

MARTIN-LUTHER-UNIVERSITÄT HALLE-WITTENBERG

JURISTISCHE FAKULTÄT

FRANZ-VON-LISZT-HAUS

Prof. Dr. Joachim Renzikowski
Professur für Strafrecht und Rechtsphilosophie/Rechtstheorie

Prof. Dr. Joachim Renzikowski
Jur. Fakultät, Martin-Luther-Univ., 06099 Halle



15. September 2014

**Öffentliche Sachverständigenanhörung des 2. Untersuchungsausschusses der 18. Wahlperiode
am 24. September 2014 – schriftliche Stellungnahme**

Strafbarkeit von Kinder- und Jugendpornographie und Probleme ihrer Strafverfolgung

Vorbemerkung:

Ein großer Teil der vorgelegten Fragen betrifft weniger den Begriff der Kinderpornographie als vielmehr die Praxis der Strafverfolgung zu §§ 184 b und c StGB, die – naturgemäß – in wissenschaftlichen Veröffentlichungen kaum thematisiert wird. Daher kann ich diese Fragen – mangels einschlägiger praktischer Erfahrung – nicht aufgrund eigener Expertise beantworten.

1. Der Begriff der Kinder- und Jugendpornographie und Probleme ihrer Feststellung

a) Der Begriff der Kinderpornographie

§ 184 b Abs. 1 StGB definiert als Kinderpornographie „pornographische Schriften (§ 11 Abs. 2), die sexuelle Handlungen von, an oder vor Kindern (§ 176 Abs. 1) zum Gegenstand haben“. Daraus ergeben sich drei Voraussetzungen: Es muss sich 1. um Schriften handeln, die 2. sexuelle Handlungen von, an oder vor Kindern darstellen und die 3. pornographisch sind.

(1) Bei der Umsetzung des EU-Rahmenbeschlusses 2004/68/JI meinte der Gesetzgeber, es genüge, dass die Schrift den sexuellen Missbrauch eines Kindes abbilde. Da Sexualkontakte mit Kindern ausnahmslos verboten seien, komme es auf den pornographischen Charakter der Darstellung nicht an.¹ Diese Einschätzung trifft in dieser Pauschalität schon deshalb nicht zu, weil § 184 b Abs. 1 StGB keineswegs auf die gesamte Bandbreite des sexuellen Missbrauchs von Kindern verweist, sondern eben nur auf § 176 Abs. 1 StGB, d.h. nicht auf die in den §§ 176 bis 176 b StGB beschriebenen Handlungen (wie im alten Recht), sondern auf die Legaldefinition von „Kind“. Auch die

¹ BT-Drs. 16/9646, S. 18.

Strafbarkeit der Verbreitung von Schein- und Fiktivkinderpornographie nach § 184 b Abs. 2 StGB ist mit dieser Annahme nicht vereinbar, denn die §§ 176, 176 a StGB erfassen nur ein reales Geschehen. Schließlich, und das ist entscheidend, differenziert der Gesetzeswortlaut zwischen pornographischen Schriften und ihrem Gegenstand, nämlich sexuellen Handlungen von, an und vor Kindern.² Diese Frage ist allerdings, wie sich gleich zeigen wird, eher akademischer Natur.

Nach einer klaren Definition von Pornographie sucht man bislang vergebens. Die üblicherweise genannten Kriterien sind hochgradig unscharf und laufen letztlich auf eine nur schwer intersubjektiv überprüfbare Wertung des Rechtsanwenders hinaus. Möglicherweise liegt diese Unschärfe in der Natur der Sache. Die Rechtsprechung verlangt, dass die Gesamttendenz des fraglichen Werkes ausschließlich oder überwiegend auf die Erregung eines sexuellen Reizes zielt, also als Anregung für Selbstbefriedigung oder andere Formen der Hervorrufung oder Steigerung sexueller Erregung dient.³ Dieses Erfordernis gilt, wie der BGH jüngst entschieden hat, auch für die Kinderpornographie.⁴ Die aufreizende Zielrichtung des Werkes muss sich einem objektiven Betrachter ohne weiteres erschließen. Die Motivation des Herstellers oder die Möglichkeit, dass eine objektiv betrachtete harmlose Darstellung auch zu sexuellen Zwecken genutzt werden kann, sind unbeachtlich.⁵ Hinzukommen muss eine negativ zu bewertende Aussage über Sexualität als interpersonales Geschehen oder über die abgebildeten Personen. Das wird regelmäßig angenommen, wenn die interpersonalen Bezüge von Sexualität vernachlässigt⁶ oder eine Person als bloßes Objekt sexueller Begierde dargestellt wird.⁷ In diesem Sinn ist Pornographie nicht eine bestimmte Darstellung von Sexualität, sondern eine bestimmte Kommunikation über Sexualität, nämlich eine Form, die das wechselseitige personale Anerkennungsverhältnis der Sexualpartner verleugnet.⁸ Bloße Nacktaufnahmen oder Aktfotos sind keine Pornographie, so lange nicht aus der Abbildung eine Aussage über sexuelle Interaktionen oder eine Herabwürdigung der dargestellten Person erkennbar ist.⁹

Der BGH hat jüngst in einem kontrovers aufgenommenen Urteil entschieden, dass es bei Kinderpornographie nicht auf den allgemeinen Begriff der Pornographie ankomme, sondern dass wegen des besonderen Schutzzwecks des § 184 b StGB ein spezifischer Pornographiebegriff gelte, der auf das Erfordernis eines „vergrößernd-reißerischen Charakters“ der Darstellung verzichte.¹⁰ Dieser Sonderweg ist weder überzeugend noch nötig. Die Berufung auf den Darstellerschutz greift deshalb zu kurz, weil § 184 b StGB nur zum Teil damit erklärt werden kann.¹¹ Entgegen der Argumentation des BGH geht es keineswegs um einen spezifischen Begriff der (Kinder-)Pornographie, sondern um die Anwendung des allgemeinen Pornographiebegriffs auf sexuelle Handlungen, in die Kinder involviert sind. Insoweit aber würdigt grundsätzlich jede Darstellung realer Missbrauchshandlungen das abgebildete Kind zu einem bloßen Sexualobjekt herab, da ihnen die Missachtung der sexuellen Selbstbestimmung und damit die Verletzung der Menschenwürde des Kindes immanent sind.¹²

² So auch die h.L., vgl. *Hörnle*, NJW 2008, 3521 (3525); *Roeder*, NStZ 2010, 113 (114 f.); *Fischer*, StGB, 61. Aufl. 2014, § 184 b Rn. 3; *Eisele* in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 184 b Rn. 3.

³ Vgl. BGHSt 37, 55 (59 f.); BVerwG, NJW 2002, 2966 (2969); KG, NStZ 2009, 446 (447).

⁴ BGH, NJW 2014, 1829 (1831).

⁵ Vgl. OLG Karlsruhe, NJW 1974, 2015 (2016); OLG Koblenz, NJW 1979, 1467 (1468).

⁶ KG, NStZ 2009, 446 (447).

⁷ Vgl. OLG Düsseldorf, NJW 1974, 1474 f.; OLG Karlsruhe, NJW 1987, 1957.

⁸ S. *Fischer*, StGB, § 184 Rn. 7b und 25.

⁹ Zum Ganzen s. *Hörnle* in: MüKo-StGB, 2. Aufl. 2013, § 184 Rn. 17 ff.

¹⁰ BGH, NJW 2014, 1829 ff.; anders noch BGH bei *Holtz*, MDR 1978, 804.

¹¹ Etwa Schein- und Fiktiv-Kinderpornographie sowie der bloße Besitz, s.u. 2. a)

¹² So ausdrücklich auch BGH, NJW 2014, 1830; ebenso *Wolters* in: SK-StGB, 141. Lief. (Stand: Juli 2014), § 184 b Rn. 3a.

(2) Die kinderpornographische Schrift muss eine sexuelle Handlung zum Gegenstand haben. Eine genaue Definition der sexuellen Handlung enthält das Gesetz nicht. § 184 g Nr. 1 StGB setzt lediglich voraus, dass eine sexuelle Handlung „im Hinblick auf das jeweils geschützte Rechtsgut von einiger Erheblichkeit“ ist, beschreibt also eine Art Bagatellgrenze.¹³ Auch die Rechtsprechung hat bisher noch keinen Katalog von deskriptiven Merkmalen entwickelt, sondern verlangt, dass die Handlung nach ihrem äußeren Erscheinungsbild einen Bezug zur Sexualität aufweist.¹⁴ Ob das der Fall ist, beurteilt sich aus der Perspektive eines objektiven Betrachters.¹⁵ Wenn eine Handlung nach ihrem Erscheinungsbild noch nicht eindeutig als sexuell einzustufen ist, kommt es auf die äußeren Rahmenbedingungen an. Ein eindeutig sexuelles Geschehen liegt beispielsweise noch nicht vor, wenn sich ein dreizehnjähriges Mädchen vor ihrem Vater auszieht, aber die Bewertung fällt anders aus, wenn der Vater seine Tochter dazu veranlasst und sich dabei mit ihr über sexuelle Phantasien austauscht.¹⁶ Umgekehrt kann sich aus den weiteren Umständen ergeben, dass Berührungen im Intimbereich nicht als sexuelle Handlung zu bewerten sind. So verneinte das OLG Oldenburg einen sexuellen Kindesmissbrauch in einem Fall, in dem eine nicht mehr stillende Frau es zugelassen hatte, dass ihr 6jähriger Sohn und ihre 9jährige Nichte spielerisch ihre Brust entkleideten und daran saugten, um so bei ihr Geborgenheit zu suchen.¹⁷

Strittig ist, ob es bei ambivalenten Handlungen auf die subjektive Perspektive des Täters ankommt. Das klassische Beispiel ist der Gynäkologe, der sich bei der Untersuchung einer Patientin sexuell erregt – wobei man, so lange die Untersuchung den Regeln der Kunst entspricht, sogar darüber streiten kann, ob es überhaupt um eine ambivalente, oder eindeutig nicht um eine sexuelle Handlung geht. Solange der Täter seine sexuellen Absichten nicht offen zu erkennen gibt, liegt keine sexuelle Handlung vor.¹⁸ Unter diesen Umständen spielt sich nämlich der sexuelle Vorgang ausschließlich im Kopf des „Täters“ ab. Seine innere Einstellung kann die sexuelle Selbstbestimmung einer anderen Person nicht beeinträchtigen. Ganz grundsätzlich sind Gedanken und Motive kein Gegenstand des Rechts, sondern – nur – Taten.¹⁹ Fischer meint demgegenüber, dass auch die Einstellung des Täters zu den vom objektiven Beobachter zu berücksichtigenden Umständen des Einzelfalles gehöre. Andernfalls könne nämlich kaum mehr als die Erkenntnis gewonnen werden, dass die fragliche Handlung eben ambivalent sei.²⁰ In aller Deutlichkeit: Die Motive des Täters sind deshalb relevant, weil andernfalls eine sexuelle Handlung nicht angenommen werden kann. Diese Argumentation ist nicht nur zirkulär, sondern sie läuft darauf hinaus, unmoralische, eben „schmutzige“ Gedanken zu bestrafen.

