

# Strafbare Pornografie im liberalen Staat – Grund und Grenzen der §§ 184, 184a-d StGB

Luís Greco\*

<p>A. Einleitung ..... 275</p> <p>B. Der theoretische Rahmen ..... 277</p> <p style="padding-left: 20px;">I. Der autonomiebezogene politisch-liberale Ansatz im Streit der liberalen und moralistischen Positionen ..... 277</p> <p style="padding-left: 40px;">1. Der konservativmoralistische Ansatz ..... 277</p> <p style="padding-left: 40px;">2. Zweckmäßigkeitbezogene Kritik: Rechtsgutslehre, Harm Principle ..... 277</p> <p style="padding-left: 40px;">3. Deontologisch orientierte Kritik: Autonomie ..... 278</p> <p style="padding-left: 40px;">4. Alternativen? ..... 279</p> <p style="padding-left: 40px;">5. Zwischenfazit ..... 282</p> <p style="padding-left: 20px;">II. Ergänzungen? ..... 284</p> <p style="padding-left: 40px;">1. Belästigungsprinzip (offence principle) ..... 284</p>	<p style="padding-left: 20px;">2. Entrüstungsprinzip (indignation principle) ..... 285</p> <p style="padding-left: 20px;">3. Institutionenschutz (Ladeur) ..... 285</p> <p>C. Die einzelnen Verbote ..... 286</p> <p style="padding-left: 20px;">I. Sog. einfache Pornografie: Verbreitung pornografischer Schriften (§ 184 Abs. 1 StGB) ..... 286</p> <p style="padding-left: 40px;">1. Jugendschutz ..... 286</p> <p style="padding-left: 40px;">2. Konfrontationsschutz ..... 292</p> <p style="padding-left: 20px;">II. Gewaltpornografie, § 184 a 1. Alt. StGB ..... 295</p> <p style="padding-left: 20px;">III. Tierpornografie, § 184 a 2. Alt. StGB ..... 297</p> <p style="padding-left: 20px;">IV. Kinderpornografie, § 184 b StGB .... 298</p> <p style="padding-left: 20px;">V. Jugendpornografie, § 184 c StGB .... 300</p> <p>D. Zusammenfassung ..... 301</p>
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

## A. Einleitung

Obwohl die geltende Fassung der Pornografieparagrafen des Strafgesetzbuchs auf das SexualdelÄndG von 2003 zurückgeht (BGBl. I 3007),<sup>1</sup> wird sie vielfach für hoffnungslos obsolet gehalten.<sup>2</sup> Ein Großteil der jüngeren Diskussion kreist deshalb gerade um Probleme, die sich daraus ergeben, dass Vorschriften, die in erster Linie „Schriften“ im Visier haben, sich vor die Herausforderung des Internets gestellt sehen. Der vorliegende Beitrag will jedoch vor allem untersuchen, aus welchen Gründen und unter Beachtung welcher Grenzen Pornografie in einem die Autonomie seiner Bürger respektierenden Staat überhaupt unter Strafe gestellt werden darf. Diese eher grundsätzliche Betrachtungsweise bietet den Anhaltspunkt für eine Revision der geltenden Tatbestände und für eine Auseinandersetzung mit ausgewählten Streitfragen der § 184 ff. StGB. Obwohl sich der Beitrag allein mit strafrechtlichen Aspekten der Pornografieproblematik befasst, verweisen Vorschriften anderer Rechtsgebiete nicht selten auf die strafrechtliche Beurteilung, so dass die hier angestellten Überle-

\* Wiss. Ass. Ak. Rat a.Z. Dr. Luís Greco, LL.M. (München) ist Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann.

1 Zur Geschichte vgl. statt aller *W. Perron/J. Eisele* in Schönke-Schroeder StGB, 28. Aufl., München 2010 § 184 Rn. 1 ff.

2 *T. Hörnle*, Neue Medienangebote und alte Pornographieverbote, KritV 2003, 299 ff. (300); *dies.* MK-StGB, München 2005, § 184 Rn 4; *B. Sick/J. Renzikowski*, Der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, in: Festschrift für Schroeder, Heidelberg, 2006, S. 603 ff. (615); *G. Wolters*, SK-StGB, 116. Lfg. 2008, § 184 Rn. 3.

gungen insbesondere auch für das Rundfunk- und Medienrecht von Interesse sein könnten.<sup>3</sup>

Was *Pornografie* genau ist, muss an dieser Stelle noch offen bleiben. Die unterschiedlichen in Literatur und Rechtsprechung entwickelten Definitionsversuche – von der wohl herrschenden Beschreibung der Pornografie als „Darstellung, die unter Hintansetzung sonstiger menschlicher Bezüge sexuelle Vorgänge in grob aufdringlicher, anreißerischer Weise in den Vordergrund rückt und ausschließlich oder überwiegend auf die Erregung sexueller Reize abzielt“<sup>4</sup> zu modern anmutenden kommunikationstheoretischen Ansätzen, die Pornografie als „halluzinatorische Aufhebung der Grenze zwischen Darstellung und Betrachtung“ ansehen<sup>5</sup> – sollen nicht noch einmal überprüft und kritisiert werden. Dies hat insbesondere *Schroeder* getan, der zu dem überzeugenden, wenn auch noch nicht hinreichend rezipierten Ergebnis der *Schutzzweckabhängigkeit des Pornografiebegriffs* gekommen ist.<sup>6</sup> Erst wenn man weiß, welche Gründe die einzelnen Pornografieverbote tragen, kann man erschließen, was Pornografie im Sinne eines jeden Verbots bedeutet. Es kann demnach so viele Pornografiebegriffe wie Schutzzwecke geben.

Der Beitrag holt weit aus: Er beginnt mit Überlegungen zu dem allgemeineren theoretischen Rahmen (u. B) – was erforderlich ist, um zu vermeiden, dass die späteren einzelnen Stellungnahmen diese entweder dauernd wiederholen müssen oder schlicht unbegründet bleiben – um sich anschließend den einzelnen Vorschriften zur Pornografie zuzuwenden (u. C).

- 3 §§ 15 II Nr. 1, 18 II Nr. 2, 4, V JuSchG; § 4 I Nr. 8, 9, 10, II Nr. 1 JMStV, beide mit ausdrücklichem Verweis auf §§ 184 ff. StGB; und Art. 22 EG-Fernsehrichtlinie (RI. 89/552/EWG 3.10.1989, von der RI. 2007/65/EG 11.12.2007 unberührt). Inwieweit die hier weitgehend staatsrechtlich angesiedelten Überlegungen sich auf weitere, nicht primär strafrechtliche Begriffe, insbesondere den für das JuSchG zentralen Begriff der *Jugendgefährdung* auswirken müssten, wird man im vorliegenden Zusammenhang nicht darlegen können.
- 4 BGHSt 37, 55 (59 f.); BVerwGE 116, 5 (18); VG München MMR 2003, S. 292 (294); OLG Düsseldorf NJW 1974, S. 1474 (1475).
- 5 K.-H. Ladeur, Zur Auseinandersetzung mit feministischen Argumenten für ein Pornographieverbot, ZUM 1989 S. 155 ff. (158 ff.); zust. D. Herkströter, Rundfunkfreiheit, Kunstfreiheit und Jugendschutz, AfP 1992, S. 23 ff., 26.
- 6 F.-C. Schroeder, Pornographie, Jugendschutz, Kunstfreiheit, Heidelberg, 2002, S. 21 ff.; R. Maurach/F.-C. Schroeder/M. Maiwald, BT I 9. Aufl. 2003, § 23 Rn. 4 f.; so auch T. Weigend, Strafrechtliche Pornographieverbote in Europa, ZUM 1994, S. 133 ff. (137); M. Schreiberbauer, Das Pornographieverbot des § 184 StGB, Regensburg, 1999, S. 126 ff.; T. Hörnle, Anm. zu BVerwGE 116, 5, JZ 2002, S. 1062 ff. (1063); G. Wolters, SK § 184 Rn. 5. And. die h.M., am ausführlichsten wohl BVerwGE 116, 5, 19; ferner etwa H. Ostendorf, Zur Forderung nach einem neuen neuen Pornographiebegriff, MSchrKrim 2001, S. 372 ff. (380 f.); H. Schumann, Zum strafrechtlichen und rundfunkrechtlichen Begriff der Pornographie, Festschrift für Lenckner, München, 1998, S. 565 ff. (570). Zur Diskussion über den Begriff der *obscenity* in den Vereinigten Staaten ausf. F. Schauer, The Law of Obscenity, Washington D.C.: The Bureau of National Affairs, 1976, S. 96 ff.; J. Feinberg, *Offense to Others*, Oxford: Oxford University Press, 1985, S. 97 ff.

## B. Der theoretische Rahmen

### I. Der autonomiebezogene politisch-liberale Ansatz im Streit der liberalen und moralistischen Positionen

#### 1. Der konservativmoralistische Ansatz

Die am Nächsten liegende Rechtfertigung von Pornografieverboten – wozu sich auch das geltende Recht bis zum 4. StrRG von 1973 bekannte,<sup>7</sup> und die im Ausland vielfach noch positivrechtlich verankert ist<sup>8</sup> –, ist die *moralistische*. Früher hieß es auch, unzüchtige Darstellungen seien ein Sittlichkeitsdelikt. Unzüchtig ist eine Darstellung, die geeignet ist, das Scham- und Sittlichkeitsgefühl des normal empfindenden Menschen in geschlechtlicher Beziehung zu verletzen.<sup>9</sup> In Deutschland findet man heute nur noch vereinzelt Stimmen, die die Pornografievorschriften einem „Schutz der Sexualverfassung“ zuordnen.<sup>10</sup>

#### 2. Zweckmäßighkeitsbezogene Kritik: Rechtsgutslehre, Harm Principle

Gegen die moralistische Position lassen sich zunächst zweckmäßighkeitsbezogene Argumente anführen, wobei die *Rechtsgutslehre* das prominenteste sein dürfte.<sup>11</sup> Aufgabe des Strafrechts sei demnach der Rechtsgüterschutz, weder die Sittlichkeit noch eine Sexualverfassung seien aber Rechtsgüter. Ein weiteres, der Rechtsgutslehre nahestehendes Zweckmäßighkeitsargument ist das angelsächsische *Harm Principle*, wo-

7 Ausf. *Schroeder*, Pornographie (Fn. 6), S. 4 ff.

8 Z.B. in Belgien, Art. 383 *Código Penal*; Brasilien (Art. 234 *Código Penal*); England (*Obscene Publications Acts v. 1959 u. 1964*); Italien (Art. 528 *Codice Penale*), verfassungsrechtlich bestätigt durch Urteil der Corte Costituzionale, in: *Giurisprudenza Italiana* 145 (1993), Sp. 1160 ff. m. Anm. *Luther*; Kanada (§ 163 *Criminal Code*); USA (18 USC §§ 1462 ff.); w.Nachw. (im Rahmen eines rechtsvergleichenden Überblicks) bei *T. Weigend*, Strafrechtliche Pornografieverbote in Europa, 1994, S. 134 f.; *U. Sieber*, Mindeststandards für ein globales Pornografiestrafrecht, ZUM 2000, S. 89 ff. (S. 91 Fn. 16; S. 96 Fn. 59, 60); *M. Liesching*, Jugendmedienschutz in Deutschland und Europa, Regensburg, 2002, S. 191 ff.; *ders.* Pornografieverbote in Staaten der EU, MMR 2003, S. 156 ff.; *H.-J. Albrecht/I. Hotter*, Rundfunk und Pornografieverbot, München, 2002, S. 93 ff., 163.

9 BGHSt 23, 40 (42 f.); 11, 67 (72); 5, 346 (347); 3, 295 (296); RGSt 32, 418; BayOLGSt 1974, 175 (180); *E. Mezger*, in: Nagler u.a. (Hrsg.), *Leipziger Kommentar*, 6./7. Aufl., Bd. 2, Berlin, 1951, § 184 Nr. 3.

10 Insbesondere *E. Dreher*, Die Neuregelung des Sexualstrafrechts eine geglückte Reform?, JR 1974, S. 45 ff. (46 f., 54); *H. Tröndle*, Strafgesetzbuch 48. Aufl. 1997, § 184 Rn. 4; ähnl. *Kathechismus der Katholischen Kirche* 1997, Rn. 2354. Im Ausland *I. Kristol*, Pornography, Obscenity, and the Case for Censorship, in: *Feinberg/Gross* (Hrsg.), *Philosophy of Law*, 2. Aufl., California: Wadsworth, 1980, S. 220 ff.; *H. Clor*, *Public Morality and Liberal Society*, Indiana: University of Notre Dame Press, 1996, insbesondere S. 63: Pornografieverbot als Ausdruck einer „ethic of self restraint“; aus kommunitarischer Sicht *M. Sandel*, *Morality and the Liberal Ideal*, in: *Public Philosophy*, Harvard: Harvard University Press, 2005, S. 147 ff. (154).

11 Begründung des Entwurfs zum 4. StrRG, BT-Drs. VI/1552, S. 9 f., 15, 33; heutzutage i.S.d. Rechtsgutstheorie *C. Roxin*, Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte, Festschrift für Hassemer, Heidelberg, 2010, S. 573 ff.; *ders.* Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?, in: *Hefendehl* (Hrsg.), *Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus*, Köln u.a., 2005, S. 135 ff. (144 ff.); *B. Schünemann*, Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation, in: *Hefendehl/Wohlers/v. Hirsch* (Hrsg.), *Die Rechtsgutstheorie*, Baden Baden 2003, S. 133 ff.; *R. Hefendehl*, Mit langem Atem: Der Begriff des Rechtsguts, in: *GA* 2007, S. 1 ff.; *M. Heinrich*, Strafrecht als Rechtsgüterschutz – Ein Auslaufmodell?, Festschrift für Roxin II, Berlin/New York, 2011, S. 131 ff.

nach strafrechtliche Verbote erst bei einem Schaden oder bei einer Gefahr für Interessen anderer, und nicht schon bei einer Beeinträchtigung einer allgemeineren Sittlichkeit oder einer konkreteren Sexualverfassung legitimierbar seien.<sup>12</sup> Bei diesen Lehren ist aber zu bemängeln, dass sie ihren Anspruch, das Strafrecht zu liberalisieren, nur eingeschränkt zu erfüllen vermögen. Denn jedes moralwidrige Verhalten kann durchaus indirekt rechtsgutsbezogene Folgen bzw. Schäden herbeiführen. Ob dies der Fall ist, hängt von empirischen Bedingungen ab, die sich immer ändern können und deren Beurteilung letztlich der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers unterliegt. Außerdem ist hier eine Abwägung zwischen Gewinnen und Verlusten vorzunehmen, die objektiver Beurteilung weitgehend unzugänglich ist und bei der deshalb auch nur der Gesetzgeber das letzte Wort haben kann. Der Moralist kann also die Sprache der Rechtsgutslehre und des Harm-Principle sprechen und trotzdem weiterhin fast alle seine Standpunkte vertreten. Er kann etwa behaupten, Pornografie gehe einher mit Prostitution, die mit sexuellem Missbrauch und sexueller Nötigung, Betrug, Diebstahl und Erpressung, Hehlerei und Geldwäsche verbunden sei; oder dass die anerkannten Rechtsgüter des Jugendschutzes und des Konfrontationsschutzes<sup>13</sup> nur wirksam gefördert werden können, wenn die Pornografie auch willigen Erwachsenen verboten wird, so dass ein solches umfassendes Verbot angesichts der Bedeutsamkeit der bedrohten Güter angemessen sei.<sup>14</sup> Ob diese Sätze empirisch zutreffend sind oder nicht, und ob die Abwägung überzeugt oder nicht, spielt keine Rolle; entscheidend ist, dass der liberale Standpunkt bereits dann geschwächt ist, wenn die Diskussion auf dieser Ebene geführt werden muss.

