



Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Strafrecht

zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung der Mindeststrafen des § 184b Absatz 1 Satz 1 und Absatz 3 des Strafgesetzbuches - Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Inhalte

Stellungnahme Nr.: 82/2023

Berlin, im Dezember 2023

Mitglieder des Ausschusses Strafrecht

- RA Dr. Rainer Spatscheck, München (Vorsitzender)
- RA Stefan Conen, Berlin
- RAin Dr. Gina Greeve, Frankfurt a.M.
- RA Kai Kempgens, Berlin
- RA Prof. Dr. Stefan Kirsch, Frankfurt a.M.
- RAin Dr. Jenny Lederer, Essen (Berichterstatte(r)in)
- RA Prof. Dr. Bernd Müssig, Bonn
- RA Prof. Dr. Ali B. Norouzi, Berlin (Stellvertretender Vorsitzender)
- RAin Dr. Anna Oehmichen, Berlin
- RAin Gül Pinar, Hamburg
- RA Martin Rubbert, Berlin
- RAin Dr. Heide Sandkuhl, Potsdam

Zuständig in der Geschäftsstelle

- RAin Tanja Brexl, Geschäftsführerin
- RAin Evelyn Westhoff, LL.M., Referentin

Deutscher Anwaltverein

Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel

Rue Joseph II 40, Boîte 7B
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
EU-Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

Verteiler

- Bundesministerium der Justiz
- Bundesministerium des Innern
- Rechtsausschuss, Innenausschuss des Deutschen Bundestages
- Vors. des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages
- Vors. des Innenausschusses des Deutschen Bundestages
- Digitalausschuss des Deutschen Bundestages
- Fraktionen des Deutschen Bundestages
- Landesjustizministerien
- Rechts- und Innenausschüsse der Landtage
- Bundesgerichtshof
- Bundesanwaltschaft

- Vorstand des Deutschen Anwaltvereins
- Landesverbände des Deutschen Anwaltvereins
- Vors. der Gesetzgebungsausschüsse des Deutschen Anwaltvereins
- Strafrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins
- Geschäftsführender Ausschuss der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins
- Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer
- Vors. des Strafrechtsausschusses des KAV, BAV
- Vors. des FORUM Junge Anwaltschaft des DAV

- Deutscher Strafverteidiger e. V.
- Regionale Strafverteidigervereinigungen
- Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen und -initiativen

- Arbeitskreise Recht der im Bundestag vertretenen Parteien
- Deutscher Richterbund
- Bund Deutscher Kriminalbeamter

- Strafverteidiger-Forum (StraFo)
- Neue Zeitschrift für Strafrecht, NSTZ
- Strafverteidiger
- Juris
- KriPoZ Kriminalpolitische Zeitschrift

- Prof. Dr. Jürgen Wolter, Universität Mannheim
- ver.di, Bereich Recht und Rechtspolitik
- Deutscher Juristentag (Präsident und Generalsekretär)

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV versammelt ca. 60.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sowie Anwaltsnotarinnen und Anwaltsnotare, die in 253 lokalen Anwaltvereinen im In- und Ausland organisiert sind. Er vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene. Der DAV ist im Lobbyregister für die Interessenvertretung gegenüber dem Deutschen Bundestag und der Bundesregierung zur Registernummer R000952 eingetragen.

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) begrüßt das Vorhaben des Gesetzgebers, mit dem vorgelegten Referentenentwurf eines „Gesetzes zur Anpassung der Mindeststrafen des § 184b Absatz 1 Satz 1 und Absatz 3 des Strafgesetzbuches - Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Inhalte“ (im Folgenden: RefE) die Rückstufung des § 184b StGB von einem Verbrechens- wieder zurück zu einem Vergehenstatbestand in Angriff zu nehmen. Dabei sei an dieser Stelle angemerkt, dass es ein wichtiges, richtiges Signal ist, dass der Gesetzgeber insbesondere nicht etwa *bloß* die Einführung eines minder schweren Falles als „Kompromiss“ intendiert, sondern die Mindeststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe zu revidieren gedenkt - auch wenn die Einführung *auch* eines minder schweren Falles zielführend und sinnvoll wäre.

