

Posing und der Begriff der Kinderpornografie in § 184b StGB nach dem 49. Strafrechtsänderungsgesetz

Von Prof. Dr. Jörg Eisele, Tübingen, OStA Rainer Franosch, Wiesbaden*

I. Einleitung

Schon immer gehörte es zu den schwierigsten rechtlichen Aufgaben des polizeilichen und justiziellen Praktikers bei der Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern, kinderpornografische Inhalte von straflosen Darstellungen ganz oder teilweise unbedeckter Kinder zu unterscheiden. Eindrücklich sind diese Schwierigkeiten im Strafverfahren gegen den ehemaligen Bundestagsabgeordneten Sebastian Edathy zu Tage getreten. Nachdem zunächst die Staatsanwaltschaft Hannover gegen Edathy wegen des Verdachts des Besitzes kinder- und jugendpornografischer Schriften (§§ 184b, 184c StGB a.F.) ermittelte, stellte das LG Verden das Verfahren mit Zustimmung von Staatsanwaltschaft und Angeklagtem gegen Geldauflage von 5.000 Euro nach § 153a Abs. 2 (i.V.m. Abs. 1 S. 1, S. 2 Nr. 2) StPO ein. Schon während des laufenden Strafverfahrens reagierte der Gesetzgeber auf geltend gemachte Pönalisierungslücken, indem er mit dem 49. StrÄG (Neunundvierzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht)¹ die Vorschriften über kinder- und jugendpornografische Schriften im Hinblick auf sog. Posing-Bilder modifizierte. Freilich besteht noch wenig Klarheit darüber, welcher Inhalt den einzelnen Vorschriften zukommt und welche Posing-Konstellationen diese regeln.

II. Bisherige Rechtslage

Wie ein Blick auf die Entwicklung der Vorschriften über Kinderpornografie belegt, war es schon vor dem 49. StrÄG Ziel des Gesetzgebers, das sog. Posing zu pönalisieren.

1. Rechtslage vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornografie

Vor der Änderung des § 184b StGB durch das Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates der Europäischen Union zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornografie vom 31.10.2008² wurden allerdings nur Schriften erfasst, die „den sexuellen Missbrauch von Kindern (§§ 176 bis 176 b)“ zum Gegenstand

hatten. Mit dem Bezug auf den sexuellen Missbrauch von Kindern erlangte vor allem § 176 Abs. 4 Nr. 2 StGB Bedeutung, der damals verlangte, dass das Kind eine sexuelle Handlung „an sich“ vornimmt. Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs³ waren hierfür Manipulationen bzw. Berührungen des Opfers am (eigenen) Körper erforderlich. Sexuelle Handlungen mit dem Körper, d.h. das bloße Einnehmen einer Pose sollte auch bei vollständig unbedecktem Körper angesichts des eindeutigen Wortlauts nicht genügen.

2. Rechtslage vor Inkrafttreten des 49. StrÄG

a) Posing als sexuelle Handlung

Mit dem Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornografie bezog der Gesetzgeber auch sexuelle Handlungen von einer Person unter vierzehn Jahren (Kind) mit ein, so dass eine Handlung am Körper nicht mehr erforderlich war. Der Gesetzgeber verfolgte dabei mit der Umformulierung ausdrücklich die Intention, das sog. Posing in den Tatbestand mit einzubeziehen.⁴ Ungeachtet dessen wurde die grundsätzliche Strafbarkeit des Posings im Schrifttum weiter bezweifelt, weil das Posieren als bloße Haltung des Körpers nicht auch eine sexuelle Handlung sein müsse.⁵ Überzeugend war dieser Einwand freilich nicht. Auch wenn es hier um ein Verhalten auf Opfer- und nicht auf Täterseite ging, wird man doch auch hier die allgemeinen Kriterien über den Handlungsbegriff anwenden können. Für eine Handlung ist demnach ein menschliches, nach außen ersichtliches vom Willen getragenes Verhalten, ausreichend.⁶

b) Auslegungsschwierigkeiten

Dennoch waren mit dieser Gesetzesfassung nicht unerhebliche Unsicherheiten verbunden. Voraussetzung für die Anwendung des Tatbestandes war, dass die von dem Kind eingenommene Körperposition objektiv, also allein gemessen an ihrem äußeren Erscheinungsbild, einen eindeutigen Sexual-

* Die Autoren waren Sachverständige im Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages im Gesetzgebungsverfahren zum 49. StrÄG. Prof. Dr. Jörg Eisele war zudem Sachverständiger im 2. Untersuchungsausschuss der 18. Wahlperiode („Edathy-Untersuchungsausschuss“). OStA Rainer Franosch war vor seiner Tätigkeit als Referatsleiter im Hessischen Justizministerium als Leiter der Hessischen Zentralstelle zur Bekämpfung der Internetkriminalität tätig, in der er u.a. für die Operation „Selm“, in deren Verlauf der vormalige Bundestagsabgeordnete Edathy ermittelt wurde, verantwortlich war.

¹ BGBl. I 2015, S. 10.

² BGBl. I 2008, S. 2149.

