht – wie auch der Tatbestand der „weichen“ Pornografie des § 184 StGB – zunächst dem Schutz jugendlicher Konsumenten vor der ungewollten Konfrontation mit pornografischen Abbildungen.⁴¹ Damit soll beispielsweise verhindert werden, dass Kinder und Jugendliche, die im Internet surfen, auf solche pornografische Bilder stoßen. Im Vordergrund steht bei § 184b Abs. 1 StGB jedoch der Schutz von Kindern davor, dass diese zu Darstellern in kinderpornografischen Schriften werden und dabei sexuell missbraucht werden.⁴² Diese Missbrauchskomponente folgt aus dem Umstand, dass Kinder (also Personen unter vierzehn Jahren, vgl. § 176 Abs. 1 StGB) hinsichtlich sexueller Handlungen nicht einwilligungsfähig sind. Bei Jugendlichen (Personen zwischen vierzehn und achtzehn Jahren) soll der Darstellerschutz ebenfalls Bedeutung erlangen. Hingegen können Jugendliche (anders als Kinder) zur sexuellen Selbstbestimmung fähig sein, müssen dies aber freilich nicht (vgl. § 182 Abs. 3 StGB für Personen bis 16 Jahre). Aus diesem Grund soll § 184c StGB nur in modifizierter Weise dem Darstellerschutz dienen. Es soll hier nicht der sexuelle Missbrauch von Jugendlichen im Vordergrund stehen, sondern es soll vielmehr der kommerziellen Beteiligung Jugendlicher am Pornografiegewerbe entgegengewirkt werden.⁴³

bb) Speziell mit den Besitzverschaffungs- und Besitzverboten soll ein Missbrauch der Darsteller durch Austrocknen des Marktes bzw. der Nachfrage für kinderpornografische Produkte verhindert werden, indem auch die Konsumenten in die Strafbarkeit einbezogen

³⁹ Zu diesem Aspekt aus dem Blickwinkel der Beurteilung durch die Strafverfolgungsbehörden vgl. auch BVerfG, Beschluss v. 15.8.2014, 2 BvR 969/14 (Edathy).

⁴⁰ Dazu BT-Drs. 12/3001 S. 6; OLG Oldenburg MMR 2011, 118.

⁴¹ Gropp, Festschrift für Kühne, 2013, S. 679 (682 f.) m.w.N.

⁴² BT-Drs. 12/3001 S. 4, 12/4883 S. 8; BGHSt 45, 41 (43); BGHSt 47, 55 (61).

⁴³ So auch BT-Drs. 16/9652, S. 5; Reinbacher/Wincierz, ZRP 2007, 195 (197).

werden.⁴⁴ Denn durch die Nachfrage werde ein Anreiz zur Herstellung weiterer Schriften und damit auch für weiteren Missbrauch geschaffen. Dies ist für das vorsätzliche *Verschaffen* des Besitzes kinder- bzw. jugendpornografischer Schriften (§ 184b Abs. 4 S. 1, § 184c Abs. 4 S. 1 Var. 1 StGB) ist meiner Ansicht nach – trotz eines relativ geringen Gefährdungsanteils des jeweils einzelnen Konsumenten⁴⁵ – zutreffend, für den (möglicherweise unvorsätzlich oder gar ungewollt erlangten) bloßen *Besitz* als Auffangtatbestand⁴⁶ (§ 184b Abs. 4 S. 2, § 184c Abs. 4 S. 1 Var. 2 StGB) jedoch fraglich. Denn ohne eine entsprechende Verschaffungshandlung des Konsumenten schafft dieser auch keine von ihm mit zu verantwortende Nachfrage am Markt. Dass der Konsument kinderpornografischer Darstellungen selbst zum Missbrauch angeregt wird,⁴⁷ ist empirisch nicht erwiesen,⁴⁸ so dass dies ebenfalls keine aner kennenswerte Schutzrichtung sein kann. Soweit die Bilder ein tatsächliches Geschehen (und nicht nur ein wirklichkeitsnahes Geschehen i.S.d. § 184b Abs. 4 StGB) wiedergeben, wird man immerhin den Schutz vor einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bzw. das Recht am eigenen Bild als Legitimation für eine Besitzstrafbarkeit anführen können.⁴⁹ De lege ferenda könnte man darüber nachdenken, den Strafraumen für das Sich-Verschaffen und den Besitz nochmals abzuschichten. Abschließend bleibt insoweit hinzuweisen, dass die Bestimmung des Begriffes Besitz bei Computerdateien und Surfen im Internet nach derzeitiger Rechtslage problematisch und aufgrund der EU-Richtlinie zu modifizieren ist.⁵⁰

