

Europarechtliche Bezüge des Kinder- und Jugendpornographiestrafrechts

Zum unionsrechtlichen Hintergrund aktueller Auslegungsfragen der §§ 184b, 184c StGB

Von Wiss. Mitarbeiter **Berthold H. Haustein**, Würzburg*

Der Beitrag behandelt die europarechtlichen Grundlagen des deutschen Pornographiestrafrechts. Er geht sowohl auf die Entstehungsgeschichte ein, als auch auf die Bedeutung der unionsrechtlichen Normen für die Auslegung der §§ 184b, 184c StGB. Dabei wird deutlich, dass das Kinder- und Jugendpornographiestrafrecht ein besonders eindrückliches Beispiel für die Bedeutung des Europarechts auch im Strafrecht darstellt. Zudem wird auf die Bedeutung des Referentenentwurfs aus dem Bundesjustizministerium zur Erweiterung der §§ 184b, 184c StGB eingegangen.

The paper focusses on the structures of German criminal law on child pornography as they are set by the law of the European Union. It covers both the history of the development of the respective European provisions and the relevance of these provisions for interpreting §§ 184b, 184c StGB. Thus pointing out that the criminal law on child pornography as it is in Germany is one of the most notable examples for the influence European Union law has on the very core of German criminal law. Furthermore the paper regards the newly published draft by the German Federal Ministry of Justice amending and in fact extending §§ 184b, 184c StGB.

I. Einleitung

Nicht nur und nicht zuletzt die jüngeren Diskussionen um Strafbarkeit und Strafwürdigkeit von kinderpornographischen Aufnahmen legen es nahe, sich mit den europarechtlichen Vorgaben und Einflüssen im Bereich des Pornographiestrafrechts einmal mehr näher zu beschäftigen.

Das gilt umso mehr, als es sich bei dem unionsrechtlichen Rahmen für die Strafbarkeit von Kinder- und Jugendpornographie um ein besonders eindrückliches Beispiel für europäische Angleichungen von materiellem Kernstrafrecht handelt.

Aus verfassungsrechtlicher Perspektive ist eine besonders restriktive Auslegung der Unionskompetenzen zur Angleichung von Strafnormen zu fordern, die das BVerfG mit der besonderen identifikationsstiftenden Wirkung des Strafrechts für die Bürgerinnen und Bürger begründet. Das Strafrecht sei eine „besonders sensible demokratische Entscheidung über das rechtsethische Minimum“.¹ Dies trifft ganz besonders auf die Strafbarkeit von Kinder- und Jugendpornographie zu. Sexuelle Handlungen von, an und vor Kindern und entsprechende Darstellungen werden von der ganz überwiegenden Mehrheit der Gesellschaft im Sinne eines „rechtsethischen Minimums“ oder eines „rechtsethischen Minimalkonsenses“ als strafwürdiges Unrecht begriffen.

Trotzdem oder gerade deswegen ist mittlerweile der Bereich der Kinder- und Jugendpornographiedelikte europäisch

angegliedert. Die EU verfügt seit dem Vertrag von Lissabon über weitreichende Kompetenzen in diesem Regelungsbe- reich und ihre Harmonisierungsbemühungen haben erheblichen Einfluss auf die Gestaltung und Auslegung der entsprechenden Normen im deutschen Strafrecht (§§ 184b f. StGB). Zu den Regelungen durch die Union kommen zudem umfassende völkerrechtliche Regelungswerke, vor allem durch den Europarat.

