

Strafbarer Bezug von kinder- und jugendpornographischen „Schriften“

Zeit für einen Paradigmenwechsel im Jugendschutzstrafrecht?

Von Privatdozent Dr. **Andreas Popp**, M.A., Passau/Bochum*

I. Einleitung

Der schlichte Konsum von Pornographie ist nach deutschem Recht straflos, und die auf seine Ermöglichung gerichteten Handlungen des Konsumenten sind es folgerichtig auch – dies jedenfalls im Grundsatz.¹ Die Ausnahmen sind bekannt: Aus Gründen, die mit der (freilich komplexen) Teleologie des sonstigen Pornographie-Strafrechts letztlich nicht mehr allzu viel zu tun haben, stellen die §§ 184b Abs. 4, 184c Abs. 4 StGB strafbewehrte Besitzverschaffungs- und Besitzverbote auf, soweit es um pornographische Darstellungen eines realen (oder doch „wirklichkeitsnahen“) sexuellen Geschehens geht, in das Kinder oder Jugendliche auf bestimmte Weise einbezogen sind. Um für die Zukunft derartige Geschehnisse schon als solche zu verhindern (soweit sie mit Delikten gegen die sexuelle Selbstbestimmung, die Gesundheit oder gar das Leben der betroffenen „Darsteller“ verbunden sind) oder doch ihrer Verwendung als Vorlage zu pornographischen Zwecken entgegenzutreten, soll hier also auch derjenige strafrechtlich in die Pflicht genommen werden, der gleichsam als „nachfragender Verbraucher“ auf dem Markt für solche Erzeugnisse auftritt. Es scheint freilich, dass die Fokussierung auf die Rolle des Abnehmers, die mit diesem hier so genannten „Nachfrage-Paradigma“ verbunden ist, die Lösung konkreter dogmatischer Fragen bisweilen eher behindert als fördert. Dies wirft wiederum die Frage auf, ob die Dogmatik jener Tatbestände nicht eher an der Funktion des Täters als

(potentieller) Multiplikator persönlichkeitsrechtsverletzender Bildaufnahmen ausgerichtet werden sollte.

II. Die Besitzverschaffungs- und Besitztatbestände in §§ 184b Abs. 4, 184c Abs. 4 StGB

Verboten und strafbar ist nach § 184b Abs. 4 S. 1 StGB bereits das Unternehmen (§ 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB), sich den Besitz kinderpornographischer „Schriften“ (§ 11 Abs. 3 StGB) zu verschaffen, sofern diese „ein tatsächliches oder wirklichkeitsnahes Geschehen“ wiedergeben (was letztlich nur bei foto- bzw. videographischen Darstellungen der Fall sein kann²). Es geht also um Darstellungen, die

(1) sexuelle Handlungen³ von, an oder vor Kindern (Personen unter 14 Jahren⁴) zeigen,

(2) pornographischen Charakter haben⁵ und denen

(3) ein realer Vorgang (mit „echten“ Darstellern entsprechenden Alters) zugrunde liegt oder jedenfalls nach dem äußeren Gesamteindruck („wirklichkeitsnah“) zugrunde zu liegen scheint.

Sich den Besitz einer derartigen „Schrift“ zu verschaffen, ist nach § 184b Abs. 4 S. 1 StGB generell verboten und strafbar. Der Tatbestand lässt es insoweit schon genügen, dass sich jemand den Besitz zu verschaffen unternimmt. Das bedeutet im Ergebnis, dass die Strafbarkeit bereits beginnt mit dem unmittelbaren Ansetzen zum Versuch (§ 22 StGB), sich den Besitz jener „Schriften“ zu verschaffen (s. § 11 Abs. 1

* Der *Autor* ist Privatdozent für Strafrecht, Strafprozessrecht, Kriminologie und Rechtsphilosophie an der Universität Passau und lehrt derzeit an der Ruhr-Universität Bochum. Der Beitrag geht zurück auf ein Referat am 27.3.2010 auf der Tagung des Internationalen Würzburger Arbeitskreises zum Strafrechtsvergleich (IWAS) an der Karls-Universität zu Prag.

¹ Insbesondere erstreckt sich das strafbewehrte Verbot, pornographische „Schriften“ (§ 11 Abs. 3 StGB) im Wege des Versandhandels nach Deutschland einzuführen (§ 184 Abs. 1 Nr. 4 StGB), gerade nicht auf den inländischen Abnehmer (vgl. nur OLG Hamm NJW 2000, 1965 [dazu *Behm*, AfP 2002, 22]; *Hörnle*, in: Joecks/Miebach [Hrsg.], Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 2/2, 2005, § 184 Rn. 67; *Wolters*, in: Rudolphi u.a. [Hrsg.], Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. 115. Lfg., Stand: November 2008, § 184 Rn. 42). Entsprechendes muss auch für § 27 Abs. 1 Nr. 1 JuSchG i.V.m. § 15 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 2 Nr. 1 JuSchG gelten. Der Bezug pornographischer „Schriften“ zum Zwecke des Eigenkonsums ist auch nicht durch § 184 Abs. 1 Nr. 8 StGB erfasst (dort geht es lediglich um die Vorbereitung der zuvor in Nrn. 1 bis 7 genannten Verbreitungsvarianten). Nichts anderes gilt in den Fällen, in denen die betreffenden pornographischen „Schriften“ Gewalttätigkeiten oder sexuelle Handlungen von Menschen mit Tieren zum Gegenstand haben (§ 184a StGB), der Bezug solchen Materials ist ebenfalls nur strafbar, soweit er zu den im Gesetz näher bezeichneten Verbreitungszwecken erfolgt.

² Vgl. hier nur *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 58. Aufl. 2011, § 184b Rn. 13.

³ Die durch das Erfordernis einer (sexuellen) *Handlung* bewirkte Eingrenzung ist im Detail umstritten: Wer sich rein passiv verhält (bzw. verhalten muss), führt zwar selbst keine „Handlung“ aus, doch können (sexuelle) Handlungen unter Umständen „vor“ oder „an“ ihm vorgenommen werden (zutr. *Ziethen/Ziemann*, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller [Hrsg.], AnwaltKommentar StGB, 2011, § 184b Rn. 9, gegen *Röder*, NStZ 2010, 113 [117 f.]). Sexualbezogenes „Posing“ dürfte hingegen regelmäßig noch als „Handlung“ der dargestellten Person aufzufassen sein (vgl. *Fischer* [Fn. 2], § 184b Rn. 4). Im Übrigen dürfte sich von selbst verstehen, dass die bildliche Darstellung einer „Handlung“ nicht auch ihrerseits in „bewegten Bildern“ (Film) bestehen muss, sondern auch eine Momentaufnahme (Fotografie) sein kann.

⁴ Das ergibt sich aus dem Verweis in § 184b Abs. 1 StGB auf die Legaldefinition in § 176 Abs. 1 StGB.

⁵ Die entgegengesetzte Behauptung in der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses (BT-Drs. 16/9646, S. 38) ist angesichts des eindeutigen Gesetzeswortlauts abwegig (vgl. *Hörnle*, NJW 2008, 3521 [3525]; *Schroeder*, GA 2009, 213 [217 f.]). Dem Merkmal „pornographisch“ kommt insbesondere die Funktion zu, sozialadäquate (etwa auch wissenschaftliche) Darstellungen aus dem Tatbestand auszugrenzen (*Fischer* [Fn. 2], § 184b Rn. 3). Für die jugendpornographischen Schriften im Sinne des (durch dasselbe Gesetz neu eingeführten) § 184c StGB gilt Entsprechendes.

Nr. 6 StGB). Gleichsam subsidiär zum Sich-Verschaffen des Besitzes stellt der nachfolgende S. 2 auch schon das Besitzen selbst unter Strafe.

Eine ähnliche, wenn auch etwas restriktiver gefasste Regelung in Bezug auf sog. jugendpornographische „Schriften“ gilt seit der (verspäteten) Umsetzung des EU-Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie durch das Gesetz vom 31.10.2008⁶ auch für seither sog. jugendpornographische „Schriften“ mit Darstellern im Alter von mindestens 14, aber noch nicht 18 Jahren.⁷ Nach Abs. 4 S. 1 des neuen § 184c StGB macht sich seither strafbar, wer es unternimmt, sich den Besitz solcher „Schriften“ zu verschaffen (Var. 1), oder wer solche „Schriften“ besitzt (Var. 2). Im Gegensatz zum parallelen Tatbestand des § 184b Abs. 4 S. 1 StGB genügt hier allerdings nicht schon die Wiedergabe eines lediglich „wirklichkeitsnahen“ Geschehens; der Tatbestand bleibt vielmehr beschränkt auf die Darstellung von sexuellen Handlungen, die tatsächlich von, an oder vor tatsächlich jugendlichen Personen vorgenommen werden.⁸ Auch der Strafraum ist niedriger (die Obergrenze liegt bei nur einem Jahr Freiheitsstrafe). Darüber hinaus sieht § 184c Abs. 4 S. 2 StGB einen Tatbestandsausschluss für solche „Schriften“ vor, die der Täter selbst⁹ als Kind oder Jugendlicher mit Einwilligung der dargestellten Person hergestellt hat.