### 3. Deontologisch orientierte Kritik: Autonomie

Grund für diese Unzulänglichkeit ist m.E. die zweckmäßigkeitbezogene Struktur beider Argumente, die die liberalen Schlussfolgerungen von empirischen Gegebenheiten und von Abwägungen abhängig macht. Deshalb habe ich vorgeschlagen, die Liberalisierung des Strafrechts unter der Flagge der Privatsphäre oder besser der *Autonomie* zu führen.<sup>15</sup> Autonomie ist als das *Recht* zu verstehen, *sich an einem*

12 Insb. J. Feinberg, *Harm to Others*, Oxford: Oxford University Press, 1984, S. 14 f. u. passim. Zur Möglichkeit, dieses Prinzip durch ein Offence-Principle zu ergänzen s. u. II 1.

13 Hierzu u. C.I.1., 2.

14 Weitere Beispiele: Dreher, JR 1974, S. 54: „Sozialschädlichkeit von Pornographie“; in Amerika: W. Berns, *Pornography vs. Democracy, The Public Interest* 22 (1971), 13 ff.; ders. *Liberal Censorship?*, *The Public Interest* 65 (1981), S. 146 ff. (149); Clor, *Morality* (Fn. 10), S. 29 ff., 48 ff., 60 ff.: „individuals who cannot govern themselves are unsuitable for political self-government“ (73) – Pornografie untergrabe nach beiden Autoren deshalb die Voraussetzungen einer Demokratie.

15 L. Greco, Was lässt das Bundesverfassungsgericht von der Rechtsgutslehre übrig?, ZIS 2008, 234 ff. (236 ff.); ders. *Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie*, Berlin, 2009, S. 349 ff.; ders. *Strafbarer Drogenbesitz, Privatsphäre, Autonomie*. Überlegungen anlässlich der Entscheidung des argentinischen Verfassungsgerichts zur Verfassungswidrigkeit des Straftatbestandes des Besitzes von Betäubungsmitteln zum Zwecke des Eigenkonsums, in: Hefendehl (Hrsg.), *Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts*, Berlin, 2010, S. 73 ff. (80 ff.).

*eigenen Bild des guten Lebens orientieren.*<sup>16</sup> Die Sittlichkeit bzw. die Sexualordnung sollen nicht durch die Rechtsordnung geschützt werden, weil sie mit der Frage nach dem guten Leben zu tun haben, die nach liberaler Auffassung der Domäne des Einzelnen zuzurechnen ist. Dass aus einer Betätigung im internen Bereich *indirekte Folgen* für andere entstehen können, ist der antizipierte Preis für die Anerkennung der Autonomie durch unsere Gesellschaft.<sup>17</sup> Erst nach Überschreitung dieser internen Grenzen kann nach den indirekten Folgen gefragt werden.

Wohlgermerkt: Darüber, ob die Sittlichkeit wertvoll ist oder nicht, oder ob es eine richtige Sexualordnung gibt oder nicht, wird hier nicht geurteilt. Der hier vorgeschlagene autonomietheoretische Strafrechtsliberalismus will sich in den allgemeineren Rahmen eines *politischen Liberalismus* einordnen, der bezüglich all dieser Fragen streng neutral zu bleiben versucht.<sup>18</sup> Der die Religionsfreiheit anerkennende politisch-liberale Staat sagt nicht, es gebe keinen Gott; der die Autonomie achtende Staat behauptet ebenso wenig, es gebe kein gutes Leben.

#### 4. Alternativen?

Wegen der verschwindend geringen Zahl ihrer ausdrücklichen Vertreter könnte man sich fragen, warum man sich die Mühe macht, die moralistische Position überhaupt zu erwähnen und zu widerlegen. Dies erscheint aus drei Gründen erforderlich: erstens weil das *Bundesverfassungsgericht* dem strafrechtlichen Moralismus ausdrücklich seinen Segen gegeben hat, als es in der Inzest-Entscheidung dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber das Recht zusprach, ein „in der Gesellschaft verankertes Unrechtsbewusstsein“ bzw. eine „kulturhistorisch begründete, nach wie vor wirkräftige gesellschaftliche Überzeugung von der Strafwürdigkeit“ einer Tat als Grund für eine Kriminalisierung anzusehen.<sup>19</sup> Zweitens präsentiert sich der Moralismus in neuerer Zeit im Gewand einer moderner anmutenden Terminologie, nämlich der der

16 Ähnliche Bestimmungen oder Konzepte bei R. Nozick, *Anarchy, State, and Utopia*, Malden: Blackwell, 1974, S. 49; R. Dworkin, *Is there a Right to Pornography?*, in: *Oxford Journal of Legal Studies* 1 (1981), S. 177 ff. (194) („right to moral independence“); J. Rawls, *Justice as Fairness: Political, not Metaphysical*, in: *Collected Papers*, Massachussets/London: Harvard University Press, 1999 (zuerst 1985), S. 388 ff. (398); ders. *Political Liberalism: Fundamental Ideas*, in: *Political Liberalism*. Expanded Edition, New York, 1993, S. 3 ff. (30 ff.) („politisches Konzept der Person“); H. Spector, *Autonomy and Rights*, Oxford: Clarendon Press, 1992, S. 91 ff.; T. Hill Jr., *The Importance of Autonomy*, in: *Autonomy and Self-Respect*, Cambridge: Cambridge University Press, 1991, S. 43 ff. (47 ff.).

17 Gegen die Heranziehung indirekter Folgen bei der Bestimmung der Grenzen der Autonomie insbesondere L. Greco in: Hefendehl (Fn. 15), S. 81 ff.; ferner ders. ZIS 2007, 236 ff.; ders. *Lebendiges* (Fn. 15), S. 344 ff.; ders. *Zur Strafwürdigkeit des Selbstdopings im Leistungssport*, in: GA 2010, S. 622 ff. (636); im Erg. auch B. Haffke, *Drogenstrafrecht*, ZStW 107 (1995), S. 761 ff. (780); K. Lüderssen, *Das „Recht über sich selbst“*, in: *Abschaffen des Strafens?*, Frankfurt a.M., 1995, S. 238 ff. (251).

18 Etwa J. Rawls, *Reply to Habermas*, in: *Political Liberalism* (Fn. 16), S. 372 ff. (374 ff.); C. Larmore, *The Moral Basis of Political Liberalism*, in: *The Autonomy of Morality*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, S. 139 ff. (144 ff.).

19 BVerfGE 120, 224, 248 f. Seinerseits bejahte der amerikanische Supreme Court ein „Right of the Nation and of the States to maintain a decent society“ (*Paris Adult Theatre I v. Slaton*, 413 U.S. 49 [1973], S. 59).

*Würde*.<sup>20</sup> Dahinter steht häufig nichts anderes als die staatliche Durchsetzung einer bestimmten Vorstellung des guten Lebens unter offener Missachtung der Autonomie – weshalb zu Recht über eine „Tyrannei der Würde“ geklagt wurde.<sup>21</sup> Drittens werden auch in der akademischen Welt moralistische Positionen zunehmend wieder salonfähig. Zur Unterscheidung wurde die oben angesprochene Position *konservativ-moralistische* Ansicht genannt, der die unten a) und b) diskutierte *progressivmoralistische* Position gegenübergestellt werden kann.

a) Eine insbesondere in den Sozialwissenschaften, aber langsam auch in der Jurisprudenz<sup>22</sup> Boden gewinnende weitere Spielart des Moralismus ist der *Feminismus*. Im Zusammenhang mit der Pornografiediskussion bedient sich der feministische Ansatz insbesondere zweier Argumentationsformen,<sup>23</sup> die nicht immer sauber voneinander unterschieden werden und nach dem oben Gesagten als unzureichend und moralistisch abgelehnt werden müssen.<sup>24</sup> Erstens verweist er auf angebliche Schäden

- 20 Beispiele: BVerwGE 64, 274, 278 ff. (Peep-Show); 84, 314, 317 (ebso.); VGH München NVwZ 1992, 76 (Zurschaustellung von Frauen hinter Gittern).
- 21 So U. Neumann, Die Tyrannei der Würde, ARSP 84 (1998), S. 153 ff.; krit. ebenso N. Hoerster, Zur Bedeutung des Prinzips der Menschenwürde, JuS 1983, S. 93 ff. (94 ff.); E. Hilgendorf, Die mißbrauchte Menschenwürde, Jahrbuch für Recht und Ethik 7 (1999), S. 137 ff.; C. Roxin, Strafrecht AT Bd. I 4. Aufl. 2006 § 2 Rn. 20 ff.; ausf. und diff. T. Hörnle, Grob anstößiges Verhalten, Frankfurt a.M. 2005, S. 116 ff. Deshalb ist der Versuch, Pornografie mit Bezug auf den Begriff der Menschenwürde zu bestimmen (Schumann, Pornographie [Fn. 6], S. 573 f., insbesondere 579 ff.; E.G. Mahrenholz, Brauchen wir einen neuen Pornographie-Begriff, ZUM 1998, S. 525 ff. [527 f.]; I. Ulich, Der Pornographiebegriff und die EG-Fernsehrichtlinie, Baden Baden, 2000, S. 85 ff.; und früher bereits Dreber, JR 1974, S. 56; [ähn. Ostendorf, MschrKrim 84 (2001), 385]) schon vom Ansatz her verfehlt (ähn. K.H. Ladeur Was ist Pornografie heute?, AFP 2001, S. 471 ff. [472 f.]; i.Erg. auch M. Erdemir, Filmzensur und Filmverbot, Marburg, 1999, S. 141 f.; ders. Neue Paradigmen der Pornografie?, MMR 2003, 628 ff. [632] wenn auch mit anderer, nicht den Kern der Sache treffender Begründung). Aus der Praxis KG NStZ 2009, 446, wo zu Unrecht der pornografische Charakter eines Kalenders, in dem Abbildungen von Männern mit erigiertem Penis abgedruckt waren, unter anderem mit dem Argument abgelehnt wurde, die Publikation lasse die Bemühung erkennen, Männer unterschiedlicher Nationalität, Haarfarbe und Bartwuchs zu präsentieren, so dass sie nicht zu auswechselbaren Objekten sexueller Begierde degradiert worden seien (448). Soll das heißen, lediglich Kalender mit Fotos ähnlich aussehender Männer seien pornografisch?
- 22 Umf. m.w.Nachw. S. Elsumi, Feministische Rechtstheorie, in: Buckel u.a. (Hrsg.), Neuere Theorien des Rechts, Stuttgart, 2006, S. 117 ff.
- 23 Sehr unklar ist auch, ob sich die Kritik an jede Form der an Männer gerichteten Pornografie oder nur an die Gewaltpornografie richtet. Weitere Argumente gibt es durchaus, die aber eher eine Nebenrolle spielen dürften und zudem offensichtlich verfehlt sind: so etwa das Argument des Schutzes der Darsteller (etwa C. MacKinnon, Feminism Unmodified, Massachusetts/London: Harvard University Press, 1987, S. 157, 179 f.; L. Lederer, Then and Now: An Interview with a Former Pornography Model, in: Lederer [Hrsg.], Take Back the Night. Women on Pornography, New York: Morrow, 1980, S. 57 ff.; D. Russell, Testimony Against Pornography: Witness from Denmark, ebda., S. 82 ff. [83 f.] und viele Aufsätze im selben Band), das eine Instanz eines unvertretbaren direkten und harten Paternalismus darstellt (ebenso E. Özmen/M. Schröter, Im Reich der Sinne. Pornografie als rechtsethisches Problem, ARSP 94 [2008], S. 434 ff., 436); das Argument, Pornografie führe dazu, dass Frauen nicht mehr als ebenbürtige Diskussteilnehmer wahrgenommen würden, so dass ihre Meinungsfreiheit verletzt sei (MacKinnon, aaO., 193 ff.), ist eine maßlose Übertreibung; oder die Einbeziehung der Pornografiekritik in eine allgemeinere Kapitalismuskritik (D. Russell, aaO. 84 f.), die eine Verlagerung der Diskussion hin zu anderen Themen zur Folge hat.
- 24 Eine darüber hinausgehende Kritik der eigentlich sehr unterschiedlichen Versionen des Feminismus kann hier nicht geleistet werden, hierzu R. Gargarella, Las teorías de la justicia después de Rawls, Barcelona u.a.: Paidós, 1999, S. 87 ff.;

des Konsums von Pornografie – Pornografie fördere indirekt Vergewaltigungen<sup>25</sup> – was, wie oben gesehen, ein unzureichender empirischer Verweis auf indirekte Folgen ist.<sup>26</sup> Zweitens und noch bedenklicher ist die offene Heranziehung von Bildern eines guten Lebens: Pornografie „entwürdige“ Frauen, verdingliche sie, und trage somit dazu bei, dass Männer Frauen als unterdrückte Objekte sexueller Begierde ansehen.<sup>27</sup> Hiermit wird also vorausgesetzt, dass eine überwiegend auf die schiere Sexualität gerichtete Lebensorientierung moralisch verwerflich sei. Auch wenn dies der Fall sein sollte, darf eine solche Lebensorientierung aber nicht vom Staat mit Zwangsmitteln bekämpft werden.<sup>28</sup>

b) Ein weiterer problematischer Ansatz ist der, den man wohl treffend als *moralistischen Liberalismus* – im Gegensatz zum oben erwähnten politischen Liberalismus – bezeichnen könnte. Vor allem wird behauptet, dass Pornografie zur Erosion irrationaler Tabus beitrage und insofern grundsätzlich befreiend wirke.<sup>29</sup> Dieser Ansatz

