

Das Gesetz zur Anpassung der Mindeststrafen bei den Besitzdelikten § 184b StGB Mit Überlegungen zur Verfassungsmäßigkeit der Besitzdelikte und zu weiterem Reformbedarf im Pornographiestrafrecht

von PD Dr. Anja Schmidt*

Abstract

Mit dem Gesetz zur Anpassung der Mindeststrafen bei den Besitzdelikten in § 184b StGB werden die Mindestfreiheitsstrafen von einem Jahr abgesenkt. Damit wird das Gesetz dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des Strafens im Rahmen des gesetzgeberischen Beurteilungsspielraums gerecht. Allerdings geht es nicht weit genug. Die Strafrahmen hätten im Mindest- und Höchstmaß an den Stand vor der Hochstufung zum Verbrechen angepasst werden sollen. Zudem bedarf es dringend einer Reform des Strafrechts in Bezug auf das unbefugte Herstellen, Besitzen und Weitergeben von Inhalten, die eine erwachsene Person sexualbezogen wiedergeben. Eine Regelungslücke besteht außerdem im Hinblick auf das Herstellen wirklichkeitsnaher kinder- und jugendpornographischer Inhalte als Deep Fakes.

The Act on the Adjustment of the Minimum Sentences for Possession Offences in Article 184b of the Criminal Code reduces the minimum prison sentence from one year. The law thus complies with the constitutional principle of proportionality of punishment within the scope of the legislator's assessment. However, it does not go far enough. The minimum and maximum sentences should have been adjusted to the status prior the upgrading. Furthermore, there is an urgent need to reform the criminal law regarding the unauthorised production, possession and distribution of content depicting an adult person in a sexual manner. There is also a regulatory gap regarding the production of realistic child and youth pornographic content as deep fakes.

I. Einleitung

Im Februar dieses Jahres hat die Bundesregierung den „Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung der Mindeststrafen des § 184b Abs. 1 S. 1 und Abs. 3 des Strafgesetzbuches – Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Inhalte“ eingebracht.¹ Am Abend des 16. Mai 2024 wurde das Gesetz im Bundestag beschlossen.² Zuvor waren durch das Gesetz zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder vom 16.6.2021³ die Strafrahmen für das Unternehmen der Drittbesitzverschaffung und des Zu-

gänglichmachens an Dritte von Kinderpornographie nach § 184b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB (hier kurz: Drittbesitzverschaffung) und für das Unternehmen des Abrufs, der Eigenbesitzverschaffung sowie den Besitz nach § 184b Abs. 3 StGB (hier kurz: Eigenbesitz) im Mindest- und Höchstmaß erhöht worden, wobei durch die Erhöhung der Mindeststrafen auf ein Jahr Freiheitsstrafe die Besitzdelikte ausnahmslos als Verbrechen eingeordnet wurden. Die Hochstufung zum Verbrechen rief schon im Gesetzgebungsverfahren⁴ und auch nach Inkrafttreten des Gesetzes erhebliche Kritik hervor,⁵ u.a. weil sie als unverhältnismäßig betrachtet wurde und erhebliche Zweifel an der Zweckmäßigkeit des Gesetzes bestanden. Das nun beschlossene Gesetz zur Anpassung der Mindeststrafen senkt die Mindeststrafen auf sechs Monate in § 184b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB und auf 3 Monate in § 184b Abs. 3 StGB.

Im Folgenden werden Ziel und Inhalt des Gesetzes im Zusammenhang mit der Geschichte der Besitzstrafbarkeit in Bezug auf Kinder- und Jugendpornographie nachvollzogen. Anschließend wird anhand verfassungsrechtlicher Maßstäbe aufgezeigt, warum der unbefugte Besitz von sexualbezogenen Inhalten, die ein tatsächliches und ein wirklichkeitsnahes Geschehen als Deep Fakes wiedergeben, strafwürdig ist und dass aufgrund der enormen Bandbreite von Unrecht und Schuld in diesen Fällen eine Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr gegen den verfassungsrechtlichen Grundsatz tat- und schuldangemessenen Strafens verstößt. Anschließend werden das Gesetz und die Vorschläge zur Beseitigung des Missstandes diskutiert. Dabei vertritt die Verfasserin die Position, dass mit dem nun beschlossenen Gesetz zwar der Zustand der Verfassungswidrigkeit beseitigt wird, es aber vorzugswürdig gewesen wäre, das Strafmaß insgesamt auf den Stand vor dem Gesetz zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder zurückzustufen, auch um die Strafrahmen der Besitzdelikte hinsichtlich Kinder- und Jugendpornographie zu harmonisieren. Abschließend wird dargelegt, dass es über diese Delikte hinaus einer stringenten Regelung der Herstellung, des Besitzes und des Umgangs mit Inhalten bedarf, die Erwachsene ohne ihr Einverständnis sexualbezogen wiedergeben oder täuschend echt darstellen.

* PD Dr. Anja Schmidt vertritt die Entlastungsprofessur für Strafrecht an der Goethe-Universität Frankfurt am Main. Der Beitrag beruht auf der Stellungnahme, den die Verfasserin zur Sachverständigenanhörung im Rechtsausschuss des Bundestages zum Gesetzesentwurf abgegeben hat.

¹ BT-Drs. 20/10540.

² Plenarprotokoll 20/169, abrufbar unter: <https://dserver.bundestag.de/btp/20/20169.pdf>, S. 21870 A-B (zuletzt abgerufen am 23.5.2024).

³ BGBl. I, S. 1810.

⁴ Vgl. die Stellungnahmen der Sachverständigen abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2020/kw50-parecht-schutz-kinder-808830> (zuletzt abgerufen am 18.5.2024) und *Bussweiler*, ZRP 2021, 84 (86 ff.).

⁵ Vgl. *Brodowski*, StV 2023, 421 (422 ff.); *Wagner*, DriZ 2023, 136 (136 f.).

II. Gesetzgebungsgeschichte

1. Besitzstrafbarkeit bis zum Gesetz zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder

Die Strafbarkeit der Verschaffung des Dritt- oder Eigenbesitzes an kinderpornographischen Inhalten, die ein tatsächliches Geschehen wiedergeben, wurde erstmals mit dem 27. Strafrechtsänderungsgesetz – Kinderpornographie (27. StrÄndG) vom 23.7.1993⁶ in das StGB eingeführt. Der Strafrahmen betrug damals Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe. Die Strafbarkeit wurde seitdem erweitert, u.a. auf die Drittbesitzverschaffung an wirklichkeitsnahen kinderpornographischen Schriften.⁷ Zudem wurden die Strafrahmen immer wieder erhöht,⁸ weil sich kinderpornographische Schriften zunehmend im Internet verbreiteten, um den Unrechtsgehalt des Erwerbs und Besitzes von kinderpornographischen Schriften stärker zu betonen und um „ein Signal für eine unvermindert nachdrückliche Strafverfolgung durch die Justizbehörden der Länder“ zu setzen,⁹ also eine generalpräventiv-abschreckende Wirkung zu erzielen.¹⁰