II. Einschlägige Rechtsakte

Die deutschen Regelungen zur Kinder- und Jugendpornographie basieren in erster Linie auf dem Rahmenbeschluss 2004/68/JI² der EU. Den Bestimmungen dieses Rahmenbeschlusses wurde vom deutschen Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates der Europäischen Union zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie³ aus dem Jahr 2008 entsprochen. Im Jahr 2011 wurde dieser Rahmenbeschluss durch die Richtlinie 2011/93/EU ersetzt.⁴

III. Kompetenzgrundlagen

Zentrale Norm für die Bestimmung der Kompetenzen der Europäischen Union zur materiellen Strafrechtsharmonisierung vor Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon war Art. 31 EUV a.F. Dieser sah in Abs. 1 lit. e vor, dass das gemeinsame Vorgehen bei der justiziellen Zusammenarbeit auch die „schrittweise Annahme von Maßnahmen in den Bereichen organisierte Kriminalität, Terrorismus und illegaler Drogenhandel“ umfasst. Umstritten war allerdings, ob diese Aufzählung abschließend war.⁵ Davon abhängig war umstritten, ob Art. 31 EUV a.F. als Kompetenznorm für den Rahmenbeschluss ausreichte. Mit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon sind die Kompetenzen der Europäischen Union zur Harmonisierung und Angleichung strafrechtlicher Regelungsbereiche in Art. 83 AEUV geregelt und dort klarer formuliert. Ob in diesem Zusammenhang von einer Erweiterung gesprochen werden kann ist allerdings wegen des oben beschriebenen Streites nicht eindeutig.⁶ Jedenfalls wird in der Aufzählung des Art. 83 Abs. 2 AEUV jetzt auch die „sexuelle Aus-

² ABl. EU Nr. L 13, S. 44.

³ BGBl. I 2008, S. 2149 (Nr. 50); zur Rechtslage vor dem 5.11.2008: *Hörmle*, NJW 2002, 1008.

⁴ ABl. EU Nr. L 335, S. 1.

⁵ So die wohl h.M., vgl. *Suhr*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 4. Aufl. 2011, Art. 83 Rn. 10; *Satzger*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 2. Aufl. 2012, Art. 83 Rn. 6. Für eine Begrenzung *Nemitz*, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag, Kommentar, 4. Aufl. 2006, Art. 31 Rn. 18, und *Calliess* ZEuS 2008, 3 (12).

⁶ So *Jokisch/Jahnke*, in: Sieber/Brüner/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, 2011, § 2 Rn. 37; a.A. *Suhr* (Fn. 5), Art. 83 Rn. 10; *Satzger* (Fn. 5), Art. 83 Rn. 6.

* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtstheorie, Informationsrecht und Rechtsinformatik (Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf) an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg.

¹ BVerfGE 123, 267 (410) = NJW 2009, 2288

beutung von Frauen und Kindern“ genannt. Damit steht das Tätigwerden der EU im Bereich des Kinderpornographiestrafrechts jedenfalls auf deutlich sichereren Füßen als bisher.

IV. Transformation des Unionsrecht in den §§ 184b f. StGB

1. Kinderpornographie (§ 184b StGB)

Im Zuge der Umsetzung des Rahmenbeschlusses wurde der Tatbestand des § 184b StGB geändert.⁷ Da auch pornographische Abbildungen von Jugendlichen in den Anwendungsbereich des neuen Pornographiestrafrechts fallen sollten, war die bisherige Formulierung, die Kinderpornographie als „pornographische Schriften (§ 11 Abs. 3 StGB) [definierte], die den sexuellen Missbrauch von Kindern (§§ 176 bis 176b StGB) zum Gegenstand haben“, unbrauchbar geworden.⁸ Stattdessen sind unter dem Begriff der Kinderpornographie gem. § 184b StGB jetzt pornographische Schriften (§ 11 Abs. 3 StGB) zu verstehen, die „sexuelle Handlungen von, an oder vor Kindern (§ 176 I)“ zum Gegenstand haben.⁹ Darüber hinaus entsprach aber schon der § 184b StGB a.F. den neuen europarechtlichen Vorgaben.¹⁰ Allerdings wird hier bereits deutlich, dass die Umsetzung unter Abweichen der Definition von Kinderpornographie als Darstellung von Handlungen nach den §§ 176 ff. StGB dazu führt, dass die Strafbarkeit von Darstellung und Handlung auseinander fällt. Dass also etwa das Besitzen einer Darstellung strafbar sein kann, während die der Darstellung zu Grunde liegende Handlung strafrechtlich nicht beanstandet wird.