¹³ Näher zur Erheblichkeitsgrenze bei Kindern und Jugendlichen *Hörnle* in: MüKo-StGB, § 184 g Rn. 25 ff.

¹⁴ BGHSt 29, 336 (338); BGH, NStZ 1983, 167; NStZ-RR 2008, 339 (340).

¹⁵ BGH, NJW 1992, 325; OLG Jena, NStZ-RR 1996, 294 (295).

¹⁶ Vgl. BGH, NStZ 1985, 24; zu weiteren Beispielen s. *Hörnle* in: MüKo-StGB, § 184 g Rn. 3.

¹⁷ Beispielsweise verneinte das OLG Oldenburg (NStZ-RR 2010, 240 f.) einen sexuellen Kindesmissbrauch in einem Fall, in dem eine nicht mehr stillende Frau es zugelassen hatte, dass ihr 6jähriger Sohn und ihre 9jährige Nichte spielerisch ihre Brust entkleideten und daran saugten, um so bei ihr Geborgenheit zu suchen.

¹⁸ Vgl. *Laufhütte/Roggenbuck* in: Leipziger Kommentar, StGB, Bd. 6, 12. Aufl. 2010, § 184 g Rn. 6; *Hörnle* in: MüKo-StGB, § 184 g Rn. 4; in diese Richtung auch BGH, NJW 1992, 325 f.; OLG Jena, NStZ-RR 1996, 294 f.; anders *Lackner/Kühl*, StGB, 27. Aufl. 2011, § 184 g Rn. 2; dahin gehen wohl auch die Andeutungen in BGH NStZ-RR 2008, 339 (340).

¹⁹ S. *Kant*, *Metaphysik der Sitten* (1797), in: *Kants gesammelte Schriften*, Band 6, Berlin 1907, S. 203, 230: „Der Begriff des Rechts (...) betrifft ... nur das äußere und zwar praktische Verhältnis einer Person gegen eine andere.“

²⁰ *Fischer*, StGB, § 184 g Rn. 4; zustimmend *Eisele* in: *Schönke/Schröder*, § 184 g Rn. 9. Der Hinweis auf BGH, NStZ 2002, 431 (432) trägt deshalb nicht, weil der Täter in dem zugrunde liegenden Fall dem Opfer gegenüber seine sexuellen Absichten geoffenbart hatte („Du stehst doch auf erotischen Schmerz.“).

b) Zur Strafbarkeit des „Posing“

Bis zum Jahr 2004 bezog sich die Kinderpornographie nach § 184 Abs. 3 StGB a.F. auf den sexuellen Missbrauch von Kindern und damit auf sexuelle Handlungen vor einem anderen, zu deren Vornahme das Kind bestimmt worden war (s. § 176 Abs. 5 Nr. 2 StGB a.F.). Umstritten war jedoch, ob der Bestimmungsakt selbst durch die Darstellung in irgendeiner Weise wiedergegeben werden musste.²¹ Das SexualdeliktG 2003 erweiterte die Kinderpornographie – nunmehr in einer eigenen Strafvorschrift – auf sexuelle Handlungen von Kindern. Damit wurde der alte Streit gegenstandslos.²² Auch heimliche Aufnahmen sexueller Handlungen eines Kindes aus eigenem Entschluss fielen jetzt unter § 184 b StGB. Zugleich erledigte die Neufassung ein Problem, welches das 6. StrRG heraufbeschworen hatte. § 176 Abs. 4 Nr. 2 StGB in der Fassung von 1998 erfasste sexuelle Handlungen von Kindern *an sich*. In einer Grundsatzentscheidung stellte der BGH im Jahr 2006 gegen die damals h.L. zutreffend fest, dass der Gesetzeswortlaut Berührungen und Manipulationen *am* eigenen Körper voraussetzte; das bloße Agieren *mit* dem eigenen Körper genügte nicht.²³ § 176 Abs. 4 Nr. 2 StGB wurde daraufhin geändert,²⁴ aber auch dieses Problem stellte sich für die aktuelle Fassung des § 184 b StGB nicht (mehr). Damit ist das sog. „Posing“, d.h. sexuell aufreizendes Posieren von Kindern strafbare Kinderpornographie. Diese Rechtslage entspricht im Übrigen den Vorgaben des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI des Rates der EU vom 22. 12. 2003,²⁵ der in Art. 1 lit. b Kinderpornographie als Darstellungen von Kindern bezeichnet, „die an einer eindeutig sexuellen Handlung aktiv oder passiv beteiligt sind, einschließlich aufreizendem Zur-Schau-Stellen der Genitalien oder der Schamgegend“.

Unter „Posing“ versteht man aktiv eingenommene, unnatürliche Körperhaltungen mit einer Betonung von Geschlechtsmerkmalen,²⁶ beispielsweise wenn Kinder die Beine spreizen, um ihr unbedecktes Geschlechtsteil offen zur Schau zu stellen.²⁷ Dagegen sei eine schlichte Nacktaufnahme in natürlicher Körperhaltung (z.B. beim Baden oder am FKK-Strand) schon keine *sexuelle* Handlung.²⁸ Der Gegensatz „natürlich“ – „unnatürlich“ ist jedoch kein geeignetes Differenzierungskriterium, wie schon das oben genannte Beispiel zeigt. Besonders für kleinere Kinder ist es völlig natürlich, nackt herumzutollen und sich zur Schau zu stellen. Zudem ist Nacktheit keine unabdingbare Voraussetzung. Die Geschlechtsbezogenheit eines Vorgangs kann auch durch die Art einer Pose in aufreizender Bekleidung ausgedrückt werden.²⁹ Umgekehrt hat die Rechtsprechung Fotos, auf denen Jungen in Unterwäsche mit gespreizten Beinen dasaßen, nicht als Abbildungen sexueller Handlungen angesehen.³⁰ Entscheidend ist also, ob die Darstellung den Betrachter „sexuell provozieren“ soll³¹ und damit „primär sexuellen Zwecken“ dient, wie es in Art. 2 lit. c) ii) der RL

²¹ Vgl. BGHSt 45, 41 m. Anm. *Renzikowski*, NStZ 2000, 28 f.; OLG Koblenz, NJW 1979, 1467 (1468).

²² S. auch BT-Drs. 16/9646, S. 17.

²³ BGHSt 50, 370; ferner BGH, StV 2007, 184; NStZ-RR 2008, 170.

²⁴ Durch Gesetz v. 31. 10. 2008 (BGBl. I, 2149); näher dazu *Hörnle*, NJW 2008, 3521 ff.

²⁵ ABl. EU Nr. L 13 v. 20. 1. 2004, 44 ff.

²⁶ *Eisele* in: Schönke/Schröder, § 184 b Rn. 3a; *Hörnle* in: MüKo-StGB, § 184 b Rn. 17; s. auch OLG Koblenz, NJW 1979, 1467 (1468): Präsentieren des Geschlechtsteils in „herausfordernder und anstößiger Weise“.

²⁷ BGHSt 43, 266 (268); 50, 370 f.; BGH, NStZ 2003, 661 (662).

²⁸ S. BGHSt 43, 266 (267 f.); ebenso OLG Jena, NStZ-RR 1996, 294 f. für „Turnübungen“.

²⁹ OLG Celle, MMR 2007, 316 m. Anm. *Liesching*.

³⁰ BGH, NJW 1992, 325 (326).

³¹ S. BGHSt 43, 368; 50, 371.

2011/93/EU heißt.³² Kein Posing ist die bloße vergrößerte Wiedergabe der Genitalien, wenn auf der Aufnahme das Kind selbst nicht erkennbar ist.³³

Diese in der Rechtsprechung und in der Strafrechtswissenschaft weitgehend konsentierten Grundsätze belegen erneut, dass der Begriff der (Kinder-)Pornographie sehr vage ist und dass die praktische Anwendung auf konkrete Darstellungen zwangsläufig Wertungsprobleme aufwerfen muss. Unterschiedliche Bewertungen sind damit vorprogrammiert.

Die pornographische Darstellung muss dem Gesetzeswortlaut zufolge eine *Handlung* wiedergeben. Was das bedeutet, ist nicht ganz klar. Man wird kaum verlangen können, dass die Darstellung eine Bewegung abbildet wie etwa einen Lauf oder einen Sprung. Auch wer ohne Bewegung eine bestimmte Haltung einnimmt, handelt.³⁴ Keine sexuellen Handlungen werden deshalb auf Aufnahmen schlafender Kinder dargestellt. Das hat der BGH zutreffend für einen Fall entschieden, in dem der Angeklagte die Bettdecke und das Nachthemd des Kindes beiseitegeschoben hatte, um Scheide und Gesäß zu fotografieren.³⁵ Auf internationaler Ebene ist allerdings ein gewisser Wandel weg von der sexuellen Handlung hin zur Darstellung als solcher zu verzeichnen. Art. 2 lit. c) ii) der RL 2011/93/EU definiert als Kinderpornographie u.a. „jede Darstellung der Geschlechtsorgane eines Kindes für primär sexuelle Zwecke“.³⁶ Ein sexueller Missbrauch des Kindes ist damit nicht mehr erforderlich, aber schon die hervorgehobene Abbildung der Geschlechtsorgane schlafender Kinder ist nach allgemeinem Verständnis pornographisch.

c) Der Begriff der Jugendpornographie

Jugendpornographie unterscheidet sich von der Kinderpornographie dergestalt, als die abgebildeten sexuellen Handlungen von Jugendlichen grundsätzlich erlaubt sind. § 184 c StGB knüpft die Jugendpornographie nicht an die einschlägigen Jugendschutzvorschriften (§§ 174, 180, 182 StGB) an, was auch deshalb unzumutbar wäre, weil der Betrachter die Tatbestandsverwirklichung in aller Regel nicht erkennen kann. Für Jugendpornographie gelten daher dieselben Grundsätze wie für die allgemeine Pornographie nach § 184 StGB: Die Darstellung muss die nach allgemeinen gesellschaftlichen Wertvorstellungen gezogenen Grenzen des sexuellen Anstands eindeutig überschreiten. Sie muss Sexualität aus ihrer Interpersonalität lösen und in ihrer Gesamttendenz ausschließlich oder überwiegend auf die Erregung eines sexuellen Reizes zielen. Darstellungen jugendlicher Sexualität, die auf die zwischenmenschlichen Bezüge eingehen oder Aufklärungsschriften und informierende Artikel in Jugendzeitschriften sind keine Jugendpornographie i.S.v. § 184 c StGB.³⁷

³² RL 2011/93/EU vom 13. 12. 2011 zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornographie, ABl. L 335 v. 17. 12. 2011, S. 1 ff.; L 18 v. 21. 1. 2012, S. 7.

³³ Hörnle, NJW 2008, 3525.