- 25 So S. *Brownmiller*, *Against our Will*, Middlesex u.a.: Penguin, 1976, S. 390 ff.; R. *Morgan*, *Theory and Practice: Pornography and Rape*, in: Lederer (Fn. 23), 134 ff. (139: „Pornography is the theory, rape is the practice“); *MacKinnon* (Fn. 23), 184 ff.; H. *Longino*, *What is Pornography?*, in: Lederer (Fn. 23), S. 40 ff. (47 f.); L. *Clark*, *Liberalism and Pornography*, in: Copp/Wendell (Hrsg.), *Pornography and Censorship*, New York: Prometheus, 1983, S. 45 ff., etwa S. 56; S. *Baer/V. Slupik*, *Entwurf eines Gesetzes gegen Pornographie*, KritJ 1998 S. 171 ff. (174); Versuch empirischer Belege bei I. *Diamond*, *Pornography and Repression*; P. *Bart/M. Jozsa*, *Dirty Books, Dirty Films, and Dirty Data*; D. *Russell*, *Pornography and Violence: What does the New Research Say?*, in Lederer (Fn. 23), 187 ff., 204 ff., 218 ff.; L. *Baron/M. Straus*, *Sexual Stratification, Pornography and Rape*, in: Malamuth/Donnerstein (Hrsg.), *Pornography and Sexual Aggression*, Florida, 1984, S. 185 ff. (207); D. *Zillmann/J. B. Weaver*, *Pornography and Men’s Sexual Callousness toward Women*, in: Zillmann/Bryant (Hrsg.) *Pornography. Research Advances & Policy Considerations*, New Jersey, 1989, S. 95 ff.
- 26 Dass der Kausalzusammenhang zweifelhaft ist (so *Feinberg*, *Offense* [Fn. 6], S. 149 ff., 157; R. *Dworkin* [Fn. 16], S. 219), ist demgegenüber zweitrangig.
- 27 A. *Dworkin*, *Pornography. Men possessing women*, London: The Women’s Press, 1979, etwa S. 200: Pornografie sei die „graphic depiction of women as vile whores“; *MacKinnon* (Fn. 23), etwa S. 148 ff., 171 ff.; *Longino* (Fn. 25), S. 42 ff.; J. *Bat-Ada*, *Playboy isn’t Playing*, in: Lederer (Fn. 23), 121 ff. (etwa S. 122 ff., 127: „sexueller Faschismus“ – Playboys Herausgeber Hugh Hefner wird sogar mit Hitler verglichen!); A. *Garry*, *Pornography and Respect for Women*, in: Copp/Wendell (Fn. 25), S. 61 ff. (70 ff., wenn auch wesentlich differenzierter zum Gehalt der Entwürdigung); L. *Clark* (Fn. 25), S. 52 ff.; *Baer/Slupik*, KritJ 1998, S. 175; S. *Kappeler*, *Pornographie. Die Macht der Darstellung*, München, 1988; S. *Easton*, *The Problem of Pornography*, London/New York: Routledge, 1994, S. 158 ff., die Pornografie als eine Art von Volksverhetzung („incitement to sexual hatred“) versteht; A. W. *Eaton*, *A sensible antiporn feminism*, *Ethics* 2007, S. 674 ff.
- 28 Im Erg. ähnl. E. *Hoffman*, *Feminism, Pornography, and Law*, *University of Pennsylvania Law Review* 133 (1985), S. 497 ff. (525 ff.); *Weigend*, ZUM 1994, S. 139; *Ladeur*, AfP 2001, S. 473, eher mit der Meinungsfreiheit argumentierend; ebenso R. *Dworkin* (Fn. 16), S. 217 ff. In der Konsequenz des Ansatzes liegen ferner kaum nachvollziehbare Unterscheidungen – etwa die, wonach nur heterosexuelle Pornographie problematisch sei, nicht aber lesbische (so N. *Lacey*, *Theory into Practice: Pornography and the Public/Private Dichotomy*, in: *Journal of Law and Society* vol. 20 [1993], S. 93 ff. [S. 107]) oder schwule (J. *Sherman*, *Love Speech: The Social Utility of Pornography*, in: *Stanford Law Review* 47 [1995], S. 661 ff.; ansatzweise auch *Clark* [Fn. 25], S. 54 Fn. 9).
- 29 Deziert *Sherman* (Fn. 28), S. 661 ff. (für schwule Pornografie); etwas davon bei F. *Berger*, *Pornography, Sex and Censorship*, in: Copp/Wendell (Fn. 25), S. 83 ff. (S. 91, 100); und bei den Schriftstellerin S. *Sontag*, *The Pornographic Imagination*, in: *Styles of Radical Will*, New York, 1966, S. 35 ff. (65 f., 70 ff.); D.H. *Lawrence*, *A propos of Lady Chatterley’s Lover*, in: *Sex, Literature and Censorship*, hrsgg. v. H.T. Moore, New York, 1953, S. 92: „I want men and women able to think sex, fully, completely, honestly and cleanly“. Wohl auch *Özmen/Schröter*, ARSP 94 (2008), S. 446 f.

verstößt indes gegen die politisch-liberale Neutralität bezüglich des guten Lebens. Autonomie als Begriff der politischen Sphäre wird in die Sphäre der Individualmoral hinein transportiert, was die – nur auf den ersten Blick paradoxe – Folge hat, dass die Autonomie entwertet wird: Denn eine die Autonomie des Einzelnen respektierende Perspektive muss auch die Entscheidung für Keuschheit und Enthaltbarkeit achten.<sup>30</sup>

c) Der letzte in diesem Zusammenhang noch zu erwähnende Ansatz ist der eines *skeptischen Liberalismus*.<sup>31</sup> Moralschutz durch Zwang dürfe nicht sein, weil Moral – um eine Wendung *Radbruchs* aufzugreifen<sup>32</sup> – keine Sache der Erkenntnis, sondern der Bekenntnis sei.<sup>33</sup> Dieser Ansatz wirkt vor allem in Zeiten des Pluralismus auf den ersten Blick durchaus attraktiv. Obwohl man ihn nicht des Moralismus bezichtigen kann – denn er versucht gerade nicht, dem Einzelnen eine Vorstellung des guten Lebens aufzuzwingen –, erklärt er alle, die ihr Leben nach einem für allgemein verbindlich gehaltenen Bild ausrichten (also alle Gläubigen; alle Veganer), zu Irrenden, womit klar wird, dass auch er den streng der politischen Sphäre zugewiesenen Rahmen des politischen Liberalismus überschreitet.<sup>34</sup>

## 5. Zwischenfazit

*Zusammengefasst* ist also daran festzuhalten, dass nur ein *auf der Autonomie aufbauender liberaler Ansatz* angemessen ist, der seine Ansprüche allein auf der *politischen* und nicht auf einer sonstigen Ebene stellt. Bei dieser eher unbestimmten Umschreibung der Autonomie als Recht des Einzelnen, sein Leben nach seiner Vorstellung des Guten zu führen, muss man es an dieser Stelle auch belassen. Dennoch kann man aus dem Gesagten zwei sehr konkrete Richtlinien ableiten, die im weiteren Verlauf der vorliegenden Reflexionen eine wichtige Rolle spielen werden, nämlich die Unzulässigkeit, ein strafrechtliches Verbot mit *Bildern des guten Lebens* – also mit

- 30 Explizit zur rein politischen und nicht ethisch-umfassenden Dimension der Autonomie im politischen Liberalismus J. Rawls, Powers of Citizens and Their Representation, in: Political Liberalism (Fn. 16), S. 77 f.
- 31 Metaethisch genauer wäre es, einen *relativistischen Ansatz*, für den der Wahrheitswert moralischer Sätze nur relativ zu den Überzeugungen einer bestimmten Gruppe ist (G. Harman, Moral Relativism Defended, in: Shafer-Landau [Hrsg.] Ethical Theory. An Anthology, Malden: Blackwell, 2007, S. 41 ff. [41]), von einem *nonkognitivistischen Ansatz* zu unterscheiden, für den moralische Sätze keinen Wahrheitswert haben (H. J. Cloren, Ethischer Nonkognitivismus, in: Ritter/Gründer [Hrsg.], Historisches Wörterbuch der Philosophie, Darmstadt, Bd. 6, 1984, S. 898 ff. [899]) und vom Ansatz der sog. *Error-Theory*, wonach moralische Sätze durchaus einen Wahrheitswert haben, nur einen negativen (J.L. Mackie, Ethics. Inventing Right and Wrong, London u. a.: Penguin, 1977, S. 15 ff., 38 ff., 48 f.). Weil diese subtilen Unterscheidungen vor allem in klassischen Texten nicht immer beachtet werden, soll hier das Wort Skeptizismus als vage umfassende Kennzeichnung dieser drei Positionen gebraucht werden.
- 32 G. Radbruch, Rechtsphilosophie, Studienausgabe, hrsgg. v. Dreier/Paulson, Heidelberg, 1999 (zuerst 1932) § 2.2 (S. 15).
- 33 Dem sehr nahestehend W. Weischedel, Skeptische Ethik, Frankfurt a.M. 1976, insbesondere S. 206; R Epstein, Skepticism and Freedom, Chicago: Chicago University Press, 2003.
- 34 Kritisch zum Versuch, den Liberalismus auf der Grundlage eines Skeptizismus zu begründen R. Dworkin (Fn. 16), S. 189.

einem Hinweis auf Selbstentwürdigung, -degradierung, -verrohung usw. – oder allein durch eine *Heranziehung indirekter Folgen* zu begründen.

Es muss aber klargestellt werden, dass auch ein solcher Ansatz Platz für zweckmäßighkeitsbezogene und deshalb auch empirische Erwägungen hat, die am besten durch die *Rechtsgutslehre* ausgedrückt werden können, wie an anderer Stelle ausführlich begründet wurde.<sup>35</sup> Dies steht jedoch erst an zweiter Stelle, da der Zweck des Rechtsgüterschutzes nur innerhalb der Schranken der Respektierung der Autonomie verfolgt werden darf.<sup>36</sup>

Dass der Blick auf auch jenseits der zu schützenden Güter stehende Überlegungen erweitert werden muss, ist im Pornografiestrafrecht seit jeher bekannt. In Deutschland wird vor allem das Grundrecht der *Kunstfreiheit* (Art. 5 III GG),<sup>37</sup> in Amerika das 1st Amendment (*freedom of speech*)<sup>38</sup> herangezogen. Dies ist zwar nicht falsch, bleibt aber ergänzungsbedürftig. Zunächst betreffen diese Rechte in erster Linie den Hersteller bzw. Vertreiber von Pornografie, nicht aber den Konsumenten, was in Zeiten zunehmender Kriminalisierung des bloßen Besitzes (so auch §§ 184 b, c StGB) unbefriedigend erscheint. Zweitens sehen sich diese Ansätze spezifischen Schwierigkeiten ausgesetzt. Hierunter fällt z.B. die Frage, ob Pornografie tatsächlich als *speech*<sup>39</sup> oder *Kunst*<sup>40</sup> eingeordnet werden kann, und vor allem das Problem, dass der Maßstab der Kunstfreiheit letztlich in eine Abwägung mündet,<sup>41</sup> und somit nicht wie ein Trumpf, sondern nur wie ein verrechenbares Gegeninteresse funktioniert. Obwohl ein solcher Ansatz der älteren „*Sphärentheorie*“ des Bundesverfassungsge-

35 L. Greco, *Lebendiges* (Fn. 15), S. 353 f.

36 Bereits Greco, ZIS 2008, 237 f.; ders. *Lebendiges* (Fn. 15), S. 230 ff., 349 ff.; auch C. Roxin, *Zur Strafbarkeit des Geschwisterinzests*, StV 2009, S. 544 ff. (545 ff., 547 ff.); ders. *Rechtsgutsdebatte* (Fn. 11), 585.

37 Hierzu ausf. Hörnle MK (Fn. 2), § 184 Rn. 22 ff.; Schreibaue, *Pornographieverbot* (Fn. 6), S. 154 ff.

38 Vgl. T. Scanlon, *Freedom of Expression and Categories of Expression*, in: Copp/Wendell (Fn. 25), S. 139 ff. (157 ff.); R. Dworkin (Fn. 16), S. 217 ff.; dagegen Longino (Fn. 25), S. 52 f.; W. Kaminer, *Pornography and the First Amendment*; S. Brownmiller, *Let's Put Pornography Back in the Closet*; A. Dworkin, *For Men, Freedom of Speech, for Women, Silence Please*, alle in Lederer (Fn. 23), S. 241 ff., 252 ff., 256 ff.

39 Dagegen etwa F. Schauer, *Free Speech*, Cambridge: Cambridge University Press, 1982, S. 181 f. („sexual aid“); ähnl. C. Sunstein, *Pornography and the First Amendment*, *Duke Law Journal* 4 (1986), S. 589 ff. (617: „low value speech“). Hierzu ausf. die Aufsätze in Copp/Wendell (Fn. 25).

40 Dies war vor allem zur Zeit der sog. *Exklusivitätsthese*, wonach Kunst und Pornografie sich gegenseitig ausschließen, entscheidend (Nachw. bei den o. Fn. zitierten Autoren); seit der Wendung zum „formellen“ und später zum „offenen“ Kunstbegriff ist indes weitgehend anerkannt, dass Überschneidungen möglich sind (BVerfGE 83, 130 [138 f.]; BGHSt 37, 55 [57 ff.]) – obwohl gleichzeitig eingesehen werden muss, dass der Großteil der heute im Vordergrund stehenden Pornofilme nicht einmal nach den neueren Kunstbegriffen als Kunst angesehen werden kann.

41 So BVerfGE 83, 130 (139 ff.); BGHSt 37, 55 (64 ff.).

richts<sup>42</sup> zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG) am nächsten kommt, da er sich weitgehend mit der unabwägbaren Sphäre des seit der Lauschangriffs-Entscheidung rehabilitierten Kernbereichs privater Lebensgestaltung decken soll,<sup>43</sup> ist der Begriff der Autonomie dem der *Privatsphäre* vorzuziehen, weil jene räumliche Konnotationen besitzt, die leicht irreführend sein können.<sup>44</sup>

## II. Ergänzungen?

Es bleibt noch zu fragen, ob die hier vorgeschlagene Perspektive durch andere Gesichtspunkte zu ergänzen ist. Dies ist aber nach näherem Hinsehen nicht der Fall.