Die letzte Erhöhung des Strafrahmens erfolgte mit dem Gesetz zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder vom 16.6.2021.¹¹ Durch die Strafschärfung sollte „stärker als bisher die Schwere des Vorwurfs deutlich und eine dieser Schwere angemessene Bestrafung sichergestellt werden“.¹² Denn hinter Kinderpornographie stehe häufig sexualisierte Gewalt gegen Kinder.¹³ Damit betrug der Strafrahmen für die Drittbesitzverschaffung nach § 184b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB zuletzt Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren und für den Eigenbesitz nach § 184b Abs. 3 StGB Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu fünf Jahren, so dass diese Delikte gemäß § 12 Abs. 1 StGB als Verbrechen galten. Das schloss insbesondere die strafprozessualen Möglichkeiten der Einstellung des Strafverfahrens nach §§ 153 und 153a StPO oder der Erledigung durch Strafbefehl nach den §§ 407 ff. StPO in Fällen geringen Unrechts und geringer Schuld aus.

2. Konkrete Normenkontrollanträge

Beim *BVerfG* wurden konkrete Normenkontrollanträge nach Art. 100 Abs. 1 GG, §§ 13 Nr. 11, 80 ff. BVerfGG sowohl gegen § 184b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB¹⁴ als auch § 184b Abs. 3 StGB¹⁵ in der Fassung des Gesetzes zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder eingereicht. Die vorlegenden Gerichte gingen davon aus, dass die unteren Strafrahmengrenzen verfassungswidrig sind,

weil sie gegen das aus dem Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 Abs. 3 GG i.V.m. dem Schuldprinzip nach Art. 1 Abs. 2, 2 Abs. 2 GG abgeleitete strafrechtliche Übermaßverbot verstoßen.¹⁶ Die Normenkontrollanträge gegen § 184b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB wurden – ohne Entscheidung in der Sache – als unzulässig abgewiesen.¹⁷ Die Entscheidung zu § 184b Abs. 3 StGB steht noch aus.

3. Ziel und Inhalt des Gesetzes

Mit dem nun beschlossenen Gesetz sollen die Mindeststrafrahmen des § 184b Abs. 1 S. 1 und Abs. 3 StGB verhältnismäßig ausgestaltet werden, weil dies „zur Sicherstellung einer tat- und schuldangemessenen Reaktion im Einzelfall erforderlich [ist], zum Beispiel, wenn der Inhalt ungewollt in den Besitz der Empfängerin oder des Empfängers gelangt war“.¹⁸ Konkret wird der Mindeststrafrahmen in § 184b Abs. 1 S. 1 StGB von einem Jahr auf sechs Monate und in § 184b Abs. 3 StGB von einem Jahr auf drei Monate abgesenkt. Damit wird die Erhöhung des Strafrahmens durch das Gesetz zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder zwar nicht rückgängig gemacht (der Mindeststrafrahmen betrug zuvor drei Monate bzw. nach § 38 Abs. 2 StGB einen Monat), allerdings sind die Taten nicht mehr als Verbrechen eingestuft. Nach Inkrafttreten des Gesetzes stehen also die Möglichkeiten der Verfahrenseinstellung nach §§ 153, 153a StPO und der Erledigung durch Strafbefehl nach den §§ 407 ff. StGB wieder offen. An den neuen Höchststrafrahmen von zehn bzw. fünf Jahren (sie betrug zuvor fünf bzw. drei Jahre) wurde hingegen nichts geändert, um sicherzustellen, „dass auch künftig schwere Straftaten nach § 184b Abs. 1 S. 1 und Abs. 3 StGB angemessen sanktioniert werden können“.¹⁹

III. Verfassungsrechtlicher Bewertungsmaßstab

Für die verfassungsrechtliche Bewertung der Strafrahmen für die Besitzdelikte sind folgende Aspekte maßgeblich: Die Drittbesitzverschaffung realer und wirklichkeitsnaher kinderpornographischer Inhalte nach § 184b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB sowie die Eigenbesitzverschaffung nach § 184b Abs. 3 StGB müssen überhaupt strafwürdig sein. Das Verhängen einer Freiheitsstrafe ist als Eingriff in die Freiheit der Person nach Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG „nur aus besonders gewichtigen Gründen“ möglich, „wenn der Schutz anderer oder der Allgemeinheit dies unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erfordert“.²⁰ Das Strafrecht darf als ultima ratio des Rechtsgü-

⁶ BGBl. I, S. 1346.

⁷ Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften vom 27.12.2003 (SexualdelÄndG), BGBl. I 2003, S. 3007.

⁸ Durch das SexualdelÄndG (Fn. 7) für die Drittbesitzverschaffung auf Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren, für den Eigenbesitz auf Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe; durch das Neunundvierzigsten Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches Umsetzung Europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht vom 21.1.2015 (49. StÄG, BGBl. I 2015, S. 10) für den Eigenbesitz auf Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe.

⁹ BT-Drs. 15/350, S. 21; vgl. zudem BT-Drs. 18/2601, S. 31.

¹⁰ BT-Drs. 18/2601, S. 31.

¹¹ BGBl. I, S. 1810.

¹² Bundesregierung BR-Drs. 634/20, S. 21, 43, BT-Fraktionen der CDU/CSU und SPD, BT-Drs. 23707, S. 22 f., 41.

¹³ A.a.O.

¹⁴ *AG München*, Beschl. v. 17.6.2022 – 853 Ls 467 Js 181486/21, BeckRS 2022, 27963; *AG Wuppertal*, 17.10.2022 – 12 Ls-40 Js 261/22-24/22.

¹⁵ *AG Buchen*, Beschl. v. 1.2.2023 – 1 Ls 1 Js 6298/21, BeckRS 2023, 1366.

¹⁶ A.a.O., Rn. 48 ff; *AG München* (Fn. 14), Rn. 5; vgl. zudem *BayOLG* v. 7.3.2024 – 207 StRR 20/24, BeckRS 2024, 4041 Rn. 9.

¹⁷ *BVerfG*, Beschl. v. 3.3.2023 – 2 BvL 11/22, 2 BvL 15/22.

¹⁸ BT-Drs. 20/10540, S. 2.

¹⁹ BT-Drs. 20/10540, S. 3.