³⁴ Röder, NStZ 2010, 116 f.; Fischer, StGB, § 184 b Rn. 4; a.A. Schroeder, GA 2009, 213 (215).

³⁵ BGHSt 43, 266 (268).

³⁶ Diese Formulierung entspricht Art. 20 Abs. 2 der Lanzarote-Konvention des Europarates (CETS No. 201) vom 25. 10. 2007, die die Bundesrepublik bereits gezeichnet, aber noch nicht ratifiziert hat. Österreich hat die RL bereits umgesetzt, vgl. dazu § 207 a Abs. 4 Nr. 3a StGB-Österreich. Vgl. dazu Hausteil, ZIS 2014, 348 (351 f.).

³⁷ Hörnle, NJW 2008, 3524.

Wie bei § 184 b StGB sind auch „Posing“-Darstellungen („sexuelle Handlungen von Jugendlichen“) erfasst, die bislang nur unter den Bußgeldtatbestand nach § 24 Abs. 1 Nr. 1 i) i.V.m. § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 9 JMStV fielen.³⁸

d) Schranken der Strafbarkeit

Nacktheit hat zwar immer eine Konnotation zur Sexualität – auch und gerade in der Kunst³⁹ –, aber das reicht nicht aus. Soweit es um Nacktbilder von Kindern und Jugendlichen geht, die in ein privates Umfeld eingebettet sind (z.B. Urlaub, Spiel im Garten), fehlt bereits der Charakter der Pornographie. Auch Abbildungen nackter Kinder und Jugendlicher zu Lehrzwecken oder zu wissenschaftlichen Zwecken sind keine Pornographie, selbst wenn sie von potentiellen Betrachtern zur Stimulierung verwendet werden.⁴⁰

Die Darstellung des realen sexuellen Missbrauchs an Kindern (sog. „harte“ Kinderpornographie) ist unter keinen Umständen gerechtfertigt. Die Kunstfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG greift hier schon deshalb nicht ein, weil sie mit elementaren Grundrechten des missbrauchten Kindes, insbesondere auch seiner Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) kollidiert.⁴¹ Bei fiktionaler Kinderpornographie sind Ausnahmen denkbar, zumal ihre Strafwürdigkeit ohnehin zweifelhaft ist.⁴² Auch bei Jugendpornographie ist im Ausnahmefall eine Rechtfertigung nach Art. 5 Abs. 3 GG vorstellbar, zumal sexuelle Handlungen von Jugendlichen nicht grundsätzlich verboten sind und jugendpornographische Darstellungen weniger gewichtiges Unrecht bedeuten.

Darüber hinausgehend enthält § 184 c Abs. 4 S. 2 StGB einen Tatbestandsausschluss für die Besitzer jugendpornographischer Schriften, die diese Schriften selbst hergestellt haben. Der Gesetzgeber wollte damit die unter Jugendlichen innerhalb einer Beziehung anscheinend verbreitete Aufnahme und Weitergabe von sexuellen Darstellungen straflos stellen.⁴³ Der Gesetzeswortlaut setzt eine derartige Beziehung jedoch nicht voraus. Vielmehr müssen der Hersteller und die dargestellte Person Jugendliche sein und die aufgenommene Person muss mit der Darstellung faktisch einverstanden sein.⁴⁴ Es leuchtet jedoch nicht ein, weshalb nur der Hersteller privilegiert wird, nicht aber eine Person, der der Hersteller ein Selbstbildnis geschenkt hat.⁴⁵ Problematisch ist, dass unter den Voraussetzungen des § 184 c Abs. 4 S. 2 StGB der Besitz dauerhaft straflos ist, selbst wenn die abgebildete Person nach Jahren die „Jugendsünde“ ungeschehen machen will.

Auf den Tatbestandsausschluss nach §§ 184 b Abs. 5, 184 c Abs. 5 StGB (Erfüllung dienstlicher oder beruflicher Pflichten) soll hier nicht näher eingegangen werden.

³⁸ S. OLG Celle, MMR 2007, 316; VG Augsburg, MMR 2008, 772.

³⁹ Auch und gerade in der Kunst! So standen etwa die Fotos von *David Hamilton* (Sisters), *Jock Sturges* (Evolution of Grace), *Tierney Gearon* (I Am a Camera) oder *Sally Mann* (Immediate Family) allesamt unter Pornographieverdacht.

⁴⁰ Vgl. auch *Eisele* in: Schönke/Schröder, § 184 b Rn. 3.

⁴¹ *Hörnle* in: MüKo-StGB, § 184 b Rn. 45.

⁴² Vgl. *Böse*, FS Schroeder, 2006, S. 751 (758 f.); s. auch die Entscheidungen des US-Supreme Court *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 534 U.S. 234 (2002) und *Ashcroft v. American Civil Liberties Union*, 534 U.S. 564 (2002) gegen die Strafbarkeit virtueller Kinderpornographie.

⁴³ Vgl. BT-Drs. 16/3439, S. 9.

⁴⁴ S. *Hörnle* in: MüKo-StGB, § 184 c Rn. 11; krit. gegenüber der Altersgrenze für den Hersteller *Fischer*, StGB, § 184 c Rn. 10.

⁴⁵ *Hörnle* in: MüKo-StGB, § 184 c Rn. 11.

e) Schwierigkeiten bei der Feststellung von Kinder- und Jugendpornographie

(1) Kategorien - Softmarker

Das Strafrecht unterscheidet zwischen „normaler“ Pornographie (§ 184 StGB), Gewalt- und Tierpornographie (§ 184 a StGB), Kinderpornographie (§ 184 b StGB) und Jugendpornographie (§ 184 c StGB). Wenn in einem Ermittlungsverfahren Datenträger ausgewertet werden, geht es darum, die strafbaren Inhalte herauszufinden und von straflosen Inhalten abzuschichten. Irgendwelche darüber hinausgehenden relevanten Kategorien kennt das deutsche Strafrecht nicht.

Im Bereich der Kinderpornographie wird in der Praxis häufig vorsortiert nach „harter“ Kinderpornographie, die realen sexuellen Missbrauch an Kindern zeigt, sog. „Posing“-Bildern, deren Bewertung die meisten Schwierigkeiten bereitet, und Abbildungen von Kinder, die nach ihrem Erscheinungsbild eindeutig keine strafbare Pornographie sind. Auch solche Sammlungen können einen Tatverdacht im Hinblick auf § 184 b StGB oder sogar auf § 176 StGB begründen (näher dazu unter 3.). Die rechtliche Einordnung der „Posing“-Bilder erfordert, wie bereits erwähnt, immer eine Einzelfallwertung. Insofern gibt es, jedenfalls bislang, keine allgemein anerkannten Indikatoren, die ein strafloses zu einem strafrechtlich relevanten Bild machen – auch wenn man die Kriterien für eine Auswahl in gewisser Weise systematisieren kann (s. dazu die Grafik von Jahn und Ziemann im Anhang).

In Irland wurde zum Ende der 90er Jahre die sog. „Copine-Skala“ entwickelt.⁴⁶ Diese zehnstufige Skala diente als Bewertungssystem, um die Schwere von Darstellungen des sexuellen Missbrauchs an Kindern einzuordnen, und reichte von nichtsexualisierten Bildern (z.B. Werbung, Familienalben – Stufe 1) über sog. „Erotika“, auf denen Kindern heimlich und nur teilweise bekleidet abgebildet sind (Stufe 3) über erotisches Posieren (Stufe 5) bis hin zu schweren sexuellen Übergriffen und Gewalthandlungen gegenüber Kindern.⁴⁷ Wenig überraschend sind die Grenzen zwischen den einzelnen Stufen fließend. Die „Copine-Skala“ diente ursprünglich zu therapeutischen Zwecken, um die Neigung eines Konsumenten zu sexuellen Übergriffen einzuschätzen und eine passende Psychotherapie auszuwählen. In der deutschen Strafverfolgungspraxis spielt sie keine Rolle, weil es für § 184 b StGB nur auf die Unterscheidung zwischen straflosen und strafbaren Abbildungen ankommt. Diese Grenze dürfte für die gegenwärtige Rechtslage auf der „Copine-Skala“ etwa nach Stufe 3 („Erotica: surreptitiously taken photographs of children in play areas or other safe environments showing either underwear or varying degrees of nakedness“) und bei Stufe 4 („Posing: deliberately posed pictures of children fully clothed, partially clothed or naked, where the amount, context and organisation suggests sexual interest) anzusiedeln sein, wobei es jedoch auf den Einzelfall ankommt.

Im Jahr 2002 entwickelte der Sentencing Advisory Panel die sog. „SAP-Skala“, die bald darauf vom englischen Court of Appeal im Fall *Regina v. Oliver*⁴⁸ aufgegriffen wurde. Diese fünfstufige

⁴⁶ Näher dazu *Taylor/Holland/Quayle*, Typology of Pedophile Picture Collections, *The Police Journal* 74 (2001), 97 ff.

⁴⁷ S. *Taylor/Holland/Quayle*, *The Police Journal* 74 (2001), 101.

⁴⁸ *Court of Appeal v. 21. 11. 2002 – Regina v. Oliver, Hartrey and Balwin*. (unter: www.inquisition21.com/pca_1978/reference/oliver2002.html – abgerufen am 14. 10. 2014). Eine neue dreistufige Unterteilung liegt den Sentencing Guidelines vom 1. 4. 2014 zugrunde (Sentencing Council, Sexual Offences – Definitive Guideline, S. 75 ff.).

Skala unterscheidet als Grundlage für die Strafzumessung verschieden schwere Grade von Kinderpornographie und grenzt nicht zu straflosen Abbildungen ab.

In Deutschland befindet sich die qualitative Bildanalyse noch in den Anfängen.⁴⁹

Um den immens wachsenden Datenmengen (inzwischen in Terabyte-Dimensionen) Herr zu werden, verwenden einzelne Strafverfolgungsbehörden – oder mit der Auswertung beauftragte Firmen – Auswertungssoftware (z.B. der niederländischen Firma ZiuZ Visual Intelligence). Diese Programme können verdächtiges Material auf der Grundlage bestimmter „hashs“ mit bereits bekannten kinderpornographischen Abbildungen abgleichen. Unbekannte Bilder erkennt die Software nicht.⁵⁰ Auf diese Weise kann man sich doppelte Arbeit (z.B. bei Bildern in Tauschringen, die immer wieder bei verschiedenen Tätern auftauchen) ersparen. Die Software erlaubt ferner eine gewisse Systematisierung der Bilder. Von einzelnen Bildern ausgehend können Bildserien ermittelt werden, die Rückschlüsse auf bestimmte Vorlieben des sammelnden Täters zulassen. Auch einzelne Beschaffungsvorgänge können unterschieden werden. Auch wenn die Verarbeitung der Datenmassen auf diese Weise erheblich erleichtert wird, kommt man im konkreten Fall nicht um eine Bewertung des einzelnen Bildes herum.

