

Zur Strafbarkeit des Betrachtens kinderpornographischer Internet-Seiten auf dem PC

Zugleich eine Besprechung von OLG Schleswig,
Beschluss vom 15. 9. 2005 – 2 Ws 305/05 (222/05)

Uwe Scheffler

Das OLG Schleswig¹ hat 2005 in einer Entscheidung über die Sofortige Beschwerde der Staatsanwaltschaft gegen die Nichteröffnung des Hauptverfahrens durch das LG Kiel als erstes Gericht, soweit ersichtlich, die Strafbarkeit des Betrachtens von Pornographie im Internet unbeschadet der Frage der Speicherung der Seiten bejaht². Der Anklageschrift zufolge hatte der Angeschuldigte von seinem Dienstcomputer aus in einer Vielzahl von Fällen gezielt Internetseiten aufgerufen, die nach Adresse und Gestaltung kinderpornographische Darstellungen enthielten. Soweit sich der kinderpornographische Inhalt dieser Internetseiten bestätigte hatte, rief er diese Seiten gezielt immer wieder auf und betrachtete über unterschiedlich lange Zeiträume die kinderpornographischen Darstellungen. Sodann schloss er die Seiten wieder und schaltete den Computer ab. Aufgrund mangelnder technischer Kenntnisse war dem Angeschuldigten die vorübergehende Speicherung der Seiten im sog. Cache des Computers nicht bewusst.

Das OLG Schleswig hat dennoch die Anklage zur Hauptverhandlung zugelassen und das Hauptverfahren eröffnet: »Das Ziel des Gesetzgebers, möglichst umfassend jeden Bezug zu Herstellung, Vertrieb und Konsum von Kinderpornographie unter Strafe zu stellen, wird ... nicht erreicht, wenn man das ›bloße‹ Betrachten ... kinderpornografischer Internetseiten straflos lässt und den Beginn der Strafbarkeit erst mit dem Abspeichern entsprechenden Materials beginnen lässt. Diese Lücke schließt der Senat mit seinem Verständnis der Besitzverschaffung i.S.d. § 184b IV 1 StPO.«

Der BGH hat das Verfahren inzwischen nach § 153a StPO eingestellt.

Die Kernaussage des OLG Schleswig, schon das *Aufrufen* der einschlägigen Internetseiten sei Besitzverschaffung bzw. selbst das bloße Betrachten bedeute schon deren strafbarer Besitz, ist abzulehnen (*I.*). Sie überdehnt sowohl den Wortlaut, zumindest den juristischen Sinngehalt des (nicht nur) in § 184b Abs. 4 StGB ver-

¹ OLG Schleswig NStZ-RR 2007, 41.

² Der hierfür gelegentlich schon in Anspruch genommene Beschluss des LG Stuttgart NStZ 2003, 36 ist nicht einschlägig. Das Gericht hatte nur mit dem längeren Betrachten von Seiten den Verdacht begründet, dass auch das Speichern der Seiten durchgeführt worden wäre.

wendeten Begriffs des Besitzes (I.) als auch den Willen des Gesetzgebers (2.). Aber nicht nur die extensive Auslegung, sondern auch die derzeit zu beobachtende exzessive Verfolgung des Besitzes von Kinderpornographie nach § 184b Abs. 4 StPO ist rechtlich und kriminalpolitisch fragwürdig (II.) – und erst recht die vom Gesetzgeber geplante Ausweitung des Anwendungsbereiches der Norm (III.).

I. Extensive Auslegung durch die Judikative

1. Wortsinn

Dass mittels des *Speicherns* auf der Festplatte oder auf einem mobilen Datenträger Besitz grundsätzlich auch an körperlosen Daten möglich ist, wird nicht mehr ernsthaft bezweifelt³. Weitgehend abgelehnt wurde jedoch bis vor Kurzem die Auffassung, dass schon die Speicherung im sog. Cache-Verzeichnis der Festplatte, die im Allgemeinen ohne Zutun des Benutzers mit allen aufgerufenen Daten geschieht, als Besitz anzusehen sei⁴. Infolge eines »geradezu drastischen Wandels in der Beurteilung einschlägiger Fälle«⁵ wird jedoch heute von der inzwischen wohl hM. – und neuestens auch vom BGH⁶ – vertreten, dass schon die Speicherung im Cache zur Besitzerlangung genügt⁷. – Dies konnte im Fall des OLG Schleswig dahingestellt bleiben, weil der Angeklagte von dieser technischen Einrichtung nichts wusste und demzufolge jedenfalls vorsatzlos handelte.

Hierzu sei nur bemerkt, dass diese sehr weitgehende Auffassung wohl zumindest eine merkwürdige Folge haben dürfte: Wer im Internet auf eine Seite stößt, deren Inhalte zu besitzen verboten ist, hätte dann nicht nur schnellstens diese Seite zu verlassen, sondern auch sofort seinen Cache zu leeren, was wohl, jedenfalls ohne gewisse PC-Kenntnisse, die meine weit übersteigen, nur insgesamt geht, d.h. unter Verlust auch sonst aller dort zwischengespeicherten Daten.

Das OLG Schleswig will sich jedoch mit der spätestens durch das fehlende technische Verständnis vorgezeichneten Konsequenz der Straflosigkeit, von dem auch das LG Kiel in seiner Nichteröffnungsentscheidung ausgegangen war, nicht abfinden; es erklärt deshalb mit letztlich drei Argumenten schon das *Betrachten* der Dateien kurzerhand zu deren Besitz:

³ Siehe § 11 Abs. 3 StGB; Begr. Entwurf IuKDG BReg BT-Drs 13/7385, 36; BGH NStZ 2001, 596.

⁴ Siehe die Nachweise bei *Eckstein*, ZStW 11 (2005), 107 (120 Fn. 64) sowie *Lackner/Kühl*, StGB, 26. Aufl., 2007, § 184b Rn. 8.

⁵ *M. Heinrich*, NStZ 2005, 361 (363).

⁶ BGH NStZ 2007, 95.

⁷ Zuerst eingehend *Harms*, NStZ 2003, 646 (649 f.); s. *Frommel*, in: NK-StGB, 2. Aufl., 2005 ff., § 184c Rn. 15; *M. Heinrich*, NStZ 2005, 361 (363 f.); *Matzky*, ZRP 2003, 167 (168); unklar *Hörnle*, in: MüKo-StGB, 2003 ff., § 184b Rn. 27; *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., 2006, § 184b Rn. 15; kritisch *Tröndle/Fischer*, StGB, 54. Aufl., 2007, § 184b Rn. 20.

– Der Angeklagte hätte ja jederzeit seinen Besitz an den Daten »perpetuieren« können, »indem er diese etwa bewusst speichert, ausdrückt, bearbeitet oder in Form einer elektronischen Nachricht an Dritte weiter versendet«. Hätte – hat er aber nicht. – Die Möglichkeit, Besitz (durch Speicherung) zu erlangen, ist noch kein Besitz. Niemand wird jemanden als Besitzer eines auf der Straße entdeckten pornographischen Bildes ansehen, weil er es nicht nur betrachten, sondern ohne weiteres auch hätte einstecken und sodann weitergeben können – es aber nicht tat.

– Nicht viel anders sieht es mit dem Argument des OLG aus, der Beschuldigte habe die *tatsächliche Herrschaft* über die »Bilder« über einen »flüchtigen Kontakt« hinaus *ausgeübt*: »Die Entscheidung, wie lange eine Seite betrachtet wird, ob einzelne Darstellungen vergrößert (Zoomfunktion) werden sollen oder ob aus Sicht des Betrachters besonders interessante Seiten nach zwischenzeitlichem Schließen erneut aufgerufen werden, trifft eigenverantwortlich der Betrachter, der insoweit äußeren Einflüssen nicht unterliegt.« Und: »Zu ... flüchtigen Inhalten werden sie nur auf Grund einer autonomen Entscheidung des Betrachters.« Wiederum also der Fehlschluss aus der bloßen Möglichkeit, Sachherrschaft zu ergreifen, auf die Sachherrschaft.

Im Übrigen ist dieses Argument ohnehin nicht tragfähig, weil ansonsten auch derjenige Besitzer wäre, der sich – wie es vor hundert Jahren zur Zeit der »Kunstpostkartenprozesse« so manches Mal vorgekommen sein dürfte – am Schaufenster eines Ladengeschäfts, das (kinder-)pornographische Darstellungen ausstellt, die Nase plattdrückt, dort länger verweilt, häufiger wiederkommt, seine Lesebrille zu Hilfe nimmt usw. – In beiden Fällen ist der Konsument eben schon allein deshalb nicht Besitzer, weil er nicht weiß, ob vielleicht beim nächsten Wiederkommen Auslage bzw. Internetseite vom Inhaber bzw. Betreiber neu bestückt oder gar von der Polizei geschlossen worden sind.

– Dem OLG ist zwar im Ansatz zuzustimmen, dass der Gesetzgeber zur Auslegung des Begriffs des Besitzens auf Rechtsprechung und Literatur zum *BtMG*⁸ hinwies⁹.

Besitz im Sinne des Betäubungsmittelstrafrechts ist nach hM. nicht im bürgerlich-rechtlichen Sinne zu verstehen, sondern eher im Sinne des Gewahrsams nach § 246 StGB¹⁰. Das Besitzen setzt ein (bewusstes) tatsächliches Innehaben und den Besitzwillen voraus, der darauf gerichtet ist, sich die Möglichkeit ungehinderter Einwirkung auf die Sache zu erhalten¹¹. Voraussetzung des Besitzes ist ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis¹². Der Täter muss die Verfügungsmacht über das Betäubungsmittel haben, die es ihm ermöglicht, mit ihm nach Belieben zu verfahren, insbesondere es zu verbrauchen, abzugeben, zu verstecken oder zu vernichten¹³.

⁸ Das Besitzen wurde erstmals in § 11 Abs. 1 BtMG 1972 (BGBl. I, 1) genannt.

⁹ Begr. BRegE BT-DrS 12/3001, 6.

¹⁰ Abgesehen vom hier nicht interessierenden mittelbaren Besitz; Weber, BtMG, 2. Aufl., 2003, § 29 Rn. 834; Hochmayr, Strafbarer Besitz von Gegenständen, 2005, 10f.

¹¹ Weber (Fn. 10), § 29 Rn. 831 mwN.

¹² Weber (Fn. 10), § 29 Rn. 832 mwN.

¹³ Weber (Fn. 10), § 29 Rn. 833 mwN.

Die ergänzenden Ausführungen des OLG Schleswig dazu, dass der Konsument deshalb Besitzer der Kinderpornographie gewesen ist, weil der BGH bei intensiverem Drogenkontakt Besitz angenommen habe, so wenn jemand BtM nicht nur über 20 m, sondern über 100 m transportierte, sind jedoch von beinahe nicht zu überbietender Peinlichkeit. Es ging in den drei vom OLG referierten BGH-Entscheidungen um etwas völlig anderes, um den *alleinigen Gewahrsam* trotz Nähe Dritter¹⁴. – Hätte das OLG sich vielmehr den tatsächlichen Parallelfällen zum Pornographiekontakt bei längerem Verweilen auf Internetseiten zugewandt – etwa: Der Konsument blättert, wie in Bahnhofsbuchhandlungen gelegentlich zu beobachten, in einschlägigen »Heftchen« –, so hätte das OLG bemerkt, dass Gewahrsam erst dann begründet wird, wenn der Blätternde ein Heftchen in seiner Körpersphäre verstaut bzw. die Kasse durchschreitet (und Versuch entsprechend mit dem diesbezüglichen Entschluss und unmittelbarem Ansetzen). Wie viele Minuten jemand das Heft betrachtet, ist völlig unerheblich.

