

Verbreitungsverbot für Nabokovs „Lolita“?

Anmerkungen zu BGH, Urt. v. 11.2.2014 – 1 StR 485/13 und § 184b StGB n.F.

Von Prof. Dr. Heribert Schumann, Leipzig/Münster*

I. Wesentlicher Inhalt der Entscheidung

Die Entscheidung¹ weitet den Bereich des nach § 184b StGB a.F.² Strafbaren aus, indem sie an das Merkmal „pornographisch“ bei diesem Tatbestand geringere Anforderungen stellt als bei § 184 StGB. Nach dem Leitsatz ist es für die Strafbarkeit gemäß § 184b StGB nicht erforderlich, dass die Darstellung der sexuellen Handlung einen vergrößernd-reißerischen Charakter hat.³ Allerdings gibt der Leitsatz das Ergebnis der Entscheidung keineswegs vollständig wieder. Denn die Darstellung sexueller Handlungen von, an und vor Kindern ist nach dem Urteil grundsätzlich pornographisch. Etwas anderes soll nur gelten, wenn es ausnahmsweise an der sog. Stimulationstendenz fehlt (II. 3., 7., 12.). Ferner soll für § 184b StGB a.F. die Schwelle der „Erheblichkeit“ sexueller Handlungen niedriger gesetzt werden als für § 176 StGB (II. 11.). Noch einen Schritt weiter geht das Urteil für den Fall, dass eine Schrift den sexuellen Missbrauch eines Kindes darstellt. Eine solche Darstellung soll stets, also auch dann pornographisch i.S.d. § 184b StGB a.F. sein, wenn es an der Stimulationstendenz fehlt (II. 12.).

Diese Ergebnisse sind mit dem Gesetz nicht vereinbar, und die Argumentation, mit der der Senat sie begründen will, ist dazu untauglich. Kinderpornographische Schriften müssen

pornographisch i.S.d. § 184 StGB sein. Dies gilt nicht nur für § 184b StGB a.F., sondern auch für die n.F. (V.).

II. Zur Argumentation des Senats

1. Zutreffend ist der Ausgangspunkt des Urteils, dass nach dem Gesetzeswortlaut die von § 184b Abs. 1 StGB a.F. erfassten Schriften pornographischen Charakter haben müssen.

Richtig ist – wenn man sie wörtlich nimmt – ferner auch die Feststellung, dass der BGH sich zur Auslegung des Merkmals „pornographisch“ in § 184b StGB a.F. noch nicht geäußert hatte. Übergangen wird dabei jedoch das Urteil des 2. Strafsenats aus dem Jahr 1978⁴ zu § 184 Abs. 3 StGB, der in der damaligen Fassung des 4. StrRG sowohl die jetzt in § 184a StGB geregelte Gewalt- und sodomitische Pornographie als auch pornographische Schriften, die den sexuellen Missbrauch von Kindern zum Gegenstand haben, erfasste. In dem dem Urteil zu Grunde liegenden Fall hatte das LG einen Film als nicht pornographisch und nicht tatbestandsmäßig im Sinne des § 184 Abs. 3 StGB a.F. bezeichnet, weil die Darstellung der sexuellen Handlungen nicht übersteigert oder anreißerisch sei, also aus demselben Grund, aus dem das Tatgericht auch in dem jetzt vom 1. Strafsenat zu beurteilenden Sachverhalt die Anwendbarkeit von § 184b StGB a.F. verneint hat. Der 2. Strafsenat hat dies gebilligt und den Gedanken, im Fall von Darstellungen gewalttätigen, pädophilen oder sodomitischen Charakters sei der Begriff der Pornographie anders auszulegen als bei „einfach“ pornographischen Schriften, verworfen (näher dazu 4.).

2. Der Senat erwähnt die Entscheidung des 2. Strafsenats noch nicht einmal, sondern schreibt die Ansicht, das Merkmal „pornographisch“ sei im Fall der Kinderpornographie ebenso zu verstehen wie in § 184 StGB allein der in der Literatur h.M.⁵ zu, die er – ohne an dieser oder an späterer Stelle die dafür geltend gemachten Argumente zu erörtern oder auch nur zu nennen – als unzutreffend bezeichnet.

Als Grundlage seiner Erwägungen definiert der Senat dann zunächst das Merkmal „pornographisch“ i.S.d. § 184 StGB.⁶

* Der Verf. ist emeritierter Professor für Strafrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Jugendstrafrecht der Juristenfakultät der Universität Leipzig.

¹ HRRS 2014 Nr. 472, Rn. 39-67.

² I.d.F. des SexualdelÄndG v. 27.12.2003; Abs. 1 i.d.F. des Gesetzes zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI des Rates der EU v. 31.10.2008, BGBl. I 2008, S. 2149 – Zu § 184b StGB n.F. siehe unten V.

³ Dem Urteil folgend jetzt Heger, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 184b Rn. 2, dessen Kommentierung im Wesentlichen auf der Fassung des SexualdelÄndG beruht. Im Ergebnis zustimmend – abweichend von seiner Kommentierung (Eisele, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 184b) auch Eisele, StV 2014, 739 (740), der Fotografien sexueller Handlungen von Kindern generell als stets „vergrößernd-anreißerisch“ bezeichnet, „weil das Interesse des Konsumenten gerade durch den Sexualbezug mit kindlichen, nicht zur sexuellen Selbstbestimmung fähigen Darstellern geweckt wird und weitere Inhalte mit solchen Bildern nicht verbunden sind“ und weil ihnen zumeist (!) ein sexueller Missbrauch zugrunde liege. Abgesehen davon, dass diese beiden Gesichtspunkte entgegen dem Wortsinn von „vergrößernd-anreißerisch“ nicht die Darstellungsweise betreffen, übersieht Eisele, dass die Entscheidung nicht nur die Realkinderpornographie, sondern das Merkmal der pornographischen Schrift i.S.d. § 184b Abs. 1 StGB a.F. definieren will. Ablehnend Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 62. Aufl. 2015, § 184b Rn. 2c, 2d; Popp, jurisPR-ITR 17/2014 Anm. 3; Gercke, ZUM 2014, 641 (652).

⁴ BGH, Urt. v. 21.4.1978 – 2 StR 739/77 = MDR 1978, 804 bei Holtz.

⁵ Eisele (Fn. 3), § 184b Rn. 3; Eschelbach, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2013, § 184b Rn. 7; Hilgendorf, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2014, § 184b Rn. 3; Hörnle, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 3, 2. Aufl. 2012, § 184b Rn. 14; Laufhütte/Roggenbuck, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 6, 12. Aufl. 2009, § 184 Rn. 13; siehe auch Fischer (Fn. 3), § 184b Rn. 3.

⁶ Zur Kritik am Pornographiebegriff der Rspr. und h.M. siehe H. Schumann, in: Eser/Schittenhelm/H. Schumann (Hrsg.), Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, 1998,

„Pornographie“ ist danach die Vermittlung sexueller Inhalte, die ausschließlich oder überwiegend auf die Erregung eines sexuellen Reizes beim Betrachter abzielt und dabei die im Einklang mit allgemeinen gesellschaftlichen Wertvorstellungen gezogenen Grenzen des sexuellen Anstandes überschreitet.⁷ Wo diese Grenzen verlaufen, bestimme sich im Einzelfall „nach der Wahrung der sexuellen Selbstbestimmung“. Pornographisch sei daher die Darstellung entpersönlichter sexueller Verhaltensweisen, die die geschlechtliche Betätigung von personalen und sozialen Sinnbezügen trenne und den Menschen zum bloßen – auswechselbaren – Objekt geschlechtlicher Begierde oder Betätigung mache.⁸

Anzumerken ist dazu zunächst, dass die Definition, nach der die Darstellung entpersönlichter Sexualität als alleiniges Element der einfachen Pornographie erscheint, wohl nur missverständlich formuliert ist. Denn wie die weiteren Ausführungen des Urteils zeigen, soll für § 184 StGB auch bei einer solchen Darstellung nicht auf ihren „vergrößernd-

reißerischen“ Charakter, der hier gar nicht erwähnt wird, und die Stimulationstendenz verzichtet werden.