cc) Insgesamt etwas kritisch zu beurteilen ist der Tatbestand der Jugendpornografie, da er z.T. über den notwendigen Schutz Jugendlicher und zugleich über die europarechtlichen Mindestvorgaben hinausgeht.⁵¹ Soweit es um den Darstellerschutz vor Verstrickung in das Pornografiegewerbe geht, erscheint die Einbeziehung von sexuellen Handlungen *vor* Jugendlichen europarechtlich nicht geboten, da der Rahmenbeschluss in Art. 1 lit. b (i) unter „Kinderpornografie“ zumindest die passive Beteiligung *an* einer eindeutig sexuellen Handlung versteht. Zudem hätte nur pornografisches Material mit echten oder realistisch dargestellten Jugendlichen, nicht aber Texte und Fiktivpornografie (z.B. Zeichentrickfilme), bei denen der Darstellerschutz keine entscheidende Rolle spielt, einbezogen werden müssen.⁵²

dd) Hinsichtlich der Verbreitung (§ 184b Abs. 1, § 184c Abs. 1 StGB) und dem Unternehmen der Besitzverschaffung für einen Dritten (§ 184b Abs. 2, § 184c Abs. 2 StGB) liegt ein höherer Unrechtsgehalt als bei der Eigenbesitzverschaffung und beim Eigenbesitz vor, weil der Täter das Bild weiteren Personen zugänglich macht, damit die Verletzung des Persönlichkeitsrechts erweitert und bei eigenen Aufnahmen die Verfügungsgewalt über das

⁴⁴ BT-Drs. 12/3001, S. 5 u. 12/4883, S. 7 f.; BGHSt 47, 55 (61); *Harm*, NStZ 2003, 646 f.

⁴⁵ Kritisch daher *Gropp*, Festschrift für Kühne, 2013, S. 679 (685).

⁴⁶ In der Regel geht dem Besitzen ein bereits nach S. 1 strafbares Sich-Verschaffen des Besitzes voraus; BGH NStZ 2009, 208, spricht daher von einem „Auffangtatbestand“.

⁴⁷ Vgl. aber BT-Drs. 12/3001, S. 6; VGH Mannheim NJW 2008, 3082 (3084).

⁴⁸ Näher *Gropp*, Festschrift für Kühne, 2013, S. 679 (685); *Heinrich*, NStZ 2005, 362; *Scheffler*, Festschrift für Herzberg, 2008, S. 625 (636).

⁴⁹ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, § 184b Rn. 15 und § 184c Rn. 2; *Gropp*, Festschrift für Kühne, 2013, S. 679 (682 f., 691); *Hörnle*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2012, § 184 Rn. 4; *Popp*, ZIS 2011, 193 (202 f.).

⁵⁰ Näher *Eisele*, in: Schönke/Schröder, § 184b Rn. 15a und 15b.

⁵¹ *Hörnle*, NJW 2008, 3521 (3523 f.); krit. – auch zur Erfassung des Posierens Jugendlicher – *Reinbacher/Wincierz*, ZRP 2007, 195 (196 ff.).

⁵² Siehe auch BT-Drs. 16/9652, S. 5; *Hörnle*, NJW 2008, 3521 (3524).

Bild aus den Händen gibt und damit die (ggf. erstmalige) Gefahr unkontrollierter Verbreitung schafft. Zudem kann im Einzelfall eine ungewollte Konfrontation des Empfängers mit kinderpornografischen Schriften vorliegen. Diesem höheren Unrechtsgehalt trägt der gegenüber § 184b Abs. 4, § 184c Abs. 4 StGB erhöhte Strafraum Rechnung. Hinzuweisen ist auch darauf, dass der bloße Besitz bei einfacher Pornografie i.S.d. § 184 StGB (selbstverständlich) nicht unter Strafe gestellt ist.

b) Welcher Zweck steht hinter der vom Gesetzgeber derzeit gezogenen Grenze zwischen strafbarer Kinder- und Jugendpornografie und der straflosen Ablichtung von Kindern und Jugendlichen?