Zur Vervollständigung: Selbst wenn es noch der Wortsinn hergebe, so tut es sicher nicht mehr der *Gesetzessinn*: Die Entscheidung des OLG Schleswig ist, mit *Fischer* gesprochen, auch nach allgemeinen Bewertungsmaßstäben »überzogen«¹⁵. *Fischer* dazu: »... es ist eines Rechtsstaats nicht würdig, das bloße Betrachten von verbotenen Bildern (und den Versuch, dies zu tun) als kriminelles Unrecht zu verfolgen.« Man mache sich klar, dass dann bereits das »als *Verschaffens-Versuch* anzusehende bloße, d.h. letztlich *erfolgreiche* Surfen auf der Suche nach einschlägigen Webseiten mit Freiheitsstrafe von 1 Jahr bedroht« würde¹⁶. – Und ob es, wie das OLG aber meint, wirklich »Ziel des Gesetzgebers« war, auch solchen Bezug zur Kinderpornographie umfassend unter Strafe zu stellen, kann durchaus bezweifelt werden:

2. Wille des Gesetzgebers

Die Strafbarkeit des Unternehmens des Besitzens bzw. des (Sich-)Besitzverschaffens von Kinderpornographie geht zurück auf das *27. StÄG-vom 23. Juli 1993* und gehört »damit also keineswegs zum klassischen Bestand unseres Strafrechts«¹⁷. Insofern verwundert es nicht, dass der Gesetzgeber die allumfängliche Strafrechts-

¹⁴ Kleine Nachhilfe: BGHSt 30, 277: Besitz, weil auf der Zugtoilette Drogen in Körpersphäre (»in eine Tasche und unter dem Hemd«) gebracht, Beobachtung unerheblich; BGHSt 26, 1117: kein Besitz, weil Drogen 20 m »im Beisein« des (Haupt-)Täters ohne Herrschaftswillen Drogen in Plastiktüte getragen; BGH NStZ-RR 1998, 148 (= Urteil v. 22.1.1998 – 4 StR 393/97 – Juris): Besitz, weil Drogen 100 m getragen und dabei aus dem Blickfeld des (Haupt-)Täters »durch einen dunklen Torbogen verschwunden«.

¹⁵ *Tröndle/Fischer* (Fn. 7), § 184b Rn. 20.

¹⁶ *M. Heinrich*, NStZ 2005, 361 (364) – Hervorhebungen von dort. *Tröndle/Fischer* (Fn. 7), § 184b Rn. 21 weisen in diesem Zusammenhang darauf hin, »dass z.B. das *erfolgreiche* Sich-Verschaffen detaillierter Baupläne für Massenvernichtungswaffen idR. straflos ist« (Hervorhebung von dort).

¹⁷ *M. Heinrich*, NStZ 2005, 361 (362).

erfassung, die er beim *Verbreiten* durchaus noch durch die Pönalisierung des Besitzes abrunden wollte (a), nicht beim Besitz des *Konsumenten* im Blick hatte (b).

a) Bis 1993: Nur der Verbreiter

Die Pönalisierung des Besitzes des Verbreiters ist, insoweit ist dem OLG Schleswig sicher Recht zu geben, Ausdruck des gesetzgeberischen Ziels der »Schaffung eines möglichst *lückenlosen Katalogs* von Tatbegehungsweisen« gewesen – ein Ziel, das den Gesetzgeber in seinem »Kampf«¹⁸ gegen die Verbreitung von Pornographie seit nunmehr über 100 Jahren vorwärtstreibt.

Ein Blick zurück:

– Das *RStGB von 1871* benötigte ursprünglich zur Umschreibung des Pornographietatbestandes (§ 184 RStGB) nur ein paar Wörter¹⁹. Die Tathandlung lautete noch halbwegs schlicht: »verkauft, vertheilt oder sonst verbreitet, ... ausstellt oder anschlägt«. Die Formulierung war wörtlich aus § 151 des Preußischen StGB von 1851 übernommen worden. Art. 341 des Hessischen StGB von 1841 hatte zuvor lediglich die »Ausstellung und Verbreitung«, Art. 309 des Sächsischen Kriminalgesetzbuches von 1838 gar nur die »Verbreitung« genannt²⁰.

»An sich scheint mir dies überall gebrauchte Wort zu genügen; es umfaßt alle Arten des Verteilens, Verkaufens, Verleihens, die manchmal besonders genannt werden«, meinte vor 100 Jahren *Wolfgang Mittermaier*²¹. Ich sehe es ähnlich und will im Folgenden möglichst einheitlich, wenn auch manchmal sprachlich unschön, vom »Verbreiten«, von der »Verbreitung« und von dem »Verbreiter« als Gegenbegriff zum »Betrachter« oder allgemeiner »Konsumenten« sprechen.

– Erstmalig wurde § 184 RStGB schon 1900 vom Drang nach Lückenlosigkeit erfasst durch die sog. »*lex Heinze*«²², als neue »besondere Arten des Verbreitens« separat aufgeführt²³ sowie »eine Reihe weiterer Vorbereitungshandlungen«²⁴ dem Tatbestand hinzugefügt wurden²⁵. »Das Streben, allen Gefahren zu begegnen,

¹⁸ Siehe zu dem Begriff *Scheffler*, Strafgesetzgebungstechnik in Deutschland und Europa, 2006, 119 ff.; *ders.*, in: FS Schwind, 2006, 125 ff.

¹⁹ § 184 RStGB 1871: »Wer unzüchtige Schriften, Abbildungen oder Darstellungen verkauft, vertheilt oder sonst verbreitet, oder an Orten, welche dem Publikum zugänglich sind, ausstellt oder anschlägt, wird ... bestraft.«

²⁰ Näher *Zeising*, Die Bekämpfung unzüchtiger Gedankenäußerungen seit der Aufklärung, Diss. iur., Marburg, 1967, 63 f.

²¹ *W. Mittermaier*, in: Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil, Bd. IV, 1906, 1 (200).

²² § 184 Abs. 1 Nr. 1 StGB i.d.F. des G. v. 25.6.1900: »... unzüchtige Schriften, Abbildungen oder Darstellungen feilhält, verkauft, verteilt, an Orten, welche dem Publikum zugänglich sind, ausstellt oder anschlägt oder sonst verbreitet, sie zum Zwecke der Verbreitung herstellt oder zu demselben Zwecke vorrätig hält, ankündigt oder anpreist.«

²³ *Schönke/Schröder*, StGB, 7. Aufl., 1954, § 184 Anm 3 a.

²⁴ *Heilborn*, GA 47 (1900), 281.

²⁵ Siehe näher o.V., *Lex Heinze*, 1901, 5 ff., 29 ff.; *O. Müller*, Die *Lex Heinze*, 1900, 63 ff.; *Werner*, Die *lex Heinze* und ihre Geschichte, Diss. iur., Freiburg/Brsg., 1935, 5 f.; *Mast*, Künstlerische und wissenschaftliche Freiheit, 2. Aufl., 1986, 139 ff.

führt leicht zu Überspannungen«, bemerkte dazu *W. Mittermaier*²⁶: Wie sehr er Recht hatte, belegen plastisch einige Sätze zur Gesetzgebungsgeschichte aus einer Dissertation noch aus dem Jahr der Verabschiedung der *lex Heinze*²⁷:

»Nach den Anfangsworten des § 184 Absatz 1 [RStGB 1871] konnte eine Bestrafung erst dann eintreten, wenn unzüchtige Schriften u. dergl. bestimmten Personen, nicht aber schon dem kauflustigen Publikum zugänglich gemacht worden waren; das drückten die Worte: ›verkaufen und verteilen‹ deutlich genug aus. Demgegenüber stellte der Entwurf nunmehr auch das ›Feilhalten‹ unzüchtiger Schriften etc. unter Strafe. Als ein weiterer Übelstand wurde es empfunden, dass § 184 in seiner bisherigen Fassung erst dann eine Bestrafung zuließ, wenn thatsächlich eine Verbreitung derartiger Gegenstände erfolgt war; auch dieses Moment trat in den Worten: ›verkauft, verteilt‹ u.a. deutlich hervor. Ein blosses Ankündigen oder Anpreisen blieb hingegen straflos. Daraus ging hervor, dass das Erfordernis eines bereits eingetretenen Erfolges für die Bestrafung eine ganze Reihe von Fällen ausschloss, welche die Sittlichkeit fast in gleichem Masse gefährdeten. Und deswegen ergänzte der Entwurf den § 184 dahin, dass er schon das blosses Ankündigen oder Anpreisen zum Zweck der Verbreitung für strafbar erklärte. Damit war aber hinsichtlich der Verbreitung der genannten Gegenstände einer Gefährdung der Sittlichkeit noch lange nicht genug vorgebeugt. Selbst wenn unzüchtige Schriften u. dergl. verkauft, verbreitet oder angekündigt oder angepriesen waren, so war doch, vor allem im Falle des Verkaufs und der Verbreitung, die in diesen Erzeugnissen enthaltene Schädlichkeit bereits in das Publikum gedrungen und eine ... Beschlagnahme konnte an dieser Thatsache nichts mehr ändern. Es war also schon ein Eingreifen für einen viel früheren Zeitpunkt notwendig, einen Zeitpunkt, in dem man das Übel gleichsam an der Wurzel fassen konnte, um ein Weiterwuchern, ein Verbreiten zu verhüten. Und so stellte der Entwurf schon denjenigen unter Strafe, der ... solche Produkte zur Verbreitung herstellt oder zum Zweck der Verbreitung in Besitz hat. Damit war es nunmehr möglich, sowohl alle diejenigen Verlagsanstalten und Druckereien zu treffen, welche solche Erzeugnisse ausschliesslich herstellten oder weiter versandten, als auch die Kolporteurs, die, wie die Ersteren, bisher straflos ausgegangen waren. Eine weitere Ergänzung des ersten Absatzes von § 184 wurde durch die Thatsache notwendig, dass verschiedentlich in der Presse Anzeigen enthalten waren, welche Anstoß erregten und erregen mussten, so dass der Entwurf in diesem Sinne auch denjenigen unter Strafe stellte, welcher durch Ankündigung in Drucksachen unzüchtige Verbindungen einzuleiten versucht.«²⁸

– Wie dann später schon im E 1962 vorgesehen war, machte das *EGOWiG von 1968* hieraus – u.a. durch die Einfügung des Ein- und Ausführens (»Gedanken«²⁹ aus der Internationalen Übereinkunft zur Bekämpfung der Verbreitung und des Vertriebs unzüchtiger Veröffentlichungen von 1925³⁰) – einen Katalog von 14 Tat-

²⁶ *W. Mittermaier* (Fn. 21), 199.

