



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

Stellungnahme Nr. 73 Dezember 2023

Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz eines Gesetzes zur Anpassung der Mindeststrafen des § 184b Absatz 1 Satz 1 und Absatz 3 des Strafgesetzbuches – Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Inhalte

Mitglieder des Strafrechtsausschusses

RA Prof. Dr. Dr. Alexander Ignor, Vorsitzender

RA Prof. Dr. Jan Bockemühl

RA Prof. Dr. Alfred Dierlamm

RA Prof. Dr. Björn Gercke

RA Thomas C. Knierim

RA Dr. Daniel M. Krause

RA Prof. Dr. Holger Matt (Berichterstatter)

RAin Anke Müller-Jacobsen

RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus (Berichterstatter)

RA Prof. Dr. Tido Park

RA Dr. Jens Schmidt (Berichterstatter)

RAin Dr. Anne Wehnert

RAin Dr. Annette von Stetten

RAin Leonora Holling, Schatzmeisterin, Bundesrechtsanwaltskammer

Bundesrechtsanwaltskammer

The German Federal Bar
Barreau Fédéral Allemand
www.brak.de

Büro Berlin – Hans Litten Haus

Littenstraße 9 Tel. +49.30.28 49 39 - 0
10179 Berlin Fax +49.30.28 49 39 - 11
Deutschland Mail zentrale@brak.de

Büro Brüssel

Avenue des Nerviens 85/9 Tel. +32.2.743 86 46
1040 Brüssel Fax +32.2.743 86 56
Belgien Mail brak.bxl@brak.eu

Verteiler: Bundesministerium der Justiz
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen
Rechtsanwaltskammern
Bundesverband der Freien Berufe
Bundesnotarkammer
Bundessteuerberaterkammer
Deutscher Steuerberaterverband
Wirtschaftsprüferkammer
Institut der Wirtschaftsprüfer
Deutscher Anwaltverein
Deutscher Notarverein
Deutscher Richterbund
Deutscher Juristinnenbund
Bundesvorstand Neue Richtervereinigung
Strafverteidigervereinigungen
Redaktionen der NJW, Beck Verlag, Deubner Verlag, Jurion, Juris, LexisNexis,
Otto Schmidt Verlag, Strafverteidiger, Neue Zeitschrift für Strafrecht, ZAP Verlag,
Zeitschrift für höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht,
Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht,
wistra - Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Zeitschrift HRR-Strafrecht, Kri-
minalpolitische Zeitschrift

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.

Stellungnahme

Der Präsident der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) hat für die BRAK den Referentenentwurf bereits mit Schreiben an das BMJ vom 13. Dezember 2023 begrüßt und auf die Stellungnahme Nr. 30/2023 hingewiesen. In dieser Stellungnahme hat die BRAK im Rahmen eines Verfahrens des BVerfG (Aussetzungs- und Vorlagebeschluss des Amtsgerichts Buchen vom 01.02.2023 – 1 Ls 1 Js 6298/21 - Az. des BVerfG: 2 BvL 3/23) dargelegt, dass die ausnahmslose Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe in § 184b Abs. 3 StGB de lege lata unverhältnismäßig ist aus verfassungsrechtlicher Sicht. Gleiches gilt aus den gleichen Gründen für die ausnahmslose Mindeststrafe in § 184 b Abs. 1 S. 1 StGB de lege lata. Der RefE verfolgt daher das richtige Ziel, die Mindeststrafe in § 184 b Abs. 1 S. 1 und Abs. 3 StGB wieder herabzusetzen.