§§ 184b, 184c StGB dienen nicht nur dem Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bzw. des Rechts am eigenen Bild (vgl. auch schon a), sondern knüpfen an sexuelle Handlungen von Kindern und Jugendlichen an, die einen besonders intensiven Eingriff und jedenfalls in den Fällen des § 184b StGB regelmäßig auch einen Missbrauch darstellen. Diesbezüglich ist darauf hinzuweisen, dass die Tatbestände der Kinder- und Jugendpornografie keineswegs die Nacktheit der dargestellten Person erfordern, da auch sexuelle Handlungen mit bekleideten Personen ausreichend sind. Entscheidendes Kriterium ist derzeit also nicht die Nacktheit, sondern die sexuelle Handlung. Abbildungen ohne einen solchen Bezug zu einer sexuellen Handlung sind nicht dem 13. Abschnitt des StGB zuzuordnen, sondern gehören systematisch zu § 201a StGB sowie §§ 22, 23 Kunsturhebergesetz. Allein der Umstand, dass der Betrachter von Nacktaufnahmen diese in einen sexuellen Kontext setzt bzw. sexuelle Phantasien entwickelt, führt nicht zu strafrechtlichem Unrecht. Denn einen solchen subjektiven sexuellen Bezug kann der Betrachter ebenso gut bei mit Unterwäsche bekleideten Personen in Katalogen von Versandhäusern oder gar beim schlichten Betrachten von Gesichtern, Schuhen usw. entwickeln. Diese Abschichtung kommt auch in jüngeren Gesetzesvorhaben zum Ausdruck: So sieht etwa der bereits (oben Fn. 11) erwähnte Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zur Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht eine Erweiterung des § 201a Abs. 1 StGB für Aufnahmen unbekleideter Personen – d.h. von Kindern, Jugendlichen und Erwachsenen – vor, während der Gesetzesantrag Bayerns (BR-Drs. 127/14) in einem künftigen § 201a Abs. 4 StGB Bildaufnahmen, die die Nacktheit von Kindern zur Schau stellen, unter bestimmten Voraussetzungen unter Strafe stellen möchte. Insoweit besteht auch eine gewisse Berechtigung, bestehende Lücken⁵³ zu schließen bzw. Ungereimtheiten zu beseitigen, da die bisherige Anknüpfung an Bildaufnahmen in Wohnungen oder gegen Einblick besonders geschützte Räumlichkeiten nicht immer zu sachgerechten Ergebnissen führt. Bei der Formulierung der endgültigen Fassung wird freilich darauf zu achten sein, dass sozialadäquate Handlungen ausgeklammert bleiben und die Vorschrift auf §§ 22, 23 Kunsturhebergesetz inhaltlich abgestimmt wird.

⁵³ Vgl. hierzu auch *Lenckner/Eisele*, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. 2014, § 184 Rn. 5.

3. Inwieweit kann der Erwerb oder Besitz von strafrechtlich nicht relevanten Materialien einen zulässigen Anfangsverdacht bzgl. einer Straftat gemäß § 184b und § 184c StGB begründen und zu strafprozessualen Zwangsmaßnahmen, insbesondere Durchsuchungen, ermächtigen? Welche Grenzen gibt es hier? Inwiefern spielen Verhältnismäßigkeitserwägungen eine Rolle (auch unter Berücksichtigung der sozialen Konsequenzen für den Betroffenen)?

a) Die nachfolgenden Ausführungen beziehen die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im Fall Edathy⁵⁴ bereits ein. Der einer Durchsuchung zugrundeliegende Tatverdacht muss sich auf konkrete, bereits vorliegende tatsächliche Anhaltspunkte stützen.⁵⁵ Da der Tatverdacht bereits gegeben sein muss, darf die Zwangsmaßnahme nicht der Ermittlung von Tatsachen dienen, die zur Begründung eines Verdachts erst erforderlich sind.⁵⁶ Auch genügen nur vage Anhaltspunkte, Vermutungen oder kriminalistische Erfahrung ohne hinreichende Tatsachenbasis nicht.⁵⁷ Allerdings steht den Strafverfolgungsbehörden bei der Beurteilung ein erheblicher Spielraum zu.⁵⁸ 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 Grenze überschritten.⁵⁹

Aus einem rechtmäßigen Verhalten kann ohne weitere Umstände nicht der Schluss auf Anhaltspunkte für eine Straftat gezogen werden, da zwischen einem straflosen und einem strafbaren Verhalten eine gewisse natürliche Hemmschwelle besteht.⁶⁰ So kann etwa der Tatverdacht wegen Hehlerei (§ 259 StGB) nicht darauf gestützt werden, dass der Betroffene eine „große Anzahl von Mobiltelefonen, von denen einige originalverpackt gewesen sind, über die Internetplattform ebay versteigert und dabei Verkaufserlöse erzielt hat, die in der Regel unter dem Preis der billigsten Anbieter gelegen haben“.⁶¹ Und ebenso wenig kann aus dem nicht verbotenen Besitz eines Empfangsgeräts, das zum Abhören des Polizeifunks geeignet ist, auf dessen – verbotenen – Einsatz geschlossen werden.⁶² Daher kann aus dem bloßen Erwerb oder Besitz von Material, das als nicht kinderpornografisch einzustufen ist, für sich genommen nicht auch der Verdacht auf den Erwerb oder Besitz kinderpornografischen Materials gestützt werden. Dies gilt in solchen Fällen insbesondere dann, wenn alle Bilder ausgewertet sind und das Gericht bei der Anordnung der Durchsuchung zu dem Schluss kommt, dass keines der Bilder strafrechtliche Relevanz hat. Denn dann wäre der Verdacht einer Straftat hinsichtlich der diesbezüglichen Bestellungen ausgeräumt, so dass dies auch nicht als Anknüpfungspunkt für die Ermittlung weiterer Taten dienen könnte.⁶³ Allerdings können in solchen Fällen weitere Umstände hinzukommen, die

