



## Stellungnahme Nr. 30 Juli 2023

zum

### Verfahren zur verfassungsrechtlichen Prüfung,

ob § 184 b Abs. 3 StGB in der seit dem 01.07.2021 geltenden Fassung mit dem aus Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG und dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) abgeleiteten Schuldgrundsatz (Übermaßverbot) vereinbar ist, indem der Tatbestand als Verbrechenstatbestand ohne „minderschweren Fall“ ausgestaltet ist und eine Mindeststrafe von 1 Jahr Freiheitsstrafe auch für den Fall vorsieht, dass es sich um den vorsätzlich aufrechterhaltenen Besitz von 3 Bilddateien („Stickern“) mit kinderpornografischen Inhalten und eines einzelnen Videos mit kinderpornografischen Inhalten und einer Länge von 11 Sekunden handelt, der von der nicht vorbestraften und von Anfang an mit den Ermittlungsbehörden kooperierenden Täterin ohne pädophile Neigungen unfreiwillig erlangt worden war

– Aussetzungs- und Vorlagebeschluss des Amtsgericht Buchen vom 01.02.2023  
– 1 Ls 1 Js 6298/21

Az. des BVerfG: 2 BvL 3/23

### Mitglieder des Verfassungsrechtsausschusses

RA Prof. Dr. Christian Kirchberg, Vorsitzender

RA Dr. Christian-Dietrich Bracher

RA Prof. Dr. Dr. Karsten Fehn

RA Dr. Markus Groß

RA Prof. Dr. Wolfgang Kuhla

RA Prof. Dr. Christofer Lenz (Berichterstatte(r))

RA Dr. Michael Moeskes

RA Dr. jur. h.c. Gerhard Strate

RA Prof. Dr. Michael Uechtritz

RAin Dr. jur. Katharina Wild

RA Michael Then, Schatzmeister Bundesrechtsanwaltskammer

Ass. jur. Caterina Fabian, Bundesrechtsanwaltskammer

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der anwaltlichen Selbstverwaltung. Sie vertritt die Interessen der 28 Rechtsanwaltskammern und damit der gesamten Anwaltschaft der Bundesrepublik Deutschland mit etwa 166.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten gegenüber Behörden, Gerichten und Organisationen – auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Die Bundesrechtsanwaltskammer hält den Vorlagebeschluss des Amtsgerichts Buchen für begründet. Dazu im Einzelnen:

#### A.

#### Sachverhalt und Problemeinordnung

1. Nach dem der Anklage zugrunde liegenden Sachverhalt soll die Angeklagte einer WhatsApp-Gruppe beigetreten sein, in der – neben vielen anderen Inhalten – auch kinderpornografisches Bild- und Videomaterial von sog. „Trollen“ geteilt wurde. Dieses Material wurde in fünf Fällen automatisch im Account der Angeklagten geladen (automatisch gespeicherte Inhalte). Die Angeklagte hat die Nachrichten nicht wieder gelöscht. Für die Löschung standen jeweils längere Zeiträume von mindestens sechs Monaten zur Verfügung. Die Speicherungen der einzelnen Dateien auf dem Mobiltelefon erfolgten zwischen dem 21.11.2020 und dem 13.10.2021. Die Dateien waren bei Übergabe des Mobiltelefons an die Polizei am 10.05.2022 noch vorhanden.
2. Die Angeklagte wusste, dass die von ihr nicht angeforderten und auch nicht gewünschten Dateien automatisch gespeichert wurden und damit von ihr jederzeit hätten aufgerufen und angesehen werden können. Getan hat sie dies aber nicht. Der letzte Zugriff auf die Dateien ist in allen Fällen identisch mit dem Datum der Speicherung. Die Angeklagte hat nach der automatisch erfolgenden Speicherung nicht auf die Dokumente zugegriffen und sie hat auch keine pädophilen Neigungen. Sie hat mit den Ermittlungsbehörden vollständig kooperiert.
3. Mangels aktiv-finaler Handlung beim automatischen Speichern liegt kein Sich-Verschaffen im Sinne des § 184b Abs. 3 Var. 2 StGB vor. Mit dem Wissen über die Speicherung der Dateien ist aber der Tatbestand des § 184b Abs. 3 Var. 3 StGB erfüllt. In objektiver Hinsicht setzt § 184b Abs. 3 Var. 3 StGB voraus, dass jemand kinderpornografische Inhalte besitzt, die ein tatsächliches oder wirklichkeitsnahes Geschehen wiedergeben. Wurde der Besitz unvorsätzlich erlangt, so liegt eine Strafbarkeit im Sinne eines echten Unterlassungsdelikts bereits dann vor, wenn man nach Erkennen des pornografischen Inhalts der Schrift diese nicht vernichtet.
4. § 184b Abs. 3 StGB hat seine aktuelle Fassung erhalten durch das am 01.07.2021 in Kraft getretene Gesetz zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder vom 16.06.2021 (BGBl. I, S. 1810). Wesentlicher Unterschied der Neufassung des § 184b Abs. 3 StGB gegenüber der Altfassung ist die Erhöhung der Mindeststrafe von einer Geldstrafe auf ein Jahr Freiheitsstrafe und die Erhöhung der Höchststrafe von drei auf fünf Jahre Freiheitsstrafe.
5. Unionsrechtlich vorgegeben ist die Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe nicht. Die Richtlinie 2011/93/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI des Rates sieht für die Bestrafung des Besitzes von Kinderpornografie keine Mindeststrafe vor. Die Richtlinie enthält nur