III. Aktuelle Problemlagen – die dogmatische Perspektive

Festzuhalten bleibt immerhin, dass der schlichte Konsum der betreffenden Darstellungen – durch deren bewusste und gewollte visuelle Kenntnisaufnahme – auch hier tatbestandslos gelassen ist, wenngleich die durchgängige Verwirklichung dieses Prinzips in gewissen Randbereichen zweifelhaft geworden ist und sein weiterer Bestand durch immer neue Pö-

nalisierungsimpulse auf europäischer bzw. internationaler Ebene in Frage gestellt wird.¹⁰

1. Ein erster Überblick

De lege lata konzentrieren sich jene Zweifel wohl auf die Visualisierung von „realer“ Kinder- bzw. Jugendpornographie aus dem Internet mit Hilfe eines Computermonitors. Ihr vordergründiger dogmatischer Kontext ergibt sich aus dem Umstand, dass der Bezug derartiger Materials nach den genannten Vorschriften eben nicht schlechthin strafbar ist, sondern nur soweit, als er mit dem Erwerb von „Besitz“ an einer „Schrift“ (§ 11 Abs. 3 StGB) entsprechenden Inhalts verbunden ist oder wenigstens auf einen solchen Besitzerwerb gerichtet ist: Da es sich bei den Objekten, die § 11 Abs. 3 StGB unter der Bezeichnung „Schriften“ zusammenfasst, einerseits durchweg um körperliche Gegenstände handelt,¹¹ während es andererseits zu den Errungenschaften moderner Informationstechnologie gehört, dass bei der Übermittlung von Medieninhalten auf den körperlichen Transport eines „Trägers“ gerade verzichtet werden kann,¹² entsteht in den genannten Internet-Sachverhalten das Problem, inwieweit hier auf Seiten des Täters gleichwohl noch von Besitz und (versuchter) Besitzverschaffung die Rede sein kann – und wodurch sie sich dann noch vom bloßen Betrachten „verbotener Bilder“ unterscheiden, dessen Strafbarkeit (und nicht nur: Moralwidrigkeit) ja nicht ganz so leicht zu begründen wäre.¹³

¹⁰ So erstreckt das – von Deutschland unterzeichnete, aber noch nicht ratifizierte – Übereinkommen des Europarates zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch vom 25.10.2007 (CETS 201) seinen Kriminalisierungsauftrag ausdrücklich auf „knowingly obtaining access, through information and communication technologies, to child pornography“ (Art. 20 par. 1 lit. f – insoweit ist nach par. 4 jedoch ein Nichtanwendungsvorbehalt möglich) und in Art. 21 par. 1 lit. c – noch weitergehend – auf „knowingly attending pornographic performances involving the participation of children“. Parallel dazu setzt sich der Richtlinien-Vorschlag von EU-Kommissarin *Malmström* (KOM [2010] 94 endg. v. 29.3.2010) ausdrücklich zum Ziel, strafrechtlich auch solche Fälle zu erfassen, „in denen das Anschauen von Kinderpornografie auf Webseiten, ohne die Bilder herunterzuladen oder zu speichern, nicht den Straftatbestand des ‚Besitzens‘ oder ‚Beschaffens‘ von Kinderpornografie erfüllt“ (vgl. S. 7 der deutschsprachigen Fassung). Dementsprechend fordert Art. 5 Abs. 3 des Vorschlags ein Mindestmaß von einem Jahr Freiheitsstrafe für das bewusste „Zugänglichmachen“ – gemeint ist: „Sich-zugänglich-Machen“ („knowingly obtaining access“ in der englischen Fassung; s.a. *Eckstein*, NStZ 2011, 18 [21]) – von Kinderpornographie (einschließlich „Jugendpornographie“ im Sinne der deutschen Terminologie) „mittels Informations- und Kommunikationstechnologie“.

¹¹ Dazu sogleich unter III. 2. a).

¹² *Popp*, in: *Herczeg/Hilgendorf/Grivna* (Hrsg.), *Internetkriminalität und die neuen Herausforderungen der Informationsgesellschaft des 21. Jahrhunderts*, 2010, S. 32.

¹³ *Fischer* (Fn. 2), § 184b Rn. 21c.

⁶ Rahmenbeschluss 2004/68/JI des Rates v. 22.12.2003.

⁷ Diesem Rahmenbeschluss liegt ersichtlich ein vom bisherigen Sprachgebrauch des deutschen StGB (vgl. aber § 236 Abs. 1 StGB) abweichender Begriff des „Kindes“ zugrunde: Gemeint sind dort Menschen vor Vollendung des 18. Lebensjahres (vgl. Art. 1 lit. a; ähnlich Art. 9 par. 3 der Convention on Cybercrime des Europarates v. 23.11.2001, ETS Nr. 185). Da das StGB in § 184b an seiner bisherigen Altersgrenze (§ 176 Abs. 1 StGB) für die Definition von „Kinderpornographie“ festhält, bedurfte es für die nunmehr neu zu erfassende Altersgruppe einer eigenen Bezeichnung.

⁸ Damit nutzt der Gesetzgeber den durch Art. 3 Abs. 2 lit. a des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI eingeräumten Spielraum.

⁹ Hingegen bleiben Bildaufnahmen und dergleichen, die nicht vom Täter, sondern von der abgebildeten Person selbst angefertigt worden sind, tatbestandsmäßig, obwohl die Gesetzesbegründung Vorgänge dieser Art erklärtermaßen als nicht strafwürdig einstuft (BT-Drs. 16/3439, S. 9). Berechtigte Kritik an den Ungereimtheiten dieser Regelung u.a. bei *Schroeder*, GA 2009, 213 (217 f.); *Ziethen/Ziemann* (Fn. 3), § 184c Rn. 19.

In ihren bisherigen Lösungsversuchen lassen sich die Rechtsprechung und die sie kritisch begleitende Literatur freilich – wenn auch mit unterschiedlichen Ergebnissen im einzelnen – durchweg von der Vorstellung leiten, es handle sich beim Bezug von Bilddateien via Internet um nichts weiter als um eine zeitgemäße Entsprechung zum Bestellen und Empfangen einer Postsendung mit entsprechenden Bildträgern. Diese Sichtweise erscheint nicht nur sachlich unangemessen.¹⁴ Sie dürfte auch als dogmatischer Reflex eines Legitimationsmodells zu interpretieren sein, das eigens für die – den Rahmen des allgemeinen Pornographie-Strafrechts ja offensichtlich sprengenden – Besitz-(verschaffungs)-tatbestände der §§ 184b Abs. 4, 184c Abs. 4 StGB entwickelt worden ist und nicht nur in Deutschland, sondern auch auf europäischer bzw. internationaler Ebene die kriminalpolitischen Diskurse zu dominieren scheint: das bereits genannte „Nachfrage-Paradigma“, das den Täter gewissermaßen als letztes Glied „in the chain from production to possession“¹⁵ und damit als „Verbraucher“ innerhalb eines Marktgeschehens interpretiert, der gerade durch seine Nachfrage für die Produktion neuer Ware und die damit verbundene sexuelle Ausbeutung minderjähriger Darsteller mitverantwortlich wird. Ließe sich dieses – immer weniger belastbare – Legitimationsmodell durch ein anderes ablösen, das die Persönlichkeitsrechte der betroffenen Kinder und Jugendlichen in den Mittelpunkt rückt, so wären wohl auch die dogmatischen Fragen neu zu formulieren, die sich in den genannten Tatbeständen für Internet-Sachverhalte stellen.

2. Das Problem der „Internet-Sachverhalte“ und seine Behandlung in der bisherigen Rechtsprechung

Diese Sachverhalte sind, wie bereits angesprochen, durch den simplen, für das weitere Verständnis gleichwohl fundamentalen Umstand charakterisiert, dass das Internet¹⁶ als Kommunikationsnetz die zeitnahe und kostengünstige Übermittlung auch umfangreicher Medieninhalte gestattet, ohne dass hierfür ein gegenständlicher Träger (Speichermedium) von einem Ort zum anderen transportiert werden müsste.

a) Das „Zugänglich-Machen“ und „Verbreiten“ über das Internet

Das hat zunächst Auswirkungen für diejenigen Tatbestände, die die Dissemination bestimmter pornographischer Inhalte zum Gegenstand haben. Während das Jugendschutzgesetz jenem Umstand dadurch Rechnung zu tragen vermag, dass es dem „gegenständlichen“ Verbreiten, Überlassen, Anbieten

oder Zugänglichmachen bestimmter „Trägermedien“¹⁷ das „elektronische“ Verbreiten usw. ausdrücklich gleichstellt (§ 1 Abs. 2 S. 2 JuSchG) und damit der Sache nach die Weitergabe von entsprechenden Dateien genügen lässt, belassen es die einschlägigen Tatbestände des StGB grundsätzlich¹⁸ beim herkömmlichen – und das heißt eben: gegenständlichen – Umgang mit den in § 11 Abs. 3 StGB bezeichneten „Schriften“. „Schrift“ in diesem Sinn kann allenfalls ein „Datenspeicher“ sein,¹⁹ nicht aber eine Datei als solche. Denn bei allen Gegenständen, die § 11 Abs. 3 StGB als „Schriften“ im erweiterten Sinne zusammenfasst, handelt es sich stets um körperliche Objekte.²⁰ Sie unterscheiden sich nur in der Art

¹⁷ Hierbei handelt es sich nach der Legaldefinition in § 1 Abs. 2 S. 1 JuSchG um „Medien mit Texten, Bildern oder Tönen auf gegenständlichen Trägern, die zur Weitergabe geeignet, zur unmittelbaren Wahrnehmung bestimmt oder in einem Vorführ- oder Spielgerät eingebaut sind“. Hinsichtlich der gegenständlichen Verkörperung besteht also Übereinstimmung mit den „Schriften“ im Sinne des § 11 Abs. 3 StGB.

¹⁸ Vgl. aber § 184d StGB betreffend die Verbreitung von pornographischen „Darbietungen“ durch Rundfunk, Medien- oder Teledienste.

¹⁹ In die Gleichstellungsvorschrift des § 11 Abs. 3 StGB aufgenommen durch Art. 4 Nr. 1 des Informations- und Kommunikationsdienstegesetz (IuKDG) v. 22.7.1997 (BGBl. I 1997, 1870). Sichergestellt werden sollte dadurch, dass „auch elektronische, elektromagnetische, optische, chemische oder sonstige Datenspeicher, die gedankliche Inhalte verkörpern, die nur unter Zuhilfenahme technischer Geräte wahrnehmbar werden, den Schriften gleichstehen“ (so die Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 13/7385, S. 36). Technisches Gerät in diesem Sinne kann namentlich ein PC mit Monitor sein. Eine dauerhafte Fixierung solcher Inhalte wird dabei gerade nicht vorausgesetzt, weshalb der Regierungsentwurf als Beispiel für einen „Datenspeicher“ neben Magnetbändern, Festplatten und CD-ROMs ausdrücklich auch von „elektronischen Arbeitsspeichern“ spricht (dies offenbar gerade in Abgrenzung zu der bis dahin geläufigen Auffassung, Darstellungen seien nur körperliche Gebilde von gewisser Dauer [vgl. BT-Drs. 13/7385, S. 36]). Im Anschluss hieran lässt die h.M. auch den Arbeitsspeicher als „Schrift“ (§ 11 Abs. 3 StGB) gelten; vgl. etwa *Eckstein*, ZStW 117 (2005), 107 (117 ff.); *Schreibauer*, Das Pornographieverbot des § 184 StGB, 1999, S. 178; *Hilgendorf*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 11 Rn. 121; wohl auch *Satzger*, in: *Satzger/Schmitt/Widmaier* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2009, § 11 Rn. 56.

²⁰ Vgl. *Eckstein*, ZStW 117 (2005), 107 (116 f.); *Derksen*, NJW 1997, 1878 (1881); *Satzger* (Fn. 19), § 11 Rn. 56. Dies gilt insbesondere auch für den Arbeitsspeicher (s. *Kudlich*, JZ 2002, 310 [311]). Die Aufnahme von „Datenspeichern“ in § 11 Abs. 3 StGB hat also keineswegs zu einer partiellen „Virtualisierung“ des dort entwickelten (erweiterten) Schriftbegriffs geführt, und schon gar nicht zu einer gesetzlichen

¹⁴ Dazu noch näher unten (IV. 2. b).

