

Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main
Außenstelle Gießen
– Zentralstelle zur Bekämpfung der Internetkriminalität –
Ostanlage 7, 35390 Gießen

Stellungnahme zur Vorbereitung der öffentlichen Anhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags am 13. Oktober 2014 zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Änderung des Strafgesetzbuches – Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht

Der Gesetzentwurf setzt die Vorgaben der Lanzarote-Konvention und der Istanbul-Konvention des Europarats sowie der Richtlinie 2011/93/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornographie um und ist daher zu begrüßen. Auch soweit der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Recht am eigenen Bild) gegen Herstellung, Weitergabe und Verbreitung von Bildaufnahmen unbedeckter Personen, insbesondere Kindern, bei denen solche Bildaufnahmen auch zu sexuellen Zwecken hergestellt oder verbreitet werden, verbessert werden soll, bestehen im Grundsatz aus Sicht der staatsanwaltschaftlichen Praxis keine Bedenken.

Die Stellungnahme beschränkt sich auf solche Formulierungen des Entwurfs der Bundesregierung, die in der Praxis hinsichtlich der Anwendung und Auslegung des Gesetzes besondere Schwierigkeiten bereiten könnten. Weiterhin soll aufgezeigt werden, welche bestehenden Probleme der Strafverfolgung durch den Entwurf nicht oder nicht vollständig erfasst werden.

I. Zu Artikel 1 Nummer 9 (Neuregelung des § 176 StGB)

1. § 176 Abs. 4 StGB-E

Der Gesetzgeber ging bei der Abfassung des derzeit geltenden § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB davon aus, dass es sich etwa bei in Chats versendeten Nachrichten

um „Schriften“ im Sinne des § 11 Abs. 3 StGB handele (vgl. BT-Drs. 13/7385 S. 36). Demgegenüber wird in der Literatur die Auffassung vertreten, diese Einordnung überdehne den Wortsinn des Schriftenbegriffs (vgl. z.B. Gercke CR 2010, 798), da keine „Schriften“ oder den Schriften gleichzusetzende „Datenspeicher“ übertragen würden, sondern nur „Daten“. Die Gegenauffassung (Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl. 2014, § 176 Rn 14a) sieht den Tatbestand jedoch auch dann als verwirklicht an, wenn unter Verwendung des Arbeitsspeichers in Chatrooms verkehrt, E-Mails oder SMS übersandt werden, da - anders als bei der Diskussion um den spezifischen Verbreitungsbegriff bei §§ 184 ff StGB - ein „Einwirken“ gerade keine körperliche Übergabe der Schrift voraussetze und es vielmehr genüge, dass das Kind von dem in dem Datenspeicher niedergelegten Inhalt Kenntnis nehme. Die Gesetzesbegründung weist indes zu Recht darauf hin, dass derzeit ggf. solche Fälle nicht sicher erfasst werden, in denen die Informationsübertragung ausschließlich über Datenleitungen erfolgt, wie etwa Telefonleitungen, insbesondere wenn es hierbei beim Informationsempfänger zu keinen – auch nur flüchtigen, „unkörperlichen“ - Zwischenspeicherungen kommt. Daher ist die der Lanzarote-Konvention entsprechende Formulierung, ein Einwirken mittels Kommunikations- und Informationstechnologie ausdrücklich in den Gesetzeswortlaut aufzunehmen, aus Sicht der Praxis grundsätzlich zu begrüßen.

Es ist allerdings darauf hinzuweisen, dass der Deutsche Richterbund in seinen Stellungnahmen 10/13 und 12/14 nicht zu Unrecht Bedenken äußert. Die Aufnahme der Einwirkung mittels Kommunikations- und Informationstechnologie alternativ zu der Einwirkung mittels Schriften kann in der Tat dazu führen, dass die Frage aufgeworfen werden wird, ob angesichts dieser gesetzlichen Alternativen die Reichweite des Schriftenbegriffs zu reduzieren ist.