Vorgaben dazu, wie weit der Strafraumen nach oben reichen muss. Nach Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2011/93/EU wird der Besitz von Kinderpornografie in den Mitgliedstaaten mit Freiheitsstrafe im Höchstmaß von mindestens einem Jahr bestraft. Deutschland hat durch die Ausgestaltung des § 184b Abs. 3 Var. 3 StGB die Mindeststrafe auf denselben Wert gesetzt, den der Unionsgesetzgeber den Mitgliedstaaten als Mindeststandard für das Höchstmaß der Strafe vorgibt.

6. Durch die Anhebung der Mindeststrafe auf ein Jahr Freiheitsstrafe ist das Delikt zu einem Verbrechenstatbestand hochgestuft worden (§ 12 Abs. 1 StGB). Hierdurch entfallen die Möglichkeiten der Verfahrenseinstellung gemäß §§ 153, 153a StPO, der Verwarnung mit Strafvorbehalt (§ 59 StGB) und der Durchführung eines Strafbefehlsverfahrens (§ 407 Abs. 1 StPO).
7. Einen minderschweren Fall gibt es nicht. Ausnahmen, die eine Strafbarkeit entfallen lassen, sind ebenfalls eng gefasst sind. Gemäß § 184b Abs. 5 StGB entfällt eine Strafbarkeit wegen § 184b StGB nur bei der Erfüllung staatlicher Aufgaben oder dienstlicher und beruflicher Pflicht zur Verbreitung, zum Erwerb und Besitz kinderpornografischer Inhalte.
8. Zur Begründung heißt es in dem Entwurf, die von 2017 bis 2020 bekanntgewordenen Missbrauchsfälle (Staufen, Bergisch Gladbach, Lügde und Münster) zeigten in aller Deutlichkeit auf, dass das Strafrecht, das an sich bereits heute empfindliche Strafen für sexualisierte Gewalt gegen Kinder und die Delikte der Kinderpornografie vorsehe, nicht die erhoffte Abschreckungswirkung entfalte (BT-Drucksache 19/23707, Seite 20).
9. Die höhere Strafandrohung rechtfertigt sich in dem Bestreben des Gesetzgebers Kinder sowohl davor zu schützen, im Rahmen der Herstellung pornografischer Inhalte missbraucht zu werden als auch allgemein einer Anreiz- und Nachahmungswirkung aufgrund der Verbreitung solcher Inhalte entgegenzutreten. In BT-Drs. 19/23707, Seite 2, heißt es:

*„Auch wer Videos und Fotos verbreitet oder besitzt, die sexualisierte Gewalt gegen Kinder zeigen, macht sich mitschuldig an schlimmsten Misshandlungen von Kindern. Die Verbreitung, der Besitz und die Besitzverschaffung von Kinderpornografie sollen daher ebenfalls als Verbrechen eingestuft werden. Mit einer Anhebung der Strafraumen der Straftatbestände der sexualisierten Gewalt gegen Kinder und der Kinderpornografie soll darüber hinaus die Bewertung solcher Taten als schweres Unrecht deutlicher im Strafraumengefüge herausgestellt und den Gerichten ein ausreichender Handlungsspielraum zur tatangemessenen Ahndung solcher Taten eröffnet werden.“*