I. Verfassungswidrigkeit und Unionsgrundrechtswidrigkeit

Die gegenwärtige Fassung des § 184b StGB ahndet unterschiedslos sämtliche Delikte im Bereich kinderpornographischer Inhalte als Verbrechenstatbestände, abgesehen von Abs. 1 S. 2 in Bezug auf „kein tatsächliches oder wirklichkeitsnahes Geschehen“ (dazu näher unten VI.). In allen Fällen von Abs. 1 S. 1 und Abs. 3 mit geringem Unrechts- und Schuldgehalt – insbesondere bei Beschuldigten ohne pädophile Neigungen, die solche Inhalte nicht konsumieren, sondern vielmehr auch gegen ihren Willen in den Besitz solcher Inhalte gelangen oder der wirklichen Verbreitung entgegenwirken wollen – steht die ausnahmslose Strafandrohung eines Verbrechens (Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe) evident nicht in angemessenem Verhältnis zur Schwere des Tatvorwurfs. Die ausnahmslose Mindeststrafandrohung des § 184b Abs. 1 S. 1 und Abs. 3 StGB für den Umgang mit kinderpornografischen Inhalten verstößt daher gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot. Hieraus folgt eine Korrekturpflicht des Gesetzgebers.

Dies gilt gleichermaßen für die unionsgrundrechtliche Vorgabe im Rang des Primärrechts bzw. Unionsverfassungsrechts (Art. 6 Abs. 1 EUV i.V.m. Art 49 Abs. 3 GrCh: „Das Strafmaß darf zur Straftat nicht unverhältnismäßig sein“), denn § 184b StGB stellt zugleich die deutsche – allerdings weit überobligatorische – Umsetzung der Richtlinie 2011/93/EU dar. Dort war allerdings lediglich eine Strafrahenobergrenze von mindestens einem Jahr Freiheitsstrafe vorgesehen (Mindesthöchststrafe).¹ Zur Herstellung einer unionsrechtskonformen Rechtslage muss der deutsche Gesetzgeber korrigierend tätig werden.

Der RefE bestätigt diese verfassungs- und unionsrechtliche Analyse inhaltlich wie folgt (A. und Begründung A.I. S. 5):

Die Verhältnismäßigkeit der Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe ist insbesondere dann fraglich, wenn die beschuldigte Person offensichtlich nicht aus pädokrimer Energie gehandelt hat, sondern im Fall des § 184b Absatz 1 Satz 1 StGB im Gegenteil, um eine andere Tat

¹ Vgl. ausführlich Brodowski StV 2023, 421, 422 ff. m.w.N.

nach § 184b StGB, insbesondere eine weitere Verbreitung oder ein öffentliches Zugänglichmachen eines kinderpornographischen Inhalts, zu beenden, zu verhindern oder aufzuklären. Besonders häufig sind solche Fälle bei Eltern sowie Lehrerinnen und Lehrern älterer Kinder oder Jugendlicher aufgetreten, die kinderpornographisches Material bei diesen gefunden und an andere Eltern, Lehrerinnen oder Lehrer oder die Schulleitung weiter-geleitet haben, um diese über den Missstand zu informieren. Eine Herabstufung zum Vergehen ist außerdem dringend erforderlich, um auf den großen Anteil jugendlicher Täter und Täterinnen angemessen und mit der gebotenen Flexibilität eingehen zu können. Denn auch hier sind die handelnden Personen in der Regel nicht pädophil, sondern handeln aus einem für den jugendlichen Entwicklungsstand typischen Antrieb wie Unbedarftheit, Neugier, Abenteuerlust oder Imponierstreben. Die Absenkung der Mindeststrafe ist zudem im Fall des § 184b Absatz 3 StGB zur Sicherstellung einer tat- und schuldangemessenen Reaktion im Einzelfall erforderlich, zum Beispiel wenn der Inhalt ungewollt in den Besitz der Empfängerin oder des Empfängers gelangt war.

Der RefE geht auf das Unionsrecht zwar ein (Begründung A.V. S. 7), nicht jedoch auf den zwingenden Korrekturbedarf des Gesetzgebers auch nach Unionsrecht.