2. Jugendpornographie (§ 184c StGB)

Eine wesentliche Änderung durch den Rahmenbeschluss basiert auf der dort in Art. 1 lit. a enthaltenen Begriffsbestimmung eines Kindes als Person unter 18 Jahren¹¹ und der sich aus Art. 3 Abs. 1 ergebenden umfassenden Regelung für Pornographie in Zusammenhang mit Kindern, die für die Herstellung, den Vertrieb, die Verbreitung und die Weitergabe, das Anbieten oder sonstiges Zugänglichmachen und den Erwerb und Besitz ein Straferfordernis begründen. Mit Erlass der Richtlinie haben sich diese Tathandlungsvarianten noch erweitert auf den bewussten Zugriff mittels Information- und Kommunikationstechnologie und das Liefern (Art. 5 Abs. 3, Abs. 5).

Bis zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses sah das StGB allerdings keine Tatbestände vor, die „die Herstellung und Verbreitung von pornographischen Schriften verboten, in de-

nen Vierzehn- bis Siebzehnjährige als Darsteller zu sehen sind.“¹²

Ursprünglich wollte die Bundesregierung daher Kinder- und Jugendpornographie in einer Strafnorm zusammenfassen.¹³ Dem wurde im Gesetzgebungsverfahren zwar nicht grundsätzlich entgegen getreten, allerdings äußerte der Rechtsausschuss des deutschen Bundestages hinsichtlich der Gleichsetzung von Kinder- und Jugendpornographie auch beim Strafrahmen Bedenken: „Verbreitung, Erwerb und Besitz kinder- und jugendpornographischer Schriften sollen jeweils in einer eigenen Vorschrift mit unterschiedlichen Strafanordnungen geregelt werden. [...] Damit soll der Tatsache Rechnung getragen werden, dass Verbreitung, Erwerb und Besitz kinder- und jugendpornographischer Schriften einen höheren Unrechtsgehalt aufweisen als Verbreitung, Erwerb und Besitz jugendpornographischer Schriften.“¹⁴

In der Folge wurde die „Jugendpornographie“ im neuen, eigenständigen § 184c StGB geregelt.¹⁵ Dieser wurde im Wesentlichen § 184b StGB nachgebildet, das gilt insbesondere für das Tatobjekt. Auch die Tathandlungen von § 184c und § 184b StGB entsprechen sich in Abs. 1, Nrn. 1-3. und Abs. 2 und 3. Nur hinsichtlich Abs. 4 ist der Tatbestand des § 184c StGB enger gefasst als der des § 184b StGB. Die Abs. 4 und 5 des § 184b StGB werden nach § 184c Abs. 5 StGB entsprechend angewendet.

Die Definition von Kinder- bzw. Jugendpornographie als pornographische Schriften, die sexuelle Handlungen von, an oder vor Jugendlichen zum Gegenstand haben entspricht dabei allerdings nicht genau den europarechtlichen Beschreibungen. Vielmehr geht sie teilweise darüber hinaus, bleibt teilweise aber auch dahinter zurück. Dies wird bei der Auseinandersetzung mit den folgenden zwei Einzelfragen deutlich.

V. Einzelfragen

1. Das Problem der „Scheinjugendlichen“

Die Umsetzung des Rahmenbeschlusses hat die Frage verschärft, wie mit Darstellungen von Personen umzugehen ist, die zwar wie unter 18 wirken, aber in Wirklichkeit volljährig sind, sog. „Scheinjugendliche“.¹⁶ „Für die Praxis (sowohl der Strafverfolgungsbehörden als auch der sich um Legalität bemühenden Hersteller und Verbreiter von pornographischen Filmen und Fotos) ist es eine wichtige Frage, ob darauf abzustellen ist, dass Darsteller *tatsächlich minderjährig* waren, oder ob es auf den *Eindruck* ankommt, den ein Betrachter vom Alter der gezeigten Person gewinnt.“¹⁷ Der Rahmenbeschluss bestimmte dazu, dass als Darsteller von Kinderpornographie gemäß Art. 1 lit. b sublit. ii) auch Personen mit

⁷ Zur Rechtslage vor dem Umsetzungsgesetz vgl. *Laubenthal*, Sexualstrafrecht, Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung, 1. Aufl. 2000, S. 694 ff.