¹⁵ So der Erläuternde Bericht (Explanatory Report) zum Europaratsübereinkommen vom 25.10.2007 zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch (CETS 201) sub 139.

¹⁶ Mit einbezogen ist im Folgenden immer auch das Usenet, dessen Newsgroups offenbar gleichfalls zur Übermittlung (kinder-)pornographischer Dateien genutzt werden (vgl. etwa *Jenkins*, *Beyond Tolerance, Child Pornography on the Internet: Child Pornography online*, 2001, S. 52).

und Weise, in der sie ihren Inhalt fixieren: als Papier, das mit Farbe bedruckt ist, oder als Speichermedium für eine Datei.

Pornographische „Schriften“ (§ 11 Abs. 3 StGB) können deshalb zwar einer anderen Person mit Hilfe des Internet auch über große räumliche Distanzen hinweg „zugänglich gemacht“ werden (§§ 184 Abs. 1 Nr. 1, 184a Nr. 2, 184b Abs. 1 Nr. 2, 184c Abs. 1 Nr. 2 StGB), ohne hierfür die „Schrift“ selbst – den Datenspeicher, auf dem sich die betreffende Datei des Täters befindet – auf die Reise schicken zu müssen; es genügt, anderen die Zugriffsmöglichkeit darauf zu eröffnen, indem etwa der Abruf der Daten über eine Website angeboten wird.²¹

Ob derartige „Schriften“ über das Internet aber auch „verbreitet“ (§§ 184a Nr. 1, 184b Abs. 1 Nr. 1, 184c Abs. 1 Nr. 1 StGB) werden können, ist dagegen schon zweifelhaft. Nach einer (umstrittenen) Entscheidung des BGH soll der hierfür in Abgrenzung zum „Zugänglich-Machen“ erforderliche Erfolg (die zu verbreitende „Schrift“ muss bei mindestens einer weiteren Person auch angekommen sein) hier darin zu sehen sein, dass zwar nicht die Ausgangsschrift (der Datenspeicher beim Täter), wohl aber die dort gespeicherte Datei in den Machtbereich des Empfängers gelangt und dort – nämlich in dessen Arbeitsspeicher – sogleich wieder das Gewand einer „Schrift“ im Sinne des § 11 Abs. 3 StGB anlegt.²²

Gleichstellung von „Datenspeichern“ und dort vorhandenen Dateien.

²¹ Vgl. BGHSt 47, 55 (60). Aus ähnlichen Gründen ist es z.B. auch technisch möglich, sexuelle Handlungen durch Vermittlung einer Webcam „vor“ einem räumlich weit entfernten Kind vorzunehmen (§ 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB); s. dazu BGHSt 53, 283 = NJW 2009, 1892. Demgegenüber dürfte das „Vorzeigen“ pornographischer Abbildungen bzw. Darstellungen zur (jedenfalls auf Täterseite sexualbezogenen) „Einwirkung“ auf ein Kind (§ 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB) einen unmittelbaren Kontakt zwischen dem Vorzeigenden und dem betroffenen Kind voraussetzen (vgl. *Wolters*, in: *Satzger/Schmitt/Widmaier* [Fn. 19], § 176 Rn. 30). Wieder anders liegt es bei der Einwirkung auf ein Kind in der Absicht, es zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen zu veranlassen: § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB erfasst derartige Einwirkungen – im Vorfeld des (versuchten) sexuellen Missbrauchs (§ 176 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 6 StGB) – nur (!) und gerade, soweit sie „durch Schriften (§ 11 Abs. 3 StGB)“ erfolgt. Gedacht war insoweit (vgl. BT-Drs. 15/350, S. 17 f.) in erster Linie an ein entsprechendes Verhalten in chat rooms im Internet. Daraus ist zu schließen, dass das Einwirken „durch“ Schriften (§ 11 Abs. 3 StGB) eine gegenständliche Zugriffsmöglichkeit des Kindes auf die „Schrift“ und insoweit deren körperliche Übermittlung nicht voraussetzen soll (zweifelnd aber etwa *Gercke*, in: *Gercke/Brunst* [Hrsg.], *Praxishandbuch Internetstrafrecht*, 2009, Rn. 360).

²² BGHSt 47, 55. Zur Kritik vgl. hier nur *Kudlich*, JZ 2002, 310; *Lindemann/Wachsmuth*, JR 2002, 206; *Gercke*, MMR 2001, 676; *Fischer* (Fn. 2), § 184 Rn. 35 f.; *Saliger*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 3. Aufl. 2010, § 11 Rn. 78. Anders noch BayObLG MMR 2000, 758 (759).

b) Sich den Besitz verschaffen und besitzen

Ob für diese „internetspezifische“ Interpretation des Merkmals „verbreiten“ überhaupt eine praktische Notwendigkeit bestand (oft können die genannten Fälle ja bereits als „Zugänglich-Machen“ erfasst werden) und ob sie dogmatisch zu überzeugen vermag, soll hier dahinstehen. Jedenfalls spiegelt sie bereits deutlich die Besonderheit der Übermittlung inkriminierter Inhalte mit Hilfe des Internet wider: Der Inhalt einer „Schrift“ (§ 11 Abs. 3 StGB) – und er ist ja das eigentlich Interessante – lässt sich von der „Schrift“ selbst lösen und unabhängig von ihr als Datei transportieren, um dann auf Seiten des Empfängers wiederum in einer (neuen!) „Schrift“ fixiert zu werden. Zum Problem wird diese Besonderheit immer dann, wenn ein Tatbestand gerade auf die Übermittlung von „Schriften“ (§ 11 Abs. 3 StGB) – und nicht (nur) auf die Übermittlung bestimmter Inhalte – Bezug nimmt.

So liegt es auch bei den hier interessierenden §§ 184b Abs. 4, 184c Abs. 4 StGB: Gegenstand der Besitzverschaffung und damit Tatobjekt sind bei ihnen²³ gerade nicht „Daten“ (wie z.B. in § 202b StGB) bzw. Dateien²⁴, sondern (körperliche) „Schriften“ im Sinne des § 11 Abs. 3 StGB. Verwirrend (und auch sachlich unzutreffend) erscheint daher die jüngste Behauptung des OLG Hamburg, nach der Rechtsprechung seien „Dateien, die auf Datenspeichern – wozu auch Arbeitsspeicher gehören [...] – festgehalten sind, selbst Datenspeicher“²⁵. Auch in der in diesem Zusammenhang häufig angeführten Entscheidung BGHSt 47, 55 hat der BGH den Schriftenbegriff des § 11 Abs. 3 StGB keineswegs über „Datenspeicher“ hinaus auf die dort gespeicherten Daten selbst ausgedehnt. Zwar wird dort zunächst ausgeführt, „digitalisierte Fotos, die ins Internet gestellt werden“, seien (schon als solche?) „Datenspeicher“ im Sinne des § 11 Abs. 3 StGB. Schon im daran unmittelbar anschließenden zweiten Halbsatz erfolgt jedoch eine Korrektur dieser – offenbar vom *Senat* selbst als unpräzise erkannten – Formulierung: „genauer: auf einem Speichermedium – in der Regel der Festplatte des Servers – gespeicherte Daten“²⁶. Der Grund für diese etwas irritierende Ausdrucksweise liegt auf der Hand und lässt sich überdies auch aus dem Kontext der Passage leicht erschließen: Der *Senat* unterscheidet eben gerade zutreffend den inkriminierten Inhalt (die Bilder) vom Speichermedium (Datenspeicher des Servers). Das wird insbesondere auch an der kurz darauf (BGHSt 47, 55 [58 f.]) folgenden Passage deutlich: Der *Senat* stellt fest, der Angeklagte habe – unter dem Gesichtspunkt des damaligen § 176a Abs. 2 StGB (heute:

²³ Zum vergleichbaren Problem bei § 91 Abs. 1 Nr. 2 StGB s. *Popp* (Fn. 12), S. 45 f.

²⁴ Missverständlich daher *Laufhütte/Roggenbuck*, in: *Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 6, 12. Aufl. 2009, § 184b Rn. 8, die für den Besitz an „Computerdateien“ eine „gewisse Verkörperung“ verlangen. Den „Besitz an einer elektronischen Datei“ erörtert wie selbstverständlich z.B. auch BayVGh, Urt. v. 11.8.2010 – 16a D 10.189, Rn. 44 ff.

²⁵ OLG Hamburg MMR 2010, 342. Zumindest ungenau auch schon BGH NStZ 2005, 444 f. („Besitz der Bilddateien“).

²⁶ BGHSt 47, 55 (58).

§ 176a Abs. 3 StGB) – in der Absicht gehandelt, die Tat (nämlich den sexuellen Missbrauch von Kindern) zum „Gegenstand eines Datenspeichers“ (als einer pornographischen Schrift i.S.d. § 11 Abs. 3 StGB) zu machen, und korrigiert die (freilich vom Gesetz vorgezeichnete) Formulierung in: „zum Gegenstand gespeicherter Daten“.²⁷

Ungeachtet dessen wird in der obergerichtlichen Rechtsprechung heute durchweg angenommen, dass man sich auch mit Hilfe des Internet den Besitz von „Schriften“ der genannten Art verschaffen könne. „Besitz“ soll dabei nicht nur bzw. nicht erst dann vorliegen, wenn sich Dateien entsprechenden Inhalts auf der Festplatte oder einem sonstigen vergleichbaren Speichermedium auf Seiten des Täters befinden, sondern auch schon dann, wenn solche Dateien – und sei es auch nur vorübergehend – im Arbeitsspeicher seines Rechners präsent sind²⁸ (was im Ergebnis darauf hinausläuft, bereits das Aufrufen und Betrachten einer einschlägigen Website mit kinder- bzw. jugendpornographischen Bildern für strafbar zu erklären, weil eine solche Visualisierung – jedenfalls nach dem derzeitigen Stand der üblicherweise genutzten Technik – eben ohne die Vermittlung eines Arbeitsspeichers nicht auskommt²⁹). Diese geringen Anforderungen an den „Besitz“ einer kinder- bzw. jugendpornographischen „Schrift“ als Bezugspunkt des „Sich-Verschaffens“ ermöglichen es der Rechtsprechung schließlich auch, den Beginn eines solchen Unternehmens (und damit die Strafbarkeit) schon auf die gezielte Suche nach einschlägigen Websites vorzuverlegen³⁰ (und zwar unabhängig davon, ob diese Suche Erfolg hat): Wenn schon das bloße Betrachten einschlägiger Bilder am Bildschirm im Hinblick auf den dabei verwendeten Arbeitsspeicher „Besitz“ einer kinder- bzw. jugendpornographischen „Schrift“ sein kann, dann kann das unmittelbare Ansetzen hierzu auch schon im Aufrufen der betreffenden Seite zu sehen sein.³¹

²⁷ Dieses Vorgehen beruht ersichtlich auf der Überlegung, ein Speichermedium könne als solches einen Missbrauch oder sonst ein Geschehnis nicht „zum Gegenstand“ haben; seine Funktion beschränke sich auf die Fixierung von Daten – und nur diesen komme ein Inhalt zu.