II. Ermöglichung strafprozessualer Verfahren für Vergehen (§ 184b Abs. 1 und 3 StGB)

Der RefE hebt zutreffend hervor, dass die geltende Rechtslage (§ 184b Abs. 1 S. 1 und Abs. 3 StGB ausnahmslos Verbrechen gem. § 12 Abs. 1 StGB) „zur Folge (hat), dass die Strafverfolgungsbehörden Verfahren, die Straftaten nach § 184b Absatz 1 Satz 1 oder Absatz 3 StGB zum Gegenstand haben, nicht mehr nach den §§ 153 und 153a der Strafprozessordnung (StPO) einstellen oder durch Strafbefehl nach den §§ 407 ff. StPO erledigen können“. Die einzig richtige Lösung, diesen von der gesamten Justizpraxis kritisierten Zustand zielführend zu verändern, gleichsam rückgängig zu machen, ist die Herabsetzung der Mindeststrafe und somit die Einordnung von § 184b Abs. 1 S. 1 und Abs. 3 StGB als Vergehen. Während aus rein verfassungsrechtlicher (vgl. BRAK-Stellungnahme Nr. 30/2023 S. 6) oder rein unionsrechtlicher Sicht² auch eine materiell-rechtliche Lösung durch Einführung eines minder schweren Falls möglich ist (im RefE nur als „Alternative“ unter C. und in der Begründung unter A.III. auf S. 7 angesprochen, dazu näher unten III.), zielt der RefE ausdrücklich darauf ab, die strafprozessualen Möglichkeiten zur Ahndung von Vergehen in Zukunft bei Vorwürfen gem. § 184b Abs. 1 und 3 StGB nutzen zu können (B. und Begründung unter A.II. S. 7 und unter B. S. 9 und 10 f.). Dies ist uneingeschränkt, gerade aus Sicht der Praxis, zu begrüßen.

III. Zusätzliche Einführung eines minder schweren Falles in § 184 b StGB

Es wäre sachgerecht, die im RefE lediglich als „Alternative“ behandelte Einführung eines minder schweren Falles kumulativ als materiell rechtliche Lösung in den künftigen Gesetzesentwurf zu integrieren und für diesen minder schweren Fall auch eine Geldstrafe alternativ zu einer Freiheitsstrafe vorzusehen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn es bei den erhöhten Mindeststrafen des RefE (mindestens 6 oder 3 Monate Freiheitsstrafe) in § 184b Abs. 1 S. 1 und Abs. 3 StGB de lege ferenda bleiben soll. Auf diese Weise würde den Anforderungen an den Maßstab der Verhältnismäßigkeit sowohl nach deutschem Verfassungsrecht als auch nach Unionsrecht besser Rechnung getragen. Dies gilt im Übrigen auch für die im RefE nicht angesprochenen, also unveränderten Strafvorschriften in § 184b Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 StGB, auch hier sollte ein minder schwerer Fall ausdrücklich neu vorgesehen werden. Auch bei

² Vgl. Brodowski StV 2023, 421, 425.

gewerbsmäßiger oder bandenmäßiger Begehungsweise ist ein minder schwerer Fall (z.B. einer untergeordneten Person) denkbar, für die eine Bewährungsstrafe auch bei Tatmehrheit noch möglich sein sollte (vgl. §§ 53 bis 55, 56 StGB). Zudem unterfallen § 184b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und Abs. 2 StGB auch fiktive, wenn auch wirklichkeitsnahe Geschehen, die im Einzelfall einen minder schweren Fall nahelegen. In den Fällen des „privilegierten“ § 184b Abs. 1 S. 2 StGB (erkennbar rein fiktive Kinderpornographie) muss man ohnehin Zweifel haben, ob die hohe, schon in der Mindeststrafe angehobene Strafan drohung von drei Monaten bis fünf Jahren Freiheitsstrafe sinnvoll ist (dazu näher unten VI.); erst recht muss es aber einen minder schweren Fall geben, bei dem es bei einer Geldstrafe oder Verwarnung mit Strafvorbehalt verbleiben kann.

Der Ansatz des RefE, die Einführung eines minder schweren Falles lediglich alternativ zu diskutieren und abzulehnen, greift zu kurz. Die unzweifelhaft richtige Herabsetzung der Mindeststrafe zur Ermögli chung einer angemessenen strafprozessualen Behandlung entsprechender Fälle als Vergehen (siehe oben II.) schließt eine zusätzliche materiell-rechtliche Lösung für den gesamten § 184b StGB nicht aus. Unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten ist die Einführung eines minder schweren Falles geradezu geboten.