²⁰ BVerfGE 90, 145 (172).

terschützes nur zum Einsatz kommen, „wenn ein bestimmtes Verhalten über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich und seine Verhinderung daher besonders dringlich“ ist.²¹ Bei der Bewertung von Eignung und Erforderlichkeit steht dem Gesetzgeber ein weiter Beurteilungsspielraum zu, der vom *BVerfGE* nur begrenzt überprüfbar ist; es ist „grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, den Bereich strafbaren Handelns unter Berücksichtigung der jeweiligen Lage im einzelnen verbindlich festzulegen“.²²

Strafbarkeit und Strafmaß müssen für den Verbotsadressaten zumutbar sein und aufgrund des Rechtsstaatsprinzips nach Art. 20 Abs. 3 GG i.V.m. dem Schuldprinzip nach Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG in einem gerechten Verhältnis zur Schwere der Straftat und zur Schuld des Täters stehen, also verhältnismäßig sein.²³

Aus europarechtlicher Perspektive sind Art. 5 Abs. 1 bis 4, Art. 7 Abs. 2 RL2011/93/EU zu beachten. Demnach sind u.a. der Erwerb, der Besitz und der bewusste Zugriff auf Kinderpornographie sowie ihre Weitergabe unter Strafe zu stellen. Nach Art. 5 Abs. 2 und 3 RL2011/93/EU ist für Erwerb, Besitz und bewussten Zugriff eine Freiheitsstrafe im Höchstmaß von mindestens einem Jahr vorzusehen. Für die Weitergabe sieht Art. 5 Abs. 4 RL2011/93/EU im Höchstmaß mindestens eine Freiheitsstrafe von zwei Jahren vor. Diese Vorgaben sind mit dem Höchstmaß der Freiheitsstrafe von zehn bzw. fünf Jahren erfüllt. Vorgaben für einen Mindeststrafrahmen macht das Europarecht nicht unmittelbar. Es dürfte aber auch der europarechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nach Art. 49 Abs. 3 GrCH gelten.²⁴

IV. Legitimität der Besitzstrafbarkeit

1. Meinungsstand

Die Legitimität der Besitzstrafbarkeit ist umstritten. Gesetzgeberisch begründet wurde die Strafbarkeit der Drittbesitzverschaffung mit den technischen Entwicklungen. Zunächst wurde festgestellt, dass der Videomarkt es erschwere, den Verbreitungsvorsatz nachzuweisen, da Händler in der Regel nur eine Masterkopie aufbewahren und nur bei Bedarf Abzüge machen.²⁵ Später wurde auf

die individuelle Weitergabe kinderpornographischer Schriften in geschlossenen Nutzergruppen im Internet abgestellt.²⁶ Die Tatalternativen der Drittbesitzverschaffung sind dem Verbreiten im Strafmaß und durch die Verankerung zunächst in § 184b Abs. 2 StGB²⁷ und später in § 184b Abs. 1 Nr. 2 StGB²⁸ gleichgestellt.

Die Strafbarkeit des Eigenbesitzes wurde damit begründet, dass auch der Konsument, der sich kinderpornographische Schriften beschafft, dazu beiträgt, dass Kinder missbraucht werden.²⁹ Das Besitzverbot war also auf die Verhinderung zukünftigen Missbrauchs von Kindern zwecks Herstellung von Kinderpornographie aufgrund der Nachfrage für kinderpornographische Inhalte durch die besitzenden Konsumenten ausgerichtet. Auch im Schrifttum wird teils darauf abgestellt, dass vor der Nachahmung kinderpornographischer Inhalte geschützt werden soll.³⁰ Einige argumentieren, dass der Markt für kinderpornographische Inhalte ausgetrocknet werden müsse, wobei auch der einzelne Konsument durch seine Nachfrage zu diesem Markt und damit zum sexuellen Missbrauch von Kindern für die Herstellung von realer Kinderpornographie beitrage.³¹

Gegen diese mittelbare Verantwortlichkeit wird eingewendet, dass die unmittelbar Verantwortlichen, also diejenigen, die Kinder zwecks Herstellung von realer Kinderpornographie sexuell missbrauchen, selbst wegen sexuellen Missbrauchs strafbar sind und dass dieses Verhalten den Konsumenten als nachträgliches Verhalten nicht zugerechnet werden könne.³² Für den zukünftigen möglichen Missbrauch könnten der Besitzer und Besitzverschaffer nicht verantwortlich gemacht werden, denn ihr Verhalten liege zu weit im Vorfeld eines nur möglichen zukünftigen Missbrauchs und ihr jeweiliger Beitrag dazu sei minimal.³³ Einige meinen jedoch, dass das Persönlichkeitsrecht der wiedergegebenen Kinder geschützt wird.³⁴

2. Geschütztes Rechtsgut

Es ist davon auszugehen, dass § 184b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und Abs. 3 StGB vor einer unmittelbaren Verletzung des Persönlichkeitsrechts der wiedergegebenen Kinder nach Art. 2 Abs. 1 GG schützt. Es konkretisiert sich in Bezug auf sexualbezogene Inhalte als Recht auf informationelle Selbstbestimmung i.V.m. dem Recht auf Wachsen in die

²¹ BVerfGE 120, 224 (240).

²² BVerfGE 90, 145 (172 f.); vgl. 120, 224 (240).

²³ BVerfGE 90, 145 (173); vgl. zudem 45, 187 (228).

²⁴ Ausführlich dazu *Brodowski*, StV 2023, 421 (422 ff.). *Brodowski*s Schlussfolgerung, dass Gerichte den europarechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unmittelbar anwenden und selbst an den Vorgaben des § 184b StGB vorbei verhältnismäßig strafen könnten (S. 423 f.), ist jedoch bedenklich. Denn sie würde dazu führen, dass nicht der demokratisch legitimierte Gesetzgeber über das angemessene Strafmaß entscheidet und damit die gesetzgeberische Entscheidungsprärogative hinsichtlich des angemessenen Strafmaßes unterlaufen, und zwar auch dann, wenn sich die Gerichte an die im Höchstmaß angemessene Mindeststrafe halten müssten.

²⁵ Begründung zum Entwurf des 27. Strafrechtsänderungsgesetz – Kinderpornographie (27. StrÄndG) v. 23.7.1993 (BGBl. I 1993, S. 1346), BT-Drs. 12/3001, S. 5.

²⁶ Begründung zum SexualdelÄndG v. 27.12.2003 (Fn. 7); BT-Drs. 15/350, S. 20 f.

²⁷ Durch das SexualdelÄndG v. 27.12.2003 (Fn. 7).

²⁸ Durch das 49. StÄG vom 21.1.2015 (Fn. 8).

²⁹ Vgl. BT-Drs. 12/3001, S. 5.

³⁰ Vgl. BGHSt 59, 177 (181 Rn. 57); *VGH Mannheim*, NJW 2008, 3082 (3084); *Hörnle*, in: MüKo-StGB, Bd. 3, 4. Aufl. (2021), § 184b Rn. 3; *Eschelbach*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, 2. Aufl. (2020), § 184b Rn. 2; BT-Drs. 12/3001, S. 5.

³¹ Vgl. *Hörnle*, in: MüKo-StGB, § 184b Rn. 1; *Eisele*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, 30. Aufl. (2019), § 184b Rn. 2; *VGH Mannheim*, NJW 2008, 3082 (3084); BT-Drs. 12/2003, S. 5.

³² Vgl. *Böse*, in: FS Schroeder, 2006, S. 751 (753); *Heinrich*, NSZ 2005, 361 (362); *Duttge et al.*, NJW 2004, 1065 (1070); *Gropp*, in: FS Kühne, 2013, S. 679 (688).