Es erscheint daher aus Sicht der Praxis geboten, zusätzlich eine klarstellende Ergänzung des Schriftenbegriffs in § 11 StGB vorzunehmen.

Derzeit findet der Begriff der „Schrift“ in verschiedenen Normen des StGB Verwendung. In § 11 Abs. 3 StGB wurde durch das IuKDG v. 22.07.1997 eine Gleichstellung der „Schrift“ u.a. mit „Datenspeichern“ vorgenommen. Mit dieser

Änderung hoffte der Gesetzgeber, den Anforderungen der digitalen Welt gerecht zu werden. In der Gesetzesbegründung wurde ausgeführt, dass unter Datenspeicher nicht nur permanente Speicher wie z.B. eine CD oder eine Festplatte zu verstehen sein sollen, sondern auch der nicht-permanente Arbeitsspeicher (vgl. BT-Drs. 13/7385, S. 36). Ausgenommen seien lediglich Inhalte, die unmittelbar in Echtzeit oder Echtzeit-entsprechend übermittelt werden (z. B. Fernsehübertragung in Echtzeit; paketweise Datenübermittlung in Echtzeit). Kurzfristige Zwischenspeicherungen z.B. im Telekommunikationsnetz zum Zwecke der Echtzeitübermittlung fallen danach nicht unter den Begriff des Datenspeichers (a.a.O.).

Unter Zugrundelegung der Auffassung, dass der Arbeitsspeicher ein Datenspeicher i.S.v. § 11 Abs. 3 StGB ist, lässt sich z.B. auch schon nach geltendem Recht eine Strafbarkeit des bewussten Aufsuchens von Internetseiten mit kinderpornographischen Inhalten sowie des Betrachtens derartiger Inhalte auf dem Monitor auch ohne Abspeichern im Cache begründen (so z.B. OLG Schleswig, Beschluss vom 15. 9. 2005, NStZ-RR 2007, 41; OLG Hamburg, NJW 2010, 1893). Den Ausführungen des OLG Hamburg ist aus hiesiger Sicht uneingeschränkt zuzustimmen:

„Die vom Angeklagten mit dem Aufruf zum Betrachten kurzfristig in den Arbeitsspeicher geladenen Dateien enthalten (ebenso wie deren automatisch gespeicherte Version im Internet-Cache auf der Festplatte des Computers) Darstellungen, die auf einem Datenspeicher festgehalten sind, und sind damit Schriften im Sinne von § 11 Abs. 3 StGB. Schriften stehen nach der Legaldefinition des § 11 Abs. 3 StGB Ton- und Bildträger, Abbildungen sowie andere Darstellungen gleich, soweit in anderen Vorschriften – wie in § 184 b Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 StGB – auf diesen Absatz verwiesen wird. Diese Gleichstellung erfasst seit Erweiterung durch Art. 4 Nr. 1 Gesetz zur Regelung der Rahmenbedingungen für Informations- und Kommunikationsdienste (IuKDG) vom 22. Juli 1997 (BGBl I, 1870, 1876), in Kraft getreten am 1. August 1997, auch ‚Datenspeicher‘.“

Auch der BGH hat in einem obiter dictum diese Auffassung kürzlich bestätigt (BGHSt 58, 197-204):

„Für die Besitzverschaffung genügt bei der Versendung von E-Mails in Daten- netzen, dass die elektronischen Nachrichten - wenn auch nur vorübergehend - in den Arbeitsspeicher beim Empfänger gelangen (Laufhütte/Roggenbuck in Leipziger Kommentar zum StGB, 12. Aufl., § 184b Rn. 8 mwN; vgl. zur Verbrei- tung i.S.d. § 184 Abs. 5 aF bereits BGH, Urteil vom 27. Juni 2001 - 1 StR 66/01, BGHSt 47, 55; entsprechend zum Cache-Speicher vgl. auch BGH, Beschluss vom 10. Oktober 2006 - 1 StR 430/06, NStZ 2007, 95). Genau darauf richtet sich aber regelmäßig die Absicht des Versenders. Den in § 184b Abs. 2 StGB genannten Schriften stehen Datenspeicher gleich (§ 11 Abs. 3 StGB).“

