



Tübingen, den 10. Oktober 2014

**Schriftliche Stellungnahme zur Sachverständigenanhörung im Ausschuss für
Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages zum Entwurf
eines ... Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs – Umsetzung
europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht**

Die folgende Stellungnahme orientiert sich an der gesetzlichen Reihenfolge der vorgeschlagenen Änderungen im Gesetzentwurf (im Folgenden StGB-E)¹. Dabei wird untersucht, ob die europäischen Vorgaben² hinreichend umgesetzt werden und wie sich die Neuregelungen in die bestehende Systematik des StGB einfügen. Die Ausführungen beschränken sich auf diejenigen Regelungen, die als erörterungsbedürftig angesehen werden.

Da Gegenstand des Gesetzentwurfs nicht die Vorgaben des Art. 36 der Istanbul-Konvention sein sollen,³ soll dieser Punkt nicht vertieft thematisiert werden. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass durch Art. 36 der Istanbul-Konvention recht umfangreich sexuelle Kontakte erfasst werden, denen kein Einverständnis zugrunde liegt. Das deutsche Strafrecht trägt dieser Vorgabe in weitem Umfang Rechnung. Denn über §§ 174 ff. StGB werden zunächst diejenigen Fälle erfasst, in denen die Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung aufgrund des Alters des Kindes bzw. des Jugendlichen fehlt, d.h. Fälle, in denen ein Einverständnis von vornherein nicht

¹ BT-Drs. 18/2601.

² 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; ABIEU 2011 L 335 v. 17.12.2011, S. 1 mit Berichtigung ABIEU 2012 L 18 v. 21.1.2012, S. 7; Übereinkommen des Europarats zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch (ETS 201 – Lanzarote-Konvention); Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt (ETS 210 – Istanbul-Konvention).

³ BT-Drs. 18/2601, S. 1.

möglich ist. Ist die betroffene Person widerstandsunfähig, greift § 179 StGB ein, in Fällen von Gewalt und Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben § 177 Abs. 1 StGB. Umsetzungslücken könnten aber im Bereich des § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB bestehen, wo die Variante der „Ausnutzung einer Lage, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist,“ einen Nötigungsbezug verlangt. Nicht erfasst sind deshalb Situationen, in denen das Opfer zwar mit dem sexuellen Kontakt nicht einverstanden ist, aber – aus welchem Motiv auch immer – auf Widerstand verzichtet.⁴ Zu denken ist z.B. an Fälle, in denen das Opfer – ohne dass eine explizite Drohung ausgesprochen wird (ansonsten kommt § 240 Abs. 1 und Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB in Betracht) – berufliche oder familiäre Nachteile befürchtet und dies dem Täter auch bekannt ist. Deshalb wird man letztlich nicht umhin kommen, den Tatbestand des § 177 Abs. 1 StGB für alle Fälle des Handelns gegen den Willen des Opfers zu öffnen, wenn ein entsprechender Tätervorsatz vorliegt.⁵ Damit würden zugleich die zahlreichen Schwierigkeiten und Ungereimtheiten, die mit § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB verbunden sind, beseitigt.⁶ Es empfiehlt sich dann zudem eine Strafraumenabstufung dergestalt vorzunehmen, dass die bisherigen Nötigungssituationen des Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 als Qualifikationen ausgestaltet werden.

1. Änderungen bei § 5 StGB

a) Die Neufassung der Überschrift in „Auslandstaten mit besonderem Inlandsbezug“ ist ausdrücklich zu begrüßen, da so der Anknüpfungspunkt für die deutsche Strafgewalt deutlicher zum Ausdruck gebracht wird. Entscheidend ist weniger, dass es sich um ein inländisches Rechtsgut handelt, sondern dass ein legitimierender Anknüpfungspunkt im Inland besteht, der dem völkerrechtlichen Nichteinmischungsprinzip Rechnung trägt.⁷

b) Zutreffend wird § 237 StGB in § 5 Nr. 6 lit. c StGB-E in den Katalog mit aufgenommen. Dabei wird der Inlandsbezug an die deutsche Staatsangehörigkeit des Täters geknüpft, was der Umsetzung von Art. 44 Abs. 1 lit. d der Istanbul-Konvention entspricht. Allerdings werden dadurch bestehende Lücken bei der Strafverfolgung im Bereich des § 237 Abs. 2 StGB nicht geschlossen, da Zwangsverheiratungen häufig unter Migranten stattfinden, so dass diese aufgrund fehlender deutscher Staatsangehörigkeit bei Auslandstaten nicht erfasst werden können.⁸ Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass die Mehrheit von Zwangsverheiratungen im Ausland stattfindet,⁹ so dass es sich nicht nur um ein Randproblem handelt. § 237 Abs. 2 StGB regelt die sog. „Heiratsverschleppung“

⁴ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 177 Rn. 11.

⁵ So auch BR-Drs. 422/1/14, S. 4 f.

⁶ Zu diesen Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 177 Rn. 8 ff.

⁷ Näher und z.T. krit. Ambos, Internationales Strafrecht, 4. Aufl. 2014, § 3 Rn. 79 ff.

⁸ Vgl. auch BT-Drs. 17/1213, S. 7.

⁹ Mirbach/Schaak/Triebl, Zwangsverheiratung in Deutschland – Anzahl und Analyse von Beratungsfällen, Kurzfassung BFSFJ (Hrsg.), 2011, S. 39.

bzw. „Ferienverheiratung“, bei der das deutsche Strafrecht nur Anwendung finden kann, wenn die Einwirkungshandlung (Verbringen usw. mit Gewalt, Drohung oder List) in Deutschland erfolgt. Reine Auslandssachverhalte, die vor allem beim Abhalten von der Rückkehr auftreten können, werden deshalb auch dann nicht erfasst, wenn die Beteiligten dauerhaft in Deutschland leben. Ferner ist z.B. daran zu denken, dass der Familienvater seine Tochter nach dem Urlaub im Ausland in einen anderen Staat (z.B. das Heimatland) verbringt, um sie dort zu verheiraten.¹⁰ Zur Schließung dieser Lücken sollte die Regelung des § 5 Nr. 6 lit. c StGB-E wie folgt ergänzt werden: „oder sich die Tat gegen eine Person richtet, die zur Zeit der Tat ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat.“¹¹ Dies entspricht der Regelung für die Entziehung Minderjähriger nach § 235 Abs. 2 Nr. 2 StGB in § 5 Nr. 6 lit. b StGB-E. Ferner ist eine entsprechende Regelung für sog. „Ferienbeschneidungen“ i.S.d. § 226a StGB in § 5 Nr. 9a lit. b StGB-E vorgesehen, wo sich – ausweislich der Begründung zum Gesetzentwurf¹² – dieselben Probleme stellen, so dass eine Gleichstellung geboten ist. Alternativ könnte man erwägen, das Strafanwendungsrecht an den Wohnsitz bzw. gewöhnlichen Aufenthalt des Täters anzuknüpfen (vgl. auch Art. 44 Abs. 1 lit. e der Istanbul-Konvention mit Vorbehaltsmöglichkeit nach Art. 78 Abs. 2) oder gar – entsprechend der Regelung für den Menschenhandel in § 6 Nr. 4 StGB – das Weltrechtsprinzip vorzusehen.¹³ Systematisch vorzugswürdig bleibt aus meiner Sicht jedoch die Anknüpfung an den Wohnsitz oder den gewöhnlichen Aufenthalt des Opfers, womit der Auslandsverbringung Rechnung getragen und eine Gleichstellung mit ähnlich gelagerten Konstellationen erreicht wird.

c) Im Zusammenhang mit § 237 StGB ist noch auf einen weiteren Schwachpunkt hinzuweisen. Die h.M. bezieht in den Schutzbereich nur Ehen mit ein, die im Inland – ggf. nach den Grundsätzen des Internationalen Privatrechts – wirksam sind. Damit läuft die Regelung in weiten Teilen leer, weil religiöse Eheschließungen, die zu Nichtehen oder unwirksamen Ehen führen, nicht erfasst werden, obgleich von diesen eine ebenso starke Zwangswirkung ausgehen kann.¹⁴ Ungeachtet dessen, dass die Auslegung der h.M. im Hinblick auf das Schutzgut nicht überzeugt und eine abweichende Interpretation auch nicht gegen Art. 103 Abs. 2 GG verstoßen würde,¹⁵ empfiehlt sich zur Klarstellung eine Erweiterung auf „eheähnliche Verbindungen“¹⁶ oder – wenn man eine vorsichtigeren Erweiterung bevorzugt – auf „religiös geschlossene Ehen“.

¹⁰ Zu dieser Problematik *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 237 Rn. 31.

¹¹ So auch der Beschluss des 70. Deutschen Juristentages, <http://www.djt.de/nachrichtenarchiv/meldungen/artikel/beschluss-der-abteilung-strafrecht/> (letzter Abruf: 8.10.2014).

¹² BT-Drs. 18/2601, S. 27.

¹³ So noch der Gesetzentwurf des Bundesrates BT-Drs. 17/1213, S. 9; ferner Stellungnahme des Dt. Richterbundes Nr. 16/10 v. Mai 2010 zum Entwurf des Bundesrates, BT-Drs. 17/1213.

¹⁴ Zu Einzelheiten *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 237 Rn. 14.

¹⁵ Zutreffend *Ensenbach*, Jura 2012, 507 (509); *Valerius*, JR 2011, 430 (432).

¹⁶ Vgl. den Beschluss des 70. Deutschen Juristentages, <http://www.djt.de/nachrichtenarchiv/meldungen/artikel/beschluss-der-abteilung-strafrecht/> (letzter Abruf: 8.10.2014).

2. Änderung des § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB

Die Aufnahme des § 237 StGB in den Katalog überzeugt, da häufig auch Minderjährige von der Zwangsheirat betroffen sind.¹⁷ Die Einbeziehung von § 180 Abs. 3 StGB ist aufgrund der Nähe zu § 174 StGB systemgerecht. Letztlich lässt sich auch die Einbeziehung von § 182 StGB rechtfertigen, da sich Jugendliche in Drucksituationen befinden können, so dass Sie nicht in der Lage sind innerhalb der vorgesehenen Verjährungszeit Anzeige zu erstatten.¹⁸ Dies gilt jedenfalls auch dann partiell für § 182 Abs. 3 StGB, wenn man mit dem Entwurf auf das strukturelle Verhältnis zwischen Erwachsenem und Jugendlichen hinsichtlich der Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung abstellen möchte.

