

# **Kinderpornografie im Internet**

Eine Untersuchung der deutschen Rechtslage unter besonderer  
Berücksichtigung des Internationalen Strafrechts

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Würde eines  
doctor iuris  
der Juristischen Fakultät  
der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität  
Würzburg

vorgelegt von

Sabine König  
aus Suhl

2003

Erstkorrektor: Prof. Dr. Klaus Laubenthal

Zweitkorrektor: Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf

Tag der mündlichen Prüfung: 18. Juni 2003 in Würzburg

## Vorwort

Der sexuelle Missbrauch von Kindern und die Vermarktung kinderpor-nografischer Schriften über das Internet sind in den letzten Jahren immer mehr zu einem komplexen Thema der öffentlichen Diskussion geworden. Gerade die Frage nach der strafrechtlichen Verantwortlichkeit und Ver-folgbarkeit der beteiligten Personen wird zunehmend gestellt. Trotz der Fülle der vorhandenen Literatur konnte bisher – vor allem im Hinblick auf die Globalität der Internetangebote – keine abschließende und befriedigen-de Antwort gegeben werden. Ziel dieser Arbeit ist daher der Versuch, einen umfassenden Überblick über die zentralen Problempunkte (z.B. Auslegung des § 184 und Fragen des Internationalen Strafrechts) herauszuarbeiten und mögliche Lösungswege aufzuzeigen.

Die Arbeit wurde im Sommersemester 2003 von der Juristischen Fakul-tät der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität Würzburg als Disserta-tion angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis zum Juli 2003 berücksichtigt und eingearbeitet werden.

Mein aufrichtiger Dank gilt insbesondere Herrn Prof. Dr. Klaus Lauben-thal, der mich bei der Auswahl meines Themas äußerst hilfreich beriet und stets für alle Probleme und Fragen ein offenes Ohr hatte. Seine immer fachkundigen Ratschläge und Anregungen haben mir die Bearbeitung der Dissertation sehr erleichtert. Ebenfalls schulde ich auch seinem Wissen-schaftlichen Assistenten Herrn Dr. Baier ungeheure Anerkennung für das regelmäßige und rasche extrem gründliche Korrekturlesen der Arbeit. Seine wertvollen Hinweise und Verbesserungsvorschläge haben den Fortgang der Bearbeitung in hervorragender Weise unterstützt. Insgesamt bin ich unge-heuer froh, einen so freundlichen und hilfsbereiten Lehrstuhl für meine Promotion gefunden zu haben, weshalb ich mich nicht zu letzt auch bei Frau Biber für ihre kompetenten Auskünfte in Formatierungs- und Verwal-tungsfragen bedanke.

Zu den wichtigsten Unterstützern meiner Arbeit zählt weiterhin Herr Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf, welcher mir durch die Anstellung an seinem Lehrstuhl auch finanziell die Möglichkeit eröffnet hat, zu promovieren. Seine stets kollegiale Art und fachliche Unterstützung hat ein zügiges Fortschreiten meiner Bearbeitung ermöglicht. Ebenso danke ich sehr für die schnelle Erstellung des Zweitgutachtens. Zudem bedanke ich mich bei den Mitarbeitern des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Informationsrecht und Rechtsinformatik für die freundschaftliche Arbeitsatmosphäre und Herrn Dr. Florian Körber für die geduldigen Formatierungshinweise.

Aufschlussreiche Hinweise und wertvolle Impulse verdanke ich auch den hilfsbereiten und äußerst entgegenkommenden Beamten der Netzwerkfahndung des LKA Bayern, welche mir an zwei Tagen ihre kostbare Zeit und ihr Gehör schenkten, um mir einen interessanten Einblick in die praktische Arbeit der Polizei zu vermitteln. Ich wünsche Herrn Bischelsrieder und seinen Kollegen für die Zukunft weiterhin viel Erfolg, Durchhaltevermögen und Motivation im Kampf gegen illegale Internetinhalte. Ihre Arbeit ist für uns alle von extremer Bedeutung und vor jedem, der sich Tag für Tag immer wieder mit den tiefsten Abgründen unserer Gesellschaft auseinandersetzt, um anderen zu helfen, habe ich höchsten Respekt.

Ganz besonders aber danke ich meiner Mutter, die mich seit meiner Kindheit bis heute in jeder Hinsicht unterstützt, sowie meinen Freunden Anki, Marion, Heidrun, Michi, Sonja, Helmut, und Thorsten, die immer ein offenes Ohr für eine „gefrustete Doktorandin“ hatten und deren Präsenz mir die erforderliche Kraft für die Beendigung der Dissertation gegeben haben, obwohl sie selbst sicher oft zu kurz gekommen sind.

Dieses Buch widme ich meiner Mutter.

Sabine König

# Inhaltsverzeichnis

<b>Abkürzungen</b> .....	<b>IX</b>
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	<b>XIII</b>
<b>Einführung</b> .....	<b>1</b>
<b>Gegenstand und Gang der Darstellung</b> .....	<b>4</b>
<b>Kapitel 1: Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts</b> .....	<b>7</b>
<b>A. Grundlagen</b> .....	<b>7</b>
I. Allgemeines/Begrifflichkeiten .....	7
II. Grenzen .....	7
III. Sinnvolle Anknüpfungspunkte.....	8
<b>B. Prinzipien des Internationalen Strafrechts</b> .....	<b>9</b>
I. Das Territorialitätsprinzip gem. § 3 StGB.....	9
1. Allgemeines .....	9
2. Legitimation.....	10
a. Formelle Legitimation .....	10
b. Materielle Legitimation .....	10
3. Begrifflichkeiten/Inhalt .....	11
a. Inlandsbegriff .....	11
b. Begriff des deutschen Strafrechts.....	12
c. Begehungsort.....	12
4. Bestimmung des Begehungsortes bei § 184 III StGB .....	13
a. Bestimmung des Handlungsortes .....	13
aa. Besonderheiten aufgrund des Deliktscharakters.....	13
ab. Besonderheiten aufgrund der Gegebenheiten des Internet .....	14
(1) Fiktion der virtuellen Anwesenheit.....	14
(2) Räumliches Auseinanderfallen der Handlung.....	15
i. Allgemeines .....	15
ii. Der Handlungsort bei § 184 III-IV StGB.....	17
(a) Öffentliche Begehungsweise.....	17
(b) Zugänglichmachen .....	17
(c) Verbreiten von Schriften .....	18
(3) Stellungnahme.....	18

ac.	Ergebnis.....	20
b.	Bestimmung des Erfolgsortes .....	20
aa.	Theorie der Allzuständigkeit.....	21
ab.	Einschränkende Auslegung der Erfolgsortklausel.....	21
(1)	Theorie der subjektivierenden Auslegung .....	22
(2)	Objektivierende Einschränkung.....	22
ac.	Kritik an der Theorie der Allzuständigkeit.....	23
ad.	Kritik an der Einschränkung der Erfolgsortklausel .....	25
(1)	Wahl des falschen Ausgangspunktes .....	25
(2)	Erfolgsortbestimmung und Deliktscharakter .....	26
i.	Erfolgsdelikte / konkrete Gefährdungsdelikte .....	27
ii.	Schlichte Tätigkeitsdelikte.....	28
iii.	Abstrakte Gefährdungsdelikte .....	28
(a)	Ablehnung eines tatbestandsmäßigen Erfolges (h.M.) .....	28
(b)	Physikalische Erfolgsortbestimmung.....	30
(c)	Abstrakte Gefahr als Erfolg / Die Ansicht Martins.....	30
(d)	Tathandlungserfolg.....	32
(e)	Kritik / Stellungnahme zur h.M.....	33
(aa)	Teleologische Reduktion bei Brandstiftungsdelikten.....	33
(ab)	Der tatbestandsmäßige Erfolg in anderen Normen .....	36
•	Allgemeines.....	36
•	Der Erfolgsbegriff im Rahmen des Versuchs.....	38
•	Der Erfolgsbegriff im Rahmen der Unterlassungsdelikte.....	40
•	Fazit .....	41
(ac)	Widerspruch zur mat. Vorverlagerung der Strafbarkeit .....	41
(ad)	Tatsächliche Bedenken.....	43
(f)	Kritik / Stellungnahme zu den anderen Ansichten .....	44
ae.	Zwischenergebnis.....	44
5.	Gesamtergebnis.....	44
II.	Das Schutzprinzip.....	45
1.	Das Staatsschutzprinzip .....	45
2.	Das Individualschutzprinzip.....	46
III.	Das aktive Personalitätsprinzip .....	47
IV.	Das Weltrechtsprinzip – § 6 StGB .....	48
1.	Allgemeines .....	48
2.	Formelle Legitimation.....	49

3. Materielle Legitimation.....	51
4. Stellungnahme und Ergebnis.....	52
V. Ergebnis.....	53

**Kapitel 2: Die Strafnorm – § 184 III - V StGB ..... 55**

**A. Grundlagen ..... 55**

I. Schutzzweck/Schutzgüter ..... 55

1. Allgemeines ..... 55

2. Die Entwicklung des Jugendschutzes in § 184 StGB ..... 56

3. Der Jugendschutzgedanke im Einzelnen ..... 57

a. Schutz vor Fehlentwicklungen ..... 57

b. Der Schutz vor sexuellem Missbrauch durch Konsum ..... 60

aa. Unmittelbarer Missbrauch durch den Konsumenten ..... 60

ab. Mittelbarer Missbrauch durch den Konsum ..... 62

i. Allgemeines ..... 62

ii. Die Diskussion um die Gesetzesänderung ..... 63

ac. Der Schutz vor sexuellem Missbrauch durch Herstellung ..... 66

II. Deliktcharakter..... 67

1. Abstraktes Gefährungsdelikt ..... 67

2. Risikodelikt..... 67

3. Legitimation..... 68

**B. Normanalyse ..... 70**

I. Tatmedien..... 70

1. Begriff der „anderen Darstellung“ ..... 71

2. Der Schriftenbegriff i.S.v. § 11 III StGB..... 72

3. Begriff: Ton- und Bildträger i.S.v. § 11 III StGB ..... 75

4. Der Begriff der Abbildungen ..... 76

5. Der Begriff des Datenspeichers..... 76

a. Alte Gesetzeslage..... 76

b. Neue Gesetzeslage ..... 78

c. Streit um die Erfassung des Arbeitsspeichers..... 79

aa. Die Ansicht von Gounalakis..... 79

ab. Die Ansicht von Heinrich/Beisel..... 80

ac. Stellungnahme ..... 82

6. Zusammenfassung .....	83
II. Der verbotene Inhalt .....	84
1. Der allgemeine Pornografiebegriff .....	84
a. Der Begriff der „unzüchtigen Schrift“/Realismuskonzept .....	85
b. Die Definition des Gesetzgebers im Entwurf zum 4. StrRG .....	88
c. Teleologischer Ansatz .....	91
d. Sonstige Ansätze .....	93
aa. Die Objektkonzeption .....	93
ab. Feministische Ansätze .....	94
ac. Heutiger Pornografiebegriff der Rechtsprechung .....	95
e. Stellungnahme .....	96
aa. Allgemeine Bewertung der dargestellten Ansichten .....	96
ab. Zwischenergebnis .....	98
ac. Eigener Ansatz .....	99
2. Kinderpornografie i.S.v. § 184 III, IV und V StGB .....	103
a. Der Begriff des Kindes .....	103
aa. Allgemeines – Legaldefinition gem. § 176 StGB .....	103
ab. Tote Kinder .....	104
b. Der sexuelle Missbrauch .....	105
c. Missbrauch als Gegenstand der Schrift .....	106
aa. Allgemeines .....	106
ab. Erfassung sexueller Handlungen i.S.v. § 176 III 2 StGB .....	108
ac. Generelle Erfassung sexueller Handlungen von Kindern .....	109
d. Realitätsgrad der Darstellungen .....	111
aa. Realitätsgrad in § 184 III 2. Alt. StGB .....	111
ab. Realitätsgrad in § 184 IV und V StGB .....	114
e. Der Pornografiecharakter pädophiler Darstellungen .....	117
aa. Derzeitige Rechtslage .....	117
ab. Eigener Ansatz .....	118
III. Die Tathandlungen .....	119
1. Das Verbreiten gem. § 184 III Nr. 1 StGB .....	120
a. Alte Rechtslage .....	120
b. Neue Rechtslage .....	122
c. Stellungnahme .....	123

d.	Vollendung der Verbreitung .....	126
e.	Ergebnis/Zusammenfassung .....	129
2.	Handlungsalternativen gem. § 184 III Nr. 2 StGB.....	130
3.	Handlungsalternativen gem. § 184 III Nr. 3 StGB.....	133
a.	Die Herstellung.....	134
b.	Sonstige Tatvarianten .....	135
c.	Verwendungsabsicht.....	137
d.	Relevanz in Bezug auf das Internet .....	138
4.	Die Besitzstrafbarkeit gem. § 184 V StGB .....	140
a.	Der Besitz gem. § 184 V S. 2 StGB .....	140
b.	Die Besitzverschaffung gem. § 184 V S. 1 StGB .....	142
c.	Sichverschaffen durch Herstellung .....	143
d.	Der Versuch der Besitzverschaffung .....	144
e.	Besitzstrafbarkeit und Internet .....	145
f.	Kritik am Tatbestand der Besitzstrafbarkeit .....	147
IV.	Die Qualifikation nach § 184 IV StGB .....	151
1.	Gewerbsmäßigkeit .....	151
2.	Begehung als Mitglied einer Bande.....	152
V.	Subjektiver Tatbestand und Konkurrenzen.....	154
<b>C.</b>	<b>Fazit.....</b>	<b>155</b>

**Kapitel 3: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit..... 159**

**A. Grundlagen .....**

I.	Die Entwicklung des Teledienstegesetzes (TDG) .....	160
II.	Sinn und Zweck des IuKDG (TDG/EGG).....	160
III.	Systematik und dogmatische Einordnung des TDG .....	162
1.	Problemstellung .....	162
2.	Die Haftungsregelungen des TDG als Vorfilter.....	163
3.	Integrations- oder Tatbestandslösung .....	165
4.	Vermittelnde Ansichten .....	166
5.	Stellungnahme/Fazit .....	166
IV.	Sachlicher und personeller Geltungsbereich.....	167
1.	Sachlicher Geltungsbereich.....	167

2. Persönlicher Geltungsbereich.....	170
<b>B. Die Verantwortlichkeitsregelungen des TDG .....</b>	<b>171</b>
I. Verantwortlichkeit gem. § 8 I TDG .....	171
1. Begriff: Content-Provider .....	171
2. Eigene und fremde Informationen.....	172
3. Bereithalten zur Nutzung .....	173
II. Überwachungspflichten gem. § 8 II TDG .....	173
III. Die Durchleitung von Informationen gem. § 9 TDG .....	175
1. Network-Provider .....	175
2. Access-Provider.....	176
3. Privilegierungsvoraussetzungen nach § 9 I TDG.....	176
IV. Die Zwischenspeicherung gem. § 9 II TDG.....	177
V. Die Zwischenspeicherung gem. § 10 TDG (Caching).....	178
1. Grundsatz der Nichtverantwortlichkeit.....	178
2. Die Ausnahmeregelungen .....	179
VI. Speicherung von Informationen gem. § 11 TDG.....	181
1. Grundsatz.....	181
2. Die Ausnahmeregelungen .....	182
<b>C. Strafbarkeit durch Unterlassen .....</b>	<b>183</b>
1. Bedeutung des TDG.....	183
a. Die alte Rechtslage .....	184
b. Neue Rechtslage .....	185
c. Zusammenfassung/Zwischenergebnis .....	187
2. Die Beihilfehandlung und Garantenstellung.....	189
<b>D. Verantwortlichkeit für Hyperlinks/Suchmaschinen.....</b>	<b>190</b>
I. Die Verantwortlichkeit für Hyperlinks .....	190
1. Allgemeines .....	190
2. Einordnung als eigene oder fremde Informationen.....	192
II. Die Verantwortlichkeit für Suchmaschinen.....	194
<b>E. Die Verantwortlichkeit der Nutzer .....</b>	<b>197</b>

<b>Kapitel 4: Strafverfolgung im Internet .....</b>	<b>199</b>
<b>A. Problemstellung .....</b>	<b>199</b>
<b>B. Rechtliche Grundlagen .....</b>	<b>200</b>
I. Zugriff auf frei zugängliche Informationen/Inhalte .....	200
II. Zugriff auf Zugangsgeschützte Informationen/Inhalte .....	201
1. Eingriffscharakter .....	201
2. Ermächtigungsgrundlagen .....	202
a. Abgrenzung von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung .....	202
b. Ermächtigungsgrundlagen bzgl. der Gefahrenabwehr .....	203
c. Ermächtigungsgrundlagen bzgl. der Strafverfolgung .....	203
aa. Der Einsatz verdeckter Ermittler, § 110 a StPO .....	204
(1) Einsatzalternativen .....	204
(2) Handeln unter einer Legende .....	205
ab. Die Durchsuchung gem. §§ 102, 103 StPO .....	206
ac. Überwachung der Telekommunikation .....	207
(1) Grundsätzliche Anwendbarkeit .....	207
(2) Katalogstraftat .....	208
(3) Die Zulässigkeit der Überwachung im Einzelnen .....	209
i. Überwachung flüchtiger Daten .....	209
ii. Überwachung (zwischen-) gespeicherter Informationen .....	210
iii. Stellungnahme .....	212
ad. Ermächtigung über § 163 StPO .....	214
3. Zwischenergebnis .....	215
<b>C. Durchsuchung/Beschlagnahme am Server-Standort .....</b>	<b>216</b>
I. Die Zulässigkeit der Inbetriebnahme der EDV-Anlage .....	216
II. Der Online-Zugriff auf räumlich entfernte Daten .....	218
III. Beschlagnahme von Computerdaten gem. § 94 StPO .....	219
<b>D. Kinderpornografie und polizeiliche Praxis .....</b>	<b>220</b>
I. Zentralstelle für Netzwerkfahndung (LKA Bayern) .....	220
II. Fakten zur Kinderpornografie .....	223
1. Die Täter .....	223
2. Das kinderpornografische Material .....	227
3. Statistik .....	229
III. Die Überprüfung großer Datenbestände (PERKEO) .....	231

IV.	Probleme bei der Strafverfolgung .....	234
<b>E.</b>	<b>Fazit .....</b>	<b>236</b>
<b>Kapitel 5:</b>	<b>Die Convention on Cyber-Crime (CCC) .....</b>	<b>239</b>
<b>A.</b>	<b>Die historische Entwicklung der CCC .....</b>	<b>239</b>
<b>B.</b>	<b>Ziele und Regelungsinhalt der CCC .....</b>	<b>240</b>
<b>C.</b>	<b>Regelungen der CCC zur Kinderpornografie .....</b>	<b>241</b>
I.	Ziele des Art. 9 CCC .....	242
II.	Normanalyse .....	243
1.	Tathandlungen, Art. 9 I CCC .....	243
2.	Begriff der Kinderpornografie in Art. 9 II CCC .....	246
3.	Begriff des Kindes, Art. 9 III CCC .....	249
4.	Innerstaatliche Umsetzung i.S.v. Art. 9 IV CCC .....	251
III.	Fazit .....	251
<b>Kapitel 6:</b>	<b>Zusammenfassung .....</b>	<b>253</b>
<b>A.</b>	<b>Ergebnisse Kapitel 1 (Strafanwendungsrecht) .....</b>	<b>253</b>
I.	Das Territorialitätsprinzip .....	253
II.	Das Weltrechtsprinzip .....	254
<b>B.</b>	<b>Ergebnisse Kapitel 2 (Normanalyse) .....</b>	<b>255</b>
I.	Die Schutzgüter .....	255
II.	Die Tatmedien .....	255
III.	Der verbotene Inhalt .....	257
IV.	Die Tathandlungen .....	258
<b>C.</b>	<b>Sonstige Ergebnisse .....</b>	<b>258</b>
<b>D.</b>	<b>Schlusswort .....</b>	<b>260</b>