⁵⁴ BVerfG, Beschluss v. 15.8.2014, 2 BvR 969/14.

⁵⁵ Ausführlich zum Fall Edathy Hoven, NStZ 2014, 361 ff.

⁵⁶ BVerfG NStZ-RR 2005, 207; BVerfG wistra 2012, 63 f.

⁵⁷ BVerfGE 115, 166 (197); BVerfG, Beschluss v. 15.8.2014, 2 BvR 969/14 (Edathy); BVerfG NStZ-RR 2005, 207; näher Wohlers, in: Systematischer Kommentar zur StPO, 4. Aufl. 2010, § 102 Rn. 25 ff.

⁵⁸ Zu Einzelheiten Hoven, NStZ 2014, 361 (364 ff.).

⁵⁹ BVerfGE 59, 95 (97).

⁶⁰ Hoven, NStZ 2014, 361 (367).

⁶¹ BVerfG NJW 2011, 291 (292).

⁶² BVerfGE 96, 27 (43); LG Frankenthal NStZ-RR 1998, 146.

⁶³ So Hoven, NStZ 2014, 361 (366), die im Fall Edathy von dieser Sachlage ausgeht.

dann zu einem solchen Verdacht führen.⁶⁴ Hinsichtlich kinderpornografischer Schriften ist zu berücksichtigen, dass die Grenze vor allem bei Posing-Bildern nur schwer gezogen werden kann, so dass die Möglichkeit einer strafrechtlichen Relevanz aufgrund schwieriger tatsächlicher Beurteilung häufig nicht ausgeschlossen werden kann. Insofern kann – worauf das Bundesverfassungsgericht zutreffend abstellt – ein Anfangsverdacht bestehen, wenn der Sachverhalt nicht abschließend ermittelt ist und zumindest die Möglichkeit besteht, dass einzelne Aufnahmen als kinder- bzw. jugendpornografisch qualifiziert werden.⁶⁵ Dabei ist auch die jeweilige Vertriebspraxis zu betrachten, etwa wenn die Anbieter auch eindeutig als Kinderpornografie zu klassifizierendes Material veräußern.⁶⁶

Diese Unterscheidung kann anhand eines anderen Beispiels verdeutlicht werden. Wird der Konsument beim Kauf von „Tabak“ auf der Straße beobachtet, so liegt kein Anfangsverdacht hinsichtlich etwaiger Betäubungsmittelstraftaten vor, wenn sich im Rahmen einer Kontrolle sofort herausstellt, dass es sich um ganz gewöhnliche Zigaretten bzw. Tabak handelt. Lässt sich die Substanz jedoch nicht eindeutig bestimmen und steht deshalb eine Betäubungsmittelstraftat im Raum, so können auf dieser Grundlage weitere Ermittlungsmaßnahmen geboten sein, wobei auch der Vertriebsweg – etwa Kauf an „einschlägigen“ Plätzen – eine Rolle spielen kann.

b) Hinsichtlich der Grenzen ist ganz allgemein zu beachten, dass nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine Durchsuchung regelmäßig schwerwiegend in die grundrechtlich geschützte Lebenssphäre des Betroffenen, insbesondere in das Grundrecht aus Art. 13 GG, eingreift.⁶⁷ Dieser Eingriff muss ein angemessenes Verhältnis zur Stärke des bestehenden Tatverdachts wahren.⁶⁸ Zudem erfordert der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, dass die Bedeutung des Beweismittels für das Verfahren sowie die Auffindewahrscheinlichkeit zu berücksichtigen sind.⁶⁹ Das Bundesverfassungsgericht hat diese Voraussetzungen im Fall Edathy – soweit ich dies anhand der mir zugänglichen Grundlagen beurteilen kann – zutreffend bejaht.⁷⁰ Bei der Abwägung der Grundrechte kann neben wirtschaftlichen Interessen⁷¹ auch das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen eine Rolle spielen. Freilich können allgemeine, mit jeder Durchsuchung zwangsläufig verbundene Belastungen einer solchen für sich genommen nicht entgegenstehen. Auch wird eine rechtmäßige Durchsuchung selbst nicht dadurch rechtswidrig, dass negative soziale Konsequenzen durch eine Medienberichterstattung oder durch spätere Pressemitteilungen entstehen. Insofern gilt es vielmehr, die Rechtmäßigkeit solcher Informationen bzw. Berichterstattungen zu prüfen. Anderes kann im Einzelfall freilich hinsichtlich der Art und Weise der Durchführung der Zwangsmaßnahme gelten, wenn etwa vorab die Medien informiert werden und die Durchsuchung daher gewissermaßen im Lichte der Öffentlichkeit stattfindet.⁷²