⁸ *Hörnle*, NJW 2008, 3521 (3525).

⁹ *Reinbacher/Wincierz*, ZRP 2007, 195 (196).

¹⁰ *Hörnle*, NJW 2008, 3521 (3525); *Böse*, in: *Hoyer/Müller/Pawlik/Wolter* (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 751 (754).

¹¹ *Böse* (Fn. 10), S. 756.

¹² *Hörnle*, NJW 2008, 3521 (3523).

¹³ *Laufhütte/Roggenbuck*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 12. Aufl. 2011, § 184c vor Rn. 1; BT-Drs. 16/3439, S. 5.

¹⁴ BT-Drs. 16/9646, S. 17.

¹⁵ *Laufhütte/Roggenbuck* (Fn. 13), § 184c vor Rn. 1; *Hörnle*, NJW 2008, 3521 (3523).

¹⁶ *Zu Scheinkindern Schröder*, GA 2009, 213 (218).

¹⁷ *Hörnle*, NJW 2008, 3521 (3524).

kindlichem Erscheinungsbild gelten. Es ist den Mitgliedstaaten überlassen ist, ob sie diese Form von Pornographie bestrafen wollen (Art. 3 Abs. 2 lit. a). Zu Gunsten welcher Auslegung § 184c Abs. 1 StGB zu verstehen ist, ist nicht unumstritten.

Der BGH hat zunächst 2001 für das vergleichbare Problem bei Kinderpornographie festgestellt, dass es, wenn die dargestellte Person nicht tatsächlich ein Kind sei, auf die „Sicht des verständigen Betrachters“ ankäme.¹⁸ In einem neueren Urteil hat auch das BVerfG die Übertragbarkeit dieses Urteils auf den Fall der Jugendpornographie bestätigt.¹⁹

In der Literatur wurde dieses Urteil durchaus kritisch aufgenommen. So verlangt Hörnle jedenfalls für Fälle, in denen „die Betrachterperspektive keine Zuordnung zu den Kategorien volljährig/minderjährig“ erlaubt, die Straffreiheit, da in diesen Fällen „für eine dem Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 II GG) genügende Norm nur der Ausweg [bleibt], auf das tatsächliche Alter der Darsteller abzustellen.“²⁰ Kritisch sieht Liesching, dass die „Forderung des Gerichts, dass ‚der Beobachter [...] eindeutig zu dem Schluss kommen‘ müsse, dass jugendliche Darsteller beteiligt sind, [...] jedenfalls so lange eine Fiktion [bleibt], bis dem ‚Beobachter‘ rechtssichere Kriterien an die Hand gegeben sind, mit denen er die Beurteilung der ‚Eindeutigkeit‘ einer jugendlichen Anmutung sicher vornehmen kann.“²¹ Auch Baier hat eine eindeutige Ausnahme auf Grundlage der europarechtlichen Ausnahmemöglichkeit für sinnvoll erachtet: „[Der Gesetzgeber sollte] die in Art. 3 II lit. a eröffnete Möglichkeit ergreifen, Kinderpornographie unter Mitwirkung von Scheinkindern entsprechend der gegenwärtigen Rechtslage zu behandeln. Das bedeutet Straffreiheit, wenn es sich in Wirklichkeit um erwachsene Darsteller handelt [...]“²² Er begründet dies u.a. mit den zu erwartenden Problemen im Zusammenhang mit dem grundgesetzlichen Bestimmtheitsgrundsatz.