## Abkürzungen

<b>a.A.</b>	andere Ansicht
<b>a.F.</b>	alte Fassung
<b>Abs.</b>	Absatz
<b>AE</b>	Alternativentwurf
<b>AfP</b>	Archiv für Presserecht
<b>AG</b>	Amtsgericht
<b>Alt.</b>	Alternative
<b>Art.</b>	Artikel
<b>Aufl.</b>	Auflage
<b>Az.</b>	Aktenzeichen
<b>BayObLGSt</b>	Entscheidungen des Bayerische Obersten Landesgerichts in Strafsachen
<b>Bd.</b>	Band
<b>BGB</b>	Bürgerliches Gesetzbuch
<b>BGBI.</b>	Bundesgesetzblatt
<b>BGH</b>	Bundesgerichtshof
<b>BGHSt</b>	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
<b>BGHZ</b>	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
<b>BKA</b>	Bundeskriminalamt
<b>BKAG</b>	Bundeskriminalamtsgesetz
<b>BMI</b>	Bundesministerium des Innern
<b>BR-Drs.</b>	Bundesratsdrucksache
<b>BT-Drs.</b>	Bundestagsdrucksache
<b>BtMG</b>	Betäubungsmittelgesetz
<b>BVerfG</b>	Bundesverfassungsgericht
<b>BVerwG</b>	Bundesverwaltungsgericht
<b>bzgl.</b>	bezüglich
<b>bzw.</b>	beziehungsweise
<b>c't</b>	Magazin für Computertechnik
<b>ca.</b>	Circa
<b>CCC</b>	Convention on Cyber-Crime
<b>CD</b>	Compact-Disk
<b>CDPC</b>	European Committee on Crime Problems
<b>CPPA</b>	Child Pornography Prevention Act
<b>CR</b>	Computer und Recht
<b>d.h.</b>	das heißt
<b>DAT</b>	Digital Audio Tape

<b>ders.</b>	derselbe
<b>dies.</b>	dieselbe
<b>DRiZ</b>	Deutsche Richterzeitung
<b>dStGB</b>	deutsches Strafgesetzbuch
<b>DuD</b>	Datenschutz und Datensicherung
<b>DuR</b>	Demokratie und Recht
<b>E.</b>	Entwurf
<b>e.A.</b>	eine(r) Ansicht
<b>EDV</b>	Elektronische Datenverarbeitung
<b>EGG</b>	Gesetz über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr
<b>EMRK</b>	Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte
<b>etc.</b>	et cetera
<b>f.</b>	folgende
<b>ff.</b>	fortfolgende
<b>FKK</b>	Freikörperkultur
<b>Fn.</b>	Fußnote
<b>FS</b>	Festschrift
<b>FTP</b>	File Transfer Protokoll
<b>FuR</b>	Film und Recht
<b>GA</b>	Goldammer's Archiv für Strafrecht
<b>gem.</b>	Gemäß
<b>GG</b>	Grundgesetz
<b>GjS</b>	Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften
<b>GS</b>	Großer Strafsenat
<b>h.M.</b>	herrschende Meinung
<b>Hrsg.</b>	Herausgeber
<b>i.d.S.</b>	in diesem Sinne
<b>i.e.S.</b>	im engeren Sinn
<b>i.S.d.</b>	im Sinne des
<b>i.S.v.</b>	im Sinne von
<b>i.V.m.</b>	in Verbindung mit
<b>i.w.S.</b>	im weiteren Sinn
<b>IRC</b>	Internet Relay Chat
<b>IuKDG</b>	Informations- und Kommunikationsdienstengesetz
<b>IuK-Technologie</b>	Informations- und Kommunikations-Technologie
<b>JA</b>	Juristische Arbeitsblätter
<b>JR</b>	Juristische Rundschau

<b>JurPC</b>	JurPC – Internet-Zeitschrift für Rechtsinformatik
<b>JuS</b>	Juristische Schulung
<b>JZ</b>	Juristenzeitung
<b>K&amp;R</b>	Kommunikation & Recht
<b>KG</b>	Kammergericht
<b>KJuG</b>	Kinder, Jugend und Gesellschaft
<b>KritJ</b>	Kritische Justiz
<b>LAN</b>	Lokal Area Network
<b>LG</b>	Landgericht
<b>LKA</b>	Landeskriminalamt
<b>LK-StGB</b>	Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch mit Verweis auf
<b>m.V.a.</b>	mit weiteren Nachweisen
<b>m.w.N.</b>	Monatsschrift für Deutsches Recht
<b>MDR</b>	Mediendienstestaatsvertrag
<b>MDSStV</b>	Millionen
<b>Mio.</b>	MultiMedia und Recht
<b>MMR</b>	Milliarden
<b>Mrd.</b>	neue Fassung
<b>n.F.</b>	Neue Juristische Wochenschrift
<b>NJW</b>	Computerreport der NJW
<b>NJW-CoR</b>	Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch
<b>NK-StGB</b>	nicht offen ermittelnder Polizeibeamter
<b>NoeP</b>	Nummer
<b>Nr.</b>	Neue Zeitschrift für Strafrecht
<b>NStZ</b>	NStZ-Rechtsprechungs-Report
<b>NStZ-RR</b>	oder ähnliche
<b>o.ä.</b>	Österreichische Juristenzeitung
<b>ÖJZ</b>	Oberlandesgericht
<b>OLG</b>	Gesetz zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität
<b>OrgKG</b>	Kriminalität
<b>PC</b>	Personalcomputer
<b>PERKEO</b>	Programm zur Erkennung relevanter kinderpornografisch eindeutiger Objekte
<b>PGP</b>	Pretty Good Privacy
<b>RDV</b>	Recht der Datenverarbeitung
<b>RG</b>	Reichsgericht
<b>RGSt</b>	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
<b>Rn.</b>	Randnummer
<b>RStGB</b>	Reichsstrafgesetzbuch
<b>S.</b>	Seite

<b>SchlHA</b>	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
<b>SK-StGB</b>	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch
<b>StGB</b>	Strafgesetzbuch
<b>StIGH</b>	Ständiger Internationaler Gerichtshof
<b>StIGHE</b>	Entscheidungen des Ständigen Internationalen Gerichtshofs
<b>StPO</b>	Strafprozessordnung
<b>StRÄndG</b>	Strafrechtsänderungsgesetz
<b>StrRG</b>	Strafrechtsreformgesetz
<b>StV</b>	Strafverteidiger
<b>TDG</b>	Teledienstegesetz
<b>TKG</b>	Telekommunikationsgesetz
<b>u.a.</b>	unter anderem
<b>u.ä.</b>	und ähnliche
<b>UrHG</b>	Urheberrechtsgesetz
<b>URL</b>	Uniform Resource Locator
<b>v.a.</b>	vor allem
<b>VerwG</b>	Verwaltungsgericht
<b>vgl.</b>	vergleiche
<b>VRS</b>	Verkehrsrechtssammlung
<b>wistra</b>	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer und Strafrecht
<b>www</b>	World Wide Web
<b>z.B.</b>	zum Beispiel
<b>Ziff.</b>	Ziffer
<b>ZRP</b>	Zeitschrift für Rechtspolitik
<b>ZStW</b>	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
<b>ZUM</b>	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
<b>ZUM-RD</b>	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht - Rechtsprechungsdienst

## Literaturverzeichnis

**Achenbach, Astrid**

Datenschutz und Datensicherheit im Internet – Verantwortung und Kontrolle, Hamburg 1999

**Altenhain, Karsten**

Die gebilligte Verbreitung mißbilligter Inhalte – Auslegung und Kritik des § 5 Teledienstegesetz, AfP 1998, S. 457 ff.

**Altenhain, Karsten**

Die strafrechtliche Verantwortung für die Verbreitung missbilligter Inhalte in Computernetzen, CR 1997, S. 485 ff.

**Ambos, Kai**

Aktuelle Probleme der deutschen Verfolgung von „Kriegsverbrechen“ in Bosnien-Herzegowina, NStZ 1999, S. 226 ff.

**Ambos, Kai**

Zur Rechtsgrundlage des Internationalen Strafgerichtshofs – eine Analyse des Rom-Statuts, ZStW 1999, S. 175 ff.

**Amelung, Knut**

Grundfragen der Verwertungsverbote bei beweissichernden Haussuchungen im Strafverfahren, NJW 1991, S. 2533 ff.

**Auer, Wolfgang/Loimer, Bernhard**

Zur Strafbarkeit der Verbreitung von Kinderpornographie über das Internet, ÖJZ 1997, S. 613 ff.

**Baer, Susanne/Slupik, Vera**

Entwurf eines Gesetzes gegen Pornographie, KritJ 1988, S. 171 ff.

**Bär, Wolfgang**

Aktuelle Rechtsfragen bei strafprozessualen Eingriffen in die Telekommunikation, MMR 2000, S. 472 ff.

**Bär, Wolfgang**

Anmerkung zum Urteil des BGH vom 7.04.1998, MMR 1999, S. 30 ff.

**Bär, Wolfgang**

Anmerkung zum Urteil des LG Hanau vom 23.09.1999, MMR 2000, S. 176 ff.

**Bär, Wolfgang**

Beschlagnahme von Computerdaten (I) und (II), CR 1996, S. 675 ff. und S. 744 ff.

- Bär, Wolfgang**  
Der Zugriff auf Computerdaten im Strafverfahren, München 1992
- Bär, Wolfgang**  
Durchsuchungen im EDV-Bereich (I) und (II), CR 1995, S. 158 ff. und S. 227 ff.
- Bär, Wolfgang**  
EDV-Beweissicherung im Strafverfahrensrecht – Änderungen durch das BegleitG zum TKG, CR 1998, S. 434 ff.
- Bär, Wolfgang**  
Polizeilicher Zugriff auf kriminelle Mailboxen, CR 1995, S. 489 ff.
- Bär, Wolfgang**  
Rechtsschutzmöglichkeiten bei Durchsuchung und Durchsicht von EDV-Anlagen und Anwendbarkeit des § 110 StPO auf technische Papiere, CR 1996, S. 37 ff.
- Bär, Wolfgang**  
Strafprozessuale Fragen der EDV-Beweissicherung, MMR 1998, S. 577 ff.
- Bär, Wolfgang**  
Strafrechtliche Kontrolle in Datennetzen, MMR 1998, S. 463 ff.
- Bär, Wolfgang**  
Zur Frage der Durchsuchung von Mailboxen, CR 1996, S. 490 ff.
- Bär, Wolfgang**  
Zur Strafbarkeit der Versendung und des Empfangs von Kinderpornographie mittels E-Mail – Anmerkung zum Beschluss des BayObLG München vom 27.06.2000 (5 St RR 122/2000), MMR 2000, S. 760 ff.
- Barton, Dirk**  
Multimedia-Strafrecht – Ein Handbuch für die Praxis, Neuwied 1999
- Behm, Ulrich**  
Einfuhr pornografischer Schriften gem. § 184 Abs. 1 Nr. 4 StGB – eine anachronistische Vorschrift, AfP 2002, S. 22 ff.
- Beisel, Daniel/Heinrich, Bernd**  
Die Strafbarkeit der Ausstrahlung pornographischer Sendungen in codierter Form durch das Fernsehen, JR 1996, S. 95 ff.
- Beisel, Daniel/Heinrich, Bernd**  
Die Zulässigkeit der Indizierung von Internet-Angeboten und ihre strafrechtliche Bedeutung, CR 1997, S. 360 ff.

**Bergmann, Lothar**

Der Begehungsort im Internationalen Strafrecht Deutschlands, Englands und der Vereinigten Staaten von Amerika, Berlin 1966

**Bergmann, Magnus**

Die Haftung gem. § 5 TDG am Beispiel des News-Dienstes unter Berücksichtigung des EU-Richtlinienvorschlags über den elektronischen Geschäftsverkehr, Münster 2000

**Bettinger, Torsten/Freytag, Stefan**

Privatrechtliche Verantwortlichkeit für Links – zugleich eine Anmerkung zum Urteil des LG Hamburg vom 12.5.1998, CR 1998, S. 545 ff.

**Binding, Karl**

Handbuch des Strafrechts, Band 1, Leipzig 1885

**Birk, Dieter**

Rechtsprobleme der EDV im Besteuerungsverfahren, in Rechtsprobleme der EDV, Hrsg. Heinrich Dörner und Dirk Ehlers, Frankfurt am Main, 1989, S. 134 ff.

**Bischeltrieder, Albert**

Polizeiliche Fahndung in den Datennetzen beim Bayerischen Landeskriminalamt, der kriminalist 2002, S. 378 ff.

**Bleisteiner, Stephan**

Rechtliche Verantwortlichkeit im Internet : unter besonderer Berücksichtigung des Teledienstegesetzes und des Mediendienste-Staatsvertrags, München 1999

**Brandi-Dohrn, Matthias**

Die Verfolgung von Softwareverletzungen mit den Mitteln des Zivilrechts, CR 1985, S. 67 ff.

**Brandi-Dohrn, Matthias**

Probleme der Rechtsverwirklichung beim Schutz von Software, CR 1987, S. 835 ff.

**Bremer, Karsten**

Strafbare Internet-Inhalte in Internationaler Sicht, Frankfurt am Main 2001

**Breuer, Barbara**

Die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts auf extritorial handelnde Internet-Benutzer, MMR 1998, S. 141 ff.

**Brodersen, Kilian**

Das Strafverfahrensänderungsgesetz 1999, NJW 2000, S. 2536 ff.

- Bröhl, Georg M.**  
Rechtliche Rahmenbedingungen für neue Informations- und Kommunikationsdienste, CR 1997, S. 73 ff.
- Buergenthal, Thomas**  
Grundzüge des Völkerrechts, Heidelberg 1988
- Collardin, Marcus**  
Straftaten im Internet – Fragen zum internationalen Strafrecht, CR 1995, S. 618 ff.
- Conradi, Ulrich/Schlömer, Uwe**  
Die Strafbarkeit der Internet-Provider – 1. Teil, NSTZ 1996, S. 366 ff.
- Conradi, Ulrich/Schlömer, Uwe**  
Die Strafbarkeit der Internet-Provider – 2. Teil, NSTZ 1996, S. 472 ff.
- Cornils, Karin**  
Der Begehungsort von Äußerungsdelikten im Internet, JZ 1999, S. 394 ff.
- Deblitz, Thorsten**  
Die Strafbarkeit der Werbung für pornographische Schriften, Dissertation, Kiel 1995
- Denninger, Erhard**  
Verfassungsrechtliche Grenzen polizeilicher Datenverarbeitung insbesondere durch das Bundeskriminalamt, CR 1988, S. 51 ff.
- Derksen, Roland**  
Strafrechtliche Verantwortung für in internationalen Computernetzen verbreitete Daten mit strafbarem Inhalt, NJW 1997, S. 1878 ff.
- Dreher, Eduard**  
Die Neuregelung des Sexualstrafrechts eine geglückte Reform?, JR 1974, S. 45 ff.
- Drewes, Detlef**  
Die Kindersexmafia und ihre unsichtbaren Kanäle, in: Sexualisierte Gewalt in der Alltags- und Medienwelt von Kindern: Wahrnehmen – Benennen – Präventiv handeln, Hrsg. Petra Risau, Marlene Kruck, Kathrin Bender, Bad Heilbrunn, 2001, S. 93 ff.
- Dübbers, Robert**  
Beschlagnahme von e-Mails, StV 2000, S. 355 ff.
- Ebert, Udo**  
Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Heidelberg 2001
- Eckstein, Ken**  
Pornographie und Versandhandel, wistra 1997, S. 47 ff.

**Ehlers, Wolfram**

Gewaltdarstellung und Pornographie im Lichte jüngster Rechtsprechung,  
Film und Recht 1977, S. 736 ff.

**Eichler, Alexander/Helmers, Sabine/Schneider, Thorsten**

Link(s) – Recht(s), Technische Grundlagen und Haftungsfragen bei Hyperlinks,  
Kommunikation & Recht, in Beilage zum Betriebs-Berater Heft 49/1997, S. 23 ff.

**Empt, Martin**

Virtuelle Kinderpornografie als verfassungsrechtlich geschützte Meinungsfreiheit?, ZUM 2002, S. 613 ff.

**Endemann, Jutta**

Interlokalrechtliche Probleme im Bereich des Staatsschutzstrafrechts unter besonderer Berücksichtigung des Tatortbegriffes, NJW 1966, S. 2381 ff.

**Engel, Christoph**

Inhaltskontrolle im Internet, AfP 1996, S. 220 ff.

**Engel-Flechsigt, Stefan**

Das Informations- und Kommunikationsdienstegesetz des Bundes und der Mediendienstestaatsvertrag der Bundesländer –Einheitliche Rahmenbedingungen für Multimedia, ZUM 1997, S. 231 ff.

**Engel-Flechsigt, Stefan**

Das neue Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz, NJW 1997, S. 2981 ff.

**Engel-Flechsigt, Stefan/Maennel, Frithjof A./Tettenborn, Alexander**

Das neue Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz, NJW 1997, S. 2990 ff.

**Ernst, Stefan**

Anmerkung zum Urteil des AG München vom 28.5.1998, NJW-CoR 1998, S. 362 ff.

**Finke, Thorsten**

Die strafrechtliche Verantwortung von Internet-Providern, Tübingen 1998

**Fischer, Klaus Andreas**

Die strafrechtliche Beurteilung von Werken der Kunst, Frankfurt am Main 1995

**Flechsigt, Norbert P.**

Haftung von Online-Diensteanbietern im Internet, AfP 1996, S. 333 ff.

**Flehsig, Norbert P./Gabel, Detlev**

Strafrechtliche Verantwortlichkeit im Netz durch Einrichten und Vorhalten von Hyperlinks, CR 1998, S. 351 ff.

**Franke, Einhard**

Strukturmerkmale der Schriftenverbreitungstatbestände des StGB, GA 1984, S. 452 ff.

**Freytag, Stefan**

Haftung im Netz – Verantwortlichkeit für Urheber-, Marken- und Wettbewerbsrechtsverletzungen nach § 5 TDG und MDSStV, München 1999

**Freytag, Stefan**

Urheberrechtliche Haftung im Netz – Zur dogmatischen Einordnung und praktischen Umsetzung von § 5 TDG und § 5 MDSStV bei Urheberrechtsverletzungen im Internet, Kongress: Institut für Urheber- und Medienrecht 1998 in München, ZUM 1999, S. 185 ff.

**Gallas, Wilhelm**

Abstrakte und konkrete Gefährdung, in Festschrift für Ernst Heinitz, Hrsg. Hans Lüttger, Berlin 1972, S. 171 ff.

**Geidies, Michael**

Der Betrieb „wilder“ Müllkippen durch Unterlassen, NJW 1989, S. 821 ff.

**Geppert, Klaus**

Anmerkung zum Urteil des BGH vom 25.10.1984, NStZ 1985, S. 264 ff.

**Gercke, Marco**

Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Internetstrafrecht in den Jahren 2000 und 2001, ZUM 2002, S. 283 ff.

**Gercke, Marco**

Zur strafrechtlichen Verbreitung von Schriften im Internet – Anmerkung zum Urteil des BGH vom 27.06.2000, MMR 2001, S. 678 ff.

**Gibson, William**

Cyberspace, 7. Auflage, München 1993

**Gottwald, Stefan**

Zur Dogmatik der objektiven Bedingung der Strafbarkeit, JA 1998, S. 343 ff.

**Gounalakis, Georgios**

Das Informations- und Kommunikationsdienste- Gesetz, K&R 1998, S. 321 ff.

**Gounalakis, Georgios**

Der Mediendienste-Staatsvertrag der Länder, NJW 1997, S. 2993 ff.

**Graf, Jürgen**

Internet – Straftaten und Strafverfolgung, DRiZ 1999, S. 281 ff.

