

Professor Dr. Jörg Eisele
Universität Tübingen

**Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung
im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages am
Mittwoch, dem 10. April 2024**

Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Anpassung der Mindeststrafen des § 184b
Absatz 1 Satz 1 und Absatz 3 des Strafgesetzbuches
– Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Inhalte
(BT-Drs. 20/10540)

Der Gesetzentwurf, der eine Absenkung des Strafrahmens bei § 184b StGB vorsieht, ist in seiner Zielrichtung zu befürworten, obgleich nicht zu verkennen ist, dass die Bekämpfung von Kinderpornografie ein gewichtiges rechtspolitisches Anliegen ist. Bereits in meiner schriftlichen Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 7.12.2020 zum Gesetz zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder habe ich angemerkt, dass „letztlich recht pauschal hohe Strafrahmen vorgesehen (sind), was etwa bei dem Besitz eines einzigen einfachen Posingbildes oder der aufreizenden Ablichtung des Gesäßes eines Kindes, das ebenfalls vom Tatbestand erfasst wird, problematisch sein kann“ (S. 8).

I. Ausgangspunkt

Die hohe Mindeststrafe und der damit verbundene Verbrechenscharakter sind sowohl mit Blick auf das verfassungsrechtliche Schuldprinzip bzw. den verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als auch auf das unionsrechtliche Prinzip der Verhältnismäßigkeit von Strafen (Art. 49 Abs. 3 GrCh) bei der Umsetzung der Richtlinie 2011/93/EU¹ problematisch. Zudem bereitet der Verbrechenscharakter der Praxis ganz erhebliche Schwierigkeiten, weil sie mit Sachverhalten konfrontiert wird, in denen die Verhängung einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr ganz offensichtlich nicht schuldangemessen ist.² So etwa, wenn Eltern ein kinderpornografisches Bild „sichern“, welches sie auf dem Mobiltelefon ihres Kindes entdeckt haben, Personen zur „Warnung“ das Bild oder einen Screenshot in eine Whatsapp-Gruppe stellen,³ oder der Besitz unfreiwillig erlangt wird, ohne dass die Datei bewusst gespeichert wird.⁴ Entsprechendes gilt für Jugendliche, die aus Unbedarftheit, Neugier, Abenteuerlust oder Imponierstreben handeln und solche Bilder austauschen.⁵

¹ Hierzu ausführlich *Brodowski*, StV 2023, 421 (424), der für § 184b Abs. 3 StGB unionsrechtlich noch eine Freiheitsstrafe von sechs Monaten als zulässig ansieht.

² Aufgrund dessen halten einzelne Gerichte die Norm für verfassungswidrig und haben sie inzwischen dem BVerfG vorgelegt (AG Buchen StV 2023, 403 ff.; zur Unzulässigkeit von Vorlagen des AG München und AG Wuppertal vgl. BVerfG BeckRS 2023, 5979).

³ So im Fall des AG München, vgl. BVerfG BeckRS 2023, 5979.

⁴ AG Buchen StV 2023, 403 ff.

⁵ BT-Drs. 20/10540, 12.

II. Vorschlag des Gesetzentwurfs: Beseitigung des Verbrechenscharakters

1. Absenkung der Strafraumen

Die vorgesehene Absenkung der Mindeststrafen in § 184b Abs. 1 StGB auf sechs Monate Freiheitsstrafe und in § 184b Abs. 3 StGB auf drei Monate Freiheitsstrafe, verbunden mit der Möglichkeit einer Einstellung nach §§ 153, 153a StPO oder einer Erledigung im Strafbefehlsverfahren nach §§ 407 ff. StPO, wahren sowohl das verfassungsrechtliche Schuldprinzip als auch das unionsrechtliche Prinzip der Verhältnismäßigkeit von Strafen.