Hinzuweisen ist im Übrigen darauf, dass der *Senat* unter den Anstandsgrenzen offenbar etwas anderes versteht als der von ihm zitierte Sonderausschuss des Bundestags für die Strafrechtsreform, die Rechtsprechung, die dieses Element verwendet,⁹ und auch BGHSt 37, 55 (59 f.), wo ausdrücklich darauf verzichtet wird. Denn wenn die Entscheidung darüber, ob sie verletzt sind, von der Wahrung der sexuellen Selbstbestimmung der dargestellten Personen, abhängig sein soll, kommt es nicht darauf an, ob die geschilderten sexuellen Praktiken als solche „unanständig“ sind, sondern darauf, ob z.B. Vergewaltigung oder sexuelle Nötigung dargestellt werden. Ist die Beachtung der Selbstbestimmung das entscheidende Kriterium, so ist es zudem widersprüchlich, Pornographie als Darstellung entpersönlichter Sexualität zu definieren. Denn wenn aus der Darstellung erkennbar ist, dass die daran Beteiligten damit einverstanden sind, machen sie dadurch gerade von ihrem Recht auf sexuelle Selbstbestimmung Gebrauch.¹⁰

3. Als erste Konsequenz seiner Begriffsbestimmung der einfachen Pornographie für die Kinderpornographie erklärt der *Senat* dann, die degradierende Wirkung entpersönlichter Sexualität, die den Menschen zum bloßen auswechselbaren Objekt sexueller Begierde mache, wohne der Darstellung sexueller Handlungen von, an und vor Kindern jedoch in aller Regel inne. Sofern es einer Darstellung nicht schon deshalb am pornographischen Charakter fehle, weil sie – wie z.B. die Abbildung von Genitalien hierzu „posierender“ Kinder¹¹ in medizinischen Lehrbüchern – nicht überwiegend auf die Erregung sexueller Reize abziele, seien „realitätsbezogene“ Darstellungen sexueller Handlungen von, an oder vor Kindern daher regelmäßig auch pornographisch i.S.d. § 184b Abs. 1 StGB a.F.

Diese Ausführungen sind in mehrfacher Hinsicht offensichtlich verfehlt: Das Merkmal der entpersönlichten Sexualität, der Degradierung zum auswechselbaren Objekt sexueller Begierde, bezeichnet die Art, in der an sexuellen Handlungen

S. 565 (576 ff.); H. Schumann/A. Schumann, in: Schneider u.a. (Hrsg.), Festschrift für Manfred Seebode zum 70. Geburtstag, 2008, S. 351 (366 ff.).

⁷ Auf dieses aus der Pornographiedefinition des Sonderausschusses des Bundestags für die Strafrechtsreform stammende Begriffsmerkmal ist allerdings in eben der Entscheidung (BGHSt 37, 55 [59 f.]), auf die der *Senat* sich beruft, zu Recht ausdrücklich verzichtet worden. Denn der schon früh erhobene Einwand (*Dreher*, JR 1974, 45 [56]), dass es „allgemeine“ Wertvorstellungen über sexuellen Anstand nicht gibt, ist bisher weder von der Rspr. noch von der Lit., die dieses Kriterium verwenden, widerlegt worden – wobei ohnehin unklar ist, welches Maß an Akzeptanz erforderlich ist, um Wertvorstellungen für „allgemein“ und strafrechtlich verbindlich zu erklären. Ebenso wenig ist bislang versucht worden, den Inhalt dieser Wertvorstellungen zu präzisieren. Im Ergebnis stellt das Merkmal daher einen Freibrief für die Gerichte dar, ihre persönlichen Wertmaßstäbe anzuwenden, und ist folglich wegen Unbestimmtheit untauglich. Wie der Hinweis darauf, dass soziale Wertungen auch bei § 185 StGB maßgeblich seien (*Hörnle* [Fn. 4], § 184 Rn. 20), dieses Urteil ausräumen soll, ist nicht ersichtlich. Denn eben deshalb ist auch der Begriff der Beleidigung dem Einwand der Unbestimmtheit ausgesetzt (siehe *Gaede*, in: Matt/Renzikowski [Fn. 4], § 185 Rn. 1 m.w.N., siehe ferner *Schubarth*, JuS 1981, 726 [728]). Dem entspricht es, dass BVerfGE 93, 266 (290), § 185 StGB nur mit dem (unzutreffenden) Hinweis auf die „im wesentlichen einhellige Rechtsprechung“, also unter Umkehrung des Verhältnisses von Gesetzgebung und Rspr. für hinreichend bestimmt erklärt hat.

⁸ Fälschlich nimmt das Urteil dafür *Fischer* (Fn. 3), § 184 Rn. 7b, in Anspruch, nach dem Pornographie gerade nicht das Unanständige ist und der unter sexueller Selbstbestimmung bei § 184 StGB wohl nicht – wie der *Senat* im Folgenden – die Autonomie dargestellter Personen, sondern das Recht des unfreiwilligen Rezipienten auf Abgrenzung eines höchstpersönlichen intimen Bereichs versteht. Warum daraus folgen soll, dass Pornographie die Darstellung entpersönlichter Sexualität ist, ist allerdings unklar.

⁹ OLG Düsseldorf NJW 1974, 1774 (1775), OLG Düsseldorf MDR 1987, 604; OLG Schleswig SchlHA 1976, 168; OLG Koblenz NJW 1979, 1467 (1468).

¹⁰ Dies gilt auch in Bezug auf den Jugendschutz, wenn man davon ausgeht, zu schützendes Entwicklungsziel sei nicht ein „normgerechtes“, sondern ein selbstbestimmtes Sexualleben (so *Fischer* [Fn. 4], § 182 Rn. 2).

¹¹ Das willentliche Einnehmen einer „geschlechtsbetonten“ Körperhaltung wird von der h.M. (kritisch dazu *Eschelbach* [Fn. 5], § 184b Rn. 11) im Anschluss an BGHSt 43, 366 (367 f.; ebenso schon OLG Koblenz NJW 1979, 1467 [1468]) als sexuelle Handlung angesehen, und zwar unabhängig davon, ob das Kind ganz oder teilweise bekleidet oder unbekleidet ist (*Hörnle* [Fn. 5], § 184b Rn. 17). Ebenso wenig kommt es für § 184b StGB darauf an, ob die Körperhaltung, wie es in § 4 Abs. 1 Nr. 9 JMStV heißt und in § 15 Abs. 2 Nr. 4 JuSchG gemeint ist, „unnatürlich geschlechtsbetont“, d.h. für das Alter des Kindes unangemessen ist (unzutreffend daher *Hörnle* [Fn. 5], a.a.O.).

Beteiligte einander ausweislich der Darstellung behandeln, und liegt schon deshalb bei sexuellen Handlungen von Kindern, die diese an sich selbst vornehmen, neben der Sache. Gänzlich realitätsfremd ist es zudem, dass der *Senat* mit seiner pauschalen Behauptung erklärt, Kinder die aneinander sexuelle Handlungen vornehmen, seien „in aller Regel“ für einander nur Objekte sexueller Begierde, ihnen also damit die Fähigkeit, ineinander verliebt zu sein, allenfalls ausnahmsweise zubilligt. Schon ein Blick in die Broschüre „Über Sexualität reden ...“ der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung hätte hier über die Wirklichkeit belehrt. Schließlich leuchtet es auch nicht ein, dass in einer Darstellung, die zeigt oder beschreibt, dass Eltern vor ihrem Kind sexuelle Handlungen vornehmen, das Kind regelmäßig als zum auswechselbaren Objekt sexueller Begierde degradiert erscheint.

Unzutreffend ist andererseits aber auch die Begründung, mit der der *Senat* die Abbildung kindlicher Genitalien – wenn dabei die Handlung des Posierens zu erkennen ist – als nicht pornographisch einstuft, wenn sie sich in einem medizinischen Lehrbuch befindet. Da der *Senat* eine solche Abbildung als Darstellung entpersönlichter Sexualität einstuft, kann er die Verbreitung des Lehrbuchs nur vor der Strafbarkeit bewahren, indem er erklärt, sie zielen nicht überwiegend auf die Erregung sexueller Reize ab. Diese Begründung beruht jedoch offensichtlich auf der unzutreffenden Ansicht, die sog. Stimulierungstendenz sei ein subjektives Merkmal. Ob der Fotograf, der Autor des Buchs oder der Verleger auf die Erregung sexueller Reize abzielen, ist jedoch ohne Bedeutung. Maßgeblich ist vielmehr die objektive Tendenz¹², die der *Senat*, der das Fehlen der Stimulierungstendenz bei der Darstellung sexueller Handlungen von, an und vor Kindern ohnehin als Ausnahme ansieht (Rn. 67), der fraglichen Abbildung als solcher sicher nicht absprechen würde. Dies zeigt, dass die Argumentation des *Senats* schon deshalb neben der Sache liegt, weil er auf die Abbildung abstellt. Entscheidend ist jedoch, dass die Schrift, im Beispielsfall also das medizinische Lehrbuch, in dem die Darstellung enthalten ist, in ihrer Gesamttendenz nicht pornographisch ist.¹³

Gänzlich unklar ist schließlich, warum (nur) „realitätsbezogene“ Darstellungen regelmäßig pornographisch sein sollen und wie diese Einschränkung zu verstehen sein soll. Der in § 184b Abs. 2 StGB a.F. genannte Fall der Wiedergabe eines tatsächlichen oder wirklichkeitsnahen Geschehens kann nicht gemeint sein, da der *Senat* ausdrücklich beansprucht, das Merkmal „pornographisch“ in Abs. 1 zu klären, der auch erkennbar fiktive Darstellungen erfasst.