Der Rechtsausschuss des deutschen Bundestages formuliert in seiner Beschlussempfehlung, dass § 184c StGB so zu verstehen sei, dass der Besitz „pornographischer Schriften, die sexuelle Handlungen von, an oder vor Erwachsenen mit jugendlichem Erscheinungsbild wiedergeben“, nicht strafbar ist und verweist in diesem Zusammenhang auf Art. 3 Abs. 2 lit. a des Rahmenbeschlusses.²³ Es ist allerdings nicht ganz eindeutig, ob sich dies nur auf die Strafbarkeit nach § 184c

Abs. 4 S. 1 StGB oder auf den gesamten § 184c StGB erstrecken soll.²⁴

Die Strafbarkeit von pornographischen Darstellungen Scheinjugendlicher²⁵ ist allein aus dem Wortlaut nicht zu rechtfertigen. § 184c StGB spricht von pornographischen Schriften, die sexuelle Handlungen von, an oder vor Jugendlichen *zum Gegenstand haben*. Ob damit auch (nur) referentielle Darstellungen vom Wortlaut erfasst werden, also Schriften, die eine Darstellung beinhalten, die nur darauf abzielt so zu wirken, wie Jugendpornographie, ist nicht eindeutig. Dafür spricht allerdings ein Vergleich mit dem Verbot von Gewaltpornographie. Bei § 184a S. 1. Var. 1 StGB wird die Formulierung von der h.M. ebenfalls so ausgelegt, dass auch Schriften tatbestandsmäßig sind, die Gewalt nur vorspielen, also nur *scheinbar* Gewalt zeigen, erst wenn die Handlungen schon nicht mehr als aggressiv empfunden werden, scheidet der Tatbestand aus.²⁶ Dies wurde sogar soweit verstanden, dass selbst lächerliche wirkende Darstellungen noch tatbestandsmäßig sein können.²⁷ Schon wegen der unterschiedlichen Schutzrichtung von § 184a und den §§ 184b, 184c StGB ist dies aber nicht ohne Weiteres übertragbar.

Eine Auslegung entlang des Europarechts führt zu keinem anderen Ergebnis. Zwar kennen Rahmenbeschluss und Richtlinie die Strafbarkeit von Scheinjugendlichen als Normalfall, halten aber explizit eine Ausnahme vor.

Gegen eine Einbeziehung von Scheinjugendlichen in den Tatbestand des § 184c Abs. 1 StGB spricht aber schwerwiegend, dass bei der Herstellung der pornographischen Schrift objektiv keinerlei Unrecht involviert war. Auch zum Schutz von Jugendlichen vor „Jugendsünden“ und Ausbeutung trägt die Regelung nichts bei, schon deshalb, weil die dargestellten Personen in diesen Fällen ja gerade keine Jugendlichen mehr sind. Strafrechtspolitisch wird für die Strafbarkeit von Scheinjugendlichenpornographie das Bedürfnis angeführt, einen jugendpornographischen Markt auszutrocknen. Zuzustimmen ist aber Popp, „dass die Fokussierung auf die Rolle des Abnehmers, die mit [dem] sogenannten ‚Nachfrage-Paradigma‘ verbunden ist, die Lösung konkreter dogmatischer Fragen eher behindert als fördert.“²⁸ Das trifft umso mehr zu, als ein jugendpornographischer Markt in nur weit geringerem Maße existiert, als im Bereich der Kinderpornographie,²⁹ was in der

¹⁸ BGHSt 47, 55 (62) = NJW 2001, 3560.

¹⁹ BVerfG, Beschl. v. 6.12.2008 – 2 BvR 2369/08 = MMR 2009, 178 m. Anm. Liesching; Reinbacher/Wincierz, ZRP 2007, 195 (197).

²⁰ Hörnle, NJW 2008, 3521 (3525); Laufhütte/Roggenbuck (Fn. 13), § 184c Rn. 4, und Eisele, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 184c Rn. 4, verneinen eine Strafbarkeit, wenn das Alter offen erscheint. Anders dagegen, für einen kompletten Ausschluss der Strafbarkeit bei volljährigen Darstellern mit Verweis auf BT-Drs. 16/9646, S. 38 (sic!); Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 61. Aufl. 2014, § 184c Rn. 8.