⁶⁴ BVerfG NStZ-RR 2005, 207 (208); BVerfG, Beschluss v. 15.8.2014, 2 BvR 969/14 (Edathy).

⁶⁵ BVerfG, Beschluss v. 15.8.2014, 2 BvR 969/14 (Edathy).

⁶⁶ BVerfG, Beschluss v. 15.8.2014, 2 BvR 969/14 (Edathy).

⁶⁷ BVerfGE 59, 95 (97); BVerfGE 115, 166 (197). Siehe auch Nr. 73a RiStBV.

⁶⁸ BVerfGE 20, 162 (186 f.); BVerfGE 42, 212 (219 f.).

⁶⁹ Dazu nur BVerfGE 115, 166 (197); *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, 57. Aufl. 2014, § 102 Rn. 15a.

⁷⁰ BVerfG, Beschluss v. 15.8.2014, 2 BvR 969/14 (Edathy).

⁷¹ *Wohlers*, in: Systematischer Kommentar zur StPO, 4. Aufl. 2010, § 102 Rn. 35.

⁷² Hierzu *Gercke*, in: Heidelberger Kommentar zur StPO, 5. Aufl. 2012, § 98 Rn. 25. Ausführlicher zu dieser Problematik *Eisele*, Strafprozessführung durch Medien, JZ 2014 (erscheint demnächst).

4. Das Gesetz sieht für den Besitz von kinderpornographischen Schriften nach § 184b Abs. 4 StGB eine Strafe von bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe oder Geldstrafe, für den Besitz von jugendpornographischen Schriften nach § 184c Abs. 4 StGB eine Strafe von bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe oder Geldstrafe vor.

a) Wie werden diese Strafraumen in der Praxis ausgeschöpft?

Grundlage der folgenden Ausführungen ist die neueste Statistik des Statistischen Bundesamtes Wiesbaden, die das Jahr 2012 betrifft.⁷³ Demnach wurden insgesamt 1892 Personen (davon 1811 nach allgemeinem Strafrecht) wegen einer Tat nach § 184b StGB und 112 Personen (davon 96 nach allgemeinem Strafrecht, d.h. ohne Jugendstrafrecht) wegen einer Tat nach § 184c StGB abgeurteilt (die Statistik differenziert nicht nach den einzelnen Absätzen der Vorschriften). Verurteilt wurden nach allgemeinem Strafrecht 1721 Personen wegen einer Tat nach § 184b StGB und 91 Personen wegen einer Tat nach § 184c StGB, so dass die Zahl der Freisprüche relativ gering ist; diese liegt etwa beim sexuellen Missbrauch i.S.d. § 176 StGB deutlich höher. Nach allgemeinem Strafrecht wurde bei § 184b StGB in 813 Fällen (47,23 %) und bei § 184c – entsprechend dem abgesenkten Strafraumen – in 16 Fällen (14,56 %) eine Freiheitsstrafe verhängt. Eine Freiheitsstrafe mit Bewährung wurde bei § 184b StGB in 749 Fällen (92,12 %) und bei § 184c StGB in 12 Fällen (75 %) verhängt.

aa) Bei § 184b StGB wurde eine Freiheitsstrafe verhängt unter 6 Monaten in 115 Fällen = 14,14 % (111 Fälle zur Bewährung), zu 6 Monaten in 161 Fällen = 19,83 % (152 Fälle zur Bewährung), zu 6 bis 9 Monaten 196 Fälle = 24,10 % (191 Fälle zur Bewährung), zu 9 Monaten bis 1 Jahr 203 Fälle = 24,97 % (195 Fälle zur Bewährung), von 1 bis 2 Jahren in 117 Fällen = 14,39 % (100 Fälle zur Bewährung) und darüber in 21 Fällen = 2,57 %.