4. Im Folgenden versucht der *Senat* dann darzulegen, warum im Fall des § 184b StGB außer der Darstellung der im Tatbestand genannten und nach seiner Ansicht in aller Regel

als degradierend anzusehenden sexuellen Handlungen und der ebenfalls regelmäßig zu bejahenden Stimulierungstendenz keine vergrößernde, anreißerische Darstellungsart erforderlich sei.

Dabei verweist er zunächst darauf, dass dem § 184b StGB a.F. – was im Übrigen auch für § 184 StGB gilt – nicht zu entnehmen sei, was unter „pornographisch“ zu verstehen sei, und erklärt dann, die Verwendung dieses Begriffs auch in §§ 184, 184a StGB zwingt nicht dazu, ihn in § 184b StGB a.F. ebenso auszulegen wie in den beiden vorgenannten Tatbeständen. Denn maßgeblich für die Auslegung eines Gesetzesbegriffs sei der Schutzzweck eines Tatbestandes, so dass es erforderlich sein könne, ein und dasselbe Merkmal in verschiedenen Tatbeständen unterschiedlich zu interpretieren.

Gegen diesen Verweis auf die Relativität der Rechtsbegriffe ist grundsätzlich nichts einzuwenden. Allerdings ist von ihr auch der 2. *Strafsenat* in seiner oben (1.) genannten Entscheidung, in der Gewaltpornographie in Frage stand, ausgegangen und hat die Möglichkeit in Betracht gezogen, dass der Begriff der Pornographie in § 184 Abs. 3 StGB a.F. anders als in Abs. 1 zu verstehen und auf das Merkmal der übersteigerten oder anreißerischen Darstellung zu verzichten sei. Denn nach dem Schutzzweck des damaligen Abs. 3 könne es nicht darauf ankommen, ob Darstellungen zur Stimulierung normal Denkender geeignet seien. Vielmehr sei auf den Betrachter abzustellen, der ohnehin zu abartigem, insbesondere gewalttätigem Sexualverhalten neige. Gleichwohl hat der *Senat* eine derartige Verselbstständigung des Begriffs der Pornographie für nicht gerechtfertigt erklärt, weil der Gesetzgeber, wenn er den Begriff der Pornographie in den einzelnen Absätzen des § 184 StGB a. F. einen jeweils verschiedenen Sinn hätte geben wollen, dieses ungewöhnliche Vorgehen im Gesetzeswortlaut hätte zum Ausdruck bringen müssen. Eine solche Absicht habe, wie sich aus den Gesetzesmaterialien ergebe, aber nicht bestanden. Der *Senat* verweist hierfür auf den Regierungsentwurf des 4. StrRG, BT-Drs. VI/1552, S. 36, nach dem Gewalt- und Kinderpornographie in § 184a StGB geregelt sein sollten und in dem es heißt: „§ 184a ist nur anwendbar, wenn die Darstellung der Gewalttätigkeiten oder des sexuellen Missbrauchs von Kindern pornographischen Charakter hat; das Merkmal ‚pornographisch‘ ist hier ebenso auszulegen wie in § 184 [...]. Die in § 184a bezeichneten Erzeugnisse fallen ausnahmslos auch unter den Begriff der pornographischen Schriften [...] nach § 184.“

Die Erwägungen des 2. *Strafsenats* aus dem Jahr 1978 treffen im Ergebnis auch auf § 184b StGB in der jetzigen Fassung zu. Dass Gewalt-, Tier-, Kinder- und inzwischen auch Jugendpornographie nicht mehr in § 184 StGB, sondern in §§ 184a-c StGB geregelt sind, ändert nichts daran, dass, wie aus dem Regierungsentwurf des 4. StrRG ersichtlich ist, mit diesen Tatbeständen qualifizierte Formen der Pornographie erfasst werden sollen. Die ungewöhnliche Absicht, das Merkmal „pornographisch“ im Fall der Kinderpornographie in einem anderen, weiteren Sinn zu verwenden als in § 184 StGB, lässt sich, wie noch zu zeigen sein wird (siehe 9.), auch dem in dem Urteil wiedergegebenen Bericht des Rechtsausschusses des Bundestags nicht entnehmen.

¹² Siehe Eisele (Fn. 3), § 184 Rn. 8; Hörnle (Fn. 5), § 184 Rn. 17.

¹³ Siehe Eisele (Fn. 3), § 184 Rn. 10; Hörnle (Fn. 5), § 184 Rn. 17, 22; Laufhütte/Roggenbuck (Fn. 6), § 184 Rn. 10; anders Wolters, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 136. Lfg., Stand: Oktober 2012, § 184 Rn. 6; F. C. Schroeder, Pornographie, Jugendschutz und Kunstfreiheit, 1992, S. 31.

5. Demgegenüber legt nach Ansicht des *Senats* ein Vergleich der Schutzzwecke des § 184 StGB und des § 184b StGB a.F. keine einheitliche Interpretation des Begriffs „pornographisch“ nahe.

Denn § 184 StGB solle den Bürger vor unerwünschter Konfrontation mit Pornographie schützen.¹⁴ Darüber hinaus diene er dem Jugendschutz, wobei auch hier vor allem der Schutz Jugendlicher vor der Konfrontation mit Pornographie gemeint sei.

Diese Thesen sind zwar originell, stellen die Dinge aber auf den Kopf, und der *Senat* dürfte mit ihnen allein stehen. Geht man von der gebräuchlichen Terminologie aus, die auch dem *Senat* bekannt sein dürfte, so dienen allein § 184 Abs. 1 Nr. 6 StGB und – in zweiter Linie – Nr. 7 dem so genannten Konfrontationsschutz.¹⁵ Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus den Entscheidungen, auf die der *Senat* sich beruft. Vorrangiger Zweck, dem nach der Intention des Gesetzgebers auch – in zweiter Linie – Abs. 1 Nr. 6 dienen soll, ist vielmehr der Jugendschutz im Sinne des Schutzes Minderjähriger vor – befürchteten, aber nicht nachgewiesenen – negativen Folgen des Konsums von Pornographie für ihre Persönlichkeitsentwicklung.¹⁶ § 184 Abs. 1 Nr. 6 StGB ist bei minderjährigen „Opfern“ nicht anwendbar, da der Tatbestand bei verlangter Konfrontation mit Pornographie nicht erfüllt ist, Minderjährige aber, wie sich aus Abs. 1 Nr. 1 ergibt, auch vor der ihnen gewünschten Möglichkeit des Pornographiekonsums – allerdings unter dem Gesichtspunkt des Jugendschutzes – geschützt werden.¹⁷

6. Überwiegend an der Sache vorbei geht es auch, wenn der *Senat* erklärt, § 184b StGB a.F. schütze anders als § 184 StGB nicht nur den Konsumenten der Abbildung, sondern auch die sexuelle Integrität des Kindes, das an ihrer Herstellung mitwirke. Insbesondere solle auch potentiellen Tätern kein Anreiz zu sexuellen Missbrauchstaten gewährt werden. Denn um Konsumentenschutz in dem vom *Senat* verstandenen Sinn des Konfrontationsschutzes geht es in § 184b StGB a.F. offensichtlich nicht.¹⁸ Das Verbreiten kinderpornographischer Schriften ist auch dann tatbestandsmäßig, wenn es ausschließlich auf Bestellung erfolgt. Ebenso offensichtlich ist, dass § 184b Abs. 1 StGB a.F., den der *Senat* erörtert, nicht dem Schutz von Kindern dient, die an der Herstellung von tatbestandsmäßigen Abbildungen mitwirken. Denn abgesehen davon, dass die Bestimmung nicht nur Abbildungen, sondern jede Form der Darstellung im Sinne des § 11 Abs. 3 StGB erfasst, sind auch rein fiktive Inhalte tatbestandsmäßig.¹⁹