³³ Vgl. *Popp*, ZIS 2011, 193 (199 f.).

³⁴ *Hörnle*, in: MüKo-StGB, § 184b Rn. 4; *Eisele*, in: *Schönke/Schröder*, StGB, § 184b Rn. 2; *Eschelbach*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, § 184b Rn. 5; *Greco*, in: SK-StGB, Bd. 4, 9. Aufl. (2017), § 184b Rn. 2, 31; *Gropp*, in: FS Kühne, 2013, S. 679 (690 f.); *Schroeder*, NJW 1993, 2581 (2582).

sexuelle Selbstbestimmung zur Verfügungsbefugnis über Inhalte, die das Kind selbst sexualbezogen wiedergeben. Das gilt jedenfalls für Inhalte, die ein tatsächliches Geschehen wiedergeben und für wirklichkeitsnahe Inhalte, die ein existierendes Kind täuschend echt sexualbezogen darstellen (Deep Fakes unter Verwendung neutraler Originalaufnahmen). Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (meist konkretisiert zum Recht am eigenen Bild) ist einschlägig, weil der sexualbezogene Inhalt eine Information (meist eine Abbildung) der dargestellten Person ist. Der Inhalt dokumentiert das Dargestellte dauerhaft und steht insoweit eigenständig neben dem dokumentierten Geschehen, etwa einem sexuellen Missbrauch. Das Recht auf Wachsen in die sexuelle Selbstbestimmung ist einschlägig, weil der Inhalt eine sexualbezogene, und damit besonders sensible Information, enthält. Aufgrund dieser Sensibilität muss generell jede Person selbst darüber entscheiden können, ob und wie sie sexualbezogen in Inhalten wiedergeben wird. Für Kinder gilt dabei, dass sie in ihrer persönlichen und sexuellen Entwicklung besonders schutzwürdig sind, so dass weder sie selbst noch ihre Sorgeberechtigten in das Herstellen und irgendeine Form des Nutzens von Inhalten, die das Kind sexualbezogen wiedergeben, wirksam einwilligen können.³⁵

3. Strafwürdigkeit

Eine Verletzung der Verfügungsbefugnis über persönliche sexualbezogene Inhalte wiegt besonders schwer. So beschreiben Opfer sexuellen Missbrauchs, der in kinderpornographischen Inhalten wiedergegeben wird, den Inhalt als eine Perpetuierung des Missbrauchs, der sich auf ihr ganzes Leben auswirkt.³⁶ Denn aufgrund der Digitalisierung sind diese Inhalte ihrer Verfügungsgewalt in besonderer Weise entzogen. Sie können nie sicher sein, dass alle verfügbaren Inhalte gelöscht worden sind, also nicht mehr im Internet hochgeladen oder getauscht werden. Im Falle von Deep Fakes kommt durch das äußerst realistische Vortäuschen eines realen Geschehens der Persönlichkeitsrechtsverletzende Aspekt der Verleumdung hinzu.

Das Herstellen und jedwede Form des Nutzens eines Inhaltes, der ein Kind sexualbezogen wiedergibt oder darstellt, verletzt deshalb das Recht auf informationelle Selbstbestimmung i.V.m. dem Recht auf Wachsen in die sexuelle Selbstbestimmung des Kindes auf strafwürdige Weise. Dazu gehört auch der unbefugte Besitz eines solchen Inhalts als eine Form von dessen Nutzung. Denn nur die Person, die in einem sexualbezogenen Inhalt wiedergegeben oder täuschend echt dargestellt wird, darf darüber bestimmen, ob und durch wen ein solcher Inhalt hergestellt werden darf und wer wie mit diesem Inhalt umgehen oder ihn auch nur besitzen darf. Auch aus dem Besitz resultieren vielfältige Möglichkeiten des Missbrauchs des Inhalts, bspw. durch das Hochladen auf eine Pornoplattform, das Zugänglichmachen innerhalb eines Tauschrings oder die Weiterleitung zur Diffamierung der dargestellten

Person.

Mit der Verfügungsbefugnis des Kindes über Inhalte, die es selbst sexualbezogen wiedergeben, wird durch die strafrechtlichen Besitzverbote ein besonders wichtiges Individualrechtsgut von hohem Rang geschützt. Mit den Worten des *BVerfG* erfolgt die Bestrafung also aus einem besonders gewichtigen Grund oder zum Schutz anderer und die Verletzung der Verfügungsbefugnis über den persönlichen sexualbezogenen Inhalt ist, jedenfalls im Zeitalter der Digitalisierung, aufgrund der einfachen missbräuchlichen Herstellungs- und Weitergabemöglichkeiten des persönlichen sexualbezogenen Inhalts als sensibles Datum und der erheblichen Folgen für die Betroffenen auch für das Zusammenleben der Menschen unerträglich.³⁷ Die strafrechtlichen Besitzverbote in § 184b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und Abs. 3 StGB sind deshalb als solche verfassungsrechtlich legitim. Eines Rückgriffs auf Argumente mittelbaren Schutzes wie die Austrocknung des Marktes und die Verhinderung der Gefahr der Nachahmung bedarf es für ihre Begründung nicht. Die Eigen- oder Drittbesitzverschaffung und der bloße Besitz stellen selbst Unrecht dar und zwar als unmittelbare Verletzung des Persönlichkeitsrechts des sexualbezogen wiedergegebenen oder täuschend echt sexualbezogen dargestellten Kindes als Verfügungsbefugnis über Inhalte, die es selbst sexualbezogen darstellen.

Ausnahmen können nur für die rechtmäßige Erfüllung staatlicher, dienstlicher und beruflicher Aufgaben und Pflichten und für dienstliche Handlungen im Rahmen staatlicher Ermittlungsverfahren gelten (vgl. § 184b Abs. 5 und 6 StGB).

V. Angemessener Strafraumen

Bei der Bestimmung eines tat- und schuldangemessenen Strafraumens ist die Bandbreite der Fälle zu berücksichtigen. Es gibt Fälle, die von einem geringen Unrechts- und Schuldgehalt gekennzeichnet sind, es gibt aber auch Fälle mit erheblichem Unrechts- und Schuldgehalt der Tat.

1. Fälle geringen Unrechts

Fälle geringen Unrechts lassen sich beispielhaft an den Sachverhalten aufzeigen, die den konkreten Normenkontrollanträgen zugrunde liegen. Eine Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr ist in Fällen dieser Art im verfassungsrechtlichen Sinn unangemessen.

a) Verstoß gegen das Gebot schuldangemessenen Strafens

Im Fall des strafbaren Zugänglichmachens an Dritte nach § 184b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB hatte eine Mutter eine Genitalgroßaufnahme eines Kindes in den privaten Chatverläufen ihres Kindes entdeckt und an andere Eltern weitergeleitet, um diese zu warnen, möglicherweise auch, um das

³⁵ Ausführlich *Schmidt*, „Missbrauchsdarstellungen“ statt „Kinderpornographie“?, 2022, S. 25 ff.