Schon im Zuge und im Nachgang des *Gesetzgebungsverfahrens* eines Gesetzes zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder,¹ mit dem die Heraufstufung zu einem Verbrechen implementiert wurde,² sowie in Zusammenhang mit der aktuell noch anhängigen Verfassungsbeschwerde³ hatte sich der DAV⁴ - wie auch eine Vielzahl weiterer Expert:innen aus der Praxis und Wissenschaft - kritisch geäußert und vor einer solchen Erhöhung der Mindeststrafe gewarnt und erachtet insbesondere auch die

¹ Ges. v. 16.06.2021 - BGBl. I, S. 1810.

² SN 60/2020, insbesondere S. 6 ff.; die Berichterstatterin nahm an der Anhörung im Rechtsausschuss zu dem Gesetz am 07.12.2020 als Sachverständige teil, vgl. hierzu Protokoll-Nr. 19/115, S. 13 f. sowie S. 31; vgl. auch die Pressemitteilungen des DAV, etwa PM 39/23 und PM 37/22.

³ 2 BvL 3/23; Vorlagebeschluss des AG Buchen vom 01.02.2023 - 1 Ls 1 Js 6298/21 (bezogen auf § 184b Abs. 3 StGB).

⁴ DAV SN 40/2023 (Stellungnahme durch den Verfassungsrechtsausschuss und den Strafrechtsausschuss).

Ausgestaltung des § 184b Abs. 3 StGB als verfassungswidrig, da jene Vorschrift gegen den Schuldgrundsatz und das Übermaßverbot verstößt.⁵

Insofern geht der Gesetzgeber mit dem nun vorliegenden RefE den *überfälligen* Schritt zurück - sollte aber aus Sicht des DAV *weiter gehen*.

Im Einzelnen:

A.

Mit dem RefE soll für die Verbreitung und den Erwerb kinderpornographischer Inhalte in § 184b Abs. 1 S. 1 StGB die zuletzt auf ein Jahr erhöhte Mindeststrafe wieder abgesenkt und nunmehr mit sechs Monaten bemessen werden.

In der ursprünglichen, vorher geltenden Fassung lag der Strafraum jener Vorschrift zwischen drei Monaten und fünf Jahren; das mit dem Gesetz zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder eingeführte Höchstmaß von zehn Jahren soll ausweislich des RefE beibehalten werden, das Mindestmaß sechs Monate betragen. Bezogen auf § 184b Abs. 3 StGB - bei dem *vor* der Gesetzesverschärfung ein Strafraum von Geldstrafe bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe vorgesehen war, der auf ein Jahr Mindeststrafe bis fünf Jahre erhöht wurde - soll eine Mindeststrafe von drei Monaten eingeführt werden bei gleichbleibender drohender Höchststrafe von fünf Jahren Freiheitsstrafe.

Die übrigen Strafvorschriften - insbesondere Abs. 2 oder die Kriminalisierung auch fiktionaler Kinderpornographie - sollen unangetastet bleiben; bzgl. der Versuchsstrafbarkeit in Abs. 4 existiert nach der Logik des Entwurfs nun ein (vermutlich nicht gesehener) Wertungswiderspruch (hierzu sogleich ad C.).

B.