### 1. Belästigungsprinzip (offence principle)

Dem vor allem aus dem angelsächsischen Raum stammenden Versuch, die Legitimität von Kriminalisierungen auch an einem „Belästigungsprinzip“ zu messen, sollte man distanziert gegenüberstehen. Sind Belästigungen *psychologisch*, nämlich als unangenehme Gefühle oder Empfindungen zu verstehen – so *Feinberg*,<sup>45</sup> der auch Pornografieverbote auf derartige psychische Zustände zurückführen möchte<sup>46</sup> –, dann bleibt unklar, weshalb die Verhinderung einer Belästigung überhaupt rechtlich von Bedeutung sein kann.<sup>47</sup> Aus welchem Grund gerade die Gefühle der Gegner derjenigen der Befürworter von Pornografie vorgezogen werden, besagt ein solches Kriterium nicht; es kann höchstens darauf verweisen, dass die Gegner in der Mehrheit sind – was also einer theoretischen Absehung der Unterdrückung von Minderheiten

- 42 BVerfGE 27, 1 (6 ff.); 32, 373 (378 f.); 33, 367 (376 f.); im Strafrecht *Hörnle*, Verhalten (Fn. 21), S. 50 f., 56 ff.; hierzu etwa *R. Scholz*, Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit, AöR 100 (1975), 80 ff (89 ff.), 265 ff; *U. Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG 39. Lfg. 2001, Art. 2 I Rn. 157 ff.; krit. *H. Dreier* in: Dreier GG Bd. I 2. Aufl. 2004, Art. 2 I Rn. 88; *B. Schönemann*, LK-StGB 12. Aufl. Vor § 201 ff. Rn. 2 f. alle m.w.Nachw.
- 43 BVerfGE 109, 279; dazu ausführlich *C. Roxin*, Großer Lauschangriff und Kernbereich privater Lebensgestaltung, Festschrift für Böttcher, Hamburg, 2007, S. 159 ff. m.w.N.
- 44 So konstatierte der U.S. Supreme Court, der das Verbot des Besitzes unzuchtigen Materials wegen Verstoßes gegen die Privatsphäre für verfassungswidrig erklärt hatte (*Stanley vs. Georgia*, 394 U.S. 557 [1969], S. 565 ff.), kurze Zeit später den Verkauf von unzuchtigem Material an einen Erwachsenen (*United States vs. Reidel*, 402 U.S. 351 [1971], S. 356 ff.) oder die Einfuhr von im Ausland erworbenem unzuchtigem Material (*United States vs. Thirty-Seven Photographs*, 402 U.S. 363 [1971], S. 376: „a port of entry is not a traveler’s home“; *United States vs. 12 200-Ft. Reels of Film*, 413 U.S. 123 [1973], S. 126 ff.) oder den zwischenstaatlichen Transport derartigen Materials (*United States vs. Orito*, 413 U.S. 139 [1973], S. 141 ff.) für nicht mehr von der Privatsphäre gedeckt ansehen; hierzu ausf. *Schauer* (Fn. 6), S. 64 ff.; *C. Tuchman*, Does Privacy Have Four Walls?, Salvaging *Stanley vs. Georgia*, in: *Columbia Law Review* 94 (1994), S. 2267 ff. Zur Diskussion um ein Recht auf Privatsphäre umfassend die Aufsätze in *Penmock/Chapman* (Hrsg.), *Privacy*, New York: Atherton Press, 1971; *Bronaugh* (Hrsg.), *Philosophical Law*, Connecticut/London: Greenwood Press, 1978, S. 139 ff.; und *B. Rössler*, *Der Wert des Privaten*, Frankfurt a.M. 2001.
- 45 *Feinberg*, *Offense* (Fn. 6), S. 1.
- 46 *J. Feinberg*, *Pornography and Censorship*, in: *Copp/Wendell* (Fn. 25), S. 105 ff., S. 133; *ders.* *Offense* (Fn. 6), S. 97 ff., insbesondere 189.
- 47 Ebenso *Hörnle*, *Verhalten* (Fn. 21), S. 82: Kapitulation vor der Macht des Faktischen.

gleichkommt.<sup>48</sup> Insoweit ist *R. Dworkin* zuzustimmen: „The essence of negative liberty is freedom to offend“.<sup>49</sup>

Vertritt man demgegenüber mit *v. Hirsch* und *Simester* einen anspruchsvolleren, nämlich *normativen* Begriff der Belästigung, wonach nur eine rechtswidrige und öffentliche, grob respekt- oder rücksichtslose Behandlung einer Person für eine Kriminalisierung in Betracht kommt,<sup>50</sup> dann muss man sich fragen, wieso man das Belästigungsprinzip überhaupt braucht. Denn alle anhand dieses Prinzips erreichbaren Ergebnisse ließen sich wohl auch mittels der Rechtsgutslehre – unter Rückgriff auf Rechtsgüter wie die Ehre, bestimmte besondere Persönlichkeitsrechte oder das allgemeine Persönlichkeitsrecht – gewinnen.<sup>51</sup>

## 2. Entrüstungsprinzip (indignation principle)

Jüngst plädierte *Androulakis* für die Anerkennung eines Prinzips, das gestatten sollte, die „inhärente Strafwürdigkeit“ von Tabuverletzungen als Rechtfertigung einer Kriminalisierung anzusehen.<sup>52</sup> Sollen aber Tabus gerade Verbote bezeichnen, die keiner Begründung bedürfen,<sup>53</sup> dann leuchtet sofort ein, dass der Verweis auf einen unbegründeten sozialpsychologischen Befund keine Strafvorschrift legitimieren kann. Dieses Konzept verkennt also, dass das im politisch-liberalen Ansatz verkörperte Bekenntnis zur Autonomie erst dann Bedeutung erlangt, wenn das vom Einzelnen gewählte Bild des guten Lebens für die Mehrheit schockierend wirkt.<sup>54</sup>

## 3. Institutionenschutz (Ladeur)

Aus öffentlich-rechtlicher Perspektive wurde vor allem von *Ladeur* vorgeschlagen, die Pornografieverbote nicht als Vorschriften zum Schutz von Gütern, sondern von Institutionen – nämlich der Meinungs- und Medienfreiheiten – anzusehen. Diesen Freiheiten wird die Funktion zugeschrieben, „Thematisierungen für die öffentliche Diskussion zu ermöglichen.“<sup>55</sup> Als Pornografie seien deshalb Darstellungen anzusehen, die an sich nichts thematisieren, die also nicht meinungsbildend, sondern „hand-

48 So *Hörnle*, Verhalten (Fn. 21) S. 82; *Clor*, Morality (Fn. 10), 107.

49 *R. Dworkin* (Fn. 16), S. 218 f.

50 *A. v. Hirsch/A.P. Simester*, Rethinking the Offense Principle, in: Legal Theory 8 (2002), S. 269 ff. (273 ff.); *dies.* Penalising Offensive Behavior, in: *dies.* (Hrsg.) Incivilities: Regulating Offensive Behavior, Oxford/Portland, 2006, S. 115 ff. (119 ff.); *A. v. Hirsch*, Belästigendes Verhalten: Gibt es ein strafrechtliches Belästigungsprinzip?, Festschrift Eser, München, 2005, S. 189 ff. (195 ff.); *ders.* Harm and Offence: Schädigungsprinzip und Belästigungsprinzip als Kriterien für die Kriminalisierung von Verhalten, Festschrift für Herzberg, Tübingen, 2008, S. 915 ff. (921 ff.).

51 Vorausgesetzt, diese Ergebnisse sind richtig – denn möglicherweise umfasst der normative Belästigungsbegriff noch viele rechtlich irrelevante Unhöflichkeiten, vgl. *Hörnle*, Verhalten (Fn. 21), S. 83.

52 *N. Androulakis*, Abschied vom Rechtsgut – Einzug der Moralität? Das Entrüstungsprinzip, Festschrift für Hassemer, Heidelberg, 2010, 271 ff. (279 ff., 284).

53 *N. Androulakis* (Fn. 52 ), S. 283.

54 Krit. zum Hinweis auf Tabus auch *Roxin* AT I § 2 Rn. 43 ff.; *Hörnle*, Verhalten (Fn. 21), S. 110 ff.

55 *Ladeur*, AfP 2001, S. 475.

lungsbezogen“ der Befriedigung sexueller Bedürfnisse dienen.<sup>56</sup> Der Gegenstand der §§ 184 ff. StGB bestehe deshalb darin, die Institution des Rundfunks gegen das Eindringen von Pornografie abzusichern.<sup>57</sup> Ob der institutionelle Ansatz aber die Brücke von der Deutung eines Grundrechts zur Rechtfertigung eines Verbots schlagen kann, ist sehr zweifelhaft. Zugespitzt: Auch Kochbücher sind handlungsbezogen, ermöglichen keine Thematisierungen für die öffentliche Diskussion und dienen der Befriedigung eines Grundbedürfnisses. Dieser Ansatz kann deshalb nicht den Anspruch erheben, auf Umstände zu verweisen, die für die Strafbarkeitsfrage von Relevanz sind.

### C. Die einzelnen Verbote

Die Vorschriften der §§ 184 ff. StGB stellen nicht gerade Beispiele vorbildlicher Gesetzestechnik dar.<sup>58</sup> Die in ihnen enthaltenen umfassenden Verbote sollen laut Gesetzesbegründung dem Schutz spezifischer Rechtsgüter – also nicht dem Sittlichkeitsschutz – verpflichtet sein.<sup>59</sup> Durch Überlegungen zur Begründung und zum genaueren Gehalt des jeweiligen Rechtsguts – vor allem hinsichtlich der Frage, ob es noch den Anforderungen des autonomiebezogenen Ansatzes genügt –, können wir also Pornografiedefinitionen vorschlagen, die diesen Gütern gerecht werden und es ermöglichen, zu ausgewählten Fragen der §§ 184 ff. StGB kursorisch Stellung zu nehmen.

#### I. Sog. einfache Pornografie: Verbreitung pornografischer Schriften (§ 184 Abs. 1 StGB)

##### 1. Jugendschutz

a) Einzelne Verbote des § 184 Abs. 1 StGB sollen in erster Linie dem Rechtsgut des *Jugendschutzes* dienen.<sup>60</sup> Besonders deutlich wird dies bei § 184 Abs. 1 Nr. 1 StGB mit dem Verbot des Anbietens, Überlassens und Zugänglichmachens pornografischer Schriften an eine Person unter 18 Jahren.<sup>61</sup> Gelegentlich unterscheidet man drei Dimensionen des Jugendschutzes, nämlich den Konsumschutz, den Schutz vor einem Missbrauch durch Herstellung und den Schutz vor dem Missbrauch, der dem Konsum von Pornografie durch Erwachsene folgen kann.<sup>62</sup> Bei der einfachen Pornografie geht es nur um Ersteres.

56 *Ladeur*, AfP 2001, S. 475.

57 *Ladeur*, AfP 2001, S. 476.

58 Statt aller *Hörnle*, KritV 2003, S. 304.

59 Außer Betracht bleibt hier indes das Verbot des § 184 I Nr. 9, dessen Gut insbesondere in außenpolitischen Interessen bestehen soll, so *Maurach/Schroeder/Maiwald* (Fn. 6), § 23 Rn. 19; *Hörnle*, MK (Fn. 2) § 184 Rn. 9 m.N. auch zu vereinzelt gebliebenen Gegenmeinungen.

60 BT-Drs. VI/1552, S. 33; VI/3521, 59; ferner die Nachw. in der letzten Fn.

61 Inwiefern die weiteren Vorschriften dem Jugendschutz dienen, wird nicht einheitlich bestimmt, vgl. beispielsweise *Perrom/Eisele* (Fn. 1), § 184 Rn. 3; *Hörnle*, MK (Fn. 2), § 184 Rn. 2 beide m.w.N.

62 *Schreibauer*, Pornographieverbot (Fn. 6), S. 71.

b) In diesem Zusammenhang wird Jugendschutz überwiegend als *ungestörte sexuelle Entwicklung* von Kindern und Jugendlichen,<sup>63</sup> also als „Einwirkungsschutz“<sup>64</sup> verstanden. Die *Schwierigkeiten* des Rechtsguts Jugendschutz liegen in erster Linie aber nicht in dessen Unbestimmtheit<sup>65</sup> oder in den empirisch ungeklärten Zusammenhängen zwischen dem Konsum von Pornografie in jungen Jahren und gestörter Entwicklung.<sup>66</sup> Die Problematik liegt eine Stufe tiefer, nämlich darin, den behaupteten Schaden der Pornografie ohne zumindest impliziten Rückgriff auf eine Vorstellung guten Lebens zu bestimmen. Denn der befürchtete Schaden liegt nach einer verbreiteten Auffassung darin, dass die „Reifung des jungen Menschen zur Ehe- und Familienfähigkeit“ verhindert werde<sup>67</sup> und dass dieser später nur noch dazu in der Lage sei, andere Menschen als auswechselbare Objekte sexueller Befriedigung anzusehen.<sup>68</sup> Damit wird aber implizit vorausgesetzt, dass die angemessene Rolle der Sexualität im Leben etwas sei, das der Staat zwangsweise durchsetzen dürfe. Auch Versuche, das Ziel der ungestörten Entwicklung nicht mehr anhand der christlichen Sexualmoral, sondern anhand „progressiverer“ Maßstäbe festzulegen,<sup>69</sup> müssen als Ausprägungen des oben beschriebenen liberalen Moralismus abgelehnt werden. Diese Störung kann nur als eine Erscheinungsform des „*moralischen Schadens*“ begriffen werden, also eines Schadens, den man nur anhand eines Bildes des guten Lebens beurteilen kann,<sup>70</sup> und dem deshalb in einem liberalen Konzept nur ein sehr begrenzter Raum zukommen kann.<sup>71</sup>

Aus teilweise übereinstimmenden Gründen versucht insbesondere *Renzikowski* den Jugendschutzgedanken von der Vorstellung einer ungestörten Entwicklung abzukoppeln und als einen Aspekt der sexuellen Selbstbestimmung zu begreifen, nämlich

63 BVerfGE 30, 336 (347); BGH NJW 2000, S. 3726; *Erdemir*, MMR 2003, S. 630; *K. Laubenthal*, Sexualstraftaten, Berlin, 2000, Rn. 53 ff., 56, 696; *Perron/Eisele* (Fn. 1), vor §§ 174 Rn. 1. Auch restriktive Ansätze, die Pornografie als „schwere Jugendgefährdung“ begreifen wollen (insbesondere *Mahrenholz*, ZUM 1998, S. 526 ff.; wohl auch *Weigend*, ZUM 1994, S. 138, 140), sind, sofern sie auf die Entwicklung von Jugendlichen abstellen, den unten auszuführenden Einwänden ausgesetzt.

64 Ausdruck von *Sieber*, ZUM 2000, 91.

65 So etwa *Fischer*, StGB 58. Aufl. 2011 § 184 Rn. 2: offen bleibe, was an der Jugend geschützt werden soll.

66 So aber *Weigend*, ZUM 1994, 136; *Hörnle*, Verhalten (Fn. 21), S. 442 ff.; *Renzikowski*, MK-StGB (Fn. 2), vor §§ 174 ff. Rn. 45; *Özmen/Schröter*, ARSP 94 (2008), S. 443; zusammenfassend *Schreibauer*, Pornographieverbot (Fn. 6), 42 ff.; empirische Daten bei *Thornburgh/Lin* (Hrsg.), Youth, Pornography, and the Internet, Washington D.C., 2002, S. 153 f.

67 S. die Nachweise der Bundestagsdiskussion bei *Schreibauer*, Pornographieverbot (Fn. 6), S. 30 f.

68 Vgl. auch BGHSt 37, 55 (63): „Dem Staat fällt die Aufgabe zu, die äußeren Bedingungen für eine dem Menschenbild des Grundgesetzes entsprechende geistige und seelische Entwicklung von Kindern und Jugendlichen zu sichern und sie von solchen Einflüssen fernzuhalten, die diese Entwicklung in eine mit dem Menschenbild des Grundgesetzes nicht zu vereinbarende Richtung lenken“; übereinstimmend BVerwGE 77, 75 (82 f.).