³⁶ Ausführlich zu den Folgen *Gewirtz-Meydan et al.*, Child Abuse & Neglect (80) 2018, 238 (241 ff.); *Cassell/Marsh*, Ohio State Journal of Criminal Law (13) 2015, 6 (6 f.).

³⁷ Zum verfassungsrechtlichen Bewertungsmaßstab m.N. vgl. oben unter II.

Kind bloßzustellen, das den Inhalt gesendet hatte.³⁸ Auch wenn sie damit bewusst den Inhalt an Dritte zugänglich gemacht und hierdurch das Persönlichkeitsrecht des wiedergegebenen Kindes verletzt hat, ging es ihr letztlich darum, das Versenden von Genitalaufnahmen zu unterbinden. Ein solches Verhalten ist aufgrund des ausreichend erheblichen Erfolgsunrechts zwar strafwürdig,³⁹ bewegt sich aber am unteren Rand des Strafwürdigen, weil die Tat nicht pädosexuell motiviert, sondern auf die Verhinderung solcher Inhalte gerichtet war und weil es sich nur um ein Bild handelte. In diesen Fällen verstößt eine Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr gegen das verfassungsrechtliche Gebot tat- und schuldangemessenen Strafens und liegt nicht mehr im gesetzgeberischen Beurteilungsspielraum.⁴⁰

Im Fall des strafbaren Eigenbesitzes nach § 184b Abs. 3 StGB war eine Frau Mitglied einer größeren losen WhatsApp-Chatgruppe, in der eher belanglose Nachrichten, wie lustige Memes und Bilder, geteilt oder über Beziehungsprobleme geschattet wurde. Es gab auch Personen, die versuchten, in der Chatkommunikation zu irritieren und zu stören („Trolle“), u.a. einen Mann, der kinderpornographische Inhalte einstellte. Die Angeklagte drückte durchaus ihre Verärgerung darüber aus und lud keinen dieser Inhalte aktiv herunter. Allerdings wurden von WhatsApp automatisch abgespeicherte kinderpornographische Inhalte auf dem von ihr genutzten Mobiltelefon gefunden, die in der „Galerie“ sichtbar waren.⁴¹ Auch diese Tat bewegt sich am unteren Rand des Strafwürdigen, weil die Angeklagte sich zwar dessen bewusst war, dass solche Inhalte auch ohne aktives Herunterladen in der „Galerie“ sichtbar waren, also automatisch gespeichert werden, sie dies aber nicht geprüft und die Inhalte nicht gelöscht hat.⁴² Auch hier kann zwar angesichts der Notwendigkeit eines strengen Schutzes der Verfügungsbefugnis über Inhalte, die einen anderen Menschen sexualbezogen wiedergeben, von einem strafwürdigen Unrecht ausgegangen werden, allerdings bewegen sich Unrecht und Schuld klar am unteren Rand des Strafwürdigen. Denn es handelt sich lediglich um das nachlässige Nichtlöschen automatisch gespeicherter Inhalte in geringer Zahl. Auch in diesen Fällen ist eine Mindestfreiheitsstrafe von einem Jahr unangemessen und liegt nicht mehr im gesetzgeberischen Beurteilungsspielraum.⁴³

In Fällen jugendtypischen Fehlverhaltens ist eine Strafrahmenuntergrenze von einem Jahr ebenfalls unangemessen, etwa wenn Jugendliche persönliche sexualbezogene Inhalte mit Dritten teilen, um sich gegenüber Gleichaltrigen hervorzutun.

Nicht zuletzt bestanden erhebliche Zweifel an der Eignung der hohen Strafuntergrenze zur effektiven Bekämpfung von Kinderpornographie und des sexuellen Missbrauchs an Kindern. Denn hierdurch wurden umfassendere Ermittlungen in Fällen geringen Unrechts und geringerer Schuld notwendig, die aufgrund begrenzter personeller Kapazitäten Ermittlungen in Fällen schwerer Unrechts und schwerer Schuld erschweren bzw. verzögern konnten, auch wenn sie Hinweise für einen andauernden sexuellen Missbrauch von Kindern geben konnten.⁴⁴

b) Regelung als minder schwere Fälle?

Es wurden unterschiedliche Möglichkeiten diskutiert, den verfassungswidrigen Zustand zu beseitigen, neben der Absenkung der Mindeststrafe war das insbesondere die Einführung minder schwerer Fälle als Strafzumessungsregel. Der Gesetzgeber hat zutreffend davon abgesehen, minder schwere Fälle einzuführen. Denn nach § 12 Abs. 3 StGB würden die Delikte weiter als Verbrechen gelten, so dass eine Einstellung nach §§ 153, 153a StPO und eine Erledigung durch Strafbefehl nach den §§ 407 ff. StGB weiterhin nicht möglich wäre.⁴⁵ Die Strafrahmen sollten es zudem ermöglichen, die Bandbreite des möglichen Maßes von Unrecht und Schuld abzubilden.⁴⁶ Nicht zuletzt bestünde bei der Einführung minder schwerer Fälle die Gefahr neuer Abgrenzungsprobleme, wenn es nicht gelänge, alle privilegierungswürdigen Konstellationen zu erfassen.⁴⁷

c) Angemessene Strafuntergrenze

Damit stellt sich die Frage nach der angemessenen Strafrahmenuntergrenze. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass durch das Absenken der Mindeststrafen auf sechs bzw. drei Monate in den § 184b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und Abs. 3 StGB „eine tat- und schuldangemessene Reaktion wieder möglich ist“.⁴⁸ Diese Entscheidung liegt innerhalb des gesetzgeberischen Beurteilungsspielraums, nicht zuletzt auch, weil

³⁸ Diese dem Normenkontrollantrag des *AG München* (Fn. 14) zugrunde liegende Sachverhalt ergibt sich mittelbar aus dem Nichtantragsbeschluss des *BVerfG* (Fn. 17), Rn. 6 f., 9.

³⁹ Anders der Kriminalpolitische Kreis, der für diese Fälle einen Tatbestandsausschluss anregt, vgl. Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung der Mindeststrafen des § 184b I S. 1, III StGB v. Dezember 2023, abrufbar unter: <https://www.kriminalpolitischerkreis.de/stellungnahmen> (zuletzt abgerufen am 18.5.2024).

⁴⁰ So u.a. auch *Wagner*, DRiZ 2023, 136 (136 f); vgl. in Bezug auf das europarechtliche Prinzip verhältnismäßiger Sanktionierung nach Art. 49 Abs. 3 GrCH *Brodowski*, StV 2023, 421 (423).

⁴¹ *AG Buchen* (Fn. 15), Rn. 3 ff.

⁴² *AG Buchen* (Fn. 15), Rn. 25.

⁴³ So u.a. auch *Wagner*, DRiZ 2023, 136 (136 f); Deutscher Anwaltverein, Stellungnahme 40/2023, S. 5 ff.; Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme 30/2023, S. 8; vgl. in Bezug auf das europarechtliche Prinzip verhältnismäßiger Sanktionierung Deutscher Anwaltverein (a.a.O.), S. 7 ff.; *Brodowski*, StV 2023, 421 (423).

