

Jörg Eisele

## Pornografische Inhalte in modernen Kommunikationsmedien – Zugleich ein Beitrag zum Schriftenbegriff des § 11 Abs. 3 StGB

Die Verbreitung pornografischer Inhalte im Internet hat in den letzten Jahren verstärkt den Gesetzgeber auf den Plan gerufen<sup>1</sup>. Motor dieser gesetzgeberischen Aktivitäten ist insbesondere die Europäische Union, die erst jüngst eine neue Richtlinie vorgelegt hat, die von den Mitgliedstaaten bis zum 18. Dezember 2013 in nationales Recht umzusetzen ist<sup>2</sup>. Anlässlich der dadurch erneut notwendig werdenden Änderungen im deutschen Strafrecht sollen im Folgenden die zentralen Fragen der Strafbarkeit im Zusammenhang mit der Verbreitung pornografischer Inhalte durch moderne Kommunikationsmittel herausgearbeitet und hierbei die europäischen Vorgaben einbezogen werden. Dabei soll insbesondere der Begriff der „Schrift“, der in verschiedenen Tatbeständen als Anknüpfungspunkt der Strafbarkeit dient, einer kritischen Betrachtung unterzogen werden.

### 1 Zentrale Entwicklungen der letzten Jahre

Was die Verbreitung pornografischer Inhalte angeht, sind vorab zwei zentrale Entwicklungen festzuhalten: Zum einen verlagert sich die Verbreitung von den traditionellen Vertriebswegen (z. B. Zeitschriftenhandel, Videofilme usw.) zunehmend auf moderne Kommunikationsmittel, so dass der Abruf via Computer und Mobiltelefon inzwischen im Vordergrund steht. Zum anderen konzentriert sich die strafrechtliche Verfolgung im Wesentlichen auf kinderpornografische Inhalte nach § 184 b StGB. So wurden etwa im Jahr 2010 wegen „einfacher“ bzw. „weicher“ Pornografie in der Bundesrepublik Deutschland nur 197 Personen verurteilt, während es im selben Jahr im Bereich der Kinderpornografie zu 2047 Verurteilungen (davon 2039 Männer) kam<sup>3</sup>. Damit tritt zunächst der vom Gesetzgeber als „Ausgangstatbestand“ gewählte § 184 StGB in der praktischen Bedeutung weit hinter § 184 b StGB zurück. Neben der Schwerpunktsetzung der Ermittlungsbehörden auf die gravierenden Fälle der Kinderpornografie dürfte dies auch darauf zurückzuführen sein, dass sich § 184 StGB auf die Verbreitung von pornografischem Material beschränkt, während bei Kinder- und Jugendpornografie auch die Konsumenten durch die Pönalisierung des Besitzes und der Besitzverschaffung einbezogen sind. Zudem hat sich der Gesetzgeber bei seinen jüngeren Reformen vor allem auf die Kinder- und Jugendpornografie konzentriert, während der in seiner Struktur an veraltete Vertriebswege anknüpfende § 184 StGB unverändert blieb<sup>4</sup>. Interessant ist ferner, dass die Anzahl der Verurteilungen wegen Kinderpornografie innerhalb der letzten zehn Jahre sprunghaft angestiegen ist; im Jahr 2002 kam es hier noch zu nur 447 Verurteilungen<sup>5</sup>. Dies dürfte sich

1 Vgl. näher Perron, *W./Eisele, J.*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 28. Aufl. München 2010, § 184 Rn. 1 ff.

2 Richtlinie 2011/92/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI des Rates; ABIEU Nr. L 335 v. 17.12.2011, S. 1 und ABLEU Nr. L 18 v. 21.1.2012, S. 7 (Berichtigung).

3 Statistisches Bundesamt, Strafverfolgung, Fachserie 10, Reihe 3, 2010, S. 30 f.

4 Vgl. nur Duttge, *G./Hörnle, T./Renzikowski, J.*, Das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung, NJW, 2004, S. 1065–1072 (1069); Perron/Eisele, in: Schönke/Schröder (Anm. 1), § 184 Rn. 2.

5 Statistisches Bundesamt, Strafverfolgung, Fachserie 10, Reihe 3, 2002, 2.1. Abgeurteilte und Verurteile nach Art der Straftat und Altersgruppen.

nicht nur mit der Intensivierung der Ermittlungsmaßnahmen erklären lassen, sondern sich auch darauf zurückführen lassen, dass die Vervielfältigung und Verbreitung von pornografischen Inhalten via moderner Kommunikationsmittel wesentlich einfacher und schneller erfolgt. Zusammen erhöht sich zum einen die Zahl der verfügbaren pornografischen Inhalte stetig<sup>6</sup>, zum anderen steigt durch die weltweite Abrufbarkeit der Inhalte die Zahl der potentiellen Konsumenten, die ebenfalls Adressaten der Straftatbestände der §§ 184 b, 184 c StGB sind, sprunghaft an.

## 2 Pornografische Schriften

Das Verbreiten pornografischer Inhalte ist nicht nur im Rahmen sog. „harter Pornografie“ (Gewalt- und Tierpornografie, § 184 a StGB; Kinderpornografie, § 184 b StGB; Jugendpornografie, § 184 c StGB), sondern auch bei „weicher“ Pornografie nach § 184 StGB unter Strafe gestellt. Das Strafgesetzbuch knüpft dabei an die Verbreitung von „Schriften“ an, was bei Inhalten im Netz trotz der Regelung des § 11 Abs. 3 StGB nicht ganz unproblematisch ist<sup>7</sup>. Ferner wird von § 184 Abs. 1 Nr. 1 StGB jegliches Verbreiten an Personen unter achtzehn Jahren erfasst, so dass sich die Frage stellt, ob beim Einsatz technischer Systeme zum Jugendschutz der Tatbestand einzuschränken ist<sup>8</sup>.

### 2.1 Der Begriff der „Pornografie“

Zentraler Gegenstand der Vorschriften der §§ 184 ff. StGB ist der Begriff der „Pornografie“. Dabei ist zu beachten, dass nicht jede Nacktaufnahme<sup>9</sup> oder jede Darstellung sexueller Handlungen zu einem pornografischen Inhalt führt. Vielmehr ist eine Darstellung nur dann pornografisch, wenn sie unter Ausklammerung sonstiger menschlicher Bezüge sexuelle Vorgänge in grob aufdringlicher Weise in den Vordergrund rückt, in ihrer Gesamttendenz ausschließlich oder überwiegend auf sexuelle Stimulation angelegt ist und dabei die im Einklang mit allgemeinen gesellschaftlichen Wertevorstellungen gezogenen Grenzen eindeutig überschreitet<sup>10</sup>. Hierbei kommt es unter Zugrundelegung einer normativen Betrachtung – unabhängig von der Intention des Verfassers – auf die objektive Gesamttendenz der Schrift an<sup>11</sup>. Bei Büchern oder Filmen genügt es daher nicht, dass nur einzelne Teile der Schrift als pornografisch zu qualifizieren sind<sup>12</sup>. Diese Anforderungen gelten entsprechend auch für gewalt-, tier-, kinder- und jugendpornografische Schriften. Nach der in § 184 b Abs. 1 StGB enthalten Legaldefinition sind beispielsweise kinderpornografische Schriften solche „pornografische Schriften (§ 11 Abs. 3), die sexuelle Handlungen von, an oder vor Kindern (§ 176 Abs. 1) zum Gegenstand haben“. Eine sexuelle Handlung „von“ einem Kind liegt zwar auch vor, wenn dieses sexuell aufreizend posiert<sup>13</sup>, eine bloße Nacktaufnahme er-

6 Vgl. auch Hörnle, T., in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl. München 2012, § 184 Rn. 4, 10.

7 Siehe etwa 3.1 und 5.1.

8 Näher unten 3.3.

9 So z. B. KG, NSStZ, 2009, S. 446–448 (447), für einen Kalender mit Nacktaufnahmen.

10 BGHSt 23, S. 40–46 (44); BGHSt 37, S. 55–69 (60); KG, NSStZ, 2009, S. 446–448 (447); siehe ferner 2.3.1 der gemeinsamen Richtlinien der Landesmedienanstalten zur Gewährleistung des Schutzes der Menschenwürde und des Jugendschutzes (Jugendschutzrichtlinien).