Dem Gesetzgeber schwebt vor, sich - bedauerlicherweise - *nicht* auf die *Vor*-Fassung des § 184b StGB (*vor* der angesprochenen Implementierung eines Verbrechenstatbestandes) zurückzubesinnen, sondern bzgl. der Verbreitungshandlungen des Abs. 1 S. 1

⁵ Die einzelnen Argumente, die vorgebracht wurden und nach wie vor gelten, sollen hier nicht wiederholt werden. In dem RefE wird in der Begründung ein Großteil der seinerzeit vorgetragenen Kritikpunkte aufgeführt, die nun zu der Reform der Reform führen sollen.

mit der Herabstufung zu einem Vergehen aber doch eine im Vergleich erhöhte Mindeststrafe (sechs statt drei Monate) einzuführen; bei Abs. 3, der Besitzstrafbarkeit, ist der Gesetzgeber ebenfalls nicht mutig genug, die Wiedereinführung einer bei Geldstrafe liegenden Mindeststrafe im Rahmen des § 184b Abs. 3 StGB vorzusehen, sondern intendiert eine solche von drei Monaten Freiheitsstrafe.

Gerade mit Blick auf den *weiten Strafrahmen*, der bei Bedarf, in schwerwiegenderen Fällen, höhere Strafen ermöglicht, überzeugt nicht, von der ursprünglichen Haltung abzuweichen, bei hierfür geeigneten Fällen auch (im Falle einer Verurteilung und nicht schon Einstellung) mit *Geldstrafen* zu reagieren und reagieren zu können.⁶

Dass es solche Fälle gibt - dass es „Konstellationen gibt, in denen Geldstrafen für derartige Taten nachvollziehbar sind“ -, wurde im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens bereits zu Recht thematisiert und illustriert.⁷ In seiner Stellungnahme zu dem Vorlagebeschluss des AG Buchen hat der DAV im Rahmen seiner Einschätzung, dass die (derzeit noch) geltende Fassung des § 184b Abs. 3 StGB verfassungswidrig sei, u. a. die „praktischen Auswirkungen“ der Ausgestaltung als Verbrechen aufgezeigt.⁸ Unabhängig davon, dass schon mit dem RefE eine gewisse Flexibilität wieder zurückgewonnen würde, gilt zu bedenken, dass in dem Vorlagebeschluss deutlich gemacht wurde, dass der zuständige Vorsitzende des AG Buchen in jener Fallkonstellation - unbedarfte junge Frau als Angeklagte („kein Partygirl“), keine Vorbelastungen, keine pädophilen Neigungen, ungewollt per WhatsApp erhaltene Dateien, automatische Speicherung, aus Nachlässigkeit nicht gelöscht - ausdrücklich (sähe er sich nicht von Gesetzes wegen hieran gehindert) eine Geldstrafe, nämlich die Verhängung von 90 Tagessätzen à 30 Euro, für schuldangemessen erachte und erwägen würde, diese Geldstrafe in Form der Verwarnung mit Strafvorbehalt iSd § 59 StGB auszugestalten.⁹ Auch auf jenen Fall müsste - nach der Logik des RefE - zunächst mit mindestens drei Monaten reagiert werden, ohne dass dies konkret sachgerecht erschiene, hier automatisch eine Freiheitsstrafe (auch und gerade bei nicht vorbelasteten Personen) auszuwerfen.

⁶ Und zwar originär, ohne den Umweg über § 47 Abs. 2 StGB gehen zu müssen.

⁷ Insbesondere eindrücklich durch Kinzig, der in seiner SN exemplarisch zwei Fallkonstellationen dargestellt hat, S. 13 - 15; abzurufen unter folgender URL:
<https://www.bundestag.de/resource/blob/811570/5141412739a501a5d46d859a2b3eb6ed/kinzig-data.pdf> (zuletzt aufgerufen am 06.12.23).

⁸ SN 40/2023, S. 9 ff.

⁹ AG Buchen, Beschl. v. 01.02.2023 - 1 Ls 1 Js 6298/21, S. 8.