²⁷ Der dort besprochene Gesetzesentwurf aus dem Jahre 1892 lautete – insoweit – wie folgt: »Wer unzüchtige Schriften, Abbildungen oder Darstellungen feilhält, verkauft, verteilt, an Orten, welche dem Publikum zugänglich sind, ausstellt oder anschlügt, oder sonst verbreitet, wer sie zur Verbreitung herstellt oder zum Zweck der Verbreitung im Besitz hat, ankündigt oder anpreist oder wer durch Ankündigungen in Druckschriften unzüchtige Verbindungen einzuleiten sucht ...«

²⁸ *O. Müller* (Fn. 25), 64 f.; vgl. auch *Heilborn*, GA 47 (1900), 281 f.

²⁹ Siehe schon Begr. BRegE BT-DrS IV/650, 382.

³⁰ RGBl. II, 288.

handlungen³¹ mit »vielfachen Überschneidungen«³². Der Katalog wurde kaum verändert auch dem durch das 4. *StrRG* einzig noch umfassend pönalisierten Umgang mit sog. harter Pornographie zugrunde gelegt³³, dessen nach wie vor 14 Tathandlungen sich durch die Neustrukturierung des Pornographiestrafrechts durch das *SexdelÄndG 2004* nun in § 184a StGB und in dem hier interessierenden § 184b StGB in Abs. 1 wiederfinden. Genau genommen fehle höchstens »eine ausdrückliche Strafbarkeit des versuchten Anbietens kinderpornographischer Schriften, das allerdings selbst als Anbieten verstanden werden kann«, merkte die Bundesregierung vor kurzem zufrieden an³⁴.

b) Seit 1993: Auch der Konsument

Zuvor waren aber nun mit dem 27. *StrÄG 1993* im damaligen § 184 Abs. 5 (bzw. den heutigen § 184b Abs. 2 und 4) StGB das (»sich«, aber auch »einem anderen«) »Besitzverschaffen« und das »Besitzen« als weitere Tatbegehungsweisen (als *Tat-handlung* kann man das Besitzen wohl kaum bezeichnen³⁵) hinzugekommen. Grundsätzlich richten sich die Pönalisierung dieser Begehungsweisen zwar gegen beide, Verbreiter wie Konsumenten, während alle bisherigen 14 Tathandlungen ausschließlich den Verbreiter betrafen. Ein Paradigmenwechsel hin zum Konsumenten war dadurch jedoch nicht beabsichtigt: Im Mittelpunkt stand die Schließung einer neu hervorgetretenen Lücke bei der Pönalisierung des Verbreitens (*aa*). Nur sehr eingeschränkt stellte sich der Gesetzgeber den Ausbau des Rechtsgüterschutzes durch die Neupönalisierung des Konsumenten vor (*bb*):

aa) Verbreiter als Zentralfigur

In der Allgemeinen Begründung des Entwurfs der Bundesregierung zum (27.) *StrÄG* – Kinderpornographie findet sich zur Erläuterung der Ausweitung auf das Besitzen von Kinderpornographie zunächst einmal nur Folgendes: »Angesichts des neuen Mediums Video« sei das Problem entstanden, dass man bei Ermittlungen immer wieder auf mutmaßliche Verbreiter von Kinderpornographie treffe, denen aber kaum etwas nachzuweisen wäre, weil sie von ihren Videos jeweils nur eine »Masterkopie« besäßen, um sich »als Sammler zu tarnen«, und *Kopien jeweils*

³¹ § 184 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 1a StGB idF. des EGOWiG v. 24.5.1968: »... wer 1. unzüchtige Schriften verbreitet oder durch Ausstellen, Anschlagen, Vorführen oder in anderer Weise sonst allgemein zugänglich macht; 1a. unzüchtige Schriften herstellt, vervielfältigt, bezieht, vorrätig hält, ankündigt, anpreist, an einen anderen gelangen läßt, ... einführt oder ... auszuführen unternimmt«.

³² *Mösl*, in: LK-StGB, 9. Aufl., 1970–1976, § 184 Rn. 2 mwN.

³³ § 184 Abs. 3 StGB: »Wer ... 1. verbreitet, 2. öffentlich ausstellt, anschlägt, vorführt oder sonst zugänglich macht oder 3. herstellt, bezieht, liefert, vorrätig hält, anbietet, ankündigt, anpreist, einzuführen oder auszuführen unternimmt«.

³⁴ Begr. BRegE BT-DrS 16/3440, 22; vgl. *Reinbacher/Wincierz*, ZRP 2007, 195 (197): »exemplarische Akribie im Hinblick auf das Auflisten der Tatmodalitäten im Tatbestand«.

³⁵ Siehe zu diesem »legislatorischen Fehltritt« schon *Struensee*, in: FS Grünwald, 1999, 713ff.; s. ausführlich *Hochmayr* (Fn. 10), 53ff.

»bei Bedarf« zögen³⁶. – Insoweit standen bei der Neufassung 1993 eindeutig »Beweisnotgründe« gegenüber dem Verbreiter im Mittelpunkt³⁷. Anders gesagt: Es ging – primär – weiterhin um die Verfolgung des Verbreiters³⁸: Nur gegen ihn richteten sich ja auch, das sei nochmals betont, ausnahmslos alle bislang pönalisierte Verhaltensweisen, eben vom »Verbreiten« über das »öffentliche Ausstellen«, das »Herstellen« bis hin zum »Ausführen«. Er wird zu Recht als die »Zentralgestalt«³⁹ angesehen.

Bestätigt wird diese Wertung inzwischen durch das *SexdelÄndG* von 2004, das nunmehr einerseits die Besitzverschaffung »einem anderen« (»Besitzgeben«) mit höherer, den (anderen) Verbreitersvarianten angeglichenen Strafe bedroht (§ 184b Abs. 2 StGB)⁴⁰, aber andererseits das »Sichverschaffen« (»Besitznehmen«) gem. § 184b Abs. 4 StGB nicht in den Katalog für Telefon- und akustische Wohnraumüberwachung aufnahm (vgl. § 184b Abs. 3 StGB iVm. § 100a Satz 1 Nr. 2 bzw. § 100c Abs. 2 Nr. 1 lit. e StPO).

Dass es dem Gesetzgeber primär um die Strafbarkeit des Verbreiters ging, zeigt auch ein Vergleich mit dem *BtMG*, das er sich eigentlich doch ausdrücklich als Vorbild genommen hatte⁴¹. Denn anders als in den älteren Pornographiegesetzen bedrohte schon das erste deutsche Betäubungsmittelgesetz, das Gesetz zur Ausführung des internationalen Opiumabkommens von 1920⁴², in einem ansonsten dem § 184b Abs. 1 StGB vergleichbaren Katalog u.a. auch den mit Strafe, der Drogen »erwirbt«. Das »Erwerben« ist bedeutsam insbesondere für die Pönalisierung der Konsumentenseite⁴³, die also hier den Gesetzgeber offensichtlich schon damals mehr interessierte als im Pornographiestrafrecht. Der »Erwerb« blieb auch im *BtMG*, als er 1972 mit der Hinzufügung des »Besitzens« einer »ausdrücklichen Verpflichtung« nachkam⁴⁴, »die nach dem Internationalen Opiumabkommen vom 19. Februar 1925 besteht«⁴⁵. 1982 wurde zudem noch das »[Sich-]Verschaffen in sonstiger Weise« dem Katalog des § 29 Abs. 1 Nr. 1 *BtMG* hinzugefügt⁴⁶.

³⁶ Begr. BRegE BT-DrS 12/3001, 4 – Hervorhebung von hier.

³⁷ Abg. Eimer, in: BT-Plenarprotokoll 12/47 v. 10.10.1991, 3963: »Damit ist der Handel schwer nachweisbar, und der Täter ist kaum zu überführen ... Daher brauchen wir dringend ein Besitzverbot, damit die Täter überführt und bestraft werden können.«

³⁸ Abg. U. Schmidt, in: BT-Plenarprotokoll 12/47 v. 10.10.1991, 3953: »Der Besitz und Konsum ist in der Bundesrepublik nicht strafbar. Das macht den polizeilichen Zugriff auf die Hersteller und Verteiler zum großen Teil unmöglich.«

³⁹ Duttge/Hörnle/Renzikowski, NJW 2004, 1070.

⁴⁰ Kritisch dazu Duttge/Hörnle/Renzikowski, NJW 2004, 1065 (1069 f.); s. auch Gercke, ZUM 2005, 612 (613).

⁴¹ Begr. BRegE BT-DrS 12/3001, 5 f.

⁴² RGBl 1921, 2.

⁴³ Nach § 8 Abs. 1 wurde bestraft, wer Drogen »einführt, ausführt, herstellt, verarbeitet, erwirbt, veräußert oder sonst in Verkehr bringt oder sie in nicht genehmigten Örtlichkeiten herstellt, verarbeitet, aufbewahrt, feilhält oder abgibt«.

⁴⁴ Begr. BRegE OpiumGÄndG BT-DrS VI/1877, 9.

⁴⁵ Siehe Art. 7: »Die vertragsschließenden Teile werden Maßnahmen ergreifen, um ... jeden Besitz ... zu untersagen«.

⁴⁶ Näher Scheffler, Strafgesetzgebungstechnik (Fn. 18), 56 f.

Der Unterschied lässt sich auch in *internationalen Übereinkommen* belegen: Die Verträge zur *Kinderpornographie* nennen oftmals das »Besitzen« als einzige Tathandlung, die auch den Konsumenten betreffen kann. Das gilt etwa für das Fakultativprotokoll zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend den Verkauf von Kindern, die Kinderprostitution und die Kinderpornographie der UN vom 25. Mai 2000⁴⁷ sowie die Gemeinsame Maßnahme 97/154/JI vom 24. Februar 1997 betreffend die Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern⁴⁸. (Art. 9 Abs. 1 lit. d und lit. e der Cyber-Crime-Convention vom 23. November 2001⁴⁹ nennt zusätzlich noch die Besitzverschaffung [»Beschaffen«]; eine Ausnahme stellt ebenfalls, hier ist noch der »Erwerb« genannt, Art. 3 Abs. 1 des Rahmenbeschluss 2004/68/JI des Rates vom 22. Dezember 2003 zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie⁵⁰ dar.) Und die – zunächst naheliegende – Erklärung, das »Besitzen« erübrige die Aufzählung verschiedenster Tathandlungen auf Empfängerseite, so dass hier weitere »Schrotschüsse«⁵¹ (etwa: das »Erwerben«, »An-Sich-Bringen«, »Sich-Verschaffen«, »Übernehmen« oder »Beziehen«⁵²) als überflüssig weggelassen worden wären, wird durch einen Hinweis auf die Internationale Übereinkunft zur Bekämpfung der Verbreitung und des Vertriebs unzüchtiger Veröffentlichungen von 1925⁵³ widerlegt, die innerhalb der Aufzählung von gleich 16 Tathandlungen keine einzige konsumentenbezogene anstelle des damals noch nicht üblichen »Besitzens« nannte⁵⁴. – Und auch hier ist wieder ein Gegenschluss aus dem *Drogenstrafrecht* möglich: Das Einheitsübereinkommen über Suchtstoffe von 1961 zählt in einem relativ kurzen Katalog in Art. 2 Abs. 5 lit. b neben dem »Besitz« die »Verwendung« auf⁵⁵. Das Wiener Suchtstoffübereinkommen von 1988⁵⁶ nennt in Art. 3 Abs. 1 lit. a Ziff. iii. konsumentenorientiert das »Besitzen oder Kaufen«. Der Rahmenbeschluss 2004/757/JI des Rates vom 25. Oktober 2004 zur Festlegung von Mindestvorschriften über die Tatbestandsmerkmale strafbarer Handlungen und die Strafen im Bereich des illegalen Drogenhandels⁵⁷ wiederholt die separate Nennung dieser beiden Begehungsweisen (Art. 2 Abs. 1 lit. c).