**Graul, Eva**

Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht, Berlin 1991

**Haedicke, Maximilian**

Lex informatica oder allgemeines Deliktsrecht? – § 5 TDG und § 5 MDStV als gesetzlich normierte Verkehrssicherungspflichten und ihre Einordnung in das System des allgemeinen Deliktsrechts, CR 1999, S. 309 ff.

**Haft, Fritjof/Eisele, Jörg**

Zur Einführung – Rechtsfragen des Datenverkehrs im Internet, JuS 2001, S. 112 ff.

**Hanack, Ernst-Walter**

Die Reform des Sexualstrafrechts und der Familiendelikte – Viertes Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 1973-11-23 (BGBl I, 1725), NJW 1974, S. 1 ff.

**Härting, Niko**

Gesetzesentwurf zur Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie, CR 2001, S. 271 ff.

**Heghmanns, Michael**

Anmerkung zum Urteil des Landgerichts München I vom 17. November 1999 – CompuServe, ZUM 2000, S. 463 ff.

**Heghmanns, Michael**

Strafrechtliche Verantwortlichkeit für illegale Inhalte im Internet, JA 2001, S. 71 ff.

**Heinrich, Bernd**

Der Erfolgsort beim abstrakten Gefährdungsdelikt, GA 1999, S. 72 ff.

**Herkströter, Dirk**

Rundfunkfreiheit, Kunstfreiheit und Jugendschutz – Zu den Auswirkungen der "Mutzenbacher Entscheidung" des Bundesverfassungsgerichts vom 27. November 1990 auf die Jugendschutzbestimmungen im Rundfunkrecht, AfP 2001, S. 23 ff.

**Herzog, Marco**

Rechtliche Probleme einer Inhaltsbeschränkung im Internet, Frankfurt am Main, 1999

**Hilgendorf, Eric**

Anmerkung zum Urteil des BGH vom 21.2.2001, JR 2002, S. 82 ff.

**Hilgendorf, Eric**

Die neuen Medien und das Strafrecht, ZStW 2001, S. 650 ff.

**Hilgendorf, Eric**

Grundfälle zum Computerstrafrecht, JuS 1997, S. 323 ff.

**Hilgendorf, Eric**

Überlegungen zur strafrechtlichen Interpretation des Ubiquitätsprinzips im Zeitalter des Internet, NJW 1997, S. 1873 ff.

**Hilgendorf, Eric**

Zur Anwendbarkeit des § 5 TDG auf das Strafrecht, NStZ 2000, S. 518 ff.

**Hilgendorf, Eric**

Zur Lehre vom "Erfolg in seiner konkreten Gestalt", GA 1995, S. 515 ff.

**Hilger, Hans**

Neues Strafverfahrensrecht durch das OrgKG (I) und (II), NStZ 1992, S. 457 ff. und S. 523 ff.

**Hinterseh, Sven**

Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Pornographie im Internet: Ein Beitrag zum Thema „Datennetzkriminalität“, JurPC 1996, S. 460 ff.

**Hirsch, Hans-Joachim**

Gefahr und Gefährlichkeit, in Strafgerechtigkeit – Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, Hrsg. F. Haft, W. Hassemer, U. Neumann, W. Schild, U. Schroth, Heidelberg 1993, S. 545 ff.

**Hochstein, Reiner**

Teledienste, Mediendienste und Rundfunkbegriff – Anmerkungen zur praktischen Abgrenzung multimedialer Erscheinungsformen, NJW 1997, S. 2977 ff.

**Hoeren, Thomas**

Anmerkung zum Generalbundesanwalt: Haftung eines Access Providers für rechtswidrigen Inhalt, MMR 1998, S. 93 ff.

**Hoeren, Thomas**

Grundzüge des Internetrechts – E-Commerce, Domains, Urheberrecht, 2. Auflage, München 2002

**Hoeren, Thomas**

Rechtsoasen im Internet – Eine erste Einführung, MMR 1998, S. 297 f.

**Holthausen, Dieter**

Entgegnung zum Beitrag von Pottmeyer "Die Strafbarkeit von Auslandstaten nach dem Kriegswaffenkontroll- und dem Außenwirtschaftsrecht" (NStZ 1992, S. 57ff.), NStZ 1992, S. 268 ff.

- Horn, Eckard/Hoyer, Andreas**  
 Rechtsprechungsübersicht zum 27. Abschnitt des StGB – „Gemeingefährliche Straftaten“, JZ 1987, S. 965 ff.
- Hörnle, Tatjana**  
 Pornographische Schriften im Internet: Die Verbotsnormen im deutschen Strafrecht und ihre Reichweite, NJW 2002, S. 1009 ff.
- Hütig, Stefan**  
 Anmerkung zum Beschluss des OLG Hamburg vom 3.05.1999, CR 1999, S. 713 ff.
- Hütig, Stefan**  
 Anmerkung zum Urteil des AG Tiergarten vom 30.06.1997, MMR 1998, S. 49 ff.
- Ilg, Elisabeth**  
 Der strafrechtliche Schutz der sexuellen Selbstbestimmung des Kindes, Dissertation, Regensburg 1997
- Ipsen, Knut**  
 Völkerrecht, 4. Auflage, München 1999
- Jaeger, Stefan**  
 Computerkriminalität, Augsburg 1998
- Jaeger, Stefan**  
 Zur strafrechtlichen Haftung eines Diensteanbieters bei der Verbreitung pornographischer Inhalte, RDV 1998, S. 266
- Jäger, Christian**  
 Zulässigkeit der Beschlagnahme und Verwertung von E-Mails, StV 2002, S. 243 ff.
- Jäger, Ulrike/Collardin, Markus**  
 Die Inhaltsverantwortlichkeit von Online-Diensten, CR 1996, S. 236 ff.
- Jescheck, Hans-Heinrich**  
 Der Entwurf eines neuen Sexualstrafrechts im Lichte der Rechtsvergleichung, ZStW 1971, S. 299 ff.
- Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas**  
 Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin 1996
- Jofer, Robert**  
 Strafverfolgung im Internet, Frankfurt am Main 1999
- Kaufmann, Armin**  
 Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren, JZ 1971, S. 569 ff.

- Keiser, Claudia**  
Übungsblätter Klausur Strafrecht – „Immer Ärger mit E-Mails“,  
JA 2001, S. 662 ff.
- Keltsch, Jürgen**  
Zum Begriff des "Verbreitens" im Sinne von § 86a Abs. 1 StGB,  
NSTZ 1983, S. 121 ff.
- Kienle, Michael**  
Internationales Strafrecht und Straftaten im Internet, Konstanz 1998
- Klein-Schonfeld, Sabine/Sokol, Bettina**  
PorNO, mit oder ohne Justiz, oder: freie Sexualität für freie Bürger?,  
DuR 1988, S. 167 ff.
- Koch, Alexander**  
Strafrechtliche Verantwortlichkeit beim Setzen von Hyperlinks auf  
missbilligte Inhalte, MMR 1999, S. 704 ff.
- Koch, Frank A.**  
Internet-Recht – Praxishandbuch mit dem neuen Medien- und Tele-  
diensterecht, Checklisten und Musterverträgen, München 1998
- Koch, Frank A.**  
Zivilrechtliche Anbieterhaftung für Inhalte in Computernetzen, CR 1997,  
S. 193 ff.
- Koenig, Christian**  
Regulierungsoptionen für die neuen Medien, MMR-Beilage 12/1998
- Köhler, Markus/Arndt, Hans-Wolfgang**  
Recht des Internet, 2. Auflage, Heidelberg 2000
- Krader, Gabriela**  
Kampf gegen die Internetkriminalität, DuD 2001, S. 344 ff.
- Kramer, Adelinde**  
Sexualdelikte – als abstrakte Gefährdungsdelikte, Dissertation, Tübingen  
1981
- Kramer, Bernhard**  
Polizeiliche Ermittlungen – § 163 StPO Ermächtigungsgrundlage oder  
nur Aufgabenzuweisungsnorm?, Kriminalistik 1993, S. 227 ff.
- Kramer, Bernhard**  
Videoaufnahmen und andere Eingriffe in das Allgemeine Persönlich-  
keitsrecht auf der Grundlage des § 163 StPO?, NJW 1992, S. 2732 ff.
- Kröger, Detlef/Moos, Flemming**  
Regelungsansätze für Multimediadienste – Mediendienstestaatsvertrag  
und Teledienstegesetz, ZUM 1997, S. 462 ff.

**Kudlich, Hans**

Anmerkung zum Urteil des BGH vom 27.06.01: Verbreiten von Schriften, JZ 2002, S. 310 ff.

**Kudlich, Hans**

Der heimliche Zugriff auf Daten einer Mailbox – ein Fall der Überwachung des Fernmeldeverkehrs?, Anmerkung zum Beschluss des BGH vom 31.07.1995, JuS 1998, S. 209 ff.

**Kudlich, Hans**

Strafprozessuale Probleme des Internet – Rechtliche Probleme der Beweisgewinnung in Computernetzen, JA 2000, S. 227 ff.

**Kugelmann, Dieter**

Die „Cyber-Crime“ Konvention des Europarates, DuD 2001, S. 215 ff.

**Kuner, Christopher**

Internationale Zuständigkeitskonflikte im Internet, CR 1996, S. 453 ff.

**Lackner, Karl/Kühl, Kristian**

Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 24. Auflage, München 2001

**Ladeur, Karl-Heinz**

Was ist Pornografie heute? Zur Notwendigkeit einer Umstellung des strafrechtlichen Pornografieverbots auf Institutionsschutz, AfP 2001, S. 471 ff.

**Ladeur, Karl-Heinz**

Zur Auseinandersetzung mit feministischen Argumenten für ein Pornographieverbot, ZUM 1989, S. 155 ff.

**Lagodny, Otto**

Anmerkung zu BayObLG vom 23.5.1997, JR 1998, S. 472 ff.

**Lagodny, Otto**

Anmerkung zu BGHSt vom 12.12.2000, JZ 2001, S. 1198 ff.

**Landmann, Dieter**

Die Ausstrahlung jugendgefährdender Fernsehsendungen – strafbar?, NJW 1996, S. 3309 ff.

**Laubenthal, Klaus**

Sexualstraftaten, Berlin 2000

**Lautmann, Rüdiger/Schetsche, Michael**

Das pornographierte Begehren, Frankfurt am Main 1990

**Lehle, Thomas**

Der Erfolgsbegriff und die deutsche Strafzuständigkeit im Internet, Konstanz 1999

**Lindemann, Michael/Wachsmuth, Ingmarie**

Anmerkung zum Urteil des BGH vom 27.06.2001, JR 2002, S. 204 ff.

**Lüder, Sascha Rolf**

Eröffnung der deutschen Gerichtsbarkeit für den Völkermord im Kosovo?, NJW 2000, S. 269 ff.

**Lührs, Wolfgang**

Eingeschränkte Beschlagnahmemöglichkeiten von „Mailbox-Systemen“ aufgrund des Fernmeldegeheimnisses?, wistra 1995, S. 19 f.

**Mahrenholz, Ernst G.**

Brauchen wir einen neuen Pornographie-Begriff?, ZUM 1998, S. 525 ff.

**Martin, Jörg**

Grenzüberschreitende Umweltbeeinträchtigungen im deutschen Strafrecht, ZRP 1992, S. 19 ff.

**Martin, Jörg**

Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen, Freiburg 1989

**Matzky, Ralph**

Zugriff auf EDV im Strafprozeß: rechtliche und technische Probleme der Beschlagnahme und Durchsuchung beim Zugriff auf das Beweismittel „EDV“, Berlin 1999

**Mendelssohn Bartholdy, Albrecht**

Das räumliche Herrschaftsgebiet des Strafgesetzes, in Vergleichende Darstellung des deutschen und des ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, Band 4, Berlin 1908, S. 85 ff.

**Merkel, Reinhard**

Universale Jurisdiktion bei völkerrechtlichen Verbrechen – Zugleich ein Beitrag zur Kritik des § 6, in Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?, Band III: Makrodelinquenz, Hrsg. Klaus Lüderssen, Baden-Baden, 1998, S. 237 ff.

**Meyer-Goßner, Lutz**

Strafprozessordnung: Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen, 46. Auflage, München 2003

**Möhrenschlager, Manfred**

Das OrgKG – eine Übersicht nach amtlichen Materialien (I) und (II), wistra 1992, S. 281 ff. und S. 326 ff.

**Montgomery Hyde, H.**

A History of Pornography, London 1964

- Moritz, Hans-Werner**  
§ 5 TDG im deutschen Recht – die wissenschaftliche Diskussion ist eröffnet, MMR 1998, S. 625 ff.
- Moritz, Hans-Werner**  
Anmerkung zum Urteil des AG München vom 28.05.1998, CR 1998, S. 505 ff.
- Moritz, Hans-Werner**  
Strafbarkeit, in Praxis des Online-Rechts, Hrsg. Ulrich Loewenheim und Frank A. Koch., München 2001, S. 473 ff.
- Moritz, Hans-Werner**  
Verantwortlichkeitsgrenzen für Zugangsprovider, CR 2000, S. 119 ff.
- Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch**  
Gesamtredaktion Ulfrid Neumann, Baden-Baden, Loseblatt-Ausgabe, 1995 ff.
- Oehler, Dietrich**  
Anmerkung zum Urteil des BGH vom 20.10.1976, JR 1977, S 424 ff.
- Oehler, Dietrich**  
Internationales Strafrecht, 2. Auflage, Köln 1983
- Palm, Franz/Roy, Rudolf**  
Mailboxen – Staatliche Eingriffe und andere rechtliche Aspekte, NJW 1996, S. 1791 ff.
- Paulduro, Aurelia**  
Die Verfassungsgemäßheit von Strafnormen, insbesondere der Normen des Strafgesetzbuches im Lichte der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, München 1992
- Pelz, Christian**  
Die Strafbarkeit von Online-Anbietern, wistra 1999, S. 53 ff.
- Pelz, Christian**  
Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern, ZUM 1998, S. 530 ff.
- Pichler, Rufus**  
Haftung des Host Providers für Persönlichkeitsrechtsverletzungen vor und nach dem TDG, MMR 1998, S. 79 ff.
- Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard**  
Grundrechte, 18. Auflage, Heidelberg 2002
- Renzikowski, Joachim**  
Das Tatbestandsmerkmal des Eindringens in den Körper und minder schwerer Fall des § 176a III StGB, NStZ 2000, S. 367 ff.

- Ricke, Stefan**  
Ratgeber Online Recht, München 1998
- Ringel, Kurt**  
Rechtsextremistische Propaganda aus dem Ausland im Internet,  
CR 1997, S. 302 ff.
- Ritz, Dorothee**  
Inhalteverantwortlichkeit von Online-Diensten, Frankfurt am Main 1998
- Rogall, Klaus**  
Moderne Fahndungsmethoden im Lichte gewandelten Grundrechtsverständnisses, GA 1985, S. 1 ff.
- Rogall, Klaus**  
Zur Zulässigkeit einer langfristigen Video-Überwachung der Wohnungstür eines Tatverdächtigen, NSTZ 1992, S. 45 ff.
- Roggemann, Herwig**  
Internationales Strafrecht – Studienmaterialien zur Einführung, Berlin 1998
- Rosswog, Eberhard**  
Das Problem der Vereinbarkeit des aktiven und passiven Personalgrundsatzes mit dem Völkerrecht, Bonn 1965
- Sänger, Renate**  
Kinderpornografie und Frühprostitution, KJuG 1994, S. 43 ff.
- Satzger, Helmut**  
Die Anwendung des deutschen Strafrechts auf grenzüberschreitende Gefährdungsdelikte, NSTZ 1998, S. 112 ff.
- Satzger, Helmut**  
Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Zugangsvermittlern – Eine Untersuchung der Verantwortlichkeit für rechtswidrige Inhalte im Internet vor dem Hintergrund der neuen E-Commerce-Richtlinie der EG, CR 2001, S. 109 ff.
- Schnieders, Peter/Lenzen, Monika**  
Kinderpornographie in Deutschland, der kriminalist 1995, S. 322 ff.
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst**  
Strafgesetzbuch – Kommentar, 26. Auflage, München 2001
- Schreibauer, Marcus**  
Das Pornographieverbot des § 184 StGB, Regensburg 1999
- Schroeder, Friedrich-Christian**  
Das 27. Strafrechtsänderungsgesetz – Kinderpornographie, NJW 1993, S. 2581 ff.

- Schroeder, Friedrich-Christian**  
Das neue Sexualstrafrecht, Karlsruhe 1975
- Schroeder, Friedrich-Christian**  
Die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung nach dem Entwurf eines 4. StrRG, ZRP 1971, S. 14 ff.
- Schroeder, Friedrich-Christian**  
Pornographie, Jugendschutz und Kunstfreiheit, Heidelberg, 1992
- Schroeder, Friedrich-Christian**  
Pornographieverbot als Darstellerschutz, ZRP 1990, S. 299 ff.
- Schroeder, Friedrich-Christian**  
Schranken für den räumlichen Anwendungsbereich des Strafrechts, NJW 1969, S. 81 ff.
- Schroeder, Friedrich-Christian**  
Systematische Stellung und Rechtsgut der Sexualstraftaten nach dem 4. StrRG, in Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, Berlin 1974, S. 859 ff.
- Schroeder, Friedrich-Christian**  
Zum Tatbestandsmerkmal des Verbreitens von Schriften, Abbildungen, Bild- und Tonträgern, JZ 2002, S. 412 ff.
- Schröder, Horst**  
Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht, ZStW 1969, S. 7 ff.
- Schröder, Horst**  
Grundlagen und Grenzen des Personalitätsprinzips im internationalen Strafrecht, JZ 1968, S. 241
- Schröder, Horst**  
Zur Verteidigung der Rechtsordnung – Anmerkung zu 2 Entscheidungen des BGH, JZ 1971, S. 241 ff.
- Schwarzenegger, Christian**  
Abstrakte Gefahr als Erfolg im Strafanwendungsrecht - Ein leading case zu grenzüberschreitenden Internetdelikten, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 12.12.2000, Zeitschrift für Immaterialgüter, Informations- und Wettbewerbsrecht 2001, S. 240 ff.
- Schwarzenegger, Christian**  
Die internationale Harmonisierung des Computer- und Internetstrafrechts durch die Convention on Cybercrime vom 23. November 2001, in Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, Hrsg. Andres Donatsch, Marc Forster, Christian Schwarzenegger, Zürich 2002, S. 305 ff.

**Schwarzenegger, Christian**

Die strafrechtliche Beurteilung von Hyperlinks nach den allgemeinen Bestimmungen des deutschen StGB und der geänderten Fassung der Verantwortlichkeitsregelung in den §§ 8 bis 11 TDG, in Festschrift für Manfred Rehbinder, Hrsg. Jürgen Becker, München 2002, S. 723 ff.

**Schwarzenegger, Christian**

E-Commerce – Die strafrechtliche Dimension – in Aktuelle Rechtsfragen zu Internet und elektronischem Geschäftsverkehr, Hrsg. Oliver Arter und Florian S. Jörg, St. Gallen/Lachen 2001, S. 329 ff.

**Schwarzer, Alice**

Die Würde der Frau ist unantastbar, in Literatur vor dem Richter, Hrsg. Birgit Dankert und Lothar Zechlin, Baden-Baden 1988, S. 155 ff.

**Sieber, Ulrich**

Anmerkung zum Urteil des AG München vom 28.05.1998, MMR 1998, S. 429 ff.

**Sieber, Ulrich**

Die rechtliche Verantwortlichkeit im Internet – Grundlagen, Ziele und Auslegung von § 5 TDG und § 5 MDSStV, MMR 1999, Beilage 2

**Sieber, Ulrich**

Internationales Strafrecht im Internet – Das Territorialitätsprinzip der §§ 3, 9 StGB im globalen Cyberspace, NJW 1999, S. 2065 ff.