⁴⁴ Vgl. dazu *Boger*, Stellungnahme vom 4.4.2024; Gewerkschaft der Polizei, Stellungnahme v. 27.3.2024, S. 3; jeweils abrufbar unter: https://www.bundestag.de/ausschuesse/a06_recht/anhoerungen/991610-991610 (zuletzt abgerufen am 18.5.2024); Deutscher Richterbund, Stellungnahme 9/20, S. 8 f., abrufbar unter <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2020/kw50-pa-recht-schutz-kinder-808830> (zuletzt abgerufen am 18.5.2024).

⁴⁵ Vgl. Gesetzesentwurf BT-Drs. 20/10540, S. 3; *Wagner*, DRiZ 2023, 136 (137); *Eisele*, Stellungnahme, S. 2 f., abrufbar unter: https://www.bundestag.de/ausschuesse/a06_recht/anhoerungen/991610-991610 (zuletzt abgerufen am 18.5.2024).

⁴⁶ Vgl. *Wagner*, DRiZ 2023, 136 (137).

⁴⁷ Vgl. *Boger* (Fn. 44), S. 4.

⁴⁸ BT-Drs. 20/10540, S. 2.

sie in Fällen geringen Unrechts und geringer Schuld eine Einstellung der Strafverfahren nach den §§ 153, 153a StPO und damit letztlich Straflosigkeit ermöglicht.

Dennoch wäre es ratsam gewesen, die Strafrahmen im Mindest- und Höchstmaß auf den Stand vor dem Gesetz zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder, also auf drei Monate bis fünf Jahre Freiheitsstrafe bzw. Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe, herabzusetzen.⁴⁹ So liegt insbesondere beim Eigenbesitz nach § 184b Abs. 3 StGB in Fällen geringen Unrechts und geringer Schuld, wie beim Nichtlöschen aufs Handy gepushter Nachrichten, die Verhängung einer Geldstrafe nahe. Zudem stünde der Mindeststrafrahmen auch wieder in einem angemessenen Verhältnis zu dem entsprechenden Strafrahmen in Bezug auf jugendpornographische Inhalte, der nach § 184c Abs. 3 StGB Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe beträgt.

Das Erfordernis der Harmonisierung mit § 184c StGB besteht zudem in Bezug auf die Drittbesitzverschaffung nach § 184b Abs. 1 S. 1 StGB. Der Strafrahmen in § 184c Abs. 1 StGB beträgt lediglich Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe, weicht also erheblich vom neuen Strafrahmen von sechs Monaten bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe für die Drittbesitzverschaffung von kinderpornographischen Inhalten ab. Diese große Abweichung ist sachlich nicht nachvollziehbar. Denn die Verletzung der Verfügungsbefugnis einer Person über Inhalte, die sie selbst sexualbezogen wiedergeben, wiegt als solche schwer, auch wenn es aufgrund der unterschiedlichen Vulnerabilität von Kindern und Jugendlichen in sexueller Hinsicht graduelle Unterschiede geben mag.⁵⁰ Ein derart weites Auseinanderfallen der Strafrahmen rechtfertigt dies jedenfalls nicht. Es liegt viel näher, die Strafrahmen für die Verletzung der Verfügungsbefugnis Minderjähriger über Inhalte, die sie sexualbezogen wiedergeben, gleich auszugestalten. Bei Jugendlichen kommt lediglich hinzu, dass bestimmte Formen des Sextings als altersangemessene sexuelle Betätigung straffrei gestellt werden müssen, um deren Recht auf Wachsen in die sexuelle Selbstbestimmung in Form altersangemessener Sexualität gerecht zu werden.⁵¹

d) Unterscheidung zwischen Zugänglichmachen und (Eigen)Besitz

Das Gesetz unterscheidet in § 184b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und Abs. 3 StGB weiterhin zutreffend zwischen dem Zugänglichmachen an Dritte und der Eigenbesitzverschaffung. Der Eigenbesitzverschaffung wohnt ein geringeres Unrecht inne als dem Zugänglichmachen an Dritte, weil bei Abruf und Eigenbesitz der Inhalt in der Verfügungsgewalt des Täters verbleibt, während er den Inhalt beim Zugänglichmachen auch für Dritte verfügbar macht, die dann nach Belieben mit ihm verfahren können.

⁴⁹ Vgl. Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins Nr. 82/2023, S. 4 f.

⁵⁰ Das wäre zu diskutieren. Es liegt auch nahe anzunehmen, dass Kinder und Jugendliche auf je spezifische Weise besonders vulnerabel sind – Kinder, weil sie sexuell nicht mündig sind, und Jugendliche, weil sie im ersten Ausprobieren von Sexualität besonders verletzlich sind.

e) Vergleichbarkeit mit dem Herstellen eines realen oder wirklichkeitsnahen kinderpornographischen Inhalts

Der Strafrahmen für die Drittbesitzverschaffung realer oder wirklichkeitsnaher kinderpornographischer Inhalte bleibt mit dem Gesetz derselbe wie für das Herstellen eines realen Inhalts. Das ist richtig, weil in beiden Fällen die Verfügungsbefugnis des Kindes über Inhalte, die es sexualbezogen wiedergeben, verletzt wird. Der konkrete Unrechtsgehalt ist auch vergleichbar, weil beim Herstellen der Inhalt überhaupt geschaffen und damit eine Vielzahl missbräuchlicher Verwendungsweisen ermöglicht wird, während das Weiterleiten an Dritte eine solche missbräuchliche Verwendungsweise ermöglicht, die auch im Falle des Weiterleitens an einzelne Dritte zu einer viralen Verbreitung führen kann.

Allerdings zeigt sich auch hier eine Regelungslücke: Zwar schützt das Verbot der Drittbesitzverschaffung durch die Erfassung wirklichkeitsnaher Inhalte auch vor dem Weitergeben von Deep Fakes, die ein existierendes Kind täuschend echt sexualbezogen wiedergeben, ein Herstellungsverbot für wirklichkeitsnahe Inhalte in Form derartiger Deep Fakes sieht das Herstellungsverbot in § 184b Abs. 1 S. 1 Nr. 3 allerdings nicht vor.

2. Hoher Unrechts- und Schuldgehalt

Es gibt Fälle erheblichen Unrechts und erheblicher Schuld. Etwa wenn eine Vielzahl realer kinderpornographischer Inhalte in einer geschlossenen Gruppe über lange Zeit an wenige andere zugänglich gemacht werden⁵² oder wenn jemand über eine lange Zeit eine Vielzahl solcher Inhalte besitzt, etwa im Rahmen eines kleineren Tauschings. Auch eine Harmonisierung des Höchststrafrahmens in § 184 Abs. 1 S. 1 StGB von zehn Jahren mit dem Höchststrafrahmen für die Drittbesitzverschaffung realer und wirklichkeitsnaher jugendpornographischer Inhalte in § 184c Abs. 1 StGB von drei Jahren wäre sinnvoll. Denn die Verletzung der Verfügungsbefugnis einer Person über Inhalte, die sie selbst sexualbezogen wiedergeben, wiegt, wie schon erörtert, als solche schwer.