3. Änderungen bei §§ 130 ff. StGB

a) Die Neustrukturierung des § 130 Abs. 2 StGB ist zu begrüßen. Dies gilt insbesondere für die redaktionelle Beschränkung der Tathandlungen des Verbreitens und des Zugänglichmachens für die Öffentlichkeit. Die Handlungen des Ausstellens, Anschlagens und Vorführens wurden schon bislang nur als Beispiele für das Zugänglichmachen angesehen,¹⁹ so dass diese auch künftig weiter erfasst bleiben.

b) Nicht nur hier, sondern auch bei den §§ 184b StGB stellt sich die Frage, ob der in § 11 Abs. 3 StGB definierte Schriftenbegriff bereits im Allgemeinen Teil ausgedehnt werden sollte²⁰ oder ob – wie vom Entwurf bislang verfolgt – spezifische Regelungen im Besonderen Teil getroffen werden sollten. Hierzu bedarf es zunächst eines Blicks auf die Regelung des § 11 Abs. 3 StGB. Dieser stellt den Schriften Ton- oder Bildträger, Datenspeicher, Abbildungen und sonstige Darstellungen gleich. Die Darstellung ist hierbei der Oberbegriff, der durch die Ton- und Bildträger usw. exemplifiziert wird. Aufgrund der Gleichstellung mit den Schriften ist auch hier eine Verkörperung erforderlich.²¹ Der für computertechnische Vorgänge relevante Begriff des „Datenspeichers“ soll klarstellen, dass auch elektromagnetische, optische, chemische und sonstige Datenspeicher, die gedankliche Inhalte verkörpern, welche nur unter Zuhilfenahme technischer Geräte – wie bei der Anzeige auf dem Bildschirm²² – wahrnehmbar werden, erfasst sind. Der Gesetzgeber wollte mit der Aufnahme des Begriffs des Datenspeichers in § 11 Abs. 3 StGB vor allem Arbeitsspeicher von Rechnern einbeziehen.²³ Hingegen werden Daten, Dateien oder Inhalte, die nicht hinreichend perpetuiert sind, nicht den Schriften gleichgestellt.²⁴

¹⁷ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 237 Rn. 3.

¹⁸ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 182 Rn. 22.

¹⁹ Dazu nur Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 184 Rn. 26.

²⁰ Zu solchen Forderungen auch BR-Drs. 422/1/14, S. 1 f.

²¹ Zum Folgenden Eisele, RdJB 2013, 212 (214).

²² BT-Drs. 13/7385, S. 36.

²³ BT-Drs. 13/7385, S. 36.

²⁴ Gegen das Erfordernis der Perpetuierung de lege lata Hörnle, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2012, § 184 Rn. 16.

Inwieweit bei einzelnen Angeboten ein Datenspeicher i.S.d. § 11 Abs. 3 StGB verwendet wird, hängt damit derzeit von der jeweiligen IT-Architektur ab, so dass es sich letztlich um ein wenig klares Kriterium handelt. Zwar hat die Rechtsprechung²⁵ – unter Kritik des Schrifttums²⁶ – einen spezifischen Verbreitungsbegriff kreiert, der auf eine Speicherung der übertragenen Datei verzichtet. Jedoch ist damit noch nicht geklärt, ob nicht zumindest vor der Übertragung eine Perpetuierung, d.h. eine gespeicherte Datei, vorliegen muss.

In Bereichen, in denen der Schriftenbegriff mangels Verkörperung der Daten Lücken lässt, werden vom Entwurf bereichsspezifische Ergänzungen favorisiert, so etwa in Anlehnung an die bisherigen Regelungen nunmehr in §§ 130 Abs. 2 Nr. 2, 130a Abs. 3, 131 Abs. 1 Nr. 2, 184 d StGB-E, wo Rundfunk und Telemedien aufgenommen sind oder in § 176 Abs. 4 Nr. 3 und Nr. 4 StGB-E, wo der aus der Richtlinie 2011/93/EU und der Lanzarote-Konvention entstammende Begriff der Informations- und Kommunikationstechnologie verwendet wird. Bei der Diskussion um eine Ausdehnung des § 11 Abs. 3 StGB muss man beachten, dass der Schriftenbegriff im Strafgesetzbuch in ganz unterschiedlichem Zusammenhang verwendet wird (§ 6 Nr. 6, § 74d, § 80a, § 86 Abs. 2, § 86a Abs. 1 Nr. 1, § 90 Abs. 1, § 90a Abs. 1, § 90b Abs. 1, § 103 Abs. 2, § 111 Abs. 1, § 130 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 5, § 131 Abs. 1, § 140 Nr. 2, § 165 Abs. 1, § 166 Abs. 1, Abs. 2, § 176 Abs. 4 Nr. 3, § 184 Abs. 1, § 184a, § 184b Abs. 1, § 184c Abs. 1, § 186, § 187, § 188, § 200 § 219a Abs. 1 StGB), so dass Rückwirkungen auf diese Vorschriften im Einzelnen analysiert werden müssten.

aa) Abzulehnen ist zunächst eine Erweiterung des § 11 Abs. 3 StGB dergestalt, dass dort auf Informations- und Kommunikationstechnologie Bezug genommen wird. Der Schriftenbegriff des § 11 Abs. 3 StGB regelt nämlich nur den Gegenstand, auf den die Tathandlungen der einzelnen Delikte Bezug nehmen, während Informations- und Kommunikationstechnologie, Telemedien und Rundfunk das Mittel der Verbreitung bestimmter Inhalte sind. Daher wäre eine solche Erweiterung schon bei § 130 Abs. 2 Nr. 1 StGB-E nicht sachgerecht, da nicht die Mittel verbreitet werden, sondern vielmehr bestimmte Inhalte durch diese.²⁷ Auch könnte es bei der Vorbereitungsstrafbarkeit in § 130 Abs. 2 Nr. 3 StGB-E von vornherein nicht um die Herstellung usw. dieser Technologien gehen, sondern ebenfalls nur um die Inhalte.

bb) Näherliegend wäre eine Ergänzung des § 11 Abs. 3 StGB um „Daten“, wobei klargestellt werden sollte, dass diese nicht perpetuiert, d.h. gespeichert, sein müssen. Daher sollte im Falle einer Aufnahme des Datenbegriffs gerade nicht auf § 202a Abs. 2 StGB verwiesen werden, weil diese den Datenbegriff einschränkende Vorschrift nur gespeicherte Daten und Daten in einem Übermittlungsvorgang

²⁵ BGHSt 47, 55 (58 f.).

²⁶ Vgl. etwa *Fischer*, StGB, 61. Aufl. 2014, § 184 Rn. 35. Näher zum Streitstand *Eisele*, Computer- und Medienstrafrecht, 2013, Kap. 6 Rn. 36 ff.; *Hilgendorf/Valerius*, Computer- und Internetstrafrecht, 2. Aufl. 2012, Rn. 301 ff.

²⁷ Zur Unterscheidung der Verbreitung von Schriften und Inhalten vgl. auch *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 184b Rn. 5.

erfasst, so dass damit die derzeitigen Probleme nicht gelöst werden könnten.²⁸ Ferner müsste man sich darüber im Klaren sein, dass die Bezugnahme auf diese Vorschrift dann so zu verstehen wäre, dass die Daten zu einem entsprechenden – z.B. volksverhetzenden oder pornografischen – Inhalt führen. Die Aufnahme des Datenbegriffs könnte gesetzestechnisch so gelöst werden, dass von „anderen Darstellungen“ (dies ist nach h.M. der Oberbegriff für verkörperte Schriften) „und Daten“ gesprochen wird. Was die Rückwirkungen auf andere Vorschriften anbelangt, die sorgfältig geprüft werden müssten, sollte etwa die Einziehung nach § 74d StGB in den Blick genommen werden. Ferner müsste man wohl bei den Besitzverschaffungs- und Besitzdelikten der §§ 184b, 184c StGB zur Klarstellung weiterhin den Abruf gesondert unter Strafe stellen, da die Strafbarkeit nicht allein vom Schriftenbegriff abhängt. Denn der Besitz selbst verlangt nach h.M. ein Herrschaftsverhältnis, das auf eine gewisse Dauer, d.h. eine Perpetuierung gerichtet ist. Ansonsten würde der Streit rund um die Strafbarkeit des Abrufs von Dateien per Internet nicht gelöst²⁹ (dazu unten 10 c, S. 21 f.). Im Übrigen dürfte es aber genügen, dass die jeweiligen Strafvorschriften ein Zugänglichmachen von Schriften als Tathandlung normieren, weil damit das Zugänglichmachen durch alle modernen Kommunikationsmittel erfasst wird.

cc) Verzichtet man auf eine solch große Lösung, wäre zu überlegen, ob anstelle des Begriffs der Telemedien und des Rundfunks hier und in anderen entsprechend gefassten Vorschriften in Anlehnung an § 176 Abs. 4 Nr. 3 und Nr. 4 StGB-E der Begriff der Informations- und Kommunikationstechnologie verwendet wird. Dabei wird nicht verkannt, dass die gesetzlichen Definitionen von Telemedien (§ 1 Abs. 1 Telemediengesetz) und Rundfunk (§ 2 Rundfunkstaatsvertrag) gewisse Rechtssicherheit bieten. Allerdings sind damit auch Unklarheiten bzw. Lücken im Bereich der Telekommunikation verbunden. Denn nach § 1 Abs. 1 Telemediengesetz sind Telemedien „alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, soweit sie nicht Telekommunikationsdienste nach § 3 Nr. 24 des Telekommunikationsgesetzes, die ganz in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen, telekommunikationsgestützte Dienste nach § 3 Nr. 25 des Telekommunikationsgesetzes oder Rundfunk nach § 2 des Rundfunkstaatsvertrages sind“. Dementsprechend sind Inhalte ausgeschlossen, die – wie z.B. Internettelefonie (VoIP) – in Echtzeit oder „Echtzeitentsprechend“ übermittelt werden (vgl. auch die Begründung zu § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB-E).³⁰ Das Zugänglichmachen entsprechender Angebote kann daher nur erfasst werden, wenn diese – je nach technischer Konstellation – aufgrund einer Perpetuierung bereits vom Schriftenbegriff erfasst werden.³¹ Dabei können weitere Schwierigkeiten

²⁸ So aber BR-Drs. 422/1/14, S. 1.

²⁹ So wohl auch BR-Drs. 422/1/14, S. 3, wonach die weiteren Änderungen nicht hinfällig werden.

³⁰ BT-Drs. 13/7385, S. 36; s. auch *Hilgendorf/Valerius*, Computer- und Internetstrafrecht, 2. Aufl. 2012, Rn. 173.

³¹ Ein Teil der problematischen Konstellationen kann immerhin über den – freilich umstrittenen – spezifischen Verbreitungsbegriff i.S.v. BGHSt 47, 55 ff., gelöst werden.

dadurch auftreten, dass die Perpetuierung auch vom Vorsatz des Täters erfasst sein muss.³²

c) Was § 130 Abs. 6 StGB-E anbelangt, ist zu bemerken, dass entsprechende Friktionen zwischen einer bestehenden Vorfeldstrafbarkeit und einer fehlenden Versuchsstrafbarkeit auch im Verhältnis von § 202a StGB und dem Vorbereitungstatbestand des § 202c StGB bestehen, weil § 202a StGB ebenfalls die Versuchsstrafbarkeit nicht miteinbezieht.³³ Ein Wertungswiderspruch besteht freilich überhaupt nur, soweit es um die Vorbereitung eigener Taten geht, wo Vorbereitung und Vollendung, nicht aber der Versuch strafbar sind. Soweit Taten Dritter vorbereitet werden, kommt der Vorbereitungsstrafbarkeit eine eigenständige Bedeutung mit Präventivfunktion zu. Der Verzicht auf die Normierung einer Versuchsstrafbarkeit bei § 130a StGB ist im Übrigen konsequent.