In der Literatur wird diese Auslegung überwiegend kritisch gesehen (vgl. statt aller Fischer, StGB, 61. Aufl. 2014 § 184b Rn. 21b ff.). Die vorgebrachten Ar- gumente erscheinen jedoch nicht stichhaltig und stellen meist zu Unrecht darauf ab, Inhalte im Arbeitsspeicher eines Computers seien „flüchtiger“ Natur. Dies ist schon faktisch unzutreffend, denn die Dauerhaftigkeit des Verbleibens der In- halte im Arbeitsspeicher bestimmt allein derjenige, der die Sachherrschaft über den Datenspeicher hat. Wenn sich diese Person entscheidet, bestimmte Inhalte über Stunden oder Tage im Arbeitsspeicher vorzuhalten, kann von „Flüchtigkeit“ keine Rede sein. Auch können die Inhalte im Arbeitsspeicher wie die z.B. auf Festplatten abgespeicherten Inhalte beliebig betrachtet, bearbeitet, gedruckt, per Mail versendet, kopiert etc. werden. In der Praxis ist immer wieder zu beob- achten, dass eine dauerhafte Speicherung von Kinderpornographie auf perma- nenten Datenspeichern unterbleibt und die Täter sich auf das sog. „Streaming“ beschränken, bei dem die kinderpornographischen Dateien regelmäßig nur in den Arbeitsspeicher gelangen, um auf der Festplatte ihres Rechners keine Da- tenspuren zu hinterlassen.

Angesichts der Kritik der Literatur und aus Klarstellungsgründen sollte jedoch erwogen werden, § 11 Abs. 3 StGB zu ergänzen, indem man neben Datenspei- chern auch Daten im Sinne von § 202a StGB den Schriften gleichstellt.

Der Begriff der „Daten“ aus § 202a Abs. 2 StGB ist in der Rechtsprechung hin- reichend konkretisiert. Auch in allen anderen Normen, die auf § 11 Abs. 3 StGB

Bezug nehmen, entstehen durch die Erweiterung der Schriftdefinition keine Wertungswidersprüche oder ungewollte Erweiterungen der Tatbestände.

Durchgreifende Gegenargumente sind nicht ersichtlich. „Daten“ i.S.d. § 202a Abs. 2 StGB sind das Tatmittel, das Tatobjekt, aber auch das besonders zu schützende Gut des 21. Jahrhunderts. Allenfalls könnte kritisiert werden, dass Provider, die inkriminierte Daten, z.B. kinderpornographische Dateien, unwissentlich durchleiten, ggf. den obj. Tatbestand des § 184b StGB erfüllen, sofern die Durchleitung nicht in Echtzeit erfolgt, sondern eine kurzzeitige Zwischenspeicherung erfolgt (vgl. Fischer, a.a.O., Rn. 22 a.E.). Dies ist jedoch unschädlich, da §§ 8 - 10 TMG derartige Konstellationen klarstellend straflos stellen, indem Provider, die fremde Daten ohne Inhaltskontrolle übertragen bzw. vorhalten, privilegiert werden. Es besteht keine Notwendigkeit, Provider, die kinderpornographische Daten wissentlich zwischenspeichern oder übertragen, straflos zu stellen.