³ BGHSt 50, 370 ff.; Renzikowski, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 2. Aufl. 2012, § 176 Rn. 33; Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 176 Rn. 13; ausführlich Hörnle, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 12. Aufl. 2009, § 176 Rn. 79 ff.

⁴ BT-Drs. 16/3439, S. 9; BT-Drs. 16/9646, S. 2, 17, zu § 176 Abs. 4 Nr. 2 StGB; ferner Eisele, in: Schönke/Schröder (Fn. 3), § 184b Rn. 3a.

⁵ So insb. Eschelbach, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2013, § 184b Rn. 11; Gropp, in: Esser/Günther/Jäger (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heiner Kühne zum 70. Geburtstag, 2013, S. 679 (683); Schroeder, GA 2009, 213 (214 f.).

⁶ Vgl. nur Eisele (Fn. 4), §§ 13 ff. Rn. 26.

bezug aufwies.⁷ Posing im Sinne einer sexuellen Handlung sollte eine aktive Handlung des Kindes – wie etwa das Spreizen der Beine – voraussetzen, so dass bestimmte unnatürliche, sexualisierte Positionen eingenommen werden mussten.⁸ Damit war aber nicht jede Aufnahme des nackten Körpers oder des Geschlechtsteils eines Kindes als Kinderpornografie im Sinne des § 184b Abs. 1 StGB zu qualifizieren. Ein nur passives Verhalten genügte nicht, so dass Bildaufnahmen schlafender Kinder nicht erfasst werden konnten.⁹ Ebenso wenig konnten Ablichtungen unbekleideter Kinder in natürlicher Position – etwa eines Kindes am Strand, in der Badewanne, bei der Körperpflege, beim An- oder Umkleiden usw. – pönalisiert werden. Körperpositionen, die sich bei einem Handlungsablauf ohne eindeutigen Sexualbezug naturgemäß ergaben, waren auch dann keine sexuellen Handlungen, wenn sie für Bildaufnahmen zu pornografischen Zwecken ausgenutzt wurden.¹⁰

Auch Nahaufnahmen bzw. -abbildungen von Geschlechtsorganen wurden nicht erfasst, selbst wenn dem Geschehen eine sexuelle Handlung zugrunde lag. Zwar ging der Gesetzgeber davon aus, dass mit dieser Fassung sichergestellt sei, „dass auch das ‚aufreizende Zur-Schau-Stellen der Genitalien oder der Schamgegend von Kindern‘ einbezogen und damit Art. 1 lit. b) UAbs. 1 des Rahmenbeschlusses des Rates der Europäischen Union zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornografie¹¹ nach § 184b StGB umgesetzt ist.¹² Er übersah hierbei jedoch, dass nach der Gesetzesfassung zwingend erforderlich war, dass die sexuelle Handlung abgebildet war, weil diese gerade „Gegenstand“ der Schrift sein musste.

Hinzu kamen weitere Schwierigkeiten. Bei Kleinkindern lässt sich eine sachgerechte Grenze von vornherein nur schwer ziehen: Denn was als natürliche oder unnatürliche Körperhaltung anzusehen ist, lässt sich kaum vernünftig beurteilen. Dies gilt vor allem für statische Fotos, die anders als Filme nur eine Momentaufnahme darstellen. So mag sich bei einem Film die Unnatürlichkeit aus dem Kontext oder etwaiger „Regieanweisungen“ des Aufnehmenden ergeben. Bei Bildaufnahmen mag aber im Einzelfall eine natürliche Bewegung – je nach Aufnahmezeitpunkt – unnatürlich wirken oder umgekehrt.¹³ Damit war es für die Praxis oftmals

nicht möglich, lediglich anhand der Abbildung eines nackten Kindes objektiv, d.h. ohne Kenntnis der näheren Umstände der Bildentstehung, zu entscheiden, ob die Aufnahme nach dem äußeren Erscheinungsbild eine sexuelle Handlung des unbekleideten Kindes zeigte oder der jeweilige Täter lediglich für seine Zwecke günstige Momente im natürlichen Bewegungsablauf dazu ausgenutzt hatte, um dessen Geschlechtsteil aufzunehmen. Daraus ergaben sich erhebliche Beweisschwierigkeiten, zumal sich die Vielzahl der Strafverfahren nicht gegen den Hersteller der Aufnahme, sondern gegen Personen richtete, die sich den Besitz solcher Schriften (aus dem Ausland) verschafft hatten, so dass sich die Entstehung des Bildes auch gar nicht klären ließ.

III. Die Rechtslage nach dem 49. StrÄG

Die Neufassung des § 184b Abs. 1 Nr. 1 StGB enthält nunmehr eine erweiterte Legaldefinition des Begriffs kinderpornografische Schrift. Kinderpornografisch ist danach eine pornografische Schrift, wenn sie (lit. a) sexuelle Handlungen von, an oder vor einer Person unter vierzehn Jahren (Kind), (lit. b) die Wiedergabe eines ganz oder teilweise unbekleideten Kindes in unnatürlicher, geschlechtsbetonter Körperhaltung oder (lit. c) die sexuelle aufreizende Wiedergabe der unbekleideten Genitalien oder des unbekleideten Gesäßes eines Kindes zum Gegenstand hat.