4. Änderungen bei § 174 StGB

a) Die Beseitigung des Redaktionsversehens durch § 174 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB-E, das bislang zu Schutzlücken führte,³⁴ ist zu begrüßen. Dies gilt auch für die Erweiterung der Vorschrift auf Abkömmlinge, weil es damit auf ggf. schwierige Fragen der (Mit-) Erziehungsverantwortung nicht mehr ankommt. Mit Recht einbezogen werden sollen durch § 174 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB-E insbesondere Lebensgefährten eines Elternteils, so dass Personen unter 16 Jahren in sog. Patchwork-Familien auch in Fällen fehlender Erziehungsverantwortung davor geschützt werden, dass ihre dem Täter gegenüber fehlende Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung ausgenutzt wird. Aufgrund der letztgenannten Einschränkung ist es zudem gut vertretbar, auf ein Mindestalter des Täters zu verzichten, da für die Strafbarkeit letztlich ein materielles Ungleichgewicht zwischen den Beteiligten entscheidend ist.

b) § 174 Abs. 2 StGB-E schließt Lücken bei § 174 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB, die nach höchstrichterlichen Entscheidungen³⁵ vor allem Vertretungslehrer an Schulen betreffen, weil diesen die Schüler anderer Klassen nicht zur Erziehung anvertraut sind.³⁶ Die Begründung des Gesetzentwurfs weist zu Recht darauf hin, dass auch zwischen solchen Personen aufgrund der institutionellen Einbindung ein strukturelles Machtungleichgewicht bestehen kann. Diese Personen stellen aufgrund ihrer institutionellen Einbindung ebenfalls „Respektspersonen“ dar; der Vertretungslehrer kann schon im nächsten Jahr der Klassenlehrer sein. Die Grenzen dieser Vorschriften sind meines Erachtens hinreichend präzise bestimmt, da auf Täterseite verlangt wird, dass diesem die Erziehung, Ausbildung oder Betreuung in

³² Vgl. auch *Harms*, NStZ 2003, 646 (650); ferner *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 184b Rn. 15a.

³³ Dazu *Eisele*, Computer- und Medienstrafrecht, 2013, Kap. 6 Rn. 60 f.

³⁴ S. *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 184b Rn. 11.

³⁵ BGH NStZ 2012, 690; OLG Koblenz StV 2012, 541.

³⁶ Zu weiteren Fällen *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 174 Rn. 6.

der Lebensführung von Personen unter 18 Jahren (generell) anvertraut ist, so dass andere Personen, die etwa an Projekttagen usw. nur punktuell hinzugezogen werden, nicht erfasst sind. Mit Recht wird zudem verlangt, dass das Opfer in einem Rechtsverhältnis zu einer Einrichtung stehen muss, die diesen Zwecken dient, so dass der funktionale Zusammenhang gewahrt ist. Von dieser Vorschrift – systematisch konsequent – ausgeblendet bleiben Beziehungen, die sich außerhalb von Obhutsverhältnissen, die das Wohl des Minderjährigen betreffen, bewegen. Dies betrifft etwa Sporttrainer,³⁷ aber auch Universitäten, an denen inzwischen auch Minderjährige ihr Studium aufnehmen.

c) Überzeugend ist ferner, dass beim Absehen von Strafe auf die „Berücksichtigung des Verhaltens des Schutzbefohlenen“ verzichtet wird, da eine Unrechtsminderung auch unabhängig von diesem Aspekt denkbar ist. Zu Recht wird in der Begründung zum Gesetzentwurf darauf hingewiesen, dass sich die Beteiligten in einem anderen Kontext, d.h. außerhalb der Institution, die ein strukturelles Ungleichgewicht begründen würde, kennen gelernt haben können, so dass die die Strafbarkeit begründenden Aspekte allenfalls eingeschränkt zum Tragen kommt.³⁸ Im Hinblick auf den Wortlaut des Entwurfs missverständlich bzw. zu restriktiv ist freilich die Bemerkung: „Entscheidend für ein Absehen von Strafe soll allein sein, ob die gesetzliche Fiktion der Einwilligungsunfähigkeit im konkreten Fall unzutreffend ist“. Denn dies muss auch bei einem Kennenlernen außerhalb der Institution nicht zwingend der Fall sein. Vielmehr wird es regelmäßig um das Nichtbestehen eines solchen strukturellen Ungleichgewichts gehen; zudem ist an Fälle zu denken, in denen die sexuelle Handlung nur knapp die Erheblichkeitsgrenze des § 184g StGB (§ 184h StGB-E) überschreitet.³⁹

5. Änderungen bei § 176 Abs. 4 StGB

§ 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB erfasst das sog. Cyber-Grooming⁴⁰ d.h. die Ansprache von Kindern und Jugendlichen über das Internet, um so Kontakte zu sexuellen Zwecken zu knüpfen. Die Vorschrift unterliegt schon aufgrund einer deutlichen Vorverlagerung der Strafbarkeit erheblicher Kritik.⁴¹ Zum einen wird eingewendet, dass der bloße Versuch der Verabredung via Internet unter Strafe gestellt wird, während die (Offline-)Verabredung zwischen Täter und Opfer unter Anwesenden selbst dann straflos bleibt, wenn tatsächlich ein Treffen vereinbart wird, bei dem es zu sexuellen Kontakten kommen soll.⁴² Zudem wird kritisiert, dass nur die Einwirkung mittels Schriften pönalisiert wird, während Einwirkungen mit Süßigkeiten,

³⁷ Vgl. etwa BGH NSTZ-RR 2008, 307.

³⁸ BT-Drs. 18/2601, S. 35

³⁹ Hörnle, in: Leipziger Kommentar, 12. Aufl. 2010, § 174 Rn. 21, möchte solche Fälle schon de lege lata einbeziehen; zur h.M. Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 174 Rn. 8.

⁴⁰ Hierzu Eisele, Cyber-Grooming und der Europäische Rechtsrahmen, FS Heinz, 2012, S. 697 ff.

⁴¹ Vgl. etwa Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, § 176 Rn. 14 ff.

⁴² Näher Eisele, FS Heinz, 2012, S. 697 (702 ff.).

Spielzeug oder anderen Geschenken nicht ausreichen⁴³ und rein verbale Überredungen selbst dann nicht erfasst⁴⁴ werden, wenn diese einen eindeutigen Sexualbezug aufweisen.⁴⁵ Zudem bestünden Strafbarkeitslücken, weil die Einwirkung durch Internettelefonie (VoIP) oder Live-Streaming, ggf. aber auch im Rahmen von Live-Chats nicht unter den Schriftenbegriff falle.⁴⁶

Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2011/93/EU und Art. 23 der Lanzarote-Konvention verlangen, dass ein Erwachsener, der einem Kind, das das Alter der sexuellen Mündigkeit noch nicht erreicht hat, mittels Informations- und Kommunikationstechnologie in der Absicht, eine Straftat nach Art. 3 Abs. 4 oder Art. 5 Abs. 6 zu begehen, ein Treffen vorschlägt, mit Freiheitsstrafe im Höchstmaß von mindestens einem Jahr bestraft wird, wenn auf diesen Vorschlag auf ein solches Treffen hinführende konkrete Handlungen gefolgt sind. Nach diesen europäischen Vorgaben muss zwar nur die Einwirkung mit Informations- und Kommunikationstechnologie erfasst werden, der vorliegende Entwurf behält daneben aber zu Recht – was ein zulässiges Überschreiten der Mindestvorgaben darstellt – den traditionellen Schriftenbegriff bei, wenngleich Printmedien kaum eine praktische Relevanz besitzen dürften. Im Übrigen kann über Erweiterungen und Einschränkungen der Strafbarkeit nachgedacht werden, die das österreichische Recht in § 208a StGB enthält:

(1) Wer einer unmündigen Person in der Absicht, an ihr eine strafbare Handlung nach den §§ 201 bis 207a Abs. 1 Z 1 zu begehen,
1. im Wege einer Telekommunikation, unter Verwendung eines Computersystems oder
2. auf sonstige Art unter Täuschung über seine Absicht
ein persönliches Treffen vorschlägt oder ein solches mit ihr vereinbart und eine konkrete Vorbereitungshandlung zur Durchführung des persönlichen Treffens mit dieser Person setzt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen.

(1a) Wer zu einer unmündigen Person in der Absicht, eine strafbare Handlung nach § 207a Abs. 3 oder 3a in Bezug auf eine pornographische Darstellung (§ 207a Abs. 4) dieser Person zu begehen, im Wege einer Telekommunikation oder unter Verwendung eines Computersystems Kontakt herstellt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.

(2) Nach Abs. 1 und 1a ist nicht zu bestrafen, wer freiwillig und bevor die Behörde (§ 151 Abs. 3) von seinem Verschulden erfahren hat, sein Vorhaben aufgibt und der Behörde sein Verschulden offenbart.

⁴³ Duttge/Hörnle/Renzikowski, NJW 2004, 1065 (1068); Lackner/Kühl, 28. Aufl. 2014, § 176 Rn. 4a.

⁴⁴ Zu dieser Möglichkeit schon Eisele, FS Heinz, 2012, S. 697 (712).

⁴⁵ Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014, § 176 Rn. 14.

⁴⁶ Vgl. hierzu auch Hörnle, in: Leipziger Kommentar, 12. Aufl. 2010, § 176 Rn. 90.

a) Zu erörternde Erweiterungen

aa) Die Richtlinie empfiehlt den Mitgliedstaaten in Erwägungsgrund 19, auch eine „offline“ begangene Kontaktaufnahme unter Strafe zu stellen, ohne dass damit eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten verbunden wäre: „Gleichzeitig erkennen die Mitgliedstaaten auch die Bedeutung der Bekämpfung der Kontaktaufnahme zu einem Kind außerhalb des Internets an, insbesondere wenn eine solche Kontaktaufnahme nicht unter Nutzung der Informations- und Kommunikationstechnologien geschieht. Den Mitgliedstaaten wird empfohlen, die Kontaktaufnahme zu einem Kind für ein Treffen mit dem Täter unter Strafe zu stellen, wenn sie in Anwesenheit oder Nähe des Kindes stattfindet, beispielsweise als besondere vorbereitende Tat, als Versuch der in dieser Richtlinie genannten Straftaten oder als besondere Form des sexuellen Missbrauchs. Unabhängig davon, welche rechtliche Lösung gewählt wird, um eine „offline“ begangene Kontaktaufnahme unter Strafe zu stellen, sollten die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass sie die Täter solcher Straftaten in der einen oder anderen Weise verfolgen.“ Das deutsche Recht trägt dem über die Versuchsstrafbarkeit beim sexuellen Missbrauch von Kindern Rechnung (vgl. etwa § 176 Abs. 6 StGB), wenngleich damit bloße Einwirkungen unter Anwesenden regelmäßig nicht erfasst werden können, weil solche Vorbereitungshandlungen noch kein unmittelbares Ansetzen begründen. Nachdenken könnte man über eine dem § 208a Abs. 1 Nr. 2 des österreichischen StGB nachgebildete Regelung, die das (sonstige) Einwirkungen außerhalb von Telekommunikation oder Computersystems erfasst, wenn dies „unter Täuschung über seine Absicht“ erfolgt.