²⁸ OLG Schleswig NStZ-RR 2007, 41; OLG Hamburg MMR 2010, 342.

²⁹ Eine andere Frage ist, ob sich die kriminalpolitische Bewertung des betreffenden Sachverhalts abhängig zu machen hat von dem technisch bedingten (und insofern kontingenten) Unterschied des Betrachtens bestimmter Darstellungen etwa in der Auslage eines Sex-Shops einerseits und im Internet (unter durchgangswise Verwendung des Arbeitsspeichers eines PC) andererseits (kritisch insoweit *Fischer* [Fn. 2], § 184b Rn. 21b, 21c).

³⁰ OLG Schleswig NStZ-RR 2007, 41 (42).

³¹ Ob das auch schon für die gezielte Suche nach einer solchen Seite gelten kann, erscheint dagegen – wie auch sonst bei der bloßen Ausforschung von Tatgelegenheiten – zweifelhaft.

IV. Kritik

In der Literatur werden diese Ergebnisse vielfach als zu weitgehend empfunden, was die Begründung von „Besitz“ schon durch die doch so flüchtige Präsenz im Arbeitsspeicher betrifft;³² die konsequente Vorverlagerung der Strafbarkeit auf die bloße Suche nach einschlägigen Seiten, deren Aufruf hiernach schon als vollendete Besitzverschaffung anzusehen ist, rücke den Rechtsstaat überdies in bedenkliche Nähe zu einem „schränkenlosen kriminalisierenden Zugriff auf Gedanken-Inhalte“.³³ Nicht hinreichend Berücksichtigung gefunden hat in der bisherigen Diskussion freilich die – grundlegende – Einsicht, dass der Umgang der Rechtsprechung mit den Besitz-(Verschaffungs-)Tatbeständen des Pornographiestrafrechts auf einem ganz bestimmten Vorverständnis von Legitimationsgrund und kriminalpolitischer Zielsetzung dieser Tatbestände beruht, das innerhalb der freilich geradezu chaotischen Teleologie der §§ 184b, 184c StGB³⁴ durchaus nicht ohne Alternativen ist.

³² Vgl. etwa *Harms*, NStZ 2003, 646 (648 ff.); *Heinrich*, NStZ 2005, 361 (363 f.); *Fischer* (Fn. 2), § 184b Rn. 21b, 21c; *Hilgendorf*, in: *Satzger/Schmitt/Widmaier* (Fn. 19), § 184b Rn. 15; *Hörnle* (Fn. 1), § 184b Rn. 27; *Perron/Eisele*, in: *Schönke/Schröder*, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 28. Aufl. 2010, § 184b Rn. 15. In der Tat ist die (zu bejahende) Frage, ob auch ein Arbeitsspeicher „Schrift“ im Sinne von § 11 Abs. 3 StGB sein kann, zu trennen von der ganz anderen Frage, welche Anforderungen gerade an den „Besitz“ an einer solchen „Schrift“ zu stellen sind: Der Verzicht auf die Fähigkeit zu dauerhafter Speicherung bei der Einbeziehung von Arbeitsspeichern in den „Schriften“-Begriff impliziert keineswegs, dass auch für den „Besitz“ einer tatbestandsmäßigen „Schrift“ schon deren vorübergehende Eigenschaft als „kinderpornographisch“ genügt. Es ist daher jedenfalls denkbar, die Besitz-(verschaffungs-)tatbestände in Hinsicht auf Arbeitsspeicher für unanwendbar zu halten. Das Problem entschärft sich freilich ein wenig dadurch, dass Bilddateien, die in einem Webbrowser angezeigt werden, in aller Regel auch automatisch auf die Festplatte gespeichert werden, um bei erneutem Aufruf die Ladezeit zu verkürzen (vgl. aber *Gössel*, *Das neue Sexualstrafrecht*, 2005, S. 235, der auch die Cache-Speicherung noch für zu „flüchtig“ hält). Freilich mag es hier oft am Vorsatz des Täters fehlen, der solche Bilder aus dem Internet eben einfach nur anschauen, aber nicht eigens abspeichern möchte und von dem technischen Eigenleben seines Browsers nichts ahnt (*Hilgendorf/Frank/Valerius*, *Computer- und Internetstrafrecht*, 2005, Rn. 419; vgl. jetzt auch AG Saarbrücken, Urt. v. 29.7.2009 – 115 Ds 87/09). Kennt er freilich die technischen Zusammenhänge und ruft er gleichwohl entsprechende Seiten auf, ist nach BGH NStZ 2007, 95 Vorsatz anzunehmen.

³³ *Fischer* (Fn. 2), § 184b Rn. 21c.

³⁴ Vgl. aus strafrechtsvergleichender Perspektive hier nur *Sieber*, *ZUM* 2000, 89 (90 ff.); *Salvadori*, in: *Herczeg/Hilgendorf/Grivna* (Fn. 12), S. 59; ferner etwa *Akdeniz*, *Internet Child Pornography and the Law*, 2008, S. 163 ff.

1. Das vorherrschende „Nachfrage-Paradigma“

In den genannten Entscheidungen – und letztlich auch in den kritischen Stellungnahmen dazu – figuriert der Täter als Teilnehmer eines „Marktes“ für kinder- bzw. jugendpornographisches Material. Sein Part ist der des nachfragenden Konsumenten, der eben durch sein Nachfrageverhalten das Geschäft am Laufen hält und Anreiz zur Produktion neuer „Ware“ schafft. Er soll damit sogar – wenngleich in recht diffuser Weise – mitverantwortlich werden für all das, was mit der Produktion neuen Materials verbunden ist (insbesondere für den sexuellen Missbrauch kindlicher Darsteller). Unter dieser Perspektive erscheint das Unternehmen, sich Besitz an derartigen „Schriften“ (§ 11 Abs. 3 StGB) zu verschaffen, als ein Vorgang im Verhältnis zwischen Abnehmer und Anbieter, und folgerichtig verengt sich die dogmatische Fragestellung auf die erforderliche Art und Weise des Transfers von „Gütern“ zwischen diesen beiden. Und hier entstehen dann eben auch die genannten Schwierigkeiten, wenn neue Übermittlungsformen wie das Internet den körperlichen Transport von Trägermedien einerseits gerade obsolet machen, die zur Verfügung stehenden Straftatbestände aber andererseits nach wie vor auf körperliche „Schriften“ (§ 11 Abs. 3 StGB) Bezug nehmen. Denn Gegenstand von Angebot und Nachfrage sind hier, recht gesehen, nicht „Schriften“ in Form von Datenträgern, sondern Bilddateien; nur sie werden versendet, empfangen, sichtbar gemacht und ggf. gespeichert. Daher greift die Frage, von welchem Zeitpunkt an bzw. unter welchen Voraussetzungen von „Besitz“ auf Seiten des Konsumenten gesprochen werden kann, letztlich von vornherein ins Leere: Das, was er aus dem Internet bezieht, ist dem Besitz – als Herrschaft über eine (körperliche) Sache – ja gar nicht zugänglich (während das, was als „Schrift“ besessen werden kann, der Sachherrschaft des Täters entweder entzogen bleibt – so der Datenspeicher des Servers, von dem er die Bilddateien erhält – oder dieser Herrschaft schon vorher unterstand – so die Datenspeicher seines eigenen PC). Aus diesem Grunde verliert sich die Rechtsprechung fast zwangsläufig in immer abseitigeren Analogiebildungen: Auch Dateien seien „Datenspeicher“ und damit „Schriften“ i.S.v. § 11 Abs. 3 StGB,³⁵ für sie sei deshalb eigens ein „spezifischer Besitzbegriff“ (bzw. Besitzverschaffungsbegriff) zu entwickeln³⁶ usw. Und selbst noch im zutreffenden Kern dieser Überlegungen – ab wann lässt sich vom Besitz einer tatbestandsmäßigen (weil durch eine Datei kinder-/jugendpornographischen Inhalts belasteten) „Schrift“ sprechen? – schlägt sich das vorgefasste Modell des „nachfragenden Konsumenten“ in folgenschwerer Weise nieder. Geht es nämlich darum, zur „Austrocknung“ unerwünschter Märkte nun auch ihn strafrechtlich in die Pflicht zu nehmen, so ist dafür im Grunde nur das Nachfrageverhalten als solches entscheidend: Der Produzentenseite soll kein Interesse signalisiert werden, damit der Anreiz für die Herstellung neuen Materials entfällt. Ob der Konsument überhaupt irgendwann einmal Eigenbesitz an der von ihm nachgefragten Ware erlangt, und wie dauerhaft und gefestigt

dieser Besitz dann ist, spielt dabei nur eine untergeordnete Rolle. Das OLG Schleswig sagt es denn auch ganz offen: Der „ständige Anreiz für Hersteller und Betreiber, neue Produkte anzubieten“, entstehe „gerade *unabhängig davon, ob ein Betrachter entsprechender Seiten als Konsument diese speichert oder nicht*“³⁷. Der Besitz einer kinder- bzw. jugendpornographischen „Schrift“ fungiert in den betreffenden Tatbeständen dann nur noch als Manifestation eines (eben dadurch nachweisbaren) Nachfrage-Verhaltens.³⁸ Von diesem Standpunkt aus liegt es offensichtlich nahe, für die Annahme von „Besitz“ nicht mehr vorauszusetzen, als unbedingt nötig. Der Übergang von Permanenzspeichermedien zum Arbeitsspeicher fällt dann aber leicht und ist im Grunde auch nur konsequent; das Versuchsverhalten erscheint hier, durch die Form des Unternehmensdelikts zusätzlich verstärkt, geradezu als die Grundform des Delikts.

2. Einwände

Die gerade skizzierte Sicht der Dinge ist nun aber keineswegs die einzig mögliche, und es besteht auch durchaus Anlass, nach Alternativen zu ihr zu suchen. Denn zum einen sind in ihren dogmatischen und legitimatorischen Fundamenten zunehmend Risse zu beobachten (a), und zum anderen wird sie auch in technischer Hinsicht den tatsächlichen Verhältnissen nicht hinreichend gerecht (b).

a) Die fragwürdige Verknüpfung von Nachfrage und Förderung

Der (berechtigte!) Wunsch nach einer Welt, in der Kinder und Jugendliche nicht zum Objekt sexueller (und sei es auch „nur“ pornographischer) Ausbeutung gemacht werden, und nach einer Gesellschaft, die sich gerade auch durch den Verzicht auf solche Ausbeutung definiert, vermag sich nach heute vorherrschender Auffassung im Strafrecht legitimerweise nur in den Formen des Rechtsgüterschutzes auszudrücken.³⁹ In diesem Sinne soll es in den §§ 184b, 184c StGB –

³⁷ OLG Schleswig NSTZ-RR 2007, 41 (42 f. – *Hervorhebung* nur hier); vgl. aber auch *Heinrich*, NSTZ 2005, 361 (364).