11 BGHSt 5, S. 346–349 (348); KG, NSStZ, 2009, S. 446–448 (447); Laubenthal, K., Sexualstrafataten, Berlin, Heidelberg u. a. 2000, Rn. 719.

12 BGH, UFITA 86, 1980, S. 203–204; BGH, UFITA 86, 1980, S. 208–209; Hörnle, in: Münchener Kommentar zum StGB (Anm. 6), § 184 Rn. 20.

13 BT-Drs. 16/3439, S. 9.

füllt diese Voraussetzung jedoch nicht<sup>14</sup>. Hinzukommt, dass auch bei Kinder- und Jugendpornografie i. S. d. §§ 184 b, 184 c StGB über die Darstellung sexueller Handlungen hinaus auch gerade der pornografische Inhalt zum Ausdruck kommen muss, da die Vorschrift ausdrücklich auf „pornografische Schriften“ abstellt<sup>15</sup>. Zu verneinen sein kann der pornografische Charakter daher etwa bei Aufklärungsmaterial<sup>16</sup>.

## 2.2 Der Schriftenbegriff

Unter Schriften sind auf einige Dauer verkörperte Gedankenäußerungen durch Buchstaben, Bilder oder andere Zeichen, die sinnlich wahrnehmbar sind, zu verstehen<sup>17</sup>. § 11 Abs. 3 StGB stellt den Schriften Ton- oder Bildträger, Datenspeicher, Abbildungen und sonstige Darstellungen gleich. Die Darstellung ist hierbei der Oberbegriff, der durch die Ton- und Bildträger usw. exemplifiziert wird. Aufgrund der Gleichstellung mit den Schriften ist auch hier eine Verkörperung erforderlich. Der für computertechnische Vorgänge relevante Begriff des „Datenspeichers“ soll klarstellen, dass auch elektromagnetische, optische, chemische und sonstige Datenspeicher, die gedankliche Inhalte verkörpern, welche nur unter Zuhilfenahme technischer Geräte – wie bei der Anzeige auf dem Bildschirm<sup>18</sup> – wahrnehmbar werden, erfasst sind. Der Gesetzgeber wollte mit der Aufnahme des Begriffs des Datenspeichers in § 11 Abs. 3 StGB vor allem Arbeitsspeicher von Rechnern einbeziehen<sup>19</sup>. Hingegen werden Daten, Dateien oder Inhalte, die nicht hinreichend perpetuiert sind, nicht den Schriften gleichgestellt<sup>20</sup>. Ausdrücklich ausgeschlossen sind nach Ansicht des Gesetzgebers Inhalte, die – wie Internettelefonie (VoIP)<sup>21</sup> oder Live-Streaming – in Echtzeit oder „Echtzeit-entsprechend“ übermittelt werden<sup>22</sup>. Inwieweit bei einzelnen Angeboten ein Datenspeicher i. S. d. § 11 Abs. 3 StGB verwendet wird, hängt damit von der jeweiligen IT-Architektur ab, so dass es sich hier letztlich um ein wenig klares Kriterium handelt.

## 3 Verbreiten und Zugänglichmachen von pornografischen Schriften

Die mit dem Schriftenbegriff verbundenen Schwierigkeiten zeigen sich vor allem bei der Tathandlung des Verbreitens, die für „harte“ Pornografie Bedeutung erlangt (§§ 184 a Abs. 1 Nr. 1, 184 b Abs. 1 Nr. 1, 184 c Abs. 1 Nr. 1 StGB). Unter Verbreiten ist nach ganz h. M. nämlich eine Tätigkeit zu verstehen, die darauf gerichtet ist, die Schrift ihrer körperlichen Substanz nach durch Wei-

14 Perron/Eisele, in: Schönke/Schröder (Anm. 1), § 184 b Rn. 3a.

15 Hörnle, T., Die Umsetzung des Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornografie, NJW, 2008, S. 3521–3525 (3525); Schroeder, F.-C., Gesetzestechnische Mängel im Gesetz zur Umsetzung des EU-Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und Kinderpornographie, GA, 2009, S. 213–218 (217); Wüstenberg, D., Strafrechtliche Änderungen betreffend pornografische Schriften mit Kindern und Jugendlichen in Deutschland, UFITA, 2009, S. 497–517 (508). Der Gesetzgeber hat dies freilich erkannt; siehe BT-Drs. 16/9646 S. 14, 27, 38.

16 Perron/Eisele, in: Schönke/Schröder (Anm. 1), § 184 b Rn. 3.

17 BGHSt 13, S. 375–378 (375); Lackner, K./Kühl, K., Strafgesetzbuch, 27. Aufl. München 2011, § 11 Rn. 27.

18 BT-Drs. 13/7385, S. 36.

19 Ebda.

20 Gegen das Erfordernis der Perpetuierung aber Hörnle, in: Münchener Kommentar zum StGB (Anm.6), § 184 Rn. 16.

21 Duttge/Hörnle/Renzikowski (Anm. 4), S. 1067 f.; Gercke, M./Brunst, Ph., Praxishandbuch Internetstrafrecht, Stuttgart 2009, Rn. 360.

22 BT-Drs. 13/7385, 36; Hilgendorf, E./Valerius, B., Computer- und Internetstrafrecht, 2. Aufl. Berlin, Heidelberg u. a. 2012, Rn. 173.

tergabe einem größeren Personenkreis zugänglich zu machen<sup>23</sup>. Entscheidendes Kriterium ist die körperliche Weitergabe, so dass das bloße Zeigen von Bildern oder Filmen nicht genügt. Unproblematisch ist dies beispielsweise bei der Weitergabe von Datenträgern wie CD-R oder DVD, wobei hier freilich zu beachten ist, dass es sich nicht nur um einzelne Adressaten handeln darf.

### 3.1 Die Tathandlung des Verbreitens

Umstritten ist, ob ein Verbreiten auch dann vorliegt, wenn pornografische Angebote im Internet bereitgestellt werden, die der Nutzer dann per Download auf Datenträgern speichern kann. Nach der oben genannten Definition für das Verbreiten ist dies jedoch zu verneinen, weil bei Internetangeboten nicht die Substanz des Datenträgers weitergegeben, sondern lediglich Dritten der Inhalt zugänglich gemacht wird. Zur Gewährleistung eines effektiven Rechtsgüterschutzes soll nach Ansicht des Bundesgerichtshofs jedoch für die Verbreitung von Inhalten im Netz ein „spezifischer Verbreitungsbegriff“ gelten<sup>24</sup>. Demnach soll es ausreichend sein, dass die Datei mit pornografischem Inhalt beim Nutzer im „flüchtigen“ Arbeitsspeicher angekommen sei. Unerheblich sei hierfür, ob dies im Wege des Uploads durch den Anbieter oder im Wege des Downloads durch den Nutzer geschehe. Zur Begründung verweist der Bundesgerichtshof darauf, dass der Gesetzgeber mit der Aufnahme des Begriffs des Datenspeichers in § 11 Abs. 3 StGB bewusst elektronische Arbeitsspeicher einbezogen habe, so dass die übertragene Datei nicht dauerhaft gespeichert werden müsse. Diese Argumentation überzeugt jedoch nicht, da sie Elemente des Schriftenbegriffs mit den Anforderungen, die an das Verbreiten gestellt werden, vermengt. Deshalb führt die Einbeziehung von Arbeitsspeichern in den Schriftenbegriff nicht dazu, dass auf das Erfordernis einer körperlichen Weitergabe beim Verbreiten verzichtet werden kann<sup>25</sup>. Es muss zwischen den unkörperlichen Daten als Inhalt und dem Datenspeicher – z. B. Festplatte des Rechners oder ein USB-Stick – als körperlicher Gegenstand strikt unterschieden werden<sup>26</sup>. Es gilt daher nichts anderes als bei pornografischem Material auf Videobändern, CD-R oder DVD, bei denen es ebenfalls auf die Weitergabe des Datenträgers selbst ankommt. Letztlich zeigt auch ein Vergleich mit § 86 Abs. 1 StGB, der das öffentliche Zugänglichmachen in Datenspeichern ausdrücklich neben dem Verbreiten als Tathandlung nennt, dass § 184 b StGB ein engerer Verbreitungsbegriff zugrunde liegen muss<sup>27</sup>.