2. Höhe der Mindeststrafe

Ob die Strafraumen von § 184b Abs. 1 und Abs. 3 StGB auf ein einheitliches Niveau von sechs Monaten Mindestfreiheitsstrafe oder – wie vom Entwurf favorisiert – in § 184b Abs. 3 auf drei Monaten abgesenkt werden, darüber kann man diskutieren. Für die Lösung des Gesetzentwurfs lässt sich zunächst die Richtlinie 2011/93/EU anführen, die in Art. 5 Abs. 2 bis Abs. 6 die Mindesthöchststrafen für die verschiedenen Tathandlungen von einem bis zu drei Jahren staffelt. Ferner ist zu beachten, dass der Hersteller von Kinderpornografie (§ 184b Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 4 StGB) häufig unmittelbar am Missbrauchsgeschehen beteiligt ist und das Geschehen erstmals perpetuiert (das Herstellen selbst setzt trotz der Verwendung des Inhaltebegriffs nach § 11 Abs. 3 StGB eine Verkörperung voraus⁶). Beim Verbreiten, (öffentlichen) Zugänglichmachen und der Drittverschaffung nach § 184b Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB wird durch die Weitergabe des Inhalts die Verletzung des Rechts auf sexuellen Selbstbestimmung vertieft bzw. das Allgemeine Persönlichkeitsrecht verletzt und zugleich der Markt der Kinderpornografie gestärkt.⁷ Beim Abruf, der Besitzverschaffung und beim Besitz erfolgt dies nur mittelbar. Der Gesetzgeber geht aber immerhin zu Recht davon aus, dass auch derjenige, der solche Inhalte abrufen, sich verschafft oder besitzt, durch seine Nachfrage den Markt für Kinderpornographie „befeuert“ und damit mittelbar am Missbrauch beteiligt ist.⁸

3. Rückwirkungen auf den Versuch

Zu beachten ist, dass der Wegfall des Verbrechenscharakters Rückwirkungen auf die Versuchsstrafbarkeit hat, die bislang aus dem Verbrechenscharakter folgt (§ 23 Abs. 1 StGB). Insoweit wird nunmehr – anders als im Referentenentwurf⁹ – auf diejenige Regelung zurückgegriffen, welche vor der Einführung der Verbrechensstrafbarkeit galt. Wie im alten Recht ist für die Unternehmensdelikte die Versuchsstrafbarkeit zu Recht ausgeklammert.

III. Alternativen

1. Normierung eines minder schweren Falles

Die Ergänzung der bisherigen Verbrechenstatbestände um einen minder schweren Fall lehnt der Gesetzesentwurf mit plausibler Argumentation ab, da der Verbrechenscharakter bei minder schweren Fällen gemäß § 12 Abs. 3 StGB

⁶ BT-Drs. 19/19859, 66

⁷ Vgl. *Eisele*, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, § 184b Rn. 2.

⁸ BT-Drs. 19/23707, 41.

⁹ Zur diesbezüglichen Kritik *Eisele*, Stellungnahme zum Referentenentwurf, S. 2.

erhalten bleibt und damit der Weg zur Erledigung von Fällen an der unteren Grenze der Strafbarkeit über §§ 153, 153a StPO sowie im Wege des Strafbefehlsverfahrens über § 407 StPO nicht möglich ist.¹⁰

2. Normierung von Privilegierungstatbeständen

Ebenso könnte man daran denken, den Verbrechenscharakter grundsätzlich beizubehalten und Privilegierungstatbestände mit Vergehenscharakter für diejenigen Konstellationen zu schaffen, welche derzeit mit Blick auf den Unrechts- und Schuldgehalt problematisch sind. (Nur) in diesen Fällen wäre dann eine Einstellung, Erledigung im Strafbefehlsverfahren usw. möglich. Die oben genannten Eltern- und Warnfälle blieben dann grundsätzlich strafbar, weil letztlich kinderpornografisches Material zugänglich usw. gemacht wurde.¹¹ Entsprechendes würde für Jugendliche gelten, die nicht aus sexueller Motivation heraus handeln, sondern die Tat aus Unbedarftheit, Neugier, Abenteuerlust oder Imponiergehabe begehen und so etwa Bilder im Klassenchat austauschen. Und letztlich könnten auch Fälle ungewollter Besitzerlangung erfasst werden, in denen sich der Täter die Bilder nicht „bewusst zu eigen macht“. Diese Lösung hätte zwar den Vorteil einer klaren tatbestandlichen Konturierung, was freilich auch dazu führen könnte, dass in der Praxis weiterhin Fälle auftreten könnten, die den notwendigen Unrechts- und Schuldgehalt des Verbrechens nicht erreichen, weil sie per se an der unteren Grenze liegen, ohne aber vom (zu engen) Privilegierungstatbestand erfasst zu werden.