Um den Schutz potentieller künftiger kindlicher Darsteller ging es nur in § 184 Abs. 4, 5 StGB a.F. der die Darstellung sexuellen Kindesmissbrauchs verlangte, und auch dies nur solange sich der Tatbestand auf die Wiedergabe eines tatsächlichen Geschehens beschränkte.²⁰ Schon durch die Erweiterung um die Darstellung eines wirklichkeitsnahen Geschehens,²¹ durch die vor allem im Hinblick auf virtuelle Bilder – bei gleichbleibendem Strafraum – Strafbarkeit auch für Fälle vorgesehen wurde „in denen zwar nach dem äußeren Erscheinungsbild ein reales Geschehen wiedergegeben wird, jedoch nicht ausgeschlossen werden kann, dass es sich um fiktive Darstellungen handelt“²², ist aus diesem Schutzzweck das Motiv für eine Verdachtsstrafe geworden. Erst recht gilt dies für § 184b StGB a.F., der auch in Abs. 2, 3 und 4 keine Darstellung von Kindesmissbrauch voraussetzt²³, weil es einer pornographischen Schrift „nämlich in der Regel nicht anzusehen ist, ob ein Kind zur Vornahme sexueller Handlungen bestimmt worden ist (§ 176 Abs. 4 Nr. 2 StGB). Der Schrift lässt sich lediglich die Vornahme sexueller Handlungen durch Kinder entnehmen.“²⁴ Zur Umsetzung des EU-Rahmenbeschlusses²⁵ zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie, nach dem Kinderpornographie eine „besonders schwere Form der sexuellen Ausbeutung von Kindern“²⁶ ist, ist der Bereich der Verdachtsstrafe also nochmals erweitert worden. Zur Strafbarkeit genügt jetzt eine fiktive Darstellung, die den Anschein der Wiedergabe von Realität erweckt, und bei der – falls sie ein tatsächliches Geschehen zeigen sollte – die bloße Möglichkeit besteht, dass es die Folge von Kindesmissbrauch ist.²⁷

Zutreffend an den Ausführungen des *Senats* zum Schutzzweck des § 184b StGB a.F. ist allein, dass die Bestimmung

¹⁴ So im Gegensatz zu seiner Kommentierung des § 184 StGB auch *Eschelbach* (Fn. 5), § 184b Rn. 1.

¹⁵ Siehe dazu nur *Eisele* (Fn. 3), § 184 Rn. 5 m.w.N.

¹⁶ *Eisele* (Fn. 3), § 184 Rn. 5 m.w.N.; siehe auch *H. Schumann* (Fn. 6 – FS Lenckner), S. 569 f.

¹⁷ So zutreffend *Eschelbach* (Fn. 5), § 184 Rn. 52.

¹⁸ *Eschelbach* (Fn. 5), § 184b Rn. 1.

¹⁹ Siehe dazu auch *Fischer* (Fn. 3), § 184b Rn. 2d: Das Urteil „verknüpft Schutzzwecke der § 176 ff. und § 184 ff. ohne Rücksicht auf den Wortlaut der Vorschriften.“

²⁰ Zur Kritik an der Legitimation der § 184b Abs. 2 und 4 StGB durch diesen Schutzzweck siehe z.B. *Eschelbach* (Fn. 5), § 184b Rn. 2 ff.; *Popp*, ZIS 2012, 193 (198 ff.); *Scheffler*, in: Putzke u.a. (Hrsg.), Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dieter Herzberg zum 70. Geburtstag am 14. Februar 2008, 2008, S. 627 (633 ff.).

²¹ Durch Art. 4. Nr. 4 IuKDG.

²² BT-Drs. 13/7934, S. 41.

²³ Siehe dazu auch *Popp*, ZIS 2012, 193 (200 f.).

²⁴ BT-Drs. 16/9646, S. 17; siehe auch BT-Drs. 16/3439, S. 9. Übersehen ist dabei, dass auch sexuelle Handlungen vor Kindern ausreichen. In der Konsequenz dieser Art von Strafgesetzgebung läge es, jede wirklichkeitsnahe Darstellung sexueller Handlungen ausreichen zu lassen, weil man der Darstellung nicht ansehen kann, ob die Handlungen vor einem Kind vorgenommen worden sind.

²⁵ Rahmenbeschluss 2004/68/JI des Rates vom 22.12.2003. Siehe dazu *Richter-Appelt/Böllinger*, Zeitschrift für Sexualforschung 2002; 15 (69 ff.).

²⁶ Erwägungsgrund Nr. 5. Siehe aber Art. 1 lit. b ii, iii.

²⁷ Dabei bleibt es im Wesentlichen auch in § 184b StGB n.F. Allein der neue Tatbestand des Herstellens einer kinderpornographischen Schrift ohne Verbreitungsabsicht usw., § 184b Abs. 1 Nr. 3 StGB, ist auf den Fall der Wiedergabe eines tatsächlichen Geschehens beschränkt.

auf der – wissenschaftlich allerdings nicht fundierten – Befürchtung beruht, pädophil Veranlagte könnten durch Kinderpornographie zu entsprechenden Taten veranlasst werden.²⁸ Gänzlich unerwähnt bleibt in dem Urteil dagegen, dass die Regelung zu kinderpornographischen Schriften, wie auch die Aufnahme des § 184b in § 15 Abs. 2 Nr. 1 JuSchG zeigt, ebenso wie die meisten Bestimmungen des § 184 StGB auch dem Jugendschutz dienen soll.²⁹ Der Gesetzgeber des 4. StrRG schätzte die Gefahr des Konsums von Gewalt- und Kinderpornographie für die Entwicklung Minderjähriger als so gravierend ein, dass er das bei einer Freigabe für Erwachsene und einer daraus folgenden breiten Streuung bestehende Risiko leichter Zugänglichkeit für Minderjährige nicht eingehen wollte und zusätzlich zu den auch für die qualifizierte Pornographie geltenden Jugendschutzbestimmungen des § 184 Abs. 1 StGB a.F. ein generelles Verbreitungsverbot usw. für erforderlich hielt.³⁰ Eben deshalb muss unter dem Merkmal „pornographisch“ in §§ 184 und 184b StGB a.F. dasselbe verstanden werden.

7. Demgegenüber erklärt das Urteil im nächsten Schritt der Argumentation, „schon nach dem Maßstab des Konsumentenschutzes“ – nach Ansicht des *Senats* also des Schutzes vor unverlangter Konfrontation –, sei das für einfache Pornographie erforderliche Element der vergrößernd-reißenischen Darstellung bei § 184b StGB a.F. nicht zu verlangen. Denn eine Schrift, die sexuelle Handlungen von, an oder vor Kindern zum Gegenstand habe, stelle entpersönlichte sexuelle Verhaltensweisen dar, und zwar nicht nur, wie es in Rn. 50 der Entscheidung noch heißt, „in aller Regel“, sondern stets. Die Degradierung der dargestellten Kinder zu Objekten fremder sexueller Begierde ergebe sich nämlich allein schon daraus, dass ihnen eine selbstbestimmte Mitwirkung an sexuellen Handlungen per se nicht möglich sei.

Dass Letzteres am Gesetz und an der Realität vorbeigeht, ist bereits oben (3.) dargelegt. Gänzlich unklar ist zudem, warum es dazu führen soll, dass „schon nach dem Maßstab des Konsumentenschutzes“, im Fall der Darstellung sexueller Handlungen von, an und vor Kindern ihr vergrößernd-anreißerischer Charakter nicht erforderlich sei. Geht man von dem Pornographiebegriff des BGH zu § 184 StGB aus, nach dem inhaltlich die Darstellung entpersönlichter Sexualität, ferner die objektive Stimulationstendenz sowie als drittes Element die aufdringliche oder anreißerische Darstellungsart erforderlich sind³¹, so ist nicht begründbar, warum nur im Fall der Kinderpornographie das Vorhandensein des inhaltlichen Elements das der pornographischen Darstellungsart entbehrlich machen soll. Konsequenterweise müsste dies auch für § 184 StGB gelten.

8. Im Folgenden versucht der *Senat* allerdings zu begründen, warum die von ihm vertretene Ausweitung des Porno-

graphiebegriffs nur im Fall der Kinderpornographie erforderlich und auf ihn begrenzt sei.

Für den Verzicht auf die pornographische Darstellungsart soll vor allem die Verknüpfung des § 184b StGB a.F. mit dem Schutzzweck der Tatbestände des sexuellen Kindesmissbrauchs sprechen. Die Ausdehnung des vom Gesetzgeber angestrebten umfassenden Schutzes von Kindern vor sexuellem Missbrauch auf die Fälle mittelbarer Förderung in § 184b StGB a.F. lasse sich nur umsetzen, wenn die Strafbarkeit nicht noch eine vergrößernd-reißenische Darstellungsweise voraussetze. Dafür, dass diese Argumentation am Gesetz vorbei geht, kann auf das bereits oben (6.) Gesagte verwiesen werden.

9. Anschließend meint der *Senat*, sich auf den Willen des Gesetzgebers berufen zu können, der bei der Schaffung des § 184b StGB a.F. ersichtlich nicht davon ausgegangen sei, dass bei kinderpornographischen Schriften eine vergrößernd-reißenische Darstellungsweise erforderlich sei.