bb) Richtlinie und Lanzarote-Konvention verlangen neben dem allgemeinen Vorsatz ferner, dass das Treffen in der Absicht vorgeschlagen wird, eine Straftat nach Art. 3 Abs. 4 oder Art. 5 Abs. 6 der Richtlinie bzw. Art. 18 Abs. 1 lit. a oder Art. 20 Abs. 1 lit. a der Lanzarote-Konvention zu begehen. Art. 3 Abs. 4 verlangt von den Mitgliedstaaten die Pönalisierung der Vornahme sexueller Handlungen mit einem Kind, das das Alter der sexuellen Mündigkeit noch nicht erreicht hat; nach Art. 5 Abs. 6 haben die Mitgliedstaaten die Herstellung von Kinderpornografie unter Strafe zu stellen. Der Entwurf beschränkt sich mit der jetzigen Fassung darauf, dass die Einwirkung bezweckt, das Kind „zu sexuellen Handlungen zu bringen, die es an oder vor dem Täter oder einem Dritten vornehmen oder von dem Täter oder einem Dritten an sich vornehmen lassen soll“. Damit wird die Bezugnahme auf Kinderpornografie nicht erfasst.⁴⁷ Zwar liegt der Herstellung von Kinderpornografie, die ein tatsächliches Geschehen abbildet, regelmäßig auch ein sexueller Missbrauch nach § 176 StGB zugrunde, jedoch können Lücken entstehen, weil § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB zumindest sexuelle Handlungen vor dem Täter oder einem Dritten erfordert, was in Fällen, die im Randbereich des sog. Posings liegen, problematisch sein kann. Dies gilt umso mehr, als nach Art. 2 lit. c ii der Richtlinie

⁴⁷ Zum Anpassungsbedarf *Eisele*, Cyber-Grooming und der Europäische Rechtsrahmen, FS Heinz, 2012, S. 697 (711).

und Art. 20 Abs. 2 der Lanzarote-Konvention unter Kinderpornografie auch jegliche Darstellung der Geschlechtsorgane eines Kindes für sexuelle Zwecke zu verstehen ist (zum Vorschlag einer entsprechenden Änderung des § 184b Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB-E unten 7 a bb (1), S. 14 f.). Es wäre daher wünschenswert, wenn die Tatbegehung zum Zwecke der Herstellung von Kinderpornografie – entsprechend der österreichischen Umsetzung – miteinbezogen würde. Dies könnte möglicherweise schon durch einen Verweis auf § 184b Abs. 1 Nr. 3 StGB-E erreicht werden, der die Herstellung eines tatsächlichen Geschehens zum Gegenstand hat: „[...] auf ein Kind durch Schriften (§ 11 Abs. 3) oder mittels Informations- und Kommunikationstechnologie einwirkt, um es zu sexuellen Handlungen zu bringen, [...] oder um eine Tat nach § 184b Abs. 1 Nr. 3 zu begehen.“

cc) Zweifelhaft ist ferner, ob Art. 6 Abs. 2 der Richtlinie hinreichend umgesetzt ist. Demnach treffen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen, um die Strafbarkeit in Fällen sicherzustellen, in denen der Versuch eines Erwachsenen, mit Mitteln der Informations- und Kommunikationstechnologie Straftaten gem. Art. 5 Abs. 2 und 3 (Erwerb, Besitz und Zugriff auf Kinderpornografie) zu begehen, indem er Kontakt zu einem Kind, das das Alter der sexuellen Mündigkeit noch nicht erreicht hat, aufnimmt, um kinderpornografische Darstellungen dieses Kindes zu erhalten. Zwar ist bei Taten nach § 184b Abs. 3, § 184c Abs. 3, § 184d Abs. 2 StGB-E auch der Versuch über die Ausgestaltung als Unternehmensdelikt einbezogen. Jedoch liegt das unmittelbare Ansetzen zum Versuch regelmäßig nicht schon in der Kontaktaufnahme. Fraglich ist allerdings, ob nach Art. 6 Abs. 2 der Richtlinie jede Kontaktaufnahme oder nur die Kontaktaufnahme durch Informations- oder Kommunikationstechnologie einbezogen werden muss. Nach dem Wortlaut der deutschen Übersetzung der Richtlinie käme eine Interpretation dahingehend in Betracht, dass nur die in Aussicht genommenen Straftaten mit Mitteln der Informations- und Kommunikationstechnologie begangen werden müssen, nicht jedoch die Kontaktaufnahme mit dem Kind.⁴⁸ Eine solche Interpretation überzeugt jedoch nicht, möchte die Richtlinie – wie auch Art. 6 Abs. 1 zeigt – offline-Sachverhalte nicht regeln. Zudem knüpft auch Art. 17 Abs. 3 der Richtlinie hinsichtlich des Strafanwendungsrechts daran an, dass die Tat nach Art. 6 mittels Informations- und Kommunikationstechnologie verübt wird; entscheidend hierfür ist aber die Tathandlung der Kontaktaufnahme und nicht die subjektiv in Aussicht genommene Tat der Herstellung oder Besitzverschaffung von Kinderpornografie, die keinen geeigneten Anknüpfungspunkt darstellt. Auch die österreichische Regelung schlägt in § 208a Abs. 1a ÖStGB diesen Weg ein, wenn hier nur die Kontaktaufnahme per Telekommunikation oder unter Verwendung eines Computersystems erfasst wird. Den europäischen Anforderungen könnte meines Erachtens dadurch Genüge getan werden, dass die Vorschrift des § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB auf die Besitzverschaffungsstrafbarkeit bei § 184b StGB verweist, weil in diesen Fällen die Absicht besteht, eine kinderpornografische Darstellung zu erhalten. Dies könnte wie folgt aussehen: „[...] auf ein Kind durch Schriften (§ 11

⁴⁸ So auch *Ziemann/Ziethen*, ZRP 2012, 168 (170 f.).

Abs. 3) oder mittels Informations- und Kommunikationstechnologie einwirkt, um es zu sexuellen Handlungen zu bringen, [...] oder um eine Tat nach § 184b Abs. 1 Nr. 3 oder § 184b Abs. 3 zu begehen.“

dd) Ferner könnte man über eine Versuchsstrafbarkeit nachdenken.⁴⁹ Die Vorschrift des § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB hat bislang eine recht geringe praktische Bedeutung.⁵⁰ Lücken werden vor allem dort gesehen, wo Erwachsene, insb. die Strafverfolgungsbehörden, im Netz wegen Cybergroomings ermitteln und sich als Kinder ausgeben. Der Betreffende begeht hier gerade keine Straftat, weil objektiv nicht auf ein Kind eingewirkt wird. Eine Überführung von Tätern gelingt daher auf diesem Wege nicht. Andererseits verlagert die Vorschrift die Strafbarkeit bereits jetzt weit nach vorne (über die europäischen Vorgaben hinaus, vgl. sogleich b), so dass eine erneute Vorverlagerung kritisch zu sehen ist. Fraglich ist zudem, ob eine entsprechende Änderung der Vorschrift – abgesehen von Ermittlungsmaßnahmen durch Erwachsene – tatsächlich zu einer größeren Anwendung in der Praxis verhelfen würde.

b) Zu erörternde Einschränkungen

Die europäischen Vorgaben sind zum Teil auch enger als § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB, da inhaltlich ein „Treffen“ vorgeschlagen werden muss⁵¹ und aufgrund des Vorschlags auch auf ein „Treffen hinführende konkrete Handlungen“ gefolgt sein müssen. Nach dem Explanatory Report zur Lanzarote-Konvention sind hierzu konkrete Maßnahmen erforderlich, wie z.B. das Eintreffen des Täters am Treffpunkt,⁵² ein tatsächliches Zusammentreffen mit dem Opfer ist jedoch nicht erforderlich. Das österreichische Recht verlangt daher, dass der Täter „eine konkrete Vorbereitungshandlung zur Durchführung des persönlichen Treffens mit dieser Person setzt“ und trägt damit Bedenken gegen eine zu weite Vorverlagerung der Strafbarkeit – ergänzt um eine Vorschrift über tätige Reue in § 208a Abs. 2 ÖStGB – Rechnung. Für eine solche Einschränkung der Strafbarkeit spricht vor allem, dass der Täter mit den der Einwirkung nachfolgenden Handlungen dokumentiert, dass es ihm nicht nur auf den (möglicherweise sexuell motivierten) Chat usw. ankommt, sondern er seine Absicht auch in die Tat umzusetzen gedenkt und er damit die Entfaltung seiner kriminellen Energie nach außen dokumentiert. Freilich dürfte eine solche Lösung auch komplexe Abgrenzungsprobleme mit sich bringen, weil das Erfordernis der konkreten Vorbereitungshandlung nur schwer zu bestimmen ist. Soll die Abfahrt vom Haus des Täters zum verabredeten Ort genügen? Und wie ist zu entscheiden, wenn das Kind zum Haus des Täters kommen soll, in dem er sich stets aufhält?⁵³

⁴⁹ Zu einer entsprechenden Forderung BR-Drs. 422/1/14, S. 3.

⁵⁰ Eisele, FS Heinz, 2012, S. 697 (706 f.).

⁵¹ Ausführlich hierzu Eisele, FS Heinz, 2012, S. 697 (707 ff.).

⁵² Nr. 160 Explanatory Report.

⁵³ Zu den Bedenken Eisele, FS Heinz, 2012, S. 697 (710).

c) Die Erweiterung bei § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB um Informations- und Kommunikationstechnologie ist zu begrüßen, da die Einwirkung via Internet nach ganz h.M. bislang nur erfasst wird, soweit es sich um eine Darstellung handelt, d.h. die Abbildung verkörpert ist.⁵⁴

6. Änderungen bei § 182 Abs. 3 StGB

Die Einfügung der Worte „ihr gegenüber“ trägt dem Ungleichgewicht zwischen Täter und Opfer Rechnung. Allerdings ist damit eine Abkehr von der bisherigen Schutzkonzeption verbunden, weil die Beziehung zwischen dem Erwachsenen und dem Jugendlichen in den Vordergrund rückt. In der Praxis wird die Vorschrift aus drei Gründen nur geringfügige Erleichterungen mit sich bringen: Die fehlende Selbstbestimmung gegenüber dem Täter wird zunächst in vielen Fällen zumindest auch auf allgemeinen Erwägungen bezüglich der Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung beruhen. Umgekehrt spielt die Täter-Opfer-Beziehung jedenfalls hinsichtlich Einschränkungen der Strafbarkeit schon bislang über das Merkmal des Ausnutzens eine Rolle. Und schließlich wird der Täter ggf. einwenden, dass trotz Zweifeln an der allgemeinen Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung diese gerade wegen des engen Verhältnisses zu ihm gegeben war oder er jedenfalls davon ausgehen durfte.