Auch die Strafverfolgungsstatistik für 2021 für die Fälle, in denen noch Geldstrafen als Sanktion vorgesehen waren, zeigt eindrücklich, dass immerhin in 46,4 % der Verurteilungsfälle wegen Straftaten nach § 184b StGB Geldstrafen für ausreichend erachtet wurden (2.855 Verurteilungen, davon in 1.326 Fällen Geldstrafen, in 1.529 Fällen Freiheitsstrafen, von denen wiederum 1.387 zur Bewährung ausgesetzt wurden).¹⁰

Jene Geldstrafen wurden trotz bestehender Möglichkeit, auch auf Freiheitsstrafe zu erkennen, für die angemessene, sachgerechte Konsequenz erachtet. Sollte man Geldstrafen nicht (mehr) als adäquate Möglichkeit einer Strafbemessung ansehen und als Mindeststrafe eine Freiheitsstrafe (in welcher Höhe auch immer) für erforderlich erachten, sollte vorab vielleicht einmal das Ansinnen einer evidenzbasierten, rationalen Kriminalpolitik, derer sich der Gesetzgeber eigentlich verschrieben hatte, ernst genommen werden und ein Blick in jene 1.326 Fälle geworfen werden, ob ernsthaft von 1.326 „Fehlurteilen“ auszugehen ist, in denen zwingend eine Freiheitsstrafe angezeigt gewesen wäre.

Dazu, weshalb der Gesetzgeber in dem RefE als Mindeststrafe *keine* Geldstrafe im Falle des Abs. 3 vorsieht und vorsehen will, sondern eine (wenn auch geringere) Freiheitsstrafe, *schweigt* er. Die Begründung enthält hierzu nichts. Ein flexibler Strafraumen, der am unteren Ende eine Geldstrafe vorsieht, würde aus sich heraus sämtliche Sachverhaltskonstellationen in ihrem Unrechtsgehalt abbilden können;¹¹ es bedarf keiner Mindest-*Freiheitsstrafe*.

Dass die Begründung seinerzeit, mit der das Erfordernis der Heraufstufung zu einem Verbrechenstatbestand mit Mindeststrafe von einem Jahr eher apodiktisch anmutete und jedenfalls weder kriminalstatistisch noch überzeugend mit den Strafzwecken und Wirkung von Strafe (Stichwort: Abschreckung) belegt wurde (im Gegenteil¹²), sollte

¹⁰ Destatis, Strafverfolgung, Fachserie 10, Reihe 3, S. 68 f. und S. 104 f.; vgl. ausführlich hierzu bereits DAV, SN 40/2023, S. 10.

¹¹ Jene - zutreffende - Formulierung mit dem Abbilden des Unrechtsgehalts stammt von *Wagner*, DRiZ 04/2023, 136, 137, der im Anschluss daran - weshalb er in dem RefE vermutlich auch zitiert wird - aber die Auffassung vertritt, dass es *sinnvoll* erscheine, „den Strafraumen als Vergehen mit erhöhter Mindeststrafe auszugestalten“ und beispielhaft („zum Beispiel“) die nun auch von dem Gesetzgeber gewählten Mindeststrafen nennt. Geldstrafenwürdige Sachverhaltskonstellationen werden dadurch aber aus Sicht des DAV ausgeklammert. Eine belastbare Begründung für eine Erhöhung der ursprünglichen Mindeststrafe ist nicht ersichtlich.

¹² Auch insofern sei noch einmal auf die Ausführungen von *Kinzig* (FN 6), S. 12 - 15, verwiesen.

Warnung genug sein und nicht dazu führen, nun eine inkonsequente, halbherzige Zwischen- und vermeintlich Kompromisslösung herbeizuführen.

C.

Auf drei Aspekte sei ergänzend hingewiesen:

I.