(2) Ein zweites Problem des praktischen Nachweises betrifft das *Alter* der dargestellten Person. § 184 b ist immer dann anzuwenden, wenn die gezeigte Person tatsächlich ein Kind, d.h. noch nicht 14 Jahre alt ist – selbst wenn das Kind älter aussieht oder ein höheres Alter angegeben wird.⁵¹ In vielen Fällen kann aber das Alter der abgebildeten Personen kaum bestimmt werden, vor allem wenn die Qualität der Aufnahme sehr schlecht ist. Bei einer anthropologischen Untersuchung von Gesichtsmerkmalen zur Bestimmung des Alters von Kindern auf Bildmaterial wurden etwa 60 % der abgebildeten Personen korrekt geschätzt.⁵² Mit dieser Trefferquote lässt sich der Grundsatz in dubio pro reo wohl kaum überwinden. Ob die abgebildete Person tatsächlich ein Kind ist, wird sich in Zweifelsfällen nur nachweisen lassen, wenn ihre Identität ermittelt werden kann. Soweit § 184 b StGB ausdrücklich auch die Wiedergabe eines „wirklichkeitsnahen Geschehens“ erfasst (so in Abs. 2 bis 4, nicht aber in Abs. 1!), sind auch sog. „Scheinkinder“ taugliche Tatobjekte, d.h. 14jährige und ältere Personen, die aus der Perspektive eines objektiven Beobachters wie Kinder aussehen.⁵³ Als Auffangtatbestand für Zweifelsfälle kommt § 184 c StGB in Betracht.

Auch von § 184 c StGB werden zunächst Darsteller erfasst, die tatsächlich minderjährig sind.⁵⁴ Abbildungen von sog. „Scheinjugendlichen“, d.h. volljährigen Personen, die aber aufgrund ihres äußeren Erscheinungsbildes und des gesamten Kontexts der Darstellung als minderjährig wirken, fallen nach h.L. unter § 184 c Abs. 1 bis 3 StGB („wirklichkeitsnahes Geschehen“).⁵⁵ Häufig sind 18jährige von 17- oder 16jährigen optisch nicht zu unterscheiden. Das BVerfG hat klargestellt, dass eine Bestrafung nach § 184 c StGB nur in Betracht kommt, wenn tatsächlich volljährige Darsteller

⁴⁹ S. dazu *Schuhmann/Osterheider*, MSchrKrim 2010, 392 (397 ff.); *Treibel*, FPPK 2011, 68 ff.

⁵⁰ Vgl. auch die Antwort der BReg auf die Kleine Anfrage der Fraktion Die Linke, BT-Drs. 17/11068.

⁵¹ Vgl. BGHSt 47, 55 (60 f.).

⁵² *Cattaneo et al.*, Can facial proportions taken from images be of use for ageing in cases of suspected child pornography? A pilot study, *International Journal of Legal Medicine* 126 (2012), 139 ff.

⁵³ Vgl. BGHSt 47, 55 (62); s. auch BayVGH, MMR 2009, 351 (353).

⁵⁴ Vgl. BayVGH, MMR 2009, 351 (352).

⁵⁵ Vgl. *Fischer*, StGB, § 184 c Rn. 5; *Hörnle* in: MüKo-StGB, § 184 c Rn. 8. Abs. 1 spricht jedoch – ebenfalls – nicht von einem wirklichkeitsnahen Geschehen“, s. *Haustein*, ZIS 2014, 348 (350 f.).

in ihrer körperlichen Entwicklung so weit zurückgeblieben sind, dass sich dem Betrachter sogar die Frage stellt, ob es sich nicht noch um ein Kind handelt.⁵⁶

Für die Besitzdelikte des Abs. 4 ist es daher regelmäßig unumgänglich, die Identität der Darsteller und ihr wahres Alter aufzuklären, denn ein tatsächliches Geschehen darf nur dann angenommen werden, wenn nicht in dubio pro reo unterstellt werden muss, dass die gezeigte Person bereits volljährig ist. Die bloße Möglichkeit der Minderjährigkeit reicht noch nicht aus.

(3) §§ 184 b und c StGB beziehen sich auf pornographische *Schriften* i.S.v. § 11 Abs. 3 StGB. Dahinter steht die Vorstellung, dass die Darstellung in irgendeiner Weise verkörpert sein muss, denn nur im Hinblick auf Sachen i.S.v. § 90 BGB ist es sinnvoll, von Besitz oder Besitzverschaffung zu sprechen. Die technische Entwicklung des Internets führt zu der Streitfrage, wie Daten und Dateien, zu behandeln sind. § 11 Abs. 3 StGB spricht demgegenüber nur von Datenspeichern.⁵⁷ Die Rechtsprechung setzt Daten und Datenspeicher ohne weiteres gleich.⁵⁸ Jedoch ist das körperliche Speichermedium mit den darauf abgespeicherten Daten – die ihrerseits von den Abbildungen auf dem Bildschirm unterschieden werden müssen – nicht identisch, so dass die Rechtsprechung im Hinblick auf das Analogieverbot durchaus zweifelhaft erscheint.⁵⁹ Ungeachtet dieser Bedenken erfasst die Rechtsprechung keine Formen der Echtzeitübertragung (z.B. Live-Cam), die nicht mit einer Zwischenspeicherung im Arbeitsspeicher des empfangenden Computers verbunden sind.

Bemerkenswerterweise verlangt Art. 5 Abs. 3 RL 2011/93/EU die Strafbarkeit des bewussten Zugriffs auf Kinderpornographie „mittels Informations- und Kommunikationstechnologie“. In technischer Hinsicht ist eine Verkörperung der Abbildung dazu nicht erforderlich. Es spricht einiges dafür, dass §§ 184 b und c StGB entsprechend geändert werden müssen.⁶⁰

f) Erkennbarkeit für den Täter

§§ 184 b und c StGB verlangen in sämtlichen Tatbestandsalternativen zumindest (bedingten) Vorsatz im Hinblick auf das Alter der abgebildeten Person sowie den pornographischen Charakter der Darstellung. Dabei kommt es nicht darauf an, dass der Täter weiß, wie Pornographie zu definieren ist. Vielmehr muss er laienhaft die Bewertung der Abbildung als Pornographie nachvollziehen.⁶¹

Angesichts der geschilderten Schwierigkeiten mit dem Begriff der Kinder- und Jugendpornographie und seiner Anwendung vor allem auf „Posing“-Abbildungen liegt es nicht fern, dass sich diese Probleme bei der Feststellung des subjektiven Tatbestands fortsetzen. In der Praxis spielt fehlender Vorsatz jedoch kaum eine Rolle, weil die kriminalistische Erfahrung lehrt, dass sich pädophile Täter kaum mit dem Sammeln von bloßen Nacktbildern zufrieden geben, sondern in der weit überwie-

⁵⁶ BVerfG, MMR 2009, 178 f. m. krit. Anm. *Liesching*.

⁵⁷ S. dazu BT-Drs. 13/7385, S. 36; *Schreibauer*, Das Pornographieverbot des § 184 StGB, 1999, S. 176 ff.

⁵⁸ Vgl. BGHSt 47, 55 (58) m. abl. Anm. *Kudlich*, JZ 2002, 310 ff. und *Lindemann/Wachsmuth*, JR 2002, 206 f.; OLG Hamburg, NJW 2010, 1893 (1894) m. krit. Anm. *Mintas*; zust. *Eser/Hecker* in: Schönke/Schröder, § 11 Rn. 74.

⁵⁹ Krit. auch *Fischer*, StGB, § 11 Rn. 36a; *Hörnle* in: MüKo-StGB, § 184 Rn. 14 ff.

⁶⁰ Jedenfalls für entgeltliches Handeln der Internetbenutzer *Brodowski*, StV 2011, 105 (107 f.); *Hörnle*, NStZ 2010, 704 (706); abl. *Eckstein*, NStZ 2011, 18 (22).

⁶¹ Vgl. *Eisele* in: Schönke/Schröder, § 184 Rn. 68; *Hörnle* in: MüKo-StGB, § 184 Rn. 102; *Laufhütte/Roggenbuck* in: LK, § 184 Rn. 50.

genden Anzahl aller Fälle alsbald „harte“ Kinder- und Jugendpornographie nachfragen (näher dazu unter 3.).

2. Unrechtsgehalt und geschützte Rechtspositionen bei §§ 184 b und c StGB

Bei der Frage nach dem Unrechtsgehalt und den geschützten Rechtspositionen muss zwischen den verschiedenen tatbestandsmäßigen Handlungen sowie zwischen Real-, Fiktiv- und Scheinpornographie differenziert werden.

a) Gründe für die Strafbarkeit nach § 184 b StGB

Die h.L. erklärt die Strafbarkeit von Kinderpornographie vor allem mit dem Schutz vor Kindern, nicht als Darsteller sexuell missbraucht zu werden.⁶² Das leuchtet jedenfalls für die Alternative des Herstellens und der Wiedergabe eines tatsächlichen Geschehens ein. In solchen Fällen wird durch die Tathandlung die sexuelle Selbstbestimmung von Kindern nach § 176 StGB unmittelbar verletzt. Wenn der Übergriff dokumentiert wird und die Dokumentation anschließend unkontrollierbar im Internet kursiert, tritt neben die Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung und der Menschenwürde des Kindes durch den sexuellen Übergriff eine erneute eigenständige Verletzung dieser Rechtspositionen durch die Mediendarstellung und ihre Verbreitung.⁶³

Daneben soll der Markt für kinderpornographische Produkte ausgetrocknet werden. Erst die Nachfrage nach Kinderpornographie schafft das Angebot für solche Produkte und damit einen Anreiz für den sexuellen Missbrauch von Kindern.⁶⁴ Dass es hier in der Praxis vor allem um geschlossene Zirkel geht, die kinderpornographisches Material austauschen, und weniger um die Erzielung von Gewinnen, spielt keine Rolle. Allerdings kann sich hier der Schutz nicht auf das einzelne Kind beziehen, welches auf dem kinderpornografischen Material abgebildet ist. Der sexuelle Übergriff an ihm ist bereits abgeschlossen.⁶⁵ Dass man die Konsumenten für einen späteren Missbrauch irgendeines Kindes zur Herstellung weiterer Kinderpornographie verantwortlich machen kann, versteht sich nicht von selbst.⁶⁶ Plausibel erscheint diese Annahme nur für diejenigen, die mit eigenem Beschaffungsverhalten am Markt auftreten, etwa indem sie einschlägige Machwerke nachfragen.⁶⁷ Die bloße Strafbarkeit des Besitzes ohne nachgewiesene eigene Beschaffungshandlung soll möglicherweise Beweisprobleme vermeiden,⁶⁸ aber das kann wohl kaum die Aufgabe von Strafvorschriften sein. Das ändert jedoch nichts daran, dass der Darstellerschutz insoweit keine überzeugende Begründung für die Bestrafung des bloßen Besitzes von Kinderpornographie liefert.⁶⁹

⁶² S. BGHSt 45, 41 (43); 47, 55 (61); Hörnle in: MüKo-StGB, § 184 b Rn. 1 m.w.N.