10. Das Amtsgericht stellt in seinem Vorlagebeschluss die Frage, „ob § 184b Abs. 3 StGB in der seit dem 01.07.2021 geltenden Fassung des 60. Strafrechtsänderungsgesetzes mit dem aus Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG und dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) abgeleiteten Schuldgrundsatz (Übermaßverbot) vereinbar ist, indem der Tatbestand als Verbrechenstatbestand ohne „minderschweren Fall“ ausgestaltet ist und eine Mindeststrafe von 1 Jahr Freiheitsstrafe auch für den Fall vorsieht, dass es sich um den vorsätzlich aufrechterhaltenen Besitz von 3 Bilddateien („Stickern“) mit kinderpornografischen Inhalten und eines einzelnen Videos mit kinderpornografischen Inhalten und einer Länge von 11 Sekunden handelt, der von der nicht vorbestraften und von Anfang an mit den Ermittlungsbehörden kooperierenden Täterin ohne pädophile Neigungen unfreiwillig erlangt worden war.“

11. Es ist grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, den Bereich strafbaren Handelns unter Berücksichtigung der jeweiligen Lage im Einzelnen verbindlich festzulegen. Das Bundesverfassungsgericht kann dessen Entscheidung nicht darauf prüfen, ob er die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Lösung gefunden hat; es hat lediglich darüber zu wachen, dass die Strafvorschrift materiell in Einklang mit den Bestimmungen der Verfassung steht und den ungeschriebenen Verfassungsgrundsätzen sowie Grundentscheidungen des Grundgesetzes entspricht (vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Juni 1989 – 2 BvL 4/87, BVerfGE 80, 244 [255 m.w.N.]).
12. Soweit ersichtlich hat das Bundesverfassungsgericht bislang noch nie die Rechtsfolgenseite eines Straftatbestands als unverhältnismäßig bewertet.

## **B. Rechtliche Stellungnahme**

Die Bundesrechtsanwaltskammer teilt im Ergebnis die Rechtsauffassung des vorlegenden Amtsgerichts.

Die Vorlage ist zulässig (I.) und begründet (II.).

### **I. Vorlage ist zulässig**

In dem Normenkontrollverfahren nach Art. 100 Abs. 1 GG muss die Begründung der Vorlage angeben, inwiefern die Entscheidung des vorlegenden Gerichts von der Gültigkeit der Rechtsvorschrift abhängt und mit welcher übergeordneten Rechtsnorm sie unvereinbar ist (§ 80 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG).

Die Richtervorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG, § 80 BVerfGG ist zulässig, weil die Gültigkeit der zu prüfenden Rechtsnorm für das Ausgangsverfahren entscheidungserheblich ist, es also für den Ausgang des Verfahrens auf die Gültigkeit der Norm ankommt. Nach den tatsächlichen Feststellungen des Amtsgerichts kommt eine Anwendung des § 184b Abs. 3 StGB in Betracht. Es ist davon auszugehen, dass das vorlegende Gericht im Falle der Ungültigkeit der Norm eine andere Entscheidung treffen würde als im Falle ihrer Gültigkeit, weil es von der vorgegebenen Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr zugunsten der Angeklagten abweichen würde.

Mit der Frage der Entscheidungserheblichkeit (vgl. dazu Clara Herz, Die konkrete Normenkontrolle in Strafsachen, 2022, S. 135 ff) setzt sich der Vorlagebeschluss hinreichend auseinander. Er behandelt insbesondere die Frage, ob die Relevanz des Strafrahmens deshalb entfällt, weil es in Anlehnung an BGHSt 26, 117 und die darauf bezogene Kommentierung im StGB-Kommentar von Fischer (jetzt 70. Aufl. 2023, § 184b StGB, Rdnr. 38) an einem zeitlich hinreichend ausgeprägten Besitzwillen fehlt. Das vorlegende Amtsgericht Buchen hat darauf abgestellt, in dem angeführten BGH-Fall sei lediglich eine Wegstrecke von 20 m mit einer Tüte mit dem Rauschgift zurückgelegt worden und eine solche (kurzzeitige) Sondersituation liege hier nicht vor. Das ist deshalb nachvollziehbar (vgl. zu diesem Maßstab des Bundesverfassungsgerichts Lenz/Hansel, BVerfGG, 3. Aufl. 2020, § 80, Rdnr. 97), weil hier für eine Löschung der Dateien Zeiträume von zwischen sechs Monaten (4. Bilddatei) und 17 Monaten (1. Bilddatei) zur Verfügung standen.