Auch diese Argumentation geht jedoch fehl. Denn die in der Entscheidung zitierten Ausführungen der Mehrheit des Rechtsausschusses des Bundestags besagen nicht etwa, dass das Merkmal „pornographisch“ in § 184b StGB a.F. anders zu verstehen sei als in § 184 StGB, sondern laufen in der Sache auf seine Streichung hinaus: Mit der Empfehlung, die vom EU-Rahmenbeschluss geforderten Bestimmungen über Jugendpornographie außerhalb des § 184b StGB in einen neu gefassten § 184c StGB einzustellen, wollte die Ausschussmehrheit klarstellen, dass es sich dabei um pornographische Schriften handeln muss. Für § 184b StGB genüge es nach ihrer Ansicht nämlich, „dass die Schrift den sexuellen Missbrauch von Kindern zum Gegenstand hat, ohne dass es auf den pornographischen Charakter der Darstellung (vergrößernde Darstellung des Sexuellen unter Ausklammerung aller sonstigen menschlichen Bezüge) ankommt, da sexuelle Handlungen mit Kindern generell verboten sind.“³² Diese Ausführungen der Mehrheit des Rechtsausschusses stehen jedoch einerseits in offensichtlichem Widerspruch dazu, dass sie den Gesetzentwurf der Bundesregierung, der das Merkmal „pornographisch“ enthielt, gebilligt und, wie auch in dem Urteil berichtet wird, den Antrag der Oppositionsfaktionen auf seine Streichung abgelehnt hat.³³ Andererseits stimmen sie aber zum Teil wörtlich mit der Begründung des Streichungsantrags der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen überein. Allerdings haben sowohl diese Fraktion als auch die Ausschussmehrheit übersehen, dass nach ihren eigenen Empfehlungen Gegenstand der Darstellung in § 184b StGB nicht mehr sexueller Kindesmissbrauch, sondern sexuelle Handlungen von, an und vor Kindern sein sollten. Die Beratungen des Rechtsausschusses sind daher ein Beispiel dafür, wie unsorgfältig der Gesetzgeber heute mit der Strafgesetzgebung, seiner „ultima ratio“, umgeht.³⁴ Als Grundlage für eine

²⁸ Siehe BT-Drs. 6/1552, S. 35; BT-Drs. 12/3001, S. 6.

²⁹ Siehe *Eisele* (Fn. 3), § 184b Rn. 1; *Heger* (Fn. 3), § 184b Rn. 1; *Laufhütte/Roggenbuck* (Fn. 5), § 184b Rn. 1; *Hilgendorf* (Fn. 5), § 184b Rn. 2.

³⁰ BT-Drs. 6/1552, S. 35 f.

³¹ BGHSt 37, 55 (59 f.).

³² BT-Drs. 16/9646, S. 18.

³³ BT-Drs. 16/9646, S. 11, 14.

³⁴ Siehe auch *Schünemann*, GA 2009, 213 (217 f.), der die Behauptung der Ausschussmehrheit, kinderpornographische Schriften müssten nicht pornographisch sein, als peinlich bezeichnet.

subjektive Auslegung des Gesetzes, insbesondere für die vom *Senat* vertretene Interpretation, eignet sich der Wille des Gesetzgebers, der das Merkmal „pornographisch“ beschließt, es zugleich aber – mit am beschlossenen Gesetzestext vorbeigehender Begründung – für nicht existent erklärt, wohl kaum.

10. Gleichwohl meint der *Senat* offenbar, aus der von ihm zitierten Äußerung der Mehrheit des Rechtsausschusses herleiten zu können, dass die Verbreitung usw. von Schriften mit Darstellungen sexuellen Missbrauchs von Kindern stets gem. § 184b StGB a.F. strafbar sei und solche Schriften deshalb – da dieses Merkmal fatalerweise doch noch im Gesetz steht – notwendigerweise als pornographisch einzustufen seien. Denn weitere Begründungen dazu finden sich nicht. Vielmehr wird erklärt, nach dem Schutzzweck des Tatbestands sei der Begriff „pornographisch“ nicht auf Darstellungen sexuellen Kindesmissbrauchs beschränkt. Denn erklärtes Ziel der Neufassung dieses Tatbestands sei gewesen, die als zu eng empfundene Erfassung nur der Darstellung von Taten gemäß §§ 176-176b StGB a.F. durch die Erweiterung auf solche, die sexuelle Handlungen von, an und vor Kindern zum Gegenstand haben, zu ersetzen. Diesem Ziel aber liefe eine auf Missbrauchsfälle begrenzte Auslegung des Merkmals „pornographisch“ ersichtlich zuwider.

Dass die dem Urteil zugrunde liegende Gesetzesfassung nicht auf einem Versehen beruht, sondern beabsichtigt war, ist zweifellos richtig. Wie sich daraus allerdings ergeben soll, dass Schriften mit dem tatbestandsmäßigen Darstellungsgegenstand grundsätzlich als „pornographisch“ anzusehen sind und dies nur dann nicht gilt, wenn es ausnahmsweise an der Stimulationstendenz fehlt, bleibt jedoch unklar. Die vom Standpunkt des *Senats*, das Merkmal „pornographisch“ sei in § 184b StGB a.F. eigenständig teleologisch zu interpretieren, zutreffende Feststellung, die Auslegung dürfe sich nicht an einer bestimmten vom Tatbestand erfassten Fallgruppe, sondern müsse sich am Schutzzweck des Tatbestands insgesamt orientieren, ändert daran nichts. Vielmehr entzieht sie der bisherigen Argumentation des Urteils, das den anzuwendenden Gesetzestext zwar mehrfach zitiert, sich aber an der Darstellung tatsächlichen Kindesmissbrauchs ausrichtet,³⁵ den Boden.

11. Im letzten Schritt seiner Begründung will der *Senat* dann zwar seiner Aussage zur Auslegung gerecht werden. Er setzt aber auch hier wieder bei der Darstellung von Missbrauchstaten an, meint jedoch, § 184b StGB a.F. könne nicht auf ihre Darstellung beschränkt werden. Dies begründet er allerdings nicht mit dem Gesetzestext, sondern damit, dass andernfalls die Darstellung von Handlungen, die den §§ 176-176b StGB nur deshalb nicht unterfallen, weil sie nicht i.S.v. § 184g StGB „von einiger Erheblichkeit“ sind, nicht von § 184b StGB a.F. erfasst würden. Da die Schwelle der Erheblichkeit gemäß § 184g StGB „im Hinblick auf das jeweils geschützte Rechtsgut“ zu bestimmen sei und § 184b StGB a.F. schon mögliche Anreize für potenzielle Missbrauchstäter vermeiden solle, könne der für den Tatbestand des Kindesmissbrauchs entwickelte Maßstab der Erheblichkeit für

§ 184b StGB a.F. nicht gelten. Im Ergebnis will der *Senat* die Schwelle der Erheblichkeit für diesen Tatbestand also offenbar niedriger setzen. Abgesehen davon, dass er nicht sagt, wo sie liegen oder wie sie bestimmt werden soll, setzt er sich damit in Widerspruch, zu seinen eigenen Ausführungen. Denn wenn § 184b StGB a.F. Anreize für potentielle Missbrauchstäter vermeiden und, wie es an früherer Stelle des Urteils heißt,³⁶ mittelbare Förderung von Kindesmissbrauch erfassen soll, schützt diese Bestimmung dasselbe Rechtsgut wie die Tatbestände des sexuellen Kindesmissbrauchs. Unter Hinweis auf das durch § 184b StGB a.F. geschützte Rechtsgut lässt sich die Absenkung der Schwelle der Erheblichkeit der sexuellen Handlung daher nicht begründen. Maßgeblich könnte nur sein, ab welchem Grad der Erheblichkeit eine Darstellung eine Anreizfunktion für eventuelle Missbrauchstäter hat.

Im Übrigen ist unklar, wie die Absenkung der Schwelle der Erheblichkeit der in § 184b StGB a.F. genannten sexuellen Handlungen zu der These des *Senats* führen soll, dass das Merkmal „pornographisch“ in diesem Tatbestand die für einfache Pornographie erforderliche Darstellungsweise nicht verlangt. Sollte der *Senat* meinen, ein geringerer Grad der Erheblichkeit der dargestellten Handlungen bedeute notwendigerweise, dass auch Schriften erfasst seien, die diese Handlungen nicht vergrößernd, aufdringlich oder anreißerisch in den Vordergrund stellen, so verwechselt er Gegenstand und Art der Darstellung.

12. Abschließend heißt es in dem Urteil, das Merkmal „pornographisch“ in § 184b StGB a.F. laufe trotz der in ihm vertretenen Ansicht nicht ins Leere, sondern diene dazu Fallgestaltungen auszuschneiden, in denen die dargestellte sexuelle Handlung keine Straftat darstellt und nicht überwiegend auf die Erregung sexueller Reize abzielt.