In dem RefE wird zu Änderungen oder Anpassungen der Versuchsstrafbarkeit in Abs. 4 geschwiegen: nach der derzeitigen Fassung (die offenbar unangetastet bleiben soll), ist der Versuch nach Abs. 1 S. 2 iVm S. 1 Nr. 1 strafbar, mithin Konstellationen des Verbreitens oder öffentlich Zugänglichmachens, wenn *kein tatsächliches* oder *wirklichkeitsnahes* Geschehen zugrunde liegt. So sollen auch jene – nach derzeitiger Fassung „nur“ mit drei Monaten pönalisierte, also gerade *nicht* als Verbrechen ausgestaltete, unterliegende Konstellationen mit einer Versuchsstrafbarkeit erfasst werden, auch wenn *kein tatsächliches* Geschehen wiedergegeben wird.

Jene Fassung soll offenbar beibehalten werden, was in der *Konsequenz* bedeuten würde, dass *tatsächliches* Geschehen (in Abs. 1 S. 1 der Entwurfsfassung *nicht mehr* als Verbrechen ausgestaltet) *nicht* der Versuchsstrafbarkeit unterläge, dafür aber die harmlosere Variante des nicht-tatsächlichen oder -wirklichkeitsnahen Geschehens. Ob jene Varianten des Abs. 1 überhaupt in einem Versuch kriminalisiert werden müssen, sei dahingestellt; jedenfalls kann dieser Widerspruch nicht bestehen bleiben.

II.

In seiner Fassung vom 01.01.2021 betrug der Strafraum im Falle des Abs. 2 bei gewerbs- oder bandenmäßigem Handeln Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren. In seiner Fassung vom 01.07.2021 wurde für die Variante des Abs. 1 S. 1 im Falle der Gewerbsmäßigkeit oder bandenmäßigen Handelns eine Mindeststrafe von zwei Jahren eingeführt.

Diese Vorschrift soll aus Sicht des Gesetzgebers offenbar nun unangetastet bleiben, obwohl der *Sprung* von sechs Monaten Mindeststrafe bei dem *Grundtatbestand* auf drohende zwei Jahre Mindeststrafe im Falle der *Qualifikation* sich - insbesondere bei nach wie vor fehlendem! minder schweren Fall - von den Grundsätzen einer rational zu begründenden Strafzumessung entfernt.

Dies gilt umso mehr, wenn man noch einmal daran erinnert, dass iRd § 184b Abs. 2 StGB auch bloß „wirklichkeitsnahes“ - nicht nur tatsächliches - Geschehen pönalisiert wird, also auch im Falle jedenfalls nicht ausschließlich fiktionalen, an der Realität zumindest orientierten Charakters die Mindeststrafe von zwei Jahren in derartigen Konstellationen der Qualifikation droht.

Nicht nur dies sollte den Gesetzgeber dazu bewegen, über jedenfalls die (zusätzliche) Einführung eines minder schweren Falles iRd § 184b StGB nachzudenken.

III.

Ergänzend sei ebenfalls darauf hingewiesen, dass - entsprechend den Vorschlägen der ursprünglich einmal installierten Expertenkommission - die *fiktive* Kinder- und Jugendpornographie aus dem Schutzbereich der §§ 184b und 184c StGB gestrichen werden sollte,¹³ sodass u. a. bei dem in dem RefE nicht angetasteten Abs. 1 S. 2, der fiktive Kinderpornographie mit drei Monaten bis zu fünf Jahren kriminalisiert, eine Streichung erfolgen sollte.

D.

Der DAV hält es für dringend angezeigt, die Reform des § 184b StGB wieder zu reformieren. Konsequenterweise sollten dabei aber wieder die Mindeststrafen aus der Vor-Version (idF vom 01.01.2021) implementiert werden, um auch eine (originäre) Ahndung mit Geldstrafen in geeigneten Fällen zu ermöglichen und sachgerechte Strafen zu gewährleisten.

¹³ Siehe Abschlussbericht der Reformkommission zum Sexualstrafrecht, 2017, Empfehlung Nr. 61, S. 19; vgl. ferner etwa S. 244 ff., insbesondere S. 251 ff.