**Sieber, Ulrich**

Kinderpornographie, Jugendschutz und Providerverantwortlichkeit im Internet – Eine strafrechtsvergleichende Untersuchung, Bonn 1999

**Sieber, Ulrich**

Kontrollmöglichkeiten zur Verhinderung rechtswidriger Inhalte in Computernetzen (I), CR 1997, S. 581 ff.

**Sieber, Ulrich**

Kontrollmöglichkeiten zur Verhinderung rechtswidriger Inhalte in Computernetzen (II), CR 1997, S. 653 ff.

**Sieber, Ulrich**

Strafrechtliche Verantwortlichkeit für den Datenverkehr in internationalen Computernetzen (1), JZ 1996, S. 429 ff.

**Sieber, Ulrich**

Strafrechtliche Verantwortlichkeit für den Datenverkehr in internationalen Computernetzen (2), JZ 1996, S. 494 ff.

**Sieber, Ulrich**

Verantwortlichkeit im Internet – Technische Kontrollmöglichkeiten und multimedienrechtliche Regelungen, München 1999

- Sieber, Ulrich/Hoeren, Thomas**  
Handbuch Multimedia Recht – Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs, München 2001
- Soiné, Michael**  
Strafbarkeit von Kinderpornografie im Internet, Kriminalistik 2002, S. 218 ff.
- Spindler, Gerald**  
Das Gesetz zum elektronischen Geschäftsverkehr – Verantwortlichkeit der Diensteanbieter und Herkunftslandprinzip, NJW 2002, S. 921 ff.
- Spindler, Gerald**  
Die Haftung von Online-Diensteanbietern im Konzern, CR 1998, S. 745 ff.
- Spindler, Gerald**  
Dogmatische Strukturen der Verantwortlichkeit der Diensteanbieter nach TDG und MDStV, MMR 1998, S. 639 ff.
- Spindler, Gerald**  
Haftungsrechtliche Grundprobleme der neuen Medien, NJW 1997, S. 3193 ff.
- Stange, Albrecht**  
Pornographie im Internet – Versuche einer strafrechtlichen Bewältigung, CR 1996, S. 424 ff.
- Stenger, Hans-Jürgen**  
Mailboxen – Probleme der Beweissicherung in Strafsachen, CR 1990, S. 786 ff.
- Strömer, Tobias**  
Online-Recht – Rechtsfragen im Internet, 3. Auflage, Heidelberg 2002
- Sturm, Richard**  
Das Vierte Gesetz zur Reform des Strafrechts, JZ 1974, S. 1 ff.
- Tanenbaum, Andrew S.**  
Computernetzwerke, 3. Auflage, München 1998
- Tiedemann, Klaus/Kindhäuser, Urs**  
Umweltstrafrecht – Bewährung oder Reform, NStZ 1988, S. 337 ff.
- Tröndle, Herbert/Fischer, Thomas**  
Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 51. Auflage, München 2003
- Vassilaki, Irini E.**  
Anmerkung zum Urteil des BGH vom 12.12.2000, CR 2001, S. 262 ff.

- Vassilaki, Irini E.**  
Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Diensteanbieter nach dem TDG,  
MMR 1998, S. 630 ff.
- Vassilaki, Irini E.**  
Strafrechtliche Verantwortlichkeit durch Einrichten und Aufrechterhalten von elektronischen Verweisen (Hyperlinks), CR 1999, S. 85 ff.
- Vassilaki, Irini E.**  
Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Geschäftsführers von CompuServe Dt. für pornographische Internetinhalte, NStZ 1998, S. 521 ff.
- von Bonin, Andreas/Köster, Oliver**  
Internet im Lichte neuer Gesetze, ZUM 1997, S. 821 ff.
- von Heyl, Cornelius**  
Teledienste und Mediendienste nach Teledienstgesetz und Mediendienste-Staatsvertrag, ZUM 1998, S. 115 ff.
- von Lackum, Jens**  
Verantwortlichkeit der Betreiber von Suchmaschinen, MMR 1999,  
S. 697 ff.
- Waldenberger, Arthur**  
Teledienste, Mediendienste und die „Verantwortlichkeit“ ihrer Anbieter,  
MMR 1998, S. 124 ff.
- Walther**  
Zur Anwendbarkeit der Vorschriften des strafrechtlichen Jugendmedienschutzes auf im Bildschirmtext verbreiteten Mitteilungen, NStZ 1990,  
S. 523 ff.
- Weiß, Wolfgang**  
Völkerstrafrecht zwischen Weltrechtsprinzip und Immunität, JZ 2002,  
S. 696 ff.
- Werle, Gerhard**  
Völkerstrafrecht und geltendes deutsches Strafrecht, JZ 2000, S. 755 ff.
- Wessels, Johannes/Beulke, Werner**  
Strafrecht Allgemeiner Teil, 32. Auflage, Heidelberg 2002
- Wimmer, Norbert/Michael, Gerhard**  
Der Online-Provider im neuen Multimediarecht, Baden-Baden 1998
- Ziher, Wolfgang**  
Das sogenannte internationale Strafrecht nach der Reform, Berlin 1977
- Zöllner, Mark Alexander**  
Verdachtslose Recherchen und Ermittlungen im Internet, GA 2000,  
S. 563 ff.

## Einführung

Nachdem 1984 in Dortmund der erste Internet-Anschluss Deutschlands geschaltet wurde,<sup>1</sup> ist ein rasanter Anstieg der Nutzerzahl dieses Kommunikationsmittels zu beobachten. Seit diesem Zeitpunkt wird das Potential des Datenhighways nicht mehr – wie ursprünglich geplant – nur von Wissenschaftlern genutzt, sondern von immer mehr Menschen als Medium für eine selektive, interaktive, zeitunabhängige und individuelle Nutzung von Informations- und Kommunikationsdiensten sowie von Unterhaltungs- und Dienstleistungsangeboten entdeckt.<sup>2</sup> Aufgrund der extremen Leichtigkeit der Kommunikation führt dies zu einem erhöhten Informationsfluss zwischen den einzelnen Individuen. Millionen von Menschen aus den verschiedensten Ländern und Kulturen wachsen via Internet in einem „globalen Dorf“<sup>3</sup> – dem von Gibson so bezeichneten Cyberspace<sup>4</sup> – zusammen. Zusätzlich zu diesem Aspekt der vereinfachten Kommunikation gibt das Internet aber auch neue Impulse für Bildung und Wissenschaft und wird mehr und mehr zu einem zentralen Wirtschaftsfaktor, der viele neue Arbeitsplätze schafft. Dabei profitieren nicht mehr nur Online-Dienste und Internet-Provider von dieser „virtuellen Welt“. Vielmehr bildet sich rund um das Internet ein ganz neuer Wirtschaftsraum. Bedeutend ist hier vor allem die Nutzung des Netzes für Werbung, zum Durchsuchen von Datenbanken, für „electronic-commerce“ und zur Informationsbeschaffung jeglicher Art.<sup>5</sup>

Diese positiven und erfreulichen Entwicklungen des Internet gehen aber bedauerlicherweise mit einigen negativen und äußerst bedenklichen Begleiterscheinungen einher. So eröffnet die auf verschie-

---

<sup>1</sup> Achenbach, Datenschutz, S. 20

<sup>2</sup> Nach Angaben des Statistischen Bundesamtes vom 6.2.2003 in Wiesbaden haben z.B. in Deutschland rund 16 Mio. Haushalte einen Online-Anschluss. Das sind 43% aller deutschen Haushalte im Vergleich zu 40% im EU-Durchschnitt. Die Anzahl der weltweiten Internetnutzer schätzt man auf 700 Mio. bis 1 Mrd. Menschen, Quelle: <http://www.aktuell-lexikon.de> (Stand 6.3.2003)

<sup>3</sup> Sieber, Verantwortlichkeit, Rn. 1

<sup>4</sup> Gibson, Cyberspace, Titelblatt

<sup>5</sup> Sieber, Verantwortlichkeit, Rn. 1

denen Datennetzen beruhende Kommunikation u.a. neue Risiken im Bereich der Wirtschaftsspionage, der Computermanipulation oder der Computersabotage. Hinzu trat in den letzten Jahren auch eine zunehmende Distribution strafbarer Inhalte mittels Computernetzen. Zu den am häufigsten verbreiteten Inhalten gehört neben nationalsozialistischem oder volksverhetzendem Propagandamaterial zu einem erheblichen Teil auch Kinderpornografie.<sup>6</sup> Spektakuläre Fälle wie der der niederländischen Kinderschänderbande aus Zandvoort im Juli 1998<sup>7</sup>, der des internationalen Pädophilenrings „Wonderland“<sup>8</sup> oder der des kleinen Pascal<sup>9</sup> zeigen die tiefen Abgründe des Internet auf. Die wirklichen Ausmaße dieses abscheulichen Treibens lassen sie jedoch nur erahnen.

3 Aufgrund der Anonymität und Globalität der Datenkommunikation war es seit Herausbildung der Internet-Kriminalität größtenteils nicht möglich, gegen die jeweiligen Schädiger in effektiver Weise vorzugehen. Dies bewirkte auf der anderen Seite gleichzeitig einen kontinuierlichen Anstieg der kriminellen Machenschaften besagter Personen, weil für sie ein sehr geringes Entdeckungsrisiko bestand und oft auch derzeit noch besteht. Diese Tatsache ist zu einem erheblichen Teil auf die Unerfahrenheit und Unwissenheit der Nutzer und der staatlichen Stellen zurückzuführen. Um aber wenigstens in Zu-

---

<sup>6</sup> Allerdings gibt es weder genaue Zahlen über den Anteil krimineller Inhalte im Vergleich zu legalen Angeboten noch Zahlen über den Anteil, den die Kinderpornografie im Verhältnis zur gesamten Internetkriminalität ausmacht. Nach Schätzungen von Unicef werden aber z.B. weltweit jedes Jahr ca. 6 Mrd. Euro mit Kinderprostitution und Kinderpornografie umgesetzt, [http://www.unicef.de/download/I\\_0082.pdf](http://www.unicef.de/download/I_0082.pdf) (Stand 7.03.03); Das Bundesamt für Polizei in der Schweiz schätzt den Anteil von Kinderpornografie an der gesamten Internet-Kriminalität auf 30 Prozent. Andere Schätzungen gehen bis 50 Prozent, [http://www.kinderschutz.ch/vermot\\_facts.html](http://www.kinderschutz.ch/vermot_facts.html) (Stand 7.03.03); Gemäß der Schätzung einiger Experten beinhaltet etwa ein Prozent des weltweiten Netzes strafbare Pornografie, das sind etwa vier Millionen Webseiten insgesamt, siehe <http://www.limita-zh.ch/download/SicherheitInternet.doc> (Stand 7.03.03), vgl. auch Drewes, Kindersexmafia, S. 102

<sup>7</sup> Nachlesbar unter <http://www.spiegel.de/spiegel/0,1518,7972,00.html> (Stand 7.03.03)

<sup>8</sup> Nachlesbar unter <http://www.spiegel.de/spiegel/0,1518,12874,00.html> (Stand 7.03.03)

<sup>9</sup> Nachlesbar ausführlich unter <http://www.spiegel.de/spiegel/0,1518,238155,00.html> (Stand 7.03.03)

kunft diese Missbrauchsrisiken bestmöglich eindämmen zu können, sind technische Schutzmaßnahmen, geeignete rechtliche Rahmenbedingungen und eine gute Aufklärung Aller (d.h. der Behörden, der Polizeibeamten, der Provider, der Nutzer etc.) erforderlich.

Das hier gewählte Thema der Kinderpornografie weckt bei den meisten Menschen aus gutem Grund Abscheu und Entsetzen. Aber genau deshalb besteht auch die Gefahr, dass zu ihrer Bekämpfung im Internet übereilt Maßnahmen ergriffen werden, die negative Konsequenzen für die zukünftige wirtschaftliche und demokratische Entwicklung der Informationsgesellschaft haben könnten. Es muss daher unter allen Umständen vermieden werden, dass man diese Problematik für andere politische Absichten in Bezug auf Computernetze instrumentalisiert. Es lässt sich vermuten, dass der Kampf gegen die Kinderpornographie im Internet exemplarische Bedeutung erlangt im Hinblick auf den Weg, den die Informationsgesellschaft in Zukunft einschlagen will. Es stellt sich in diesem Zusammenhang z.B. die grundlegende Frage nach einer möglichen Regulierung des Internet durch übergeordnete Institutionen, um Computerkriminalität in ihren verschiedensten Erscheinungsformen einzudämmen oder gar ganz zu verhindern. Kampf gegen Kinderpornografie bedeutet hingegen gezielte Verfolgung und Bestrafung der Produzenten, Anbieter und Konsumenten kinderpornografischer Darstellungen. Die häufig in den Vordergrund gerückte Existenz des Internet stellt nämlich nicht die eigentliche Problemursache dar. Vielmehr wird es lediglich durch seine Benutzung zu illegalen Zwecken in Mitleidenschaft gezogen. Daher ist es neben der Strafverfolgung der eigentlichen Täter auch notwendig, den Missbrauch des Internet zu verhindern, weil ansonsten die neuen technischen Vertriebsformen die Nachfrage nach Kinderpornografie und damit auch den Missbrauch von Kindern steigern könnten.<sup>10</sup>

4

---

<sup>10</sup> Sieber, Kinderpornographie, S. 3

## **Gegenstand und Gang der Darstellung**

- 5 Die strafrechtliche Verfolgung der Kinderpornografie im Internet wirft eine Reihe schwieriger Probleme auf. Am Anfang steht dabei die Frage nach der jeweils im konkreten Fall anzuwendenden Rechtsordnung, da die strafbaren Inhalte weltweit zur Verfügung stehen und jedes Land nach seinen eigenen Gesetzen und Regelungen verfährt. Doch selbst wenn deutsches Strafrecht zur Anwendung gelangt, ist noch nicht geklärt, wie sich der einzelne Täter strafbar macht, da die diesbezügliche Vorschrift, der § 184 III-V StGB, äußerst kompliziert und auslegungsbedürftig ist. Schließlich stellt sich noch die Frage nach den Möglichkeiten der Polizei, die Straftaten im Internet verfolgen zu können, denn nicht immer ist klar, ob oder wie die herkömmlichen und teils sehr alten Vorschriften der StPO auf die neuen Sachverhalte angewendet werden können.
- 6 Daher untersucht die hier vorliegende Arbeit zunächst detailliert die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts, weil diese generell die Grundvoraussetzung für die Verfolgung von Straftaten darstellt und aufgrund der Globalität des Internet eine große Rolle spielt. Um sehen zu können, wann deutsches Strafrecht speziell bei Kinderpornografie gilt, werden bei dieser Betrachtung die allgemeinen Regeln des Strafanwendungsrechts auf § 184 StGB angewendet und ausgewertet. Anschließend erfolgt eine eingehende Analyse der Strafvorschrift, was im Einzelnen eine ausführliche Untersuchung der Schutzzwecke, die Definition der Tathandlungen und Tatmedien sowie eine umfassende Darstellung einschlägiger Meinungsstreitigkeiten und Diskussionen beinhaltet.
- 7 Nach der allgemeinen Betrachtung der Strafnorm werden die einzelnen Beteiligten des Kommunikationsprozesses (wie die verschiedenen Provider-Typen, die Anbieter und Nutzer) auf ihre strafrechtliche Verantwortlichkeit hin untersucht. Besondere Berücksichtigung finden hierbei das TDG und das EGG, welche die Verantwortlichkeit für Teledienste gesondert regeln. Hierauf folgt ein Blick auf die Strafverfolgungsmöglichkeiten gemäß der Strafprozessordnung. Auch in diesem Bereich gibt es sehr viele Probleme und Diskussionen hin-

sichtlich der Auslegung und Anwendbarkeit der bestehenden Vorschriften. Damit ist die Strafverfolgung im Internet eine äußerst umfangreiche Thematik und kann im Rahmen dieser Arbeit nur im Wege eines allgemeinen Überblicks über die relevanten Vorschriften, die diesbezüglichen Schwierigkeiten und die entsprechenden Lösungsansätze Berücksichtigung finden.

Das Kapitel der Strafverfolgung schließt mit einer näheren Beleuchtung der polizeilichen Praxis. Hier wird insbesondere die Arbeit des Bayerischen LKA stellvertretend für die anderen in Deutschland existierenden gleichartigen Einrichtungen vorgestellt. Da eine Rechtsvergleichung den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde und es hier hauptsächlich um die Untersuchung der deutschen Rechtslage geht, erfolgt zum Schluss lediglich ein kurzer Exkurs ins Europarecht, speziell im Hinblick auf die Convention on Cyber-Crime des Europarates. Dabei wird auch das amerikanische Recht gestreift und das Urteil zur Kinderfiktivpornografie des Supreme Courts vorgestellt, da es in diesem Zusammenhang eine wichtige Rolle spielt. Zusammenfassend lässt sich als Zielsetzung der vorliegenden Doktorarbeit folgendes festhalten: Dem Leser soll Klarheit über die Fragen des Strafanwendungsrechts, der Strafbarkeit, der Strafverfolgung und der Auslegung der CCC in Bezug auf die Kinderpornografie im Internet verschafft werden.

8



# Kapitel 1: Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts

## A. Grundlagen

### I. Allgemeines/Begrifflichkeiten

Beim Internet handelt es sich um ein globales Datennetz, dessen Inhalte an jedem möglichen Platz auf dieser Erde empfangen werden können, was dazu führt, dass die eingespeisten Daten ohne Hindernisse jegliche Ländergrenzen passieren können. Durch diese weltweite Präsenz von Inhalten und das Nebeneinander der unterschiedlichsten Rechtsordnungen hat die Frage nach dem räumlichen Geltungsbereich des deutschen Strafrechts überraschende Aktualität erhalten. Als Grundlage der Strafbarkeit von „Internet-Tätern“ wird daher zunächst das so genannte Strafanwendungsrecht behandelt, welches die Frage nach dem Umfang der deutschen Strafgewalt klärt. Die §§ 2 ff. StGB legen dabei ganz allgemein den räumlichen, zeitlichen und persönlichen Geltungsbereich des StGB fest. Für das Thema dieser Arbeit sind jedoch insbesondere die das Internationale Strafrecht betreffenden §§ 3-7 und 9 StGB relevant. Diese bestimmen nämlich, wann und wie ein Sachverhalt mit Auslandsbezug der eigenen (deutschen) Strafgewalt unterliegt. Ein solcher **Auslandsbezug** kann sich dabei aus tat-, täter-, opfer- und/oder tatortbezogenen Gründen ergeben.