Dies führt dazu, dass der Begriff der Pornographie in § 184b StGB a.F. sich nicht nur von dem des § 184 StGB unterscheidet, sondern auch innerhalb dieser Bestimmung jedenfalls begrifflich zwischen zwei unterschiedlichen Arten von Pornographie zu unterscheiden ist.

Denn da die beiden vom *Senat* genannten negativen Voraussetzungen das Merkmal „pornographisch“ nur dann entfallen lassen sollen, wenn sie kumulativ gegeben sind, bedeutet dies, dass es bei der Darstellung einer Missbrauchstat stets erfüllt ist, also auch dann, wenn es nicht nur an der anreißerischen Darstellungsart, sondern auch an der Stimulationstendenz fehlt. Da dem Merkmal damit für diesen Fall seine strafbarkeitsbegrenzende Funktion genommen wird,³⁷ ist dies jedoch mit Art. 103 Abs. 2 GG nicht vereinbar.³⁸ Wird keine Missbrauchstat dargestellt, soll dagegen für die Beurteilung als pornographisch zwar noch die Stimulationstendenz erforderlich sein. Da der *Senat* ihr Fehlen jedoch als Ausnahmefall ansieht, sind derartige Darstellungen, wie es schon in Rn. 50 des Urteils heißt, jedoch „in aller Regel“ pornographisch.³⁹

³⁶ Siehe oben 8.

³⁷ So auch *Fischer* (Fn. 3), § 184b Rn. 2d.

³⁸ Siehe BVerfGE 126, 170 (198).

³⁹ Folgt man dem Urteil, so enthält § 184b StGB a.F. das Verbot, in Schriften, die verbreitet oder öffentlich zugänglich

³⁵ Siehe dazu *Fischer* (Fn. 3), § 184b Rn. 2d.

Als pornographisch i. S. d. § 184b StGB a.F. anzusehen sind demnach z. B. auch alle Darstellungen entwicklungsge­mäß­er sexueller Handlungen von noch nicht Vierzehnjähri­gen untereinander. Denn da § 176 StGB für die Täterschaft kein bestimmtes Alter verlangt, sind auch diese Handlungen tatbestandsmäßig, und die Strafbarkeit scheitert nur an § 19 StGB.⁴⁰ Um Kinderpornographie handelt es sich ferner auch bei Bildern, die zeigen wie z. B. eine Zwölfjährige aus Spaß eine geschlechtsbetonte – und damit stimulierende – Körperhaltung einnimmt, die sie in einer Zeitschrift oder einem Film gesehen hat. Geht man von der in der Literatur vertretenen Ansicht aus, wer die Eigenschaften einer in seinem Besitz befindlichen Sache verändere, verschaffe sich dadurch Besitz an dieser Sache (mit den neuen Eigenschaften),⁴¹ so haben Eltern, die in den beiden vorgenannten Fällen mit ihrem Mobiltelefon Aufnahmen von ihrem Kind gemacht oder zu machen versucht haben, um sie diesem z. B. mahnend vorzuhalten, sich gemäß § 184b Abs. 4 S. 1 StGB a.F. strafbar gemacht.⁴² Ist die Aufnahme gelungen, so besitzen sie nach h.M. jedenfalls eine kinderpornographische Schrift, die ein tatsächliches Geschehen wiedergibt, § 184b Abs. 4 S. 2 StGB a.F.⁴³ Haben sie versucht, die Bilddatei an den Computer des anderen Elternteils, eines Erziehungsberaters oder des Kindes zu senden, so haben sie sich, wenn man die zuvor genannte Konstruktion akzeptiert, gemäß § 184b Abs. 2 StGB a.F. strafbar gemacht.⁴⁴

III. Zu den Ergebnissen des Urteils

Die nähere Betrachtung des vorliegenden Urteils hat die eingangs getroffene Feststellung, dass die Argumentation des *Senats* zur Begründung seiner Ergebnisse untauglich ist, bestätigt. Diese sind auch in der Sache verfehlt.

1. Schon dass das Gesetz das Merkmal „pornographisch“ sowohl in § 184 StGB als auch in den §§ 184a-d StGB ver-

gemacht werden, die Realität oder der Realität Entsprechen­des darzustellen, und zwar auch dann, wenn das Dargestellte rechtlich nicht zu beanstanden ist und die Schrift – anders als z.B. bei § 131 StGB – auch keine zu missbilligende Tendenz aufweist. Kurz: Kinder dürfen nur als unnatürlich asexuelle Wesen dargestellt werden.

⁴⁰ KG NJW 1979, 1897.

⁴¹ So Popp, ZIS 2012, 193 (201); siehe ferner BGHSt 43, 366 (368); Eisele, (Fn. 3), § 184b Rn. 14; Hörnle (Fn. 5), § 184b Rn. 35; kritisch Eschelbach (Fn. 5), § 184b Rn. 28.

⁴² Nach § 184b StGB n.F. erübrigt sich diese Konstruktion, da gemäß Abs. 1 Nr. 3 das Herstellen einer kinderpornographischen Schrift, die ein tatsächliches Geschehen wiedergibt, und nach Abs. 4 auch der Versuch des Herstellens strafbar sein soll.

⁴³ Nach § 184b StGB n.F. gemäß Abs. 3.

⁴⁴ Nach § 184b StGB n.F. gemäß Abs. 1 Nr. 2 StGB. – Zu prüfen wäre, ob die Eltern beim Herstellen, Besitz und Versenden der Aufnahme an den anderen Elternteil und den Erziehungsberater durch Art. 6 Abs. 2 GG gerechtfertigt sind. Für das Versenden an das Kind gilt der Tatbestandsauschluss des § 27 Abs. 4 JuSchG.

wendet, legt die Annahme nahe, dass es jeweils in demselben Sinn zu verstehen ist.⁴⁵ Bezüglich Gewalt- und Kinderporno­graphie entspricht diese Annahme dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers und stimmt mit seiner Absicht überein, auch durch die diesbezüglichen Tatbestände wie durch die meisten Bestimmungen des § 184 StGB Minderjährige vor den vermuteten negativen Einflüssen von Pornographie zu schützen (siehe II. 4., 6.). Eine für den Fall der Kinderporno­graphie abweichende Ansicht des Gesetzgebers, die als Grundlage einer Gesetzesauslegung tauglich wäre, lässt sich auch den Materialien zu § 184b StGB a.F. nicht entnehmen (siehe II. 9.). Geht man von dem Pornographiebegriff des BGH (siehe II. 7.) aus, so müssen dessen drei Elemente daher auch im Fall der Kinderpornographie gegeben sein. Ein zwingender Grund hiervon abzuweichen, ist nicht ersichtlich.

Zwar beruht § 184b StGB a.F. ebenso wie seine Vorgän­ger auf der Befürchtung, pädophil Veranlagte könnten durch kinderpornographische Darstellungen zu Missbrauchstaten angereizt werden, und diese Befürchtung mag auch für den Konsum von Schriften gelten, die nicht pornographisch sind, weil sie keine entpersönlichte Sexualität darstellen, für den – wie der 2. *Strafsenat* formuliert hat – „normal Denkenden“ nicht stimulierend wirken oder keine anreißerische oder aufdringliche Art der Darstellung aufweisen. Ebenso wie bei § 131 StGB, der nur extreme und keineswegs sämtliche Gewaltdarstellungen erfasst, die bei bestimmten Rezipienten unter bestimmten Umständen zu Aggressivität führen können, und ebenso wie bei § 111 StGB, der nur die Aufforde­rung zu rechtswidrigen Taten und nicht auch ihre Befürwor­tung erfasst, muss man sich – wenn man den Pornographiebegriff der h.M. vertritt – auch bei § 184b StGB a.F. damit abfinden, dass nicht alles, was möglicherweise Anlass zu Straftaten geben kann, strafbar ist.⁴⁶

2. In seinem Bestreben, die Strafbarkeit gemäß § 184b StGB a.F. zu erweitern, hat der *Senat* im Übrigen wohl über­sehen, dass er damit eine Reduzierung des Anwendungsbe­reichs des § 184 StGB und auch eine „Strafbarkeitslücke“ bewirkt, die dem System der §§ 184 ff. StGB widersprechen und ebenfalls deutlich zeigen, dass das Merkmal „pornogra­phisch“ in diesen Tatbeständen einheitlich zu verstehen ist.