⁴⁷ Art. 3 Abs. 1 lit. c: »das Herstellen, Vertreiben, Verbreiten, Einführen, Ausführen, Anbieten, Verkaufen oder Besitzen«.

⁴⁸ Titel I Abschn. A Ziff. ii lit. c »... Darbietungen und Darstellungen, einschließlich der Herstellung, des Verkaufs und der Verbreitung oder sonstiger Formen des Handels mit solchem Material und des Besitzes solchen Materials« (Abl. L 63/2 v. 4.3.1997).

⁴⁹ ETS Nr. 185.

⁵⁰ Abl. L 13/44 v. 20.1.2004: Herstellung, Vertrieb, Verbreitung, Weitergabe, Anbieten oder sonstiges Zugänglichmachen, Erwerb oder Besitz.

⁵¹ Siehe zu diesem Begriff *Scheffler*, Strafgesetzgebungstechnik (Fn. 18), 55 ff.; *ders.*, ZStW 113 (2005), 767 (783 ff.).

⁵² Vgl. *Hochmayr* (Fn. 10), 1.

⁵³ RGBl. II, 288.

⁵⁴ Art. 1: »... anfertigt, vorrätig hält; ... einführt, befördert, ausführt oder einführen, ausführen oder befördert läßt oder auf andere Weise in den Verkehr bringt; ... Handel treibt, bei irgendeinem Geschäft über [pornographische Schriften usw.] mitwirkt, ... sie verbreitet, öffentlich ausstellt oder gewerbsmäßig vermietet; ... durch Anzeigen oder andere Mittel Personen bezeichnet, die sich mit einer der vorstehend aufgeführten strafbaren Handlungen befassen, ... durch Anzeigen oder andere Mittel bekanntmacht, auf welche Weise und durch wen [pornographische Schriften usw.] unmittelbar oder mittelbar bezogen werden können«.

⁵⁵ »Gewinnung, Herstellung, Ausfuhr, Einfuhr, ... Besitz ... Verwendung ... Handel«.

⁵⁶ BGBl. II, 1136.

⁵⁷ Abl. L 335/8 v. 11.11.2004.

Noch deutlicher wird der Unterschied in der Pönalisierung der Formen des »Verbreitens« einerseits und des »Konsumierens« (hier besser gesagt: »Gebrauchens«) im *Waffenrecht*, das an sich ein weiteres Umgangsverbot für Waffen mit ähnlicher Gesetzestechnik – schrotschussartige Häufung von Tathandlungen – vorsieht: Das neue Waffengesetz von 2002 nennt in §§ 51 f. WaffG mehrfach denjenigen als zu Bestrafenden, der bestimmte Waffen »erwirbt, besitzt, überlässt, führt, verbringt, mitnimmt, herstellt, bearbeitet, instand setzt oder damit Handel treibt« – genau zehn Verben für den Umgang mit Waffen, von denen aber die erste Hälfte mehr oder weniger stark auf den Endbesitzer und nicht auf den Verbreiter zielt.

Diese Unterscheidungen vermögen auch nicht zu verwundern: Unter den »Besitzdelikten« nimmt § 184b StGB eine Sonderstellung ein: Wenn es beim pönalisierten Besitz von Drogen, vor allem aber von Waffen, darum geht, dass diese *Gegenstände selbst gefährlich* sind, also der Besitz an sich eine gewisse Rechtsgütergefährdung darstellt, soll es bei Kinderpornographie um die Rechtsgüterverletzung bei der längst abgeschlossenen Herstellung gehen, mit der der spätere Besitzer nur höchst indirekt zu tun hat⁵⁸.

Die kurze Bemerkung des Gesetzgebers, es solle mittels der Besitzstrafbarkeit des Kinderpornographie-Konsumenten auch »der – zumindest nach bisherigem Kenntnisstand nicht auszuschließenden – *negativen Auswirkung auf Betrachter* entgegengewirkt werden, die darin bestehen kann, daß der Betrachter kinderpornographischer Darstellungen zum Kindesmißbrauch angeregt wird«⁵⁹, besagt anders formuliert: Es gibt keine signifikanten Befunde für die Annahme, das Kinderpornographie in diesem Sinne gefährlich ist⁶⁰. Polizeiangaben, ca. 12 % aller Konsumenten von Kinderpornographie im Internet seien in der Vergangenheit bereits mit tatsächlichen Sexualstraftaten in Erscheinung getreten seien⁶¹, besagen nichts darüber, ob die Straftaten Folge ihres Konsums waren und erst recht nichts darüber, wie viele zu Sexualstraftätern ohne ihren Pornokonsum geworden wären. Es ist sicher nicht von vornherein unplausibel, auch das Gegenteil für möglich zu halten, nämlich dass das Ausweichen auf Pornographie Pädophile von Kinderspielplätzen fernhalten kann⁶². Die Berichte, die erwischten Konsumenten seien »Studenten, Schüler, Handwerker, Beamte und Pensionäre«⁶³, »einfache Arbeiter, aber auch Professoren, Ärzte, Firmen-Manager und Bankmitarbeiter«⁶⁴, selbst ein »Realschullehrer ..., der noch bei seiner Mutter lebte«⁶⁵, kurzum »zumeist Biedermänner im richtigen Leben«⁶⁶, spricht sicher nicht gegen diese Annahme. – Darüber hinaus:

⁵⁸ Näher *Hochmayr* (Fn. 10), 22 ff.; *Eckstein*, Besitz als Straftat (2001), 66 ff.; *ders.*, ZStW 117 (2005), 107 (111); *F.-C. Schroeder*, NJW 1993, 2581 (2582); *ders.*, ZRP 1990, 299 (300).

⁵⁹ Begr. BRegE BT-DrS 12/3001, 6.

⁶⁰ Siehe auch *Hörnle* (Fn. 7), § 184b Rn. 1; *Frommel* (Fn. 7), § 184c Rn. 3.; *M. Heinrich*, NStZ 2005, 361 (362); *Gropp*, in: FS Otto, 2007, 249 (259).

⁶¹ nw-news.de v. 21.1.2007. Von den 322 Beschuldigten der unten erwähnten »Kreditkarten«-Aktion sollen 10 % Wiederholungstäter und 4 Personen wegen Kindesmissbrauchs Vorbestrafte sein, golem.de v. 9.1.2007.

⁶² *Hochmayr* (Fn. 10), 34 mwN.

⁶³ heise online v. 7.2.2007.

⁶⁴ nw-news.de v. 21.1.2007.

⁶⁵ heise online v. 9.1.2007.

⁶⁶ N24.de v. 9.1.2007.

Bei § 184a StGB (Gewaltpornographie) soll es nach hM.⁶⁷ vor allem um dem Schutz derer gehen, die Opfer von Tätern mit entsprechenden Neigungen werden könnten – eine Norm nun aber, die, § 184b Abs. 1 StGB ansonsten wörtlich entsprechend, gerade nicht das Betrachten, Konsumieren, Besitzen oder Ähnliches pönalisiert! Ferner soll das Verbot der Verbreitung harter Pornographie in § 184a StGB aber auch Betrachter vor »Fehlentwicklungen« bewahren – also diejenigen vor »Fehlentwicklungen« mittels Strafrecht schützen, die nunmehr in § 184b Abs. IV StGB durch Strafrecht bedroht werden⁶⁸?

Es wäre ein »Denkfehler«⁶⁹, dem Konsumenten den *bereits begangenen Kindesmissbrauch*, der auf seinen Bildern abgebildet ist, zuzurechnen. Dieser war längst vollendet, als er sich um pornographische Darstellungen davon bemühte. Durch die Weiterverbreitung mögen die Persönlichkeitsrechte der kindlichen Darsteller (erneut) verletzt worden sein, weil sie keine wirksame Einwilligung geben konnten⁷⁰; der Missbrauch wurde jedoch nicht perpetuiert. Dies war im Regierungsentwurf noch nicht vollständig erkannt worden⁷¹; in gewisser Weise wurde zunächst »leichtfertig die neuartige Rechtsfigur einer Art rückwirkender Anstiftung konstruiert«⁷². Es erwies sich als »gar nicht so einfach, zwischen dem Sichverschaffen bzw. schlichten Besitzen einer kinderpornographischen Darstellung und dem sexuellen Missbrauch der dargestellten Kinder eine Brücke zu schlagen«⁷³. Jedenfalls entwickelte sich innerhalb des Gesetzgebungsverfahrens zum 27. StÄG 1993 der Gedanke, das Augenmerk auf den *zukünftigen* Darsteller zu lenken; vielleicht vergleichbar den ungefähr zur selben Zeit populären Aktionen, Kinderarbeit durch den Boykott von Erzeugnissen, die mit Hilfe von Kindern hergestellt werden, zu bekämpfen⁷⁴: Stellen alle Konsumenten am Markt ihre Nachfrage nach einem Produkt ein, wird dieses nicht mehr (so) hergestellt.

bb) Konsument als Ergänzung

Die nun auch wieder vom OLG Schleswig bemühte »Theorie der Marktaustrocknung«, die ein durch bloßen Pornographiebesitz des Konsumenten verletztes Rechtsgut herleiten soll, findet sich sodann vor allem im Bericht des Rechtsausschusses zum Regierungsentwurf eines [27.] StrÄG⁷⁵. »Darin liegt eine radikale Än-

⁶⁷ Siehe *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 7), § 184a Rn. 1 mwN.; *F.-C. Schroeder*, NJW 1993, 2581.

⁶⁸ Siehe dazu auch *Hochmayr* (Fn. 10), 33 f.

⁶⁹ *Duitge/Hörnle/Renzikowski*, NJW 2004, 1065 (1070).

⁷⁰ *Hörnle*, in: MüKo-StGB (Fn. 7), § 184b Rn. 3.

⁷¹ Begr. BRegE BT-DrS 12/3001, 6 – Hervorhebungen von hier: »Regelmäßig hat derjenige, der kinderpornographische Produkte besitzt, diese selbst hergestellt oder aber von einem anderen übernommen und somit mittelbar den sexuellen Mißbrauch von Kindern gefördert.« Siehe dort aber auch S. 5.

⁷² *Jäger*, in: FS Schüler-Springorum, 1993, 229 (232 f.).

⁷³ *Gropp* (Fn. 60), 259.

⁷⁴ Ähnlich *Gropp* (Fn. 60), 260.