IV. Eigener Vorschlag: Flexible Strafraumenabstufung

1. Ausgangspunkt: Große Spannweite kinderpornografischer Taten

Zu sehen ist, dass die Spannweite des Unrechts- und Schuldgehalts von Taten nach § 184b StGB extrem weit ist. Maßgebend sind neben den Tathandlungen (Herstellen, Zugänglichmachen, Besitz, Abruf usw.) vor allem das abgebildete konkrete Missbrauchsgeschehen und – gerade beim Dauerdelikt des Besitzes¹² – die Menge der Inhalte. § 184b StGB stuft dabei schon derzeit hinsichtlich des Inhalts danach ab, ob ein tatsächliches Geschehen, ein wirklichkeitsnahes Geschehen oder bloße Fiktivpornografie den Gegenstand bildet. Jedoch spielt es – abgesehen von der Frage der Strafzumessung – keine Rolle, ob es sich „nur“ um ein (einziges) sog. Posing-Bild (§ 184 Abs. 1 lit. b StGB) handelt, das einen Kindesmissbrauch ohne Körperkontakt (Hands-off-Delikt, § 176a StGB) zeigt oder um eine sexuelle Handlung mit Körperkontakt (Hands-on-Delikt des § 176 StGB) oder gar ein schwerer sexueller Missbrauch – Beischlaf oder ähnlichen Handlungen, die mit einem Eindringen in den Körper, ggf. auch von kleinen Kindern, verbunden sind (§ 176c Abs. 1 Nr. 2 StGB) – abgebildet ist.

Beim Herstellen von kinderpornografischen Inhalten mit tatsächlichem Geschehen erlangt die jeweilige Missbrauchsform (vom Gesetzgeber in §§ 176 ff. StGB deutlich

¹⁰ BT-Drs. 20/10540, 3 und 10.

¹¹ Dazu näher IV.3.

¹² Der gleichzeitige Besitz mehrerer kinderpornographischer Inhalte stellt nur eine Tat dar, auch wenn diese sich auf verschiedenen Datenträgern befinden; anderes gilt nur, wenn festgestellt ist, dass diese durch selbständige Verschaffensakte erlangt wurden; vgl. etwa BGH NSTZ-RR 2020, 172 (174); NSTZ-RR 2023, 47 (48).

abgestuft) für die Schwere der Tat unmittelbare Bedeutung. Aber auch bei den übrigen Handlungen ist dies zumindest mittelbar von Bedeutung, weil die Nachfrage nach entsprechendem Material, das unter solchen Missbrauchsformen zustande kommt, nach der zutreffenden gesetzgeberischen Konzeption das Angebot gerade von solchen Inhalten beeinflusst.

All dies hat der Deutsche Richterbund e.V. bereits in seiner schriftlichen Stellungnahme zum Entwurf des Gesetzes zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder treffend zum Ausdruck gebracht und auf die besonders gefährliche Anreiz- und Nachahmungswirkung gerade bei schwerem Missbrauchsgeschehen hingewiesen. Er sah es durchaus als angemessen an, in solchen Fällen auch eine höhere Strafe als drei Jahre Freiheitsstrafe zu verhängen:¹³

„Die Bandbreite kinderpornographischer Inhalte ist groß. Sie reicht von heimlich hergestellten Bildern der Genitalien oder des unbekleideten Gesäßes von Kindern sowie dem Posieren sogar bekleideter Kinder bis hin zu Darstellungen schwerster sexualisierter Gewalt gegen Kinder. Etwa bei Darstellungen sexueller Handlungen zwischen Kindern sowie Abbildungen des schweren sexuellen Missbrauchs von Kindern wie oralem, vaginalem und analem Geschlechtsverkehr zwischen Erwachsenen und Kindern bzw. Säuglingen sowie von Gewalttätigkeiten gegen Kinder im Rahmen der Vornahme sexueller Handlungen besteht ein hoher Schutzbedarf und eine besonders gefährliche Anreiz- und Nachahmungswirkung. Für solche Fälle wird es nach Würdigung aller Umstände des Einzelfalles, etwa bei Wiederholungstätern, angemessen sein, eine höhere Strafe als drei Jahre Freiheitsstrafe zu verhängen. Der Deutsche Richterbund befürwortet daher die Anhebung des bisherigen Höchstmaßes der Strafe sowohl für das Verbreiten als auch den Besitz und die Besitzverschaffung von kinderpornographischen Inhalten. Zudem begrüßt der Deutsche Richterbund, dass der Qualifikationsstraftatbestand für die Fälle, in denen der Täter gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande bestimmte kinderpornographische Inhalte verbreitet, deutlich angehoben wird (von Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren auf Freiheitsstrafe von zwei Jahren bis 15 Jahren, § 184b Abs. 2 StGB-E). Die vorgenannten Inhalte sind in ihrem Unrechtsgehalt indes nicht mit heimlich hergestellten Bildern der Genitalien von Kindern oder dem Posieren bekleideter Kinder vergleichbar. Für den Besitz lediglich eines einzelnen solchen Bildes dürfte es bei einem nicht vorbestraften Täter durchaus tat- und schuldangemessen sein, mit einer Sanktion zu reagieren, die deutlich unter einem Jahr Freiheitsstrafe liegt. Aus diesem Grunde stehen Wertungswidersprüche zu befürchten.“