⁶³ Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, 2005, S. 426 f.; Popp, ZIS 2011, 193 (202 f.).

⁶⁴ BT-Drs. 12/3001, S. 5; BGHSt 47, 55 (61).

⁶⁵ Hörnle in: MüKo-StGB, § 184 b Rn. 1.

⁶⁶ Dafür Heinrich, NSZ 2005, 361 (362 f.); Grop, FS Otto, 2007, S. 249 (261 f.); skeptisch Popp, ZIS 2011, 199 ff.; Scheffler, FS Herzberg, 2008, S. 627 (638 ff.).

⁶⁷ S. Hörnle, FS Schroeder, 2006, S. 477 (492 f.).

⁶⁸ So BT-Drs. 12/3001, S. 4, 6; berechtigte Kritik bei Eschelbach in: Matt/Renzikowski, StGB, 2013, § 184 b Rn. 2 f.; ungeachtet dessen lassen sich bei Datenträgern aus den Nutzungsspuren zumeist Hinweise auf die Quelle und damit auf eigene Beschaffungsaktivitäten gewinnen.

⁶⁹ Ebenso wenig überzeugt die Begründung der Strafbarkeit des bloßen Besitzes mit der Gefahr möglicher Verbreitung im Internet, so aber BT-Drs. 12/3001, S. 6.

Insoweit kommt eine andere Überlegung zum Tragen. Es wird vermutet, dass der Konsum von Kinderpornographie dazu anregen könnte, das Gesehene in die Tat umzusetzen und selbst sexuelle Übergriffe an Kindern zu begehen.⁷⁰ Allein auf diese Argumentation lässt sich auch die Strafbarkeit von Schein-Kinderpornographie (§ 184 b Abs. 2 StGB)⁷¹ stützen, sofern man sich nicht mit der rechtsstaatlich fragwürdigen Vermeidung von Beweisproblemen begnügt. Auf den ersten Blick leuchtet diese Vermutung ein: Einschlägige Darstellungen können pädophil veranlagte Personen in ihren Neigungen bestätigen. Schließlich kann der Konsum die Neigung zu Sexualdelikten an Kindern verstärken: Das „Kopfkino“ reicht nicht mehr aus, der „Kitzel“ muss erhöht werden. Empirische Untersuchungen zur Kinderpornographie zeichnen jedoch ein sehr differenziertes Bild. Zwar wird ein großer Teil der Konsumenten nicht nur durch die Lust am Sammeln verbotener Gegenstände, sondern durch eigene pädophile Neigungen zur Nachfrage nach Kinderpornographie motiviert.⁷² Jedoch sind viele Pädophile nicht an eigenen – immerhin strafbaren – sexuellen Kontakten mit Kindern interessiert, sondern ziehen Selbstbefriedigungsphantasien vor. Es scheint daher eher ein Gegensatz zwischen Tätern zu bestehen, die ihre Phantasien im Internet ausleben, und realen Missbrauchstätern. Übergriffige Täter können durchaus auch Kinderpornographie besitzen, aber die Bilder sind nicht Auslöser für weitere Taten.⁷³ Angesichts dessen ist die Annahme, fiktionale Darstellungen könnten eine Nachahmungsgefahr begründen, erst recht fragwürdig. Abgesehen davon ist auch nicht ersichtlich, welche Rechtsposition durch fiktive Kinderpornographie beeinträchtigt werden sollte. Offensichtlich soll hier nur noch ein unmoralisches Verhalten pönalisiert werden.⁷⁴

Zusammengefasst:

- Die Strafbarkeit der Verbreitung von realer Kinderpornographie dient dem Schutz der sexuellen Selbstbestimmung der zu ihrer Herstellung sexuell missbrauchten Kinder.
- Die Strafbarkeit des Erwerbs von realer Kinderpornographie soll die Nachfrage nach Kinderpornographie einschränken und dient so dem Schutz potentieller Darsteller.
- Die Strafbarkeit des bloßen Besitzes kann jedenfalls damit begründet werden, dass schon das Betrachten pornographischer Abbildungen, die ohne Einwilligung der kindlichen Darsteller entstanden sind, ihre Persönlichkeitsrechte und Menschenwürde beeinträchtigt.⁷⁵ Für gravierenderen Handlungen Verbreitung und Erwerb gilt dies ebenso.
- Problematisch ist die strafrechtliche Relevanz von Scheinkinderpornographie.
- Die Strafbarkeit von fiktiver Kinderpornographie lässt sich in einer liberalen Strafrechtsordnung nicht begründen und ist auch nicht durch die Richtlinie 2011/93/EU geboten.⁷⁶

⁷⁰ Vgl. BT-Drs. 12/3001, S. 6; König, Kinderpornografie im Internet, 2004, Rn. 104 ff.; Hörnle in: MüKo-StGB, § 184 b Rn. 3

⁷¹ S. dazu Hörnle in: MüKo-StGB, § 184 b Rn. 13.

⁷² Vgl. Seto/Cantor/Blanchard, Child pornography offenses are a valid diagnostic indicator of pedophilia, *Journal of Abnormal Psychology* 115 (2006), 610 ff.; Sheldon/Howitt, Sex Offenders and the Internet, 2007, S. 97 ff.

⁷³ S. dazu Sheldon/Howitt, Sex Offenders and the Internet, 2007, S. 203 ff., 225 ff.; Endrass et al., The consumption of Internet child pornography and violent and sex offending, *BMC Psychiatry* 2009, 43 (open access unter: <http://www.biomedcentral.com/content/pdf/1471-244X-9-43.pdf> – abgerufen am 9. 9. 2014); Carr in: Quayle/Ribisl (Hrsg.), Understanding and Preventing Online Sexual Exploitation of Children, 2012, S. 96 ff.

⁷⁴ Hörnle in: MüKo-StGB, § 184 b Rn. 5; s. auch Ost, Criminalising fabricated images of child pornography: a matter of harm or morality?, *Legal Studies* 30 (2010), 230 ff.

⁷⁵ Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, 2005, S. 426 f.

⁷⁶ Art. 2 lit. c definiert Kinderpornographie als Darstellung der Beteiligung an “realen oder simulierten eindeutig sexuellen Handlungen”. Ausgedachte Sexualkontakte gehören nicht dazu.

c) Gründe für die Strafbarkeit nach § 184 c StGB

Ein wesentlicher Unterschied zwischen Kinder- und Jugendpornographie besteht darin, dass sexuelle Handlungen an und vor Kindern stets als sexueller Missbrauch strafbar sind, während sexuelle Handlungen mit Jugendlichen nur unter bestimmten Voraussetzungen (insbes. §§ 174, 180, 182 StGB) strafbar, d.h. im Umkehrschluss grundsätzlich zulässig sind. Gleichwohl lässt sich § 184 c Abs. 1 StGB ebenfalls aus dem Gedanken des Darstellerschutzes begründen. Das Verbot der Herstellung und Verbreitung von Jugendpornographie soll verhindern, dass Jugendliche bei der Produktion von Pornographie mitwirken.⁷⁷ Bei entgeltlichem Handeln besteht eine Parallele zur Prostitution (vgl. auch §§ 180 Abs. 2, 182 Abs. 2 StGB): Der Gesetzgeber traut Minderjährigen nicht zu, verantwortlich die Verlockungen des schnellen Gelderwerbs gegen langfristige Nachteile abzuwägen. Aber auch bei unentgeltlicher Beteiligung fehlt Minderjährigen die Weitsicht für den verantwortungsvollen Umgang mit pornographischen Selbstdarstellungen, insbesondere im Hinblick auf die unbegrenzte und unkontrollierbare Zirkulation im Internet.⁷⁸

Ob ebenso wie bei § 184 b Abs. 4 StGB Besitz und Besitzverschaffung unter Strafe gestellt werden müssen, um illegale Märkte zu bekämpfen, ist dagegen schon zweifelhaft.⁷⁹ Immerhin beschränkt sich § 184 c Abs. 4 S. 1 StGB auf die Wiedergabe eines tatsächlichen Geschehens, so dass – anders als bei § 184 b Abs. 4 StGB – Scheinjugendpornographie nicht erfasst wird. Eine Nachahmungsgefahr kommt bei Sexualkontakten mit Jugendlichen nicht in Betracht. Für das Verbot fiktionaler Darstellungen ist keine, auch nur ansatzweise tragfähige Begründung ersichtlich,⁸⁰ zumal auch die europarechtlichen Vorgaben nie so weit gegangen sind.

d) Strafflose Ablichtung von Kindern und Jugendlichen?

Die Frage nach dem Zweck der derzeit vom Gesetz gezogenen Grenze zwischen strafbarer Kinder- und Jugendpornographie einerseits und der strafflosen Ablichtung von Kindern und Jugendlichen andererseits ist falsch gestellt. Sie suggeriert nämlich, dass das Fehlen von Strafvorschriften begründet werden muss, während es sich in Wirklichkeit genau umgekehrt verhält: Strafvorschriften schränken die Handlungsfreiheit ein und bedürfen daher einer Rechtfertigung, die sich an Art. 2 Abs. 1 GG messen lassen muss. Man kann allerdings danach fragen, ob das geltende Recht eine Schutzlücke enthält, d.h. ob und inwieweit Abbildungen von Kindern und Jugendlichen deren schutzwürdige Rechtspositionen berühren.

Auf die Erweiterung des Begriffs der Kinderpornographie weg von der sexuellen Handlung hin zur Darstellung als solcher (s. Art. 2 lit. c) ii) RL 2011/93/EU) wurde bereits hingewiesen. Die hervorgehobene Abbildung der Geschlechtsorgane von Kindern ist nach allgemeinem Verständnis pornographisch. Für diese Bewertung kommt es jedoch nicht darauf an, was sich der Hersteller solcher Bilder oder ein potentieller Konsument dabei denken. Sexuelle Reize können durch alles Mögliche ausgelöst werden. Das Feld der Paraphilien und des Fetischismus ist derart weit, dass man gut daran tut, Pornographie nach einem objektiven Maßstab zu beurteilen, ganz abgesehen von der grundsätzlichen Fragwürdigkeit, innere Einstellungen zum Gegenstand rechtlicher Bewertungen zu machen.

⁷⁷ S. BT-Drs. 16/9646, S. 18; Hörnle in: MüKo-StGB, § 184 c Rn. 4.

⁷⁸ Hörnle, NJW 2008, 3521 (3523); krit. demgegenüber Böse, FS Schroeder, 2006, S. 757 f.; Reinbacher/Wincierz, ZRP 2007, 195 (196 f.).

⁷⁹ Krit. Hörnle, NJW 2008, 3524; Popp, ZIS 2011, 200 f.

⁸⁰ Vgl. Hörnle, NJW 2008, 3524.

Dass die Feststellung im Einzelfall angesichts des äußerst vagen Begriffs der Pornographie erhebliche Schwierigkeiten bereiten kann, wurde bereits angesprochen.