⁷⁵ Beschluss und Bericht Rechtsausschuss (6. Ausschuss) BT-DrS 12/4883, 8: Es »trägt auch der Konsument, der sich kinderpornographische Filme ... beschafft, dazu bei, daß Kinder sexuell mißbraucht werden. Daraus resultiert auch eine mittelbare Verantwortlichkeit des Ver-

derung der gesetzgeberischen Ziele ... Pornographieverbot als Darstellerschutz.«⁷⁶ Für Kindesmissbrauch ist aber § 176 StGB »sedes materiae«⁷⁷. Es war eine *Notbegründung*⁷⁸. Zu sagen, die Marktaustrocknung sei »Zweck des 27. StÄG«⁷⁹ gewesen, ist also etwas gewagt. Vielmehr wurde dem Pornographie-»Tatbestand eine Funktion aufpfropft, die ihm an sich nicht zukommt«⁸⁰: Das kann »sehr negative Folge haben«⁸¹.

Es gibt auch kaum Gesetze, die den Besitz zwecks Verhinderung der Gewinnung eines Gegenstandes ahnden wollen. *Eckstein* nennt in seiner großangelegten Untersuchung als strafrechtliche Norm nur noch § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB (»Wer einen Gegenstand, der aus einer ... rechtswidrigen Tat herrührt, ... sich oder einem Dritten verschafft ...«) mit dem Zweck, einschlägige Vortaten mittelbar einzudämmen⁸² – ein Aspekt, der freilich allen Abschnitten des 21. Abschnitts nicht fremd ist⁸³; *F.-C. Schroeder* hat mehrfach auf die Parallele zur Hehlerei (§ 259 StGB) hingewiesen⁸⁴. Ansonsten erwähnt *Eckstein* nur noch das BNatSchG, weil dort gem. §§ 65 Abs. 2 Nr. 4 iVm. 42 Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 BNatSchG (nF.) als Ordnungswidrigkeit untersagt ist, »Tiere und Pflanzen der besonders geschützten Arten in Besitz oder Gewahrsam zu nehmen, in Besitz oder Gewahrsam zu haben oder zu be- oder verarbeiten (Besitzverbote)«⁸⁵. Denn zusammen mit dem in § 42 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 BNatSchG (nF.) geregelten Vermarktungsverbot⁸⁶ diene es nicht dem einzelnen Lebewesen, sondern »dem Schutz ... der wild lebenden Tier- und Pflanzenarten« (§ 39 Abs. 1 Satz 1 BNatSchG [nF.] – also zukünftigen Opfern mittels Marktaustrocknung. Hinweisen könnte man vielleicht noch auf das nach *Ecksteins* Untersuchungen verabschiedete StammzellG, das in § 4 Abs. 1 bei Strafan drohung (§ 13 Abs. 1 StZG) die Einfuhr und die Verwendung (allerdings nun gerade nicht den Besitz) embryonaler Stammzellen verbietet, sofern sie nicht vor einem Stichtag gewonnen wurden (§ 4 Abs. 2 Nr. 1 lit. a StZG), um sicherzustellen, »dass nach Deutschland nur solche embryonalen Stammzellen eingeführt werden können, deren Gewinnung unter Verbrauch von menschlichen Embryonen von Deutschland nicht veranlasst wurde und auch in Zukunft nicht veranlasst werden kann«⁸⁷.

Jedenfalls wurde diese Strategie der Marktaustrocknung vom damaligen Pornographie-Gesetzgeber mit einem spezifischen Hintergrund erklärt, den offenbar

brauchers für die Existenz des ... marktes und den mit der Befriedigung des Marktes verbundenen Kindesmissbrauch«.

⁷⁶ *F.-C. Schroeder*, JZ 1999, 827 (831); ähnlich schon *ders.*, ZRP 1990, 299.

⁷⁷ *F.-C. Schroeder*, ZRP 1990, 299 (300).

⁷⁸ Näher *F.-C. Schroeder*, JZ 1999, 827 (831).

⁷⁹ *Harms*, NSStZ 2003, 646 (650).

⁸⁰ *F.-C. Schroeder*, ZRP 1990, 299 (300).

⁸¹ *F.-C. Schroeder*, ZRP 1990, 299 (300).

⁸² *Eckstein* (Fn. 58), 69. Dass *Eckstein* stattdessen § 261 Abs. 2 Nr. 2 StGB nennt, scheint mir ein Irrtum zu sein.

⁸³ *Stree*, in: Schönke/Schröder (Fn. 67), vor § 257 ff. Rn. 2, § 261 Rn. 1.

⁸⁴ *F.-C. Schroeder*, ZRP 1990, 299 (300); *ders.*, NJW 1993, 2581 (2582, 2583).

⁸⁵ *Eckstein* (Fn. 58), 69.

⁸⁶ »Es ist ferner verboten, ... Tiere und Pflanzen der besonders geschützten Arten ... a) zu verkaufen, zu kaufen, zum Verkauf oder Kauf anzubieten, zum Verkauf vorrätig zu halten oder zu befördern, b) zu kommerziellen Zwecken zu erwerben, zur Schau zu stellen oder sonst zu verwenden (Vermarktungsverbote).«

⁸⁷ Begr. Entwurf StZG Abg. *Böhmer* et al. BT-DrS 14/8394, 9.

niemand heute mehr so recht zur Kenntnis nehmen will: »Dabei ergibt sich aus den Besonderheiten des Videomarktes für Kinderpornographie eine starke mittelbare Verantwortlichkeit des Verbrauchers für den mit der Herstellung verbundenen Kindesmißbrauch: Gefragt sind Privatvideos, die ihre Attraktivität der Amateurnahmigkeit verdanken. Kinderpornographische Produkte werden regelmäßig in kleinen Auflagen privat hergestellt und vertrieben.«⁸⁸

Der Gesetzgeber stellte sich Anfang der 1990er Jahre also die Produktion von Kinderpornos davon geleitet vor, dass Onkel Otto und die Kumpels vom Stammtisch schon auf das nächste Video mit der Enkeltochter warteten⁸⁹. (Im Extremfall der »Bestellung« ist hier sogar ausnahmsweise in der Tat der konkret abgebildete Mißbrauch vom Konsumenten [mit] zu verantworten⁹⁰!) Durch die Abschreckung oder gar Bestrafung dieser Konsumenten hoffte der Gesetzgeber, diesen Herstellern den Markt auszutrocknen. Bei einem »Kleinstabnehmerkreis ... kann man in der Tat argumentieren, daß jeder Erwerb dieser Machwerke die Nachfrage und damit den Mißbrauch von Kindern steigert«, meint denn auch F.-C. Schroeder⁹¹. Hier ergebe sich »eine sehr viel stärkere Verantwortlichkeit ... des Erwerbers für die Herstellung als bei den normalen Massenprodukten.«⁹² Aber: »Wird ein Video auch nur in einer Auflage von tausend Stück hergestellt, schrumpft die ›Ursächlichkeit‹ des einzelnen Erwerbers auf ein Tausendstel.«⁹³ Und erst recht wird diese Begründung »brüchig, wenn man die Herstellung und den Vertrieb von Kinderpornographie der organisierten Kriminalität zuordnet«⁹⁴.

Des Weiteren ist, versteht man die Teilnahme am Markt als wesentliches Unterscheidungskriterium, noch weiter einzuschränken: Dann kann die Straf Begründung ohnehin nur für das Besitzverschaffen, nicht für Besitzen (d.h. wenn das Material ohne eigene Tätigkeit des Besitzers in seinen Besitz gelangt ist oder ihm dies nicht nachzuweisen ist) gelten. Denn dem kann ja nun gerade keine, selbst noch so geringe Markteteiligung durch eine Verschaffenshandlung vorgeworfen werden⁹⁵! (Nicht nachvollziehbar deshalb, wenn es im Erläuternden Bericht vom 08. November 2001 zur Crime-Convention des Europarates⁹⁶ apodiktisch heißt:

⁸⁸ Begr. BRegE BT-DrS 12/3001, 5 – Hervorhebungen von hier.

⁸⁹ Auch der BRat sorgte sich in seiner Stellungnahme in BT-DrS 12/3001, 7 um das »private Tauschen, Verleihen, Verschenken und Verkaufen im Einzelfall«; s. auch F.-C. Schroeder, JZ 1999, 827 (831); Amelung/Funcke-Auffermann, StraFo 2004, 265 (270): Amateuraufnahmen in ca. fünf bis zehn Exemplaren.

⁹⁰ Näher Hochmayr (Fn. 10), 32 f.

⁹¹ F.-C. Schroeder, JZ 1999, 827 (831) – Hervorhebung von hier; s. aber Lackner/Kühl (Fn. 4), § 184b Rn. 8: »wenig überzeugend«.

⁹² F.-C. Schroeder, NJW 1993, 2581 (2582); ähnlich Eckstein (Fn. 58), 259.

⁹³ F.-C. Schroeder, ZRP 1990, 299 (300); s. auch M. Heinrich, NStZ 2005, 361 (362 f.).

⁹⁴ Böse, in: FS F.-C. Schroeder, 2006, 751 (759 Fn. 53).

⁹⁵ Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder (Fn. 67), § 184b Rn. 15; Hörnle, in: MüKo-StGB (Fn. 60), § 184b Rn. 29; Lackner/Kühl (Fn. 4), § 184b Rn. 8; Kindhäuser, in: LPK-StGB, 3. Aufl., 2006, § 184 b Rn. 6; Gropp (Fn. 60), 261, 262.

⁹⁶ ETS Nr. 185.

»Der Besitz von Kinderpornografie regt die Nachfrage nach derartigem Material an.«)

Und nichts anderes dürfte gelten, wenn die *Sich-Besitzverschaffung* nicht durch aktive Marktbeteiligung (Nachfragen, Kaufen), sondern dadurch geschieht, dass der Konsument »still und heimlich Webseiten absucht und dabei – bildlich gesprochen – einfach nur mitnimmt, was dort sowieso herumliegt«⁹⁷ – so, wie es der Beschuldigte offenbar auch im Fall des OLG Schleswig gemacht hatte⁹⁸. Ob die hierdurch gesendeten »Signale seines Interesses«, genügen, den Markt für Kinderpornographie anzuheizen, gar nur, weil sich Verbreiter in »damit verbundener ›Anerkennung‹ ... sonnen«, erscheint mir höchst zweifelhaft⁹⁹.