69 Beispielhaft *Schumann* (Fn. 6), insbesondere S. 576, 580 f.; *Hörnle*, JZ 2002, S. 1063.

70 Hierzu insbesondere *Clor*, Morality (Fn. 10), S. 111 ff.; *A. Koppelman*, Does obscenity cause moral harm?, Columbia Law Review 105 (2005), S. 1635 ff. (1641 ff.).

71 Ausf. Diskussion bei *J. Feinberg*, Harm to Others, Oxford: Oxford University Press, 1984, S. 65 ff., 70.

in Form des „Recht(s), von sexuellen Geschehnissen verschont zu bleiben, die noch nicht verarbeitet werden können“.<sup>72</sup> Dieser Versuch hat jedoch nur begrenzten Erfolg, denn er kommt nur scheinbar ohne den Hinweis auf die ungestörte Entwicklung und damit auf Bilder des guten Lebens aus. Ein Schutz der Jugend vor Dingen, die nicht verarbeitet werden können, müsste nämlich konsequenterweise dazu führen, Lehrbücher theoretischer Physik oder die Schriften Kants dem Regime des § 184 Abs. 1 StGB zu unterwerfen.

Der Hinweis darauf, dass Jugendliche noch nicht selbstverantwortlich sind, so dass die Verbote des § 184 Abs. 1 StGB etwa nach dem Muster eines soft paternalism unproblematisch seien,<sup>73</sup> hilft nicht weiter, denn es geht hier im Grunde nicht um Paternalismus im strikten Sinne des Wortes, sondern um Moralismus.<sup>74</sup> Unter dem Stichwort Paternalismus sollen die Fragen des Schutzes der *Interessen* bzw. *Rechtsgüter* des Trägers gegen den Träger selbst diskutiert werden, also von Gütern, die sich unabhängig von einem Bild des guten Lebens bestimmen lassen, die vielmehr Voraussetzung für die Verwirklichung eines jeden solchen Bilds sind. Die den Schutz seines moralischen Wohls betreffenden Gesichtspunkte sollen nicht unter dieser Rubrik angesprochen werden.

c) Weil der Jugendliche selbst nicht über sein moralisches Wohl entscheiden kann, und weil der Staat dies nicht tun darf, gibt es nur eine Instanz, der man nach dem autonomierespektierenden Ansatz diese Aufgabe anvertrauen darf – nämlich den *Eltern*. M.a.W.: Der sog. Jugendschutz, den die Verbote einfacher Pornografie bezwecken, ist eigentlich der Schutz des Rechts der Eltern, zu bestimmen, nach welcher Vorstellung des guten Lebens ihre Kinder erzogen werden sollen. In diesem Sinne ist *Jugendschutz nichts anderes als der Schutz des elterlichen Erziehungsrechts*.<sup>75</sup>

Dieses Konzept ist nicht nur theoretisch schlüssig, sondern hat auch mehrere *Vorteile*. Erstens verliert die empirische Fragestellung nach den Effekten von Pornografie auf die jugendliche Entwicklung ihre Relevanz: Für die Begründung der Vorschrift reicht es schon aus, dass die *Eltern an diese Effekte glauben und dieser Glaube plausibel ist*. Zweitens kann das Konzept das sog. *Erzieherprivileg* – also das Recht der Eltern und anderer Erziehungspersonen, den Kindern pornografische Schriften straf-

72 Renzikowski, MK-StGB (Fn. 2), vor §§ 174 ff. Rn. 45; Sick/Renzikowski (Fn. 2), S. 615.

73 Der Sache nach etwa Albrecht/Hotter (Fn. 8), S. 44.

74 Zur Abgrenzung vgl. J. Feinberg, Harmless Wrongdoing, Oxford: Oxford University Press, 1988, S. 16 f. Richtig gesehen von Hörnle, Verhalten (Fn. 21), S. 201 ff., 441; dies. KritV 2003, S. 303, die aber für diesen Moralismus eintritt.

75 Einige Anstöße in diese Richtung vor allem bei BVerfGE 83, 130, 139 f.; Hörnle, Verhalten (Fn. 21), S. 203; dies. KritV 2003, S. 303 f.; Schreiberbauer, Pornographieverbot (Fn. 6) S. 84 f. Das hat nicht zu bedeuten, dass der ganze Jugendschutz in diesem Sinne verstanden werden kann. Lehnt man den Schutz der ungestörten Entwicklung und die Abschottung gegen noch nicht verarbeitbare Einflüsse ab, lässt sich der Jugendschutz insbesondere der §§ 174 ff. StGB als ein *Schutz vor Ausbeutung* deuten. Die nähere Ausarbeitung dieses Gedankens muss einer anderer Gelegenheit vorbehalten bleiben.

los zugänglich zu machen, § 184 Abs. 2 S. 1 StGB – problemlos erklären. Nach dem herrschenden Verständnis wird es als Gegeninteresse angesehen, das mit dem moralisierend gedeuteten Jugendschutz in praktische Konkordanz gebracht werden müsse.<sup>76</sup> Zugleich bietet das hier vertretene Konzept einen sicheren Rückhalt, um der Grenze dieses Privilegs – dem Begriff der *gröblichen Verletzung der Erziehungspflicht*, § 184 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 StGB – genauere Konturen zu verleihen. Eine solche Pflichtverletzung ist zu bejahen, wenn Interessen des Jugendlichen betroffen sind, die von einer Vorstellung des guten Lebens unabhängig sind, m.a.W.: insbesondere dann, wenn die Überlassung von Pornografie an einen Minderjährigen einem Missbrauch iSd § 174 ff. StGB nahe kommt.<sup>77</sup>

d) Aus diesem Konzept lässt sich auch ein *Begriff der Pornografie* gewinnen. Andere Vertreter des teleologischen Pornografieverständnisses richten den jugendschutzbezogenen Pornografiebegriff an Vorstellungen der angemessenen Rolle von Sexualität in einem guten Leben aus. So meint *Schroeder*, es gebe Pornografie bei der Darstellung von Sexualdelikten, Homosexualität und Prostitution, von einer entwürdigenden Einstellung zum anderen Geschlecht, von einer Überbewertung der Sexualität oder einer Besetzung der Sexualität mit Angst-, Ekel- oder Schamgefühlen.<sup>78</sup> Nach *Schreibauer* ist Pornografie die Darstellung eines nicht gleichberechtigten Sexualverhaltens, Promiskuität oder von deviantem Sexualverhalten – etwa Inzest oder Exhibitionismus,<sup>79</sup> m.a.W.: Pornografie liege vor, wenn „durch die Darstellung unerwünschtes Sexualverhalten gefördert“ werde.<sup>80</sup> Lässt man die Prämisse fallen, dass es „erwünschtes Sexualverhalten“ gebe, dann muss man für den Pornografiebegriff auf den *Willen der Erziehungsberechtigten* abstellen: In den den Jugendschutz bezweckenden Vorschriften ist ein Material dann als pornografisch anzusehen, wenn es *sexualbezogene Inhalte aufweist, die Kindern nach dem Willen der Eltern nur eingeschränkt zugänglich sein sollen*.

76 So o. Fn. 41 zit. Entscheidungen; BGHSt 37, 55 (62 ff.); ebenso der Gesetzgeber, der auf die Vermittlung von „Medienkompetenz“ abstellte, BT-Drs. 15/350, S. 20; ferner *Perron/Eisele* (Fn. 1), § 184 Rn. 9 b; *Wolters SK* (Fn. 2) § 184 Rn. 22; *G. Duttge/T. Hörnle/J. Renzikowski* Das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung, NJW 2004, S. 1065 ff. (1069). Ausf. und and. *F.-C. Schroeder* Das Erzieherprivileg im Strafrecht, Festschrift für Lange, Berlin u.a., 1976, S. 391 ff., der das Erzieherprivileg als für den Jugendschutz abstrakt ungefähliches Verhalten deutet.

77 Aber nicht nur: Auch eine mit einer Nötigung (§ 240 I StGB) oder mit Körperverletzungen (§ 223 I StGB) verknüpfte Überlassung lässt sich lebensbildneutral als Schaden deuten. Die Literatur hat mit dem Begriff enorme Schwierigkeiten, s. etwa *Perron/Eisele* (Fn. 1), § 184 Rn. 8; *Wolters* (Fn. 2) Rn. 22, der auf die Gesinnung der Erziehungsperson abstellt; *Duttge/Hörnle/Renzikowski*, NJW 2004, S. 169, die die Intensität für maßgeblich erklären; *D. Amelung/N. Funcke-Auffermann*, Die erneute Reform des Sexualstrafrechts, StraFo 2004, S. 265 ff. (270): unbestrittene Unverletzbarkeit.

78 *Schroeder*, Pornographie (Fn. 6), S. 30; *Maurach/Schroeder/Maiwald* (Fn. 6), § 23 Rn. 6

79 *Schreibauer*, Pornographie (Fn. 6), S. 130.

80 *Schreibauer*, Pornographie (Fn. 6), S. 130.

aa) Maßstab ist also der erklärte *Wille der Erziehungsberechtigten* und dort wo er nicht geäußert wurde, der mutmaßliche Wille. Untersagt die Vorschrift ein Verhalten, das sich auf einen bestimmten Jugendlichen bezieht – wie etwa § 184 Abs. 1 Nr. 1 StGB, Verbreiten an *eine* Person unter 18 Jahren – kommt es auf den individuellen (reellen oder mutmaßlichen) Willen seines Erziehungsberechtigten an; untersagt die Vorschrift ein Verhalten mit Hinblick auf eine unbestimmte Anzahl von Jugendlichen, dann ist der generelle (und deshalb fast notwendigerweise immer nur mutmaßliche) Wille von Eltern maßgeblich.

Von der Bestimmung dieses *mutmaßlichen Willens* hängen also in der Regel die Grenzen der Strafbarkeit ab. Aber anders als etwa beim Hausfriedensbruch (§ 123 StGB), wo diese Bestimmung durch räumliche Bezugsgrößen erleichtert wird – so dass jedes Betreten der dort genannten Räumlichkeiten gegen<sup>81</sup> bzw. ohne<sup>82</sup> den Willen des Berechtigten als „eindringen“ angesehen werden kann –, fehlt es im vorliegenden Bereich an etwas Vergleichbarem. Auch das Sexuelle ist keine solche Größe, denn anders als das befriedete Eigentum kennt Sexuelles keinen Zaun, sondern kann in subtilen Formen überall auftreten. Die Bestimmung des mutmaßlichen Willens ist also letztlich eine *empirische Frage* und kann nicht vom Schreibtisch aus geleistet werden. Ich vermute, dass hier die *Stimulierungstendenz* – also ein Teil der Definition, die auf Anstandsverletzung und Stimulierung abstellt<sup>83</sup> – am ehesten demjenigen entsprechen dürfte, von dem Eltern nicht wollen, dass ihre Kinder unkontrollierten Zugang dazu haben.<sup>84</sup>

Der mutmaßliche elterliche Wille kann auch die Härten der allgemein als zu hoch angesehenen *Altersgrenze von 18 Jahren* mildern (§ 184 Abs. 1 Nr. 1, 2 StGB).<sup>85</sup> Sie wäre als widerlegbare *presumptio iuris tantum* des elterlichen Dissenses mit der Überlassung von Pornografie anzusehen, die etwa bei älteren Minderjährigen, deren Eltern gegebenenfalls die gemeinschaftliche Übernachtung mit einem Partner gestatten, entkräftet wäre.

bb) Die Umleitung der Blickrichtung weg von dem angeblichen Wohl des Kindes hin zum Erziehungsrecht der Eltern ebnet den Weg für eine Gruppe von Erwägungen, die im Rahmen der §§ 184 ff. StGB bisher noch keine Beachtung gefunden hat –

81 T. Lenckner/D. Sternberg-Lieben, in Schönke/Schröder (Fn. 1), § 123 Rn. 11 m.w.N.

82 So etwa K. Amelung, NStZ 1985, S. 457; H.-J. Rudolphi/U. Stein SK § 123 Rn. 13.

83 BT-Drs. VII/3521 S. 60; BGHSt 37, 55 (59 f.); OLG Koblenz NJW 1979, S. 1467 (1468); K. Lackner/K. Kühl StGB § 184 Rn. 2.

84 Im Erg. ebenso Hörnle, JZ 2002, S. 1063 (auf Grundlage eines anderen Verständnisses des Jugendschutzes).

85 Krit. etwa D. Beisel, Die Kunstfreiheitsgarantie des Grundgesetzes und ihre strafrechtlichen Grenzen, Heidelberg, 1997, S. 207 ff. und Hörnle, MK (Fn. 2) § 184 Rn. 6, die beide 16 Jahre für vorzugswürdig halten. Rechtsvergleichend Sieber, ZUM 2000, S. 102.

nämlich die der *Viktimodomatik*.<sup>86</sup> Können die Eltern ihr Erziehungsrecht selbständig schützen, dann ist kein Platz für ein Verbot. Die bereichsspezifische Konkretisierung der viktimodogmatischen Maxime kann mit folgender Metapher umschrieben werden: Sollen die vorliegenden Strafrechtsverbote dem Erziehungsrecht Zähne verleihen, sind diese Verbote dort, wo das Erziehungsrecht nicht vorhat, zu beißen, deplatziert. Dies dürfte insbesondere bei *Luxushandlungen* der Eltern anzunehmen sein.

Erst diese Überlegungen liefern eine Möglichkeit, der brisanten Problematik der *einfachen Pornografie im Internet* Herr zu werden: Der eigene Internet-PC im Kinderzimmer oder das eigene Internet-Handy sind ein Luxus, mit dessen Gewährung sich die Erziehungsberechtigten sehenden Auges Kontrollmöglichkeiten entledigen. Es ist also primär Sache der Erziehungsberechtigten, Sorge dafür zu tragen, dass von ihnen abgelehnte Inhalte nicht zu ihren Kindern gelangen. Bei älteren Minderjährigen, die häufiger selbst dazu in der Lage sein werden, auf stimulierende Inhalte zu stoßen, dürfte überwiegend eine mutmaßliche Einwilligung der Eltern anzunehmen sein. Anders entscheidet aber die Rspr., nach der ein Zugänglichmachen im Sinne des § 184 Abs. 1 Nr. 1 StGB bzw. Ausstellen, Anschlagen oder Vorführen iSd § 184 Abs. 1 Nr. 2 StGB schon beim Eröffnen der Möglichkeit des Zugriffs auf eine Datei über das Internet vorliegen.<sup>87</sup> Die Ausstrahlung pornografischer Filme im *normalen Fernsehen* auch zu später Stunde wurde indes zurecht unter das Merkmal des Zugänglichmachens subsumiert<sup>88</sup> – denn der eigene Fernseher im Zimmer des Kindes ist kein Luxus.<sup>89</sup> Erfolgt die Übertragung aber im Wege des *Pay-TV*, dann dürfte die vom BVerwG verlangte Alterskontrolle etwa durch persönlichen Kontakt mit dem Anbieter überzogen sein („effektive Barriere“)<sup>90</sup> – denn kaum ein Minderjähriger wird unbemerkt von den Erziehungspersonen Pay-TV benutzen können. Der Ansatz des BVerwG ist nur aus dem Bestreben verständlich, Dritte für Erziehungs- und Autoritätsdefizite in der Familie verantwortlich zu machen.<sup>91</sup> Dagegen ist das unver-schweißte Angebot von zwar softcore aber dennoch zur Stimulierung tendierenden

86 Hierzu insbesondere B. *Schünemann*, Zur Stellung des Opfers im System der Strafrechtspflege, NStZ 1986, S. 439 ff.; *ders.* Die Zukunft der Viktimo-Dogmatik, Festschrift für Faller, München, 1984, S. 337 ff.; *ders.* Das System des strafrechtlichen Unrechts, in: *ders.* (Hrsg.), Strafrechtssystem und Betrug, Herbolzheim, 2002, S. 51 ff. (61 ff.); K. *Amelung* Auf der Rückseite der Strafnorm, Festschrift für Eser, München, 2005, S. 3 ff.; T. *Hörnle*, Die Obliegenheit, sich selbst zu schützen, und ihre Bedeutung für das Strafrecht, GA 2009, S. 626 ff.