³⁸ Zu dieser Indizfunktion des Besitzes vgl. bereits *Schroeder*, ZRP 1990, 299 (301); ferner *Hörnle* (Fn. 1), § 184b Rn. 29.

³⁹ Das Rechtsgut ist dann gleichsam das „Nadelöhr“, durch das bestimmte „sozialethische Gesinnungswerte“ (*Welzel*) hindurch müssen, um in strafrechtlich sanktionierten Verhaltensregeln wirksam werden zu dürfen (*Hassemer*, in: *Wassermann* [Hrsg.], *Alternativkommentare, Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 1990, Vor § 1 Rn. 252). Auch wer es – wie das BVerfG in seiner (zu Recht vielfach kritisierten) „Inzest“-Entscheidung (BVerfGE 120, 224) – ablehnt, diese strafrechtsbegrenzende (und insofern freiheitsverbürgende) Dimension der Rechtsgüterlehre unmittelbar in verfassungsrechtliche Kategorien zu übersetzen, wird kaum umhin können, die Strafgesetzgebung in rationale (und das heißt nicht zuletzt: empirisch fundierte) Rechtfertigungszusammenhänge einzubinden (so denn auch – unter Verweis auf die allgemeine Grundrechtsdogmatik – *Gärditz*, *Der Staat* 49 [2010], 331

³⁵ OLG Hamburg MMR 2010, 342.

³⁶ OLG Hamburg MMR 2010, 342 (343); zu Recht ablehnend *Müller*, MMR 2010, 344 (345).

über das allgemeine Jugendschutz-Anliegen des Pornographiestrafrechts⁴⁰ hinaus – auch um den Schutz derjenigen Kinder und Jugendlichen gehen, die bei der Produktion dieser Pornographieformen als „Darsteller“ herangezogen worden sind oder künftig herangezogen werden könnten.⁴¹ Geschützt werden soll zum einen ihre sexuelle Integrität, zum anderen aber auch ihr Allgemeines Persönlichkeitsrecht, insbesondere auch in seiner Erscheinungsform als „Recht am eigenen Bild“. Jenseits davon wird geltend gemacht, der (regelmäßige) Konsum derartiger Pornographieformen sei geeignet, auch den Wunsch nach entsprechenden realen sexuellen Kontakten zu wecken und die Hemmschwelle für die Umsetzung dieses Wunsches zu senken, obwohl dies jedenfalls teilweise verboten und strafbar ist.⁴² Und schließlich sollen

[359 ff.]. Vgl. im vorliegenden Zusammenhang auch *Reinbacher/Wincierz*, ZRP 2007, 195 (196 f.).

⁴⁰ Problematisch ist freilich auch schon dieses Anliegen, weil es sich zum einen auf empirisch nach wie vor (z.T. auch schon aus forschungsethischen Gründen) nicht hinreichend gesicherte Annahmen über die Folgen von Pornographiekonsum im Jugendalter stützt (keine negativen Effekte feststellen konnte etwa die Studie von *Stulhofer/Schmidt/Landripet*, Zeitschrift für Sexualforschung 22 [2009], 13; vgl. auch *Weber*, BzGA-Forum Sexualaufklärung und Familienplanung, 1/2009, 15; *Hajok*, KJug 55 [2010], 21; *H. Schumann/A. Schumann* in: *Schneider/Kahlo/Schumann/Klescowski* [Hrsg.], Festschrift für Manfred Seebode, 2008, S. 351 [S. 368 ff.] und zum anderen fragwürdig geworden ist, ob der Einsatz des nationalen Strafrechts angesichts der völlig problemlosen Verfügbarkeit entsprechender Inhalte für jedermann über das WWW überhaupt noch ein geeignetes Instrument des Jugendschutzes sein kann. Das BVerfG gesteht dem Gesetzgeber in diesen Fragen freilich seit jeher eine Einschätzungsprärogative zu (vgl. BVerfGE 83, 130 – „Josefine Mutzenbacher“; die Kammerentscheidung MMR 2010, 48 weicht davon nicht ab).

⁴¹ Vgl. BT-Drs. 12/3001, S. 5; *Hörnle* (Fn. 1), § 184b Rn. 1 m.w.N.; *Laufhütte/Roggenbuck* (Fn. 24), § 184 Rn. 2; *Ziethen/Ziemann* (Fn. 3), § 184b Rn. 1; *Heinrich*, NStZ 2005, 361 (362); *Schroeder*, ZRP 1990, 291; zum Hintergrund s. a. *Scheffler*, in: *Putzke/Hardtung/Hörnle/Merkel/Scheinfeld/Schlehofer/Seier* (Hrsg.), Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg, 2008, S. 627 (637 ff.). Aus der Rechtsprechung vgl. nur BGHSt 45, 41 (43); 47, 55 (61); OLG Schleswig NStZ-RR 2007, 41 (42).

⁴² Vgl. BT-Drs. 12/3001, S. 6; *Eckstein*, NStZ 2011, 18 (22). Eine verlässliche empirische Grundlage hat auch diese Annahme nach wie vor nicht. Nach *Elsner*, Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie 2 (2008), 139 (140) etwa stellt der Konsum von Kinderpornographie „nach bisherigem Kenntnisstand [...] keinen Prädiktor für zukünftige reale sexuelle Missbrauchshandlungen“ dar (wenn die zugrunde liegenden Studien in ihrer Aussagekraft auch begrenzt seien). Die Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte, die sich damit im Zusammenhang mit der „Notwendigkeit“ vorsorgender erkennungsdienstlicher Maßnahmen nach § 81b Var. 2 StPO zu beschäftigen hatten, registrieren dieses Manko im Übrigen

derartige „Schriften“ auch Verwendung finden können, um Kinder auf ein entsprechendes Verhalten einzustimmen (sog. grooming).⁴³

Im Mittelpunkt der Diskussion steht aber wohl der Darstellerschutz und auf ihn bezieht sich letztlich auch das in Rechtsprechung und Literatur immer noch vorherrschende „Nachfrage-Paradigma“, das den Täter in erster Linie als Marktteilnehmer begreift, der durch seine Nachfrage überhaupt erst den Anreiz zur Herstellung neuer „Produkte“ (und die damit regelmäßig verbundene Schädigung der dabei herangezogenen Darsteller) schafft. In der Tat stand dieser Gedanke bei der erstmaligen Kriminalisierung auch des „Konsumenten“ durch das 27. StrÄG vom 23.7.1993 einmal Pate. Sie war zunächst beschränkt auf kinderpornographische „Schriften“ (§ 11 Abs. 3 StGB), die damals gerade dadurch definiert waren, dass sie den (tatsächlichen) „sexuellen Missbrauch von Kindern (§§ 176 bis 176b)“ zum Gegenstand hatten. Das neue strafbewehrte Verbot, sich den Besitz solcher „Schriften“ zu verschaffen, gründete sich damals insbesondere auf einige kriminologische Annahmen über die „Besonderheiten des Videomarktes für Kinderpornographie“: Besonders gefragt seien privat hergestellte und vertriebene Amateurvideos mit geringer Auflage, deren Absatz naturgemäß unter gleichsam „konspirativen“ Umständen erfolgen müsse.⁴⁴ Vor diesem Hintergrund behauptete die Entwurfsbegründung „eine starke mittelbare Verantwortlichkeit des Verbrauchers für den mit der Herstellung verbundenen Kindesmissbrauch“. Gedacht war dabei nicht etwa an eine Erfolgzurechnung post factum oder dergleichen,⁴⁵ sondern im

sehr genau (vgl. etwa VG Kassel, Urt. v. 30.11.2009 – 4 K 1084/08.KS, Rn. 26); teilweise überspielen sie es durch den Verweis auf die dem Gesetzgeber zugestandene Einschätzungsprärogative (so VGH Mannheim NJW 2008, 3082 mit Anm. *Popp*, jurisPR-ITR 14/2008, Nr. 3), mitunter auch schon mit dem Hinweis auf entsprechende Ausführungen einer Justizministerin (so in der Tat VG Köln, Urt. v. 20.11.2008 – 20 K 3088/08 – juris, Rn. 36). Für weitere Kritik s. etwa *Heinrich*, NStZ 2005, 361 (362); *Scheffler* (Fn. 41), S. 636 f.

⁴³ Vgl. zuletzt *Ost*, Child Pornography and Sexual Grooming, 2009, die auch einen Überblick über mögliche sonstige Argumentationslinien für die Legitimation entsprechender Straftatbestände liefert (S. 108 ff.). Ganz allgemein konstatiert auch der Erläuternde Bericht zum Lanzarote-Übereinkommen des Europarates (Fn. 15) sub 134: „It is widely believed that such material and on-line practices play a role in supporting, encouraging or facilitating sexual offences against children“.

⁴⁴ BT-Drs. 12/3001, S. 5. Vgl. insoweit bereits *Schroeder*, ZRP 1990, 291 (300).

⁴⁵ So aber *Jäger*, in: *Albrecht/Ehlers/Lamott/Pfeiffer/Schwind/Walter* (Hrsg.), Festschrift für Horst Schüler-Springorum, 1993, S. 229 (S. 233), der kritisch von einer Art „rückwirkenden Anstiftung“ spricht. Für den angelsächsischen Rechtskreis hält indessen *Ost* (Fn. 43), S. 117 f., eine nachträglich übernommene Mitverantwortlichkeit desjenigen, der die Früchte einer fremden Tat erntet, für plausibel (möglicherweise im Sinne der Figur des accessory after the fact).

Gegenteil an eine – wenn auch ein wenig diffuse – Verantwortlichkeit für künftige Fälle des Kindesmissbrauchs zum Zwecke der Herstellung neuer kinderpornographischer Materials.⁴⁶ Damit war der Umgang mit (Kinder-)Pornographie auf einmal in einen neuen Bezugsrahmen gestellt: Das primäre Anliegen eines dem Rechtsgüterschutzprinzip verpflichteten Pornographie-Strafrechts, der Jugendschutz, wird seither von einem ganz anderen Gesichtspunkt überlagert: Kinder sollen davor bewahrt werden, als „Darsteller“ entsprechender pornographischer Bildaufnahmen Opfer eines gerade auch zu diesem Zweck begangenen sexuellen Missbrauchs zu werden.⁴⁷ Neben den unmittelbar Beteiligten (§§ 176-176b StGB, insbesondere § 176a Abs. 3 StGB) wird insoweit auch verantwortlich gemacht, wer solche Aufnahmen nachfragt und damit – so die Überlegung – zugleich auch die mit ihrer Produktion verbundenen Straftaten fördert.