### 3.2 Die Tathandlung des Zugänglichmachens

Die hier favorisierte Auslegung hinsichtlich des Merkmals des Verbreitens führt im Übrigen zu keinen entscheidenden Strafbarkeitslücken, da – wie auch der Bundesgerichtshof sieht – regelmäßig daneben ein (öffentliches) Zugänglichmachen (§§ 184 a Abs. 1 Nr. 2, 184 b Abs. 1 Nr. 2, 184 c Abs. 1 Nr. 2 StGB) vorliegt, da hierfür die bloße Zugriffsmöglichkeit für die Allgemein-

23 BGHSt 18, S. 63–66 (63); BGH, NJW, 1999, S. 1979–1982 (1980); *Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder (Anm. 1), § 184 b Rn. 3a.

24 BGHSt 47, S. 55–62 (58 f.); *Pelz, Ch.*, Die Strafbarkeit von Online-Anbietern, wistra, 1999, S. 53–59 (53 f.).

25 So aber *Hörnle*, in: Münchener Kommentar zum StGB (Anm. 6), § 184b Rn. 19, die auf das Verbreiten von „Abbildungen“ abstellt.

26 *Fischer* (Anm. 8), § 184 Rn. 35; *Hilgendorf/Valerius* (Anm. 22), Rn. 303 f.; *Schwarzenegger, Ch.*, Die strafrechtliche Beurteilung von Hyperlinks, in: Festschrift für Rehbinder, M., München 2002, S. 723–739 (735).

27 *Lindemann, M./Wachsmut, I.*, Verbreiten und Zugänglichmachen im Internet, JR, 2002, S. 206–210 (208); *Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder (Anm. 1), § 184b Rn. 5.

heit<sup>28</sup> genügt<sup>29</sup>. Mit Recht liegt ein Zugänglichmachen nach einer aktuellen Entscheidung des Bundesgerichtshofs auch vor, wenn die Inhalte nicht unmittelbar bereitgestellt, sondern lediglich über Hyperlinks zugänglich gemacht werden. Dies gilt selbst dann, wenn die Nutzer „aus Sicherheitsgründen“ die Zieladresse durch manuelle Eingabe von Buchstaben nach Maßgabe bestimmter Regeln des Anbieters abändern muss<sup>30</sup>. Ein Zugänglichmachen ist ferner anzunehmen, wenn der Nutzer in Internetbörsen Dateien auf seinem Rechner ablegt, die dann mittels eines installierten Programms der Tauschbörse ohne gesonderte Freigabe automatisch Dritten zur Verfügung gestellt werden. Ganz allgemein verlangt das Zugänglichmachen nicht zwingend eine unmittelbare Zugriffsmöglichkeit, so dass auch die Kenntnismache von pornografischen Inhalten – z. B. durch Vorspielen von Filmen oder Zeigen pornografischer Darstellungen auf dem Computerbildschirm<sup>31</sup> – erfasst wird<sup>32</sup>. Weitere wichtige Fälle des Zugänglichmachens sind die Ausstrahlung von entsprechenden Filmen in Fernsehkanälen via Kabel, Satellit oder Internet (Live-Streaming, Webcasting, Near-Video-On-Demand-Verfahren)<sup>33</sup>. Dagegen begründet das bloße Bereitstellen eines allgemeinen Internet-Zugangs – etwa durch Eltern, Schulen, Universitäten oder Internet-Cafés – noch kein Zugänglichmachen bestimmter Inhalte. Zudem muss man sehen, dass ein solches Verhalten als sozialadäquat einzustufen ist, solange nicht nähere Hinweise – wie z. B. durch Einstellen der Startseite oder Verknüpfung auf dem Desktop – auf pornografisches Material erfolgen<sup>34</sup>.

### 3.3 Tatbestandsausschluss bei technischen Sicherungen zum Jugendschutz

Da die Verbreitung „harter“ Pornografie auch unter Erwachsenen strafbar ist, können technische Sicherungen zum Jugendschutz einer Verwirklichung des Tatbestandes von vornherein nicht entgegenstehen<sup>35</sup>. § 184 StGB enthält nach seinem Wortlaut aber auch für die Verbreitung „weicher Pornografie“ keine Einschränkung. Hingegen sieht § 24 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 4 Abs. 2 S. 2 JMStV (Jugendmedienschutz-Staatsvertrag) vor, dass pornografische Angebote zulässig sind, wenn sichergestellt ist, dass diese nur Erwachsenen zugänglich gemacht werden. Eine entsprechende Regelung findet sich auch in § 184 d S. 2 StGB für die Verbreitung pornografischer Darbietungen durch Medien- oder Teledienste,<sup>36</sup> soweit es sich um „weiche“ Pornografie i. S. d. § 184 Abs. 1 S. 1 StGB handelt. Für den Anwendungsbereich des § 184 d StGB muss man zunächst auf §§ 184 bis 184c StGB blicken, die Schriften i. S. d. § 11 Abs. 3 StGB erfassen und daher eine Verkörperung des Gedankeninhalts zumindest für eine gewisse Dauer voraussetzen<sup>37</sup>; Ausstrahlungen pornogra-

28 Die Inhalte müssen auch beim Zugänglichmachen nach § 184 Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht an bestimmte Personen gerichtet sein; a. A. aber *Fischer* (Anm. 8), § 184 Rn. 10.

29 BGHSt 47, S. 55–62 (60); s. ferner BGHSt 46, S. 212–225 (219); *Hörnle*, in: Münchener Kommentar zum StGB (Anm. 6), § 184b Rn. 23.

30 BGH, StraFo, 2012, S. 195–197 (196).

31 *Hörnle*, in: Münchener Kommentar zum StGB (Anm. 6), § 184 Rn. 29; *Mitsch, W.*, Medienstrafrecht, Berlin, Heidelberg 2012, § 3 Rn. 25.

32 *Beisel, D./Heinrich, B.*, Die Strafbarkeit der Ausstrahlung jugendgefährdender Fernsehsendungen, NJW, 1996, S. 491–496 (495); *Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder (Anm. 1) § 184 Rn. 7 ff.

33 BT-Drs. 16/3078, S. 13; *Hörnle*, in: Münchener Kommentar zum StGB (Anm. 6), § 184 Rn. 39, 43.

34 *Hilgendorf/Valerius* (Anm. 22), Rn. 295; *Liesching, M./Günther, Th.*, Verantwortlichkeit von Internet-Cafe-Betreibern, MMR, 2000, S. 260–266 (262).

35 *Hörnle*, in: Münchener Kommentar zum StGB (Anm. 6), § 184b Rn. 19.

36 Eine Einschränkung für Rundfunksendungen ist nicht vorgesehen, was aufgrund der vergleichbaren Gefahren dieser Medien jedoch nicht überzeugt; vgl. aber auch BT-Drs. 15/1311, 22. Angesichts des gegenüber der Vorgängervorschrift des § 184 Abs. 2 StGB a. F. eindeutigen Wortlauts dürfte jedoch eine teleologische Reduktion des Tatbestandes bei der Verbreitung durch Rundfunk selbst bei effektiven Barrieren nicht mehr in Betracht kommen.