87 BGHSt 47, 55 (60).

88 BVerwGE 116, 5 (14); ebenso D. *Beisel/B. Heinrich*, Die Strafbarkeit der Ausstrahlung pornographischer Sendungen in codierter Form durch das Fernsehen, JR 1996, S. 95 ff. (97); *dies.* Die Strafbarkeit der Ausstrahlung jugendgefährdender Fernsehsendungen, NJW 1996, S. 491 ff. (494 ff.).

89 Dasselbe muss für die zu später Stunde ausgestrahlte durchaus zur Stimulierung tendierende Werbung für Telefonsex-Angebote gelten.

90 BVerwGE 116, 5 (14 f.); unzureichend ist auf jeden Fall ein Altersverifikationssystem, das nur durch Eingabe der Identitätsnummer eines Ausweises funktionieren soll, so richtig KG NStZ-RR 2004, S. 249 ff.; T. *Hörnle*, Pornographische Schriften im Internet, NJW 2002, S. 1008 ff. (1010).

91 So ausdrücklich BVerwGE 116, 5 (16).

Zeitschriften wie Playboy an *Zeitschriftenkiosken* durchaus als Zugänglichmachen von Pornografie anzusehen. Stimulierende Zeitschriften – und dazu zählen nicht nur solche, die explizite Geschlechtsverkehrsszenen enthalten, sondern solche mit stimulierenden Nacktaufnahmen – müssten also richtigerweise unter der Theke oder zumindest verschweißt angeboten werden. Einen Zeitschriftenkiosk betreten zu dürfen, ist eben kein Luxus.

Der viktimodogmatische Ansatz hilft auch bei der Frage, ob es für den pornografischen Charakter auf eine Beurteilung des *Gesamtwerks*<sup>92</sup> oder auf *einzelne Passagen* ankommt.<sup>93</sup> Für letztere Meinung spricht nicht nur, dass Eltern vermutlich schon wegen einzelner stimulierender Passagen oder Teile sich das Recht vorbehalten wollen, über die Angemessenheit des Zugangs ihrer Kinder zum Werk zu entscheiden, sondern vor allem, dass eine effektive Kontrolle durch die Eltern gerade dadurch erschwert wird, dass nur einzelne, häufig eher versteckte Teile des Gesamtwerks stimulierend sind.

## 2. Konfrontationsschutz

a) Das zweite Schutzgut des § 184 Abs. 1 StGB, das man vor allem den Tatbeständen des § 184 Abs. 1 Nr. 5 und 6 entnehmen kann, ist das Interesse des Erwachsenen, nicht unerwünscht mit Pornografie konfrontiert zu werden.<sup>94</sup> Dies führt aber zu der Frage, was an dem sog. Konfrontationsschutz so wichtig ist, dass er es verdient, zum strafrechtlichen Gut erhoben zu werden.<sup>95</sup> Gelegentlich verweist man auf den Schutz vor *Belästigungen*,<sup>96</sup> was aber aus denselben Gründen abgelehnt werden muss, wie das diesem zugrundeliegende Belästigungsprinzip selbst.<sup>97</sup> Ebenso wenig reicht es, hier den „Persönlichkeitsschutz“ im Sinne eines „*Ungestörtseinwollens*“ zu bemühen,<sup>98</sup> denn gewisse Störungen muss jeder hinnehmen. Der aus den Gesetzesmaterialien zu entnehmende Verweis auf die *Intimsphäre*<sup>99</sup> führt zwar etwas weiter –

92 So die h.M., etwa KG NStZ 2009, 446; *Schreibauer*, Pornographieverbot (Fn. 6), S. 152; *Schumann* (Fn. 6), S. 574 f.; dafür auch eher *Hörnle*, MK (Fn. 2) § 184 Rn. 20.

93 So insbesondere *Schroeder*, Pornographie (Fn. 6), S. 31; *Maurach/Schroeder/Maiwald* (Fn. 6), § 23 Rn. 6; *Wolters SK* § 184 Rn. 6.

94 Bt-Drs. VI/ 1552, S. 33; 3521, S. 59; ferner *Hörnle* MK (Fn. 2), § 184 Rn. 8; *Perron/Eisele* (Fn. 1), § 184 Rn. 3. Welche weiteren Verbote des § 184 I StGB diesem Zweck dienen, ist umstritten, hierzu ausf. mit Nachw. *Schreibauer*, Pornographieverbot (Fn. 6), S. 78 ff.

95 Diese Frage auch bei *Schreibauer*, Pornographieverbot (Fn. 6) S. 76; *Hörnle*, JZ 2002, S. 1063; zweifelnd *Perron/Eisele* (Fn. 1), § 184 Rn. 3; *Özmen/Schröter*, ARSP 94 (2008), S. 448; das Schutzgut sogar ablehnend *Liesching* (Fn. 8), S. 72 f., freilich mit dem nicht recht überzeugenden Argument, es gehe dabei um ein Überbleibsel der alten moralistischen Deutung; *Beisel*, Kunsfreiheitsgarantie (Fn. 85), S. 231; und *Hörnle*, Verhalten (Fn. 21), S. 440, die den Konfrontationsschutz bei der einfachen Pornografie höchstens für die Begründung einer Ordnungswidrigkeit für ausreichend erachtet.

96 *Laubenthal*, Sexualstraftaten (Fn. 63) Rn. 697; *Erdemir*, MMR 2003, 630 Fn. 14; ähnlich früher *E.-W. Hanack*, Gutachten A für den 47. DJT, München, 1968, S. A 235.

97 Krit. auch *Schreibauer*, Pornographieverbot (Fn. 6), S. 77; *Hörnle*, JZ 2002, 1063.

98 *Ostendorf*, MSchrKrim 2001, S. 381.

99 Bt-Drs. VI/1552 S. 34; zust. *Perron/Eisele* (Fn. 1) § 184 Rn. 3; ähnl. *Renzikowski*, MK vor § 174 ff. Rn. 46 und *Hörnle*, Verhalten (Fn. 21), S. 438; *dies.* (Fn. 2) § 184 Rn. 8: Privatsphäre.

immerhin wird etwas herangezogen, das zweifelsohne einen Rechtswert darstellt – trifft aber phänomenologisch vielfach nicht zu. Denn die Intimsphäre ist eine Art Unterschlupf, in die der Täter entweder körperlich (durch Betreten) oder geistig (durch Wahrnehmen) aktiv eindringt, und das Opfer passiv Gegenstand fremden Eindringens ist. Bei der ungewollten Konfrontation geht dagegen die Wahrnehmung vom Opfer aus. Auch die *Menschenwürde* ist mit ihrem Pathos und vor allem mit ihrem Absolutheitsanspruch hier nicht einschlägig.<sup>100</sup> Erst die Zurückführung des Schutzes vor ungewollter Konfrontation auf die *sexuelle Selbstbestimmung* kann überzeugen: Diese muss auch das Recht umfassen, nicht mit Pornografie konfrontiert zu werden.<sup>101</sup>

Dennoch bleibt diese Behauptung präzisierungsbedürftig. So gibt es vergleichsweise keinen aus der Religionsfreiheit ableitbaren Schutz vor ungewollter Konfrontation mit abgelehnten religiösen Ansichten, ebenso wenig leitet man aus der Freiheit der Wissenschaft ein Recht darauf ab, nicht mit abgelehnten Äußerungen anderer Wissenschaftler konfrontiert zu werden. Es bleibt deshalb erklärungsbedürftig, warum die sexuelle Selbstbestimmung insofern anders funktionieren kann. Dies dürfte wohl darauf beruhen, dass der Gesetzgeber vom traditionellen und zumindest plausiblen Konzept des *triebhaften und deshalb weitgehend unkontrollierbaren Charakters des Sexuellen* ausgegangen ist. Jemandem ein Gebetbuch oder einen wissenschaftlichen Beitrag gegen seinen Willen zukommen zu lassen, gefährdet weder die Religions-, noch die Wissenschaftsfreiheit, weil die vermittelten Inhalte auf der „geistigen“ Ebene verarbeitet werden, also in einer Domäne, wo der Einzelne immer Herr seiner selbst bleibt. Dagegen zwingt die Konfrontation mit pornografischem Material jeden Empfänger dazu, sich mit seinen Trieben auseinanderzusetzen. Ob ein Trieb entsteht oder nicht, ist seinem Willen entzogen; und wenn er doch entstehen sollte, sieht sich der Einzelne vor die schwierigen, nicht völlig seinem Selbst unterworfenen Alternativen der Triebunterdrückung bzw. des Triebverzichts oder der Auslebung des Triebes gestellt. Eine ernstgemeinte sexuelle Selbstbestimmung müsste aber das *Selbst* (und nicht die Triebe) des Einzelnen *bestimmen* lassen, ob es überhaupt zu so einer der Selbstbestimmung weitgehend entzogenen Triebkonfrontation kommt.

Dabei soll nicht verkannt werden, dass der hiermit vertretene Dualismus von *passio* und *ratio* umstritten ist.<sup>102</sup> Er liegt indes nicht nur der abendländischen Tradition

100 So aber *B. Schraut*, Jugendschutz und Medien, Baden Baden, 1993, S. 69; krit. *Schreibauer*, Pornographieverbot (Fn. 6), S. 83 f.

101 Grdl. *F.-C. Schroeder*, Systematische Stellung und Rechtsgut der Sexualstraftaten nach dem 4. StrRG, in: Festschrift für Welzel, Berlin, 1974, S. 859 ff. (877); ebenso *Schreibauer* (Fn. 6), S. 77; *Erdemir*, MMR 2003, S. 630. Der Sache nach übereinstimmend *W. Bottke*, Exhibitionistische Handlungen und Erregung öffentlichen Ärgernisses, in: Festschrift für Szwarz, Berlin, 2009, S. 297 ff. (299 f.): Konfrontationsschutz als Verletzung eines als „negatorische Sexualhoheit“ begriffenen Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung, das wiederum in seiner Dimension als „negatorische sexuelle Irritationshoheit“ beeinträchtigt werde.

zumindest seit *Platon*<sup>103</sup> zugrunde. Wichtiger noch, er orientiert sich am alltäglichen Wirklichkeitsbild, von dem eine Rechtsordnung, die die Welt regeln will, in der Menschen ihr Leben gestalten, notwendigerweise ausgehen muss.<sup>104</sup>

b) Daraus lässt sich ebenfalls ein zweiter schutzzweckbezogener *Begriff der Pornografie* ableiten. Geht es beim Konfrontationsschutz um sexuelle Selbstbestimmung im Sinne des Schutzes eines vernünftigen Selbst vor seinen unkontrollierbaren Trieben, dann muss das Selbst eigenhändig bestimmen können, was pornografisch ist. M.a.W.: Auch hier kommt es auf den – wirklichen oder mutmaßlichen – *Willen der Opfer* an.

Bezieht sich die Vorschrift auf ein konkretes Opfer (so § 184 Abs. 1 Nr. 6 StGB), dann ist dessen individueller Wille maßgeblich; geht es um den Schutz einer unbestimmten Anzahl von Opfern, dann ist der allgemeine (und deshalb in der Regel nur mutmaßliche) Wille ausschlaggebend. Pornografie im Sinne des Konfrontationsschutzes ist also – als erste Annäherung – *jeder sexualbezogene Inhalt, mit dem das Opfer nicht konfrontiert werden will*. Die h.M. und auch Vertreter des schutzzweckbezogenen Pornografiebegriffs, die für beide Fälle immer auf die *allgemeinen* Wertvorstellungen abstellen,<sup>105</sup> entkoppeln also teilweise den Pornografiebegriff vom *höchstindividuellen* Gut der sexuellen Selbstbestimmung.

Das tun sie aber aus einem bestimmten, durchaus nachvollziehbaren Grund: Stellt man auf das konkrete Individuum ab, dann verleiht man dem Prüden oder besonderen Empfindlichen das Recht, über die Reichweite des Strafbaren und somit der Freiheit seiner Mitmenschen zu entscheiden.<sup>106</sup> Dazu ist zweierlei anzumerken. Erstens muss es in den Fällen eines individualisierbaren Opfers (also insbesondere bei § 184 Abs. 1 Nr. 6 StGB) auch dem Prüden möglich sein, sich ungestört an seinem eigenen Bild des guten Lebens zu orientieren. Zweitens sind gerade in diesem Rahmen *viktimodogmatische Erwägungen* von Relevanz: Die Kosten seiner höchstindividuellen Entscheidungen hat der Entscheidende umso mehr zu tragen, je mehr sie sich von den allgemeinen Maßstäben entfernen. Das ist nicht zuletzt einer der Gründe,

102 Zur Kritik etwa A.R. *Damasio*, *Descartes' Error*, New York: Putnam, 1994.

103 Siehe insbesondere *Platon*, Phaidros, 246A mit der Metapher der Seele als Gespann mit zwei Pferden und einem Wagenlenker (zit. nach der von Loewenthal hrsgg. Berliner Ausgabe, *Platon – Sämtliche Werke*, Bd. II, 8. Aufl. 1982, S. 409 ff. (435 f.).

104 Ausf. zu dieser im Anschluss an K. *Engisch*, *Vom Weltbild des Juristen*, 2. Aufl. Heidelberg, 1965, S. 15 vertretenen Position, die ich „alltäglichen Realismus“ genannt habe, bei *Greco*, *Lebendiges* (Fn. 15), S. 365 ff.