7. Änderungen allgemein bei §§ 184 ff. StGB

a) Hinsichtlich der Änderungen bei der Fassung von § 184 und § 184a StGB kann auf die Ausführungen unter 2. (S. 4 ff.) verwiesen werden.

b) Was die Struktur von § 184b und § 184c StGB anbelangt, wäre zu überlegen, ob hier nicht das Zugänglichmachen durch Rundfunk und Telemedien – wie bei §§ 130 ff. StGB-E – integriert werden sollte, so dass es keiner gesonderten Vorschrift (§ 184d StGB) bedarf. Dabei wäre erneut zu überlegen (vgl. schon oben 3 b, S. 4 ff.), ob nicht der Schriftenbegriff in § 11 Abs. 3 StGB ergänzt wird oder statt auf Rundfunk und Telemedien auf den umfassenderen Begriff der Informations- und Kommunikationstechnologie, die auch die Telekommunikation einbezieht, abgestellt wird. Demgemäß könnte das Zugänglichmachen durch solche Mittel in § 184b Abs. 1 und § 184c Abs. 1 StGB integriert werden (vgl. z.B. § 130 Abs. 1 Nr. 2 StGB-E) und in diesem Zusammenhang auch der Tatbestandsausschluss des § 184d S. 2 StGB normiert werden. Dabei sollte der Tatbestandsausschluss auf alle Kommunikationsmittel ausgedehnt werden, da die Ausklammerung des Rundfunks angesichts der geschützten Rechtsgüter nach ganz überwiegender Ansicht nicht

⁵⁴ Vgl. nur *Renzikowski*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2012, § 176 Rn. 40 f.

überzeugt.⁵⁵ Der in § 184d Abs. 2 StGB-E geregelte Abruf wäre hingegen im Zusammenhang mit der Strafbarkeit der Besitzverschaffung bzw. dem Besitz zu regeln, da es sich insoweit um Erweiterungen handelt, die Fälle erfassen sollen, in denen es an einer hinreichenden Perpetuierung bzw. Speicherung im Sinne des Schriftenbegriffs fehlt.

8. Änderungen bei § 184b StGB

a) § 184b Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB-E möchte Fällen des sog. Posings Rechnung tragen. Dieses wird freilich bereits seit dem Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates der Europäischen Union zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornografie erfasst. Vor Erlass dieses Gesetzes 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 Bundesgerichtshofs⁵⁶ 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.⁵⁷

aa) Die derzeitige Fassung setzt als Mindestvoraussetzung nur noch 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,⁵⁸ wird dies im Schrifttum mitunter bezweifelt, weil das Posieren als bloße *Haltung* des Körpers nicht zwingend eine sexuelle Handlung sei.⁵⁹ Schon aus diesem Grund ist es positiv zu werten, dass nunmehr eine ausdrückliche Regelung getroffen werden soll.

bb) Soweit das Posing bereits jetzt in § 184b (und § 184c StGB) einbezogen ist,⁶⁰ 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 z.B. das Spreizen der Beine – eingenommen werden.⁶¹ Hingegen genügt ein nur passives Verhalten nicht, so dass etwa Fotos schlafender Kinder nicht einbezogen sind;⁶² ebenso wenig werden

⁵⁵ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 184b Rn. 6; Hörnle, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2012, § 184b Rn. 2.

⁵⁶ BGHSt 50, 370 ff.

⁵⁷ BGH NStZ-RR 2008, 170; BGH StV 2007, 384.

⁵⁸ BT-Drs. 16/3439, S. 9; ferner Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 184b Rn. 3a.

⁵⁹ So Eschelbach, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2013, § 184b Rn. 11; Gropp, FS Kühne, 2013, S. 679 (683); Schroeder, GA 2009, 213 (214 f.).

⁶⁰ Vgl. Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 184b Rn. 3a.

⁶¹ BT-Drs. 16/3439, S. 9; näher Röder, NStZ 2010, 116 ff.

⁶² Zu Einzelheiten Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 184b Rn. 3a.

Ablichtungen unbekleideter Kinder in natürlicher Position – etwa eines Kindes in der Badewanne – oder mangels Darstellung einer Handlung Nahaufnahmen von Geschlechtsorganen erfasst.⁶³ Allerdings lässt sich nach geltendem Recht 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 kann aber im Einzelfall eine natürliche Bewegung – je nach Aufnahmezeitpunkt – unnatürlich wirken oder umgekehrt.

(1) Der Gesetzentwurf stellt auf „die Wiedergabe einer ganz oder teilweise unbekleideten Person unter vierzehn Jahren in unnatürlich geschlechtsbetonter Körperhaltung“ ab und knüpft damit an die gängige Definition des Posings an. Der Gesetzentwurf möchte ausweislich seiner Begründung „auch unwillkürlich eingenommene geschlechtsbetonte Körperhaltungen, etwa durch ein schlafendes Kind“ erfassen. Dies überzeugt freilich im Hinblick auf den Wortlaut von § 184b Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB-E wenig, da eine Position im Schlaf natürlich und gerade nicht „unnatürlich“ ist.⁶⁴ Ferner fordern die europäischen Vorgaben (Art. 2 lit. c ii der Richtlinie und Art. 20 Abs. 2 der Lanzarote-Konvention), dass „jegliche Darstellung der Geschlechtsorgane eines Kindes für primär sexuelle Zwecke“ einzubeziehen ist, wofür es richtigerweise auf die Körperhaltung gar nicht ankommt. Um diese Lücken – auch im Hinblick auf die europäischen Vorgaben – zu schließen, empfiehlt es sich, den bisherigen Wortlaut des Entwurfs zu ergänzen. Es sollte daher auch die „Darstellung von Geschlechtsorganen für primär sexuelle Zwecke“ oder – noch plastischer – das „(sexuell) aufreizende Zur-Schau-Stellen der Genitalien oder der Schamgegend von Kindern“ i.S.d. früheren Art. 1 lit. b i) des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornografie⁶⁵ aufgenommen werden.⁶⁶ Vertretbar, aber nicht zwingend erscheint es, mit dem Gesetzesantrag Bayerns⁶⁷ die sexuell aufreizende Darstellung des Gesäßes einzubeziehen. Bezieht man das aufreizende Zur-Schau-Stellen richtigerweise nicht auf das Verhältnis des Kindes zum Aufnehmenden beim Herstellen der Aufnahme, sondern auf das Verhältnis zwischen Hersteller, der das Kind auf dem Bild zur Schau stellt, und Betrachter, so sind auch Großaufnahmen von Geschlechtsorganen erfasst, 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.⁶⁸ Dadurch wären zugleich diesbezügliche Abbildungen im Schlaf erfasst.

⁶³ 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.

⁶⁴ Bedenken auch in BR-Drs. 422/1/14, S. 10.

⁶⁵ ABIEU 2004 Nr. L 13, S. 44.

⁶⁶ § 207a Abs. 4 Nr. 3 lit. b ÖStGB verfolgt im Übrigen einen ähnlichen Ansatz, in dem auf die Abbildung „der Genitalien oder Schamgegend von Kindern“ abgestellt wird.

⁶⁷ BR-Drs. 127/14.

⁶⁸ Vgl. auch die englische Version von Art. 1 lit. b i) des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornografie: „a real child involved or engaged in sexually

Zusammenfassend ist also zu sagen, dass das Posing und das aufreizende Zur-Schau-Stellen abweichende Sachverhalte betreffen. Es sind Fälle des Zur-Schau-Stellens möglich, in denen kein Posing vorliegt. Es sind aber auch Fälle denkbar, in denen – wie bei Nacktaufnahmen der ganzen Person – man bezweifeln kann, ob beim Posing die Aufnahme so auf die Geschlechtsorgane fokussiert ist, dass diese aufreizend bzw. primär für sexuelle Zwecke zur Schau gestellt werden.

Möchte man darüber hinaus auch bloße Nacktaufnahmen mit natürlicher Körperhaltung erfassen, müsste eine solche Regelung mit § 201a StGB sachgerecht abgestimmt werden. Denkbar wäre insoweit eine Ergänzung, die „Nacktaufnahmen für primär sexuelle Zwecke“ einbezieht. Durch eine solche Formulierung wäre zwar der Charakter als Sexualdelikt noch gewahrt und es blieben auch gewöhnliche Nacktaufnahmen durch Eltern usw. straflos. Das Merkmal wäre auch nicht verwirklicht, wenn es um medizinische, künstlerische oder wissenschaftliche Zwecke geht.⁶⁹ Allerdings wäre es in der Praxis nur schwer festzustellen, wann eine gewöhnliche Nacktaufnahme sexuellen Zwecken dient. Während beim aufreizenden Zur-Schau-Stellen von Genitalien sich dieser Sexualbezug aus der Abbildung selbst ergibt, wären hier Umstände außerhalb der Abbildung entscheidend. Soweit man hingegen das entgeltliche oder im Rahmen eines Tauschsystems⁷⁰ erfolgende Zur-Schau-Stellen von Nacktaufnahmen von Kindern, die auch keine pornografischen Charakter haben müssen, erfassen möchte, wäre dies systematisch § 201a StGB zuzuordnen.⁷¹

(2) Nach § 184b Abs. 1 lit. a/b, § 184c Abs. 1 lit. a/b StGB-E ist eine Schrift schon dann kinderpornografisch, wenn sie sexuelle Handlungen oder Posing zum Gegenstand hat. Anders als im geltenden Recht muss sie nicht zusätzlich als „pornografisch“ („pornografische Schriften“) zu qualifizieren sein.⁷² In einer jüngeren Entscheidung hat der Bundesgerichtshof ausdrücklich am Erfordernis eines pornografischen Charakters festgehalten,⁷³ jedoch entgegen der h.M.⁷⁴ die Anforderungen an den Pornografiebegriff herabgesenkt, indem er bei § 184b StGB auf eine „vergrößernd-reißerische“ Darstellung verzichten möchte. Richtigerweise –

explicit conduct, including lascivious exhibition of the genitals or the pubic area of a child“; vgl. ferner BR-Drs. 422/1/14, S. 7.

⁶⁹ Vgl. Auch Nr. 142 des Explanatory Report zur Lanzarote-Konvention

⁷⁰ Da das Merkmal Entgelt nach § 11 Abs. 1 Nr. 9 StGB jede in einem Vermögensvorteil bestehende Gegenleistung erfasst, dürften Tauschsysteme schon von diesem Begriff erfasst sein.

⁷¹ Vgl. den Gesetzesantrag des Freistaates Bayern BR-Drs. 127/14; *Jahn/Ziemann*, FS Kargl, erscheint 2015, D. Im Hinblick auf die europäischen Vorgaben dürfte es freilich nicht ausreichen, wenn lediglich das Zur-Schau-Stellen von Bildaufnahmen mit Genitalien oder dem Gesäß von Kindern gegen Entgelt oder im Rahmen eines Tauschsystems pönalisiert wird, weil die Beschränkung auf den entgeltlichen Charakter in der Richtlinie und in der Lanzarote-Konvention nicht erwähnt ist.