37 BT-Drs. 15/350, 21; BVerwGE 116, S. 5–28 (10 ff.) zu § 184 Abs. 2 StGB a. F.; a. A. jedoch *Bornemann, R.*, Der „Verbreitungsbegriff“ bei Pornografie in audiovisuellen Mediendiensten, MMR, 2012, S. 157–161 (159 ff.).

fischer Filme im Near-Video-on-Demand und Video-on-Demand-Verfahren fallen daher bereits unter §§ 184 bis 184c StGB<sup>38</sup>. Hingegen erfasst § 184 d StGB Live-Darstellungen und Live-Darbietungen, bei denen eine Perpetuierung gerade nicht erfolgt. Da freilich die Abgrenzung zwischen Schriften i. S. d. § 11 Abs. 3 StGB und Darbietungen nach dem Kriterium der Verkörperung bei neuen Medien schwierig ist<sup>39</sup> und der Jugendschutz als Rechtsgut bei effektiven Schutzmaßnahmen nicht verletzt wird, überträgt die inzwischen h. M. zu Recht diese tatbestandliche Einschränkung auf § 184 StGB. Ein Zugänglichmachen ist daher im Wege einer teleologischen Reduktion des Tatbestandes zu verneinen, wenn effektive Zugangshindernisse für Jugendliche bestehen<sup>40</sup>.

Entwickelt wurde diese Einschränkung zunächst für verschlüsselte Fernsehsendungen im Pay-TV. Hier ist nach höchstrichterlicher Rechtsprechung eine zweistufige Kontrolle erforderlich. In einem ersten Schritt dürfen Decodiergeräte nur an volljährige Personen nach persönlicher Alterskontrolle – etwa im POST-IDENT-Verfahren – abgegeben werden. In einem zweiten Schritt sind dann aber noch effektive technische Barrieren erforderlich, die den Zugang Minderjähriger zu den Filmen selbst verhindern<sup>41</sup>. Entsprechende effektive Sicherungen können auch bei pornografischen Inhalten im Netz die Strafbarkeit ausschließen. Dabei muss man sehen, dass aufgrund der Anonymität des Internets jedoch solche Sicherungssysteme keine effektive Barriere darstellen, die – wie die Angabe von Personalausweis- oder Kreditkartennummer – durch einfache Täuschung umgangen werden können<sup>42</sup>. Erforderlich ist auch hier eine persönliche Alterskontrolle bei der Anmeldung sowie eine Authentifizierung des Nutzers beim Zugriff (zweistufiges Verfahren), wobei z. B. ein PIN-Code – ggf. in Kombination mit Hardware wie einem speziellen USB-Stick – eingesetzt werden kann<sup>43</sup>. Mit den neuen Personalausweisen kann sogar in einem einstufigen Verfahren aufgrund der eID-Funktion eine zuverlässige Prüfung der Identität und des Alters auch unmittelbar beim Zugriff erfolgen<sup>44</sup>.

#### 4 Strafbarkeit des Konsumenten pornografischer Schriften

Eine Strafbarkeit des Konsumenten pornografischen Materials ist nur bei der Kinder- und Jugendpornografie durch das Unternehmen der Besitzverschaffung und den Besitz vorgesehen (§§ 184 b Abs. 4, 184 c Abs. 4 StGB).

38 Duttge/Hörnle/Renzikowski (Anm. 4), S. 1069.

39 Siehe schon 2.2.

40 Beisel, D./Heinrich, B., Die Strafbarkeit der Ausstrahlung pornographischer Sendungen in codierter Form durch das Fernsehen, JR, 1996, S. 95–99 (96 f.); Laufhütte, H. W./Roggenbuck, E., in: Leipziger Kommentar, 12. Aufl. Berlin u. a. 2009, § 184 Rn. 21.

41 BVerwGE 116, S. 5–28 (14); s. ferner BGHSt 48, S. 278–290 (285); BGH, NJW, 2008, S. 1882–1887 (1884) zu § 4 II JMStV; Erdemir, M., Jugendschutzprogramme und geschlossene Benutzergruppen, CR, 2005, S. 275–282 (277); Hörnle, in: Münchener Kommentar zum StGB (Anm. 6), § 184 Rn. 46; dagegen aber Schumann, H./Schumann, A., Sicherheitsdenken, Strafrechtsdogmatik und Verfassungsrecht im Jugendmedienschutz – Anmerkungen zu § 184c StGB und § 4 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, S. 2 JMStV, in: Festschrift für Seebode, M., Berlin 2008, S. 351–376 (363); Schumann, A., Jugendschutz vor pornographischen Inhalten im Internet im Wettbewerbsrecht und Strafrecht, JZ, 2008, S. 741–744 (742).

42 BGH, NJW, 2008, S. 1882–1887 (1884 f.); OLG Düsseldorf, MMR, 2004, S. 409–410 (409); Erdemir (Anm. 41), S. 278; vgl. aber Sieber, U., Strafrechtliche Verantwortlichkeit für den Datenverkehr in internationalen Computernetzen (2), JZ, 1996, S. 494–507 (496).

43 Näher Gercke/Brunst (Anm. 21), Rn. 297 f.; zur Altersverifikation mittels elektronischem Personalausweis Altenhain, K./Heitkamp, A., Altersverifikation mittels des elektronischen Personalausweises, K&R, 2009, S. 619–625.

44 Hörnle, in: Münchener Kommentar zum StGB (Anm. 6), § 184 Rn. 46.

#### 4.1 Einbezogene Schriften

In §§ 184 b Abs. 1, 184 c Abs. 1 StGB ist der Begriff der kinder- bzw. jugendpornografischen Schrift legaldefiniert. Kinderpornografisch sind demnach pornografische Schriften (§ 11 Abs. 3), die sexuelle Handlungen von, an oder vor Kindern (§ 176 Abs. 1) zum Gegenstand haben; Entsprechendes gilt für jugendpornografische Schriften, bei denen die sexuellen Handlungen Personen von vierzehn bis achtzehn Jahren betreffen müssen.

Während auf Seiten des Verbreitenden auch sog. „Fiktivpornografie“ – z. B. Darstellungen in Romanen, Gedichten, Comiczeichnungen sowie virtuelle Kinderpornografie – in den Tatbestand einbezogen ist<sup>45</sup>, setzt § 184 b Abs. 4 StGB bei kinderpornografischen Schriften für das Unternehmen der Besitzverschaffung und den Besitz die Wiedergabe eines tatsächlichen oder wirklichkeitsnahen Geschehens voraus; bei der Jugendpornografie wird in § 184 c Abs. 4 StGB sogar nur ein tatsächliches Geschehen erfasst. Freilich muss man sehen, dass im Einzelfall die Abgrenzung von wirklichkeitsnahen Geschehen erhebliche Schwierigkeiten bereitet. Ein wirklichkeitsnahes Geschehen liegt nach h. M. vor, wenn ein durchschnittlicher Beobachter nach dem äußeren Erscheinungsbild der Darstellung nicht sicher ausschließen kann, dass es sich um ein tatsächliches Geschehen handelt<sup>46</sup>. Dies kann selbst bei computergenerierten Darstellungen der Fall sein; hingegen ist erkennbare Fiktivpornografie (z. B. Zeichnungen, Comics usw.) nicht einbezogen. Wirklichkeitsnahe Geschehen sind bei § 184 b Abs. 4 StGB deshalb in den Tatbestand einbezogen, weil diese auch auf einer tatsächlichen sexuellen Handlung oder einem Kindesmissbrauch beruhen können und ggf. erst später digital bearbeitet worden sind. Insoweit dient § 184 b StGB nicht nur dem Schutz der Jugend vor der Konfrontation mit kinderpornografischen Schriften, sondern auch dem Schutz von Kindern, die zum Zwecke der Darstellung sexuell missbraucht werden<sup>47</sup>. § 184 c StGB dient zwar ebenfalls dem Jugend- und Darstellerschutz; allerdings zielt der Darstellerschutz bei Jugendlichen weniger auf die Verhinderung von Missbrauch als auf die Verhinderung einer kommerziellen Beteiligung von Jugendlichen am Pornografiegewerbe, so dass die Ausklammerung wirklichkeitsnaher Geschehen plausibel ist<sup>48</sup>.