§ 184b Abs. 1 StGB a.F. erfasst nur das Verbreiten, das öffentlich Zugänglichmachen und Vorbereitungshandlungen zu diesen Taten. Eine erkennbar fiktive kinderpornographische Schrift z. B. einem Minderjährigen oder an einem für Minderjährige zugänglichen oder einsehbaren Ort zugänglich

⁴⁵ So auch Fischer (Fn. 3), § 184b Rn. 2d. Nach dem vorlie­genden Urteil ist das Merkmal „pornographisch“ in § 184d Abs. 1 S. 1 dagegen bei Darbietungen, die den sexuellen Missbrauch von Kindern zeigen, ohne Bedeutung. – Davon, dass „pornographisch“ in den Straftatbeständen, die dieses Merkmal enthalten, dasselbe bedeutet, gingen offenbar auch die Landesgesetzgeber in § 4 Abs. 1 Nr. 10 und Abs. 2 Nr. 1 JMStV aus (siehe Bay. LT-Drs. 14/10246, S. 16). Für Ange­bote, die Kindesmissbrauch zum Gegenstand haben, ist es als Folge der Ansicht des *Senats* in § 4 Abs. 1 Nr. 10 JMStV jedoch gegenstandslos.

⁴⁶ Ähnlich Fischer (Fn. 3), § 184b Rn. 2d.

zu machen oder sie auf die in § 184 Abs. 1 Nr. 3 oder 3a StGB bezeichnete Weise einem anderen anzubieten oder zu überlassen, ist nicht gem. § 184b Abs. 1 StGB a.F. strafbar.⁴⁷ Nach der Vorstellung des Gesetzgebers, nach der auch Kinderpornographie pornographisch i.S.d. § 184 StGB ist, sind diese Taten durch § 184 Abs. 1 Nr. 1-3a StGB erfasst. Die Ansicht des *Senats* hätte dagegen zur Folge, dass es kinderpornographische Schriften gibt, für die die genannten Tatbestände des § 184 Abs. 1 StGB nicht gelten. Zwar würde dies nicht notwendigerweise zur Straflosigkeit führen. Denn wenn die Schrift zugleich ein Trägermedium i.S.d. § 1 Abs. 2 JuSchG ist, wären – da § 15 Abs. 2 Nr. JuSchG § 184b StGB ausdrücklich nennt – § 15 Abs. 1 Nr. 1-4 JuSchG anwendbar. Jedoch zeigt sich darin, dass – entgegen den Intentionen des Gesetzgebers – bei den hier fraglichen Tathandlungen § 184 Abs. 1 Nr. 1-3a StGB nicht eingreifen würde, stattdessen aber § 15 Abs. 2 Nr. 1 JuSchG für den Jugendschutz gegen nicht i.S.d. § 184 StGB pornographische Kinderpornographie in Anspruch genommen werden könnte, die Systemwidrigkeit der Ansicht des *Senats*.⁴⁸

Sie würde darüber hinaus aber auch zu einer „Strafbarkeitslücke“ führen, und zwar gerade beim Schutz vor unverlangter Konfrontation mit Pornographie, den der *Senat* fälschlich zu einem Zweck des § 184b StGB a.F. und sogar zum primären Ziel des § 184 StGB erklärt. Denn § 184b StGB a.F. sieht keinen Konfrontationsschutz vor. § 184 Abs. 1 Nr. 6 StGB aber, der diesen Schutz in erster Linie gewährleisten soll, setzt Pornographie i.S.d. § 184 StGB voraus und ist daher bei Darstellungen, die nur die vom *Senat* genannten Voraussetzungen von Kinderpornographie erfüllen, nicht anwendbar.

IV. Verbreitungsverbot für Nabokovs „Lolita“?

In dem oben erwähnten Urteil aus dem Jahr 1978 weist der 2. *Strafsenat* des BGH darauf hin, dass der Verzicht auf das Erfordernis der aufdringlichen oder anreißerischen Darstellung bei Kinderpornographie schwierige Abgrenzungsfragen in Fällen aufwerfen würde, in denen künstlerische Gestaltung der Darstellung zwar nicht den sexuellen Charakter, wohl aber das Anstößige nimmt. Auch dies hat der 1. *Strafsenat* jetzt wohl übersehen. So enthält z.B. Nabokovs Roman „Lolita“ Darstellungen sexuellen Kindesmissbrauchs, die nach Ansicht des *Senats* schon wegen dieses Inhalts kinderpornographisch sind. Da der *Senat* bei dem Urteil „pornographisch“ nicht auf die gesamte Schrift abstellt, sondern auf die einzelne in ihr enthaltene Darstellung und zudem der Anreizwirkung für potenzielle Missbrauchstäter wesentliche Bedeutung beimisst, erscheint zweifelhaft, ob die Gesamtaussage des Romans ihn vor der Tatbestandsmäßigkeit i.S.d.

⁴⁷ Für die Tathandlungen des § 184 Abs. 1 Nr. 1 und 2 StGB gilt dies auch im Fall von (Pseudo-)Realkinderpornographie.

⁴⁸ Folge wäre z.B., dass derjenige, der einem 17-Jährigen ein Foto zeigt, dass diesen bei einer im Alter von 13 Jahren vorgenommenen entwicklungsgemäßen sexuellen Handlung zeigt, sich gemäß § 27 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 15 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. JuSchG wegen schwerer Jugendgefährdung strafbar macht.

§ 184b Abs. 1 StGB a.F. bewahren könnte.⁴⁹ Seine Verbreitung begründet nach der vorliegenden Entscheidung jedenfalls ein strafrechtliches Risiko. Denn *Fischers* Urteil, die Verfolgungsstimmung bei sexuellem Kindesmissbrauch weise „partielle Irrationalität“⁵⁰ auf, gilt wohl auch für Kinderpornographie.⁵¹

V. Zu § 184b StGB n.F.

Die Frage, ob Kinderpornographie die Eigenschaften der einfachen Pornographie des § 184 StGB aufweisen muss, stellt sich auch bei der Neufassung des § 184b StGB.⁵² Im Gegensatz zu dem Regierungsentwurf und dem gleichlautenden Entwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, die Kinderpornographie allein durch den Gegenstand der Darstellung definiert hatten⁵³, bestimmt § 184b StGB n.F. zwar ausdrücklich, dass es sich auch bei einer kinderpornographischen Schrift um eine „pornographische Schrift“ handeln müsse. Der Rechtsausschuss des Bundestags, auf dem diese Einfügung beruht, begründet sie jedoch nicht etwa damit, dass auch Kinderpornographie die Elemente einfacher Pornographie aufweisen müsse, sondern allein damit, dass für das Merkmal der pornographischen Schrift „auch im Rahmen des § 184b StGB ein Anwendungsbereich als Korrektiv verbleibe“. Denn wenn z. B. in Büchern oder Filmen, die den

⁴⁹ Wird sie bejaht, so dürfte die Rechtfertigung des Vertriebs durch Kunstfreiheit zumindest zweifelhaft sein. Denn nach den zu § 184b StGB vertretenen – allerdings für i.S.d. § 184 StGB pornographische Kinderpornographie entwickelten – Regeln ist Rechtfertigung durch Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG bei erkennbar fiktiver Kinderpornographie zwar denkbar, aber nur als Ausnahmefall vorstellbar (*Eisele* [Fn. 3], § 184 Rn. 12; *Hörnle* [Fn. 5], § 184b Rn. 45).

⁵⁰ *Fischer*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 53. Aufl. 2006, § 176 Rn. 2.

⁵¹ Siehe z.B. BGH NStZ 2011, 570: Fotos eines vollständig bekleideten Jungen, der mit den Lippen eine Salatgurke umschließt, die „allein in der Fantasie eines späteren Betrachters“ als Darstellungen von Oralverkehr aufgefasst werden konnten, sollen mangels sexueller Handlung des Kindes zwar nicht unter § 184b StGB fallen, aber pornographisch i.S.d. § 184 StGB sein. Ausreichend dafür soll der „Sexualbezug“ der Fotos sein, der mit der pädophilen Disposition des Angeklagten und seiner Absicht begründet wird, die Bilder unter Pädophilen zu verbreiten, sie damit auf Oralverkehr mit einem Jungen anzusprechen und bei ihnen das Bedürfnis danach hervorzurufen. Die objektiven Elemente des Pornographiebegriffs der Rspr. werden in dem Urteil nicht erwähnt.

⁵² Geändert durch das 49. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Umsetzung europäischer Vorgaben zum Sexualstrafrecht – v. 21.1.2015, BGBl. I 2015, S. 10.