## II. Vorlage ist begründet

Die Strafvorschrift des § 184b Abs. 3 Var. 3 StGB, die den Besitz von kinderpornografischen Inhalten mit Strafe bedroht, ist am Übermaßverbot des Grundgesetzes zu messen.

Auf unionsrechtliche Grundrechte wie Art. 49 Abs. 3 Grundrechtecharta dürfte es nicht ankommen. Dafür müsste das Fachrecht unionsrechtlich vollständig vereinheitlicht sein bzw. in einem teilharmonisierten Rechtsbereich entweder unionsweit ein einheitlicher Grundrechtsstandard durch das unionsrechtliche Fachrecht angeordnet sein oder ein Fall vorliegen, in dem der Grundrechtsschutz durch die Grundrechte des Grundgesetzes hinter dem Schutz, der sich aus der Charta der Grundrechte der Europäischen Union ergeben würde, zurückbleibt (vgl. zusammenfassend zu der vom Zweiten Senat übernommenen [zuletzt Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 15.02.2023 – 2 BvR 2009/22, Rdnr. 17] Maßstabsbildung in den Beschlüssen des Ersten Senats vom 06.11.2019 – 1 BvR 16/13 [Recht auf Vergessen I] und 1 BvR 276/17 [Recht auf Vergessen II] Lenz/Hansel, BVerfGG, 3. Aufl. 2020, § 90, Rdnr. 235 f.; für das Verfahren nach Art. 100 Abs. 1 GG vgl. BVerfGE 153, 310 [337, Rdnr. 65]).

Das Unionsrecht, insbesondere die Richtlinie 2011/93/EU, vereinheitlicht den Bereich der strafrechtlichen Ahndung von Kinderpornografie weder vollständig noch werden darin ausnahmsweise unionsweit einheitliche Grundrechtsstandards vorgegeben (anderer Ansicht wohl Brodowski, StV 2023, 421 [422 f. und 425]). Das gilt auch im Hinblick auf die Aussage in Erwägungsgrund 12 der Richtlinie, wonach schwere Formen des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern mit wirkungsvollen, verhältnismäßigen und abschreckenden Strafen bedroht sein sollten. Mit dieser programmatischen Aussage wird das Fehlen einer unionsrechtlichen Vorgabe für den unteren Rand des Strafrahmens nicht überlagert. Der Erwägungsgrund 12 enthält nur die Motive für die in der Richtlinie getroffenen Anordnungen, also etwa zu denjenigen in Art. 5, beansprucht aber keine Geltung für den den Mitgliedstaaten verbleibenden Spielraum für die nicht von der Richtlinie determinierten Bereiche. Die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Grundgesetzes bleiben auch nicht hinter dem Grundrechtsstandard auf Unionsebene zurück, wie sich im Ergebnis der nachfolgenden Prüfung gleich noch zeigen wird.

Für das Übermaßverbot des Grundgesetzes gilt, dass bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs (dazu 1.) und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe (dazu 2.) die Grenze der Zumutbarkeit (dazu 3.) für die Adressaten des Verbots gewahrt sein muss. Für das Strafrecht bedeutet das, dass die Schwere einer Straftat und das Verschulden des Täters zu der Strafe in einem gerechten Verhältnis stehen müssen. Eine Strafandrohung darf nach Art und Maß dem unter Strafe stehenden Verhalten nicht schlechthin unangemessen sein. Tatbestand und Rechtsfolge müssen sachgerecht aufeinander abgestimmt sein (vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 16.04.1980 – 1 BvR 505/78, BVerfGE 54, 100 [108]).