1. Gemeinsames Merkmal: Pornografischer Charakter

Auch nach der Neufassung der Vorschrift bedarf es nunmehr eines pornografischen Charakters der Schrift, nachdem zunächst das Merkmal „pornografisch“ im Entwurf ohne Angabe von Gründen fehlte.¹⁴ In einer Entscheidung, die kurz vor dem Gesetzgebungsverfahren erging, hielt der Bundesgerichtshof ausdrücklich am Erfordernis eines pornografischen Charakters fest,¹⁵ setzte aber entgegen der h.M.¹⁶ die Anforderungen an den Pornografiebegriff herab, indem er bei § 184b StGB auf eine „vergrößernd-reißerische“ Darstellung verzichtete. Diese Modifizierung des Pornografiebegriffs bei § 184b StGB wäre freilich gar nicht nötig gewesen. Denn bei Fotoaufnahmen, die sexuelle Handlungen von Kindern zum Gegenstand haben, liegt regelmäßig nicht nur eine Degradierung des abgebildeten Kindes zum Objekt für fremde sexuel-

⁷ BGH NStZ 2009, 29; BGH NStZ-RR 2008, 339 (340); BGH StV 2015, 494.

⁸ BT-Drs. 16/3439, S. 9; BGH NStZ 2011, 570 (571); BGH NStZ 2014, 220 (221); BGH NStZ-RR 2014, 108; Hörnle, in: Joecks/Miebach (Fn. 3), § 184b Rn. 17; Ziegler, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar Strafgesetzbuch, Stand: 1.12.2015, § 184b Rn. 4; näher Röder, NStZ 2010, 113 (116 ff.).

⁹ Zu Einzelheiten Eisele (Fn. 4), § 184b Rn. 3a.

¹⁰ Zuletzt BGH StV 2015, 494.

¹¹ ABl. EU 2004 Nr. L 13, S. 44.

¹² BT-Drs. 16/3439, S. 9.

¹³ Eisele, 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, S. 14 f.

¹⁴ BT-Drs. 18/2601, S. 10, 37. Zur alten Rechtslage war die Gesetzesbegründung 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).

¹⁵ BGH NJW 2014, 1829 m. Anm. Eisele, StV 2014, 739.

¹⁶ Vgl. nur Hörnle (Fn. 8), § 184b Rn. 14; Eschelbach (Fn. 5), § 184b Rn. 7.

le Zwecke vor, sondern darin ist typischerweise 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. Ferner ist zu berücksichtigen, 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.¹⁷ Die Definition von Kinderpornografie ist daher schon per se weiter als diejenige der Erwachsenenpornografie. Freilich hatte der Bundesgerichtshof, der nur auf seltene Ausnahmen – wie Abbildungen posierender Kinder für medizinische Lehrbücher – verwies, nicht beachtet, dass auch im Rahmen des § 184b StGB ein Anwendungsbereich für das Korrektiv „pornografisch“ bei sog. Gesamtwerken verbleibt. Soweit hier – etwa bei Büchern oder Filmen (z.B. die Verfilmung des Romans „Die Blechtrommel“, die die Darstellung eines Geschlechtsaktes mit einem Kind enthält), die den sexuellen Missbrauch von Kindern thematisieren – nur einzelne Textteile oder Sequenzen 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.¹⁸ Auf entsprechenden Einwand bei der Sachverständigenanhörung hat der Gesetzgeber dann noch den Formulierungsvorschlag „kinderpornografisch ist eine pornografische Schrift (§ 11 Absatz 3), wenn sie [...]“ aufgegriffen und in § 184b StGB verankert.¹⁹ „Der Ausschuss schlägt vor, in der Definition kinderpornographischer Schriften zur Vermeidung von Missverständnissen ausdrücklich hervorzuheben, dass es sich dabei um pornographische Schriften handeln muss. In der Sachverständigenanhörung am 13. Oktober 2014 wurde darauf hingewiesen, dass für dieses Erfordernis auch im Rahmen des § 184b StGB ein Anwendungsbereich als Korrektiv verbleibe, etwa bei so genannten Gesamtkunstwerken – beispielsweise bei Büchern oder Filmen, die den sexuellen Missbrauch von Kindern schildern –, bei denen nur einzelne Textteile oder Szenen sexuelle Handlungen schilderten, was noch nicht dazu führe, dass das gesamte Werk als pornographisch zu qualifizieren sei.“²⁰

¹⁷ Näher Eisele, StV 2014, 739 (740).

¹⁸ Deutscher Bundestag, Protokolle über die Sitzungen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, 6. Wahlperiode, 66. Sitzung, S. 1931; KG Berlin NSStZ 2009, 446 (447); Eisele, StV 2014, 739 (740).

¹⁹ Eisele (Fn. 13), S. 16 f.

²⁰ BT-Drs. 18/3202, S. 27.