⁷² Die Gesetzesbegründung zum bisherigen Recht 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).

⁷³ BGH NJW 2014, 1829 m. Anm. *Eisele*, StV 2014, im Erscheinen.

⁷⁴ *Fischer*, StGB, 61. Aufl. 2014, § 184b Rn. 3; *Hörnle*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2012, § 184b Rn. 14.

und dies dürfte auch die Intention des Entwurfs sein, der hierzu keine weitere Begründung enthält – 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-reißerische 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, so dass es diesbezüglich keines weiteren Hinweises auf den pornografischen Charakter bedarf. Entgegen den Ausführungen des Bundesgerichtshofs, der nur auf seltene Ausnahmen – wie Abbildungen posierender Kinder für medizinische Lehrbücher – verweist,⁷⁵ verbleibt aber richtigerweise auch im Rahmen des § 184b StGB ein größerer Anwendungsbereich für das Korrektiv „pornografisch“ bei sog. 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 – durch die Vermittlung anderer Gedankeninhalte der pornografische Charakter einzelner Teile zurücktreten kann.⁷⁶ Dies gilt insbesondere, soweit es sich nicht um ein tatsächliches Geschehen handelt. Entscheidend ist bei solchen Werken vielmehr die objektive Gesamttendenz der Darstellung. Insoweit sollte die Neufassung weiterhin einen Hinweis auf das Erfordernis eines pornografischen Charakter enthalten; z.B.: „Kinderpornografisch ist eine pornografische Schrift (§ 11 Abs. 3), wenn sie (...)“. Ansonsten müsste man möglicherweise – was im Einzelnen umstritten ist – die Rechtfertigung unmittelbar auf die entsprechenden Grundrechte stützen.

b) Im Anschluss an § 184b Abs. 1 Nr. 2 StGB-E könnte das derzeit in § 184d S. 1 StGB geregelte Zugänglichmachen durch Rundfunk und Telemedien bzw. Informations- und Kommunikationstechnologie aufgenommen werden, um die Vorschrift strukturell an §§ 130 ff. StGB-E anzugleichen und so eine übersichtlichere Regelung zu schaffen. Dabei könnten die Begriffe Rundfunk und Telemedien durch „Informations- und Kommunikationstechnologie ersetzt werden (siehe schon 3 b cc, S. 6). Bei einer entsprechenden Erweiterung des Schriftenbegriffs in § 11 Abs. 3 StGB könnte auf diese Regelung aber ggf. sogar verzichtet werden (dazu schon 3 b, S. 4 ff.).

c) § 184 b Abs. 1 Nr. 3 StGB-E ist begrüßen, da das Herstellen kinderpornografischer Schriften, die ein tatsächliches Geschehen wiedergeben und

⁷⁵ Vgl. auch Hörnle, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2012, § 184b Rn. 14.

⁷⁶ 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.

daher regelmäßig an einen sexuellen Missbrauch von Kindern anknüpfen, per se strafwürdig ist, so dass es auf einen Verbreitungsvorsatz nicht ankommt. Zudem können so in der Praxis mitunter bestehende Nachweisschwierigkeiten – ungeachtet einer meist vorliegenden Besitzstrafbarkeit – beseitigt werden, wenn der Beschuldigte angibt, die Bilder für eigene Zwecke angefertigt und den Verbreitungsvorsatz erst später gefasst zu haben.⁷⁷ Letztlich dient – ungeachtet einer Strafbarkeit wegen Beteiligung am sexuellen Missbrauch – die Vorschrift der Umsetzung der europäischen Vorgaben, die in Art. 5 Abs. 6 der Richtlinie und Art. 20 Abs. 1 lit. a Lanzarote-Konvention zunächst keine subjektiven Einschränkungen vorsehen. Soweit ein Ermessen bzw. ein Vorbehalt nach Art. 5 Abs. 8 der Richtlinie und Art. 20 Abs. 3 der Lanzarote-Konvention möglich ist, betrifft dies nicht Fälle der Wiedergabe eines tatsächlichen Geschehens. Nach § 184b Abs. 1 Nr. 4 StGB-E bedarf es bei der Abbildung wirklichkeitsnaher und fiktiver Geschehen weiter der Verbreitungsabsicht, was aufgrund des genannten Ermessens bzw. der Vorbehaltsmöglichkeit zulässig ist. Nach der Begründung zum Entwurf⁷⁸ sollen ferner Fälle der „Reproduktion“ bereits vorhandener Schriften nur unter Nr. 4, nicht aber unter Nr. 3 fallen, weil die Regelung den Zweck verfolge, mittelbaren Schutz der Kinder vor sexuellem Missbrauch zu gewährleisten. Da die europäischen Vorgaben von „Production of child pornography“ sprechen, lässt sich die genannte Einschränkung damit vereinbaren.

d) Angesichts dessen, dass auch bei einer großen Anzahl von kinderpornografischen Dateien in der Praxis häufig eine Freiheitsstrafe zwischen 6 und 12 Monaten verhängt wird und in 92,12 % aller Fälle eine Bewährungsstrafe verhängt wird,⁷⁹ ist eine vorsichtige Anhebung des Strafrahmens vertretbar. Zu überlegen wäre freilich, ob die Anhebung nur auf die Besitzverschaffung bezogen wird, da die Besitzstrafbarkeit im Wesentlichen Fälle des unvorsätzlich oder gar ungewollt erlangten bloßen Besitzes betrifft oder sich die Besitzverschaffung hier nicht beweisen lässt.⁸⁰ Der geringere Unrechtsgehalt gründet darauf, dass dem Täter in diesen Fällen nur vorgeworfen werden kann, dass er es unterlassen hat, den straflos erlangten Besitz wieder aufzugeben.⁸¹ Bestätigt wird dies auch durch einen Blick auf den Schutzzweck. Mit dem Besitzverschaffungsverbot soll ein Missbrauch der „Darsteller“ durch Austrocknen des Marktes bzw. der Nachfrage für kinderpornografische Produkte verhindert werden, indem auch die Konsumenten in die Strafbarkeit mit einbezogen werden.⁸² Denn durch die Nachfrage wird ein Anreiz

⁷⁷ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB 29. Aufl. 2014, § 184b Rn. 7.

⁷⁸ BT-Drs. 18/2601, S. 38.

⁷⁹ Vgl. meine Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Sachverständigenanhörung des 2. Untersuchungsausschusses des Deutschen Bundestages der 18. Wahlperiode; abrufbar unter https://www.bundestag.de/blob/330668/1b0aa00427eae026548ac7dfd4e7cb41/stellungnahme_eisele-data.pdf (letzter Abruf: 7.10.2014). Zu weitgehend ist die Forderung nach einer Anhebung des Strafrahmens auf fünf Jahre, vgl. BR-Drs. 422/1/14, S. 8.

⁸⁰ In der Regel geht dem Besitzen ein bereits nach S. 1 strafbares Sich-Verschaffen des Besitzes voraus, so dass die Besitzstrafbarkeit regelmäßig keine eigenständige Bedeutung erlangt; BGH NStZ 2009, 208, spricht daher von einem „Auffangtatbestand“.

⁸¹ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 184b Rn. 15. Insoweit hinsichtlich des Besitzes nicht ganz überzeugend BR-Drs. 422/1/14, S. 8.

⁸² BT-Drs. 12/3001, S. 5 u. 12/4883, S. 7 f.; BGHSt 47, 55 (61); Harm, NStZ 2003, 646 f.

zur Herstellung weiterer Schriften und damit auch für weiteren Missbrauch geschaffen. Ohne eine entsprechende Verschaffenshandlung des Konsumenten schafft dieser jedoch auch keine von ihm mit zu verantwortende Nachfrage am Markt.

e) Hinsichtlich der Versuchsstrafbarkeit nach § 184b Abs. 4 StGB-E ist auf die Ausführungen zu § 130 Abs. 6 StGB-E zu verweisen (unter 3 c, S. 7). Allerdings sollte überlegt werden, ob die Versuchsstrafbarkeit tatsächlich auch auf das Herstellen nach Abs. 1 Nr. 3 bezogen wird, während Abs. 1 Nr. 4 hiervon aus guten Gründen ausgeklammert ist. Strafbarkeitslücken wären damit kaum verbunden, weil der Hersteller zumeist auch von der Besitzstrafbarkeit erfasst wird⁸³ und diese bereits als Unternehmensdelikt ausgestaltet ist.

f) Die Fassung des Tatbestandsausschlusses des § 185b Abs. 5 StGB-E ist zu begrüßen, da nunmehr die missverständliche Formulierung von „Pflichten“ beseitigt wird und die einzelnen Aufgaben schärfer umrissen werden.

9. Änderungen bei § 184c StGB

Soweit die Änderungen mit § 184b StGB-E übereinstimmen, kann auf diese Ausführungen (oben 8, S. 14 ff.) verwiesen werden.

a) Mit Recht werden im Einklang mit den europäischen Vorgaben sog. Scheinjugendliche von § 184c Nr. 3 StGB-E ausgenommen, da insoweit kein tatsächliches Geschehen im Zusammenhang mit Jugendlichen vorliegt und Erwachsene keines dahingehenden Schutzes bedürfen, als Darsteller missbraucht bzw. in das Pornografiegewerbe verstrickt zu werden. Zu überlegen wäre ferner, ob nicht bei § 184c Abs. 1 Nr. 4 StGB Fiktivpornografie, die nicht einmal realistische Darstellungen (also z.B. Zeichentrickfilme) enthält und bei der der Darstellerschutz keine entscheidende Rolle spielt, im Einklang mit Art. 5 Abs. 8 der Richtlinie und Art. 20 Abs. 3 der Lanzarote-Konvention ausgeklammert werden sollte.⁸⁴

b) Hinsichtlich § 184c Abs. 4 StGB-E ist zu beachten, dass die Einschränkung entgegen der Begründung (neben Art. 20 Abs. 3 Lanzarote-Konvention) nicht auf Art. 5 Abs. 7 und Abs. 8 der Richtlinie,⁸⁵ sondern auf Art. 8 Abs. 5 Richtlinie beruht: „Es liegt im Ermessen der Mitgliedstaaten zu entscheiden, ob Artikel 5 Absätze 2 und 6 auf die Herstellung, den Erwerb oder den Besitz von Material Anwendung findet, wenn das Kind das Alter der sexuellen Mündigkeit erreicht hat und das Material mit seinem Einverständnis und ausschließlich zum persönlichen Gebrauch der betreffenden Personen hergestellt wurde und sich in ihrem Besitz befindet,

⁸³ Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 184b Rn. 7.

⁸⁴ Vgl. bereits zum geltenden Recht BT-Drs. 16/9652, S. 5; Hörnle, NJW 2008, 3521 (3524).