### 1. Schwere des Eingriffs

Für den Besitz von Kinderpornografie gilt ein identischer Strafrahmen, ganz unabhängig davon, welche „Qualität“ die abgebildeten Inhalte haben. Das ist grundsätzlich möglich: Auch ein weit typisiert umschriebenes Handlungsverbot kann geeignet sein, Strafrechtsschutz zu verwirklichen. Es liegt allerdings in der Natur eines so umfassend konzipierten Strafrechtsschutzes, dass § 184b Abs. 3 StGB Begehungsweisen erfasst, die erhebliche Unterschiede in Bezug auf die Art und das Maß der Gefährdung der geschützten Rechtsgüter und in Bezug auf den individuellen Unrechts- und Schuldgehalt aufweisen.

Dem Gesetzgeber bieten sich grundsätzlich zwei Wege an, einen geringen Unrechts- und Schuldgehalt bestimmter Fallgruppen dem Übermaßverbot entsprechend zu berücksichtigen: Er kann den Anwendungsbereich der allgemeinen Strafvorschrift einschränken oder spezielle Sanktionen für Fälle der

Bagatellkriminalität ermöglichen (materiell-rechtliche Lösung, dazu unter b.). Er kann aber auch den Verfolgungszwang begrenzen und auflockern (prozessuale Lösung, dazu unter a).

Das verfassungsrechtliche Übermaßverbot gestattet prinzipiell beide Lösungen (vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 9. März 1994 – 2 BvL 43/92 –, BVerfGE 90, 145 [192]).

a) Verbrechenstatbestand schränkt prozessuale Möglichkeit ein

Durch die Anhebung der Mindeststrafe auf ein Jahr Freiheitsstrafe ist der Besitz von kinderpornografischem Inhalt zu einem Verbrechenstatbestand hochgestuft worden (§ 12 Abs. 1 StGB). Hierdurch entfallen die Möglichkeiten der Verfahrenseinstellung gemäß §§ 153, 153a StPO, eine Verwarnung mit Strafvorbehalt gemäß § 59 StGB und die Durchführung eines Strafbefehlsverfahrens.

b) Keine materiell-rechtliche Lösung

Einen minderschweren Fall gibt es nicht. Ausnahmen, die eine Strafbarkeit entfallen lassen, sind ebenfalls eng gefasst. Gemäß § 184b Abs. 5 StGB entfällt eine Strafbarkeit wegen § 184b StGB nur bei der Erfüllung staatlicher Aufgaben oder dienstlicher und beruflicher Pflicht zur Verbreitung, zum Erwerb und Besitz kinderpornografischer Inhalte.

Der Gesetzgeber hat sich dagegen entschieden, auf der materiell-rechtlichen Seite quantitative oder qualitative Differenzierungskriterien einzuführen. Viele andere Straftatbestände, insbesondere auch solche, die massive Gewaltanwendungen oder erhebliche Verletzungen der sexuellen Selbstbestimmung zum Gegenstand haben, sind mit geringen Mindeststrafandrohung belegt und sehen minderschwere Fälle vor (vgl. § 232a Abs. 5 StGB [Zwangsprostitution], § 249 Abs. 2 StGB [Raub], § 239a Abs. 2 StGB [Erpresserischer Menschenraub], § 225 Abs. 4 StGB [Misshandlung von Schutzbefohlenen]).

c) Wenig Raum für Würdigung besonderer Umstände

Aufgrund der vom Gesetz vorgegebenen, in vielen Fällen drakonischen Mindeststrafe von einem Jahr besteht kaum eine Möglichkeit für Strafgerichte, die Vorschrift so auszulegen und anzuwenden, dass die Verhältnismäßigkeit gewahrt bleibt. Insoweit bleibt nur noch die Möglichkeit, besondere Umstände im Rahmen der Strafzumessung nach § 46 StGB zu berücksichtigen.

d) Spannungsverhältnis zur unionsrechtlichen Regelung in Art. 5 Abs. 2 Richtlinie 2011/93/EU

Die Schwere des Eingriffs ist auch deshalb als hoch zu bewerten, weil der deutsche Gesetzgeber die Mindeststrafe, also den unteren Bereich des Strafrahmens, mit demselben Wert von einem Jahr Freiheitsstrafe bestimmt hat, den der Unionsrechtssetzer den Mitgliedstaaten gerade für die Bestrafung des Besitzes von Kinderpornografie als Mindeststandard für das Höchstmaß der Strafe vorgegeben hat.