Die Behauptung einer solchen „mittelbaren“ Verantwortlichkeit verliert freilich an Plausibilität, wenn man – wie es die Protagonisten des aktuellen kriminalpolitischen Diskurses allerdings tun – an die Stelle des „konspirativen“ Austauschs von Videokassetten innerhalb eines halbwegs überschaubaren Personenkreises die globale und anonyme Verfügbarkeit von Bild- und Videodateien im Internet setzt.⁴⁸ Denn damit schwindet die (abstrakte) Gefährlichkeit des einzelnen Nachfrageakts für das zu schützende Gut (die sexuelle Integrität eines als „Darsteller“ missbrauchten Kindes) auf ein Minimum; das Sich-Verschaffen einer einzelnen kinderpornographischen „Schrift“ durch einen Konsumenten rückt folglich bestenfalls in die Nähe eines bloßen „Kumulationsdelikts“.⁴⁹

Die Zuschreibung von Verantwortlichkeit für die nachfolgende fremde, freiverantwortliche Begehung bestimmter Delikte an den einzelnen nachfragenden Teilnehmer eines (mutmaßlich riesigen) Marktes für „Deliktsprodukte“ bleibt dabei deutlich hinter den Standards zurück, die sonst für die vorwerfbare Veranlassung fremden deliktischen Handelns gelten.⁵⁰

Unabhängig davon hat inzwischen aber auch der Gesetzgeber selbst die normative Verknüpfung von Besitzverschaffungsverbot und sexuellem Missbrauch erst gelockert und dann schließlich ganz aufgegeben. Seit der Änderung durch das IuKDG 1997 bezieht sich § 184b Abs. 4 S. 1 StGB nicht mehr ausschließlich auf solche Darstellungen, die ein „tatsächliches“ Geschehen zum Gegenstand haben, sondern lässt schon ein „wirklichkeitsnahes“ (wenn auch nicht nur fiktives) Geschehen genügen (was jedenfalls auf der Grundlage des Nachfrage- und Förderungsansatzes wohl nur als Beweiserleichterung zu Lasten des Beschuldigten gedeutet werden kann⁵¹). Vollends gelöst wurde der normative Zusammenhang der Pornographieverbote mit dem Schutz der sexuellen Integrität der Darsteller aber erst durch das Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie vom 31.10.2008. Denn zum einen setzt seither eine „kinderpornographische Schrift“ die Darstellung eines sexuellen Missbrauchs gerade nicht mehr voraus (der Verweis auf § 176 Abs. 1 StGB betrifft nur noch die Definition des „Kindes“ als einer „Person unter vierzehn Jahren“⁵²), vielmehr genügen „sexuelle Handlungen von, an oder vor Kindern“ unabhängig davon, ob sie mit einem strafbaren oder sonst verbotenen Geschehen in Zusammenhang stehen (mag dies auch praktisch häufig der Fall sein). Zum anderen sind nunmehr auch Besitz und Besitzverschaffung an bestimmten jugendpornographischen „Schriften“ für strafbar erklärt worden (§ 184c Abs. 4 S. 1 StGB), ohne dass das darin Abgebildete – „sexuelle Handlungen von, an oder vor Personen von vierzehn bis achtzehn Jahren“ – gerade auf einer Straftat gegen die sexuelle Selbstbestimmung der betreffenden Jugendlichen (etwa nach §§ 174-174c, 177 ff. StGB) beruhen müsste.⁵³ Nach alledem hat dann aber auch das Argument der „Förderung durch Nachfrage“ keinen festen Bezugspunkt mehr: Soweit nicht schon das dargestellte Geschehen selbst, sondern erst und einzig die pornographische Form seiner Darstellung verboten und strafbar ist, lassen sich entsprechende Besitz-(verschaffungs-)tatbestände jedenfalls nicht mehr ausschließlich als vorverlagerter (nämlich schon beim nachfragenden Konsumenten ansetzender) Darstellerschutz erklären. Genauer noch: Geschützt werden die betroffenen Darsteller dann nicht mehr (oder nicht mehr allein) vor Ein-

⁴⁶ Vgl. nur Hörnle (Fn. 1), § 184b Rn. 2; Schroeder, ZIS 2007, 444 (447).

⁴⁷ Grundlegend dazu Schroeder, ZRP 1990, 291 (299).

⁴⁸ Vgl. bereits Schroeder, ZRP 1990, 291 (300): „Wird ein Video auch nur in einer Auflage von tausend Stück hergestellt, schrumpft die ‚Ursächlichkeit‘ des einzelnen Erwerbers auf ein Tausendstel“. Zur Brüchigkeit jenes Mitverantwortlichkeitsarguments im Kontext von Massenproduktion und/oder Organisierter Kriminalität jetzt auch Scheffler (Fn. 41), S. 639; Hörnle, in: Hoyer/Müller/Pawlik (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, 2006, S. 477 (S. 490 ff.); aufgeschlossener hingegen etwa Gropp, in: Dannecker/Langer/Ranft (Hrsg.), Festschrift für Harro Otto, 2007, S. 249 (S. 259 ff.). In welchem Ausmaß der Bezug kinder- und jugendpornographischer Inhalte nun freilich *tatsächlich* über frei zugängliche Angebote im WWW erfolgt und nicht eher etwa über geschlossene peer-to-peer-Netzwerke (s.a. Grabosky, in: Schneider [Hrsg.], Internationales Handbuch der Kriminologie, Bd. 2, 2009, S. 73 [75 f.]), ist eine empirisch noch weitgehend ungeklärte Frage. Sie ist derzeit Gegenstand eines Forschungsprojekts am Institut für Kriminalwissenschaften der Universität Hannover (Presseinformation der Universität vom 3.12.2009).

⁴⁹ Zu dieser für das Umwelt- und Wirtschaftsstrafrecht geprägten Klassifikation grundlegend Kuhlen, GA 1986, 389; Wohlers, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts, Zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikte, 2000, S. 318 ff.; im vorliegenden Zusammenhang auch Hörnle (Fn. 48), S. 491.

⁵⁰ Dazu jetzt eingehend Hörnle (Fn. 48), S. 490 ff.

⁵¹ Vgl. nur Perron/Eisele (Fn. 32), § 184b Rn. 11 m.w.N.; Hörnle (Fn. 1), § 184b Rn. 18.

⁵² Hörnle, NJW 2008, 3521 (3525); Röder, NStZ 2010, 113 (114 ff.); offenbar übersehen von Laufhütte/Roggenbuck (Fn. 24), § 184b Rn. 11.

⁵³ Vgl. auch Hörnle, NJW 2008, 3521 (3523); Reinbacher/Wincierz, ZRP 2007, 195 (196 f.).

griffen in ihre sexuelle Selbstbestimmung, sondern davor, unter Missachtung ihres Person-Seins – gewissermaßen als Bildmotiv verdinglicht – zum pornographischen Objekt gemacht zu werden.

Die vorstehenden Überlegungen gelten letztlich auch für den jüngsten Richtlinien-Vorschlag der EU-Kommissarin *Malmström*, der eine Fülle von detaillierten Vorgaben für die Strafgesetzgebung der Mitgliedstaaten sowie ein (besonders umstrittenes) „Netzsperr“-Konzept enthält.⁵⁴ Denn zwar wird „Kinderpornografie“ im 2. und 13. Erwägungsgrund der vorgeschlagenen Richtlinie noch als „die bildliche Darstellung von sexuellem Missbrauch von Kindern“ umschrieben. Im Widerspruch dazu umfasst die Begriffsbestimmung in Art. 2 lit. b jedoch „jegliches Material mit Darstellungen eines Kindes, das an realen oder simulierten eindeutig sexuellen Handlungen beteiligt ist“ (i), ohne dass diese Vorgänge – angesichts des erweiterten „Kindes“-Begriffs (Person unter 18 Jahren, lit. a) – notwendig schon als solche verboten oder gar strafbar sein müssten; ferner umfasst sie auch schon die „Darstellung der Geschlechtsorgane eines Kindes“, sofern sie „für primär sexuelle Zwecke“ erfolgt (ii); all dies auch schon dann, wenn die dargestellte Person lediglich ein „kindliches“ (minderjähriges) Erscheinungsbild aufweist (iii) – oder überhaupt nicht existiert (iv).⁵⁵ Auch hier ist die Nachfrage nach bestimmten Darstellungen mit einer dadurch zu bewirkenden Förderung dargestellten verbotenen Tuns nicht mehr zwingend verknüpft.

b) Die technische Seite

Jenseits der gerade skizzierten Einwände erscheint die Orientierung am überkommenen „Nachfrage“- bzw. „Abnehmerparadigma“ beim Bezug von Dateien über das Internet aber auch technisch keineswegs angemessen. Die bislang vielleicht radikalste Kritik hat in dieser Hinsicht *Gercke* vorgebracht, der die Anwendbarkeit jedenfalls der Besitzverschaffungstatbestände (§§ 184b Abs. 4 S. 1, 184c Abs. 4 S. 1 Var. 1 StGB) auf Internetsachverhalte sogar grundsätzlich bestreitet:⁵⁶ Sich Besitz an einem Gegenstand „verschaffen“ könne sich nur, wer diesen Gegenstand nicht ohnehin schon besitze. Da sich das in diesen Tatbeständen bezeichnete Verhalten aber auf „Schriften“ (§ 11 Abs. 3 StGB) bezieht, scheitert nach dieser Auffassung eine Tatbestandsverwirklichung an genau dem Umstand, der hier schon eingangs als Charakteristikum des Internet benannt wurde: Ein physischer Transport von „Schriften“ (§ 11 Abs. 3 StGB) als körperlichen Gegenständen wird dadurch gerade überflüssig. „Schriften“ stehen hier – als „Datenspeicher“ im Sinne von § 11 Abs. 3 StGB – nur am Anfang und dann wieder am Ende eines Übermittlungsvorgangs, der als solcher nur Daten betrifft. Bilddateien kinder- bzw. jugendpornographischen Inhalts

finden sich, vom Täter aus gesehen, zunächst auf einem externen Datenspeicher und machen diesen zu einer qualifiziert pornographischen „Schrift“. An ihr hat der Täter aber weder Besitz, noch kann er ihn ohne weiteres begründen.⁵⁷ Das ist auch gar nicht erforderlich, weil er an ihren Inhalt auf andere Weise gelangen kann – eben durch Datenübertragung per Internet. Im Ergebnis hat er freilich am Ende doch noch eine kinder- bzw. jugendpornographische „Schrift“, nämlich dann, wenn er die erlangten Dateien wieder in einem eigenen Datenspeicher fixiert (wofür möglicherweise auch schon genügt, dass er die betreffenden Daten in den Arbeitsspeicher seines Rechners gelangen lässt). Diesen Datenspeicher hatte er aber schon von Anfang an in Besitz.⁵⁸

Zustimmung verdient diese Auffassung, soweit sie auf der klaren und auch vom Gesetzgeber nachvollzogenen Trennung zwischen Datenspeichern (als „Schriften“ i.S.d. § 11 Abs. 3 StGB) und den darauf gespeicherten Daten besteht und daraus ableitet, dass der Bezug von Dateien über das Internet gerade keine Parallele zum physischen Bezug von „Schriften“ (etwa im Wege des Versandhandels oder durch unmittelbare Inbesitznahme) darstellt, die dogmatisch gewissermaßen durch eine „internetspezifische“ Auslegung der Merkmale „Besitz“ bzw. „Sich-Verschaffen“ in den Griff zu bekommen wäre.