Zudem hätte der Höchststrafrahmen für die Eigenbesitzverschaffung in § 184b Abs. 3 StGB geändert werden sollen, der zurzeit fünf Jahre Freiheitsstrafe beträgt. Die Reformkommission Sexualstrafrecht hatte empfohlen, von einer Erhöhung des Höchstmaßes des Strafrahmens in § 184b Abs. 3 StGB von damals drei Jahren abzusehen.⁵³ Allerdings stellte sie darauf ab, dass es um den mittelbaren Schutz vor sexuellem Missbrauch gehe, womit sie den Kern des Unrechts, die unmittelbare Verletzung des Persönlichkeitsrechts des Kindes auf informationelle Selbstbestimmung i.V.m. dem Recht auf Wachsen in die sexuelle Selbstbestimmung, verkannte. Aufgrund der gleichen Unrechtsschwere ist jedoch eine Harmonisierung mit dem

⁵¹ Vgl. insoweit § 184c Abs. 4 StGB und zu den darüber hinausgehenden Ausnahmen in teleologischer Reduktion Hörnle, in: MüKoStGB, § 184c Rn. 17 ff.

⁵² Wenn kein Verbreiten oder Öffentlichkeit Zugänglichmachen vorliegt, vgl. zu den Details etwa Reinbacher, in: Schumann/Mosbacher/König, Medienstrafrecht, 2023, § 184b Rn. 22, 30.

⁵³ Reformkommission Sexualstrafrecht, 2015, S. 376.

entsprechenden Strafrahmen in Bezug auf jugendpornographische Inhalte angezeigt, der nach § 184c Abs. 3 StGB Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe beträgt.

Es ist ohnehin fraglich, ob die Strafrahmenobergrenze in der Praxis im Zusammenhang mit dem Besitz von Kinderpornographie allein wegen des Besitzes ausgeschöpft wird. Falls das Bedürfnis eines höheren Strafrahmens allein wegen des Besitzes von Kinder- und Jugendpornographie besteht, könnte erwogen werden, besonders schwere Fälle einzuführen.⁵⁴

VI. Weitergehender Reformbedarf

Das nun beschlossene Gesetz beschränkt sich aus nachvollziehbaren Gründen – der schnellen Beseitigung einer verfassungswidrigen Rechtslage – auf eine Korrektur der derzeit gültigen Strafrahmen in § 184b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und Abs. 3 StGB, die jedenfalls in ihrem Mindestmaß von einem Jahr Freiheitsstrafe gegen das verfassungsrechtliche Verbot tat- und schuldunangemessenen Strafens nach Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG verstoßen.

Darüber hinaus ist anzumerken, dass das Pornographiestrafrecht insgesamt grundlegend unsystematisch ist. Denn es vermischt den traditionellen Schutz vor der Wahrnehmung von pornographischen Inhalten mit dem Schutz sexualbezogen wiedergegebener oder täuschend echt sexualbezogen dargestellter existierender Personen, die unterschiedlichen Grundsätzen folgen müssen. Beim Wahrnehmungsschutz geht es um die mehr oder weniger konkrete Gefährdung von Rechten, die daraus resultiert, dass jemand pornographische Inhalte wahrnimmt, etwa wenn Jugendliche in ihrer Entwicklung zur sexuellen Selbstbestimmung vor dem Konsum pornographischer Inhalte geschützt werden sollen oder die Nachahmung von kinder- und jugendpornographischen Inhalten verhindert werden soll. Entsprechend dieser Tradition ist auch der Rechtsbegriff der Pornographie⁵⁵ auf den Wahrnehmungsschutz ausgerichtet. Das zeigt sich u.a. daran, dass die Verletzung des Persönlichkeitsrechts der sexualbezogen dargestellten Person durch die Herstellung oder Nutzung des Inhalts kein Kriterium für das Vorliegen von Pornographie ist.⁵⁶ Die unmittelbare Verletzung des Persönlichkeitsrechts als Recht auf informationelle Selbstbestimmung i. V. m. dem Recht auf (Wachsen in die) sexuelle Selbstbestimmung stellt aber deutlich schwerer wiegendes Unrecht als die Gefährdung von Rechten durch die Wahrnehmung von Pornographie dar.⁵⁷ Rechtlich sollte deshalb zwischen dem Schutz vor der Wahrnehmung von

pornographischen Inhalten und dem Schutz des Persönlichkeitsrechts dargestellter Personen klar unterschieden werden.⁵⁸ Das heißt auch, dass für sexualbezogene Inhalte, deren Herstellung und irgendwie geartete Nutzung das Persönlichkeitsrecht der dargestellten Person verletzt, nicht der Begriff der Pornographie verwendet werden sollte. Die Debatte um die angemessene Bezeichnung von realen und wirklichkeitsnahen kinder- und jugendpornographischen Inhalten als Missbrauchsinhalten muss vor diesem Hintergrund ernst genommen werden.⁵⁹

Im Hinblick auf die Verletzung der Verfügungsbefugnis über einen Inhalt, der sie sexualbezogen wiedergibt, werden Minderjährige derzeit gut durch die Regelungen in §§ 184b, 184c, 184k und 201a StGB geschützt, auch wenn es sich um ein unübersichtliches und unsystematisches Regelungsgeflecht handelt. Eine Regelungslücke besteht hier lediglich für das Herstellen von Deep Fakes, die eine existierende minderjährige Person täuschend echt sexualbezogen wiedergeben, weil sich das Herstellungsverbot in § 184 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB nicht auf wirklichkeitsnahe Inhalte bezieht.

Es gibt allerdings nur verstreute und Einzelkonstellationen erfassende strafrechtliche Verbote, die das unbefugte Herstellen, Besitzen und Weitergeben eines Inhalts verbieten, die eine erwachsene Person sexualbezogen wiedergeben oder täuschend echt darstellen, obwohl die Verfügungsbefugnis Erwachsener über Inhalte, die sie selbst sexualbezogen wiedergeben, ebenso schützenswert ist wie bei Minderjährigen. Zwar können Erwachsene im Rahmen ihrer Verfügungsbefugnis über Inhalte, die sie selbst sexualbezogen darstellen, in das Herstellen und Nutzen eines solchen Inhalts wirksam einwilligen. Im Falle einer Verletzung dieser Verfügungsbefugnis sind sie aber ähnlich schwer betroffen wie Minderjährige. Sie stellt sich als Kontrollverlust über ein besonders sensibles Datum dar, der erhebliche Folgen für die Betroffenen haben kann. In der empirischen Forschung werden Folgen beschrieben, die sich zerstörerisch auf das ganze Leben der Betroffenen auswirken. Sie kontrollieren bspw. ständig ihre E-Mails, Social media-Accounts oder bestimmte Internetseiten, brechen den Kontakt zur Familie, Freunden oder Bekannten ab und leiden teils an erheblichen psychischen Tatfolgen wie Depressionen, posttraumatischen Belastungsstörungen und Suizidalität.⁶⁰

Zwar können bei Erwachsenen im Einzelfall insbesondere die §§ 184a, 184k, 201a StGB und §§ 33 i. V. m. 22 f. KUG greifen. Allerdings erfassen die §§ 184k und 201a StGB Deep Fakes nicht, weil sie die Herstellung einer sexualbezogenen Originalaufnahme voraussetzen.⁶¹ Zudem ist der

⁵⁴ Vgl. dazu *Eisele* (Fn. 45), S. 4 f.