bb) Bei § 184c StGB wurde eine Freiheitsstrafe verhängt unter 6 Monaten in 7 Fällen = 43,75 % (5 Fälle zur Bewährung), zu 6 Monaten in 1 Fall zur Bewährung = 6,25 %, zu 6 bis 9 Monaten in 5 Fällen = 31,25 % (4 Fälle zur Bewährung), zu 9 Monaten bis 1 Jahr in 2 Fällen = 12,5 % (beide Fälle zur Bewährung), von 1 bis 2 Jahren in 1 Fall ohne Bewährung = 6,25 %.

cc) Insgesamt zeigt die Statistik eine breite Verteilung der Freiheitsstrafen. Dabei ist freilich zu berücksichtigen, dass die einzelnen Absätze der Vorschrift nicht differenziert ausgewiesen werden, so dass der Bereich von Freiheitsstrafen über einem Jahr auch überwiegend Fälle der §§ 184b Abs. 1, 184c Abs. 1 StGB betreffen kann. Ferner können bei tateinheitlichen Verurteilungen auch andere Straftatbestände zur Erhöhung der Strafe geführt haben.

b. Welche Strafe erwartet einen Täter üblicherweise ungefähr bei welcher Art und welcher Anzahl von Bildern/Filmen?

Da die konkrete Strafbemessung von einer Gesamtwürdigung aller strafzumessungsrelevanten Faktoren abhängt (vgl. § 46 Abs. 2 StGB), ist die Strafzumessung

⁷³ Die nachfolgenden Zahlen sind entnommen der Statistik des Statistischen Bundesamts, Strafverfolgung 2012, Fachserie 10, Reihe 3, 2014.

nicht nur von Art und Anzahl der Schriften abhängig, so dass konkrete Zahlen nicht genannt werden können. Ferner können auch tateinheitlich weitere Tatbestände hinzukommen. Die Schwere des Missbrauchs und der Umstand, dass tatsächlicher Missbrauch abgebildet ist, erlangen hierbei aber Bedeutung.⁷⁴ Ebenso ist eine große Anzahl kinderpornografischer Bilder oder Filme strafscharfend zu werten, muss aber nicht immer hohe Strafen nach sich ziehen. Freiheitsstrafen ohne Bewährung dürften vor allem bei Wiederholungstätern in Betracht kommen. Nachstehend soll dies anhand einiger exemplarisch ausgewählter Beispiele aus Pressemitteilungen aufgezeigt werden, die zugleich den unter a) dargestellten Befund – Freiheitsstrafen mit Bewährung bei § 184b StGB in 92,12 % der Fälle und die dargelegte Spannbreite bei den Freiheitsstrafen – im Wesentlichen bestätigen:

- Geldstrafe bei 100 Bildern und zwei Filmen⁷⁵
- Geldstrafe bei 32 Dateien⁷⁶

- 5 Monate Freiheitsstrafe zur Bewährung bei einem Video mit schwerem Missbrauch⁷⁷
- 6 Monate Freiheitsstrafe auf Bewährung bei 1300 Bildern⁷⁸
- 6 Monate Freiheitsstrafe zur Bewährung bei 188 Bild- und Videodateien mit Vergewaltigungsszenen⁷⁹
- 8 Monate Freiheitsstrafe zur Bewährung bei 500 kinderpornografischen Bildern und Schriften⁸⁰
- 8 Monate Freiheitsstrafe zur Bewährung bei 18 Filmen mit sexuellem Missbrauch⁸¹
- 8 Monate Freiheitsstrafe zur Bewährung bei 40.000 Bilddateien und 4500 Videos⁸²
- 10 Monate Freiheitsstrafe zur Bewährung bei 164 Videodateien mit Missbrauch und Vergewaltigung von Kindern und Jugendlichen⁸³
- 10 Monate Freiheitsstrafe zur Bewährung bei 800 Fotos und Videos⁸⁴
1 Jahr Freiheitsstrafe auf Bewährung bei 386254 Bildern und ca. 12000 Filmen⁸⁵
- 1 Jahr Freiheitsstrafe zur Bewährung bei 383 kinder- und jugendpornografischen Bilddateien⁸⁶

⁷⁴ BGH NStZ-RR 2009, 103.

⁷⁵ <http://www.merkur-online.de/lokales/schongau/schongau/kinderpornografie-rechner-9600-euro-strafe-mann-raum-schongau-1589106.html> (letzter Abruf: 10.9.2014).

⁷⁶ <http://www.kreiszeitung.de/lokales/verden/geldstrafe-kinder pornos-722410.html> (letzter Abruf: 10.9.2014).

⁷⁷ <http://www.wa.de/lokales/bergkamen/strafe-bewaehrung-wegen-besitzes-kinderpornographie-landgericht-urteil-2751527.html> (letzter Abruf: 10.9.2014).

⁷⁸ <http://www.merkur-online.de/lokales/garmisch-partenkirchen/murnau/1300-kinder pornos-aufgespuert-1597413.html> (letzter Abruf: 10.9.2014).