2. Strafschärfungen durch besonders schwere Fälle

Der Gesetzentwurf öffnet den Strafraumen nunmehr „nach unten“ und weitet diesen dadurch aus. Angesichts der zahlreichen Tathandlungen in § 184b Abs. 1 und Abs. 3 StGB und der Unterscheidung zwischen tatsächlichem Geschehen, wirklichkeitsnahem Geschehen und Fiktivpornografie sollte der Vorschlag einer weiteren Abstufung aber nicht zu einer gänzlich unübersichtlichen Regelung führen. Zu überlegen ist, ob nicht nach Absenkung der Strafraumen zur weiteren Abstufung insoweit ein besonders schwerer Fall hinzugefügt wird, der mit einer Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr versehen wird und die Einordnung von schwereren Taten in ein höheres Strafspektrum ermöglicht, das etwa Bedeutung für die Strafaussetzung zur Bewährung hat. Aufgrund von § 12 Abs. 3 StGB bliebe es auch in diesem Fall beim Vergehenscharakter und nach allgemeinen Grundsätzen könnte das Gericht trotz Vorliegens eines Regelbeispiels vom schwereren Strafraumen absehen, wenn etwa nur ein einzelnes Bild von einem Ersttäter abgerufen wurde. Umgekehrt könnte in anderen Fällen, in denen aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalles ein erhöhter Unrechts- und Schuldgehalt vorliegt, ein sog. unbenannter

¹³ Deutscher Richterbund, Stellungnahme Nr. 9/20, S. 7.

besonders schwerer Fall außerhalb der Regelbeispiele angenommen werden. Straferhöhende Regelbeispiele könnten sein:

Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn

- 1. der kinderpornografische Inhalt den Beischlaf oder ähnliche sexuelle Handlungen mit dem Kind, die mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind, wiedergibt,*
- 2. der kinderpornografische Inhalt ein Geschehen wiedergibt, bei dem das Kind körperlich schwer misshandelt wird, oder*
- 3. sich die Tat nach Abs. 1 oder Abs. 3 auf eine große Menge kinderpornografischer Inhalte bezieht.*

a) Nr. 1 erfasst Fälle, in denen der Inhalt die „Vergewaltigung“ von Kindern bzw. beischlafähnliche Handlungen zum Gegenstand hat. Hier wird bewusst nicht auf § 176c Abs. 1 Nr. 2 StGB Bezug genommen, um nicht Diskussionen darüber aufkommen zu lassen, ob das Alter des Täters (dort 18 Jahre) eine Rolle spielt oder erkennbar sein muss. Es handelt sich um Fälle, in denen der Missbrauch i.d.R. mit einer Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren pönalisiert wird (§ 176c Abs. 1 Nr. 2 StGB).

b) Nr. 2 erfasst Fälle, in denen Kind körperlich schwer misshandelt wird, was aus dem Inhalt ersichtlich sein muss. § 176c Abs. 3 StGB sieht für solche Taten bei Körperkontakt sogar eine Mindestfreiheitsstrafe von fünf Jahren vor. Die „schwere körperliche Misshandlung“ ist gegenüber der „Gewalttätigkeit“ (vgl. § 184a StGB), die der Deutsche Richterbund in seiner Stellungnahme zum Entwurf des Gesetzes zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder erwähnt hat, vorzugswürdig, weil sie sich unmittelbar auf das Kind bezieht.

c) In Nr. 3 wird bewusst der Begriff der „großen Menge“ verwendet, da eine Übertragung des Begriffs „große Zahl“ – wie er etwa in § 267 Abs. 3 S. 2 StGB verwendet wird („durch eine große Zahl von unechten oder verfälschten Urkunden“) – den tatsächlichen Gegebenheiten nicht gerecht wird.¹⁴ Von einer großen Menge wird man – was vor allem für den Besitz als Dauerdelikt von Bedeutung ist – erst ab einer dreistelligen Zahl von Inhalten sprechen können. Im Bereich des § 184b Abs. 1 StGB wird bei kommerziellem Handeln zwar häufig schon die Qualifikation des § 184b Abs. 2 StGB mit einer Mindestfreiheitsstrafe von zwei Jahren einschlägig sein, jedoch sind auch hier Fälle denkbar, in denen große Mengen an kinderpornografischem Material getauscht werden.