105 BGHSt 11, 67 (72 f.); 3, 295 (296 f.); Maurach/*Schroeder*/Maiwald (Fn. 6), § 23 Rn. 5. Die teilweise abw. Bestimmungen von *Schreibauer*, *Pornographieverbot* (Fn. 6), S. 132 (es gebe Pornographie iSd Konfrontationsschutzes, wenn die Mehrheit der Bevölkerung die Konfrontation mit dem Material ablehnt) und *Wolters* SK § 184 Rn. 5 (erfasst seien nur unbestritten abgelehnte Inhalte, also praktisch die Schilderung von nach §§ 174 ff. StGB strafbarem Geschehen) sind denselben Einwänden ausgesetzt.

106 Der Sache nach *Schreibauer*, *Pornographieverbot* (Fn. 6), S. 131 f.

weshalb Klöster erfunden werden mussten: Wem die Welt zu sündhaft erscheint, der ziehe sich selbst von ihr zurück. Hat er sich aber zurückgezogen, darf ihm eine Rechtsordnung, die die sexuelle *Selbstbestimmung* ernst nimmt, nicht mit dem Hinweis auf einen generalisierenden Maßstab den Schutz verweigern.

Die viktimodogmatischen Erwägungen liefern auch eine Bestätigung für die gelegentlich anzutreffende Behauptung, dass die den Konfrontationsschutz bezweckenden Verbote zweifelhaft werden, sobald man sich der Konfrontation *ohne weiteres entziehen* kann.<sup>107</sup> Völlig unverständlich<sup>108</sup> – trotz positivrechtlicher Verfassungskonformität<sup>109</sup> – erscheint in diesem Zusammenhang das Verbot der entgeltlichen öffentlichen Vorführung pornografischer Filme, § 184 Abs. 1 Nr. 7 StGB, das sich nach der h.M. auch durch den Konfrontationsschutz begründen lassen soll.<sup>110</sup> Sogar Filmvorführungen in Sexshops sollen hiermit erfasst werden.<sup>111</sup> Wird ein Entgelt „ganz oder überwiegend für die Vorführung verlangt“, dann ist die Konfrontation gerade gewollt, sie stellt also die Verwirklichung von sexueller Selbstbestimmung, und nicht deren Verletzung dar. Die Vorschrift lässt sich nur mit Bezug auf den Jugendschutz begründen, und dies auch nur innerhalb der oben genannten Grenzen – wobei insbesondere dem Strafbarkeitsausschluss bei Ungefährlichkeit (etwa im Falle einer Ausweiskontrolle oder eines Minderjährigen sowieso nicht zugänglichen Sexshops) große Relevanz zukommen müsste.<sup>112</sup>

## II. Gewaltpornografie, § 184 a 1. Alt. StGB

Das Verbot der Verbreitung von Pornografie, die Gewalttätigkeit zum Gegenstand hat, soll – neben dem Jugendschutz – insbesondere dem Rechtsgut der *Verhinderung künftiger Gewalttaten* dienen.<sup>113</sup> Ein Kausalzusammenhang zwischen dem Konsum solcher Schriften und der Begehung der in ihnen dargestellten Taten wird von wis-

107 Etwa *Hörnle* MK (Fn. 2) § 184 Rn. 8; *Sick/Renzikowski* (Fn. 2), S. 616.

108 Krit. auch *Beisel*, Kunstfreiheitsgarantie (Fn. 85), S. 236; *Hörnle* MK (Fn. 2), § 184 Rn. 91; *dies*, KritV 2003, S. 306.

109 BVerfGE 47, 109 (115 ff.).

110 BVerfGE 47, 109 (117); aus der Lehre etwa *Schreibauer*, Pornographieverbot (Fn. 6), S. 77; *E. Hilgendorf*, SSW-StGB Kommentar, Köln 2009, § 184 Rn. 6.

111 BVerfG NJW 1977, S. 2207.

112 Im Erg. auch *Perron/Eisele* (Fn. 1) Rn. 38.

113 BT-Drs. VI/1552, S. 35; zust. *Schreibauer*, Pornographieverbot (Fn. 6) S. 80; *Sick/Renzikowski* (Fn. 2), S. 615.

senschaftlichen Studien unterstützt<sup>114</sup> und ist auch nach dem common sense nicht unplausibel. Hier wie sonst liegt das eigentliche Problem nicht in diesen empirischen Annahmen, sondern darin, dass eine derartige Argumentationsweise eine Verbotsbegründung durch indirekte Folgen darstellt, die oben B.I.3, 5.. für unzulässig erklärt wurde, weil sie jede Autonomie vernichtet.

Die Tatsache, dass ein anderer seine Freiheit eventuell missbrauchen könnte, kann dem Staat noch nicht das Recht geben, allen diese Freiheit schlicht wegzunehmen, sondern ihm höchstens das Recht einräumen, eine polizeirechtliche Präventivkontrolle zu errichten. Sonst müsste man die meistmissbrauchte aller heutigen Betätigungen erst recht verbieten, nämlich das Autofahren, das jährlich tausende Menschenleben fordert. Die einzelnen späteren Gewalttaten sind selbständig strafbar, ebenso wie die Teilnahme an ihnen.

Man wird dem entgegen, Autofahren sei nicht mit Gewaltpornografie vergleichbar, weil erhebliche gesellschaftliche Interessen für dessen Zulassung (innerhalb der Grenzen eines sogenannten erlaubten Risikos) sprechen, was bei dieser Pornografie nicht der Fall sei. Dieser Einwand verstößt indes gegen das aus dem Respekt vor der Autonomie abgeleitete Neutralitätsgebot: Die behauptete Relevanz der gesellschaftlichen Interessen, die für das Autofahren sprechen, beruht darauf, dass man stillschweigend annimmt, dass die Präferenzen der Mehrheit (also der Autofahrer) mehr zählen als die der Minderheit (also der Verbreiter und Genießer von Gewaltpornografie).

Dies bedeutet aber nicht, dass die Vorschrift des § 184 a 1. Alt. StGB völlig unbegründet ist. Vielmehr sollte an Stelle des zukunftsbezogenen Gutes der Verhinderung künftiger fremder Gewalttaten – wogegen immer der Einwand des „was geht mich das an?“ anzuerkennen ist – auf einen vergangenheitsbezogenen Gesichtspunkt abgestellt werden, der vom Täter unmittelbar beeinträchtigt wird und ihn in diesem Sinne durchaus etwas angeht: nämlich das *allgemeine Persönlichkeitsrecht des Opfers sexueller Gewalt*, das in die Herstellung des Materials nicht eingewilligt hat und auch mit dessen Weitergabe grundsätzlich nicht einverstanden ist. Daraus lässt sich auch ein *Begriff der Gewaltpornografie* ableiten: Gewaltpornografie als qualifizierte Form der Pornografie im Sinne des § 184 b StGB soll erst dann vorliegen, wenn eine

114 Etwa *Thornburgh/Lin* (Fn. 66), S. 149 ff., 152 f.; *E. Donnerstein*, Pornography and Violence Against Women: Experimental Studies, in: Copp/Wendell (Fn. 25), S. 219 ff. (230); *ders.* Pornography: Its Effect on Violence Against Women, in: Malamuth/Donnerstein (Fn. 25), S. 53 ff. (78); *N. Malamuth*, Violence against Women, ebda., S. 19 ff. (40); *J. Court*, Sex and Violence, ebda., S. 143 ff. (169); *D. Zillmann*, Effects of Prolonged Consumption of Pornography, in: Zillmann/Bryant (Fn. 25), S. 154 f.; *J. Check/T. Guloien*, Reported proclivity for coercive sex, ebda., S. 159 ff. (177 ff.); *W. Marshall*, Pornography and Sex Offenders, ebda., S. 185 ff. (210); *H. Selg*, Pornographie – Psychologische Beiträge zur Wirkungsforschung, Bern: Huber, 1986, S. 90 ff.; *M. Marshall/H. Barbaree*, An Integrated Theory of the Etiology of Sexual Offending, in: Marshall u.a. (Hrsg.), Handbook of Sexual Assault, New York/London: Plenum, 1990, S. 257 ff. (268); skeptisch *M. Murrin/D. Laws*, The Influence of Pornography on Sexual Crimes, ebda. S. 73 ff., 89.

tatsächlich erfolgte (also insbesondere: nicht fiktive) sexuelle Gewalttätigkeit dargestellt wird.<sup>115</sup>

Daraus ergeben sich mehrere Folgerungen. Die *Darstellung einverständlicher Gewaltanwendung*, die mit dem zukunftsbezogenen Argument der Verhinderung von Aggressionstaten Dritter als strafbare Gewaltpornografie angesehen wird, wird nach vorliegendem Verständnis von der Vorschrift nicht erfasst.<sup>116</sup> Ebenso wenig sind *Selbstverletzungshandlungen* oder *Gewalttätigkeiten an Leichen*<sup>117</sup> Gegenstand von Gewaltpornografie. Bei letzterem kommt eventuell eine Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener in Betracht, § 189 StGB. Es mag sein, dass alle diese Betätigungen als „äußerst deviantes Sexualverhalten“ einzustufen sind, die es unter dem Gesichtspunkt des Jugendschutzes auch verdienen, verboten zu werden.<sup>118</sup> Dieses Verbot müsste dann aber eher dem Modell des § 184 Abs. 1 StGB und den oben gekennzeichneten Schranken entsprechen, mit der Folge, dass die Verbreitung an einwilligende Erwachsene nicht ohne Weiteres verboten werden darf.

### III. Tierpornografie, § 184 a 2. Alt. StGB

Bei der Tierpornografie hat man es einerseits am einfachsten, andererseits am schwersten. Am einfachsten, weil hier der Moralismus wie an kaum einer anderen Stelle offen zutage tritt,<sup>119</sup> – insbesondere auch dann, wenn die Menschenwürde als „Schutzgut“ herangezogen wird,<sup>120</sup> womit die Berufung auf ein bestimmtes Bild des würdigen Lebens besonders explizit wird – aber gleichzeitig am schwersten, weil die bei der Gewaltpornografie noch gegebene Möglichkeit, eine sich innerhalb der Grenzen des Gesetzeswortlauts bewegende, vergangenheitsbezogene Deutung anzubieten, nicht mehr gegeben ist. Es ist nicht einmal möglich, die Tierquälerei (§ 17 TierSchG) heranzuziehen, denn – unabhängig von der Vorfrage, ob sich dieses Verbot überhaupt rechtfertigen lässt<sup>121</sup> – ein dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Gewaltopfers vergleichbares Interesse des gequälten Tieres daran, dass andere Menschen

115 Konsequenter wäre indes, auch die Drohung miteinzubeziehen – dies verbietet aber der Gesetzeswortlaut, ebenso (wenn auch auf anderer Grundlage) *Schreibauer*, Pornographieverbot (Fn. 6), S. 136.

116 And. die h.M., BGH NStZ 2000, 309; *Perron/Eisele* (Fn. 1), § 184 a Rn. 3 a; Maurach/*Schroeder*/Maiwald, BT I § 23 Rn. 20; wie hier *Hörnle*, MK (Fn. 2) § 184 a Rn. 8; ähnl. *dies.* (Fn. 21), S. 421 (mit Ausnahmen für Extremfälle besonders brutaler Vorgehensweisen); nur teilweise and. *Schreibauer*, Pornographieverbot (Fn. 6), S. 137: das Einverständnis sei zwar relevant, sadomasochistische Praktiken seien dennoch deviantes Sexualverhalten, deren Darstellung deshalb unter dem Gesichtspunkt des Jugendschutzes verboten werden könnte.

117 And. in beiden Fällen *Schreibauer*, Pornographieverbot (Fn. 6), S. 137.

118 *Schreibauer*, Pornographieverbot (Fn. 6), S. 137.

119 *D. Beisel*, Die Verfassungswidrigkeit des Verbots von Schriften sodomitischen Inhalts, ZUM 1996, S. 859 ff. (861); *ders.* Kunstfreiheitgarantie (Fn. 85), 334; *Hörnle*, Verhalten (Fn. 21), S. 433; *dies.* MK (Fn. 2), § 184 a Rn. 2; *Sick/Renzikowski* (Fn. 2), S. 616; *Ostendorf*, MschrKrim 2001, S. 385.

120 *F.-C. Schroeder*, Pornographieverbot als Darstellerschutz?, ZRP 1990, S. 299 ff. (301); wohl auch *Schraut* (Fn. 100), S. 70; krit. *Beisel*, ZUM 1996, S. 861; *Hörnle*, Verhalten (Fn. 21), S. 432.

121 Hierzu *L. Greco*, Rechtsgüterschutz und Tierquälerei, Festschrift für Amelung, Berlin, 2009, S. 3 ff.

diese Taten nicht zur Kenntnis nehmen, ist nicht vorhanden. Auch der gelegentlich angesprochene Jugendschutz<sup>122</sup> könnte höchstens eine Einschränkung und nicht ein umfassendes Verbot tierpornografischer Inhalte rechtfertigen.<sup>123</sup>

#### IV. Kinderpornografie, § 184 b StGB

Erst bei der Kinder- (und auch bei der Jugendpornografie, § 184 c StGB) begegnet man der vielleicht umfassendsten aller Verbotsformen, nämlich der Strafbarkeit *bloßen Besitzes*, § 184 b Abs. 4 S. 2 und sogar des Unternehmens zur Besitzverschaffung, § 184 b Abs. 4 S. 1 StGB.<sup>124</sup> Entsprechend stark müssen die Gründe sein, die ein derartiges Verbot stützen. Die die Vorschrift tragende Überlegung ist der *Schutz der Kinder*, wobei sowohl unmittelbare, also vergangenheitsbezogene, als auch mittelbare, also zukunftsbezogene Erwägungen angeführt werden: Das Verbot zielt auf die Bekämpfung des Marktes für kinderpornografische Produkte<sup>125</sup> und auf die Unterbindung von Nachahmungsgefahren<sup>126</sup> ab. Das Herstellungsverbot bezweckt zudem den Schutz der Kinder vor sexuellem Missbrauch.<sup>127</sup> Die Verletzung der Persönlichkeitsrechte der Darsteller, auf die wir oben bei der Gewaltpornografie abgestellt haben, wird hier – wenn auch seltener – ebenfalls genannt.<sup>128</sup>

Aus dem oben Dargestellten lässt sich leicht entnehmen, dass der Hinweis auf entfernte Folgen erst dann zulässig ist, wenn man unabhängig von ihnen darlegen kann, dass die Sphäre der Autonomie der Verbotsadressaten bereits verlassen wurde.<sup>129</sup>

122 *Schreibauer*, Pornographieverbot (Fn. 6), S. 149.

123 *Schreibauer*, Pornographieverbot (Fn. 6), S. 151; *Beisel*, ZUM 1996, S. 859 f.

124 Zur Geschichte *U. Scheffler*, Zur Strafbarkeit des Betrachtens kinderpornografischer Internet-Seiten auf dem PC, Festschrift für Herzberg, Tübingen, 2008, S. 627 ff. (631 ff.); krit. *Duttge/Hörnle/Renzikowski*, NJW 2004, S. 1069 f.; *Perron/Eisele* (Fn. 1), § 184 b Rn. 15. Dieses Merkmal soll bereits durch das Anklicken auf Bilder durch jemanden, der im Internet surft, verwirklicht sein, vgl. OLG Hamburg NJW 2010, 1893 mit zurecht krit. Amn. von *Mintas* S. 1897 f.; dagegen auch *Hörnle*, MK (Fn. 2) § 184 b Rn. 27 und *Perron/Eisele* (Fn. 1), § 184 b Rn. 15 a beide m.w.N.