⁷⁹ <http://www.hna.de/lokales/hann-muenden/kinderpornografie-34-jaehriger-haft-bewaehrung-geldbusse-verurteilt-3818671.html> (letzter Abruf: 10.9.2014).

⁸⁰ <http://www.swp.de/ulm/lokales/polizeibericht/Kinderpornografie-gehört-Gericht-verurteilt-Kampfsporttrainer;art3458,2131871> (letzter Abruf: 10.9.2014).

⁸¹ <http://www.general-anzeiger-bonn.de/lokales/region/30-jaehriger-aus-eitorf-wegen-kinderpornografie-verurteilt-article833993.html> (letzter Abruf: 10.9.2014).

⁸² <http://www.wa.de/lokales/hamm/stadt-hamm/polizist-hamm-wegen-kinderpornographie-dortmund-verurteilt-3531605.html> (letzter Abruf: 10.9.2014).

⁸³ <http://www.wn.de/Muensterland/Kreis-Steinfurt/Altenberge/1644666-Bewaehrungsstrafe-Kinderpornografie-67-Jaehriger-verurteilt> (letzter Abruf: 10.9.2014).

⁸⁴ <http://www.derwesten.de/staedte/bochum/rentner-70-aus-bochum-wegen-kinder pornos-verurteilt-id9696285.html> (letzter Abruf: 10.9.2014).

⁸⁵ <http://www.ksta.de/schleiden/prozess-in-schleiden-ueber-jahre-kinder pornos-gesammelt,15189162,28006960.html> (letzter Abruf: 10.9.2014).

⁸⁶ <http://www.maz-online.de/Lokales/Dahme-Spreewald/Verurteilung-wegen-Kinderpornografie> (letzter Abruf: 10.9.2014).

- 1 Jahr und 3 Monate Freiheitsstrafe zur Bewährung bei 260 Fotos und 40 Videofilmen (Fall Jörg Tauss)⁸⁷
- 1 Jahr und 3 Monate zur Bewährung bei 500 Bilddateien mit schweren Sexualverbrechen an Kindern⁸⁸
- 9 Monate Freiheitsstrafe ohne Bewährung bei 43 Bilder durch Wiederholungstäter⁸⁹
- 1 Jahr Freiheitsstrafe ohne Bewährung bei 40 Filmen und Vorstrafen⁹⁰
- 1 Jahr und 1 Monat Freiheitsstrafe ohne Bewährung bei Wiederholungstäter und 4332 Dateien mit Kinder- und 410 Dateien mit Jugendpornografie⁹¹

5. Wann droht bei den Delikten der Verbreitung, des Erwerbs und des Besitzes von kinder- bzw. jugendpornographischen Schriften der Eintritt von Verfolgungsverjährung? Haben Ermittlungsmaßnahmen der Polizei oder des BKA Einfluss auf die Verjährung?

Taten nach § 184b Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 4 StGB verjähren gemäß § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB in fünf Jahren, Taten nach § 184b Abs. 3 StGB gemäß § 78 Abs. 3 Nr. 3 StGB in zehn Jahren. Taten nach § 184c Abs. 1 bis 3 StGB *verjähren* in fünf Jahren, Taten nach § 184c Abs. 4 StGB in drei Jahren (§ 78 Abs. 3 Nr. 5 StGB).⁹² Die Verjährung beginnt nach § 78a StGB mit Beendigung der Tat, d.h. Abschluss der Ausführungshandlung (Verbreiten, Sich-Verschaffen), beim Besitz allerdings erst mit der Beendigung dessen, d.h. der Aufgabe der Sachherrschaft.⁹³ Solange der Konsument die Bilder weiterhin auf seinem Rechner gespeichert hat, beginnt daher die Verjährungsfrist nicht zu laufen.

Abweichend von den Verjährungsregelungen der §§ 78 ff. StGB sehen die LandespresseG eine kürzere Verjährung, d.h. eine Privilegierung für Druckwerke⁹⁴ vor,⁹⁵ die sich zwischen einem Jahr für Verbrechen, sechs Monaten für Vergehen und drei Monaten für Ordnungswidrigkeiten bewegt.⁹⁶ Privilegiert werden aber nur sog. Presseinhaltsdelikte, bei denen die Strafbarkeit unmittelbar aus der Verbreitung des Inhalts resultiert.⁹⁷ Ergibt sich die Strafbarkeit dagegen aus den Umständen der Verbreitung oder kommen weitere Gesichtspunkte hinzu, bleibt es bei den allgemeinen Regeln.⁹⁸ Nicht um ein

⁸⁷ <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/kinderporno-prozess-gericht-verurteilt-tauss-zu-bewaehrungsstrafe-a-697300.html> (letzter Abruf: 10.9.2014).