⁵⁵ Mit den Merkmalen der (1) vergrößernden, anreißerischen Darstellung von Sexualität, (2) dem Abzielen auf sexuelle Erregung, (3) der Degradierung der Beteiligten zu bloßen Objekten sexueller Begierde und (4) des eindeutigen Verstoßes gegen allgemeine sittliche Maßstäbe, vgl. den Überblick bei *Schmidt*, in: Bartsch et al., *Gender & Crime*, 2022, S. 43.

⁵⁶ Ausführlich *Schmidt* (Fn. 35), S. 30 f.; *Schmidt* (Fn. 55), S. 44 f.

⁵⁷ Ausführlich *Schmidt* (Fn. 35), S. 30 f.; *Schmidt* (Fn. 55), S. 44 f.

⁵⁸ Ausführlich *Schmidt* (Fn. 35), S. 33 ff.; *Schmidt* (Fn. 55), S. 50 ff.

⁵⁹ Vgl. etwa Bundesarbeitsgemeinschaft Kinder- und Jugendschutz, Stellungnahme vom 3.4.2024, S. 4; UBSKM, Stellungnahme vom 9.4.2024, S. 4 f., jeweils abrufbar unter: https://www.bundestag.de/ausschuesse/a06_recht/anhoerungen/991610-991610 (zuletzt abgerufen am 18.5.2024), ausführlich zur Begriffsdiskussion *Schmidt* (Fn. 35), S. 30 ff., 44 ff.

⁶⁰ Ausführlich *Henry/McGlynn/Flynn/Johnson/Powell/Scott*, *Image-based Sexual Abuse*, 2021, S. 53 ff.; *Bates*, *Revenge Porn and Mental Health*, *Feminist Criminology* 12 (2017), 22, 30 ff.

⁶¹ Vgl. *Greif*, *Strafbarkeit von bildbasierten sexualisierten Belästigungen*, 2023, S. 231 ff.; *Deutscher Juristinnenbund e.V.*, *Policy Paper: Bekämpfung bildbasierter sexualisierter Gewalt*, 2023, S. 5 ff.

bestehende Schutz lückenhaft. So enthält § 184a StGB für gewaltpornographische Inhalte zwar Verbote des Verbreitens, des der Öffentlichkeit Zugänglichmachens und des Herstellens zu diesem Zweck, allerdings wird anders als in §§ 184b und 184c StGB das Herstellen nicht absolut sowie die Dritt- und Eigenbesitzverschaffung gar nicht unter Strafe gestellt, wenn es sich um Inhalte handelt, die eine existierende Person wiedergeben oder täuschend echt darstellen. Zudem ist die Norm auf Inhalte beschränkt, die Gewalttätigkeit in Verbindung mit Sexualität darstellen, sie erfasst also nicht die Wiedergabe jedes sexuellen Übergriffs. Eine Norm innerhalb des Pornographiestrafrechts, die umfassend das unbefugte Herstellen und jedwedes Nutzen eines Inhalts verbietet, der eine erwachsene Person sexualbezogen wiedergibt oder täuschend echt darstellt, ohne dass diese wirksam eingewilligt hat, fehlt ganz.

Insoweit besteht grundlegender Bedarf an einer Neuordnung des Strafrechts hinsichtlich sexualbezogener Inhalte. Es sollte dringend eine gesetzliche Regelung erarbeitet werden, mit der die Verletzung der Verfügungsbefugnis einer Person über Inhalte, die sie sexualbezogen wiedergeben, in einem einheitlichen Komplex von Straftatbeständen innerhalb des Sexualstrafrechts und außerhalb des Pornographiestrafrechts strafrechtlich erfasst wird. Dieser Regelungskomplex sollte u.a. nach den unterschiedlichen

Schutzbedarfen von Kindern, Jugendlichen und Erwachsenen sowie der unterschiedlichen Unrechtsschwere etwa hinsichtlich des Herstellens, des Eigenbesitzes und des Verbreitens differenzieren und die Wiedergabe eines sexuellen Missbrauchs oder eines sexuellen Übergriffs qualifiziert unter Strafe stellen.⁶²

VII. Fazit

Das Gesetz zur Anpassung der Mindeststrafen bei den Besitzdelikten in § 184b StGB ist zu begrüßen, weil es das verfassungswidrige Anheben der Mindeststrafen bei den Besitzdelikten in Bezug auf kinderpornographische Inhalte korrigiert. Es greift jedoch zu kurz, denn es hätte näher gelegen, die Strafrahmen insgesamt auf das Maß vor der Reform durch das Gesetz zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder abzusenken. Zudem ist festzuhalten, dass das Strafrecht in Bezug auf die Verletzung der Verfügungsbefugnis über Inhalte, die eine Person sexualbezogen wiedergeben, dringend reformbedürftig ist und weitergehendes gesetzgeberisches Handeln erfordert. Dies gilt umso mehr, als der strafrechtliche Schutz gegen sexualbezogene Deep Fakes lückenhaft ist und sich solche Deep Fakes unter Verwendung neutraler Originalaufnahmen mittels sog. Face Swap Apps inzwischen sehr leicht herstellen lassen. Die Bundesratsinitiative Bayerns zu einem § 201b StGB, der gegen Deep Fakes schützen soll,⁶³ ist insoweit mit Spannung zu erwarten.

⁶² Konkrete Überlegungen dazu demnächst *Schmidt*, in: Burghardt/Schmidt/Steinl (Hrsg.), *Sexuelle Selbstbestimmung jenseits des Körperlichen* (im Druck). Hierzu bereits *Schmidt* (Fn. 35), S. 47 f.; *Schmidt* (Fn. 55), S. 50 ff.; vgl. auch Deutscher Juristinnenbund e.V. (Fn. 61), S. 8 f.

⁶³ Vgl. Pressemitteilung der Bayerischen Staatsregierung v. 16. Mai 2024, abrufbar unter: <https://www.bayern.de/strafrechtlicher-schutz-von-persoenlichkeitsrechten-vor-deepfakes-bayern-fordert-neuen-paragrafen-im-strafgesetzbuch-bayern-bringt-initiative-in-den-bundesrat-ein-justizminister-eisenreich-wi/> (zuletzt abgerufen am 21.5.2021).