## 2. Eingriffsrechtsfertigung

Der Gesetzgeber verfolgt mit dem derzeit geltenden § 184b Abs. 3 StGB sowie den Vorgängerfassungen den Zweck, Kinder zu schützen. Durch die Strafverschärfung soll eine negativ generalpräventive Wirkung auf potenzielle Täter ausgehen, um das Geschehen solcher Taten schon im Vorfeld zu verhindern (BT-Drs. 19/23707, 41). Auch die Verschärfung der Besitzstrafbarkeit bei Kinderpornografie dient diesem Zweck:



*„Die Beschaffung und der Besitz von Kinderpornografie fördern den sexuellen Missbrauch von Kindern. Missbrauchsbilder werden gerade deshalb produziert, weil Menschen diese konsumieren. Eine höhere Mindeststrafe ist zur Bekämpfung des Marktes notwendig“ (Positionspapier „sexuellen Kindesmissbrauch bekämpfen“ vom 12.02.2019, Nr. 11).*

Die Strafandrohung und die Straferhöhungen sollen also vor allem die Verhinderung künftiger Straftaten bezwecken und verfolgen damit präventive Zwecke. Auch präventive Zwecke darf der Gesetzgeber grundsätzlich mit Strafdrohungen verfolgen (vgl. BGH, Urteil vom 08.05.2014 – 3 StR 243/13, Rdnr. 27 bei juris). Der präventive Schutzansatz beruht auf den Überlegungen, dass durch den Konsum kinderpornografischer Darstellung ein Markt gefördert wird, für dessen Aufrechterhaltung Kinder sexuell missbraucht werden müssen, und dass der Konsum von Kinderpornografie dazu anregen kann, als Nachahmer selbst Kinder zu missbrauchen (vgl. schon BT-Drs. 12/3001, Seite 5).

Die Legitimation des vom Bundesgesetzgeber verfolgten Zwecks wird für das reine Besitzdelikt des § 184b Abs. 3 Var. 3 StGB zwar teilweise bezweifelt (vgl. etwa Hörnle, in: Münchener Kommentar zum StGB, 4. Aufl. 2021, § 184b, Rdnr. 44 m.w.Nw.), aber das Unionsrecht verpflichtet die Mitgliedstaaten durch die Vorgabe der Bestrafung des Besitzes von Kinderpornografie unter Einschluss von Freiheitsstrafen in den Strafrahmen (vgl. Art. 5 Abs. 2 Richtlinie 2011/93/EU) dem Grunde nach zur Anordnung eines entsprechenden Straftatbestandes.

### **3. Grenze der Zumutbarkeit**

Fraglich ist, ob vor diesem Regelungszweck die unterschiedslose Ahndung sämtlicher Delikte im Bereich der Kinderpornografie als Verbrechenstatbestände zumutbar oder ob nicht eine differenziertere Betrachtung des Deliktsbereichs geboten ist, etwa über qualitative oder quantitative Differenzierungsparameter. Denn die Gefährdung des Kindeswohl als geschütztes Rechtsguts kann je nach Art der Tatbestandsverwirklichung sowie unter Berücksichtigung sonstigen Umstände ein so geringes Maß erreichen, dass die generalpräventiven Gesichtspunkte, die die generelle Androhung des Verbrechenstatbestands rechtfertigen, an Gewicht verlieren.