²¹ Liesching, MMR 2009, 178 (179).

²² Baier, ZUM 2004, 39 (49).

²³ BT-Drs. 16/9646, S. 18.

²⁴ So Hörnle, NJW 2008, 3521 (3525); Eisele (Fn. 20), § 184c Rn. 4; Schröder, GA 2009, 213 (217).

²⁵ Sowohl das Ergebnis als auch die Ausführungen lassen sich auf Scheinkinder – also Opfer am Randbereich von § 184b und § 184c StGB anwenden. Allerdings existiert dort seit der Umsetzung des Rahmenbeschlusses in Form des § 184c StGB eine Art „Auffangbestand“.

²⁶ Laufhütte/Roggenbuck (Fn. 13), § 184a Rn. 4; krit. Fischer (Fn. 20), § 184a Rn. 6.

²⁷ OLG Köln, Urte. v. 24.6.1980 – 1 Ss 284-285/90 = NJW 1981, 1458.

²⁸ Popp, ZIS 2010, 193 (193).

²⁹ Im Jahr 2012 wurden nach der Strafverfolgungsstatistik (Bundesamt für Statistik, Fachserie 10 Reihe 3) gem. § 184c StGB 100 Personen verurteilt, S. 33 (1.788 Personen nach § 184b StGB, S. 31). Entsprechend gering dürfte die Anzahl

Natur des Interesses an Jugendpornographie liegt. Soweit diese nämlich von Pädophilie als Krankheitsbild geleitet ist, sind sexuelle Aufnahmen von Jugendlichen, die die Pubertät bereits durchlebt haben, im Regelfall nicht gefragt.³⁰ Letztlich bleibt also fraglich, wieso das Zeigen, Besitzen, usw. eines Filmes, der den Geschlechtsverkehr von zwei Erwachsenen darstellt, die jugendlich wirken, strafbar ist, während weder der Geschlechtsverkehr noch das (direkte) Betrachten des Geschlechtsverkehrs unter eine Norm des StGB fallen soll. Im Ergebnis spricht daher viel dafür, auf eine Einbeziehung von Scheinjünglichen in den Tatbestand des § 184c StGB zu verzichten.

2. „Posing“ und Genitaliaufnahmen

a) Der Umgang mit Posingfotos de lege lata

Art. 1 lit. b des Rahmenbeschlusses definiert als „Kinderpornographie“ auch „aufreizendes Zur-Schau-Stellen der Genitalien oder der Schamgegend von Kindern“. Damit zielt der Rahmenbeschluss auf das Problem sog. „Posing-Fotos“.³¹ Diese galten nach der Fassung bis 2008 als nicht tatbestandsmäßig.³² Der bis dahin geltende Bezug des Kinderpornographietatbestandes zum sexuellen Missbrauch (s.o.) führte dazu, dass nach Ansicht des Gerichts „eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Vorschrift auf die Vornahme auch solcher Handlungen, bei denen es nicht zu Manipulationen am eigenen Körper kommt, [...] mit dem Wortsinn der Vorschrift [...] nicht zu vereinbaren“³³ ist. Diese Rechtslage war mit dem oben zitierten europarechtlichen Ausgangspunkt nicht in Einklang zu bringen. Ziel des Gesetzgebers war es daher bei der Umsetzung des Rahmenbeschlusses auch, diese Gesetzeslücke zu schließen.³⁴ Ob dies mit den §§ 184b f. StGB tatsächlich vollständig gelungen ist, ist nach der Neufassung allerdings nach wie vor fraglich.³⁵ Insbesondere bei Aufnahmen von schlafenden oder gefesselten Kindern wird vertreten, dass es schon an einer tatbestandsmäßigen „Handlung“ fehlt,³⁶ dasselbe gilt für Nahaufnahmen einzelner Körperteile.³⁷

b) Der neue „Posingbegriff“ der Richtlinie

Unabhängig davon, wie man diese Frage beurteilt oder beurteilt hat, hat sie durch den Richtlinienenerlass eine neue Dimension bekommen. In Erweiterung der Formulierung des Rah-