⁸⁵ Vgl. aber BT-Drs. 18/2601, S. 41.

sofern die Handlungen nicht mit Missbrauch verbunden sind.“ Demnach genügt freilich nicht das bloße Einverständnis; vielmehr muss die Schrift ausschließlich zum persönlichen Gebrauch der betreffenden Personen hergestellt worden sein und sich in ihrem Besitz befinden. Dabei dürfte sich der persönliche Gebrauch auf die Beteiligten bzw. einen der Beteiligten und der Besitz auf den Hersteller beziehen. So heißt es in der englischen Fassung: “[...] material is produced and possessed with the consent of those children and only for the private use of the persons involved, in so far as the acts did not involve any abuse.” Die Verwendung der Worte “private use of the persons involved” dürfte so zu interpretieren sein, dass es auf den privaten Gebrauch von Hersteller oder Darsteller ankommt. Hingegen stellt Art. 20 Abs. 3 der Lanzarote Konvention – man mag dies hinsichtlich des Überlassens von Bildern innerhalb von Beziehungen bedauern – auf das Kind (bis 18 Jahre) ab: „bei dem Kinder dargestellt werden, die das nach Artikel 18 Absatz 2 festgesetzte Alter erreicht haben, wenn diese Bilder von ihnen mit ihrer Zustimmung und allein zu ihrem persönlichen Gebrauch hergestellt worden sind und sich in ihrem Besitz befinden.“⁸⁶ Möchte man den Vorgaben der Richtlinie und der Lanzarote-Konvention gerecht werden, muss daher das Bild zum persönlichen Gebrauch des dargestellten Jugendlichen dienen. Diesen Weg beschreitet auch das österreichische Recht, knüpft aber im Übrigen an den Besitz des Täters an.⁸⁷ Diese Anknüpfung an den Besitz des Täters erscheint sinnvoll, da ansonsten die Straffreistellung im Falle der Besitzstrafbarkeit (die auch von der Vorbehaltsregelung des Art. 20 Abs. 3 Lanzarote Konvention genannt wird) leerlaufen würde, bei der der Täter ja zwangsläufig Besitz erlangen muss; nur beim Herstellen wäre denkbar, dass dieses allein zu Besitzzwecken des Jugendlichen geschieht. Dass nach Art. 8 Abs. 5 der Richtlinie zudem kein Fall des Missbrauchs vorliegen darf, dürfte hingegen keine eigenständige Bedeutung erlangen, da in Fällen eines Missbrauchs regelmäßig kein wirksames Einverständnis vorliegen wird.

c) Abschließend ist noch auf zwei Gesichtspunkte hinzuweisen. Zum einen sollte der Ausschluss der Strafbarkeit (erst recht) gelten, wenn der Darsteller die Aufnahme selbst hergestellt und diese dem anderen Jugendlichen bewusst überlassen hat.⁸⁸ Zudem ist der Tatbestandsausschluss selbstverständlich auch auf die Besitzstrafbarkeit des Darstellers selbst zu erstrecken.⁸⁹ Zum anderen sollte überlegt werden, ob die Beschränkung der Privilegierung auf jugendliche Täter beibehalten werden soll, da dies von den europäischen Vorgaben nicht gefordert wird. Insoweit ist zu beachten, dass die Herstellung von Bildaufnahmen durch eine eben volljährig gewordene Person mit Zustimmung des noch nicht ganz 18 Jahre

⁸⁶ Engl. Fassung: “involving children who have reached the age set in application of Article 18, paragraph 2, where these images are produced and possessed by them with their consent and solely for their own private use.”

⁸⁷ Das österreichische Recht formuliert in § 207a Abs. 5 Nr. 1 ÖStGB: „Nach Abs. 1 Z 1 und Abs. 3 ist nicht zu bestrafen, wer 1. eine pornographische Darstellung einer mündigen minderjährigen Person mit deren Einwilligung und zu deren eigenem Gebrauch herstellt oder besitzt [...]“. In diesem Sinne auch *Philipp*, in: Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 108. Lieferung, März 2014, § 207a ÖStGB Rn. 31.

⁸⁸ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 184b Rn. 9; *Hörnle*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2012, § 184b Rn. 11.

⁸⁹ Vgl. schon BT-Drs. 16/9646, S. 18; *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 184b Rn. 10.

alten Partners unter Strafe gestellt ist, die Vornahme einverständlicher sexueller Handlungen auch nach Änderung der Altersgrenzen des § 182 StGB jedoch nicht.⁹⁰ Die österreichische Regelung des § 207a Abs. 5 Nr. 1 ÖStGB sieht dementsprechend ebenfalls keine Einschränkung vor.

10. Strafbarkeit nach § 184d StGB

a) § 184d Abs. 1 StGB-E sollte entsprechend der Tatbestandsstruktur der §§ 130 ff. StGB-E in § 184b Abs. 1 StGB-E und § 184c Abs. 1 StGB-E integriert werden, wobei an Stelle der Begriffe Rundfunk und Telemedien die Begriffe Informations- und Kommunikationstechnologie verwendet werden sollten, um die Telekommunikation einzubeziehen. Anderes würde gelten, wenn der Schriftenbegriff des § 11 Abs. 3 StGB erweitert wird. Der Ausschlussgrund sollte für alle technischen Mittel und nicht nur Telemedien gelten (zum Ganzen schon 7 b, S. 13 f.).

b) § 184d Abs. 2 StGB-E sollte im Zusammenhang mit der Besitzstrafbarkeit bei § 184b und § 184c StGB-E geregelt werden und ebenfalls die Begriffe Informations- und Kommunikationstechnologie verwenden, um auch Abrufe via Telekommunikation sicher zu erfassen. Dabei sollte auch das Verhältnis zur Strafbarkeit wegen Besitzverschaffung oder Besitzes zumindest in der Gesetzesbegründung klargestellt werden. Einerseits könnte die Strafbarkeit wegen Abrufs nur einen Auffangtatbestand für Fälle darstellen, in denen die Besitzstrafbarkeit nicht vorliegt oder nachweisbar ist. Andererseits könnte der Abruf, der in Fällen der Besitzverschaffung mittels Informations- und Kommunikationstechnologie regelmäßig vorliegt, als Spezialregelung vorrangig sein, so dass die Besitzverschaffung in solchen Fällen keine eigenständige Bedeutung mehr erlangt.

c) Inhaltlich ist die Aufnahme der Regelung aufgrund der europäischen Vorgaben (Art. 5 Richtlinie: „bewusster Zugriff“) geboten, da auch in der Rechtsprechung – die Gesetzesbegründung erweckt zum Teil einen anderen Eindruck – keineswegs gesichert ist, dass jeglicher Abruf über die Besitzstrafbarkeit, die an den Schriftenbegriff anknüpft, erfasst wird.⁹¹ Hinzukommt, dass so die Strafbarkeit von technischen Detailfragen gelöst wird und auch der Vorsatz hinsichtlich des Vorliegens der Voraussetzungen des Besitzes nicht mehr nachgewiesen werden muss. Das bisher nicht verwendete Merkmal des Abrufs ist meines Erachtens hinreichend bestimmt. Sieht man die Regelung im Zusammenhang mit der Besitzstrafbarkeit, ist – trotz der Vorverlagerung und dem naturgemäß geringen Anwendungsbereich (technische Probleme) – auch die Einbeziehung des Versuchs über die Strafbarkeit als Unternehmensdelikt konsequent. Eine Strafbarkeit wegen

⁹⁰ Daher krit. die h.M. im Schrifttum; vgl. nur *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 184b Rn. 9; *Fischer*, StGB, 61. Aufl. 2014, § 184c Rn.10; *Reinbacher/Wincierz*, ZRP 2007, 195 (197).

⁹¹ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 184b Rn. 15a und 15b.

Abrufs sollte selbst dann normiert werden, wenn der Schriftenbegriff in § 11 Abs. 3 StGB erweitert wird, da die bisherigen Schwierigkeiten bei der Erfassung des Abrufs kinderpornografischer Internetseiten auch durch das Merkmal des Besitzes bedingt sind (siehe schon 3 b bb, S. 4 f.).

11. Strafbarkeit nach § 184e StGB

Art. 4 Abs. 4 der Richtlinie und Art. 21 Abs. 1 lit. c Lanzarote Konvention verlangen, dass der Besuch pornografischer Darbietungen unter Strafe gestellt wird. Konsequenterweise wird – entsprechend der Regelungen der §§ 184a ff. StGB – auch der Anbieter, d.h. hier der Veranstalter einbezogen. Da der Begriff der Darbietung jedoch weit ist, sollte überlegt werden, ob von dem Ermessen nach Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie bzw. dem Vorbehalt nach Art. 21 Abs. 2 Lanzarote-Konvention Gebrauch gemacht wird, da ansonsten auch „Vorführungen“ im gegenseitigen Einverständnis im Rahmen von Beziehungen oder unter mehreren Jugendlichen erfasst würden, wobei möglicherweise der Darbietende selbst als Veranstalter einzustufen wäre. Da der Vorbehalt nach Art. 21 Abs. 2 Lanzarote-Konvention sehr weit gefasst ist, bietet sich eine Orientierung an Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie an: „Es liegt im Ermessen der Mitgliedstaaten zu entscheiden, ob Artikel 4 Absatz 4 auf pornografische Darbietungen im Rahmen von Beziehungen Anwendung findet, die auf gegenseitigem Einverständnis beruhen, wenn das Kind das Alter der sexuellen Mündigkeit erreicht hat, oder bei Beziehungen zwischen Gleichgestellten, die ein vergleichbares Alter und einen vergleichbaren mentalen und körperlichen Entwicklungsstand oder Reifegrad haben, sofern die Handlungen nicht mit Missbrauch oder Ausbeutung verbunden sind und sofern kein Geld und keine sonstigen Vergütungen oder Gegenleistungen für die pornografische Darbietung geboten werden.“

12. Änderungen bei § 201a StGB

a) § 201a Abs. 1 S. 2 StGB-E bezieht zusätzlich zu Aufnahmen in geschützten Räumlichkeiten Fälle ein, in denen der Täter unbefugt von einer anderen Person eine Bildaufnahme, die geeignet ist, dem Ansehen der abgebildeten Person erheblich zu schaden, oder unbefugt eine Bildaufnahme von einer unbedeckten anderen Person herstellt oder überträgt. Die in der Begründung hierfür genannte Motivation ist nachvollziehbar, jedoch geht der Entwurf hier meines Erachtens deutlich zu weit. Soweit auf das Ansehen der Person abgestellt wird, begegnet die Formulierung hinsichtlich seiner Weite und Unbestimmtheit Bedenken. Zunächst einmal soll bereits die bloße Eignung zur Schädigung genügen, während der im Übrigen klarer umrissene § 201a Abs. 1 S. 1 StGB die Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs verlangt; in Fällen der Weitergabe nach Abs. 4 sind auch die subjektiven Anforderungen (Verzicht auf das Merkmal „wissentlich“) abgesenkt. Hinzukommen die recht unbestimmten Merkmale „unbefugt“ und