Zunächst einmal ist festzuhalten, dass die Zumutbarkeit nicht aus unionsrechtlichen Vorgaben folgt. Das Unionsrecht verlangt nicht von den Mitgliedstaaten, den Besitz von Kinderpornografie im Mindestmaß mit einer Freiheitsstrafe von einem Jahr zu bestrafen. Im Gegenteil: Eine solche Sanktion wird den Mitgliedstaaten vom Unionsrecht als Mindestvorgabe für das Höchstmaß des Strafrahmens gemacht (vgl. Art. 5 Abs. 2 Richtlinie 2011/93/EU). Auffällig ist auch, dass das Unionsrecht für Handlungen im Bereich der Kinderpornografie, deren Unwertgehalt über den bloßen Besitz teilweise deutlich hinausgeht (z.B. Herstellung von Kinderpornografie), ebenfalls kein Mindestmaß einer Freiheitsstrafe von einem Jahr vorsieht (vgl. Art. 5 Abs. 3 bis 6 Richtlinie 2011/93/EU). Das ist ein starkes Indiz dafür, dass der deutsche Gesetzgeber mit seiner Anordnung einer Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr in bloßen Besitzfällen nach § 184b Abs. 3 Var. 3 StGB die Grenze der Zumutbarkeit nicht durchgehend gewahrt hat, insbesondere in solchen Konstellationen, die sich bezogen auf die Gesamtgruppe der Besitzfälle objektiv als minderschwer darstellen.

Der hier vorgelegte Fall zeigt auch ganz konkret, dass Tatbestand und Rechtsfolge des § 184b Abs. 3 Var. 3 StGB nicht in allen von der Norm erfassten Fällen sachgerecht aufeinander abgestimmt sind. Die Strafandrohung steht in Fällen eines geringen Unrechts- und Schuldgehalt nicht im angemessenen Verhältnis zur Schwere des Tatvorwurfs. So auch hier.

Die Angeklagte hat keine pädophilen Neigungen und die kinderpornografischen Inhalte nachweislich auch nicht konsumiert. Sie hat sich die kinderpornografischen Inhalte auch nicht aktiv verschafft, sondern ist über eine automatische Speicherung in deren Besitz gelangt und zwar im Rahmen einer

WhatsApp-Gruppe, die auch nicht für den Austausch solcher Inhalte angelegt war oder als solche in Erscheinung getreten ist. Die Angeklagte wurde also gegen ihren Willen mit den kinderpornografischen Inhalten konfrontiert.

Die Strafandrohung kann aber nur dann zumutbar sein, wenn die sie rechtfertigenden Gründe ein solches Gewicht haben, dass sie unabhängig von der Qualität und Quantität der kinderpornografischen Inhalte zumutbar ist. Das ist angesichts des vom Gesetzgeber verfolgten Regelungszwecks hier nicht der Fall.

Bei einer automatischen Speicherung kinderpornografischer Inhalte im Account einer Person ohne jegliche pädophilen Neigungen scheint eine ernsthafte Nachahmergefahr nicht gegeben. Das gilt erst recht, wenn die Bilder und Inhalte nachweislich auch im Nachgang nicht konsumiert worden sind, nur ganz wenige Dateien vorhanden sind und dies auch nicht für den Konsum angelegt worden sind (etwa durch das Anlegen bestimmter Ordner, das Ausdrucken von Bilddateien etc.).

Auch die von Gesetzgeber erstrebte „Bekämpfung des Marktes“ rechtfertigt die ausnahmslose Strafandrohung von mindestens einem Jahr Freiheitsstrafe und die Einstufung als Verbrechenstatbestand nicht, was der hier festgestellte Sachverhalt belegt. Danach wurden die kinderpornografischen Inhalte in einer WhatsApp-Gruppe geteilt, in der es gerade keine „Marktmechanismen“ gab. Es war nicht so, dass die Mitglieder der WhatsApp-Gruppe kinderpornografische Inhalte nachgefragt haben und mit ihrer Nachfrage auch mittelbar Einfluss auf das Angebot genommen haben.

Wer durch automatische Speicherung in Besitz von Kinderpornografie kommt, ohne subjektiv oder objektiv als „Nachfrager am Markt“ aufgetreten zu sein, fördert auch nicht den Markt kinderpornografischer Darstellungen oder jedenfalls nicht in einem solchen Maß, dass das mit einer Strafandrohung von mindestens einem Jahr Freiheitsstrafe belegt werden kann.

### **III. Ergebnis**

Die ausnahmslose Mindeststrafandrohung des § 184b StGB für den Besitz von kinderpornografischen Inhalten verstößt danach gegen das Übermaßverbot. Die Strafe stellt dann im Blick auf die Freiheitsrechte des Betroffenen und unter Berücksichtigung der individuellen Schuld des Täters und darauf abhebender spezialpräventiver kriminalpolitischer Ziele eine übermäßige und deshalb verfassungswidrige Sanktion dar.

\* \* \*