Eckstein hat solchen phantasiereichen Konstruktionen treffend entgegengehalten¹⁰⁰: »Derartige marktwirtschaftliche Überlegungen tendieren jedoch dazu, die Frage nach der tatsächlichen Gefährlichkeit einer bestimmten realen Handlung zu überspielen ... Zugespielt führt das Marktargument im Rahmen des strafrechtlichen Rechtsgüterschutzprinzips zu einer juristischen Chaostheorie, nach der alles mit allem zusammenhängt, sofern es nur auf einem einheitlichen Markt stattfindet. Erwägungen zur Strafwürdigkeit, die den Einsatz des Strafrechts einschränken, sind unter diesen Vorzeichen kaum zu erwarten.«

Der Gesetzgeber selbst zog niemals in Erwägung, durch die Pönalisierung des Besitz(verschaff)ens den *professionellen* südamerikanischen, asiatischen oder osteuropäischen Kinderpornographie-*Sumpf* trockenlegen zu können. Er ist bisher ja auch nicht auf den Gedanken gekommen, er könne das Verbot des Drogenbesitzes (über den Drogenhandel hinaus) als Maßnahme deklarieren, afghanische Heroinclans oder kolumbianische Kokainbarone in die Knie zu zwingen¹⁰¹ – sondern er tut es, um des (kaum weniger fragwürdigen) Rechtsgutes der »Volksgesundheit« wegen – ein Ausweg, der ihm bei der Kinderpornographie versperrt ist, obwohl es doch eigentlich nur darum geht: Mit dem Schund soll niemand etwas zu tun haben.

Und genau für dieses Argument ist im Strafrecht, das sollte seit der Diskussion Ende der sechziger / Anfang der Siebzigerjahre des vorherigen Jahrhunderts, seit der Entkriminalisierung von (»einfacher«) Pornographie, Kuppelei, Ehebruch, Homosexualität und Sodomie klar sein, im Strafrecht kein Platz: »... mit dem Schauer sittlicher Empörung, der dem durchschnittlichen Nicht-Pädophilen beim Kinderpornografie über den Rücken läuft, lässt sich die

⁹⁷ *M. Heinrich*, NStZ 2005, 361 (364).

⁹⁸ Die Aussage des OLG Schleswig (S. 43), »Hersteller und Vertreiber von Kinderpornografie verdienen durch den Aufruf ihrer Seiten«, erschließt sich mir so nicht.

⁹⁹ So aber *Gropp* (Fn. 60), 261.

¹⁰⁰ *Eckstein* (Fn. 58), 261.

¹⁰¹ Im Cannabis-Beschluss des BVerfG findet sich in diese Richtung nur Folgendes: »Hinzukommt, daß sich gerade im Erwerb zum Zwecke des Eigenverbrauchs die Nachfrage nach der Droge verwirklicht, die den illegalen Drogenmarkt von der Nachfrageseite her konstituiert. Angesichts der Schätzungen über die gegenwärtige Konsumentenzahl, die sich zwischen 800.000 und 4 Millionen Personen bewegen, die überwiegend gerade Gelegenheitskonsumenten sind ..., kann dies nicht als unerheblich abgetan werden« (BVerfGE 90, 145 [187]). Kritisch hierzu *Eckstein* (Fn. 58), 260.

Strafbarkeit nicht begründen – ... das Strafrecht dient dem Rechtsgüterschutz, nicht aber dem Schutz der Sitten oder des sittlichen Empfindens.«¹⁰²

Und natürlich wird in der öffentlichen Diskussion darüber hinaus durchweg übersehen, dass der Konsument den Missbrauch auf »seinem« Bildmaterial nicht verursacht hat – der entscheidende *Unterschied zur Kinderprostitution*, die zu Unrecht auch insoweit immer in einem Atemzug mit der Kinderpornographie genannt wird, und wo die Kriminalisierung des Konsumenten fraglos ein richtigerer Ansatz ist.

Bemerkenswert, aber typisch für eine überhitzte Diskussion, dass man wenig Vergleichbares über den sonstigen Markt »harter« (Tier- und Gewalt-) *Pornographie* hört, die bis 1993 haargenau identisch mit der Kinderpornographie strafrechtlich geregelt war, wo jedoch dann der Besitz (bis heute) nicht pönalisiert worden ist. Hier kann die Gesellschaft offenbar mit der Straflosigkeit des Betrachtens und Speicherns nun wahrlich auch widerwärtiger Darstellungen leben¹⁰³. Der Unterschied liegt eigentlich »nur« in dem emotional so stark belasteten Bereich des Missbrauchs von Kindern – als ob zu erwarten wäre, dass alle Darsteller in Gewalt- und Tier pornos Freiwillige wären¹⁰⁴!

Das Rechtsgut »Darstellungsschutz« kann übrigens nicht dafür herhalten, dass zur Überwindung von Beweisschwierigkeiten durch das Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz (IuKDG) von 1997 der Besitztatbestand über tatsächliche auch insoweit auf »wirklichkeitsnahe«, also nicht geschene, aber so aussehende Vorgänge ausgedehnt wurde¹⁰⁵, als ältere Darsteller »auf Kind gemacht«¹⁰⁶ werden. Denn insoweit ist es sogar eher kontraindiziert, den Herstellern den Ausweg zu versperren, den Kinderpornographiemarkt ohne Kindesmissbrauch zu bedienen¹⁰⁷.

Genau genommen würde, wollte man mit der Strategie der Markttrockenlegung Ernstmachen, dies Konsequenzen haben, die nun gerade dem »Schutz des sittlichen Empfindens« vollständig entgegenliefern: Will man nämlich dem zukünftigen Kindesmissbrauch bei der Herstellung von Pornographie wirklich den Markt nehmen, dürfte altes Bildmaterial, also Material mit nicht wieder rückgängig zu machendem Kindesmissbrauch, nicht eingezogen, unbrauchbar gemacht oder vernichtet werden, sondern müsste auf dem *Markt* belassen werden, um diesen von der Angebotsseite möglichst *gesättigt zu halten!* Und zwar zum »Nulltarif«, damit kein einschlägig Interessierter sich (s. dazu unten) für knapp 80 \$ ein Abo bei der »Kinderporno-Mafia« mehr kaufen möchte. Dass wir dazu – selbstverständlich! – nicht im Entferntesten bereit sind, zeigt aber, dass das behauptete Ziel Markttrocknung/Darstellungsschutz nichts als ein Lippenbekenntnis ist.

¹⁰² M. Heinrich, NStZ 2005, 361 (362); s. auch Gropp (Fn. 60), 263.

¹⁰³ Siehe dazu Eckstein (Fn. 58), 72 f.

¹⁰⁴ Siehe aber Begr. BRegE BT-DrS 12/3001, 4; F.-C. Schroeder ZRP 1990, 299 (301).

¹⁰⁵ Siehe dazu F.-C. Schroeder, JZ 1999, 827 (831); Tröndle/Fischer (Fn. 7), § 184b Rn. 13.

¹⁰⁶ Frommel, in: NK-StGB (Fn. 7), § 184c Rn. 3.

¹⁰⁷ Anders aber (einheitlicher Markt) Eckstein (Fn. 58), 68 f.; Böse (Fn. 94), 754.

II. Exzessive Verfolgung durch die Exekutive

Fassen wir kurz zusammen: Da das gesetzgeberische Ziel im BtM-Bereich darin besteht, den für die sog. »Volksgesundheit« schädlichen Konsum zu verhindern, den die Verbreiter nur vorbereiten, kennen wir dort seit jeher auch Pönalisierungen auf der Konsumentenseite. Im Bereich Kinderpornographie liegt die Rechts-gutsverletzung jedoch nicht erst im Konsum, schon in der Herstellung, nämlich in dem auf Bild- bzw. Datenträgern festgehaltenen Kindesmissbrauch. Spätere Besitzverschaffungen können also nur noch insoweit rechtsgutsrelevant sein, wie von ihnen ein Impuls zur neuerlichen Herstellung von kinderpornographischem Bildmaterial ausgeht. Bis zum Letzten in der Kette, dem Konsumenten, verflüchtigt sich jedoch der Zusammenhang auch mit dieser Rechts-gutsverletzung. Die Pönalisierung des Konsumenten kann deshalb den strafrechtlichen Schutz vielleicht vervollständigen, aber nicht bestimmen – noch weitaus weniger als im Bereich der BtM-Delikte, wo das BVerfG letztlich nur wegen der Rest(gesundheits)gefahr der Weitergabe von Cannabis überhaupt noch die generelle Strafandrohung (bei aber regelmäßiger Verfahrenseinstellung) billigte¹⁰⁸.

Demgegenüber muss man die *Konzentration der Strafverfolgung* auf den Besitz des Kinderpornokonsumenten konstatieren¹⁰⁹. Das ist nun äußerst fragwürdig. Die Schwerpunktsetzung ist für den Rechtsgüterschutz äußerst ineffektiv, bedient werden vielmehr strafrechtsfremde, populistische Interessen (1.). Die Praxis der Strafverfolgung von Kinderpornographiekonsumenten hätte sich stattdessen an der von BtM-Besitzern (zum Eigenkonsum) zu orientieren – sie könnte zum einen als Mittel zum Zweck der Verfolgung der rechtsgüterverletzenden Hintermänner dienen (2.), müsste zum anderen aber insbesondere entsprechend den Grundsätzen der Cannabis-Entscheidung des BVerfG mit Verfahrenseinstellung enden (3.).

1. Pornographiebesitz heute

Der inzwischen in der Strafverfolgung erfolgte Paradigmenwechsel hin zur Konsumentenverfolgung ist zunächst einmal ein Zufallsprodukt. Der Kinderpornographiebesitz in § 184b Abs. 4 StGB ist ein »geradezu typisches *Internetdelikt*« geworden, »obwohl ursprünglich nicht als solches konzipiert¹¹⁰. Nur: Am »Hauptkriegsschauplatz« verpufft die Pönalisierung jedenfalls seit dem Ende des Videozeitalters völlig wirkungslos. Die Verbreiter bleiben im Dunkeln: »... manchmal steht der Rechner in Russland, der Server in Liberia, und abgerechnet wird über Malta.«¹¹¹ So lässt sich nur umständlich nach Betreibern von Pornoseiten erfolg-

¹⁰⁸ BVerfGE 90, 145 (188): »Beschränkt sich der Erwerb oder der Besitz von Cannabisprodukten auf kleine Mengen zum gelegentlichen Eigenverbrauch, so ist im allgemeinen auch die konkrete Gefahr einer Weitergabe der Droge an Dritte nicht sehr erheblich.«

¹⁰⁹ Siehe schon Hörnle, in: MüKo-StGB (Fn. 60), § 184b Rn. 4.

¹¹⁰ M. Heinrich, NStZ 2005, 361 (361 f.) – Hervorhebung von hier.

¹¹¹ spiegel-online v. 9.1.2007.

reich fahnden¹¹² – und wenn doch, kommt es auf die Begehungsweisen »Besitz« oder »Sichverschaffen von Besitz« sicher nicht an. Die Konsumenten dagegen hinterlassen verschiedene Spuren – vielleicht sogar mehr als früher, als sie ihr Videos am Stammtisch tauschten oder sich per Post schicken ließen¹¹³.