9

### II. Grenzen

Die Ausführungen zum Internationalen Strafrecht gehen vom völkerrechtlich anerkannten Grundsatz der Kompetenz-Kompetenz jedes souveränen Staates aus, nach welchem dieser grundsätzlich das Recht hat, die Grenzen seiner eigenen Strafgewalt eigenständig festzulegen.<sup>11</sup> Darüber hinaus müssen die Staaten aber einschlägige völkerrechtliche Regelungen wie z.B. das Nichteinmischungsverbot und das Verbot des Rechtsmissbrauchs beachten.<sup>12</sup> Die Notwendigkeit bzw. die Existenz solcher Beschränkungen der Jurisdiktionsbefugnis ergibt

10

---

<sup>11</sup> Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, S. 164 f.; Gribbohm in LK-StGB, Vor § 3 Rn. 145; Binding, Handbuch des Strafrechts, S. 374; a.A. Merkel, in Aufgeklärte Kriminalpolitik, S. 244

<sup>12</sup> Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, S. 165; Schroeder, NJW 1969, S. 81; Hilgendorf, ZStW 2001, S. 660

sich aus dem Nebeneinander der verschiedensten Staaten, Ansichten, Moralvorstellungen und Rechtsordnungen. Offensichtlich ist somit eine selbständige und souveräne Ausgestaltung des Strafanwendungsrechts nicht grenzenlos möglich. Deutschland anerkennt dies in Art. 25 des Grundgesetzes.<sup>13</sup>

- 11 Im Ergebnis bedeutet das zunächst, dass die nähere Ausgestaltung des Internationalen Strafrechts in den einzelnen Staaten durch diese in ihrem eigenen Ermessen vorgenommen werden darf. Dieser Grundsatz ist seit der „Lotus-Fall-Entscheidung“ des StIGH vom 7.9.1927 völkerrechtlich allgemein anerkannt.<sup>14</sup> Darüber hinaus müssen die Staaten aber u.a. das völkerrechtliche Einmischungsverbot und das Verbot des Rechtsmissbrauchs beachten. Diese greifen insbesondere immer dann ein, wenn ein Sachverhalt, der von einem Staat unter die eigene Strafgewalt gezogen wurde, keinerlei Beziehungen zu legitimen inländischen Rechtspflegeinteressen aufweist. Ziel dieser Verbote ist nämlich die Verhinderung einer willkürlichen Ausdehnung der Gerichtsbarkeit über Auslandstaaten.<sup>15</sup>

### **III.Sinnvolle Anknüpfungspunkte**

- 12 Aufgrund der eben beschriebenen Gegebenheiten besteht der Strafanspruch eines Landes grundsätzlich zunächst nur innerhalb des eigenen Hoheitsgebietes.<sup>16</sup> Soll die inländische Jurisdiktionsbefugnis ausnahmsweise auch auf Auslandstaaten ausgedehnt werden, ist in jedem Falle ein sinnvoller Anknüpfungspunkt notwendig.<sup>17</sup> Das Vorliegen eines solchen Anknüpfungspunktes wird grundsätzlich dann bejaht, wenn ein oder mehrere Prinzipien des internationalen Strafrechts

---

<sup>13</sup> Lagodny, JR 1998, S. 473

<sup>14</sup> Gribbohm in LK-StGB, Vor § 3 Rn. 145

<sup>15</sup> Oehler, Internationales Strafrecht, Rn. 111 m.w.N.; kritisch insbesondere Merkel, in Aufgeklärte Kriminalpolitik, S. 243

<sup>16</sup> Oehler, Internationales Strafrecht, Rn. 111 m.w.N.; Tröndle/Fischer, StGB, § 3, Rn. 1; a.A. Binding, Handbuch des Strafrechts, S. 372, Mendelsohn-Bartholdy, Rechtsvergleichung, S. 106, 316

<sup>17</sup> Vgl. Lotus-Entscheidung StIGHE 5, S. 71 ff.; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, S. 167; Gribbohm in LK-StGB, Vor § 3 Rn. 141; Schwarzenegger in Aktuelle Rechtsfragen zum Internet, S. 338

zur Geltung kommen.<sup>18</sup> Das heißt somit, dass nur bei einem teilweise kumulativen bzw. alternativen Eingreifen der folgenden Prinzipien, das deutsche Strafrecht zulässigerweise angewendet werden kann.<sup>19</sup> Für die hier zu behandelnde Problematik der Kinderpornografie im Internet sind insbesondere das nachfolgend zu erläuternde Territorialitätsprinzip, das Schutzprinzip, das aktive Personalitätsprinzip und das Weltrechtsprinzip von Bedeutung.

## **B. Prinzipien des Internationalen Strafrechts**

### **I. Das Territorialitätsprinzip gem. § 3 StGB**

#### **1. Allgemeines**

Am Anfang steht die Erörterung des Territorialitätsprinzips, weil dieses den zentralen Ausgangspunkt des Internationalen Strafanwendungsrechts darstellt. Zumindest ist das wieder der Fall seit dem 2. StrRG vom 4.7.1969, in Kraft getreten am 1.1.1975, denn zur Zeit des Nationalsozialismus war zentraler Anknüpfungspunkt das aktive Personalitätsprinzip.<sup>20</sup> Der Hauptgrund für die große Bedeutung und Akzeptanz des Territorialitätsgrundsatzes ist, dass er dem Prinzip der Beschränkung der Strafgewalt auf das eigene Staatsgebiet Rechnung trägt.<sup>21</sup> Auch für die Verfolgung von Kinderpornografie im Internet muss dieses Prinzip an erster Stelle stehen, denn nur eine derartige territoriale Abgrenzung wird (insbesondere) den Grundsätzen der Gebietshoheit, Unabhängigkeit und Gleichheit der souveränen Staaten gerecht.<sup>22</sup> Seine Beachtung hat sowohl einen positiven als auch einen negativen Effekt zur Folge.<sup>23</sup> Als positiver Effekt darf das deutsche Strafrecht grundsätzlich auf alle inländischen Taten angewendet werden. Der negative Effekt ist hingegen in der prinzipiellen Nichtgeltung der deutschen Strafgewalt bei Auslandstaten zu sehen, die selbst dann

13

---

<sup>18</sup> Oehler, Internationales Strafrecht, S. 130 ff.; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, S. 167; Gribbohm in LK-StGB, Vor § 3 Rn. 142

<sup>19</sup> Hoyer in SK-StGB, Vor § 3 Rn. 8

<sup>20</sup> Gribbohm in LK-StGB, Vor § 3 S. 1; vgl. zum aktiven Personalitätsprinzip: Oehler, Internationales Strafrecht, Rn. 702 ff.; Zieher, Int. Strafrecht, S. 77; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, S. 169

<sup>21</sup> Ebert, StGB-AT, S. 10

<sup>22</sup> Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, S. 167; Oehler, Internationales Strafrecht, S. 54; Gribbohm in LK-StGB, Vor § 3 Rn. 126

<sup>23</sup> Lehle, Erfolgsbegriff, S. 41

besteht, wenn es sich beim Täter und/oder Opfer um einen Inländer handelt. Dieser Effekt wird allerdings zum Teil durch das kumulative oder alternative geltungserweiternde Eingreifen anderer Grundprinzipien ausgeglichen.<sup>24</sup>

## 2. Legitimation

14 Das Territorialitätsprinzip ist zwar in den Strafrechtsordnungen der meisten Länder zu finden,<sup>25</sup> dennoch kommt die Frage nach der Legitimation dieses Prinzips auf. Hierbei ist zwischen formellen und materiellen Gesichtspunkten zu unterscheiden.

### a. Formelle Legitimation

15 Die formelle Legitimation des Territorialitätsprinzips im Rahmen der Anwendung auf **inländische Täter** leitet sich aus der diesen obliegenden Gehorsamspflicht gegenüber ihrem Staat ab, welche in freiheitlichen und demokratischen Staaten (wie der BRD) in der Teilnahme des Einzelnen an der demokratischen Willensbildung wurzelt, weil sich die Staatsbürger hierdurch mit dem Inhalt der den Rechtsstaat ausmachenden Gesetze einverstanden erklären.<sup>26</sup> Mangels Teilhabe an der demokratischen Willensbildung kann der eben erläuterte Legitimationsansatz jedoch nicht bei **Inlandstaaten von Ausländern** herangezogen werden. Deren Unterwerfung unter das jeweilige inländische Recht erfolgt formell nur aus der Souveränität des Staates heraus, d.h. aus dessen Macht, die auf seinem Staatsgebiet anfallenden Sachverhalte in seinem Sinne eigenständig und unabhängig zu regeln.<sup>27</sup>

### b. Materielle Legitimation

16 Materiell lässt sich das Territorialitätsprinzip hauptsächlich durch zwei Aspekte legitimieren. Der **erste Aspekt** ist die Aufrechterhaltung des inneren Friedens und der Sicherheit auf dem eigenen Staatsgebiet, denn durch eine territorial ausgerichtete Jurisdiktion wird dem „ele-

---

<sup>24</sup> Hoyer in SK-StGB, Vor § 3 Rn. 14; Lehle, Erfolgsbegriff, S. 41

<sup>25</sup> Gribbohm in LK-StGB, Vor § 3 Rn. 126; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, S. 167

<sup>26</sup> Oehler, Internationales Strafrecht, S. 158

<sup>27</sup> Oehler, Internationales Strafrecht, S. 159

mentaren Bedürfnis einer raschen Reaktion der Rechtspflege auf die Übeltat, der Verteidigung der eigenen Rechtsordnung und der Abschreckung der Allgemeinheit vor der Begehung strafbarer Handlungen auf dem Territorium“ gedient.<sup>28</sup> Der **zweite Aspekt** ist der Schutz des Täters (sowohl inländische als auch ausländische Bürger) vor zu großer – v.a. exterritorialer – Gewalt des verfolgenden Staates. Das Territorialitätsprinzip wird der Tatsache gerecht, dass der Ort der Tatbegehung meist auch der geeignetste Ort zur Verhandlung der Straftat ist. Der Grund liegt darin, dass das Gericht dort mit den „Örtlichkeiten, den sozialen, kulturellen und wirtschaftlichen Zusammenhängen“ vertraut und die Prozessführung (z.B. aufgrund der Erreichbarkeit von eventuellen Zeugen oder der Nähe zum Tatort für Zwecke der Beweisführung etc.) im Allgemeinen leichter zu handhaben ist.<sup>29</sup> Durch diese Praxis in der Strafanwendung wird man den Grundprinzipien des Strafprozessrechts (fair-trial-Grundsatz, Grundsatz des rechtlichen Gehörs etc.) am ehesten gerecht.<sup>30</sup>

### 3. Begrifflichkeiten/Inhalt

Nach diesen allgemeinen Ausführungen werden nunmehr die einzelnen Voraussetzungen und Wirkungen des Territorialitätsprinzips erörtert. Dabei wird auf die Begrifflichkeiten und die Konsequenzen für die Verfolgung der Kinderpornografie im Internet eingegangen. Nach dem Wortlaut – der den Ausgangspunkt für die weiteren Ausführungen darstellt – ist das deutsche Strafrecht auf alle Taten anwendbar, die im Inland begangen worden sind.

17

#### a. Inlandsbegriff

Somit ist zunächst der Begriff des Inlands klärungsbedürftig. Nach dem in diesem Zusammenhang einschlägigen **funktionellen Inlandsbegriff** des Strafrechts versteht man unter Inland das Gebiet, in dem das deutsche Strafrecht aufgrund hoheitlicher Staatsgewalt seine

18

---

<sup>28</sup> Oehler, Internationales Strafrecht, S. 159

<sup>29</sup> Oehler, Internationales Strafrecht, S. 159 f.

<sup>30</sup> Oehler, Internationales Strafrecht, S. 160 f.; zu den Grundprinzipien vgl. Meyer-Goßner, StPO, Einl. Rn. 18 ff.

Ordnungsfunktion ausübt.<sup>31</sup> Dieser Inlandsbegriff ist seit dem Einigungsvertrag mit dem **staats- oder völkerrechtlichen Inlandsbegriff**, der mit Inland das gesamte Staatsgebiet meint, identisch.<sup>32</sup>

## **b. Begriff des deutschen Strafrechts**

19 Nächstes klärungsbedürftiger Begriff ist der des deutschen Strafrechts. Hierunter werden alle Normen der BRD und ihrer Länder zusammengefasst, welche die Voraussetzungen und Folgen rechtswidrigen Handelns i.S.v. § 11 Nr. 5 StGB regeln.<sup>33</sup>

## **c. Begehungsort**

20 Weiterhin ist in § 3 StGB die Rede vom Begehungsort. Daher muss erörtert werden, welche Orte hierunter fallen. Zur näheren Auslegung ist § 9 StGB ergänzend heranzuziehen, welcher besagt, dass eine Tat an jedem Ort begangen wurde, „an dem der Täter gehandelt hat oder im Falle des Unterlassens hätte handeln müssen oder an dem der zum Tatbestand gehörende Erfolg eingetreten ist oder nach den Vorstellungen des Täters eintreten sollte“ (§ 9 I StGB). Für die **Teilnahme** wird zudem bestimmt, dass sie sowohl an dem Ort begangen wurde, „an dem die Tat begangen ist, als auch an jedem Ort, an dem der Teilnehmer gehandelt hat oder im Falle des Unterlassens hätte handeln müssen oder an dem nach seiner Vorstellung die Tat begangen werden sollte. Hat der Teilnehmer an einer Auslandstat im Inland gehandelt, so gilt für die Teilnahme das deutsche Strafrecht, auch wenn die Tat nach dem Recht des Tatortes nicht mit Strafe bedroht ist“ (§ 9 II S. 2 StGB). Im Ergebnis ist festzuhalten, dass sowohl Tat- als auch Erfolgsort als Begehungsort in Frage kommen. Wie diese im Einzelnen zu bestimmen sind, soll im Folgenden dargelegt werden, wobei es an dieser Stelle keiner theoretischen Ausführungen zu den einzelnen Deliktstypen (Erfolgsdelikte, schlichte Tätigkeitsdelikte etc.) bedarf. Stattdessen wird im nächsten Abschnitt direkt auf den Begehungsort der abstrakten Gefährdungsdelikte eingegangen, unter

---

<sup>31</sup> Tröndle/Fischer, StGB, Vor § 3 Rn. 12

<sup>32</sup> Tröndle/Fischer, StGB, § 3 Rn. 4

<sup>33</sup> Gribbohm in LK-StGB, § 3 Rn. 4

die nach überwiegender Ansicht auch der hier zu behandelnde § 184 III StGB fällt.<sup>34</sup>

#### **4. Bestimmung des Begehungsortes bei § 184 III StGB**

Nach dem Ubiquitätsprinzip sind für die Bestimmung des Tatortes sowohl der Handlungs- als auch der Erfolgsort maßgeblich. Dies gilt in der Regel ebenso für alle Straftaten, die über oder mittels des Internet begangen werden. Dennoch täuscht dieses Faktum nicht darüber hinweg, dass das Ubiquitätsprinzip bei den hier in Frage stehenden Delikten einer neuen Diskussion ausgesetzt ist,<sup>35</sup> nämlich der Diskussion über die Frage, auf welche Weise das Ubiquitätsprinzip an die besonderen Gegebenheiten des Internet – die im Einzelnen noch aufzuzeigen sind – in sinnvoller Weise angepasst werden muss bzw. kann. Zusätzlich ergeben sich im Rahmen von § 184 III StGB noch spezielle Besonderheiten daraus, dass es sich hierbei um ein abstraktes Gefährdungsdelikt handelt. Daher werden anschließend sowohl die Bestimmung des Handlungs- als auch die des Erfolgsortes des § 184 III StGB unter Beachtung der Besonderheiten des Deliktscharakters und der Begehung via Internet vorgenommen.

21

##### **a. Bestimmung des Handlungsortes**

##### **aa. Besonderheiten aufgrund des Deliktscharakters**

Im Hinblick auf die Tatsache, dass es sich nach überwiegender Auffassung bei § 184 III StGB um ein abstraktes Gefährdungsdelikt handelt,<sup>36</sup> ergeben sich bei der Bestimmung des Handlungsortes keinerlei Besonderheiten, weil sie damit zu den schlichten Tätigkeitsdelikten zählen, bei denen der Handlungsort regelmäßig dort liegt, wo eine tatbestandsmäßige Handlung vorgenommen wurde.<sup>37</sup> Dabei genügt es, dass lediglich ein Teil der Handlung im Inland erfolgte. Für

22

---

<sup>34</sup> Ilg, Selbstbestimmung, S. 93; Laufhütte in LK-StGB, § 184 Rn. 3 u. 18

<sup>35</sup> Hilgendorf, NJW 1997, S. 1874

<sup>36</sup> Ilg, Selbstbestimmung, S. 93; Laufhütte in LK-StGB, § 184 Rn. 3 u. 18

<sup>37</sup> BGHSt 20, S. 52

die Strafbarkeit eines Versuchs reicht eine im Inland begangene Tat-  
handlung aus.<sup>38</sup>

### **ab. Besonderheiten aufgrund der Gegebenheiten des Internet**

23 Allerdings bestehen Besonderheiten bei der Bestimmung des Handlungsortes von Taten i.S.d. § 184 III StGB im Hinblick auf die Deliktsbegehung über oder mittels Internet. Nach traditionellem Verständnis versteht man unter dem Handlungsort immer den Ort, an dem der Täter körperlich anwesend ist.<sup>39</sup> Dass dieser Anknüpfungspunkt nicht ohne weiteres auch für Internetstraftaten übernommen werden kann, liegt auf der Hand: Charakteristisches Merkmal des Internet ist es nämlich, dass Menschen zwar an einem bestimmten Ort (nämlich dem Ort ihrer körperlichen Anwesenheit) handeln, die Auswirkungen ihres Handelns aber an ganz anderen Orten (nämlich gerade weltweit, also überall dort, wo die Daten abgerufen werden) zum Tragen kommen. Bei der herkömmlichen Begehung von Straftaten ist –zumindest in der überwiegenden Zahl der Fälle – der Handlungsort identisch mit dem Erfolgsort bzw. selten eine Wirkung außerhalb der Landesgrenzen gegeben. Um der Besonderheit der Globalität des Internets gerecht zu werden, hat man über das Merkmal der körperlichen Anwesenheit hinaus bei Internetdelikten noch andere Anknüpfungspunkte für einen Handlungsort gesucht. Nachfolgend werden die wichtigsten hierzu vertretenen Ansichten dargestellt.

#### **(1) Fiktion der virtuellen Anwesenheit**

24 Ein erster Lösungsansatz geht davon aus, dass derjenige Täter, der ein Netzangebot einspeist, in jedem Land virtuell anwesend ist, in dem seine Daten abgerufen werden können.<sup>40</sup> Dies würde im Ergebnis bedeuten, dass wegen der weltweiten Zugangsmöglichkeit zum Internet und seinen Inhalten an jedem Ort der Erde ein Handlungsort bestünde. Dieser Annahme kann jedoch keinesfalls gefolgt werden, auch wenn sie vom richtigen Ausgangspunkt ausgeht, dass die eingespeisten Da-

---

<sup>38</sup> RGSt 39, S. 263; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, S. 178; vgl. weiterführend Gribbohm in LK-StGB, § 9 Rn. 7 ff.; Hoyer in SK-StGB, § 9 Rn. 4

<sup>39</sup> Cornils, JZ 1999, S. 396; Eser in Schönke/Schröder, § 9 Rn. 4

<sup>40</sup> Kuner, CR 1996, S. 454; Collardin, CR 1995, S. 620

ten weltweit zu empfangen sind, weil es verfehlt und viel zu weit gehend erscheint,<sup>41</sup> damit auch einen weltweiten Handlungsort begründen zu wollen. Dies hätte nämlich im Ergebnis die Vermischung von Handlung und Erfolg zur Folge, was sich mit der derzeitigen Gesetzeslage jedoch nicht vereinbaren lässt, weil hier gerade deutlich zwischen beidem unterschieden wird.<sup>42</sup>

## (2) Räumliches Auseinanderfallen der Handlung

### i. Allgemeines

Ein anderer Lösungsansatz geht dagegen vom Auseinanderfallen der Tathandlung aus.<sup>43</sup> Diese Annahme basiert auf der besonderen Funktionsweise des Internet, die in der Verbindung zweier räumlich getrennter Rechner derart besteht, dass gleichzeitig bei Betätigung des einen direkt auf den Speicher des anderen zugegriffen werden kann. Demzufolge vermag jemand die Änderung, Löschung oder das Abrufen von Daten über eine beliebige Entfernung (auch über Staatsgrenzen) hinweg vorzunehmen. In diesem Falle bedient also ein und dieselbe Person sowohl den Ausgangs- als auch den Zielrechner. Wegen dieser Tatsache gilt im Ergebnis die Handlung als am jeweiligen Standort des Rechners vorgenommen, d.h. die Rechnerstandorte bestimmen den Handlungsort.<sup>44</sup> Als Argument für die Zulässigkeit dieser Annahme führt man die Möglichkeit des **Auseinanderfallens einer Handlung** im strafrechtlichen Sinn bei gleichzeitiger Betrachtung als Einheit im Hinblick auf mehraktige Delikte (so z.B. beim Raub) ins Feld.<sup>45</sup> Demgemäß können Gewaltanwendung und Wegnahme auseinander fallen. Auf dieser Grundlage finden die Vertreter dieses Standpunkts zu dem Ergebnis, dass das deutsche Strafrecht, wenn es während der Tathandlung zu einer Überschreitung von Staatsgrenzen kommt, bereits dann anwendbar ist, falls zumindest ein Teil der tatbestandlichen Handlung im Inland vorgenommen wurde.<sup>46</sup> Konsequenterweise muss dann für Internetstraftaten das gleiche gel-

25

---

<sup>41</sup> Cornils, JZ 1999, S. 396; Eser in Schönke/Schröder, § 9 Rn. 4

<sup>42</sup> Hilgendorf, ZStW 2001, S. 666

<sup>43</sup> Cornils, JZ 1999, S. 396 f.