2. § 184 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) StGB: Wiedergabe sexueller Handlungen

§ 184 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) StGB entspricht der Rechtslage vor dem 49. StrÄG. Diese Regelung erfasst demnach alle Fälle, in denen Gegenstand der Schrift, d.h. der Abbildung, eine sexuelle Handlung des Opfers ist, d.h. die eingenommene Körperposition objektiv, gemessen allein an ihrem äußeren Erscheinungsbild, einen eindeutigen Sexualbezug aufweist.²¹

3. § 184 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) StGB: Wiedergabe eines ganz oder teilweise unbedeckten Kindes in unnatürlicher, geschlechtsbetonter Körperhaltung

a) Regelungsgehalt

§ 184 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) StGB stellt nunmehr zusätzlich die Wiedergabe eines ganz oder teilweise unbedeckten Kindes in unnatürlicher, geschlechtsbetonter Körperhaltung unter Strafe. Dabei lehnt sich die Formulierung an die jugendschutzrechtlichen Verbote von Darstellungen von Kindern und Jugendlichen in unnatürlich geschlechtsbetonter Körperhaltung nach § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 9 Jugendmedienschutz-Staatsvertrag (JMStV) und § 15 Abs. 2 Nr. 4 Jugendschutzgesetz (JuSchG) an.²² Soweit die Aufnahme nur teilweiser Unbedecktheit als zu vage bzw. weitgehend kritisiert wird,²³ wird man diese jedenfalls dann annehmen müssen, wenn Genitalien oder Gesäß abgebildet werden. Im Übrigen kann hier das Erfordernis der „pornografischen Schrift“ im Einzelfall als Korrektiv dienen.²⁴

Allerdings gibt diese Vorschrift im Wesentlichen nur die bereits für § 184 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) StGB geltende Definition wieder, so dass es zu weiten Überschneidungen kommt. Freilich ist hier nicht eine sexuelle *Handlung* erforderlich, vielmehr genügt eine *Körperhaltung*. Diese Ergänzung dient der Erfassung sog. „Model“-Serien (z.B. „LS-Models“ etc.). Bei dieser Art von Darstellungen werden die Kinder dazu veranlasst, in Reiz- oder Unterwäsche sexualbezogene, für Kinder untypische, weil der Haltung erwachsener Modelle nachempfundene, stimulierende Posen einzunehmen. Der Gesetzgeber wollte mit dieser Regelung zunächst auch Abbildungen von schlafenden Kindern, die eine geschlechtsbetonte Körperhaltung unwillkürlich eingenommen haben, sowie das Zur-Schau-Stellen unbedeckter Genitalien erfassen.²⁵

b) Kritik

Da lit. b) jedoch im Wesentlichen eine Definition für die in lit. a) enthaltene Regelung, die schon vor dem 49. StrÄG bestand, darstellt, ist diese Definition nur wenig geeignet, die bisherigen Lücken zu schließen und wäre bei einer sachgerechten Neuregelung entbehrlich gewesen. So bleiben auch hier die bereits oben beschriebenen Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen natürlicher und unnatürlicher Handlung

²¹ Dazu soeben II. 2.

²² Siehe BT-Drs. 18/2601, S. 30.

²³ Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 63. Aufl. 2016, § 184b Rn. 8.

²⁴ Hierzu auch unten III. 3. b).

²⁵ BT-Drs. 18/2601, S. 30.

bestehen.²⁶ Ferner sind entgegen der gesetzgeberischen Intention Großaufnahmen vom Genitalbereich nicht erfasst, da hier gerade keine Körperhaltung des Kindes sichtbar ist, d.h. wiedergegeben wird. Damit wird lit. b) den europäischen Anforderungen nicht gerecht. Denn nach Art. 2 lit. c) UAbs. 2 der Richtlinie zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI²⁷ und nach Art. 20 Abs. 2 des Übereinkommens des Europarats zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch (ETS 201 – Lanzarote-Konvention), ist unter Kinderpornografie „jegliche Darstellung der Geschlechtsorgane eines Kindes für primär sexuelle Zwecke“ zu verstehen, wofür es richtigerweise auf die Körperhaltung gar nicht ankommt. Letztlich sind auch überraschende Bildaufnahmen oder Bildaufnahmen einer Person im Schlaf gerade nicht erfasst, da diese eine natürliche und keine unnatürliche Haltung der abgebildeten Person zeigen. Der in der Gesetzesbegründung genannte Begriff der „unwillkürlichen Körperhaltung“ hat gerade keinen Eingang in den Gesetzestext gefunden, so dass eine entsprechende Korrektur der Gesetzesfassung mit dem in Art. 103 Abs. 2 GG verankerten Analogieverbot nicht vereinbar wäre. Nach entsprechender Kritik in der Sachverständigenanhörung im Rechtsausschuss und entsprechenden Vorschlägen²⁸ entschloss sich der Gesetzgeber, zur Schließung der Lücken eine weitere Regelung in lit. c) aufzunehmen: „[...] Um sicherzugehen, dass die Richtlinie 2011/93/EU vollständig umgesetzt wird, schlägt der Ausschuss vor, die Definition kinderpornografischer Schriften in § 184b Absatz 1 Nummer 1 StGB-E zu ergänzen [...]“.²⁹

4. § 184 Abs. 1 Nr. 1 lit. c) StGB: Sexuell aufreizende Wiedergabe der unbedeckten Genitalien oder des unbedeckten Gesäßes

Die Regelung in lit. c) lehnt sich an den früheren Rahmenbeschluss 2004/68/JI zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornografie an,³⁰ der in Art. 1 lit. b) UAbs. 1 Kinderpornografie plastisch als das „[aufreizende] Zur-Schau-Stellen der Genitalien oder der Schamgegend von Kindern“ definierte. Maßgeblich für die Bewertung der Umsetzung der europäischen Vorgaben ist freilich Art. 2 lit. c) UAbs. 2 der Richtlinie zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI,³¹ wonach unter Kinderpornografie „jegliche Darstellung der Geschlechtsorgane eines Kindes für primär sexuelle Zwecke“ zu verstehen ist.