Damit ist jedoch noch nicht gesagt, dass bei schlichten Nacktbildern überhaupt kein Schutz durch das Strafrecht eingreift. Die einschlägige Rechtsposition ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht und als dessen Ableitung das Recht am eigenen Bild. Jeder darf grundsätzlich selbst darüber bestimmen, ob und in welchem Zusammenhang Bilder von ihm hergestellt und veröffentlicht werden.⁸¹ Einschlägige Normen sind § 22 S. 1 KUG, wonach Bildnisse „nur mit Einwilligung des Abgebildeten verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden“. Diese Vorschrift schützt den Einzelnen davor, gegen seinen Willen durch Abbildungen für andere verfügbar zu werden. Zuwiderhandlungen können nach § 33 KUG mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr bestraft werden.⁸² Die Schwächen von § 33 KUG – Antragsdelikt, keine Bestrafung der unbefugten Herstellung sowie der Weitergabe an eine einzelne Person – bewegten den Gesetzgeber im Jahr 2004 zur Einführung des § 201 a StGB. Durch diese Vorschrift sollte der Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen grundsätzlich ebenso ausgestaltet werden wie der Schutz der Vertraulichkeit des Wortes nach § 201 StGB.⁸³ Strafbar nach § 201 a Abs. 1 StGB ist – anders als bei § 22 KUG – schon die unbefugte Herstellung einer Bildaufnahme. § 201 a Abs. 2 StGB bestraft, wer eine solche Aufnahme einem Dritten zugänglich macht, d.h. wer ihm die Möglichkeit verschafft, von der unbefugten Aufnahme Kenntnis zu nehmen.⁸⁴ Darüber hinaus kann sich auch derjenige strafbar machen, der eine einvernehmlich angefertigte Bildaufnahme nun unbefugt weitergibt (§ 201 a Abs. 3 StGB). § 201 a StGB knüpft die Strafbarkeit an zwei wichtige Einschränkungen, die man im Vergleich zu §§ 22, 23 KUG so lesen könnte: §§ 22, 23 KUG schützen das Recht am Bild umfassend vor jeder unbefugten Verbreitung, außer wenn der Hersteller der Aufnahme ein überwiegendes Interesse daran geltend machen kann.⁸⁵ Demgegenüber verbietet § 201 a StGB nur die Herstellung und Weitergabe von Bildaufnahmen, soweit das Interesse des Abgebildeten überwiegt, nämlich weil sein höchstpersönlicher Lebensbereich durch die Aufnahme betroffen ist.⁸⁶ Was genau den höchstpersönlichen Lebensbereich ausmacht, ist nicht ganz klar. Es herrscht aber Einigkeit, dass unbefugte Nacktaufnahmen geradezu der Prototyp der Verletzung der Intimsphäre sind.⁸⁷ Die zweite Einschränkung betrifft den Ort der Aufnahme. Während das Recht am persönlichen Bild nach den §§ 22, 23 KUG, ausgenommen Abbildungen einer Person in einer öffentlichen Versammlung usw. (§ 23 Abs. 1 Nr. 3 KUG), umfassend gewährleistet wird, bezieht sich § 201 a StGB allein auf Situationen, in denen Personen sich in besonders geschützten Räumen (s. Art. 13 GG) befinden. Einen Schutz

⁸¹ Vgl. BVerfGE 101, 361 (381); 120, 180 (198); BGHZ 131, 332 (336). Nach den bedenkenswerten Überlegungen von *Gropp*, FS Kühne, 2013, S. 679 ff. geht es auch beim Verbot des „Posing“ nicht um die sexuelle Selbstbestimmung, sondern – nur – um den Schutz des Persönlichkeitsrechts.

⁸² In der Praxis spielt § 33 KUG allerdings nur eine marginale Rolle, weil Anzeigerstatte regelmäßig nach § 374 Abs. 1 Nr. 8 StPO auf den Privatklageweg verwiesen werden und dann das Kostenrisiko tragen, vgl. *Koch*, GA 2005, 589 (594).

⁸³ Vgl. BT-Drs. 15/1891, S. 6; 15/2466, S. 4; *Eisele*, JR 2005, 6 (7); krit. *Hoyer*, ZIS 2006, 1.

⁸⁴ S. *Graf* in: MüKo-StGB, § 201 a Rn. 32.

⁸⁵ Etwa weil es sich um eine Person der Zeitgeschichte handelt oder die Person vor dem abgebildeten Motiv nur nebensächlich ist usw., aber diese Ausnahmen werden wiederum nach § 23 Abs. 2 KUG durch das berechnigte Interesse des Abgebildeten am Unterbleiben einer Veröffentlichung beschränkt.

⁸⁶ Beispielhaft: Herr Maier muss sich nach §§ 22, 23 KUG nicht gefallen lassen, in der Öffentlichkeit von einem Fotografen portraitiert zu werden. Eine Portraitaufnahme von Herrn Maier fällt aber selbst dann nicht unter § 201 a StGB, wenn der Fotograf durch das Schlafzimmerfenster fotografiert hat, vgl. *Koch*, GA 2005, 597; *Altenhain* in: *Matt/Renzikowski*, StGB, § 201 a Rn. 6; anders wohl *Fischer*, StGB, § 201 a Rn. 14c.

⁸⁷ S. *Valerius* in: LK, § 201 a Rn. 32.

gegen unerwünschte Aufnahmen in der Öffentlichkeit (z.B. am Nacktbadestrand am Baggersee) bietet § 201 a StGB nicht.⁸⁸

Diese räumliche Begrenzung der Strafbarkeit hat zumindest den Vorteil der Klarheit, denn wo die Grenze des Schutzes der Privatsphäre außerhalb des Hauses verläuft, lässt sich nur schwer beantworten. Gleichwohl zeigt die aktuelle Diskussion über die Nacktbilder von Kindern, dass eine Verletzung der Intimsphäre nicht an eine bestimmte Räumlichkeit gebunden ist. *Hörnle* hat das Beispiel gebildet, dass jemand eine Frau mit K.O.-Tropfen betäubt und anschließend in einem Park Nacktaufnahmen von ihr anfertigt.⁸⁹ Die Frage eines angemessenen strafrechtlichen Schutzes des Persönlichkeitsrechts betrifft also nicht nur Minderjährige. Das Problem ist jedoch, wie man die strafwürdige Herstellung und Verbreitung bloßstellender Fotos auf einen dem Bestimmtheitsgebot standhaltenden präzisen Begriff bringen und gleichzeitig sozialadäquate Darstellungen von Nacktheit ausschließen kann. Insgesamt stellt sich dem Gesetzgeber die nicht einfache Aufgabe, § 33 KUG und § 201 a StGB zusammenzuführen.

3. Anfangsverdacht und Verhältnismäßigkeit von Durchsuchungen

Für alle strafprozessualen Zwangsmaßnahmen im Ermittlungsverfahren gilt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, weil sie durchweg mit Eingriffen in geschützte Rechtspositionen verbunden sind. Bei Durchsuchungen unterscheidet die StPO zwischen Durchsuchungen beim Beschuldigten (§ 102 StPO) und Durchsuchungen bei anderen Personen (§ 103 StPO), die nur unter strengeren Voraussetzungen⁹⁰ zulässig sind.

Erste Voraussetzung einer Durchsuchung nach § 102 StPO ist ein Tatverdacht, der auf konkreten Tatsachen beruhen muss. Vage Anhaltspunkte und bloße Vermutungen reichen nicht aus.⁹¹ Eine „Ausforschungsdurchsuchung“ zur Ermittlung von Tatsachen, die zur Begründung eines Verdachts erforderlich sind, ist unzulässig.⁹²

Damit stellt sich die Frage, ob der Besitz von strafrechtlich nicht relevantem Material, etwa von bloßen Nacktbildern, den Anfangsverdacht einer Straftat nach § 184 b bzw. § 184 c StGB begründen kann. Nicht selten beklagen sich Kriminalbeamte, dass die zuständige Staatsanwaltschaft in derartigen Konstellationen eine Durchsuchung ablehnt, oder Staatsanwälte kritisieren, dass der Ermittlungsrichter sich weigert, einen Durchsuchungsbefehl zu erlassen. Das Bundesverfassungsgericht hat jüngst eine Verfassungsbeschwerde gegen eine Durchsuchung nicht zur Entscheidung angenommen. In der Begründung betonen die Richter den sexualisierten Charakter der Darstellungen ohne einen erkennbaren Handlungskontext hin und betonen weiter einen kriminalistischen Erfahrungssatz, dass beim Bezug derartiger Materialien von Anbietern, die auch eindeutig strafbares Material liefern, die Grenze zur strafbaren Kinderpornographie nicht zielsicher eingehalten werden

⁸⁸ Die räumliche Beschränkung des Schutzes gegen unbefugte Bildaufnahmen verdankt sich der Intervention der Medienlobby, die eine zu starke Einschränkung des investigativen Journalismus befürchtete, vgl. BT-Drs. 15/1891, S. 6 f.; s. dazu auch *Valerius* in: LK, § 201 a Rn. 4.

⁸⁹ *Hörnle*, Schutzlos?, FAZ v. 20. 3. 2014; krit. auch *Kühl*, FS Kühne, 2013, 15, 21 f.; *MK-Graf*, § 201 a Rn. 8.

⁹⁰ Vgl. *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 27. Aufl. 2012, § 35 Rn. 15.

⁹¹ BVerfGE 44, 353 (371 f.); BVerfG, NJW 1991, 690 (691); BGH, NStZ-RR 2009, 142 (143).

⁹² Vgl. BVerfG, StV 2010, 665 f.; *Meyer-Gößner/Schmitt*, StPO, 57. Aufl. 2014, § 102 Rn. 2.

könne und häufig überschritten werde.⁹³ Nach dieser Entscheidung begründen jedenfalls Schriften der Kategorie II einen entsprechenden Anfangsverdacht.

Kriminalistische Erkenntnisse aus der Praxis bestätigen diese Würdigung, gehen aber noch darüber hinaus. So beziffert die FAST-Detect GmbH⁹⁴ die Fälle, in denen ausschließlich legale Nacktbilder von Kindern gefunden würden, die keinem privaten Kontext zugeordnet werden könnten, als weniger als 1 %.⁹⁵ Weniger als 10 % der Tatverdächtigen suchten lediglich aus Neugier kinderpornographische Seiten auf oder stießen zufällig auf Kinderpornographie oder interessieren sich für Jugendliche/junge Erwachsene und erwischen aus Versehen einzelne kinderpornographische Bilder oder Videos. Die meisten Tatverdächtigen sammelten entweder wahllos jede Form pornographischer Inhalte oder seien pädophil veranlagt.⁹⁶ Die Sammlungen würden über einen langen Zeitraum, auch durch Tausch, aufgebaut. Vor allem kommerziell erworbene Bilder würden nicht mehr gelöscht.⁹⁷ Aus dem Bezug größerer Mengen von Nacktbildern von Kindern und Jugendlichen lasse sich auf eine entsprechende pädophile Neigung schließen. Das gezielte Sammeln legaler Bilder im Internet sei schwierig, weil die Suchbegriffe keine klare Abgrenzung ermöglichten und einschlägige Sammlungen regelmäßig auch kinderpornographisches Material enthielten. Insgesamt bestätige sich in ca. 90 % der Fälle der Anfangsverdacht im weiteren Strafverfahren. In den verbleibenden Fällen bestünden häufig Beweisprobleme, weil die Verschlüsselung der Datenträger nicht überwunden werden könne. In wenigen Fällen (ca. 3,5 %) könne man von Falschanzeigen von dritter Seite ausgehen.