125 BT-Drs. 12/3001, S. 5; BGHSt 47, 55 (61); grdl. *Schroeder*, ZRP 1990, S. 299; *ders.* Das 27. Strafrechtsänderungsgesetz – Kinderpornographie, NJW 1993, 2581 ff. (2581 f.); *ders.* Die Revolution des Sexualstrafrechts 1992-1998, JZ 1999, S. 827 ff. (831); *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT I § 23 Rn. 23; *Weigend*, ZUM 1994, 140; *Baier*, Die Bekämpfung der Kinderpornografie auf der Ebene von Europäischer Union und Europarat, in: ZUM 2004, S. 39 ff. (40); *Sick/Renzikowski* (Fn. 2), S. 615; *K. Eckstein*, Grundlagen und aktuelle Probleme der Besitzdelikte, ZStW 117 (2005), S. 107 ff. (116); krit. *H. Jäger*, Irrationale Kriminalpolitik, Festschrift Schüler-Springorum, Köln u.a. 1993, S. 229 ff. (232); *Scheffler* (Fn. 124), S. 638 ff. (mit sehr beachtlichen Gründen, insbesondere S. 641 u.); *Popp*, Strafbare Bezug von kinder- und jugendpornografischen Schriften, ZIS 2011, S. 193 ff. (198 ff.); einschränkend *M. Heinrich*, Neue Medien und klassisches Strafrecht – § 184 b IV StGB im Lichte der Internet Delinquenz, NStZ 2005, S. 361 ff. (362 f.).

126 So *Schreibauer*, Pornographieverbot (Fn. 6), S. 46, 74; *T. Reimbacher/A. Wincierz*, Kritische Würdigung des Gesetzesentwurfs zur Bekämpfung von Kinder- und Jugendpornografie, ZRP 2007, S. 195 ff. (195); krit. *Scheffler* (Fn. 124), S. 636 f.

127 *Schreibauer*, Pornographieverbot (Fn. 6), S. 75; *Baier*, ZUM 2005, S. 40.

128 *Hörnle*, MK (Fn. 2) § 184 b Rn. 3; angedeutet auch bei *Sick/Renzikowski* (Fn. 2), S. 615.

129 Grdl. Erwägungen zu den kaum gesehenen Problemen der Zurechnung wegen Beitrags zum Bestehen eines Markts bei *T. Hörnle*, Anschlussdelikte als abstrakte Gefährungsdelikte, Festschrift für Schroeder, Heidelberg, 2006, S. 477 ff. (mit unterschiedlicher Lösung).

Dies geschieht erst bei Erwähnung der Rechte der Darsteller, also des Rechtsguts der *sexuellen Selbstbestimmung*, das bereits durch Herstellung des pornografischen Materials verletzt wird, oder des *allgemeinen Persönlichkeitsrechts*,<sup>130</sup> das auch durch den Besitz des Materials durch andere verletzt werden kann. Man erinnere sich hier an den Vernichtungsanspruch aus § 37 KunstUrhG oder an den Folgenbeseitigungsanspruch aus § 1004 BGB iVm § 22 KunstUrhG, der unter anderem einen Anspruch auf Herausgabe aller Aufnahmen und Vervielfältigungen enthält.<sup>131</sup> Deshalb können bei Kindern auch *Nacktaufnahmen* (sog. *Posing*) pornografisch sein,<sup>132</sup> denn auch sie verkörpern einen Angriff auf deren sexuelle Selbstbestimmung und allgemeines Persönlichkeitsrecht.

Ist die Sphäre eines Kindes aber noch nicht tatsächlich betroffen, dann bewegt sich der Täter eigentlich noch innerhalb seines privaten Bereichs. Dies macht es schwierig, die vom Gesetzgeber gewollte („wirklichkeitsnahes Geschehen“, § 184 b Abs. 2, 4 StGB) *Strafbarkeit fiktiver Kinderpornografie* nachzuvollziehen, die sich nur auf zukunftsbezogene Überlegungen berufen kann,<sup>133</sup> welche aber für sich allein gesehen kein legitimes Verbot tragen können. An sich dürfte das in diesem Zusammenhang bemühte Argument der Beweisschwierigkeiten<sup>134</sup> keine Rolle spielen, denn alles andere käme einer *Verdachtsstrafe* gleich. Der Gesetzgeber hat insoweit die Grenzen seiner Befugnisse überschritten.<sup>135</sup> Dennoch liefert dieses Argument eine Grundlage dafür, die Vorschrift restriktiv zu interpretieren, was immerhin als kleineres Übel angesehen werden kann: Bezweckt das Verbot der fiktiven Kinderpornografie, dem Angeklagten den möglicherweise nicht widerlegbaren Vortrag abzuschneiden, es

130 Die Persönlichkeitsrechte des Kindes erwähnen in diesem Zusammenhang *Hörnle*, Verhalten (Fn. 21), S. 133, 426 f.; *dies.* MK (Fn. 2), § 184 b Rn. 3; *Scheffler* (Fn. 124), S. 637; *ausf. Popp*, ZIS 2011, S. 202 ff.

131 Vgl. *M. Fricke*, in *Wandtk/Bullinger*, Urheberrecht 3. Aufl. München 2009 § 22 Rn. 38.

132 Die früher bestehende Strafbarkeitslücke (BGHSt 50, 370) dürfte inzwischen durch das Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates der Europäischen Union zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie v. 31.10.2008 BGBl. I, 2149 weitgehend geschlossen sein, hierzu *ausf. R. Röder*, Ist das Verbreiten sog. posing-Fotos weiterhin straflos?, NStZ 2010, S. 113 ff. m.w.N.; a.A. dennoch *F.-C. Schroeder*, Gesetzestechnische Mängel im Gesetz zur Umsetzung des EU-Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und Kinderpornographie, GA 2009, S. 212 ff. (214 f.).

133 Etwa *Sieber*, ZUM 2000, 104; *Baier*, ZUM 2005, 40; *K. Hopf/B. Braml*, Virtuelle Kinderpornografie vor dem Hintergrund des Online-Spiels Second Life, ZUM 2007, S. 354 ff. (359). Wie hier aber *Popp*, ZIS 2011, S. 203.

134 Hierzu *ausf. Schreiber*, Pornographieverbot (Fn. 6), S. 140 ff.; *krit. ebenso Scheffler* (Fn. 124), S. 641; *Hörnle*, Verhalten (Fn. 21), S. 425.

135 Im Erg. ebenso, aber mit anderer Begründung (freedom of speech) der amerikanische Supreme Court, hierzu *ausf. M. Empt*, Virtuelle Kinderpornografie als verfassungsrechtlich geschützte Meinungsfreiheit?, ZUM 2002, S. 613 ff.

handele sich nicht um Kinder, muss man für die Anwendbarkeit der Vorschrift konsequenterweise das Vorliegen einer *Verwechslungsgefahr* verlangen.<sup>136</sup>

## V. Jugendpornografie, § 184 c StGB

Die bereits entwickelten Überlegungen gestatten auch, zu der ebenfalls umfassenden Strafbarkeit jugendpornografischer Schriften (§ 184 c StGB) Stellung zu nehmen. Bei der auf Europarecht beruhenden, erst seit Ende 2008 in Kraft getretenen Vorschrift<sup>137</sup> wird nicht selten ein Wertungswiderspruch moniert: Anders als bei der Kinderpornografie, deren Gegenstand grundsätzlich ein selbständig strafbarer sexueller Missbrauch sei, mache man sich wegen einer sexuellen Handlung mit einem Jugendlichen zwischen 14 und 18 Jahren nicht automatisch, sondern erst bei Hinzukommen besonderer Umstände strafbar.<sup>138</sup> Diese Kritik ist indes nicht völlig überzeugend, denn eigentlich verkürzt sie den Schutzbereich der Vorschrift auf die Dimension der sexuellen Selbstbestimmung, die tatsächlich bei einer Person über 14, die in die Herstellung der Aufnahmen einwilligt, nicht betroffen wird. Dagegen bleibt das oben C.IV. angesprochene *allgemeine Persönlichkeitsrecht* unberücksichtigt.

§ 184 c StGB lässt sich als *flankierende Norm* zu § 22 KunstUrhG deuten, wonach Bilder nur mit *Einwilligung* des Abgebildeten verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden dürfen. Für diese Einwilligung gelten die allgemeinen Regeln des Zivilrechts:<sup>139</sup> Einwilligen kann nur der Geschäftsfähige, also der 18jährige, beim Minderjährigen ist auf den gesetzlichen Vertreter abzustellen. Weil es naheliegt, dass die Eltern diese Einwilligung verweigern werden, kann § 184 c StGB als gerechtfertigte Vermutung des entgegenstehenden elterlichen Willens angesehen werden. Es bleibt nur die Frage, ob diese Vermutung eine widerlegliche ist oder juris et de jure wirken soll. M.a.W.: Wie ist der Fall zu beurteilen, in dem der Vertreter in die Aufnahme und deren Verbreitung vorher einwilligt bzw. in dem er oder der inzwischen voll geschäftsfähig gewordene Minderjährige sie nachträglich genehmigt? An sich müsste die Verbotsvorschrift auf Grundlage der hier vertretenen ratio teleologisch reduziert werden. Weil das Gesetz aber ausdrücklich *fiktive Jugendpornografie* erfasst, wird dies de lege lata – außer in den von § 184 c Abs. 4 StGB erfassten Fällen – nicht immer

136 Der Sache nach ebenso *Perron/Eisele* (Fn. 1), § 184 b Rn. 11; *Reinbacher/Wincierz*, ZRP 2007, S. 197; ähnl. *R. Jofer*, Strafverfolgung im Internet, Frankfurt a.M. 1999, S. 170: „wirklichkeitsnahes Geschehen“ bedeutet, dass nur durch Sachverständige aufgeklärt werden könne, ob ein wirkliches Geschehen abgebildet wird.

137 Zur Geschichte vgl. *Eisele* in Schönke/Schröder (Fn. 1), § 184 c Rn. 1; *T. Hörnle*, Die Umsetzung des Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie, NJW 2008, S. 3521 ff. (3523 ff.).

138 *Reinbacher/Wincierz*, ZRP 2007, S. 196 f.; *Heinrich* (Fn. 11), S. 138. Vor dem neuen Recht bereits *Schreibauer*, Pornographieverbot (Fn. 6), S. 143; *Baier*, ZUM 2004, 45; *Scheffler* (Fn. 124), S. 647.

139 Genauer *Fricke* (Fn. 131), § 22 Rn. 13 ff.

möglich sein, so dass die Bedenken, die diesbezüglich bereits im Rahmen des § 184 b StGB geltend gemacht wurden, hier erst recht einschlägig sind.<sup>140</sup>

#### D. Zusammenfassung

Das geltende Recht besteht aus einer verwegenen Mixtur aus einer technisch überholten, flächendeckenden Grundvorschrift (§ 184 Abs. 1 StGB), konservativmoralistischen Überbleibseln (Tierpornografie, § 184 a Var. 2), Vorschriften, die zumindest nach ihrem Wortlaut Individuen mit minderheitlichen Präferenzen für fremdes Fehlverhalten zur Verantwortung ziehen (Gewaltpornografie, § 184 a Var. 1; fiktive Kinder- und Jugendpornografie, §§ 184 b Abs. 2, 4; 184 c Abs. 2), und einer auf die EU zurückführbaren „autoritär-dilettantischen Gesetzgebung“.<sup>141</sup> An einer Gesamtreform führt kein Weg vorbei.<sup>142</sup> In dieser Abhandlung wurde versucht, ein die Autonomie des Individuums – also sein Recht, sein Leben jenseits jeder Tyrannei der Mehrheit zu führen – respektierendes Konzept zu erarbeiten, dessen Grundzüge folgendermaßen zusammengefasst werden können:

1. Vorstellungen des guten Lebens können zur Begründung einer Strafvorschrift nicht herangezogen werden; dass ein Verhalten unerwünschte indirekte Folgen hat, reicht für sich allein genommen nicht aus, um es zu kriminalisieren.

2. Das einzelnen Verboten des § 184 Abs. 1 StGB zugrunde liegende Rechtsgut des Jugendschutzes wird nach dem herrschenden Konzept der Gewährleistung einer ungestörten Sexualentwicklung moralistisch bestimmt, d.h. durch ein Bild des guten Lebens. Jugendschutz ist demgegenüber als Schutz des elterlichen Erziehungsrechts zu begreifen, woraus sich im Einzelnen viele Konsequenzen ergeben. Insbesondere gewinnen viktimodogmatische Erwägungen an Bedeutung, die auch zu einer Lösung des Problems des Jugendschutzes im Zeitalter des Internets beitragen können, nämlich durch Betonung der primären Zuständigkeit der Eltern für diesen Schutz.

3. Das zweite, § 184 Abs. 1 StGB mittragende Rechtsgut des Konfrontationsschutzes ist Ausfluss der sexuellen Selbstbestimmung. Es beruht auf einer plausiblen Vorstellung von der Sexualität als triebhaftem, unkontrollierbarem Phänomen. Die wichtigste Konsequenz der hier vorgestellten Interpretation ist die, dass der Inhalt der ungewollten Konfrontation entgegen dem herrschenden Konzept nach individuellen und nicht nach allgemeinen Maßstäben zu bestimmen ist.

4. Der Tatbestand der Tierpornografie (§ 184 a Var. 2 StGB) lässt sich nicht rechtfertigen und gehört abgeschafft.

140 Weitere Bedenken bei *Reimbacher/Wincierz*, ZRP 2007, S. 197 f.; *Heinrich* (Fn. 11), S. 135 ff.

141 Ausdruck von *Schünemann*, Der deutsch-spanische Strafrechtsdialog im Zeitalter der autoritär-dilettantischen Gesetzgebung, GA 2010, S. 353 ff. (358 f.).

142 Ebenso *Hörnle*, KritV 2003, S. 299 ff., 307 mit weiterführenden Vorschlägen.

5. Die Vorschrift gegen Gewaltpornografie (§ 184 a Var. 1 StGB) lässt sich nicht zukunftsbezogen rechtfertigen, sondern beruht auf einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Opfers einer wirklichen Gewalttätigkeit.
6. Auch beim Tatbestand der Kinderpornografie (§ 184 b StGB) steht die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Abgebildeten im Vordergrund. Damit wird insbesondere die Legitimität der Bestrafung fiktiver Kinderpornografie fragwürdig.
7. Das Verbot der Jugendpornografie (§ 184 c StGB) lässt sich insbesondere als flankierende Norm zu § 22 KunstUrhG deuten.