²⁶ Siehe oben II. 2.

²⁷ ABl. EU 2011 Nr. L 335, S. 1, mit Berichtigung ABl. EU 2012 Nr. L 18, S. 7.

²⁸ Vgl. näher Eisele (Fn. 13), S. 15 f.

²⁹ BT-Drs. 18/3202, S. 27.

³⁰ ABl. EU 2004 Nr. L 13, S. 44.

³¹ ABl. EU 2011 Nr. L 335, S. 1 mit Berichtigung ABl. EU 2012 Nr. L 18, S. 7.

a) Perspektivwechsel

Wichtig für ein Verständnis der Regelungen in lit. a) und lit. b) einerseits und in lit. c) andererseits ist ein Blick auf die Perspektiven der Beteiligten. In lit. a) und lit. b) steht die Beziehung zwischen Kind und Aufnehmenden im Vordergrund, da die sexuelle Handlung bzw. die Körperhaltung des Kindes maßgeblich ist. Hingegen ist die sexuell aufreizende Wiedergabe nicht auf das Verhältnis des Kindes zum Aufnehmenden beim Herstellen der Aufnahme, sondern auf das Verhältnis zwischen Aufnehmendem und Betrachter gerichtet. So macht auch die Regelung im Rahmenbeschluss deutlich, dass es um das Zur-Schau-Stellen der Genitalien oder der Schamgegend von Kindern und nicht durch Kinder geht,³² so dass etwa auch Abbildungen im Schlaf erfasst sind. Auch die Regelung in der Richtlinie verdeutlicht dies, wenn es um die Darstellung der Geschlechtsorgane „für primär sexuelle Zwecke“ des späteren Betrachters geht. Das Posing und die aufreizende Wiedergabe betreffen damit unterschiedliche Sachverhalte. Es sind Fälle der aufreizenden Wiedergabe möglich, in denen kein Posing vorliegt. Es sind aber auch Fälle denkbar, in denen man – wie bei Nacktaufnahmen der ganzen Person – 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.

b) Inhalt der Regelung

Das Bild muss nach dem eindeutigen Wortlaut von lit. c) zunächst objektiv Genitalien usw. zur Schau stellen, auf das „Gefühl“ oder die subjektive Einschätzung des Betrachters kommt es nicht an. Für die Auslegung von lit. c) ist trotz der Anlehnung an den früheren Rahmenbeschluss – wie bereits oben erwähnt – Art. 2 lit. c) UAbs. 2 der Richtlinie maßgeblich, der in nationales Recht umgesetzt werden muss. Entsprechend ist die Vorschrift richtlinienkonform auszulegen. Die Richtlinie orientiert sich dabei an Art. 20 Abs. 2 der Lanzarote-Konvention und am Fakultativprotokoll zur UN-Kinderrechtskonvention gegen Kinderhandel, Kinderprostitution und Kinderpornografie³³, die dieselbe Definition enthalten. Als Kinderpornografie pönalisiert werden muss demnach jegliche Darstellung der Geschlechtsorgane eines Kindes für primär sexuelle Zwecke. Eine „Unnatürlichkeit“ oder „Geschlechtsbetontheit“ der Abbildung ist für die Strafbarkeit nicht erforderlich, es genügt die subjektive Zweckbestimmung. In den Erläuterungen zur Lanzarote-Konvention ist ausgeführt, dass hierfür nationale Standards maßgeblich sind bzw. Bilder erfasst werden, die obszön sind oder nicht im

³² Vgl. auch die englische Version von Art. 1 lit. b) UAbs. 1 des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornografie: „a real child involved or engaged in sexually explicit conduct, including lascivious exhibition of the genitals or the pubic area of a child.“

³³ Abrufbar unter:

<http://www.kinderrechtskonvention.info/1-fakultativprotokoll-zur-kinderrechtskonvention-3180> (11.7.2016).

Einklang mit der öffentlichen Moral stehen. Material, das einem künstlerischen, medizinischen, wissenschaftlichen oder sonst allgemein anerkannten Zweck dient, fällt mithin nicht darunter.³⁴