⁵³ BT-Drs. 18/2954, BT-Drs. 18/2601, S. 8, 30. Ebenso die durch die Neufassung umzusetzenden Bestimmungen der Richtlinie 2011/92/EU sowie der Lanzarote-Konvention des Europarats (ETS 201), allerdings nur für bildliche Darstellungen, die Realität wiedergeben oder wiederzugeben scheinen, siehe Art. 2 lit. c) und Erwägungsgründe 3, 9, 46 der Richtlinie, Art. 20 Abs. 2 der Konvention.

sexuellen Missbrauch von Kindern schildern, nur einzelne Textteile oder Szenen sexuelle Handlungen darstellten, so führe dies noch nicht dazu, dass das gesamte Werk als pornographisch zu qualifizieren sei.⁵⁴ Ebenso wie die genannten Entwürfe dürfte dies auf der Vorstellung beruhen, Kinderpornographie setze allein einen tatbestandsmäßigen Darstellungsgegenstand voraus. Soweit es sich dabei um sexuellen Kindesmissbrauch oder um sexuelle Handlungen von, an oder vor Kindern handelt, scheint der Gesetzgeber daher die Tendenz der oben besprochenen Entscheidung, die Strafbarkeit gem. § 184b StGB auszudehnen, in der Sache ex post zu bestätigen. Ob andererseits das daraus resultierende Risiko eines Verbreitungsverbots z. B. für Nabokovs „Lolita“ durch die dem Merkmal der pornographischen Schrift zugewiesene Funktion, den Gesamtinhalt eines Werks für maßgeblich zu erklären, beseitigt wäre, erscheint dagegen angesichts dieser Tendenz des Urteils und der daran orientierten selektiven Berücksichtigung von Gesetzesmaterialien allerdings fraglich.

Richtigerweise kann die Begründung, mit der das Merkmal der pornographischen Schrift in § 184b StGB n.F. aufgenommen worden ist, jedoch kein für seine Auslegung maßgeblicher Gesichtspunkt sein. Vielmehr ist es wie bisher als Verweis auf die Elemente der einfachen Pornographie zu verstehen.⁵⁵ Denn wenn man ihm lediglich die Funktion zu messen würde, die ihm der Rechtsausschuss des Bundestags zugebilligt hat, so würde dies zu denselben eigenartigen Ergebnissen und derselben Systemwidrigkeit führen wie das oben besprochene Urteil. Dies wäre aber nicht Folge einer bewussten Entscheidung, sondern die einer Anschauungslücke des Gesetzgebers. Als Schutzzweck des § 184b StGB wird in den oben erwähnten Gesetzentwürfen allein der der

umzusetzenden RL 2011/93/EU und der Lanzarote-Konvention des Europarats (ETS 201) genannt: der „mittelbare Schutz von Kindern vor sexuellem Missbrauch“.⁵⁶ Der Jugendmedienschutz wird an keiner Stelle erwähnt, und die Folgen, die die oben genannte Ansicht für diesen Schutzzweck in § 184 StGB und insbesondere wegen des unveränderten Verweises auf § 184b StGB in § 15 Abs. 2 Nr. 1 JuSchG hätte, sind nicht gesehen. Wäre die Konsequenz für § 15 Abs. 2 Nr. 1 JuSchG erkannt und beabsichtigt gewesen, so hätte man § 15 Abs. 2 Nr. 4 JuSchG, der die nicht pornographische Darstellung Minderjähriger in willkürlich eingenommener unnatürlich geschlechtsbetonter Körperhaltung betrifft, als überflüssig streichen müssen, da damit nach h.M. eine sexuelle Handlung i.S.d. § 184b StGB dargestellt wird, auf deren „Unnatürlichkeit“ es allerdings nicht ankommt.⁵⁷

⁵⁶ BT-Drs. 18/2601, S. 30.

⁵⁷ Da dies nicht geschehen ist, gibt es nach der Neufassung des § 184b StGB drei Varianten der geschlechtsbetonten Körperhaltung. Denn zu den beiden genannten kommt – ohne dass dies durch europäische Vorgaben gefordert wäre – in § 184b Abs. 1 Nr. 1a StGB die mangels (festgestellter) Willkürlichkeit nicht auf einer Handlung beruhende, sondern z.B. im Schlaf eingenommenen Haltung hinzu. Im Gegensatz zu der als sexuelle Handlung geltenden und ebenso wie im Fall von § 15 Abs. 2 Nr. 4 JuSchG muss sie „unnatürlich“ geschlechtsbetont sein. Zudem muss das Kind „ganz oder teilweise unbekleidet“ sein. Zu Recht hat der Bundesrat (BR-Drs. 422/14, S. 2; BT-Drs. 18/2954, S. 9 f.) in seiner Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung Zweifel geäußert, ob das Merkmal der „unnatürlich geschlechtsbetonten Körperhaltung“ dem Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG entspreche (hat dabei allerdings übersehen, dass dieser Grundsatz wegen § 27 Abs. 1 Nr. 1, 2, Abs. 3 Nr. 1 JuSchG auch für § 15 Abs. 1 Nr. 4 JuSchG gilt). In ihrer Gegenäußerung hat die Bundesregierung diese Bedenken – nicht ohne den Hinweis, dass das Bestimmtheitsgebot „auch nicht übersteigert werden“ dürfe – für unbegründet erklärt, weil der Begriff „unnatürlich“ deutlich mache, dass „insbesondere“ (?) geschlechtsbetonte Körperhaltungen gemeint seien, die für die Altersgruppe des abgebildeten Kindes „nicht angemessen“ seien (BT-Drs. 18/2954, S. 11). Jedoch ist die Angemessenheit einer solchen Körperhaltung nicht allein vom Lebensalter, sondern auch von der Ausrichtung der Erziehung, dem sozialen Umfeld und der biologischen Entwicklung eines Kindes abhängig. Auf diese individuellen Gegebenheiten des jeweils abgebildeten Kindes soll es aber sicher nicht ankommen. Vielmehr soll generell durch Strafrecht bestimmt werden, welche Körperhaltungen in Deutschland z.B. für Dreizehnjährige angemessen oder nicht angemessen sind. Da Maßstäbe für diese Entscheidung nicht angegeben werden und es allgemeine gesellschaftliche Wertvorstellungen, an die die Gerichte sich halten könnten, hierfür ebenso wenig geben dürfte wie zur Beurteilung der Anstandsverletzung bei Pornographie (oben Fn. 7), ist das Merkmal der Unnatürlichkeit ein Einfallstor für persönliche Überzeugungen der Gerichte und daher mit Art. 103 Abs. 2 GG nicht vereinbar. Noch deutlicher wird dies, wenn man

⁵⁴ BT-Drs. 18/3202 (neu), S. 27. Die EU-Richtlinie und die Lanzarote-Konvention sehen eine solche Einschränkung für die von ihnen erfassten bildlichen Darstellungen (siehe Fn. 53) allerdings nicht vor. Als kinderpornographisch bezeichnen sie vielmehr Darstellungen als solche (Art. 2 lit. c ii, iv) bzw. „jegliches Material mit“ bestimmten Darstellungen, z. B. solchen eines Kindes, das an realen oder simulierten eindeutig sexuellen Handlungen beteiligt ist (Art. 2 lit. c i, iii der Richtlinie; ähnlich Art. 20 Abs. 2 der Konvention). Hält man daran fest, dass das willkürliche Einnehmen einer geschlechtsbetonten Körperhaltung eine sexuelle Handlung ist, so müsste auch das in der oben besprochenen Entscheidung beispielhaft genannte medizinische Lehrbuch vom Tatbestand des § 184b StGB n.F. erfasst werden.

⁵⁵ Ein Verzicht auf die Merkmale einfacher Pornographie kommt nur in Betracht, wenn man die EU-Richtlinie und die Lanzarote-Konvention insoweit für zwingend und daher eine entsprechende Interpretation für geboten hält. Sie würde allerdings nur die von der Richtlinie und der Konvention erfassten bildlichen Darstellungen betreffen. Für diese müsste sie aber auch dazu führen, dass die Tatbestandsmäßigkeit einer Schrift entgegen der Intention des Gesetzgebers nicht von ihrem Gesamtinhalt (siehe oben Fn. 54) abhängt, die strafbarkeitsbegrenzende Funktion des Merkmals der pornographischen Schrift also insgesamt beseitigt wird.

berücksichtigt, dass es gemäß § 15 Abs. 2 Nr. 4 JuSchG und § 184c Abs. 1 Nr. 1b StGB n.F. auch „unnatürlich geschlechtsbetonte“ Körperhaltungen von z.B. Siebzehnjährigen gibt, von denen knapp zwei Drittel schon Geschlechtsverkehr hatten (siehe *Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung*, Jugendsexualität 2010, S. 113). Kurz: Wenn das Merkmal der unnatürlich geschlechtsbetonten Körperhaltung hinreichend bestimmt ist, dann ist es auch ein Tatbestand, der eine Tätigkeit „bei für die Jahreszeit schlechtem Wetter“ unter Strafe stellt. Im Bundesrat ist jedoch kein Antrag auf Anrufung des Vermittlungsausschusses gestellt worden (BR-Plenarprotokoll 929, S. 415).