2. Fehlende Versuchsstrafbarkeit für Taten nach § 176 Absatz 4 Nummer 3 StGB-E

Der Gesetzentwurf beseitigt nicht die derzeit bestehende Strafbarkeitslücke für den untauglichen Versuch des Cybergroomings. Nach der geltenden und nach dem Entwurf unverändert bleibenden Rechtslage bleiben Täter straflos, die auf Kinder über Internet sexuell einwirken wollen und sich über das Alter des Kommunikationspartners irren und in Wahrheit mit einer erwachsenen Person Kontakt treten.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass im Bereich des Cybergroomings ein enormes Dunkelfeld existiert. Erfahrungsgemäß werden Vorfälle von den Kindern aus Scham gegenüber den Eltern nicht offenbart und kommen damit auch nicht zur Anzeige. Wirksames Instrument zur Bekämpfung von Cybergrooming sind – wie ein hier geführtes Ermittlungsverfahren gezeigt hat – Initiativermittlungen der Polizeibehörden, verbunden mit dem Einsatz nicht offen ermittelnder Polizeibeamter, die als vermeintliche Kinder auftreten. In dem hiesigen Ermittlungsverfahren nahmen innerhalb von nur acht Tagen 395 Personen mit den als Kindern auftretenden Polizeibeamten Kontakt auf und wirkten

im Sinne von § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB auf diese ein. Wegen der fehlenden Versuchsstrafbarkeit konnten jedoch nur in 39 Fällen Strafverfahren eingeleitet werden. Dies betraf Täter, die in den Chats sexuelle Handlungen (Masturbationshandlungen) vor der Webcam vornahmen (strafbar als versuchter sexueller Missbrauch von Kindern gemäß §§ 176 Abs. 4 Nr. 1, Abs. 6, 22, 23 StGB - sexuelle Handlungen vor einem Kind) oder Täter, die in den Chats die (vermeintlichen) Kinder zu sexuellen Handlungen, z.B. Masturbationshandlungen, aufforderten (strafbar als versuchter sexueller Missbrauch von Kindern gemäß §§ 176 Abs. 4 Nr. 2, Abs. 6, 22, 23 StGB - Bestimmen von Kindern zu sexuellen Handlungen).

Eine wirksame Verfolgung von Cybergrooming (im Sinne einer internetbasierten Kontaktaufnahme zu Kindern zur Anbahnung sexueller Treffen) mittels solcher Initiativvermittlungen ist nur dann möglich, wenn eine Versuchsstrafbarkeit des § 176 Abs. 4 Nr. 3 in Abs. 6 StGB-E geschaffen würde.

II. Zu Artikel 1 Nummer 14 (§ 184b Absatz 1 Nummer 1 Buchstabe b StGB)

1. § 184b Absatz 1 Nummer 1 Buchstabe b StGB-E

Seit der letzten Änderung des § 184b StGB im Jahr 2008 sind Posingdarstellungen als Kinderpornographie strafbar. Sie erfolgte durch das Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates der EU zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie vom 31.10.2008 (in Kraft getreten am 5.11.2008). Nach dem EU-Rahmenbeschluss vom 22.12.2003 sollte das „aufreizende Zur-Schau-Stellen der Genitalien oder der Schamgegend von Kindern“ als Kinderpornographie anzusehen sein. Damit ist bereits de lege lata die Definition von Kinderpornographie deutlich weiter als bei Erwachsenenpornographie. Auf den pornographischen Charakter der Darstellung (vergrößernde Darstellung des Sexuellen unter Ausklammerung aller sonstigen menschlichen Bezüge) kommt es nicht an, da sexuelle Handlungen mit Kindern generell verboten sind (vgl. BT-Drs. 16/9646).

Nach der Rechtsprechung des BGH ist bereits heute in folgenden Fällen ein strafbares Posing gegeben:

„Das Spreizen der Beine, um die unbedeckte Scheide offen zur Schau zu stellen, beinhaltet eine - nicht unerhebliche - sexuelle Handlung, durch die der Betrachter sexuell provoziert werden soll.“ (BGHSt 43, 366, 368)

„Das Posieren von Kindern, bei dem Genitalien und Gesäß unbedeckt zur Schau gestellt werden, ist eine - nicht unerhebliche - sexuelle Handlung, durch die der Betrachter sexuell provoziert werden soll.“ (BGHSt 50, 370, 371)

Die nunmehr beabsichtigte Einbeziehung von Abbildungen eines „ganz oder teilweise unbekleideten Kindes in unnatürlich geschlechtsbetonter Körperhaltung“ unter den Begriff der kinder- und jugendpornographischen Schriften in §§ 184b, c Abs. 1 Nr. 1 StGB-E soll nunmehr auch solche Fälle eindeutig erfassen, in denen es an der Handlungsqualität des abgebildeten Geschehens (z.B. bei schlafenden oder gefesselten Kindern) fehlt.