#### 4.2 Grundlagen der Besitzstrafbarkeit

Der Gesetzgeber hat mit dem Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung (SexualdelÄndG)<sup>49</sup> das Höchstmaß der Freiheitsstrafe für den Erwerb und Besitz kinderpornografischer Schriften von einem Jahr auf zwei Jahre angehoben, um so den Vorgaben des Rahmenbeschlusses der Europäischen Union zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornografie<sup>50</sup> nachzukommen. Ferner wollte er den Unrechtsgehalt des Erwerbs und Besitzes von kinderpornografischen Schriften stärker betonen und

45 Hilgendorf/Valerius (Anm. 22), Rn. 285; Perron/Eisele, in: Schönke/Schröder (Anm. 1), § 184a Rn. 3.

46 Fischer (Anm. 8), § 184 b Rn. 13; Hörnle, in: Münchener Kommentar zum StGB (Anm. 6), § 184b Rn. 27.

47 BT-Drs. 12/3001 S. 4; BT-Drs. 12/4883 S. 8; BGHSt 45, S. 41–46 (43); BGHSt 47, S. 55–62 (62); Harms, S., Ist das bloße Anschauen von kinderpornographischen Bildern im Internet nach geltendem Recht strafbar?, NStZ, 2003, S. 646–650 (646); Lackner/Kühl (Anm. 17), § 184 b Rn. 1.

48 Hörnle (Anm. 15), S. 3523; ferner BT-Drs. 16/9652 S. 5; Wüstenberg (Anm. 15), S. 512 f.

49 Gesetz v. 27.12.2003, BGBl. I 2003, S. 3007–3012.

50 ABIEG 2004 Nr. L 13 S. 44; krit. zur Umsetzung Eckstein, K., Grundlagen und aktuelle Probleme der Besitzdelikte – EDV, EU, Strafrechtsänderungsgesetze, Konkurrenzen, ZStW 117, 2005, S. 107–142 (125).

durch „ein Signal für eine unvermindert nachdrückliche Strafverfolgung“ die generalpräventive Wirkung gegenüber potenziellen Tätern verstärken<sup>51</sup>.

Der bereits eben angesprochene Darstellerschutz lässt sich auch für das Verschaffen kinderpornografischer Schriften damit begründen, dass der Markt für kinderpornografische Produkte austrocknet werden soll<sup>52</sup> und damit durch Einschränkung der Nachfrage Anreize zur Produktion neuer Schriften genommen werden sollen. Die Normierung bloßer Besitzstrafbarkeit lässt sich hingegen schwerer rechtfertigen, da diese eigenständige Bedeutung nur erlangt, wenn kein strafbares Sich-Verschaffen des Besitzes vorausgeht<sup>53</sup>. Es verbleibt damit – abgesehen von Fällen, in denen Beweisschwierigkeiten hinsichtlich des Sich-Verschaffens gegeben sind – die Konstellation, dass der Täter den Besitz unvorsätzlich (und damit straflos) erlangt, jedoch dann später erkennt, dass er Besitz an kinderpornografischem Material erlangt hat<sup>54</sup>. Hier muss der Nutzer sogleich nach Erkennen des pornografischen Inhalts die Schrift vernichten oder den Behörden übergeben<sup>55</sup>. Zu denken ist in erster Linie an einen versehentlichen Download von einschlägigem Material aus dem Internet. In diesem Fall fehlt es für den Gesichtspunkt des „Austrocknens“ des Marktes jedoch an einer entsprechenden Nachfrage nach pornografischem Material; das bloße Aufrechterhalten des Besitzes von zufällig erlangtem Material dürfte für die Produzenten nämlich kaum einen Anreiz darstellen<sup>56</sup>. Noch schwächer legitimiert ist letztlich die Besitzstrafbarkeit bei Jugendpornografie i. S. d. § 184 c StGB, da es hier – wie bereits erwähnt – weniger um den Schutz der Darsteller vor Missbrauch, sondern vor einer kommerziellen Mitwirkung an pornografischen Darstellungen geht. Aus diesem Grund sieht auch § 184 c Abs. 4 S. 2 StGB vor, dass der Tatbestand der Besitzverschaffung und des Besitzes für Personen unter achtzehn Jahren ausgeschlossen ist, wenn die jugendpornografische Schrift mit Einwilligung der dargestellten Personen hergestellt wurde. Damit sollen vor allem Fälle von der Strafbarkeit ausgenommen werden, in denen Jugendliche untereinander solche Schriften einvernehmlich herstellen und austauschen<sup>57</sup>; auch hier wird weder eine Nachfrage für Produzenten geschaffen, noch steht ein Missbrauch der Darsteller im Raum. Diese Ausnahme steht im Übrigen *im Einklang mit* Art. 3 Abs. 1 lit. b des *Rahmenbeschlusses* des Rates der EU zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornografie<sup>58</sup>. Freilich hätte die Ausnahme nach dem Rahmenbeschluss nicht auf jugendliche Täter beschränkt werden müssen. Insoweit ist es wenig überzeugend, wenn nach der deutschen Regelung die Herstellung von Bildaufnahmen durch eine eben volljährig gewordene Person mit Zustimmung des noch nicht ganz 18 Jahre alten Partners unter Strafe gestellt ist, die Vornahme einverständlicher sexueller Handlungen zwischen solchen Partnern (zu Recht) aber straffrei bleibt<sup>59</sup>.

51 BT-Drs. 15/350, S. 2.

52 BT-Drs. 12/3001 S. 5 u. 12/4883 S. 7 f., *Heinrich, M.*, Neue Medien und klassisches Strafrecht – § 184 b IV StGB im Lichte der Internetdelinquenz, NSTZ, 2005, S. 361–366 (363); *Hörnle*, in: Münchener Kommentar zum StGB (Anm. 6), § 184 b Rn. 1.

53 Nach BGH, NStZ, 2009, S. 208, stellt die Besitzstrafbarkeit einen Auffangtatbestand dar.

54 Zu Einzelheiten *Perron/Eisele*, in: Schönke/Schröder (Anm. 1), § 184 b Rn. 15.

55 BT-Drs. 12/3001 S. 6; krit. dazu *Lackner/Kühl* (Anm. 17), § 184 b Rn. 8.

56 Zur Kritik vgl. auch *Scheffler, U.*, Zur Strafbarkeit des Betrachtens kinderpornographischer Internet-Seiten auf dem PC. Zugleich eine Besprechung von OLG Schleswig, Beschluss vom 15.9.2005 – 2 Ws 305/05 (222/05), in: Festschrift für Herzberg, R. D., Tübingen 2008, S. 627–648 (637 ff.); ferner *Gropp, W.*, Besitzdelikte und periphere Beteiligung – Zur Strafbarkeit der Beteiligung an Musiktäuschbörsen und des Besitzes von Kinderpornographie, in: Festschrift für Otto, H., Köln, Berlin, München 2007, S. 249–264 (261).