⁸⁸ <http://www.derwesten.de/staedte/bochum/bochumer-wegen-besitzes-von-kinderpornografie-verurteilt-id8508409.html> (letzter Abruf: 10.9.2014).

⁸⁹ <http://www.op-online.de/lokales/nachrichten/hanau/prozess-kinderpornografie-mann-hanau-muss-gefaengnis-3555434.html> (letzter Abruf: 10.9.2014).

⁹⁰ http://www.tagblatt.de/Home/nachrichten/tuebingen_artikel,-Ein-Jahr-Haft-fuer-Kinderpornografie-_arid,164181.html (letzter Abruf: 10.9.2014).

⁹¹ <http://www.mainpost.de/regional/main-spessart/main-spessart/art129810,8096327> (letzter Abruf: 10.9.2014).

⁹² Hierzu *Eisele*, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. 2014, § 184b Rn. 21; *Hörnle*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2012, § 184c Rn. 16.

⁹³ Vgl. auch BVerfG, Beschluss v. 1.8.2014, 2 BvR 200/14; *Beukelmann*, in: Dölling/Duttge/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 2. Aufl. 2011, § 78a Rn. 3; *Dallmeyer*, in: Beck'scher Online-Kommentar StGB, Edition 23, Stand 22.7.2013, § 78a Rn. 4; *Ziethen/Ziemann*, Anwaltskommentar StGB, 2011, § 184 Rn. 62.

⁹⁴ Zu diesem Begriff z.B. Art. 6 Bayerisches Pressegesetz und BayObLG NStZ 2004, 702 f.

⁹⁵ Dazu BVerfGE 7, 29 ff.; BGHSt 33, 271 (274).

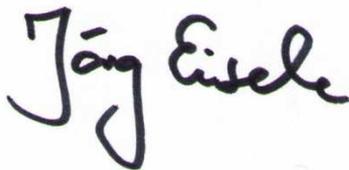
⁹⁶ Vgl. § 24 BWLPG, Art. 14 BayLPG, § 25 NRWLPG.

⁹⁷ BGHSt 40, 385 ff.; BGH wistra 2004, 339.

⁹⁸ *Sternberg-Lieben/Bosch*, in: Schönke/Schröder, 29. Aufl. 2014, § 78 Rn. 9.

Presseinhaltsdelikt handelt es sich daher bei §§ 184b Abs. 2 und 4, 184c Abs. 2 und 4 StGB, weil die Bestrafung vom Verbreiten unabhängig ist.⁹⁹ Zudem sind nach den Pressegesetzen § 184b StGB und § 184c StGB von der kurzen Verjährung ausgenommen.¹⁰⁰

Ein Ruhen der Verjährung bis zum 21. Lebensjahr des Opfers ist nicht vorgesehen, da § 184b StGB und § 184c StGB in § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht genannt sind: Hieran möchte auch – wohl weil die Opfer nur schwer zu ermitteln sind – der Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz zu einem Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs – Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht nichts ändern. Die Verjährung wird auch nur in den von § 78c StGB abschließend genannten Fällen unterbrochen; eine analoge Anwendung auf andere Fälle ist ausgeschlossen.¹⁰¹ Von Bedeutung sind hier die Nrn. 1 bis 5: Die erste Vernehmung des Beschuldigten, die Bekanntgabe, dass gegen ihn das Ermittlungsverfahren eingeleitet ist, oder die Anordnung dieser Vernehmung oder Bekanntgabe (Nr. 1), jede richterliche Vernehmung des Beschuldigten oder deren Anordnung (Nr. 2), jede Beauftragung eines Sachverständigen durch den Richter oder Staatsanwalt, wenn vorher der Beschuldigte vernommen oder ihm die Einleitung des Ermittlungsverfahrens bekanntgegeben worden ist (Nr. 3), jede richterliche Beschlagnahme- oder Durchsuchungsanordnung und richterliche Entscheidungen, welche diese aufrechterhalten (Nr. 4), den Haftbefehl, den Unterbringungsbefehl, den Vorführungsbefehl und richterliche Entscheidungen, welche diese aufrechterhalten (Nr. 5). Bloße Ermittlungsmaßnahmen sind demnach nicht ausreichend.



(Professor Dr. Jörg Eisele)

⁹⁹ BT-Drs. 12/3001, S. 6.

¹⁰⁰ Hörnle, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2012, § 184b Rn. 55 und § 184 c Rn. 16.

¹⁰¹ BGHSt 22, 383; BGH NSTz 2009, 205 (207).