menbeschlusses („aufreizendes Zur-Schau-Stellen der Genitalien“) sieht die neue Richtlinie mittlerweile vor, dass unter den Begriff der Kinderpornographie auch „jegliche Darstellung der Geschlechtsorgane eines Kindes für primär sexuelle Zwecke“ (Art. 2 lit. c sublit. ii) fällt. Eine Erweiterung, die entweder eine veränderte europarechtskonforme Auslegung, soweit mit der Wortlautgrenze vertretbar, oder ein Handeln des Gesetzgebers notwendig machen wird. Durch den Verzicht auf das Erfordernis einer sexuell-aufreizenden Zurschaustellung sollen auch Abbildungen erfasst werden, deren Zustandekommen jedenfalls nicht ersichtlich sexuell motiviert ist. Es geht mithin gerade nicht nur um das, was klassischerweise als „Posing“ bezeichnet wird, sondern darüber hinaus auch um reine Abbildungen der Genitalien von Kindern. In anderen Worten bedeutet der Verzicht auf die Formulierung „sexuell aufreizend“, dass das Motiv der Darstellung selber aus sich heraus kein sexuelles Moment mehr beinhalten muss. Dieses Verständnis wird aber mit der Formulierung des § 184b Abs. 1 StGB – „sexuelle Handlungen“ – nicht in Einklang zu bringen sein.³⁸

Die Darstellungen der Genitalien müssen allerdings Darstellungen zu primär sexuellen Zwecke sein. Ob damit gemeint ist, dass sie für diese Zwecke gedacht, bestimmt, hergestellt, verbreitet oder verwendet sein müssen, lässt die Richtlinie offen. Eine Darstellung kann aber aus sich heraus keinen Zweck haben. Denkbar ist, dass Darstellungen typischerweise zu einem bestimmten Zweck verwendet werden. Sicherlich kann sich diese letztlich soziale Zuordnung auch soweit selbstständigen, dass von einem Zweck der Darstellung gesprochen werden kann. Gerade in Grauzonen funktioniert diese Zuordnung aber nicht.

Damit bleiben zwei weitere denkbare Möglichkeiten: Der Zweck der Herstellung des Materials und der Zweck der Nutzung oder Verbreitung des Materials. Insoweit gibt die Richtlinie in Erwägungsgrund 9 jedenfalls Aufschluss darüber, welchen Zweck der europäische Gesetzgeber im Sinn hatte: Beide. Dort heißt es: „wobei derartige Bilder für primär sexuelle Zwecke produziert oder verwendet und mit oder ohne Wissen des Kindes ausgebeutet werden.“

c) Probleme des unionsrechtlichen „Posing“-Begriffs

Das Tatobjekt „Kinderpornographie“ wird also um eine subjektive Komponente erweitert – ein Umstand, der gleich in mehrererlei Hinsicht Probleme mit sich bringen wird:

- Offensichtlich sind die zusätzlichen Beweisprobleme, die mit dieser Subjektivierung einhergehen werden.
- Eine Darstellung kann zu nicht sexuellen Zwecken erstellt und zu sexuellen Zwecken verbreitet werden oder vice versa. Bedeutet die Definition, dass eine Darstellung für einen Täter Kinderpornographie sein kann, für einen anderen aber nicht?
- Um Kinderpornographie i.S.d. Richtlinie handelt es sich nur, wenn die Darstellung „primär“ sexuellen Zwecken

der wegen § 184c StGB belangten Täter sein, die in Zusammenhang mit der Darstellung von Scheinjünglichen stehen.

³⁰ Pädophilie ist nach dem sog. ICD-10 Standard (International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems) definiert als: „Sexuelle Präferenz für Kinder, Jungen oder Mädchen oder Kinder beiderlei Geschlechts, die sich meist in der Vorpubertät oder in einem frühen Stadium der Pubertät befinden.“ (Nummer: F65.4).

³¹ Synonym verwandt von Röder, NStZ 2010, 113.