IV. Strafbarkeit des Versuchs (§ 184 b Abs. 4 StGB)

Der RefE sieht trotz der vorgesehenen Änderungen in Abs. 1 S. 1 und Abs. 3 (Herabsetzung der Mindeststrafe auf 6 bzw. 3 Monate) bislang keine Änderung auch des § 184b Abs. 4 StGB zur Versuchs strafbarkeit vor. Während das Verbrechen gem. § 184b Abs. 2 StGB (Qualifikation durch Gewerbsmä ßigkeit oder Bande) auch als Versuch immer strafbar bleibt (§ 23 Abs. 1 StGB) und auch die – bislang vom Unrecht her zu recht am niedrigsten eingestuft – Verhalten in Bezug auf „kein tatsächliches oder wirklichkeitsnahes Geschehen“ (§ 184 b Abs. 1 S. 2 StGB) gem. Abs. 4 als Versuch strafbar sind (siehe dazu unten VI.), entfielen die Versuchsstrafbarkeit der Handlungen nach § 184b Abs. 1 S. 1 und Abs. 3 StGB für „echte“ Kinderpornographie. Dieser Wertungswiderspruch ist sicherlich nicht gewollt. Da sich hierzu kein Wort in der Begründung des RefE findet, dürfte es sich um ein Versehen handeln.

Als Lösung kommt in Betracht: Entweder man streicht die Versuchsstrafbarkeit insgesamt (Wegfall von Abs. 4), es bliebe dann lediglich der Versuch des Verbrechens nach Abs. 2 strafbar; eine unter Verhält nismäßigkeitsgesichtspunkten (siehe oben) durchaus zu überlegende Alternative. Oder man ändert Abs. 4 dahin ab, dass der Versuch auch in den Fällen des Abs. 1 und 3 strafbar sein soll.

V. Geldstrafe und Freiheitsstrafe alternativ

Der RefE sieht für alle in § 184b StGB unter Strafe gestellten Handlungen nach wie vor ausnahmslos erhöhte Mindeststrafen vor, so dass die Verhängung von Geldstrafen nicht möglich ist, abgesehen von Fällen des § 47 StGB zur gesetzlich gewünschten Vermeidung kurzer Freiheitsstrafen. Auch die An wendung der Verwarnung mit Strafvorbehalt gem. § 59 StGB scheidet kategorisch aus. Im weiteren Gesetzgebungsprozess sollte ernsthaft erwogen werden, in allen Fällen von § 184b Abs. 1 und 3 StGB alternativ Geldstrafe oder Freiheitsstrafe vorzusehen. Die spezial- und generalpräventive Wirkung einer (ggfs. spürbaren) Geldstrafe sollte nicht unterschätzt werden. Für die wirklich eklatanten Unrechtsfälle kann und sollte der Strafraum bezüglich der Höchststrafen wie im geltenden Recht bleiben; darauf weist der RefE zu recht hin (Begründung A.II. S. 7).

VI. Fiktive Kinderpornographie

In den Fällen des § 184 b Abs. 1 S. 2 StGB („kein tatsächliches oder wirklichkeitsnahes Geschehen“, d.h. erkennbar fiktive Kinderpornographie) muss man Zweifel haben, ob die hohe, schon in der Mindeststrafe angehobene Strafandrohung von drei Monaten bis fünf Jahren Freiheitsstrafe sinnvoll ist. In solchen Fällen sollte grundsätzlich Geldstrafe als alternative Sanktion und somit auch eine Verwarnung mit Strafvorbehalt möglich sein, also das erhöhte Mindestmaß von drei Monaten Freiheitsstrafe gestrichen werden. Dies gilt erst recht, weil bislang ein minder schwerer Fall gleichfalls nicht im Gesetz vorgesehen ist. Der RefE äußert sich hierzu nicht. Folgt man den Vorschlägen der Expertenkommission von 2017, dass fiktive Kinder- und Jugendpornographie aus dem Schutzbereich der §§ 184b und 184c StGB gestrichen werden sollte,³ muss Abs. 1 S. 2 vollständig wegfallen.

- - -

³ Siehe Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, 2017, Empfehlung Nr. 61, S. 19; ferner S. 244 ff., insbesondere S. 251 ff.