<sup>44</sup> Cornils, JZ 1999, S. 396

<sup>45</sup> Cornils, JZ 1999, S. 397; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, S. 178, 711

<sup>46</sup> Cornils, JZ 1999, S. 397; Oehler, Internationales Strafrecht, Rn. 265

ten, wenn die tatbestandsmäßige Handlung auf zwei miteinander verbundenen Rechnern sogar **gleichzeitig** begangen wird.<sup>47</sup>

26 Doch mit dieser Feststellung schließt man die Bestimmung des Handlungsortes noch nicht ab, weil das viel zu weitgehend und im Ergebnis kein spürbarer Unterschied zu der eingangs dargestellten Lösungsmöglichkeit wäre. Daher messen die Vertreter dieser Ansicht zusätzlich noch dem Kriterium der **eigenen Steuerung des Geschehens** entscheidende Bedeutung bei. So müsse es sich für die Bestimmung des Handlungsortes bei den einzelnen Handlungen um vom Täter kontrollierte Geschehensabläufe im Internet handeln.<sup>48</sup> Dagegen müssten **rein automatisch ablaufende Vorgänge**, die außerhalb der Kontrolle und Einflussmöglichkeit des Handelnden liegen, für die Tatortbestimmung unbeachtet bleiben, so z.B. das Weiterleiten von Daten durch Verbindungsrechner, das zusätzliche Zwischenspeichern seiner WWW-Seite auf einem Proxy-Cache-Server oder die Übernahme eines vom Täter eingestellten Artikels im Wege der Synchronisation durch andere Server, welche die selbe Newsgroup führen.<sup>49</sup> Aber auch solche Geschehnisse, die auf dem selbständigen und vom Täter unabhängigen Handeln Dritter beruhen, müssten im Hinblick auf den Handlungsort ignoriert werden. So könne es keinen neuen Handlungsort begründen, wenn Internetuser die WWW-Seite oder den News-Artikel des Täters aufrufen.<sup>50</sup>

27 Zusammenfassend bleibt festzuhalten: Nach dieser Ansicht kann zwar – aus eingangs erläuterten Gründen – auch an dem Standort des Zielrechners ein Handlungsort gegeben sein, dies hängt aber entscheidend von der Differenzierung zwischen der so genannten **Pull- und der Push-Technologie**<sup>51</sup> ab. Im Ergebnis ist damit nur die Übermittlung von strafbaren Inhalten durch Push-Technologien – also das zielgerichtete Senden und Übermitteln von kinderpornografischen Inhal-

---

<sup>47</sup> Cornils, JZ 1999, S. 397

<sup>48</sup> Cornils, JZ 1999, S. 397; Sieber NJW 1999, S. 2072

<sup>49</sup> Cornils, JZ 1999, S. 397

<sup>50</sup> Cornils, JZ 1999, S. 397; Sieber, NJW 1999, S. 2071

<sup>51</sup> Sieber in Hoeren/Sieber, Handbuch MMR, 19 Rn. 411

ten – für die Tatortbestimmung ausschlaggebend.<sup>52</sup> Das bloße Speichern von Daten auf ausländischen Servern durch Pull-Technologie – also der Abruf von Inhalten – bleibt hingegen für die Begründung eines inländischen Handlungsortes in Bezug auf den Anbieter der Inhalte ohne Wirkung.<sup>53</sup>

## ii. Der Handlungsort bei § 184 III-IV StGB

Wie die Anhänger der eben ausgeführten Theorie mit Hilfe der von ihnen aufgestellten Kriterien die einzelnen Handlungsorte (bezogen auf die in § 184 StGB aufgelisteten Begehungsweisen) konkret bestimmen, wird nachfolgend dargestellt. Dabei teilen sie die über das Internet begehbaren Handlungsmöglichkeiten in drei Gruppen ein, anhand derer die Bestimmung des Handlungsortes im Rahmen von § 184 StGB letztendlich durchgeführt wird. 28

### (a) Öffentliche Begehungsweise

Einer Meinung nach liegt wegen des Auseinanderfallens der Tat- handlung bei den Begehungsmöglichkeiten, die eine öffentliche Hand- lungsweise erfordern (§ 184 III Nr. 2 StGB), der Begehungsort neben dem tatsächlichen Aufenthaltsort des Täters auch dort, wo er die kin- derpornografischen Inhalte für unbestimmt viele und individuell nicht feststehende Personen abrufbar ablegt. Speichert der Täter also gezielt und kontrolliert (= Push-Technologie) kinderpornografische Inhalte in Form von Daten auf einem in Deutschland installierten Server, be- gründet dies einen deutschen Handlungsort.<sup>54</sup> 29

### (b) Zugänglichmachen

Die Handlungsalternative des Zugänglichmachens kinderporno- grafischer Inhalte hingegen wird den oben genannten Kriterien zufol- ge dadurch realisiert, dass der Täter Dritten Zugriff auf seine Daten ermöglicht. Dabei unterscheidet man das öffentliche Zugänglichma- chen, dessen Realisierung durch das Speichern der kinderpornografi- 30

---

<sup>52</sup> Sieber, NJW 1999, S. 2065 u. 2072

<sup>53</sup> Cornils, JZ 1999, S. 397; Sieber, NJW 1999, S. 2065 u. 2072

<sup>54</sup> Cornils, JZ 1999, S. 397

schen Daten auf einem WWW- oder News-Server erfolgt und das Zugänglichmachen an einen bestimmten Personenkreis, welches durch Speicherung der Daten auf einem Mailserver erfüllt wird.<sup>55</sup>

*(c) Verbreiten von Schriften*

31 Nach alter Rechtslage und derzeit noch h.M. in der Literatur ist ein Verbreiten von Schriften (mit kinderpornografischem Inhalt, § 184 III Nr. 1 StGB) nicht durch die Übermittlung entsprechender Inhalte via Internet erfüllbar. Zwar wurden Datenspeicher den Schriften gleichgestellt (§ 11 III StGB), dennoch versteht die h.M. nach wie vor unter einem Verbreiten die körperliche Übergabe des Inhaltsträgers. Als nicht ausreichend erachtet wird von ihr der elektronische Transport des Dateninhalts selbst.<sup>56</sup> Die neuere gegenteilige Rechtsprechung des BGH<sup>57</sup> ist – aus den in Kapitel 2, B.III.1.c. ausführlich erörterten Gründen – abzulehnen. Schließlich gilt bei den Handlungsalternativen der Nr. 3 des § 184 III StGB das bereits oben allgemein zum Handlungsort bei schlichten Tätigkeitsdelikten Ausgeführte entsprechend, weil sie keine internetspezifischen Besonderheiten aufweisen, ebenso wie die Alternative der Besitzverschaffung gem. § 184 V StGB.

**(3) Stellungnahme**

32 Gegen diese Erweiterung des Handlungsbegriffes sprechen einige gewichtige Argumente. So gehen die Vertreter dieser Ansicht bereits von inkorrekten Annahmen über die zugrunde liegenden Programm- bzw. Speicherungsabläufe aus.<sup>58</sup> Es ist nämlich nur in Ausnahmefällen möglich, Daten zielgerichtet auf ganz bestimmten Servern abzulegen. Meistens hingegen weiß der Nutzer nicht, wo seine Daten tatsächlich gespeichert werden. Vielmehr ist es derzeit üblich, Inhalte auf einer

---

<sup>55</sup> Cornils, JZ 1999, S. 397

<sup>56</sup> Cornils, JZ 1999, S. 397; siehe hierzu ausführlich die Ausführungen unter Kapitel 2 B.III.

<sup>57</sup> BGH JZ 2002, S. 308

<sup>58</sup> Schwarzenegger, Zeitschrift für Immaterialgüter, Informations- und Wettbewerbsrecht 2001, S. 247

Vielzahl von Servern abzuspeichern, um Ladezeiten zu verkürzen bzw. Kontrollmaßnahmen zu umgehen.<sup>59</sup>

Zur Verdeutlichung der Problematik greife ich auf den von Schwarzenegger angeführten fiktiven Beispielsfall zurück, den er sinngemäß wie folgt schilderte: Jemand, der rechtswidrige Inhalte aus Frankreich an eine webbasierte Mailadresse z.B. bei Yahoo.de senden würde (Push), handelte gleichzeitig in Deutschland und Frankreich, weil da die Mailserver liegen. Jedoch wäre kein Handlungsort in der Schweiz gegeben, wo die Daten tatsächlich abgerufen würden (Pull). In der Abwandlung geht Schwarzenegger davon aus, dass der Mailserver von Yahoo.de aufgrund der günstigeren Infrastrukturkosten zufällig in Island liegt. Dann wäre im Ergebnis ein Handlungsort in Frankreich und in Island gegeben.<sup>60</sup> Als abstruses Ergebnis der Annahme einer Erweiterung des Handlungsbegriffes resultierte demzufolge, dass „nicht nur der strafrechtliche Handlungsbegriff zerfranst, sondern im Resultat eine noch zufälliger Anknüpfung am Ort des Zielservers gewählt“ werden würde, „bei dem es sich letztlich bloß um einen technischen Transitknoten handelt“.<sup>61</sup> Die enorme Ausweitung des Handlungsbegriffes hätte zudem eine „unüberschaubare Inflation von Handlungsorten“ zur Folge.<sup>62</sup> Schwarzenegger fasst die Kritikpunkte folgendermaßen zusammen: „Werden aber die vom Täter in Bewegung gesetzten elektronischen Kräfte zur Handlung geschlagen, ist das eine Fiktion, die vom Wortlaut des geltenden Gesetzes (§ 9 Abs. 1 dStGB), der sich auf Ausführungshandlung und Erfolg beschränkt, kaum gedeckt wird“.<sup>63</sup>

Im Ergebnis handelt es sich bei diesen Annahmen lediglich um eine „Wiederbelebung der **Theorie von der langen Hand**“, der nicht

---

<sup>59</sup> Hilgendorf, ZStW 2001, S. 666

<sup>60</sup> Schwarzenegger, Zeitschrift für Immaterialgüter, Informations- und Wettbewerbsrecht 2001, S. 247

<sup>61</sup> Schwarzenegger, Zeitschrift für Immaterialgüter, Informations- und Wettbewerbsrecht 2001, S. 247

<sup>62</sup> Hilgendorf, ZStW 2001, S. 666

<sup>63</sup> Schwarzenegger, Zeitschrift für Immaterialgüter, Informations- und Wettbewerbsrecht 2001, S. 248

gefolgt werden kann.<sup>64</sup> Nach dieser ist zwar für die Bestimmung des Begehungsortes auch grundsätzlich der Handlungsort des Täters maßgeblich. Jedoch wird unrichtigerweise der Begriff der Handlung (und damit auch der des Handlungsortes) derart erweitert, „dass auch die vom Täter in Bewegung gesetzten und von ihm als Werkzeug benutzten Kräfte bis zu ihrer Einwirkung auf das Angriffsobjekt hinzugechnet werden“.<sup>65</sup> Laut Bergmann konstruiert man „durch die Vorstellung einer verlängerten Hand des Täters dessen persönliche Anwesenheit am Ort der ersten Rechtsverletzung, ohne die wesentlichen Grundlagen der Tätigkeitstheorie aufgeben zu müssen“.<sup>66</sup>

### **ac. Ergebnis**

35 Aufgrund der eben gewonnen Erkenntnisse bleibt es bei Delikten gem. § 184 StGB bei der üblichen Bestimmung des Handlungsortes in dem Sinne, dass dieser vom Aufenthaltsort des Täters abhängig ist. Die dargestellten gegenteiligen Ansichten zur Tatbegehung via Internet sind aus den jeweils erläuterten Gründen abzulehnen.

### **b. Bestimmung des Erfolgsortes**

36 Nach der Bestimmung des Handlungsortes gilt es nunmehr, auf die Problematik des Erfolgsortes der abstrakten Gefährdungsdelikte unter besonderer Beachtung der Tatbegehung durch das Internet einzugehen. Zu diesem Thema existiert bereits eine Fülle von Literatur,<sup>67</sup> weshalb nachfolgend nur ein Überblick über die wichtigsten derzeit hierzu vertretenen Ansichten gegeben wird. Ziel ist es insoweit lediglich, die bereits gefundenen Ergebnisse dar- und einander gegenüberzustellen und anschließend einen eigenen Standpunkt hierzu darzulegen. Bei der Diskussion des Erfolgsortes bleibt es allerdings nicht wie

---

<sup>64</sup> Hilgendorf, ZStW 2001, S. 665; Schwarzenegger, Zeitschrift für Immaterialgüter, Informations- und Wettbewerbsrecht 2001, S. 247 f.

<sup>65</sup> Lehle, Erfolgsbegriff, S. 50

<sup>66</sup> Bergmann, Begehungsort, S. 30 f.

<sup>67</sup> Vgl. hierzu u.a.: Lehle, Erfolgsbegriff, S. 92 ff.; Kienle, Int. Strafrecht, S. 41 ff.; Schwarzenegger, Zeitschrift für Immaterialgüter, Informations- und Wettbewerbsrecht 2001, S. 240 ff.; Hilgendorf, ZStW 2001, S. 651 ff.; Martin, ZRP 1992, S. 19 ff.; Sieber NJW, 1999, S. 2065 ff.; Heinrich, GA 1999, S. 72 ff.

bei der Bestimmung des Handlungsortes möglich, die Besonderheiten, die sich aus der Deliktsbegehung via Internet ergeben, völlig getrennt von den Spezifika des Deliktscharakters zu behandeln. Vielmehr bedingt die Darstellung der Theorien zur Erfolgsortbegründung bei Internetstraftaten gerade die gleichzeitige Erörterung des besonderen Charakters abstrakter Gefährdungsdelikte, weil es sehr umstritten ist, ob diese einen Erfolg i.S.v. § 9 I StGB aufweisen oder nicht.

### **aa. Theorie der Allzuständigkeit**

Eine sehr weit verbreitete Ansicht zur Erfolgsortbestimmung ist die Theorie von der Allzuständigkeit deutscher Strafverfolgungsbehörden in Bezug auf Internetstraftaten. Die Anhänger dieser Ansicht gehen – basierend auf dem Ubiquitätsprinzip – davon aus, dass wegen der weltweiten Präsenz von Internetinhalten jede Veröffentlichung im Internet auch in Deutschland Wirkungen entfaltet und somit auch immer ein Erfolgsort i.S.v. § 9 I StGB in Deutschland gegeben sei.<sup>68</sup> Hiernach genüge für die Begründung eines Erfolgsortes jeder faktische Erfolg, so dass auch potentielle und abstrakte Gefährdungsdelikte ohne weiteres einen Erfolgsort aufweisen könnten.<sup>69</sup> Konsequenz dieser Annahme ist somit eine umfassende und weltweite Zuständigkeit deutscher Strafverfolgungsbehörden für Internetinhalte korrespondierend mit einer weltweiten Verfolgungspflicht durch die deutsche Staatsanwaltschaft aufgrund des für sie geltenden Legalitätsprinzips. Zwar besteht über § 153 c I Nr. 1 StPO die Möglichkeit einer Einschränkung dieser Pflicht. Ein solches Vorgehen ist jedoch nur in einer geringen Anzahl der Fälle zulässig.<sup>70</sup>

37

### **ab. Einschränkende Auslegung der Erfolgsortklausel**

Die Annahme einer Allzuständigkeit in der eben beschriebenen Weise wird jedoch selbst von manchen Anhängern aus den eigenen Reihen im Zeitalter des Internet als „nicht mehr zeitgemäß“ empfunden.

38

---

<sup>68</sup> Conradi/Schlömer, NStZ 1996, S. 368 f.; Kuner, CR 1996, S. 456; Collardin, CR 1995, S. 618 u. 621; Beisel/Heinrich, CR 1997, S. 363; Derksen, NJW 1997, S. 1880

<sup>69</sup> Breuer, MMR 1998, S. 142; Collardin, CR 1995, S. 618 u. 620

<sup>70</sup> Lagodny, JZ 2001, S. 1199; Breuer, MMR 1998, S. 143

den,<sup>71</sup> weshalb man verschiedene Lösungsansätze zu einer einschränkenden Auslegung der Erfolgsortklausel entwickelte, um die von der Allzuständigkeit ausgehenden weitreichenden Konsequenzen – insbesondere die Anknüpfung an einen bloß zufälligen Erfolgsort – zu vermeiden. Die wichtigsten dieser Ansätze werden nachfolgend erörtert.

### **(1) Theorie der subjektivierenden Auslegung**

39        Zunächst ist der Ansatz einer subjektivierenden Auslegung des § 9 I StGB zu erläutern, in dessen Rahmen man vorschlägt, über eine teleologische Reduktion den Anwendungsbereich des § 9 I StGB auf solche Taten zu beschränken, bei denen das Auftreten des tatbestandsmäßigen Erfolges im Inland im „finalen Interesse“ des Täters gelegen hat.<sup>72</sup> Voraussetzung der Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts wäre hiernach also, dass der Täter die Wirkungen seines Verhaltens zielgerichtet gerade in Deutschland hervorrufen wollte.<sup>73</sup> Überträgt man diese Annahmen auf Kinderpornografie, hätte dies zur Folge, dass ein Ausländer, der solches Material ins Internet einspeist, nur dann der deutschen Strafbarkeit unterliegt (selbstverständlich am Erfolgsort anknüpfend), wenn er mit der Intention gehandelt hätte, die Auswirkungen seines Handelns gerade in Deutschland zu erzielen.

### **(2) Objektivierende Einschränkung**

40        Auf der anderen Seite vertritt Hilgendorf eine objektivierende Einschränkung bei den Erfolgsdelikten dergestalt, dass die Bestimmung der Zuständigkeit anhand objektiver Merkmale erfolgen muss.<sup>74</sup> Danach unterfallen nur solche Straftaten der deutschen Strafbarkeit, die „objektiv einen besonderen Bezug zum Gebiet der Bundesrepublik Deutschland aufweisen“.<sup>75</sup> Als Beispiele hierfür werden Internet-Publikationen, die in deutscher Sprache verfasst sind oder sich speziell

---

<sup>71</sup> Conradi/Schlömer, NStZ 1996, S. 369; Collardin, CR 1995, S. 621; Derksen, NJW 1997, S. 1880; Bremer, Internet-Inhalte, S. 110

<sup>72</sup> Vgl. zusammenfassend Kienle, Int. Strafrecht, S. 161 m.w.N.