d) Nicht aufgenommen wurden andere Erschwerungsgründe des § 176c StGB; so etwa der Fall, dass der kinderpornografische Inhalt die gemeinschaftliche Tatbegehung durch mehrere wiedergibt. Dies folgt daraus, dass § 184b StGB auch Hands-off-Konstellationen erfasst, etwa das Posieren, § 176c Abs. 1 Nr. 3 StGB solche Fälle aber nicht erfasst. Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass etwa bei Videofilmen, die einen sexuellen Missbrauch durch zwei Personen zeigen, ein unbenannter besonders schwerer Fall angenommen wird. Entsprechendes gilt auch für Fälle, in denen die Gefahr des Todes eintritt, weil der Eintritt dieses Gefahrerfolgs bei § 176c StGB als Folge der Tat erst nach dem Missbrauch liegen kann und daher aus dem Bildmaterial auch nicht ersichtlich sein muss. Hier wird ohnehin häufig bereits Nr. 2 vorliegen, im Übrigen kann erneut ein

¹⁴ Einzelheiten sind hier und bei anderen Straftatbeständen nicht geklärt. Zur Orientierung etwa Schönke/Schröder/Heine/Schuster, 30. Aufl. 2019, StGB § 267 Rn. 108: 20 Urkunden.

unbenannter besonders schwerer Fall angenommen werden, wenn der kinderpornografische Inhalt die Gefahr des Todes bzw. den Tod des Kindes zeigt.

Ein derart konturierter besonders schwerer Fall würde weder dem Schuldprinzip noch dem oben angesprochenen unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz widersprechen, zumal bereits durch die flexible Regelbeispielstechnik dem Unrechts- und Schuldgehalt besser Rechnung getragen werden kann.

3. Tatbestandsausschluss: Sicherung von Bildmaterial zur Warnung und Aufklärung der Tat (insbesondere sog. „Schulhoffälle“)

Ein besonderer Blick ist auf Fälle zu werfen, die Personen, namentlich Eltern sowie Lehrerinnen und Lehrern, betreffen, die kinderpornographisches Material entdecken, sichern und/oder zur Aufklärung insbesondere an andere Eltern, Lehrerinnen oder Lehrer oder die Schulleitung weiterreichen. In solchen Fällen liegt schon häufig a priori kein strafwürdiges Unrecht vor. Vielmehr wird bei den Betroffenen, die aus verständlicher Motivation heraus handeln und im Rahmen ihres Erziehungsauftrages zur Aufklärung beitragen möchten, durch die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens der Glaube an den Rechtsstaat erschüttert. Die sofortige Löschung bzw. Vernichtung eines solchen Inhalts, die im Rahmen der Besitzstrafbarkeit derzeit rechtlich geboten ist, ist auch in der Sache nicht sinnvoll, da damit eine weitere Aufklärung unmöglich gemacht wird. Zu dieser Frage hat der Kriminalpolitische Kreis (KriK) in seiner Stellungnahme zum entsprechenden Referentenentwurf einen Vorschlag entwickelt, den ich als Mitglied dieses Kreises, unterstütze.¹⁵

Entsprechend den Tatbestandsausschlüssen in § 184b Abs. 5 und Abs. 6 StGB könnte insoweit das Unternehmen des Zugänglichmachens für einen anderen und der Drittbesitzverschaffung (Abs. 1 Nr. 2) sowie das Unternehmen des Abrufs, der Besitzverschaffung und der Besitz (Abs. 3) nicht strafbar sein, wenn sich die Tat auf eine geringe Menge an Inhalten bezieht und diese ausschließlich der Aufklärung des Sachverhalts dienen soll (ggf. ergänzend „im Rahmen von staatlichen Aufgaben“, vgl. auch Abs. 5 Nr. 1). Damit wären jedenfalls Eltern nicht strafbar, die den kinderpornografischen Inhalt zwar nicht löschen und sich auch nicht direkt an Polizei oder Staatsanwaltschaft wenden, sondern ihn an Lehrkräfte oder die Schulleitung zur Aufklärung des Sachverhalts übermitteln.

¹⁵ Abrufbar unter: [b95945_889e9141696140f88726e84fa16dbf3e.pdf \(kriminalpolitischerkreis.de\)](https://www.kriminalpolitischerkreis.de/b95945_889e9141696140f88726e84fa16dbf3e.pdf) (zuletzt abgerufen am: 08.04.2024).