57 BT-Drs. 16/3439 S. 9.

58 ABI Nr. L 13 v. 20.1.2004, S. 44.

59 *Eisele*, in: Schönke/Schröder (Anm. 1), § 184 c Rn. 9; *Fischer* (Anm. 8), § 184 c Rn. 10; *Reinbacher, T./Wincierz, A.*, Kritische Würdigung des Gesetzentwurfs zur Bekämpfung von Kinder- und Jugendpornographie, ZRP, 2007, S. 195–198 (197).

Nach Ansicht des Gesetzgebers bleibt aber auch in diesem Fall die *Besitzverschaffung und der Besitz durch den jugendlichen Darsteller* selbst straffrei, da der Gedanke des Darstellerschutzes hier erst Recht nicht trägt<sup>60</sup>.

#### 4.3 Voraussetzungen der Strafbarkeit des Konsumenten

§ 184 b Abs. 4 S. 1 und S. 2 StGB sowie § 184 c Abs. 4 S. 1 stellen das Unternehmen des Sich-Verschaffens des Besitzes und den Besitz unter Strafe. Das Sich-Verschaffen des Besitzes ist ein Unternehmensdelikt i. S. d. § 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB. Demgemäß bezieht dieses nicht nur die erfolgreiche Besitzverschaffung mit ein, sondern umfasst bereits den Versuch. Daher können ab Beginn des Speichervorgangs auch aufgrund technischer Schwierigkeiten gescheiterte Downloads aus dem Internet erfasst werden. Entsprechendes gilt für Dateien, die per E-Mail zugesendet werden, so dass das Unternehmensdelikt mit dem Beginn des Speicherns auf einem Datenträger beginnt<sup>61</sup>. Die Besitzstrafbarkeit erlangt hingegen nur Bedeutung, wenn das Sich-Verschaffen nicht pönalisiert werden kann und der Täter die Schrift nicht vernichtet oder bei den Behörden abliefern<sup>62</sup>. Soweit es sich um Dateien handelt, ist eine endgültige Löschung vom Rechner erforderlich, die nicht ohne weiteres rückgängig gemacht werden kann. Das bloße Verschieben in den Papierkorb, ohne dass dieser sogleich geleert wird, genügt daher nicht<sup>63</sup>. Der Besitz ist dabei als das Innehaben bzw. Aufrechterhalten eines tatsächlichen Herrschaftsverhältnisses zu verstehen, mit dem die Möglichkeit verbunden ist, die Schrift sich und anderen zugänglich zu machen; die tatsächliche Sachherrschaft muss zudem vom Besitzwillen getragen sein<sup>64</sup>. Diese Voraussetzungen sind jedenfalls erfüllt, wenn eine pornografische Datei auf einem Datenträger dauerhaft gespeichert wird.

Gegenstand der aktuellen Diskussion ist insbesondere die Frage, ob schon im Surfen und Aufrufen kinder- bzw. jugendpornografischer Seiten ein Verschaffen des Besitzes bzw. ein Besitz liegt. Dies hängt davon ab, ob das Herrschaftsverhältnis schon mit der Darstellung auf dem Bildschirm oder dem Gelangen der Dateien in den Arbeitsspeicher des Rechners begründet wird. Zu bejahen ist das notwendige Herrschaftsverhältnis jedenfalls, wenn die Daten in einem Cache-Speicher abgelegt werden, so dass diese auch nach Abschalten des Geräts zur Verfügung stehen<sup>65</sup>. Allerdings kann in solchen Fällen der für den Besitz notwendige Besitzwille<sup>66</sup> oder der Vorsatz zu verneinen sein, wenn sich der Nutzer dieser Speicherung nicht bewusst ist<sup>67</sup>. Verbleibt die Datei im „flüchtigen“ Arbeitsspeicher, wird dagegen überwiegend ein Besitz abgelehnt, da es sich nur um eine temporäre Speicherung handle<sup>68</sup>. Es fehle letztlich an der Sachherrschaft, da die Da-

60 BT-Drs. 16/3439 S. 9; BT-Drs. 16/9646 S. 39; *Wolters*, in: Systematischer Kommentar, 116. Lfg. München/Unterschleißheim 2008, § 184 b Rn. 7.

61 Siehe BayObLG, NJW, 2000, S. 2911–2912 (2911 f.); *Laufhütte/Roggenbuck*, in: Leipziger Kommentar (Anm. 40), § 184b Rn. 10.

62 Siehe oben 4.2.

63 *Gercke, M.*, Die Entwicklung des Internetstrafrechts 2009/2010, ZUM, 2010, S. 633–645 (642); *Hörnle*, in: Münchener Kommentar zum StGB (Anm. 6), § 184b Rn. 38.

64 BT-Drs. 12/3001, 5; OLG Hamburg, StraFo, 2009, S. 165–166 (165 f.); *Hörnle*, in: Münchener Kommentar zum StGB (Anm. 6), § 184b Rn. 39.

65 OLG Hamburg, NJW, 2010, S. 1893–1897 (1894); OLG Hamburg, StraFo, 2009, S. 165–166 (165); BGH, NStZ, 2007, S. 95; *Harms* (Anm. 47), S. 650; *Mitsch* (Anm. 31), § 3 Rn. 35.

66 OLG Hamburg, NJW, 2010, S. 1893–1897 (1894).

67 BGH, StraFo, 2012, S. 195–197 (197); LG Aachen, MMR, 2008, S. 764; *Harms* (Anm. 47), S. 650; *Mitsch* (Anm. 31), § 3 Rn. 35; wenig überzeugend dagegen OLG Hamburg, NJW, 2010, S. 1893–1897 (1894).

68 Siehe z. B. *Fischer* (Anm. 8), § 184b Rn. 21b; *Lackner/Kühl* (Anm. 17), § 184b Rn. 8; *Mitsch* (Anm. 31), § 3 Rn. 35.

ten beim Ausschalten des Geräts endgültig verloren gingen<sup>69</sup>. Das bloße Betrachten von kinder- bzw. jugendpornografischen Schriften am Bildschirm sei aber ebensowenig strafwürdig wie das Betrachten gedruckter Abbildungen; insoweit gelte „online“ nichts anderes als „offline“. Dieser Vergleich vermag jedoch nicht ganz zu überzeugen. Denn das Surfen im Internet kann nicht mit dem bloßen Betrachten von kinderpornografischen Druckschriften gleichgestellt werden. Beim Surfen hat der Nutzer immerhin die Sachherrschaft über das technische Gerät; zudem ruft er die Seiten auf, kann diese jederzeit speichern und besitzt damit zumindest die Handlungsherrschaft<sup>70</sup>. Die Parallele zwischen „online“- und „offline“-Betrachtung trägt allenfalls, wenn man unterstellt, dass dem Betrachter das einschlägige pornografische Material vom Besitzer eines anderen EDV-Geräts vorgeführt wird.

Dagegen hat in jüngerer Zeit das OLG Hamburg auch beim Surfen auf einschlägigen Seiten eine Besitzstrafbarkeit bejaht. Diesbezüglich wird zunächst auf das Rechtsgut verwiesen, wonach bereits das Aufrufen kinder- bzw. jugendpornografischer Seiten die Nachfrage nach solchen Produkten und den damit ggf. verbundenen Missbrauch von Darstellern steigere<sup>71</sup>. Ferner wird damit argumentiert, dass nach Ansicht des Bundesgerichtshof ein Verbreiten schon vorliege, wenn die Datei in den Arbeitsspeicher des Empfängers gelange<sup>72</sup>; dann müsse darin aber auch ein Verschaffen des Besitzes zu sehen sein. Ungeachtet der Kritik an der Entscheidung des Bundesgerichtshofs<sup>73</sup> geht dieses Argument aber auch deshalb fehl, weil das Verbreiten überhaupt nicht an den Besitzerwerb beim Empfänger anknüpft und diesem Merkmal daher gerade keine Aussage hinsichtlich des Besitzes entnommen werden kann<sup>74</sup>. Daher ist es auch verfehlt, in der gezielten Suche nach kinder- oder jugendpornografischen Seiten im Netz bereits einen strafbaren Versuch i. S. d. Unternehmensdelikts zu sehen.<sup>75</sup>

Die Lösung ist letztlich aus der Besitzstrafbarkeit selbst zu entwickeln. Diese stellt nämlich auf den Besitz an den Schriften, d.h. am Datenspeicher, ab; die bloße Herrschaft über die flüchtigen Daten und die Möglichkeit des Speicherns oder Druckens genügen den Anforderungen des § 11 Abs. 3 StGB nicht<sup>76</sup>. Bestätigt wird diese Sichtweise auch durch die jüngste Entwicklung auf europäischer Ebene. Die Richtlinie **2011/93/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.12.2011** zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI<sup>77</sup> sieht

69 Harms (Anm. 47), S. 648 f.; Mitsch (Anm. 31), § 3 Rn. 35; anders aber OLG Hamburg, NJW, 2010, S. 1893–1897 (1896); Eckstein (Anm. 50), S. 120.