<sup>73</sup> Collardin, CR 1995, S. 618 u. 621; Conradi/Schlömer, NStZ 1996, S. 369; Hinterseh, JurPC 1996, S. 463

<sup>74</sup> Hilgendorf, NJW 1997, S. 1876, wobei klarzustellen ist, dass dieser Ansatz nicht auf der Annahme einer Allzuständigkeit beruht

<sup>75</sup> Hilgendorf, NJW 1997, S. 1877

auf deutsche Sachverhalte oder Personen beziehen, genannt.<sup>76</sup> Hilgendorf spricht – beziehend auf das Urteil des BGH zum Völkermord von 1994<sup>77</sup> – in diesem Zusammenhang von „territorial spezifizierten Delikten“.<sup>78</sup> Für § 6 Nr. 1 StGB wurde nämlich in dieser Entscheidung festgelegt, die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts über den Gesetzestext hinaus erfordere, dass ihr „ein völkerrechtliches Verbot nicht entgegensteht und außerdem ein legitimierender Anknüpfungspunkt im Einzelfall einen unmittelbaren Bezug der Strafverfolgung zum Inland herstellt“. Nur für diesen Fall verneinte man bei der Anwendung deutschen Strafrechts auf Auslandstaten von Ausländern einen Verstoß gegen das Nichteinmischungsprinzip.<sup>79</sup>

### **ac. Kritik an der Theorie der Allzuständigkeit**

Die Theorie der Allzuständigkeit führt auf den ersten Blick zu dem äußerst wünschenswerten Ergebnis, dass eine umfassende Straf- 41  
gewalt Deutschlands im Hinblick auf Internetstraftaten besteht. Doch bei einer solch oberflächlichen Betrachtungsweise wird leicht verkannt, dass dies gleichsam eine nicht zu bewältigende Verfolgungspflicht der deutschen Strafbehörden gem. § 152 StPO und schwere Kollisionsprobleme mit ausländischen Strafbehörden zur Folge hätte. Der Anwendungsbereich des die Verfolgungspflicht einschränkenden § 153 c I Nr. 1 StPO und des darauf aufbauenden Opportunitätsprinzips ist bei den Internetstraftaten verschwindend gering.<sup>80</sup>

Im Ergebnis würde die Annahme einer Allzuständigkeit folglich 42  
die bereits bestehende Dunkelziffer der Internetstraftaten noch erhöhen, weil auf dieser Basis „eine umfassende Strafverfolgung genauso ausgeschlossen ist wie eine auch nur einigermaßen lückenlose“.<sup>81</sup> Das

---

<sup>76</sup> Hilgendorf, NJW 1997, S. 1877

<sup>77</sup> BGH, NStZ 1994, S. 233

<sup>78</sup> Hilgendorf, NJW 1997, S. 1876

<sup>79</sup> Vgl. Hilgendorf, NJW 1997, S. 1877; BGH, NStZ 1994, S. 233 unter Berufung auf BGHSt 27, S. 30; BGHSt 34, S. 334; Oehler, JR 1977, S. 424 und Holthausen, NStZ 1992, S. 268

<sup>80</sup> Lagodny, JZ 2001, S. 1199

<sup>81</sup> Lagodny, JZ 2001, S. 1199

Legalitätsprinzip würde wiederholt „ad absurdum geführt“ werden.<sup>82</sup> Vereinfacht ausgedrückt könnte man den Zustand auch folgendermaßen beschreiben: Die deutschen Strafverfolgungsbehörden sind zwar für alles zuständig, haben aber nicht die Mittel und Möglichkeiten, dieser Zuständigkeit gerecht zu werden und eine Konzentration auf die wirklich wichtigen Delikte kommt viel zu kurz. Alles in allem also ein völlig unbefriedigender Zustand.

43 Weiterhin lässt diese undifferenzierte Anknüpfung an die globalen (und so auch an die in Deutschland bestehenden) Wirkungen von rechtswidrigen Internetinhalten die Annahme der deutschen Strafbarkeit beinahe willkürlich erscheinen, denn die bloße Erreichbarkeit der Daten in Deutschland bietet noch nicht wirklich einen besonderen Anknüpfungspunkt für Deutschland, um eine Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts zu rechtfertigen.<sup>83</sup> Vielmehr spielt sich Deutschland auf diese Weise zum Richter über die Internetwelt auf. Hilgendorf beschreibt die Annahme der Allzuständigkeit treffend mit den Worten „Ausländern muss sie als eine neue Version des ‚Am deutschen Wesen soll die Welt genesen‘ erscheinen“.<sup>84</sup> Wie bereits erläutert, muss aber jeder souveräne Staat bei der Festlegung des Strafanwendungsrechts die durch das Völkerrecht gesetzten Grenzen (Einmischungsverbot, Rechtsmissbrauchsverbot etc.) beachten.<sup>85</sup>

44 Gegen die Annahme einer Allzuständigkeit spricht weiterhin die grundsätzlich gegebene Möglichkeit aller Staaten, nach diesem Prinzip ihre Strafanwendungsgewalt zu begründen. Gesetzt den Fall, sie würden das tun, hätte es die unliebsame Folge, dass alle Internet-User, die das Einstellen von Informationen ins Netz beabsichtigen, eine Vielzahl von Strafrechtsordnungen zu beachten hätten.<sup>86</sup> So müsste sich beispielsweise ein (deutscher) Anbieter für Damenunterwäsche, der im Netz mit „freizügigen“ Bildern dafür wirbt, fragen, ob er gegen

---

<sup>82</sup> Lagodny, JZ 2001, S. 1199

<sup>83</sup> Sieber, NJW 1999, S. 2068

<sup>84</sup> Hilgendorf, NJW 1997, S. 1874

<sup>85</sup> Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, S. 165; Schroeder, NJW 1969, S. 81; Hilgendorf, ZStW 2001, S. 660; Engel, AfP 1996, S. 227

<sup>86</sup> Sieber, NJW 1999, S. 2065; Collardin, CR 1995, S. 621; Jofer, Strafverfolgung, S. 104

eventuell bestehende Normen der muslimischen Staaten Afrikas und Asiens verstößt. Kurz gesagt, würde sich also im Internet die „strengste nationale Strafrechtsordnung weltweit durchsetzen“.<sup>87</sup> Dass dieses Ergebnis nicht wünschenswert ist, liegt auf der Hand, denn es bedeutet für fortschrittliche moderne Staaten einen Rückschritt in längst überkommene Ansichten und Moralvorstellungen von weniger aufgeschlossenen und weniger toleranten Ländern.

Neben diesen eher rechtspolitischen Gegenargumenten existiert aber noch ein sich aus dem Gesetzeswortlaut des § 9 I StGB selbst ergebendes Argument gegen diese „extensive“ Ansicht. Hier wird nämlich von einem „zum Tatbestand gehörenden“ Erfolg ausgegangen und daher nicht bereits jegliche Auswirkung einer Tat für die Bestimmung des Erfolgsortes als ausreichend angesehen.<sup>88</sup> Dies zeigt, dass schon der Ausgangspunkt der hier in Frage stehenden Theorie verfehlt ist und somit automatisch zu falschen Ergebnissen führt.<sup>89</sup> Basierend auf den eben gewonnenen Erkenntnissen ist die Annahme einer Allzuständigkeit deutscher Strafverfolgungsbehörden als zu weitgehend und verfehlt abzulehnen. Sie verstößt gegen das Prinzip der Souveränität der Staaten, das Willkürverbot und verletzt schließlich das Nicht-einmischungsprinzip.<sup>90</sup>

45

## **ad. Kritik an der Einschränkung der Erfolgsortklausel**

### **(1) Wahl des falschen Ausgangspunktes**

Die durch eine teleologische Reduktion (sowohl in objektiver als auch in subjektiver Hinsicht) erzielten und vorhergehend dargestellten Ergebnisse sind auf den ersten Blick ebenfalls wünschenswert und einleuchtend. Doch gleichfalls wie bei der Theorie der Allzuständigkeit ist dies eben nur auf den ersten Blick der Fall. Bei näherer Betrachtung fällt auf, dass hier bei der Bestimmung des Erfolgsortes ebenfalls vom falschen Ausgangspunkt ausgegangen wird: nämlich

46

---

<sup>87</sup> Sieber, NJW 1999, S. 2067

<sup>88</sup> Cornils, JZ 1999, S. 395

<sup>89</sup> Breuer, MMR 1998, S. 143

<sup>90</sup> Hilgendorf, ZStW 2001, S. 660

von „nicht näher spezifizierten Tatwirkungen jeglicher Art“<sup>91</sup> bzw. „empirisch feststellbaren Wirkungen einer Tätigkeit an einem bestimmten Ort“.<sup>92</sup> Nach der seit 1975 geltenden neuen Fassung<sup>93</sup> des § 9 I StGB wird aber zur Tatortbegründung gerade nicht mehr jeder „Erfolg“ zugelassen, sondern nur ein zum Tatbestand gehörender.<sup>94</sup> Durch diese genauere Formulierung wollte der Gesetzgeber gerade solche Tatwirkungen ausschließen, die für die Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes noch nicht oder nicht mehr relevant sind.<sup>95</sup> Gleiches sollte ebenfalls für Tatfolgen gelten, die nach Vollendung, aber noch vor Beendigung der Tat auftreten.<sup>96</sup> Somit kommen als Erfolgsorte nur solche Orte in Frage, an denen ein durch die Tathandlung hervorgerufenen zusätzliches tatbestandsmäßiges Ereignis entweder verwirklicht wurde oder verwirklicht werden sollte.<sup>97</sup>

## (2) Erfolgsortbestimmung und Deliktscharakter

47 Diese allgemeinen Feststellungen zum Erfolgsort i.S.v. § 9 I StGB zeigen zwar den richtigen Ausgangspunkt für eine Erfolgsortbestimmung. Dies allein macht jedoch die bereits erwähnte teleologische Reduktion nicht per se überflüssig. Eine solche setzt nämlich voraus, dass „der Wortsinn einer gesetzlichen Regelung im Hinblick auf ihren Zweck zu weit ist und deshalb einer Einschränkung bedarf“.<sup>98</sup> Ob dies bei § 9 I StGB tatsächlich der Fall ist, muss nachfolgend untersucht werden. Hierzu wird nach den einzelnen Deliktskategorien differenziert und anhand dessen bestimmt, wo deren tatbestandsmäßiger Er-

---

<sup>91</sup> So Collardin, CR 1995, S. 620; Conradi/Schlömer; NSTZ 1996, S. 369; Sieber, JZ 1996, S. 430, insbes. Fn. 10

<sup>92</sup> So die ablehnende Zusammenfassung von Hilgendorf, NJW 1997, S. 1875

<sup>93</sup> Geändert durch das 2. StrRG vom 4.7.1969 und in Kraft getreten am 1.1.1975 (BGBl. 1973 I. S. 909; Gesetzesbegründung: BT-Drs. V/4095, S.7 i.V.m. BT-Drs. IV/650, S. 113)

<sup>94</sup> Heinrich, GA 1999, S. 72

<sup>95</sup> Heinrich, GA 1999, S. 72; Breuer, MMR 1998, S. 142; Hilgendorf, NJW 1997, S. 1875; Eser in Schönke/Schröder, § 9 Rn. 6; Satzger, NSTZ 1998, S. 113

<sup>96</sup> Hilgendorf, NJW 1997, S. 1875; Endemann, NJW 1966, S. 2382; Eser in Schönke/Schröder, § 9 Rn. 6; BGHSt 20, S. 51; teilweise a.A. Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, S. 178

<sup>97</sup> Hoyer in SK-StGB, § 9 Rn. 6

<sup>98</sup> Hilgendorf, NJW 1997, S. 1874

folg liegt bzw. worin er besteht. Eine vertiefende Diskussion dieses Themas ist jedoch entbehrlich, da hierzu bereits eine Fülle von Literatur existiert.<sup>99</sup> Deshalb werden im nächsten Punkt lediglich die bereits von anderer Seite gewonnenen Erkenntnisse dargestellt und eine eigene Stellungnahme abgegeben.

### **i. Erfolgsdelikte / konkrete Gefährungsdelikte**

Die Erfolgsortbestimmung fällt bei den so genannten Erfolgsdelikten nicht schwer, da ihre Besonderheit gerade darin besteht, dass zur Tatbestandserfüllung noch eine über die Tathandlung hinausgehende und von ihr trennbare Veränderung in der Außenwelt erforderlich ist.<sup>100</sup> Ebenso wird dies bei konkreten Gefährungsdelikten gesehen.<sup>101</sup> Bei beiden Deliktskategorien besteht also der Erfolg gerade in einer Verletzung bzw. konkreten Gefährdung des durch die entsprechende Norm geschützten Rechtsgutes.<sup>102</sup> Darüber hinaus werden weitgehend auch die so genannten objektiven Bedingungen der Strafbarkeit als Erfolg i.S.v. § 9 I StGB anerkannt.<sup>103</sup> Somit liegt der Erfolgsort unproblematisch überall dort, wo die tatbestandlich vorausgesetzte Verletzung, die objektive Bedingung der Strafbarkeit oder die konkrete Gefährdung eingetreten ist bzw. nach der Vorstellung des Täters eintreten sollte.<sup>104</sup>

48

---

<sup>99</sup> Vgl. hierzu: Lehle, Erfolgsbegriff, S. 83 ff.; Kienle, Int. Strafrecht, S. 40 ff.; Hilgendorf, NJW 1997, S. 1875; Satzger, NStZ 1998, S. 113 ff.; Gribbohm in LK-StGB, § 9 Rn. 18 ff.; Heinrich, GA 1999, S. 72 ff.; Ringel, CR 1997, S. 303 ff.

<sup>100</sup> Lehle, Erfolgsbegriff, S. 85; Breuer, MMR 1998, S. 144; Sieber NJW 1999, S. 2066; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, Rn. 22

<sup>101</sup> Satzger, NStZ 1998, S. 114; Hilgendorf, NJW 1997, S. 1875; Heinrich, GA 1999, S. 73; Ringel, CR 1997, S. 303; Lehle, Erfolgsbegriff, S. 56 f. u. 91; Sieber, NJW 1999, S. 2066; Horn/Hoyer, JZ 1987, S. 965

<sup>102</sup> Lehle, Erfolgsbegriff, S. 85 f.; Kienle, Int. Strafrecht, S. 52 f.; Tröndle/Fischer, StGB, § 9 Rn. 4; Horn/Hoyer, JZ 1987, S. 965

<sup>103</sup> Hilgendorf, NJW 1997, S. 1875; Heinrich, GA 1999, S. 73; Jeschek/Weigend, Strafrecht AT, S. 179; Eser in Schönke/Schröder, § 9 Rn. 7; RGSt 16, S. 188; RGSt 43, S. 85; BGHSt 42, S. 242; a.A. Satzger, NStZ 1998, S. 116; Gottwald, JA 1998, S. 344

<sup>104</sup> Satzger, NStZ 1998, S. 114; Heinrich, GA 1999, S. 73; Hoyer in SK-StGB, § 9 Rn. 6; Kienle, Int. Strafrecht, S. 52 ff.; Cornils, JZ 1999, S. 395

## ii. Schlichte Tätigkeitsdelikte

49 Völlig zweifelsfrei weisen dagegen schlichte Tätigkeitsdelikte keinen zum Tatbestand gehörenden Erfolg auf, weil sich ihr Unrechts- tatbestand bereits in der bloßen Vornahme der jeweiligen Tathandlung erschöpft. Eine darüber hinausgehende raum-zeitlich von der Tathandlung abgrenzbare Umweltveränderung wird zur Erfüllung des Tatbestandes nicht verlangt.<sup>105</sup>

## iii. Abstrakte Gefährungsdelikte

50 Schwieriger und weniger eindeutig ist die Frage nach dem Ort des Erfolges der abstrakten Gefährungsdelikte, zu denen nach h.M. auch § 184 III StGB zählt.<sup>106</sup> Sie stellt sich insbesondere dann, wenn die Tathandlung im Ausland begangen wurde, die abstrakte Gefährdung jedoch in Deutschland eingetreten ist.<sup>107</sup> Bevor hierauf eine Antwort gefunden werden kann, ist jedoch eine viel wichtigere und vor allen Dingen äußerst umstrittene Problematik zu behandeln. Es bleibt nämlich zu klären, ob abstrakte Gefährungsdelikte überhaupt einen zum Tatbestand gehörenden Erfolg aufweisen, denn nur wenn dies bejaht werden kann, ist es möglich, einen (inländischen) Erfolgsort zu bestimmen. Es werden hierzu verschiedene Ansichten in Literatur und Rechtsprechung vertreten, welche eine große Uneinigkeit bzgl. dieses Themas erkennen lassen. Nachfolgend werden die wichtigsten Meinungen dargestellt.

### (a) Ablehnung eines tatbestandsmäßigen Erfolges (h.M.)

51 Die wohl überwiegende Meinung lehnt die Annahme eines tatbestandsmäßigen Erfolges bei den abstrakten Gefährungsdelikten ab, weil für die Erfüllung des Tatbestandes gerade keine konkrete Gefährdung oder Verletzung eines Rechtsgutes notwendig ist, sondern sich der Tatbestand auch wie bei den schlichten Tätigkeitsdelikten in

---

<sup>105</sup> Hilgendorf, NJW 1997, S. 1875; Eser in Schönke/Schröder, § 9 Rn. 6; Kienle, Int. Strafrecht, S. 40; Lehle, Erfolgsbegriff, S. 83; Heinrich, GA 1999, S. 74

<sup>106</sup> Vgl. Ilg, Selbstbestimmung, S. 93; Laufhütte in LK-StGB, § 184 Rn. 3 u. 18; Schreibauer, Pornographieverbot, S. 94; Graul, Abstr. Gefährungsdelikte, S. 128; Lenckner in Schönke/Schröder, § 184, Rn. 3

<sup>107</sup> Sieber, NJW 1999, S. 2067

der Vornahme der tatbestandsmäßigen Handlung erschöpft.<sup>108</sup> Ein Gefährdungserfolg, der – wie bei den konkreten Gefährdungsdelikten – im objektiven Tatbestand zu prüfen ist, existiert hier gerade nicht.<sup>109</sup> Richtigerweise wird weiterhin davon ausgegangen, dass die abstrakte Gefahr allein das gesetzgeberische Motiv für die Schaffung der jeweiligen Norm gewesen ist und daher kein zusätzlich zur Tathandlung erforderliches ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal sei.<sup>110</sup> Der Gesetzgeber hat bei den abstrakten Gefährdungsdelikten ein bestimmtes Verhalten als generell gefährlich eingestuft, ohne in jedem Einzelfall den Nachweis einer Gefährdung zu fordern.<sup>111</sup> Aus gleichem Grunde wird die Annahme eines Erfolges bei den schlichten Tätigkeitsdelikten und Delikten mit überschießender Innentendenz abgelehnt.<sup>112</sup>

Schließlich wird als Argument gegen die Annahme eines tatbestandlichen Erfolges noch angeführt, dass sich diese nicht mit dem in § 9 I StGB zugrunde gelegten Erfolgsbegriff vereinbaren ließe. Hierunter wird nämlich eine von der Tathandlung räumlich und/oder zeitlich abtrennbare Veränderung in der Außenwelt verstanden.<sup>113</sup> Eine abstrakte Gefahr ist aber gerade keine Veränderung in der Außenwelt, sondern nur Attribut der Tathandlung bzw. gesetzgeberisches Motiv zur Schaffung des jeweiligen Delikts. Zwar anerkennt man, dass auch abstrakte Gefährdungsdelikte in manchen Fällen tatbestandlich die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges (vgl. § 326 I StGB) verlangen und diese noch nicht rechtsgutsverletzenden „Zwischenerfolge“ dann ebenfalls tatortbegründend wirken.<sup>114</sup> Trotz dieser seltenen Ausnahmen bleibt aber als zusammenfassendes Fazit der h.M.,

52

---

<sup>108</sup> Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, S. 264; Cornils, JZ 1999, S. 395; Horn/Hoyer, JZ 1987, S. 966; Breuer, MMR 1998, S. 142

<sup>109</sup> Kienle, Int. Strafrecht, S. 41; Satzger, NSTZ 1998, S. 114 ff.; Hilgendorf, NJW 1997, S. 1875; Tröndle/Fischer, StGB, Vor § 13 Rn. 13 a; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, S. 264

<sup>110</sup> Tröndle/Fischer, StGB, Vor § 13 Rn. 13 a; Heinrich GA, 1999, S. 77; BGHSt 26, S. 121; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, Rn. 29; Satzger, NSTZ 1998, S. 114; Ringel, CR 1997, S. 303

<sup>111</sup> Kienle, Int. Strafrecht, S. 40; Wessels/Beulke, Strafrecht AT, Rn. 29; Lehle, Erfolgsbegriff, S. 92

<sup>112</sup> Vgl. Heinrich, GA 1999, S. 74

<sup>113</sup> Endemann, NJW 1966, S. 2382; Hilgendorf, NJW 1997, S. 1876

<sup>114</sup> Hilgendorf, NJW 1997, S. 1875

dass sich der Tatort eines abstrakten Gefährdungsdelikt es grundsätzlich dort befindet, wo die tatbestandsmäßige Handlung vorgenommen wurde.<sup>115</sup>

*(b) Physikalische Erfolgsortbestimmung*

53 Ähnlichkeit mit der bereits erläuterten Theorie von der Allzuständigkeit hat die Theorie von der rein physikalischen Erfolgsortbestimmung. Die Vertreter dieser Ansicht stellen ebenfalls nicht auf einen tatbestandlich fixierten Erfolg ab, sondern orientieren sich stattdessen „an empirisch feststellbaren Wirkungen einer Tätigkeit“.<sup>116</sup> Hiernach ist es als Erfolg i.S.v. § 9 I StGB zu werten, „wenn eine im Ausland vorgenommene Tathandlung durch Datenübertragung zur Verfügbarkeit (auch) im Inland bestimmt ist und dort empfangen wird“.<sup>117</sup> Basierend auf der physikalischen Tatsache der sofortigen weltweiten Verfügbarkeit von ins Internet eingespeisten Daten wird – auch wenn die Einspeisung der Daten im Ausland erfolgt – vielfach angenommen, der Erfolg i.S.v. § 9 I StGB liege u.a. in Deutschland, weil auch hier die Daten abgerufen werden können. Diese Ansicht kommt somit zu dem Ergebnis, dass die bloße Verfügbarkeit bzw. Zugriffsmöglichkeit auf rechtswidrige Internetinhalte ausreicht, einen Erfolgsort überall dort zu begründen, wo die Möglichkeit zur Kenntnisnahme besteht, und zwar unabhängig davon, ob der jeweilige gesetzliche Tatbestand überhaupt einen „tatbestandlichen Erfolg“ aufweist oder nicht.<sup>118</sup>

*(c) Abstrakte Gefahr als Erfolg / Die Ansicht Martins*

54 Eine weitere, vorwiegend von Martin<sup>119</sup> im Zusammenhang mit dem Umweltstrafrecht vertretene und sehr weitreichende Ansicht geht davon aus, dass der Erfolgsort von abstrakten Gefährdungsdelikten überall dort liegt, wo die abstrakte Gefahr besteht, bzw. überall dort,

---

<sup>115</sup> Hilgendorf, NJW 1997, S. 1876; Cornils, JZ 1999, S. 396

<sup>116</sup> Vgl. Hilgendorf, NJW 1997, S. 1875 m.w.N.