Für die Auslegung von lit. c) wird vor allem darauf hingewiesen, dass Nahaufnahmen kindlicher Genitalien erfasst würden.³⁵ Freilich ist dies nicht im Sinne einer Beschränkung des Tatbestandes darauf zu verstehen. Zunächst enthält schon der Wortlaut keine solche Beschränkung. Auch möchte die Richtlinie ebenso wie der frühere Rahmenbeschluss alle Aufnahmen erfassen, da dort – anders als im deutschen Recht in lit. a) und lit. b) – keine weiteren Definitionen enthalten sind. Ferner muss man sehen, dass der deutsche Gesetzgeber durch die spätere Aufnahme dieser Variante verbliebene Lücken schließen und vor allem auch die Abbildung natürlicher Körperhaltungen einbeziehen wollte.³⁶ Hinzu kommt, dass mittels im Internet frei verfügbarer Bildbearbeitungssoftware innerhalb kürzester Zeit aus jeder Ganzkörperaufnahme eines nackten Kindes Ausschnittsvergrößerungen der Genitalien angefertigt werden können, so dass es schon technisch sinnlos wäre, lediglich Großaufnahmen dem Tatbestand zu unterstellen. Ferner beeinträchtigen Ganzkörperaufnahmen die geschützten Rechtsgüter des Opfers regelmäßig weit mehr als Ausschnittsvergrößerungen oder Großaufnahmen von Geschlechtsteilen, weil bei Erkennbarkeit der abgebildeten Person eine Identifizierbarkeit und damit eine Stigmatisierung einhergeht. Dies gilt umso mehr, weil derartige Aufnahmen, wenn sie einmal den Weg in die Pädophilenszene im Internet gefunden haben, dort über Jahre und Jahrzehnte kursieren, ohne dass man dies verhindern oder beenden kann.

c) Prüfung im Einzelfall

Um festzustellen, ob eine Abbildung lit. c) unterfällt, ist eine zweistufige Prüfung vorzunehmen. Ist eine Abbildung objektiv für einen Betrachter aus einschlägigen Kreisen sexuell aufreizend und damit grundsätzlich zur sexuellen Stimulierung geeignet, muss hinzukommen, dass diese Abbildung in der konkreten Verwendung durch den Täter primär sexuellen Zwecken dient. Maßstab für die Beurteilung, ob die Wiedergabe der unbedeckten Genitalien oder des unbedeckten Gesäßes eines Kindes überhaupt sexuell aufreizender Art ist, soll nach den Gesetzesmaterialien die Beurteilung eines „durchschnittlichen“ Betrachters sein.³⁷ Da jedoch der nicht-pädophile durchschnittliche Betrachter den Anblick nackter Kinder nicht als sexuell aufreizend empfindet, kann dies nur so zu verstehen sein, dass der durchschnittliche pädophile Betrachter gemeint ist. Für die Bewertung, ob eine Abbildung

nackter kindlicher Genitalien als tatbestandsmäßig anzusehen ist, muss mithin zunächst festgestellt werden, ob die konkrete Darstellung geeignet ist, einen Menschen mit pädophilen Neigungen sexuell zu erregen. Da ein Mensch mit pädophilen Neigungen regelmäßig schon die schlichte Abbildung eines nackten Kindes als sexuell stimulierend ansieht,³⁸ würde man allein bei der objektiven Betrachtung zu einer (zu) weitgehenden Strafbarkeit gelangen. Hier ist nunmehr in einem zweiten Schritt der Regelungsgehalt der Richtlinie ergänzend als Korrektiv heranzuziehen. Es ist zu bewerten, ob die Bildaufnahme im konkreten Fall zur geschlechtlichen Erregung dient. Während bei lit. a) und lit. b) die sexuelle Handlung bzw. die Körperhaltung zum Zeitpunkt der Bildaufnahme maßgeblich sind, bezieht sich die aufreizende Wiedergabe mit ihrer subjektiven Zwecksetzung auf die jeweilige Tathandlung i.S.d. § 184b Abs. 1 Nr. 1 StGB, d.h. Herstellen, Verbreiten, Besitzverschaffen usw. Dabei muss sich die subjektive Zwecksetzung nicht aus der Aufnahme selbst ergeben, sondern kann auch aus Umständen außerhalb der Abbildung ermittelt werden, was vor allem für Tathandlungen im Anschluss an das Herstellen Bedeutung erlangt.

Durch diese zweistufige Prüfung ist sichergestellt, dass gewöhnliche Nacktaufnahmen – vor allem im Besitz von Eltern oder Verwandten der abgebildeten Kinder – weiterhin straflos bleiben, während dieselben Aufnahmen beim Hinzutreten einer sexuellen Zweckbestimmung in der Hand einer anderen Person strafbar sind. Für diese Sichtweise streitet auch der ebenfalls mit dem 49. StrÄG eingeführte § 201a StGB, der Nacktaufnahmen nur unter engeren Voraussetzungen pönalisiert.³⁹ Das Merkmal ist im Einklang mit den internationalen Rechtsakten auch zukünftig nicht verwirklicht, wenn der Besitz der Bilder (oder die sonstigen Tathandlungen) medizinischen, künstlerischen oder wissenschaftlichen Zwecken dient; jedenfalls dürfte das Bild regelmäßig nicht als „pornografisch“ zu qualifizieren sein oder zumindest der speziell normierte Tatbestandsausschluss des § 184b Abs. 5 StGB eingreifen. Die demnach erforderliche „relative“ Bestimmung von Kinderpornografie in Fällen des lit. c) ist keineswegs ein neuer Gedanke. Schon früher hatte der BGH z.B. den Begriff des „Unzüchtigen“ in § 184 StGB a.F. als einen „relativen“ angesehen; demnach hing es letztlich oft von den Umständen (Zweck und Art der Verwendung) ab, ob ein Gegenstand „unzüchtig“, also strafbaren Charakter hatte oder nicht.⁴⁰ Entsprechendes gilt auch für das Erfordernis einer „pornografischen“ Schrift, wofür es ebenfalls einer Gesamtbewertung bedarf.⁴¹

Die Tatsache, dass die Strafbarkeit des Besitzes von oder des Umgangs mit Gegenständen von solchen Umständen abhängt, die nicht nur in deren objektiver Beschaffenheit begründet liegt, ist im Strafrecht an zahlreichen Stellen anzu-

³⁴ Explanatory Report to the Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse, Nr. 142, abrufbar unter:

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800d3832>

(11.7.2016).