Die Polizei kann also praktischen Erfolg am leichtesten bei der *Verfolgung der Konsumenten*, nicht der Verbreiter haben. Und wer will sich nicht im Erfolg gegen die allgemein geächtete Kinderpornographie sonnen? So wird die Polizei dann in der Öffentlichkeit auch gleich maßlos wegen der »Zerschlagung eines Kinderporno-Ringes«¹¹⁴ gefeiert, wenn sie etwa in einer »bislang beispiellosen Auswertung«¹¹⁵ die Überprüfung von 22 Millionen Kreditkartenabrechnungen auf Überweisungen von 79,99 \$ auf die Philippinen veranlasst und Anfang 2007 322 Verdächtige präsentiert, die also sodann (insoweit) zusammengerechnet den »Milliardenmarkt der Kinderpornographie«¹¹⁶ mit knapp 26.000 \$ gefördert haben mögen. Dass die Aktion, was das Ziel der Marktaustrocknung angeht, entweder ein Schlag ins Wasser war, oder aber von vornherein ein fragwürdiges Schießen mit Kanonen auf Spatzen¹¹⁷, wird nur ganz am Rande erwähnt: »Die Betreiber der Internetseite hat man allerdings nicht gekriegt.«¹¹⁸

Minister in Sachsen-Anhalt, also dort, wo angeblich durch die Ermittlung von Konsumenten per Kreditkarte ein »Kinderporno-Ring ... zerschlagen« wurde, ohne dass man einen einzigen Verbreiter fassen konnte, schwelgen dennoch in ihrem Erfolg und sind voller neuem Tatendrang: »Niemand könne sich nun in Deutschland mehr verstecken im Glauben, er könne bei elektronischen Zahlungen nicht entdeckt werden, sagt [Justizministerin] Kolb. Und [Innenminister] Hövelmann ergänzt: »Wir kriegen sie.««¹¹⁹ Sachsen-Anhalt – unterstützt von Rheinland-Pfalz – macht sich auch – das sich immer weiter verflüchtigende Rechtsgut offenbar völlig vergessend – dafür stark, den Besitz von Schriften, auf denen Kinder »nackt und sexuell aufreizend ... posieren«¹²⁰, ebenfalls unter Strafe zu stellen¹²¹. (Einen) Hintergrund nennt das Ministerium der Justiz von Sachsen-Anhalt in erstaunlicher Deutlichkeit: »... diese

¹¹² Näher *Soiné*, NStZ 2003, 225 ff.; *Hörnle*, NJW 2002, 1008 (1013).

¹¹³ Siehe dazu Antrag *Adler et al.* BT-DrS 12/709, Nr. II. 4: »Kinderpornographieangebote werden in vielen Fällen über Chiffreanzeigen mit Postfächerangaben gemacht, häufig unter Benutzung von Postlagerkartennummern oder Postlagercodewörtern, was den Zugriff auf die Täter erschwert. Ein Zugriff auf die Abholer ist wegen ihrer Anonymität nicht möglich.«

¹¹⁴ FAZ.NET v. 10.1.2007.

¹¹⁵ N24.de v. 9.1.2007.

¹¹⁶ heise online v. 9.1.2007.

¹¹⁷ Dafür mag die Äußerung des ermittelnden OStA sprechen: »Wenn wir den Markt trockenlegen, verlieren auch die Hintermänner das Interesse«, taz v. 10.1.2007, 5.

¹¹⁸ FAZ.NET v. 10.1.2007.

¹¹⁹ FAZ.NET v. 10.1.2007.

¹²⁰ Rheinl.-Pfälz. Minister *Bamberger*, in: de.internet.com v. 11.8.2006.

¹²¹ Wie die Zeiten sich doch wiederholen! Schon einmal, im Zuge der lex Heinze von 1900, wurde die Einführung eines Paragraphen diskutiert, betreffend die Strafbarkeit von »Schriften, ... welche, ohne unzüchtig zu sein, das Schamgefühl gröblich verletzen«; damals ging es aber vor allem um Gemäldeproduktionen alter Meister (z.B. *Correggios* Leda mit dem Schwan; *Rubens'* Urteil des Paris); s. dazu *Brunner*, Rechtsprechung und Kunst, 1914; *Leiss*, Kunst im Konflikt, 1971, 81 ff.; *Mast* (Fn. 25).

Regelungslücke [erschwert] die Arbeit der Strafverfolgungsbehörden bei der Bekämpfung des Massenphänomens der Kinderpornographie im Internet und auf elektronischen Datenträgern erheblich: Die zur Auswertung von massenhaft verbreiteten oder gespeicherten Abbildungen eingesetzten automatisierten Auswerteprogramme werfen gegenwärtig auch solche Fotos aus, welche reines Posing enthalten, weshalb die Ermittlungsbeamten als kinderpornographisch eingestufte Fotos jeweils einzeln bewerten müssen.«¹²² In Hamburg kommen Staatsanwaltschaft und Polizei mit der technischen Auswertung der Computer ohnehin nicht mehr hinterher; man beschäftigt inzwischen – wie ist das eigentlich mit dem Datenschutz? – Privatfirmen zum Auswerten der Festplatten¹²³. Und die vom BGH¹²⁴ z.Zt. untersagte sog. online-Durchsuchung von PC-Festplatten soll bei der geplanten gesetzlichen Regelung, da sind sich bayerische Minister¹²⁵, BKA-Präsident¹²⁶, Polizeigewerkschafts-Vorsitzender¹²⁷, ja selbst ein BGH-Richter¹²⁸ einig, auch zur Suche nach Kinderpornographie Einsatz finden dürfen. Ob jemand ernsthaft glaubt, so an die »Hintermänner«, gar an die Kinderschänder heranzukommen oder einen globalen Markt auszutrocknen? Vielmehr soll doch offenbar die Verfolgung und Bestrafung »wegen Umgangs mit pornographischen Darstellungen ... kompensieren, daß die wahren Täter des Mißbrauchs der Kinder bei der Herstellung dieser Aufnahmen nicht ermittelt werden können«¹²⁹.

2. Drogenbesitz als Musterbeispiel

Kriminalpolitisch wäre stattdessen von Folgendem auszugehen: In Rechtsprechung und Literatur wird – letztlich in Übereinstimmung mit dem Cannabis-Beschluss des BVerfG – darauf hingewiesen, dass die Tatmodalitäten des Besitzverschaffens und des Besitzes und ihre Reichweite danach zu bestimmen sind, ob sie zur Schaffung und Aufrechterhaltung eines entsprechenden »Marktes« und damit zu einem neuen Bedarf an kindlichen »Darstellern« beitragen¹³⁰. Ist dieses Ziel aber viel weniger mit der Besitzpönalisierung zu erreichen, als der Gesetzgeber im Video-Zeitalter noch glaubte (und ergibt eine Analyse, dass zur Zielerreichung für ihn weniger die Konsumentenbesitz- als die Vertreiberbesitzbestrafung im Mittelpunkt stand), so ist nicht nur eine höchst fragwürdige extensive Auslegung des »Besitzens« unter dem Banner der vom Gesetzgeber vermeintlich gewollten Lückenlosigkeit (wie durch das besprochene Urteil des OLG Schleswig) deplatziert, sondern auch die Strafverfolgungstaktik, die sich zur »Bekämpfung« der Kinderpornographie auf die Konsumenten anstatt auf die *viel schwerer zu belangenden Verbreiter* – nochmals: die »Zentralfiguren«¹³¹ – eingeschossen hat.

¹²² Pressemitteilung Nr. 073/06 v. 13.10.2006; ähnlich Minister *Bamberger*, in: de.internet.com v. 11.8.2006.

¹²³ de.internet.com v. 8.12.2006.

¹²⁴ BGH (Ermittlungsrichter) MMR 2007, 174; NJW 2007, 930.

¹²⁵ *Merk*, in: heise online v. 17.3.2007 und v. 12.5.2007; *Beckstein*, in: cio.de v. 28.4.2007.

¹²⁶ *Ziercke*, in: sueddeutsche.de v. 16.3.07.

¹²⁷ *Freiberg*, in: dradio.de v. 6.2.2007.

¹²⁸ *Graf*, in: FTD.de v. 9.2.2007.

¹²⁹ So schon *F.-C. Schroeder*, ZRP 1990, 299 (300).

¹³⁰ LG Stuttgart NStZ 2003, 36; *Lenckner/Perron*, in: Schönke/Schröder (Fn. 7), § 184b Rn. 9.

¹³¹ *Duttge/Hörnle/Renzikowski*, NJW 2004, 1065 (1070).

Richtig wäre es, ähnlich *wie im Drogenstrafrecht vorzugehen*: Zielgruppe der Strafverfolgung hat wie dort die Verbreiterseite zu sein. Längst wird in der Praxis der BtM-Besitz des Konsumenten (»Eigenverbrauch«) nur noch als »Nebenprodukt« strafverfolgt, obwohl man Konsumenten auf der offenen Drogenszene quasi einsammeln könnte. Diese sind aber für den Rechtsgüterschutz (»Volksgesundheit«) letztlich kaum von Bedeutung, weil beim Eigenverbrauch keine Weitergabe mehr droht. Bei BtM will man die Dealer, die Hintermänner. Um sie zu bekommen, setzt man Verdeckte Ermittler, V-Leute ein, treibt immensen Aufwand. Die Konsumenten sind da eher Mittel zum Zweck; die Besitzstrafbarkeit dient trefflich dazu, sie in »Kronzeugen« gegen Drogenhändler zu verwandeln. Unvorstellbar etwa, 22 Mio. Kreditkartenbelege auf der Suche nach Drogenkonsumenten und -besitzern zu screenen!

3. Pornographiebesitz nach dem Cannabis-Beschluss des BVerfG

Das ist letztlich die schon erwähnte Quintessenz der Cannabis-Entscheidung des BVerfG, die die *Strafverfolgbarkeit des Konsumenten drastisch einschränkte*¹³²: »Soweit die Strafvorschriften des Betäubungsmittelgesetzes Verhaltensweisen mit Strafe bedrohen, die ausschließlich den gelegentlichen Eigenverbrauch geringer Mengen von Cannabisprodukten vorbereiten und nicht mit einer Fremdgefährdung verbunden sind, verstoßen sie deshalb nicht gegen das Übermaßverbot, weil der Gesetzgeber es den Strafverfolgungsorganen ermöglicht, durch das Absehen von Strafe (vgl. § 29 Abs. 5 BtMG) oder Strafverfolgung (vgl. §§ 153 ff. StPO, § 31a BtMG) einem geringen individuellen Unrechts- und Schuldgehalt der Tat Rechnung zu tragen. In diesen Fällen werden die Strafverfolgungsorgane nach dem Übermaßverbot von der Verfolgung der in § 31a BtMG bezeichneten Straftaten grundsätzlich abzusehen haben.«

Daraus folgt, dass jedenfalls dann, wenn der Pornographiekonsument zum »Eigengebrauch« »geringe Mengen« an Bildmaterial heruntergeladen hat und diese eher der »weichen« als der harten Pornographie zuzurechnen sind, die Strafverfolgungsorgane *nach dem Übermaßverbot von der Verfolgung grundsätzlich abzusehen* haben! Und über diese restriktive Interpretation hinausgehend, wäre auch dem geringen individuellen Unrechts- und Schuldgehalt der Tat durch Einstellung des Verfahrens dann Rechnung zu tragen, wenn die der Pönalisierung zugrunde gelegte Rechtsgutsbeeinträchtigung, die Marktbelebung, nicht nennenswert stattgefunden haben dürfte, etwa, wenn das Pornomaterial mehr oder weniger kostenlos in Besitz genommen wurde¹³³.

Und weiter (das wird freilich durch eine andere Cannabis-Entscheidung des BVerfG gestützt¹³⁴): War eine Marktbelebung als Folge des Verhaltens des Konsu-

¹³² BVerfGE 90, 145 (3. Ls.).