Indessen ist die hieraus gezogene Folgerung, beim Empfang von Dateien einschlägigen Inhalts über das Internet seien die §§ 184b Abs. 4 S. 1, 184c Abs. 4 S. 1 Var. 1 StGB eben unanwendbar, keineswegs zwingend. Um dies zu erkennen, muss man sich freilich noch gründlicher von der gedanklichen Fixierung auf das „Abnehmer-Schema“ freimachen, als es die gerade nachgezeichnete Kritik bisher getan hat. Denn möglicherweise „verschafft“ man sich Besitz an einem Gegenstand (hier: einer „Schrift“ im Sinne des § 11 Abs. 3 StGB), der bestimmte Eigenschaften (hier: „kinder“- bzw. „jugendpornographisch“) aufweist, nicht nur dadurch, dass man diesen Gegenstand irgendwo fertig vorfindet oder ihn als Abnehmer von einem anderen erhält. Mit dem Wortlaut zu vereinbaren ließe sich vielmehr auch der Fall, dass jemand einem geeigneten Gegenstand (etwa eine Festplatte, möglicherweise auch einen Arbeitsspeicher), den er als solchen bereits besitzt, die betreffende Eigenschaft selbst erst verleiht

⁵⁷ Vgl. *Eckstein*, ZStW 117 (2005), 107 (120 ff.). Anders *Laufhütte/Roggenbuck* (Fn. 24), § 184b Rn. 8, die aber verfehlt auf die „Datei“ als solche abstellen.

⁵⁸ Damit liegt zwar im Ergebnis immerhin (Vorsatz vorausgesetzt) strafbarer Besitz nach §§ 184b Abs. 4 S. 2, 184c Abs. 4 S. 1 Var. 2 StGB vor. Mit der Ablehnung einer Besitzverschaffung mit Hilfe eines Datei-Downloads über das Internet entfällt aber auch die (durch die Ausgestaltung als Unternehmensdelikt ermöglichte) Ausdehnung der Strafbarkeitszone auf das gezielte Suchen einschlägiger Websites. Dann hätte im Übrigen auch die Erfassung von Verkehrs- und Nutzungsdaten, die bei der Umleitung auf eine „Stoppmeldung“ nach § 4 Zugangserschwerungsgesetz vom 17.2.2010 (BGBl. I 2010, S. 78) anfallen könnten, von vornherein keinen strafprozessualen Bezug (so denn auch folgerichtig *Gercke* [Fn. 21], Rn. 327).

⁵⁴ KOM (2010) 94 endg. v. 29.3.2010.

⁵⁵ Die deutsche Fassung der Vorlage spricht in diesem Punkt irreführend von der nicht erforderlichen „Anwesenheit“ des Kindes; vgl. aber etwa die englische („existence“) oder die französische Fassung („que cet enfant existe réellement ou pas“).

⁵⁶ *Gercke* (Fn. 21), Rn. 327.

und sich so zum Besitzer eines nunmehr tatbestandsmäßigen Objekts macht. Mit anderen Worten: Der in §§ 184b Abs. 4 S. 2, 184c Abs. 4 S. 1 Var. 2 StGB inkriminierte Besitz kinder- bzw. jugendpornographischer „Schriften“ kann – übrigens in Übereinstimmung mit den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers⁵⁹ – gerade auch darauf beruhen, dass der Betreffende sie zuvor selbst produziert hat, und ein Weg, sich solchen Besitz zu „verschaffen“, ist eben auch die Herstellung einer „Schrift“ (§ 11 Abs. 3 StGB) mit bestimmten tatbestandsmäßigen Eigenschaften.⁶⁰ So geht denn auch der BGH beispielsweise davon aus, dass sich Besitz an einer kinderpornographischen „Schrift“ (§ 11 Abs. 3 StGB) auch derjenige verschaffen kann, der eine entsprechende Bildaufnahme mit einem Fotoapparat anfertigt.⁶¹ Der dabei belichtete Film (bzw. bei einer Digitalkamera: der Speicherchip) steht dabei als solcher von Anfang an im Besitz des Täters; zum Besitzer einer tatbestandsmäßigen „Schrift“ wird er aber erst – und darin liegt hier das „Sich-Verschaffen“ – durch die Speicherung der Bildaufnahme auf dem Datenspeicher.

Vor diesem Hintergrund kann es dann aber auch keinen Unterschied machen, ob die Daten, mit denen ein im Besitz des Täters befindlicher Datenspeicher zu einer tatbestandsmäßigen „Schrift“ – und insoweit zum Gegenstand eines Sich-Verschaffens – gemacht wird, aus einer Digitalkamera stammen oder aus dem Internet. In beiden Fällen kann man durchaus davon sprechen, der Betreffende habe sich auf diese Weise den Besitz einer kinder- bzw. jugendpornographischen „Schrift“ „verschafft“ – dies freilich nicht als „Abnehmer“ (oder Finder) eines für ihn irgendwie greifbar gewordenen Exemplars einer solchen „Schrift“, sondern als Produzent eines neuen Exemplars.⁶² Dies lässt sich gerade beim Bezug entsprechender Bilddateien über das Internet besonders gut erkennen, denn hier wird nicht lediglich (wie im Beispiel des Fotografen) ein erstes Exemplar in die Welt gesetzt, sondern einem andernorts (auf dem Server des Anbieters) bereits vorhandenen Stück ein Duplikat zur Seite gestellt.

⁵⁹ Die Begründung des Regierungsentwurfs geht, was die Strafbarkeit des schlichten Besitzes (heute § 184b Abs. 4 S. 2 StGB) betrifft, gerade (zu Lasten des Täters) von der tatsächlichen Vermutung aus, dass der Besitz nicht selten auf der vorausgegangenen Herstellung durch den Besitzenden beruhe (BT-Drs. 12/3001, S. 6).

⁶⁰ Dem steht auch nicht etwa entgegen, dass das Herstellen derartiger „Schriften“ bereits explizit in §§ 184b Abs. 1 Nr. 3, 184c Abs. 1 Nr. 3 StGB genannt ist, da hiervon nur das Herstellen zu bestimmten weitergehenden Zwecken erfasst wird, nicht aber z.B. die Anfertigung zum ausschließlich eigenen Gebrauch.

⁶¹ BGHSt 43, 366 (368) zur Vorläufervorschrift des § 184 Abs. 5 StGB a.F. Vgl. auch BayObLG MMR 2000, 758 (759 f.): Besitzverschaffung durch Speicherung von Dateien, die dem Täter per E-Mail übermittelt wurden, auf der eigenen Festplatte. Zum Ganzen auch *Perron/Eisele* (Fn. 32), § 184b Rn. 14; *Laubenthal*, Sexualstraftaten, 2000, Rn. 884.

⁶² Nur im Sinne einer „Analogie“ wird das Beispiel der Digitalphotographie herangezogen von *Müller*, MMR 2010, 344 (345).

3. Eine andere Sicht der Dinge: Persönlichkeitsrechtsverletzung durch Vervielfältigung und Verbreitung einschlägigen Bildmaterials

Nach alledem liegt es mehr als nahe, an Stelle des überkommenen „Nachfrage“-Paradigmas eine andere Dimension des Darstellerschutzes in den Vordergrund zu rücken. Sie betrifft gerade nicht etwaige künftige Darsteller, sondern knüpft an das Persönlichkeitsrecht derjenigen Kinder und Jugendlichen an, die bereits zum Objekt kinder- bzw. jugendpornographischer Darstellungen geworden sind:⁶³ Sie haben ein Abwehrrecht schon gegenüber dem Hersteller entsprechender Bildaufnahmen, dann aber auch in Hinsicht auf die Weitergabe, die Vervielfältigung und auch den Gebrauch dieser Aufnahmen (Rechte also, wie sie das Strafrecht auch an anderer Stelle, nämlich in § 201a StGB und auch schon in § 33 KUG, anerkennt und schützt). Der „Konsument“ erscheint hier also nicht im weiten Vorfeld von Sexualstraftaten bei der Herstellung neuer pornographischer Aufnahmen, sondern schließt an bereits abgeschlossene Geschehnisse an, die er zwar im Nachhinein nicht mehr fördern kann, aber doch – wenn auch nur in bestimmter Weise – weiterführt, indem er die *Abbildung* dieses Geschehens perpetuiert (und zum Gebrauch durch Betrachten bereit hält).⁶⁴ Dies geschieht schon dadurch, dass er „Schriften“ (§ 11 Abs. 3 StGB), die solche Darstellungen enthalten, „besitzt“ (§§ 184b Abs. 4 S. 2, 184c Abs. 4 S. 1 Var. 2 StGB); sofern er entsprechende Dateien über das Internet bezieht und sie einem Datenspeicher zuführt, erzeugt er, wie dargelegt, sogar eine neue kinder- bzw. jugendpornographische „Schrift“ (und „verschafft sich“, wie dargelegt, eben dadurch im Sinne der §§ 184b Abs. 4 S. 1, 184c Abs. 4

⁶³ Vgl. bereits *Hörnle* (Fn. 1), § 184b Rn. 3; *Hörnle* (Fn. 48), S. 494 f. („Menschenwürdeverletzung“); ähnlich wohl auch *Scheffler* (Fn. 41), S. 637. Vgl. ferner die zutreffende Kritik an der systemwidrigen Verortung des Darstellerschutzes im Pornographiestrafrecht bei *Frommel*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, Nach § 184d Rn. 4, die ihrerseits für eine umfassende (d.h. durchaus nicht auf sexuelle Handlungen beschränkte) datenschutzrechtliche Regelung der Materie (in §§ 43, 44 BDSG) plädiert.