70 S. auch Gercke/Brunst (Anm. 21), Rn. 330.

71 OLG Hamburg, NJW, 2010, S. 1893–1897 (1897); ferner OLG Schleswig, NStZ-RR, 2007, S. 41–43 (42 f.); dagegen aber Müller, H. E., Zur Frage des Begriffs des Unternehmens der Besitzverschaffung i.S. von § 184b Abs. 4 StGB, MMR, 2010, S. 344–345 (344 f.).

72 BGHSt 47, S. 55–62 (55 ff.); oben 3.1.

73 OLG Hamburg, NJW, 2010, S. 1893–1897 (1895 f.); ferner OLG Schleswig, NStZ-RR, 2007, S. 41–43 (43).

74 Zutreffend Heinrich (Anm. 52), S. 364.

75 Siehe aber OLG Schleswig, NStZ-RR, 2007, S. 41–43 (42); dagegen Eckstein, K., Ist das „Surfen“ im Internet strafbar?, NStZ, 2011, S. 18–22 (21); Heinrich (Anm. 52), S. 364.

76 Vgl. auch Eckstein (Anm. 75), S. 20; Hörnle, in: Münchener Kommentar zum StGB (Anm. 6), § 184b Rn. 35; dies., Anmerkung zu einem Urteil des OLG Hamburg vom 15.02.2010 (2-27/09; NJW, 2010, 1893) – Zur Frage der Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Besitzverschaffung“ kinderpornographischer Schriften, NStZ, 2010, S. 704–706 (704 ff.).

77 ABl. EU 2011 L 335, S. 1; vgl. ferner Art. 21 Abs. 1 lit. c des Übereinkommens zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch (Konvention Nr. 201). Zustimmend für Fälle entgeltlicher Nutzung Brodowski, D., Anmerkung zum Urteil des OLG Hamburg vom 15.02.2010 (2-27/09 (REV); StV 2010, 99) – Zum Besitz kinderpornografischer Schriften bei automatischer Abspeicherung im Internet-Cache, StV, 2011, S. 105–108 (107 f.); krit. Eckstein (Anm. 75), S. 21 f.

in Art. 5 Abs. 3 vor, dass von den Mitgliedstaaten künftig der bewusste Zugriff auf Kinderpornografie mittels Informations- und Kommunikationstechnologie pönalisiert werden muss. Sie differenziert dabei ausdrücklich zwischen Erwerb und Besitz von Kinderpornografie einerseits (Art. 5 Abs. 2) und dem bewussten Zugriff darauf mittels Informations- und Kommunikationstechnologie<sup>78</sup> andererseits (Art. 5 Abs. 3).

## 5 Cyber-Grooming

Die eben angesprochene Richtlinie befasst sich zudem mit dem sog. „Cyber-Grooming“. Darunter ist die gezielte Ansprache von Kindern über das Internet zu verstehen, um Kontakte zu sexuellen Zwecken zu knüpfen. Häufig verschleiern die Täter hierbei ihr wahres Alter und gewinnen durch anonyme Kommunikation das Vertrauen ihrer Opfer, so dass sie diese schließlich zu einem Treffen bewegen können<sup>79</sup>. Das Strafgesetzbuch erfasst solche Verhaltensweisen bereits nach geltendem Recht durch § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB. Erforderlich ist nach dieser Vorschrift ein Einwirken auf ein Kind durch Schriften (§ 11 Abs. 3 StGB), um es zu sexuellen Handlungen zu bringen, die es an oder vor dem Täter oder einem Dritten vornehmen oder von dem Täter oder einem Dritten an sich vornehmen lassen soll. Der deutsche Gesetzgeber hat die Einfügung der Vorschrift damit begründet, dass Chatrooms und ähnliche Einrichtungen für interessierte Personen ein weltweites Forum zur Planung und Verabredung einschlägiger Straftaten bilden<sup>80</sup>. Zu kritisieren ist jedoch, dass die Vorschrift letztlich über das Ziel hinausschießt und zu einer weiten Vorverlagerung der Strafbarkeit führt, da der Tatbestand bereits mit dem (virtuellen) Einwirken auf das Opfer vollendet ist und es auf ein tatsächliches Zusammentreffen von Täter und Opfer nicht ankommt<sup>81</sup>. Damit wird aber der bloße Versuch der Verabredung mit dem Opfer über das Internet unter Strafe gestellt, während die erfolgreiche mündliche Verabredung unter Anwesenden sogar dann nicht pönalisiert wird, wenn tatsächlich ein Treffen vereinbart wird, bei dem es zu sexuellen Handlungen kommen soll<sup>82</sup>.

### 5.1 Einwirkung durch Schriften

§ 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB verlangt, dass der Täter mit einer Schrift auf das Kind einwirkt. Die Vorschrift knüpft damit ebenfalls an den Schriftenbegriff des § 11 Abs. 3 StGB an, so dass Ton- und Bildträger, Datenspeicher, Abbildungen und andere Darstellungen gleichgestellt sind<sup>83</sup>. Über den Begriff des Datenspeichers sollen vor allem Inhalte auf Datenträgern (Festplatten, CD-R, DVD, USB-Stick usw.), aber auch in Arbeitsspeichern erfasst werden. Hinsichtlich des Arbeitsspeichers eines Rechners hat der Gesetzgeber darauf hingewiesen, dass es genügt, wenn die Inhalte nur vorübergehend bereitgehalten werden, sofern es sich nicht um eine ganz kurzfristige Speicherung handelt<sup>84</sup>. Daher verwirklicht auch derjenige den Tatbestand, der unter Verwendung des Arbeitsspei-

78 Dazu sogleich 5.2.

79 Zu Einzelheiten *Eisele, J.*, Tatort Internet: Cyber-Grooming und der Europäische Rechtsrahmen, in: Festschrift für Heinz, W., Baden-Baden 2012, S. 697–713.

80 BT-Drs. 15/350, 17; dazu auch *Eisele*, in: Festschrift für Heinz, W. (Anm. 79), S. 698 f.

81 Zur Kritik an der Ausgestaltung der Vorschrift *Duttge/Hörnle/Renzikowski* (Anm. 4), S. 1067 f.; *Eisele*, in: Festschrift für Heinz, W. (Anm. 79), S. 701.

82 So *Fischer* (Anm. 8), § 176 Rn. 15.

83 BT-Drs. 15/350, 18.

84 BT-Drs. 13/7385, 36; BGHSt 47, S. 55–62 (58); *Hörnle, T.*, in: Leipziger Kommentar (Anm. 40) § 176 Rn. 89 f.; krit. *Hilgendorf/Valerius* (Anm. 22), 309.

chers in Chatrooms Nachrichten<sup>85</sup> oder via Internet E-Mails versendet. Freilich führt auch hier der Schriftenbegriff, der an eine Perpetuierung der Inhalte anknüpft, zu ungereimten Ergebnissen, weil etwa die Einwirkung mittels Internettelefonie (VoIP) nicht erfasst werden kann<sup>86</sup>. Letztlich muss man sehen, dass der Schriftenbegriff kaum in der Lage ist, die durch den Einsatz moderner Kommunikationstechnologien entstandenen Probleme zufriedenstellend zu bewältigen, da die Lösung von Sachfragen häufig von technischen Details und Zufälligkeiten der IT-Architektur abhängt.