Demnach kommt es für einen Anfangsverdacht noch nicht einmal auf irgendwelche Kategorisierungen an. Ermittlungsverfahren zeigen zudem, dass strafrechtlich irrelevante Nacktbilder von Kindern als Einstieg zur Werbung für einschlägige pädophile Foren verwendet werden.⁹⁸ In diesen Fällen besteht der Anfangsverdacht der Strafbarkeit nach § 184 b Abs. 4 S. 1 StGB (Unternehmen der Eigenbesitzverschaffung). Schließlich wird in einschlägigen Fällen später nicht nur kinderpornographisches Material aufgefunden, sondern es stellt sich heraus, dass die betreffenden Personen selbst Täter von Missbrauchsdelikten zu Lasten von Kindern sind. Kriminologische Studien gehen davon aus, dass die Nutzung von kinderpornographischem Material und eigene sexuelle Übergriffe gegenüber Kindern häufig Hand in Hand gehen.⁹⁹

⁹³ BVerfG v. 15. 8. 2014 – 2 BvR 969/14; vgl. auch BVerfG v. 1. 8. 2014 – 2 BvR 200/14.

⁹⁴ Expertise der FAST-Detect GmbH für die Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main vom 13. 3. 2014. Die FAST-Detect GmbH ist das größte Sachverständigenbüro für IT-Forensik in Deutschland und wird regelmäßig mit der Auswertung von Datenträgern beauftragt. So wurden seit Mitte 2005 in mehr als 2.000 Ermittlungsverfahren zu Kinderpornographie Gutachten erstellt. Dabei wurden u.a. über 3.100 Rechner, 7.100 Festplatten und 73.000 externe Medien ausgewertet. Zu weitgehend gleichen Ergebnissen gelangt das Schreiben der ALSTE Technologies GmbH an die Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main vom 14. 3. 2014. ALSTE erstellt ebenfalls seit langem Sachverständigen-gutachten im Bereich der Computerforensik.

⁹⁵ Vgl. auch *Wolak/Finkelhor/Kimberley*, Child Pornography Possessors Arrested in Internet Related Crimes: Findings from the National Juvenile Online Victimization Study, 2005, nach denen bei 79 % der Besitzer von strafbarer Kinderpornographie zusätzlich legale Nacktbilder aufgefunden wurden, aber nur 1 % des untersuchten Personenkreises sammelte ausschließlich FKK-Material.

⁹⁶ So auch die Erkenntnisse von *Seto/Cantor/Blanchard*, Journal of Abnormal Psychology 115 (2006), 610 ff.

⁹⁷ S. auch *Lanning*, Child Molesters: A Behavioral Analysis, 5. Aufl. 2010, S. 89 ff.

⁹⁸ Vgl. Ermittlungsverfahren der GenStA Frankfurt, Az. 60 UJs 50001/10; 60 Js 93/13 GenStA – ZIT.

⁹⁹ S. *Bourke/Hernandez*, The 'Butner Study' Redux: A report of the incidence of hands-on child victimization by child pornography offenders, Journal of Family Violence, 24 (2009), 183 ff.

Für einen Anfangsverdacht für Taten nach §§ 184 b und c StGB kommt es also auf die Menge und auf die Art der Bilder an. Nacktbilder in einem erkennbar privaten Kontext (z.B. FKK-Urlaub) begründen keinen Anfangsverdacht. Viele wahllos hergestellte Nacktbilder vieler verschiedener Kinder oder Jugendlicher weisen dagegen auf eine problematische sexuelle Präferenz hin.

Der pauschale Einwand, wer sich legal verhalte, dürfe keinen strafprozessualen Maßnahmen ausgesetzt werden bzw. aus legalem Verhalten könne kein Anfangsverdacht abgeleitet werden, verfängt dagegen nicht. Entsprechende Indizien, die einen Anfangsverdacht begründen können, sind häufig legales Verhalten: Beispielsweise sind Aufenthalt am späteren Tatort, das letzte Telefonat mit dem späteren Opfer, das Fehlen eines Alibis zum mutmaßlichen Tatzeitpunkt, die Verwandtschaft mit dem Opfer bei Beziehungstaten, Geldnot oder Hass allesamt Umstände, die nicht rechtswidrig sind, aber Verdachtsmomente ergeben können.¹⁰⁰

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verlangt, weiter, dass die Durchsuchung in einem angemessenen Verhältnis zur Schwere der konkreten Straftat und zur Stärke des Tatverdachts steht.¹⁰¹ Eine Durchsuchung scheidet ferner aus, wenn andere, weniger einschneidende Maßnahmen zur Verfügung stehen, die den Ermittlungszweck nicht gefährden.¹⁰² Bei der Strafverfolgung Taten nach §§ 184 b und c StGB spielen diese Grenzen praktisch keine Rolle. Da der Inhalt der fraglichen Schriften ermittelt und bewertet werden muss, ist die Sicherstellung und Auswertung der entsprechenden Unterlagen unabdingbar. Sie sind das zentrale Beweismittel. Die soziale Stellung des Betroffenen kann dagegen schon wegen des Legalitätsprinzips (§ 152 Abs. 2 StPO) und wegen des Gleichheitsgrundsatzes (Art. 3 GG) keine Rolle spielen. Auf einem anderen Blatt steht die Selbstverständlichkeit, dass jede Ermittlungsmaßnahme so schonend wie möglich durchgeführt werden muss.

4. Die Praxis der Strafzumessung bei §§ 184 b Abs. 4 und 184 c Abs. 4 StGB

Das Gesetz sieht für den Besitz von kinderpornographischen Schriften nach § 184 b Abs. 4 StGB Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren vor. Der Strafraum für den Besitz von jugendpornographischen Schriften nach § 184 c Abs. 4 StGB reicht von Geldstrafe bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe. Der niedrigere Strafraum trägt dem geringeren Unwertgehalt im Hinblick auf Jugendpornographie Rechnung.¹⁰³

Bei der Strafzumessung kann strafscharfend berücksichtigt werden, dass nicht nur eine fiktionale (z.B. nachgestellte) Szene, sondern ein realer Kindesmissbrauch wiedergegeben wird.¹⁰⁴ In diesem Fall liegt ein schwerwiegender Eingriff in das sexuelle Selbstbestimmungsrecht des Opfers vor, der durch die Wiedergabe perpetuiert wird, während die Strafwürdigkeit von fiktiver Kinderpornographie zweifelhaft erscheint (s.o.). Maßgebliche Parameter für die Strafzumessung sind weiterhin die Art der Darstellung, weil sie das Ausmaß der Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung betrifft,

¹⁰⁰ Vgl. auch *Beulke* in: Löwe-Rosenberg, StPO, Bd. 5, 26. Aufl. 2008, § 152 Rn. 25.

¹⁰¹ In diesem Sinn hat der EGMR in der Beschwerdeentscheidung *Buck gegen Deutschland* (NJW 2006, 1495 ff.) eine Durchsuchung zur Ermittlung des Fahrers eines Firmenwagens wegen einer Geschwindigkeitsüberschreitung als unverhältnismäßig angesehen. S. auch im Hinblick auf die Aufklärung von Ordnungswidrigkeiten BVerfG, NJW 2006, 3411; NStZ 2008, 103.

¹⁰² Vgl. BVerfG, NJW 2005, 1640 f.; NStZ-RR 2006, 110 f.; NJW 2009, 281.

¹⁰³ Vgl. *Laufhütte/Roggenbuck* in: LK, § 184 c Rn. 14.

¹⁰⁴ BGH, NStZ-RR 2009, 103.

und die Menge der Bilder als Maß des Erfolgs. Dabei ist der Hinweis banal, dass es immer auf den Einzelfall ankommt. Aus den weiteren in § 46 Abs. 2 StGB genannten Strafzumessungsgründen sind vor allem das Vorleben des Täters und sein Nachtatverhalten zu nennen. Bei Ersttätern wird in aller Regel eine Strafaussetzung zur Bewährung in Betracht kommen, falls nicht ohnehin (nur) eine Geldstrafe verhängt wird. Bei einschlägiger Vorbelastung wird dagegen früher zu einer Freiheitsstrafe verurteilt, deren Vollstreckung dann auch kaum noch zur Bewährung ausgesetzt werden wird. Umgekehrt kann selbst bei einer sehr hohen Zahl von Bildern noch eine Geldstrafe im Raume stehen, wenn der Täter sich beispielsweise zu einer Therapie bereit erklärt. Im Übrigen sind reine Eigenbesitzdelikte eher selten. Zumeist streben die Täter danach, ihre Sammlungen zu vergrößern. Sobald sie dazu Bilder tauschen, kann ist bereits der deutlich höhere Strafraum nach § 184 b Abs. 1 StGB (bzw. § 184 c Abs. 1 StGB) eröffnet. Bewegen sie sich dazu in Tauschbörsen bzw. in abgeschlossenen Internetforen, kann eine bandenmäßige Begehung nach § 184 b Abs. 3 StGB (bzw. § 184 c Abs. 3 StGB) vorliegen. Schließlich stehen mehrere Beschaffungsvorgänge nach § 184 b Abs. 4 S. 1 StGB (bzw. § 184 c Abs. 4 S. 1 StGB) zueinander im Verhältnis der Tatmehrheit (§ 53 Abs. 1 StGB), was ebenfalls zu einer höheren (Gesamt-)Strafe führt.¹⁰⁵ Dazu darf man dann freilich nicht nur Bilder zählen.

Die Frage, ob und wie diese Strafraum in der Praxis ausgeschöpft werden, kann nicht erschöpfend beantwortet werden. Die Strafverfolgungsstatistik¹⁰⁶ weist für das Jahr 2012 folgende Daten aus: Nach § 184 b StGB wurden insgesamt 1.721 Personen verurteilt, davon 908 zu einer Geldstrafe.¹⁰⁷ Nach § 184 c StGB wurden insgesamt 91 Personen verurteilt, davon 75 zu einer Geldstrafe.¹⁰⁸ Das hängt auch damit zusammen, dass das Gesetz kurze Freiheitsstrafen grundsätzlich als spezialpräventiv ungünstig und kontraproduktiv ansieht und deshalb nach § 47 StGB für Freiheitsstrafen unter sechs Monaten einen erhöhten Begründungsaufwand verlangt.¹⁰⁹ Zudem kommt in vielen Fällen als alternative Sanktion eine Einstellung gegen Auflagen nach § 153 a StPO in Betracht, weil man hier weitere Maßnahmen (z.B. eine Therapie) anordnen kann.