¹³³ Vgl. *Gropp* (Fn. 60), 261.

¹³⁴ BVerfGK 4, 323 m. Bespr. *Scheffler/Halecker* BA 2005, 160. Grundlegend schon BGHSt 26, 123 (124 f.); 34, 115 (119).

menten gar ausgeschlossen, was etwa bei Erb- oder Fundbesitz der Fall ist¹³⁵, so scheidet eine Strafverfolgung völlig aus: »Nicht tatbestandsmäßig handelt ..., wer kinderpornographische Abbildungen vorfindet, und sich nicht entschließt, diese zu vernichten.«¹³⁶ Nichts anderes dürfte gelten, wenn die Besitzverschaffung gerade am Markt vorbeiläuft, nämlich im Falle der Besitzverschaffung bei einem anderen Konsumenten (»Raubkopie«)¹³⁷.

Man halte solchen Tatbestandsreduktionen nicht entgegen, bei § 184b Abs. 4 StGB handele es sich um ein Abstraktes Gefährungsdelikt, »so dass bei der Vornahme der als abstrakt gefährlich erachteten Handlung – dem Sich-Verschaffen von Kinderpornografie – es letztlich nicht darauf ankommen kann, ob die abstrakt ins Auge gefasste Gefahr einer Beförderung des Marktgeschehens auch im konkreten Einzelfall tatsächlich zu verzeichnen ist«¹³⁸. Ohne dies hier vertiefen zu können: Es darf aber auch nicht gänzlich ausgeschlossen sein, dass eine solche Gefahr hervorgerufen werden könnte. Und die Gefahr der Marktbelebung ist eben nur bei einem Verhalten möglich, das diesen Markt überhaupt erreichen kann.

III. Erweiterte Pönalisierung durch die Legislative

Nun kann die ganze allgemein bejubelte Porno-Hatz ohnehin schnell ein Ende haben, nämlich dann, wenn der Gesetzgeber jetzt auch noch überdreht und *internationale Rechtsakte*, die die Bundesrepublik schon gutgeheißen hat, tatsächlich 1:1 umsetzt. Und danach sieht es weitgehend aus.

– Der Entwurf der Bundesregierung vom 16. November 2006¹³⁹ zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI des Rates der Europäischen Union vom 22. Dezember 2003 zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderprostitution¹⁴⁰ kündigt gleich schon unter »Problem und Ziel« das Wichtigste an: »Die Umsetzung des Rahmenbeschlusses erfordert ... die Erweiterung des Anwendungsbereichs der Strafvorschriften gegen Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften auf pornographische Schriften, die sexuelle Handlungen von Jugendlichen (Personen zwischen vierzehn und achtzehn Jahren) zum Gegenstand haben.«¹⁴¹ Art. A lit. a Ziff. i des Rahmenbeschlusses schreibt dann zusätzlich auch gleich vor, dass Kinderpornographie »einschließlich aufreizendem [lascivious]¹⁴² *Zur-Schau-Stellen der Genitalien oder der*

¹³⁵ Mit Fund ist nicht das »zufällige Finden« im Internet gemeint; s. dazu *M. Heinrich*, NStZ 2005, 361 (365 f.).

¹³⁶ *Gropp* (Fn. 60), 262 (ähnlich 261).

¹³⁷ *Hochmayr* (Fn. 10), 32 f.: »... nicht jede Nachfrage [ist] markterheblich. Eine solche Nachfragehandlung kann im Gegenteil sogar den Interessen eines wirtschaftlich denkenden Produzenten zuwiderlaufen, etwa wenn ein Konsument um eine Kopie der kinderpornographischen Darstellung gebeten wird«, s. auch *Duttge/Hörnle/Renzikowski*, NJW 2004, 1065 (1070).

¹³⁸ So aber *M. Heinrich*, NStZ 2005, 361 (364 f.).

¹³⁹ BRegE BT-DrS 16/3439.

¹⁴⁰ ABl. L 13/44 v. 20.1.2004.

¹⁴¹ BRegE BT-DrS 16/3439, 1.

¹⁴² Zutreffend *Baier*, ZUM 2004, 39 (43): »wenig hilfreicher Rekurs«; s. auch S. 49.

Schamgegend von Personen unter achtzehn Jahren« zu verstehen sei. Dem will der deutsche Gesetzgeber mit der Neuformulierung in § 184b Abs. 1 StGB »von pornographischen Schriften [...], die sexuelle Handlungen von, an oder vor Personen unter achtzehn Jahren zum Gegenstand haben (kinder- und jugendpornographische Schriften)«, Genüge tun – ob dies die Vorgaben des Rahmenbeschlusses tatsächlich schon erfüllt, habe ich allerdings meine Zweifel¹⁴³.

– Der vom gleichen Tag stammende Entwurf der Bundesregierung¹⁴⁴ eines Gesetzes zu dem Fakultativprotokoll vom 25. Mai 2000 zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes betreffend den Verkauf von Kindern, die Kinderprostitution und die Kinderpornographie betrifft die Zustimmung zu einem internationalen Vertrag, der ebenfalls schon »jede Darstellung der Geschlechtsteile« unter 18jähriger »zu vorwiegend sexuellen Zwecken« als Kinderpornographie ächtet.

Sofern diese Vorgaben Gesetz werden – bei Abschluss dieses Manuskriptes werden sie noch in den Ausschüssen des Bundestages beraten – wäre zukünftig schon die Annahme eines »frechen« Fotos als Geschenk einer 17jährigen durch den gleichaltrigen Freund, vielleicht von ihr per Selbstauslöser mit dem Photohandy geschossen, strafbar¹⁴⁵, »obwohl ihm der Anblick des Abgebildeten *in natura* vom Strafgesetz *nicht verwehrt* ist«¹⁴⁶. Und jedenfalls im Gerichtsbezirk des OLG Schleswig sollte man es tunlichst unterlassen, auf die Homepage einer Teenyband auch nur zu surfen – wie aufreizend die manchmal posieren!

Was dann? Ein strafbewehrtes Verbot, Abbildungen straflosen Tuns auch nur zu besitzen (und gar das Unternehmen, dieses Verbot per [online-]Durchsuchung oder Kreditkartenabgleich durchzusetzen), würde wohl nicht nur dogmatisch »befremden«¹⁴⁷, sondern schnell den *gesellschaftlichen Konsens absoluter Ächtung von Kinderpornographie relativieren*. Überhaupt brächte die Gleichstellung von allem, von vergewaltigten Babys bis zu posierenden Teenys, ein Stück weit die Gefahr mit sich, für eines der »verwerflichsten Delikte, die unsere Rechtsordnung kennt«¹⁴⁸, den Kindesmissbrauch (zu pornographischen Zwecken), die heute erreichte allgemeine und vollständige Ablehnung aufzuweichen.

Zur Illustration: Während ich diese Überlegungen zu Papier bringe, löst es in der deutschen Öffentlichkeit »lautstarke Empörung«¹⁴⁹ aus, dass ein vermeintlicher »Urlaubsflirt« mit einer 13jährigen einen 17jährigen in türkische Haft gebracht hat¹⁵⁰. Was kaum einer der Empörten bislang ahnt: Schon die »harmlose« Schilderung des Jungen reichte auch in Deutschland aus, um sein Verhalten als »sexuelle Handlung« unter § 176 StGB zu subsumieren und sein »har-

¹⁴³ Siehe aber *Baier*, ZUM 2004, 39 (43).

¹⁴⁴ BRegE BT-DrS 16/3440.

¹⁴⁵ Vgl. BRegE BT-DrS 16/3439, 9 (»kann von Strafe abgesehen werden«).

¹⁴⁶ *Baier*, ZUM 2004, 39 (45) – Hervorhebungen von hier.

¹⁴⁷ *Eckstein*, ZStW 11 (2005), 107 (130 Fn. 121).

¹⁴⁸ *Empt*, ZUM 2002, 613.

¹⁴⁹ Focus online v. 25.6.2007.

¹⁵⁰ Siehe nur Zeit online v. 25.6.2007: »Urlaubsflirt führt in den Knast«.

tes, bedauerliches Schicksal«¹⁵¹ dem eines ganz gemeinen Kinderschänders, der doch eigentlich bizarrste Strafphantasien in der Gesellschaft auslöst, tatbestandlich gleichzustellen¹⁵².

Der Preis der Aufweichung ist zu hoch. Denn ob auf der anderen Seite der Jugendschutz, der ja immer in einem Spannungsverhältnis zum (nicht nur sexuellen) *Selbstbestimmungsrecht Jugendlicher* steht, wirklich solche neuen Vorschriften benötigt¹⁵³, oder ob hier nicht die durch das 4. StrRG 1973 eingeläutete Liberalisierung des Sexualstrafrechts ein gutes Stück zurückgedreht wird¹⁵⁴, wäre ohnehin erst einmal zu klären.

•

Ich widme diesen Aufsatz *Rolf Dietrich Herzberg*, neben dem ich als junger Privatdozent drei Semester in Bochum lehren durfte, obwohl der Jubilar in seinem imposanten Œuvre weniger zu Fragen von Internet oder Pornographie Stellung genommen hat. Vielmehr gehört es aber zu den eindrucksvollen durchgängigen Linien seines Werkes, immer konsequent das »richtige Recht«, die »dogmatische Wahrheit« gesucht zu haben ungeachtet der »hM.« und unbestechlich durch irgendwelche kriminalpolitische Moden. Wie oft haben mich so manche seiner »quergedachten« Forschungsergebnisse erst überrascht, durch ihre Begründung sodann nachdenklich gemacht und schließlich überzeugt! Als Beispiel mag hier die »Unrechtstheorie« des Jubilars zum Erlaubnistatbestandsirrtum angeführt werden, die ich seit Lektüre von »Erlaubnistatbestandsirrtum und Deliktsaufbau«¹⁵⁵ mit tiefer Überzeugung vertrete.

Kann es eine bessere Obhut für meine vorstehenden, so dem Zeitgeist trutzenden, der political correctness gegenläufigen Gedanken geben als die »*Herzberg-Festschrift*«?

¹⁵¹ Bundesaußenminister *Steinmeier*, in: sueddeutsche.de v. 26.6.2007.

¹⁵² Vgl. den Vorsitzenden des DRB *Frank*, in: spiegel online v. 30.6.2007; *Sommer*, in: stern.de v. 26.6.2007.

¹⁵³ Siehe *Baier*, ZUM 2004, 39 (45): »... die Festlegung des Schutzalters bis zur Vollendung des 17. Lebensjahres erscheint völlig unangebracht«; s. dort auch S. 51; ähnlich *Böse* (Fn. 94), 756 ff.

¹⁵⁴ Vgl. *Reinbacher/Wincierz*, ZRP 2007, 195 (196): »Es darf bezweifelt werden, ob den Gesetzgeber hier tatsächlich noch der Schutz der Darsteller umtreibt oder nicht eher eine bestimmte Moralvorstellung im Vordergrund steht.«

¹⁵⁵ *Herzberg*, JA 1989, 243 (Teil 1); JA 1989, 294 (Teil 2).