„erheblich“. Gepaart mit dem Begriff des Ansehens der Person bleibt hier eine viel zu große Unschärfe, die Gefahr läuft, durch subjektive Einschätzungen der Strafverfolgungsorgane gefüllt zu werden. Der Hinweis auf einen durchschnittlichen Betrachter ist hier nicht weiterführend. So lässt sich schon fragen, ob der in der Gesetzesbegründung genannte Fall des Fotografierens eines Betrunkenen⁹² wirklich so schwerwiegend ist, dass es einer Kriminalstrafe bedarf. Einbezogen wären damit im Einzelfall und je nach Gewichtung auch Fälle des Fotografierens auf Partys oder zu Zwecken von Fernsehsendungen wie „Verstehen Sie Spaß?“. Selbst bei einer trennschärferen Formulierung sollte man allenfalls das Verbreiten oder Zugänglichmachen für die Öffentlichkeit ohne Einwilligung des Abgebildeten – wie etwa via Facebook – erfassen. Vertretbar ist hingegen im Hinblick auf die Wichtigkeit des Persönlichkeitsrechts die Anhebung des Strafrahmens für Bildaufnahmen in geschützten Räumlichkeiten. Dies gilt auch für den höheren Strafrahmen des § 201a Abs. 2 S. 2 (ferner Abs. 3 Nr. 2) StGB-E beim Verbreiten und Zugänglichmachen für die Öffentlichkeit.

b) Auch die Einbeziehung jeglicher Nacktaufnahmen begegnet Bedenken. So ist es etwa problematisch, wenn Bildaufnahmen, die anlässlich eines Erfolges einer Sportmannschaft bei der Siegesfeier in der Umkleidekabine oder unter der Dusche entstehen, pönalisiert würden. Entsprechendes gilt, wenn nackte Personen, die nicht eingewilligt haben, nur beiläufig aufgenommen werden. Auch würden Eltern erfasst, die ihr eigenes Kind zusammen mit einem Nachbarskind im Planschbecken im Garten ablichten. Nicht immer wird in den genannten Fällen das Einholen einer Einwilligung tunlich sein. Teilweise wird es auf Fiktionen im Rahmen einer mutmaßlichen Einwilligung hinauslaufen; diese scheidet freilich nach allgemeinen Grundsätzen aus, soweit der Fotografierende eine Einwilligung hätte einholen können. Hinsichtlich des Fotografierens eigener Kinder wäre zudem die praktisch kaum diskutierte Frage zu stellen, ob denn die Eltern auch in eine eigene Tat (Fotografieren), die sich gegen das Persönlichkeitsrecht bzw. das Recht am Bild des eigenen Kindes richtet, einwilligen können. Letztlich übernehme bei Kindern § 201a StGB gegenüber § 184b StGB eine Auffangfunktion für Abbildungen unterhalb des Posings. Möchte man solche Fälle einbeziehen, bietet sich eine Ergänzung des § 184b Abs. 1 lit. b StGB-E an, indem dort zumindest das Zur-Schau-Stellen von Geschlechtsorganen einbezogen wird (vgl. schon 8 a bb (1), S. 14 f.). Im Zusammenhang mit § 201a StGB könnte man allenfalls daran denken, die Herstellung von Nacktaufnahmen von Kindern einzubeziehen, die entgeltlichen Zwecken (samt Tauschsystemen) dienen; der Gesetzesantrag des Freistaates Bayern bietet hierfür eine brauchbare Grundlage.⁹³ Ferner wäre es – schon im Hinblick auf die bestehende Regelung des § 33 Kunsturhebergesetz (KUG) – gut vertretbar, das Verbreiten oder Zugänglichmachen für die Öffentlichkeit von Nacktaufnahmen (Kinder, Jugendliche und Erwachsene) ohne deren Einwilligung zu erfassen.

⁹² BT-Drs. 18/2601, S. 46.

⁹³ Vgl. BR-Drs. 127/14; mit erwägenswerten Modifikationen *Jahn/Ziemann*, FS Kargl, erscheint 2015, F.

c) Hinsichtlich des jetzigen Entwurfs ist zu befürchten, dass in größerem Umfang sozialübliche Fotoaufnahmen erfasst werden. Eine ausdrückliche Ausnahme ist nur über § 201 Abs. 5 StGB-E vorgesehen, der auf § 201 Abs. 2 S. 3 StGB verweist. Diese Vorschrift greift aber auch nur ein, soweit es sich um die Wahrnehmung überragender öffentlicher Interessen handelt, so dass gerade Fälle sozialüblicher Bildaufnahmen im privaten Umfeld nicht ausgeklammert werden.⁹⁴ Im Übrigen bietet auch das Merkmal unbefugt kein sachgerechtes Korrektiv, da hierunter bislang vor allem nur Fälle der Einwilligung gefasst werden.⁹⁵ Die Regelung müsste zudem sachgerecht auf § 33 KUG, aber vor allem auch auf die zivilrechtlichen Vorschriften der §§ 22, 23 KUG abgestimmt werden, die über § 23 KUG einer Abwägung offenstehen. Insoweit müsste etwa geklärt werden, ob im Falle einer strafbaren Herstellung nach 201a StGB regelmäßig ein berechtigtes Interesse des Abgebildeten nach § 23 Abs. 2 KUG verletzt ist oder ob umgekehrt die in § 23 Abs. 1 KUG genannten Fälle zu einer Rechtfertigung auch im Rahmen des § 201a StGB führen sollen, weil nicht strafbar sein sollte, was zivilrechtlich gestattet ist.

⁹⁴ Hingegen stellt der Gesetzesantrag des Freistaates Bayern (BR-Drs. 127/14) zutreffend auf „berechtigtes Interesse“ ab; vgl. ferner *Jahn/Ziemann*, FS Kargl, erscheint 2015, F.

⁹⁵ *Eisele*, in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 201a Rn. 13.

Zusammenfassende Übersicht über die wichtigsten Anmerkungen

1. Ergänzung des § 5 Nr. 6 lit. c StGB-E dahingehend, dass in Fällen des § 237 StGB das deutsche Strafrecht auch anwendbar ist, wenn „sich die Tat gegen eine Person richtet, die zur Zeit der Tat ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat“. Damit würden Verfolgungslücken bei sog. Ferienverheiratungen geschlossen. In diesem Zusammenhang sollte auch überlegt werden, ob der Ehebegriff des § 237 StGB auf religiöse Ehen bzw. eheähnliche Verbindungen ausgedehnt werden sollte, weil der Ehebegriff von der h.M. zu eng ausgelegt wird.
2. Ergänzung von § 11 Abs. 3 StGB um die Formulierung „[...], andere Darbietungen oder Daten“ und – soweit nötig – Anpassung von Vorschriften, die auf diesen Schriftenbegriff verweisen. Durch die Lösung von dem Erfordernis der Verkörperung müsste in zahlreichen Vorschriften nicht mehr zusätzlich auf das Zugänglichmachen von Inhalten durch Rundfunk und Telemedien abgestellt werden. Soweit diese „große Lösung“ verworfen wird, sollten die Begriffe „Rundfunk“ und „Telemedien“ durch die Begriffe „Informations- und Kommunikationstechnologie“ ersetzt werden, um auch Formen der Telekommunikation einzubeziehen.
3. Ergänzung von § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB-E im subjektiven Bereich, um den europäischen Vorgaben umfassend gerecht zu werden: „auf ein Kind durch Schriften (§ 11 Abs. 3) oder mittels Informations- und Kommunikationstechnologie einwirkt, um es zu sexuellen Handlungen zu bringen, [...] *oder um eine Tat nach § 184b Abs. 1 Nr. 3 oder § 184 b Abs. 3 zu begehen.*“
4. Ergänzung des § 184b Abs. 1 Nr. 1 lit. b StGB-E zumindest um das „(sexuell) aufreizende Zur-Schau-Stellen der Genitalien oder der Schamgegend von Kindern“. Damit soll den europäischen Vorgaben Rechnung getragen werden. Diskutabel ist die Einbeziehung von Nacktaufnahmen zu entgeltlichen Zwecken bei § 201a StGB. Zu erörtern ist, ob die Schrift auch weiterhin einen pornografischen Charakter im Sinne einer reißerischen Darstellung usw. haben muss, was für sog. Gesamtwerke von Bedeutung ist.
5. Das in § 184d Abs. 1 StGB-E normierte Zugänglichmachen von pornografischen Inhalten sollte entsprechend der Struktur der §§ 130 ff. StGB-E in § 184b Abs. 1 bzw. § 184c Abs. 1 integriert werden. Die Begriffe „Rundfunk“ und „Telemedien“ sollten durch die Begriffe „Informations- und Kommunikationstechnologie“ ersetzt werden. Die Ausnahme des § 184d Abs. 1 S. 2 StGB-E sollte auf alle Kommunikationsmittel ausgedehnt werden. Der in § 184d Abs. 2 StGB-E normierte Abruf sollte in Zusammenhang mit der Besitzstrafbarkeit des § 184b Abs. 3 bzw. § 184c Abs. 3 geregelt werden und auch dann beibehalten werden, wenn der Schriftenbegriff des § 11 Abs. 3 StGB erweitert wird.

6. Bei der Versuchsstrafbarkeit nach § 184b Abs. 4 StGB ist die Einbeziehung des § 184b Abs. 1 Nr. 3 StGB-E kritisch zu prüfen. Dies gilt entsprechend für § 184c Abs. 5 StGB-E.

7. Zu überlegen ist, ob bei § 184c Abs. 1 Nr. 4 StGB sog. Fiktivpornografie (z.B. Zeichentrickfilme), bei der der Darstellerschutz keine entscheidende Rolle spielt, im Einklang mit Art. 5 Abs. 8 der Richtlinie und Art. 20 Abs. 3 der Lanzarote-Konvention ausgeklammert werden sollte. Bei der Ausschlussklausel des § 184c Abs. 4 StGB-E sind die Einschränkungen der europäischen Vorgaben zu berücksichtigen, so dass das Bild zum persönlichen Gebrauch des Jugendlichen hergestellt worden sein muss. Ferner sollte überlegt werden, ob die Beschränkung der Privilegierung auf jugendliche Täter beibehalten werden soll.

8. Bei § 184e StGB-E sollte überlegt werden, ob von dem Ermessen nach Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie bzw. dem Vorbehalt nach Art. 21 Abs. 2 Lanzarote-Konvention Gebrauch gemacht wird, um private „Vorführungen“ im gegenseitigen Einverständnis im Rahmen von Beziehungen oder unter mehreren Jugendlichen nicht zu pönalisieren.

9. § 201a Abs. 1 S. 2 StGB-E sollte gestrichen werden. Eine Pönalisierung von Nacktaufnahmen ist nur hinsichtlich der Tathandlungen des Verbreitens und des Zugänglichmachens für die Öffentlichkeit zu erwägen. Bei Nacktaufnahmen von Kindern könnte man auch das Herstellen usw. zu entgeltlichen Zwecken nach Vorbild des Gesetzesantrags des Freistaats Bayern erfassen.

10. Zur Umsetzung von Art. 36 Istanbul-Konvention wird man den Tatbestand des § 177 Abs. 1 StGB für alle Fälle des Handelns gegen den Willen des Opfers öffnen müssen. Es empfiehlt sich dann eine Strafrahmenabstufung dergestalt vorzunehmen, dass die bisherigen Nötigungssituationen des Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 als Qualifikationen ausgestaltet werden.