⁶⁴ Gegen die Parallelisierung des Abnehmers kinderpornographischer „Schriften“ mit dem Hehler (§ 259 StGB) hatte *Lenckner* (noch zur ursprünglichen Fassung des heutigen § 184b Abs. 4 S. 1 StGB) eingewandt, sie treffe nur unter dem Gesichtspunkt der Förderung künftiger Taten durch Bereitstellung eines Abnehmermarktes zu, nicht aber unter dem Gesichtspunkt der Perpetuierung der durch die Vortat geschaffenen rechtswidrigen Lage (*Lenckner*, in: *Fezer/Baumann/Arzt/Weber* [Hrsg.], *Festschrift für Jürgen Baumann*, 1992, S. 135 [S. 138 mit Fn. 21]). Daran ist richtig, dass ein sexueller Missbrauch (oder ein sonstiges Delikt) nicht schon dadurch in die Gegenwart hinein verlängert wird, dass die betreffende Tat in einer Bildaufnahme festgehalten wird (vgl. auch *Hörnle* [Fn. 48], S. 482, in Hinsicht auf das Versenden solcher Aufnahmen). Perpetuiert wird aber die von jenem Delikt zu unterscheidende Rechtsverletzung, die schon in der Herstellung einer solchen Bildaufnahme liegt.

S. 1 Var. 1 StGB den Besitz einer solchen „Schrift“. Denn im Ergebnis hat er damit ein Vervielfältigungsstück angefertigt, das neben das Ausgangsexemplar beim Anbieter tritt. Eine Persönlichkeitsrechtsverletzung zum Nachteil der abgebildeten Personen – insbesondere als Verletzung des Rechts am eigenen Bild – ist damit grundsätzlich gegeben, und da insoweit die gerichtliche Durchsetzung zivilrechtlicher negativer Ansprüche regelmäßig von vornherein illusorisch erscheint, lässt sich auch ein Bedürfnis gerade nach einer strafrechtlichen Regelung nicht so leicht von der Hand weisen.⁶⁵ Dies dürfte jedenfalls dann gelten, wenn die genannte Vervielfältigung der „Schrift“ durch Speicherung der betreffenden Datei in einem neuen Datenspeicher die abstrakte Gefahr weiterer Verbreitung begründet.⁶⁶ Diese Gefahr wäre freilich vergleichsweise gering anzusetzen, wenn die Bilddatei lediglich vorübergehend einen Arbeitsspeicher durchläuft, um eine Visualisierung auf dem Monitor eines PC zu ermöglichen, und der Betreffende damit nichts weiter vorhat, als eben den augenblicklichen Konsum jenes Bildes.

Aus dieser Perspektive läge es daher durchaus nahe, derartige Fälle – entgegen der referierten Rechtsprechung – als tatbestandslos zu behandeln.⁶⁷ Indessen mag man gerade auch schon im bloßen Betrachten derartiger Aufnahmen eine Persönlichkeitsrechtsverletzung der abgebildeten Person sehen⁶⁸ (so wie beim „Gebrauch“ einer Tonaufnahme im Falle des § 201 Abs. 1 Nr. 2 Var. 1 StGB durch deren Abspielen und Anhören⁶⁹). Ob sie freilich in allen Fällen mit den Mitteln des Strafrechts unterbunden werden soll, ist eine andere – offene – Frage.

Die hier vorgeschlagene Betrachtungsweise hat zugleich den Vorzug, ein Begründungsdefizit auszugleichen, das unter der Perspektive des „Nachfrage“- bzw. „Konsumenten“-

Paradigmas für die Strafbarkeit des schlichten Besitzens einschlägiger „Schriften“ (§§ 184b Abs. 4 S. 2, 184c Abs. 4 S. 1 Var. 2 StGB) zu konstatieren ist: Durch den Besitz eines Produkts allein wird ja kein – wie immer geartetes – Verhalten auf Produzentenseite gefördert.⁷⁰ Die betreffenden Straftatbestände lassen sich dann aber insoweit kaum anders deuten, denn als Beweiserleichterung zum Nachteil des Beschuldigten (wer solche „Schriften“ besitzt, wird sie sich im Zweifel auch vorsätzlich beschafft haben⁷¹) und damit als Grundlage einer – illegitimen – Verdachtsstrafe *par excellence*.⁷² Einen eigenständigen Sinn erhalten die Besitztatbestände hingegen dann, wenn sie auf das Persönlichkeitsrecht derjenigen bezogen werden, die in den betreffenden „Schriften“ abgebildet werden, denn insoweit erscheint auch schon der bloße Besitzer gleichsam als „Zustandsstörer“.⁷³

Nicht begründen lässt sich mit dem dargelegten, „persönlichkeitsrechtlichen“ Darstellerschutz-Modell allerdings die Einbeziehung von lediglich „wirklichkeitsnahen“ kinderpornographischen⁷⁴ Darstellungen (§ 184b Abs. 4 S. 1 StGB), sofern es sich bei den darin auftretenden „Personen“ in Wahrheit weder um „echte“ Kinder, noch um sonstige (äußerlich als Kind erscheinende) „echte“ Minderjährige handelt,⁷⁵ sondern lediglich um – wenn auch täuschend echt wirkende – „virtuelle Geschöpfe eines Animationsprogramms“⁷⁶. Daran zeigen sich aber nur die kriminalpolitischen Begründungsdefizite, die bereits entsprechenden Konzeptionen im Rahmenbeschluss 2004/68/JI zu Recht entgegen-

⁶⁵ Zu der von vielen „Darstellern“ leidvoll erlebten Ausichtslosigkeit, die Verbreitung der Bilder in irgendeiner Weise kontrollieren zu können, vgl. auch *Hesselbarth/Haag*, Kinderpornografie, 2004, S. 33 f.

⁶⁶ Die mit dem Besitz verbundene „Möglichkeit problemloser Vervielfältigung und Verbreitung“ war ja auch ein tragendes Argument auch schon für die Strafbarkeit des bloßen Besitzes (vgl. BT-Drs. 12/3001, S. 6).

⁶⁷ Hierbei wäre wohl am fehlenden Willen zu dauerhafter Sachherrschaft als subjektivem Element von Besitz und Besitzverschaffung anzusetzen. Die bereits in den Materialien (BT-Drs. 12/3001, S. 5 ff.) gezogene Parallele zum strafbaren Besitz von Betäubungsmitteln (§ 29 Abs. 1 Nr. 3 BtMG) legt es – entgegen OLG Schleswig NStZ-RR 2007, 41 – keineswegs nahe, den Besitz eines Arbeitsspeichers mit der vorübergehenden Eigenschaft als „kinder“- bzw. „jugendpornographische ‚Schrift‘“ als tatbestandsmäßig anzusehen, denn auch bei Betäubungsmitteln muss für strafbaren Besitz mehr erforderlich sein, als diejenige Sachherrschaft, die mit – straflos gelassenen! – Konsumhandlungen nun einmal verbunden ist (vgl. hier nur den Fall BGH StV 1999, 212).

⁶⁸ In diesem Sinne etwa auch *Hörnle* (Fn. 48), S. 495 mit Fn. 69.

⁶⁹ Dazu etwa *Popp*, in: *Leipold/Tsambikakis/Zöllner* (Fn. 3), § 201 Rn. 7.

⁷⁰ Vgl. hier nur *Scheffler* (Fn. 41), S. 639 f.; *Perron/Eisele* (Fn. 32), § 184b Rn. 15; *Eckstein*, NStZ 2011, 18 (22).

⁷¹ Vgl. nur die Gesetzesbegründung (oben Fn. 59)! Anderenfalls (bei unvorsätzlicher Erlangung) würde die eingetretene Kenntnis gleichsam die Obliegenheit begründen, sich die betreffende „Schrift“ umgehend wieder vom Halse zu schaffen (zur Tragweite dieses Effekts vgl. zuletzt OLG Oldenburg K&R 2011, 55).

⁷² In eben diesem Sinne handhabt sie beispielsweise auch das BVerwG im Disziplinarrecht: Wer kinderpornographische Schriften besitze, trage „durch seine Nachfrage [!] nach solchen Darstellungen zum schweren sexuellen Missbrauch von Kindern (§ 176a Abs. 2 StGB) und damit zum Verstoß gegen ihre Menschenwürde und körperliche Unversehrtheit bei“ (BVerwG, Urt. v. 19.08.2010 – 2 C 13/10, Rn. 19).

⁷³ Bei dieser Sicht der Dinge liegt es dann auch mehr als nahe, den Besitz durch die abgebildete Person selbst aus dem Tatbestand herauszunehmen (dafür, wenn auch mit abweichender Begründung, auch *Ziethen/Ziemann* [Fn. 3], § 184b Rn. 26).

⁷⁴ Bei der „Jugendpornographie“ sind ohnehin nur solche „Schriften“ erfasst, die „ein tatsächliches Geschehen wiedergeben“ (§ 184c Abs. 4 S. 1 StGB).

⁷⁵ Auch sie werden über das Merkmal „wirklichkeitsnah“ einbezogen; vgl. BGHSt 47, 55 (60 ff.).

⁷⁶ *Fischer* (Fn. 2), § 184b Rn. 13a. Nicht mehr „wirklichkeitsnah“ sind hingegen erkennbar künstliche Darstellungen (etwa im Stil des klassischen Zeichentrickfilms oder einer Zeichnung).

gegehalten worden sind⁷⁷ und auch an der erwähnten *Malmström*-Vorlage⁷⁸ zu rügen sind. Immerhin scheint der deutsche Gesetzgeber in diesem Punkt ein wenig mehr Sensibilität zu entwickeln: In der Begründung zum neuen § 184c Abs. 4 S. 1 StGB, der bei jugendpornographischen „Schriften“ zwingend die Wiedergabe eines tatsächlichen Geschehens voraussetzt, wird die Erweiterung auf „wirklichkeitsnahe“ Darstellungen „auch im Interesse des mittelbaren Darstellerschutzes“ jedenfalls nicht für erforderlich gehalten. Sollte sich darin tatsächlich ein kriminalpolitischer Paradigmenwechsel im hier skizzierten Sinne andeuten, wäre es wohl nur folgerichtig, die Ratifikation des Europaratsübereinkommens von Lanzarote von dem in Art. 20 Abs. 3 vorgesehenen Vorbehalt abhängig zu machen, dass die Herstellung und der Besitz von pornographischem Material „consisting exclusively of simulated representations or realistic images of a non-existent child“ vom Kriminalisierungsauftrag des Übereinkommens ausgenommen bleibt.

⁷⁷ Vgl. namentlich das „Manifest zur Europäischen Kriminalpolitik“, European Criminal Policy Initiative, ZIS 2009, 697 (700).

⁷⁸ S.o. bei Fn. 54.