³⁵ Ziegler (Fn. 8), § 184b Rn. 4b.

³⁶ Siehe oben II. 2. b); zur Kritik an einer umfassenden Pönalisierung Fischer (Fn. 23), § 184b Rn. 9a.

³⁷ Vgl. BT-Drs. 18/3202, S. 27.

³⁸ Vgl. Wolak/Finkelhor/Mitchell, Findings from the National Juvenile Online Victimization Study, 2005, abrufbar unter:

http://www.missingkids.com/en_US/publications/NC144.pdf

(21.3.2016).

³⁹ Hierzu unten III. 6.

⁴⁰ BGHSt 3, 295.

⁴¹ Siehe schon III. 1.

treffen, z.B. im Waffengesetz oder im Betäubungsmittelrecht. Im Kernstrafrecht können hier beispielhaft die §§ 86, 86a StGB angeführt werden. Auch bei diesen Strafnormen führt eine relative Betrachtungsweise nicht zu Schwierigkeiten in der Rechtsanwendung. Die Strafbarkeit des Umgangs mit bestimmten Gegenständen hängt nach diesen Vorschriften nicht ausschließlich von deren objektiver Beschaffenheit ab, sondern auch und gerade von der Zweckbestimmung des Täterhandelns. Die auf die Gegenstände bezogenen Tathandlungen, wie z.B. das in Datenspeichern öffentlich zugänglich machen, sind straflos, wenn sie zu Zwecken vorgenommen werden, die in § 86 Abs. 3 StGB privilegiert werden.

5. Ausgestaltung bei der Jugendpornografie in § 184c Abs. 1 Nr. 1 StGB

Bei den Tatbeständen der Jugendpornografie hat der Gesetzgeber lediglich parallele Regelungen zu § 184b Abs. 1 Nr. 1 lit. a) und lit. b) StGB aufgenommen und auf eine entsprechende nachträgliche Ausgestaltung im Sinne des § 184b Abs. 1 Nr. 1 lit. c) StGB verzichtet: „Ergänzend empfiehlt der Ausschuss, im Hinblick auf die wachsende sexuelle Selbstbestimmung junger Menschen, die auch ein sexuelles Ausprobieren beinhaltet, von der Erweiterung der Definition der kinderpornographischen Schriften in § 184b Abs. 1 Nummer 1 Buchstabe c StGB-E Abstand zu nehmen.“⁴² Diese Begründung ist nur schwer nachzuvollziehen, da diese allenfalls einen Verzicht auf die Pönalisierung von Posing-Bildern im Sinne von § 184b I Nr. 1 lit. a) und lit. b) StGB für Fälle begründet hätte, in denen sich Jugendliche beim Posen ablichten. Soweit sich Bilder hingegen auf die Darstellung von Geschlechtsorganen fokussieren, hat dies wenig Bezug zum „sexuellen Ausprobieren“. Hinzu kommt, dass § 184b Abs. 1 Nr. 1 lit. c) StGB ausdrücklich der vollständigen Umsetzung der EU-Richtlinie dienen soll,⁴³ die nach Art. 2 lit. a) aber auch Jugendpornografie mit einbezieht, da „Kind“ im Sinne der Richtlinie jede Person unter achtzehn Jahren ist. Soweit § 184c Abs. 1 Nr. 1 lit. a) und lit. b) bei Nacktaufnahmen ohne Abbildung einer Körperhaltung oder bei natürlichen Haltungen Lücken belassen, ist die Richtlinie unzureichend umgesetzt.

6. Ergänzende Regelung in § 201a Abs. 3 StGB

Abschließend sei noch darauf hingewiesen, dass ebenfalls mit dem 49. StrÄG in § 201a Abs. 3 StGB eine ergänzende Regelung aufgenommen wurde. Demnach wird bestraft, wer eine Bildaufnahme, die die Nacktheit einer anderen Person unter achtzehn Jahren zum Gegenstand hat, herstellt oder anbietet, um sie einer dritten Person gegen Entgelt zu verschaffen (Nr. 1), oder sich oder einer dritten Person gegen Entgelt verschafft (Nr. 2). Im Unterschied zu § 184 Abs. 1 Nr. 1 StGB werden neben dem Herstellen und Anbieten aber nur entgeltliche Verschaffungsakte erfasst, was freilich zumeist der Fall sein dürfte, da nach § 11 Abs. 1 Nr. 9 StGB hierfür jede in einem Vermögensvorteil bestehende Gegenleistung