Darüber hinausgehend wird im Schrifttum die Anwendbarkeit des Tatbestandes in Fällen des Cyber-Groomings aber grundsätzlich in Frage gestellt. Nach dem Wortlaut sei ein Einwirken mit der Schrift, also dem Datenspeicher selbst erforderlich. Bei der Kontaktaufnahme über das Internet werde aber lediglich mit den Inhalten eingewirkt, die erst danach in einen Datenspeicher des Empfängers gelangen<sup>87</sup>. Demnach handle es sich um eine dem spezifischen Verbreitungsbegriff bei den §§ 184 ff. StGB vergleichbare Fragestellung<sup>88</sup>. Dieser Sichtweise, die dazu führen würde, dass § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB entgegen der gesetzgeberischen Intention weitgehend leerläuft, ist jedoch zu widersprechen. Denn anders als das Verbreiten setzt das Einwirken gerade keine körperliche Übergabe der Schrift voraus<sup>89</sup>. Es genügt vielmehr, dass das Kind von dem im Datenspeicher seines Rechners niedergelegten Inhalt Kenntnis nimmt.

## 5.2 Kontaktaufnahme mittels Informations- und Kommunikationstechnologie

Die Pönalisierung des Cyber-Groomings ist inzwischen auch in Art. 23 des Übereinkommens des Europarats zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch (Konvention Nr. 201)<sup>90</sup> und Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 2011/93/EU<sup>91</sup>, die sich am Europarats-Übereinkommen orientiert, vorgesehen. Nach Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie muss ein Verhalten pönalisiert werden, bei dem „ein Erwachsener, der einem Kind, das das Alter der sexuellen Mündigkeit noch nicht erreicht hat, mittels Informations- und Kommunikationstechnologie in der Absicht, eine Straftat nach Art. 3 Abs. 4 oder Art. 5 Abs. 6 zu begehen, ein Treffen vorschlägt, wenn auf diesen Vorschlag auf ein solches Treffen hinführende konkrete Handlungen gefolgt sind.“ Art. 3 Abs. 4 verlangt dabei von den Mitgliedstaaten die Pönalisierung der Vornahme sexueller Handlungen mit einem Kind, das das Alter der sexuellen Mündigkeit noch nicht erreicht hat; nach Art. 5 Abs. 6 haben die Mitgliedstaaten die Herstellung von Kinderpornografie unter Strafe zu stellen. Da § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB bislang auf eine solche Anknüpfung zur Kinderpornografie verzichtet, muss der deutsche Gesetzgeber in diesem Bereich bei der Umsetzung der Richtlinie tätig werden.

85 BT-Drs. 15/350, 17 f. Auch bei Live-Chats werden die Daten regelmäßig zumindest vorübergehend gespeichert.

86 *Duttge/Hörnle/Renzikowski* (Anm. 4), S. 1067 f.; *Gercke/Brunst*, (Anm. 21), Rn. 360.

87 So *Gercke, M.*, Defizite des „Schriften“-Erfordernisses in Internet-bezogenen Sexual- und Pornographiedelikten, CR, 2010, S. 798–803 (802); *Gercke/Brunst* (Anm. 21), Rn. 360.

88 Siehe 3.1.

89 Anders aber *Gercke* (Anm. 87), S. 802; *Gercke/Brunst* (Anm. 21), Rn. 360.

90 Dieses ist am 1. Juli 2010 in Kraft getreten, muss aber von Deutschland noch ratifiziert werden; Art. 23: Each Party shall take the necessary legislative or other measures to criminalise the intentional proposal, through information and communication technologies, of an adult to meet a child who has not reached the age set in application of Article 18, paragraph 2, for the purpose of committing any of the offences established in accordance with Article 18, paragraph 1a, or Article 20, paragraph 1a, against him or her, where this proposal has been followed by material acts leading to such a meeting.

91 Richtlinie 2011/93/EU zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI, ABl. EU 2011, L 335, 1. Zur Begründung s. Erwägungsgrund 19.

Die Europäischen Vorgaben sind im Übrigen zunächst enger als in § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB, da im Rahmen der Kommunikation ein „Treffen“ vorgeschlagen werden muss<sup>92</sup>, während § 176 Abs. 4 Nr. 3 StGB jede Einwirkung genügen lässt. Ferner erfassen die europäischen Rechtsakte entsprechend ihrer Intention auch nicht Printmedien und Briefe als Einwirkungsmittel. Für den deutschen Gesetzgeber besteht insoweit freilich zunächst kein Änderungsbedarf, da die europäischen Rechtsakte nur Mindestvorgaben enthalten, über die der deutsche Gesetzgeber hinausgehen und somit eine umfassendere Strafbarkeit vorsehen darf. Allerdings ist der Begriff der Informations- und Kommunikationstechnologie aber auch weiter, weil es auf den Schriftenbegriff und seine Gleichstellung in § 11 Abs. 3 StGB nicht ankommt. Insoweit ist es überzeugend, dass auf das Erfordernis einer zumindest zeitweisen Verkörperung des Inhalts verzichtet wird. Weil es nach diesen europäischen Vorgaben nicht mehr darauf ankommt, ob Daten in den Arbeitsspeicher gelangen, werden auch Anrufe via Internet oder Mobiltelefon erfasst. Obgleich der Begriff der Informations- und Kommunikationstechnologie nicht näher definiert wird und damit eine gewisse Unschärfe verbleibt, werden damit wesentliche Ungereimtheiten, die durch technische Zufälligkeiten beim Schriftenbegriff entstehen, beseitigt. Letztlich wird der deutsche Gesetzgeber aufgrund der europäischen Vorgaben eine Anpassung im deutschen Recht vornehmen müssen<sup>93</sup>.

## 6 Fazit

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass der Schriftenbegriff und seine Gleichstellung in § 11 Abs. 3 StGB im Hinblick auf moderne Kommunikationsmittel nicht mehr zeitgemäß ist. Vor allem das Erfordernis der Perpetuierung des Inhalts führt zu zahlreichen Ungereimtheiten. Letztlich hängt die Lösung de lege lata von der technischen Ausgestaltung im Einzelfall ab. Das europäische Recht vermeidet solche Widersprüche, indem es auf den Begriff der Informations- und Kommunikationstechnologie abstellt. So lassen sich künftig nicht nur Fälle des Cyber-Groomings, sondern auch des Aufrufens kinder- und jugendpornografischer Seiten erfassen. Über diejenigen Strafvorschriften hinaus, die der deutsche Gesetzgeber aufgrund der europäischen Vorgaben nunmehr ohnehin ändern muss, sollte geprüft werden, inwieweit der Begriff der Informations- und Kommunikationstechnologie auch im Übrigen in den einschlägigen Vorschriften aufgenommen werden kann. So könnte man etwa auch beim „Verbreiten“ pornografischer Inhalte daran denken, dass in Ergänzung zum Schriftenbegriff an das Zugänglichmachen der Inhalte mittels Informations- und Kommunikationstechnologie angeknüpft wird.

*Verf.: Prof. Dr. Jörg Eisele, Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Computerstrafrecht, Juristische Fakultät, Universität Tübingen, E-Mail: eisele@jura.unituebingen.de*

92 Ausführlich hierzu *Eisele*, in: Festschrift für Heinz, W. (Anm. 79), S. 707 ff.

93 Vgl. *Gercke* (Anm. 87), S. 802.