Der Rückgriff auf den in § 4 Jugendmedienschutz-Staatsvertrag (JMStV) und in § 15 Absatz 2 Nummer 4 Jugendschutzgesetz (JuSchG) verwendeten Begriff der unnatürlich geschlechtsbetonten Körperhaltung ist aus hiesiger Sicht allerdings zu Umsetzung dieses Zieles nur bedingt geeignet. Es könnte in diesem Zusammenhang die Frage aufgeworfen werden, ob der Wortsinn des Begriffs „Haltung“ nicht überdehnt wird, wenn man auch unwillkürlich eingenommene Positionen darunter fassen möchte.

Auch die Verwendung des Wortes „unnatürlich“ ist im Zusammenhang mit kindlichem Verhalten unpassend. Es kursieren in Pädophilenkreisen zahlreiche Bilder und Videos, die nackt herumtobende Kleinkinder zeigen, die dabei auch Körperhaltungen einnehmen, die für einen Erwachsenen sicherlich „unnatürlich“ sein mögen, es aber für ein Kleinkind eben gerade nicht sind und freiwillig eingenommen werden.

Daher erscheint aus hiesiger Sicht der von Röder (NStZ 2010, 113 ff., vgl. auch BR-Drs. 127/14) vorgebrachte Vorschlag zur Neuformulierung des § 184b StGB sachgerechter, um die Vorgabe der EU-Richtlinie 2011/93/EU umzusetzen:

„Wer pornographische Schriften (§11 Abs. 3), die sexuelle Handlungen von, an oder vor einer Person unter vierzehn Jahren (Kind) oder, soweit es an einer sexuellen Handlung fehlt, eine sexuell aufreizende Darstellung der unbedeckten Genitalien oder des unbedeckten Gesäßes eines Kindes zum Gegenstand haben (kinderpornographische Schriften), [...]“

Die obigen Ausführungen gelten sinngemäß auch für § 184c StGB-E.

2. § 184b Absatz 3 StGB-E

Der Entwurf schlägt vor, die Strafdrohung für den Besitz kinderpornographischer Schriften anzuheben, nämlich von Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe auf Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe. Damit solle der Unrechtsgehalt des Erwerbs und Besitzes von kinderpornographischen Schriften stärker betont und die generalpräventive Wirkung gegenüber möglichen Tätern verstärkt werden.

Die Erhöhung des Strafrahmens um lediglich ein Jahr ist jedoch zur Erreichung dieses Ziels ungeeignet. Es besteht damit auch in Zukunft ein nicht nachvollziehbarer Wertungswiderspruch zum einfachen Ladendiebstahl, der im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren bedroht ist.

Das Hauptproblem für die Praxis liegt jedoch weniger im Wertungswiderspruch, sondern vielmehr darin, dass eine Straftat mit einem Strafrahmen bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe keine „erhebliche“ Straftat z.B. im Sinne von § 100g StPO darstellt (vgl. Meyer-Goßner, StPO, 57. Aufl. 2014, § 98a Rn. 5 m.w.N.) und damit zur Ermittlung der Täter erforderliche Standortdatenerhebungen in Echtzeit regelmäßig nicht möglich sind.

Auch nach BVerfG, NJW 09, 2431, 2435, sollen Straftaten mit einem Strafrahmen von unter fünf Jahren nicht ohne weiteres zu den erheblichen Taten gehören, so dass eine Anhebung des Strafrahmens des § 184b Abs. 3 StGB auf fünf Jahre sachgerecht erscheint. Durchgreifende Argumente gegen eine im Strafrahmen zum Ausdruck kommende Einstufung des Besitzes von Kinderporno-

graphie als erhebliche Straftat sind weder der Gesetzesbegründung zu entnehmen, noch sonst ersichtlich.

gez.

Rainer Franosch

Oberstaatsanwalt