ausreicht. Ein solcher Vermögenswert kann auch bereits in der Gewährung von Zugriffsmöglichkeiten vergleichbarer Nacktaufnahmen liegen, so dass der Austausch über Internetaustauschbörsen (sog. Filesharing-Netzwerke) einbezogen ist. Im Übrigen ist der Tatbestand aber weiter als § 184 Abs. 1 Nr. 1 StGB, da er jegliche Nacktabbildungen von Kindern und Jugendlichen erfasst.⁴⁴ Zentraler Begriff ist hier die „Nacktheit“. Diese muss zwar nicht ganz „vollständig“ sein.⁴⁵ Allerdings sind damit nur im Wesentlichen vollständig unbedeckte Minderjährige gemeint. Dies folgt argumentum e contrario aus den Neufassungen der §§ 184b Abs. 1 Nr. 1 lit. b) und lit. c), 184c Nr. 1 lit. b) StGB, wo auf ein „ganz oder teilweise unbedecktes Kind“ bzw. mit den Begriffen „unbedeckten Genitalien“ und „unbedecktes Gesäß“ nur auf bestimmte Körperregionen abgestellt wird. Von einer Nacktheit i.S.d. § 201a Abs. 3 StGB ist freilich dann noch auszugehen, wenn der Bekleidung nur eine ganz untergeordnete Bedeutung – wie Strümpfe, Schuhe, Mützen, Handschuhe – zukommt.⁴⁶ Das Abbilden von Teilen des Körpers ist daher nur erfasst, wenn wesentliche Teile nackt abgebildet werden. Maßgebliches Indiz für die Nacktheit ist vor allem, ob zumindest Geschlechtsorgane oder Gesäß unbedeckt sind.⁴⁷

IV. Zusammenfassung

§ 184b Abs. 1 lit. a) und lit. b) StGB entsprechen im Wesentlichen der bisherigen Rechtslage. Allerdings kommt es bei § 184b StGB – erweiternd zur alten Rechtslage – nun nicht mehr auf das Einnehmen dieser Körperhaltung als sexuelle Handlung an, sondern lediglich auf die Körperhaltung selbst. Ob damit schlafende Kinder erfasst werden können, ist fraglich, da es sich hierbei um eine natürliche Körperhaltung handelt. Neu ist in lit. b) ferner, dass nunmehr auch Posingaufnahmen teilweise entkleideter Kinder strafbar sind. Bezüglich lit. c) gilt, dass nunmehr auch das sog. Präferenzmaterial, also schlichte Nacktaufnahmen von Kindern, soweit die unbedeckten Genitalien bzw. das unbedeckte Gesäß erkennbar sind, sowie die Großaufnahmen kindlicher Genitalien dem Kinderpornografiebegriff unterfallen. Dies gilt nur, wenn sich aus den Umständen der Tathandlung objektiv ergibt, dass der Besitz (bzw. die sonstige Tathandlung) dem Täter oder Dritten zur sexuellen Stimulierung dient, dass also das Material durch den Täter oder den Dritten einer sexuellen Zweckbestimmung zugeführt wird bzw. zugehört ist.

Im Hinblick auf den strafrechtlichen Anfangsverdacht bedeutet die Neufassung des § 184b StGB keine wesentliche Änderung für die Strafverfolgungsbehörden. Das BVerfG hatte in Bezug auf die alte Rechtslage bereits klargestellt, dass aus dem Besitz und Erwerb von seinerzeit straflosen Kindernacktbildern (Präferenzmaterial) auf den Besitz auch

⁴⁴ Eisele/Sieber, StV 2015, 312 (316).

⁴⁵ Fischer (Fn. 23), § 184b Rn. 9.

⁴⁶ Eisele/Sieber, StV 2015, 312 (317); Entwurf des Freistaates Bayern = BR-Drs. 127/14, S. 19.

⁴⁷ Entwurf des Freistaates Bayern = BR-Drs. 127/14, S. 19, wo als Tathandlung jedoch ein Zur-Schau-Stellen vorgesehen war.

⁴² BT-Drs. 18/3202, S. 27.

⁴³ Siehe oben III. 4.

strafbaren Materials geschlossen werden durfte.⁴⁸ Bei der Bewertung des Anfangsverdachts hat die Staatsanwaltschaft zukünftig – wie auch schon bisher – zu berücksichtigen, ob aus den jeweils bekannten Tatsachen der sexuelle Zweck eines Besitzes oder Erwerbes von Kindernacktbildern aufgrund kriminalistischer Erfahrung nahe liegt. Dies ist auch zukünftig nicht der Fall, wenn ein Vater sein nacktes Kind in der Öffentlichkeit fotografiert oder ein Arzt ein medizinisches Lehrbuch oder eine Person im öffentlich zugänglichen Online-Versandhandel ein bislang nicht strafbares Buch erwirbt. Dagegen ist auch zukünftig ein Anfangsverdacht anzunehmen, wenn Kindernacktbilder über Darknetplattformen bezogen werden oder wenn zahlreiche Kindernacktbilder in digitaler Form ohne sozialen Bezug des Besitzers zu den Abgebildeten bezogen oder besessen werden.

⁴⁸ BVerfG NJW 2015, 851.