³² Röder, NStZ 2010, 113.

³³ BGH 50, 370 = NJW 2006, 1890.

³⁴ Röder, NStZ 2010, 113.

³⁵ Laufhütte/Roggenbuck (Fn. 13), § 184c Rn. 5.

³⁶ Röder, NStZ 2010, 113 (119).

³⁷ Fischer (Fn. 20), § 184b Rn. 4.

³⁸ Auch wenn der Referentenentwurf des BMJ v. 28.4.2014 in dieser Hinsicht gerade keinen zwingenden gesetzgeberischen Handlungsbedarf erkennt, wiewohl Änderungen vorschlägt.

dient. Wie soll mit Darstellungen umgegangen werden, deren sexueller Zweck dem Täter etwa bei der Herstellung einer Aufnahme zwar möglich schien, die er aber – im Sinne eines Eventualvorsatzes – gar nicht anstrebte? Handelt es sich dann nicht um Kinderpornographie? Wenn nicht, wie ist dann mit einem Täter umzugehen, der die zu nur „sekundär“ sexuellen Zwecken erstellte Darstellung zu „primär“ sexuellen Zwecken verbreitet?

d) Lösungsvorschlag der Bundesregierung

Neben der systematisch fragwürdigen Änderung von § 201a StGB, deren Diskussion hier aus Platzgründen unterbleiben muss, sieht der von der Bundesregierung vorgelegte Referentenentwurf eine Erweiterung von § 184b und § 184c StGB vor. Die Definition von Kinder- bzw. Jugendpornographie wird um die Alternative der „Wiedergabe [eines] ganz oder teilweise unbedeckten Kindes in unnatürlich geschlechtsbetonter Körperhaltung“ ergänzt. Die Formulierung entstammt dem Jugendmedienschutzstaatsvertrag (§ 4 Abs. 1 Nr. 9) und steht in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BGH.³⁹ Sie vermag sicherlich das oben genannte Problem von kinderpornographischen Aufnahmen ohne Handlungsqualität des Dargestellten zu lösen. So spricht auch der Entwurf in der Begründung davon, dass „[um] auch unwillkürlich eingenommene geschlechtsbetonte Körperhaltungen, etwa durch ein schlafendes Kind, strafrechtlich in § 184b StGB zu erfassen, soll es nicht mehr auf das Einnehmen einer Körperhaltung als sexuelle Handlung ankommen, sondern lediglich auf die Körperhaltung.“⁴⁰

Damit tappt der Gesetzentwurf nicht in die europarechtliche Falle der Zweckbestimmung von Pornographie. Fraglich wird aber auch weiterhin bleiben, wie mit Genitalaufnahmen⁴¹ umgegangen werden soll, die zu sexuellen Zwecken im Sinne der Richtlinie aufgenommen wurden, aber keine „unnatürlich Körperhaltung“ im Sinne des deutschen Gesetzentwurfes zeigen.

VI. Fazit

Das deutsche Kinder- und Jugendpornographiestrafrecht ist wesentlich europarechtlich beeinflusst. Formulierung und Regelungssystematik der europarechtlichen Vorgaben sind daher bei der Auslegung der §§ 184b f. StGB von besonderer Bedeutung. Der europarechtliche Hintergrund, der so gestrickt ist, dass er sich aus der Strafrechtssystematik von 27 Mitgliedstaaten heraus umsetzen lässt, kann aber auch die vergleichsweise komplizierten Regelungen und Sprachungetüme in diesem Bereich des StGB erklären. Jedenfalls kann konstatiert werden, dass die Herausforderung für den Gesetzgeber, die europarechtlichen Strafrechtsvorgaben mit der deutschen Strafrechtssystematik in einen verfassungsgemäßen wie verständlichen Einklang zu bringen, keine kleine ist.

³⁹ BGHSt 34, 366 = NJW 1998, 1502 (1503).

⁴⁰ Referentenentwurf des BMJ v. 28.4.2014, S. 35.

⁴¹ Fischer (Fn. 20), § 184b Rn. 4.