Bei der Staatsanwaltschaft Stuttgart haben sich beispielsweise folgende „Tarife“ entwickelt:

- bis 5 Bilder: Einstellung nach § 153a StPO gegen Verzicht auf den Computer und eventuelle Geldauflage
- bis ca. 70 Bilder: Strafbefehl bis zu 90 Tagessätzen
- bis ca. 300 Bilder: Strafbefehl bis zu 150 Tagessätzen
- ab 300 Bilder: Anklage mit Antrag auf Freiheitsstrafe

¹⁰⁵ Die frühere Annahme einer Verklammerung der vorausgegangenen Beschaffung und der späteren Weitergabe (vgl. OLG Hamburg, NStZ-RR 1999, 329) oder mehrerer Beschaffungshandlungen (vgl. BGH, NStZ 2005, 444) durch den Besitz als Dauerdelikt hat der BGH, NStZ 2009, 208, zu Recht aufgegeben, da die Strafbarkeit des Besitzes als subsidiärer Auffangtatbestand hier zurücktritt; s. auch *Hörnle* in: MüKo-StGB, § 184 b Rn. 48.

¹⁰⁶ Statistisches Bundesamt Wiesbaden, Tab. 3.1. und 3.2.

¹⁰⁷ Die Strafen schlüsseln sich folgendermaßen auf:

Geldstrafen: 5-15 Tagessätze: 3, 16-30 Tagessätze: 49; 31-90 Tagessätze: 500, 91-180 Tagessätze: 325, 181-360 Tagessätze: 29, 361 und mehr Tagessätze: 2

Freiheitsstrafen: bis zu 6 M.: 115, davon 111 mit Bewährung; 6 M.: 161, davon 152 mit Bewährung; 6-9 M.: 196, davon 191 mit Bewährung; 9 M. – 1 J.: 203, davon 195 mit Bewährung; 1-2 J.: 117, davon 100 mit Bewährung

¹⁰⁸ Die Strafen schlüsseln sich folgendermaßen auf:

Geldstrafen: 5-15 Tagessätze: 1, 16-30 Tagessätze: 9; 31-90 Tagessätze: 46, 91-180 Tagessätze: 19

Freiheitsstrafen: bis zu 6 M.: 7, davon 5 mit Bewährung; 6 M.: 1 mit Bewährung; 6-9 M.: 5, davon 4 mit Bewährung; 9 M. – 1 J.: 2 mit Bewährung; 1-2 J.: 1

¹⁰⁹ Zu den Einzelheiten s. *Maier* in: MüKo-StGB, § 47 Rn. 1 ff.

- ca. 2.000 Bilder: Freiheitsstrafe von 1 Jahr und 8 Monaten

Die Höchststrafe wird praktisch nie verhängt, weil immer ein schwererer Fall denkbar ist. Andere Staatsanwaltschaften und andere Gerichte haben andere „Tarife“. Gespräche mit Staatsanwälten und Richtern deuten auf eine gewisse Entwicklung zu schärferen Sanktionen hin. Während früher viel mehr Verfahren eingestellt worden seien, würden heute eher auch schon einmal Freiheitsstrafen verhängt. Als ein Grund dafür wird gewachsenes Problembewusstsein infolge von Fort- und Weiterbildung genannt.

Allgemein werden die fehlenden Ressourcen bei den Strafverfolgungsbehörden beklagt. Die Auswertung einer Masse von Datenträgern und Bildern ist sehr zeitaufwändig, wobei sich die Dauer des Strafverfahrens grundsätzlich strafmildernd auswirkt.¹¹⁰ Die Neigung, nach der Erfassung von 10.000 kinderpornographischen Bildern auf eine weitere Auswertung zu verzichten, ist daher durchaus nachvollziehbar – obwohl sie mit dem Legalitätsprinzip nicht vereinbar ist und obwohl auf diese Weise vielleicht fatalerweise gerade die Bilder übersehen werden, die den Missbrauch der eigenen Kinder dokumentieren.

5. Verjährung bei Straftaten nach §§ 184 b und c StGB

Taten nach § 184 b Abs. 1, 2 und 4 StGB verjähren in fünf Jahren (§ 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB). Bei gewerbsmäßiger oder bandenmäßiger Begehung nach Abs. 3 beträgt die Verjährungsfrist 10 Jahre (§ 78 Abs. 3 Nr. 3 StGB). Die nach den meisten landesrechtlichen Pressegesetzen für sog. „Presseinhaltsdelikte“ geltende abgekürzte Verjährungsfrist von sechs Monaten¹¹¹ ist nicht einschlägig, soweit sie für kinderpornographische Schriften entsprechende Ausnahmeklauseln vorsehen.¹¹² Die Besitz- und Besitzverschaffungsdelikte nach Abs. 2, 3 und 4 unterfallen schon deshalb nicht dem Presserecht, weil sie nicht mit einer Verbreitung verbunden sind.¹¹³

Für Taten nach § 184 c Abs. 1, 2 und 3 StGB gilt eine Verjährungsfrist von fünf Jahren (§ 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB), für Taten nach Abs. 4 eine Verjährungsfrist von drei Jahren (§ 78 Abs. 3 Nr. 5 StGB). Da die meisten Landespressegesetze älter sind, fehlt § 184 c StGB in der Liste der Tatbestände, für die die verkürzte Verjährung nicht gilt.¹¹⁴

Die Verjährung von Verbreitungshandlungen beginnt nach § 78 a StGB mit der Besitzverschaffung zu laufen, d.h. mit dem Zeitpunkt, zu dem eine Person – der Täter oder ein Dritter – die Verfügungsgewalt über die inkriminierten Schriften erlangt hat. Da der Besitz als Dauerdelikt von der Begründung des Besitzverhältnisses bis zu seiner Beendigung reicht, beginnt hier die Verjährung erst mit der Besitzaufgabe (z.B. durch Löschung der fraglichen Datei). Bei Bundestagsabgeordneten

¹¹⁰ Näher dazu *Fischer*, StGB, § 46 Rn. 61.

¹¹¹ Vgl. BGHSt 45, 41 (43); BGH, NJW 1999, 508 (509 f.). Die abgekürzte Verjährungsfrist gilt nicht nach § 14 SächsPresseG

¹¹² S. Art. 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BayPrG; § 16 Abs. 1 S. 2 BgbPG; § 23 Abs. 1 Hamburgisches PresseG; § 12 Abs. 1 HPresseG; § 24 Abs. 1 S. 2 LandespresseG Baden-Württemberg; § 15 Abs. 1 S. 2 LandespresseG Sachsen-Anhalt; § 24 Abs. 1 S. 2 NPresseG; § 66 Abs. 1 S. 2 SMG; anders dagegen, weil noch nicht angepasst, § 22 Abs. 4 Berliner PresseG; § 25 Abs. 1 LandespresseG NRW; § 22 Abs. 1 LandespresseG Rheinland-Pfalz; § 17 Abs. 1 S. 2 LandespresseG Schleswig-Holstein; § 22 Abs. 1 LPrG M-V; § 24 Abs. 1 PresseG Bremen; § 14 Abs. 2 S. 2 TPG.

¹¹³ S. BT-Drs. 12/3001, S. 6.

¹¹⁴ Anders nur § 16 Abs. 1 S. 2 BgbPG; § 12 Abs. 1 HPresseG; § 24 Abs. 1 S. 2 Landespressegesetz Baden-Württemberg; § 15 Abs. 1 S. 2 LandespresseG Sachsen-Anhalt; § 24 Abs. 1 S. 2 NPresseG.

setzt der Beginn der Verjährung voraus, dass ihre Immunität aufgehoben worden ist (s. § 78 b Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 2 StGB).

§ 78 c StGB beschreibt verschiedene Umstände, bei denen die Verjährung unterbrochen wird, d.h., die Verjährungsfrist wird jeweils an den Anfangspunkt zurückgestellt und beginnt, neu zu laufen (vgl. Abs. 3 S. 1). Spätestens wenn die doppelte Zeit der gesetzlichen Verjährungsfrist verstrichen ist, ist die Verfolgung jedoch endgültig verjährt (Abs. 3 S. 2). Der Katalog ist abschließend. An erster Stelle wird genannt die erste Vernehmung einer Person als Beschuldigter oder die Bekanntgabe der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens ihr gegenüber sowie die entsprechenden Anordnungen (§ 78 c Abs. 1 Nr. 1 StGB). Weitere Beschuldigtenvernehmungen unterbrechen die Verjährung nur, wenn sie von einem Richter durchgeführt werden (Nr. 2). Daraus erhellt das Muster von § 78 c Abs. 1 StGB: Bloße Ermittlungsmaßnahmen durch die Polizei, das BKA oder die Staatsanwaltschaft haben grundsätzlich keinen Einfluss auf den Lauf der Verjährungsfrist. Durchsuchungen und Beschlagnahmen müssen *richterlich angeordnet* worden sein, um diesen Effekt auszulösen (s. Abs. 1 Nr. 4).

Zum pornografischen Charakter der Abbildung nackter Minderjähriger (Posing):

Das System der Indikatoren („softmarker“) für (positiv) und gegen (negativ) strafbares pornografisches Posing

Positiv

- aufreizende, unnatürliche, geschlechtsbetonte, sexualbezogene, sexualisierte Pose
- Hervorhebung von Geschlechtsmerkmalen
- fehlender Sinnzusammenhang
- Kein altersgerechtes Verhalten oder Umfeld
- Sexuelle Kleidung oder Attribute
- Primär sexuelle Zwecke des Herstellers/Konsumenten, *str.*

Wertungsaspekt
(wo liegt die „eindeutige“
Grenze des sexuellen
Anstands?)

Negativ

- persönliche Bindung (familiäres Umfeld, Schnappschüsse von Strand, Schwimmbad)
- Altersgerechtes Verhalten oder Umfeld; Sport und Spiel
- Einbindung in anerkannt privilegierten Kontext (Kunst, Wissenschaft, Presse, Aufklärung etc.)
 - Religion, z.B. nacktes Jesuskind
 - Journalismus, z.B. das ikonische Vietnam-Foto des Napalm-Mädchens Kim Phúc (Fotograf Út erhielt dafür den Pulitzer-Preis); FKK-Dokumentationen
 - Sexuaufklärung (Zeitschrift Bravo)
 - Wissenschaft, z.B. Medizinbuch mit Abbildungen nackter Minderjähriger
 - Kunst, z.B. Sally Mann („Immediate Family“), lt. TIME “America's Best Photographer” 2001

**Strafbares
pornografisches
Posing**
§ 184b/c StGB

Zweckaspekt
(wozu dient die Darstellung?)

Darstellungsaspekt
(was wird wie dargestellt?)