<sup>117</sup> Vgl. Hilgendorf, NJW 1997, S. 1875 m.w.N.

<sup>118</sup> Conradi/Schlömer, NStZ 1996, S. 368 f.; Collardin, CR 1995, S. 620 f.; Künner, CR 1996, S. 455 f.; Beisel/Heinrich, JR 1996, S. 96; vgl. Kienle, Int. Strafrecht, S. 43

<sup>119</sup> Martin, ZRP 1992, S. 19 ff.

wo sie sich realisieren könnte.<sup>120</sup> Ausgangspunkt ist dabei die Annahme einer räumlich wirkenden Gefahrenquelle, deren Risikozone sich auf ein bestimmtes Gebiet im benachbarten Ausland erstreckt.<sup>121</sup> Der tatbestandsmäßige Erfolg von abstrakten Gefährdungsdelikten liegt hiernach in der abstrakten Gefahr.<sup>122</sup> Martin begründet seine Ansicht hauptsächlich damit, dass auch in anderen Bereichen des StGB von einem „zum Tatbestand gehörenden Erfolg“ gesprochen wird: So stützt er sich u.a. auf die h.M., nach der abstrakte Gefährdungsdelikte auch durch Unterlassen begangen werden können; dies sei aber nur möglich, wenn (bzw. weil) sie einen solchen Erfolg aufwiesen.<sup>123</sup> Zum anderen führt er aus, bei der in Frage stehenden Deliktsart bleibe auch nach Abschluss der tatbestandlichen Handlung eine strafbare Beteiligung solange denkbar, wie die verursachte Gefährdung andauert, was wiederum das Bestehen eines Erfolges voraussetze.<sup>124</sup>

Aus den eben aufgezählten Argumenten schlussfolgert er schließlich, es gebe keinen Grund, „die Gefährlichkeit der Tat als bloßes Motiv des Gesetzgebers anzusehen“. Diese sei vielmehr „materielles Tatmerkmal“.<sup>125</sup> Zur Begründung führt er aus: „Bestraft wird, weil bereits die Risikoschaffung strafrechtliches Unrecht bildet. Die Schaffung eines rechtlich missbilligten Risikos der Verletzung des geschützten Rechtsguts ist somit ein notwendiger Bestandteil der abstrakten Gefährdungsdelikte. Dies bedeutet zugleich, dass auch bei abstrakten Gefährdungsdelikten ein missbilligtes Übel verursacht wird. Wenn der Erfolg einer Straftat das rechtlich missbilligte Übel ist, dessen Verursachung durch die Strafnorm unter Strafe gestellt wird, haben somit auch abstrakte Gefährdungsdelikte einen Erfolg“.<sup>126</sup> Das Tatbestandsmerkmal des § 9 I StGB „zum Tatbestand gehörend“ versteht Martin in dem Sinne, „dass von möglicherweise vielen missbilligten – d.h. grundsätzlich von der Rechtsordnung als nachteilig aner-

55

---

<sup>120</sup> Ringel, CR 1997, S. 303; Cornils JZ 1999, S. 395

<sup>121</sup> Cornils, JZ 1999, S. 395

<sup>122</sup> Martin, ZRP 1992, S. 20

<sup>123</sup> Martin, ZRP 1992, S. 19

<sup>124</sup> Martin, ZRP 1992, S. 19

<sup>125</sup> Martin, ZRP 1992, S. 20

<sup>126</sup> Martin, ZRP 1992, S. 20

kannten – Wirkungen nur diejenigen zu berücksichtigen sind, welche die durch die jeweilige Norm geschützten Rechtsgüter betreffen“.<sup>127</sup>

*(d) Tathandlungserfolg*

56 Im Zusammenhang mit Internetstraftaten hält es schließlich Sieber für notwendig, den Erfolgsbegriff i.S.v. § 9 I StGB erweiternd in dem Sinne auszulegen, dass neben dem Erfolg im engeren Sinne auch ein so genannter Tathandlungserfolg anzuerkennen ist. Unter Tathandlungserfolg versteht er jede Wirkung, durch welche sich die Tathandlung realisiert.<sup>128</sup> Dabei stellt er nicht auf die Unterscheidung von verschiedenen Deliktskategorien (wie Verletzungs- oder Gefährungsdelikte) ab, sondern allein auf die Fassung des jeweiligen Tatbestandes, da sich seiner Ansicht nach nur daraus ergeben kann, welche Auswirkungen des Täterverhaltens im Einzelnen als Tathandlungserfolg zu werten seien und damit einen Erfolgsort i.S.v. § 9 I StGB begründen könnten.<sup>129</sup> Es wäre für den zum Tatbestand gehörenden Erfolg nicht maßgeblich, wo der Täter die Kenntnisnahme vorbereitet, sondern wo sie von ihm ermöglicht wird.<sup>130</sup> Zur Begründung führt er schließlich noch an, dass der Erfolg i.S.v. § 9 I StGB nicht „im Sinne eines einfachen begriffsjuristischen Denkens mit dem Erfolgsbegriff der allgemeinen strafrechtlichen Tatbestandslehre gleichgesetzt werden“ darf.<sup>131</sup> Im Ergebnis sei also ein Tathandlungserfolg gegeben, wenn sich die Wirkungen einer Auslandstat im Inland realisieren. Dabei umfasse der Tathandlungserfolg jede vom Täter verursachte, ihm zurechenbare und im Tatbestand genannte Folge der Tathandlung.<sup>132</sup> Demgemäß wäre z.B. das Zugänglichmachen oder Verbreiten kinderporografischer Schriften ein „zum Tatbestand gehörender Erfolg“.<sup>133</sup>

---

<sup>127</sup> Martin, ZRP 1992, S. 20

<sup>128</sup> Vgl. ferner Sieber NJW 1999, S. 2069

<sup>129</sup> Sieber in Hoeren/Sieber, Handbuch MMR, 19 Rn. 409; ders. NJW 1999, S. 2070; vgl. Cornils, JZ 1999, S. 396

<sup>130</sup> Vassilaki, CR 2001, S. 263

<sup>131</sup> Sieber, NJW 1999, S. 2068

<sup>132</sup> Sieber, NJW 1999, S. 2070

<sup>133</sup> Cornils, JZ 1999, S. 396; Sieber NJW 1999, S. 2069

(e) *Kritik / Stellungnahme zur h.M.*

Gegen die eingangs dargestellte h.M. werden von der Literatur verschiedenste Argumente vorgebracht, doch wirklich ad absurdum führen, konnte bisher kaum eines von ihnen die dieser Ansicht zugrunde liegenden Annahmen. Der besseren Übersicht halber stelle ich die gewichtigsten Gegenargumente einzeln dar und begründe, warum sie allesamt im Ergebnis die h.M. zu widerlegen nicht im Stande sind.

57

**(aa) Teleologische Reduktion bei Brandstiftungsdelikten**

Gegen die Ablehnung eines tatbestandsmäßigen Erfolges bei abstrakten Gefährdungsdelikten wird u.a. die derzeitige Diskussion und BGH-Rechtsprechung zur Möglichkeit einer teleologischen Reduktion bei Brandstiftungsdelikten angesprochen: So entschied der BGH<sup>134</sup>, dass eine Strafbarkeit nach § 306 StGB ausscheidet, wenn sich der Täter vor einer Brandstiftung in einer kleinen, einräumigen Hütte davon überzeugt hat, dass sich niemand darin aufhält. Diese Tendenz in der Rechtsprechung wurde als Hinweis darauf gewertet, dass bei abstrakten Gefährdungsdelikten „etwas bestraft wird, das über den bloßen Vollzug der Tathandlung hinausreicht“.<sup>135</sup> Dieses „Mehr“ oder „Etwas“ sieht man in der Schaffung eines über den bloßen Vollzug hinausgehenden Verletzungsrisikos, welches bei den abstrakten Gefährdungsdelikten tatbestandlich vorausgesetzt wird.<sup>136</sup> Allerdings differenziert diese Gegenmeinung nach der hier vertretenen Ansicht die Begriffe Gefahr, Gefährlichkeit, Gefährdung und Risiko nicht sauber. Die Rechtsprechung des BGH darf nämlich nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Gefährlichkeit der Handlung tatsächlich nur das gesetzgeberische Motiv für die Schaffung des Tatbestandes war. Es ist wichtig, Gefährlichkeit nicht mit Gefahr gleichzusetzen. Die Gefährlichkeit ist lediglich Attribut zu einer Handlung und bewirkt keinerlei spürbare Veränderungen in der Außenwelt.

58

---

<sup>134</sup> BGHSt 26, S. 124; vgl. auch Horn/Hoyer JZ 1987, S. 966 m.w.N. (insbes. dort Fn. 13)

<sup>135</sup> Martin, ZRP 1992, S. 19

<sup>136</sup> Martin, ZRP 1992, S. 20; Lehle, Erfolgsbegriff, S. 100 f.; a.A. Satzger, NSZ 1998, S. 115

59        Beim Gefahrbegriff im Strafrecht muss aufgrund der Existenz konkreter Gefährdungsdelikte zwischen einer konkreten Gefahr und Gefahren niedrigeren Ausmaßes differenziert werden. Dabei ist – allgemein gesprochen – in einer Gefahr ein Zustand zu sehen, während Gefährlichkeit dann vorliegt, wenn einem Tätigkeitsakt die Wahrscheinlichkeit innewohnt, ein Objekt zu schädigen.<sup>137</sup> Die Gefährlichkeit ist also rein handlungsbezogen und unabhängig davon, ob tatsächlich ein Rechtsgut in Gefahr geraten ist oder nicht. Der BGH definiert z.B. den Zustand der konkreten Gefahr „als einen Lebenssachverhalt, in dem die Sicherheit des als gefährdet in Rede stehenden Objekts so stark beeinträchtigt erscheint, dass es nur vom Zufall abhängt, ob das Objekt verletzt wird oder nicht“.<sup>138</sup>

60        Daneben existieren aber auch Gefahren, die nicht dermaßen schwerwiegend sind und daher für eine konkrete Gefährdung nicht ausreichen. Das Bestehen solcher Gefahren lässt sich nur schwer verneinen, da der Gesetzgeber in einigen Normen für bestimmte Gefahren zusätzlich das Erfordernis der „Konkretheit“ geschaffen hat. Dies wäre aber nicht notwendig gewesen, wenn er nur eine nicht näher umschriebene Gefahrenart gesehen bzw. gewollt hätte. Aus dieser Tatsache darf aber keinesfalls geschlussfolgert werden, dass eine abstrakte Gefahr eine solch weniger schwerwiegende, also eine Gefahr geringeren Maßes im Vergleich zur konkreten Gefahr sei.<sup>139</sup> Genau genommen gibt es eine solche nämlich überhaupt nicht, da eine Gefahr entweder besteht oder nicht, aber keinesfalls abstrakt „bestehen“ kann.<sup>140</sup> Ein Zustand kann vorliegen oder eben nicht. Abstrakt bedeutet nur, dass der Zustand einer Gefahr möglicherweise eintritt, wenn eine bestimmte Handlung vorgenommen wird. Bei den als abstrakt gefährlich

---

<sup>137</sup> Kienle, Int. Strafrecht, S. 45; Hirsch, Gefahr und Gefährlichkeit, in FS Kaufmann, S. 546 ff.; Lehle, Erfolgsbegriff, S. 87

<sup>138</sup> BGH VRS 1969, S. 125; BGH VRS 1971, S. 193 ff.; Geppert, NStZ 1985, S. 264; vgl. Horn/Hoyer, JZ 1987, S. 965 f.

<sup>139</sup> Ebenso Hilgendorf, NJW 1997, S. 1876; a.A. Martin, ZRP 1992, S. 20 (dort Fn. 18); Schwarzenegger, Zeitschrift für Immaterialgüter, Informations- und Wettbewerbsrecht 2001, S. 247; Heinrich, GA 1999, S. 78; Lehle, Erfolgsbegriff, S. 101

<sup>140</sup> Ebenso Hilgendorf NJW 1997, S. 1876

eingestuften Handlungen unterstellt man diese Möglichkeit als grundsätzlich immer vorliegend.

Somit kann der Begriff der abstrakten Gefahr höchstens als eine wenig gelungene Umschreibung für die Gefährlichkeit einer Handlung angesehen werden, deren bloße Vornahme aber gerade noch keine Gefährdung eines Rechtsgutes hervorruft. Vielmehr wird durch die Tathandlung nur die Möglichkeit geschaffen, dass es (irgendwann einmal) zu einer Gefahr für ein Rechtsgut kommt. Gerade die Schaffung der Möglichkeit eines Gefahrenintritts wird mit den abstrakten Gefährdungsdelikten pönalisiert. Wenn nun aber im Einzelfall eine Bestrafung bei objektiver Ungefährlichkeit der Tathandlung ausscheidet, geschieht dies nicht, weil die abstrakte Gefahr (die es ja gerade nicht gibt) als „Mehr“ des Tatbestandes nicht eingetreten ist, sondern weil in einem Ausnahmefall die als grundsätzlich gefährlich eingestufte Handlung ausnahmsweise ungefährlich war, also das ihr innewohnende Attribut der Gefährlichkeit weggefallen ist. Man muss sich aber im Klaren darüber sein, dass auch in solchen Fällen der Tatbestand voll erfüllt ist und der Strafanspruch des Staates grundsätzlich besteht.<sup>141</sup> Die Tatsache der Nichtbestrafung bei ausnahmsweise bestehender Ungefährlichkeit lässt sich allein mit der gebotenen verfassungskonformen Auslegung der Straftatbestände und einer sich daraus ergebenden notwendigen teleologischen Reduktion begründen. Andere Ergebnisse sind mit dem Schuld- und Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht zu vereinbaren, weil der Fall der Ungefährlichkeit nicht dem gesetzlich vorausgesetzten Verhaltenstypus entspricht.<sup>142</sup>

61

Abschließend sei noch anzumerken, dass der Tatbestand der abstrakten Gefährdungsdelikte allein durch die Vornahme der Tathandlung erfüllt wird. Ob eine Gefährdung eingetreten ist, wird nicht geprüft und eine solche muss gerade auch nicht vom Vorsatz umfasst sein. Daher kann im Ergebnis das Argument der teleologischen Reduktion bei Brandstiftungsdelikten nicht greifen, zumal die Gefährdung in den überwiegenden Fällen vom Täter wohl nie völlig ausge-

62

---

<sup>141</sup> Satzger, NStZ 1998, S. 115

<sup>142</sup> Satzger, NStZ 1998, S. 115

geschlossen werden kann.<sup>143</sup> Wie Satzger treffend formuliert, wertet die gebotene Einschränkung nicht automatisch die abstrakte Gefährlichkeit zum Tatbestandmerkmal auf.<sup>144</sup>

### **(ab) Der tatbestandsmäßige Erfolg in anderen Normen**

#### **• Allgemeines**

63 Als weiteres Argument gegen die h.M. wird angeführt, dass bis zur Gesetzesänderung im Jahre 1975 überwiegend gerade die Ansicht herrschte, bei abstrakten Gefährungsdelikten sei „Ort des tatbestandlichen (!) Erfolges auch der Ort, an dem aus einer abstrakt gefährlichen Handlung eine konkrete Gefahr entstehe“. Deshalb zwingt der neue Gesetzestext auch nicht zu einer anderen Auslegung.<sup>145</sup> Aus diesen Gegebenheiten folge schließlich, dass das Merkmal „zum Tatbestand gehörender Erfolg“ nicht ausgehend von der Begriffsbildung der allgemeinen Tatbestandslehre bestimmt werden dürfe.<sup>146</sup> Mit Hilfe folgender Tatsachen versucht man, zu belegen, warum dies auch sonst (d.h. für abstrakte Gefährungsdelikte) gelten müsse:

64 Zum einen hat der BGH bei abstrakten Gefährungsdelikten einen „zum Tatbestand gehörenden Erfolg“ im Sinne des § 78 a Satz 2 StGB (Verjährungsbeginn) durchaus für möglich gehalten.<sup>147</sup> Er führte dazu aus: „Bei diesen Delikten [§ 326 I StGB, abstraktes Gefährungsdelikt] tritt mit der Begehung zugleich der Erfolg der Tat ein, der in der eingetretenen Gefährdung, nicht in einer aus der Gefährdung möglicherweise später erwachsenden Verletzung besteht“.<sup>148</sup> Zum anderen betont man, dass auch abstrakte Gefährungsdelikte durch Unterlassen begangen werden können, obwohl hier ebenfalls ein „zum Tatbestand

---

<sup>143</sup> Kienle, Int. Strafrecht, S. 51

<sup>144</sup> Satzger, NStZ 1998, S. 115

<sup>145</sup> Zusammenfassend Heinrich, GA 1999, S. 77 (insbes. dort Fn. 34 m.w.N.)

<sup>146</sup> BGH Online „Auschwitzlüge“, CR 2001, S. 261; Sieber, NJW 1999, S. 2072; Heinrich, GA 1999, S. 77; Schwarzenegger, Zeitschrift für Immaterialgüter, Informations- und Wettbewerbsrecht 2001, S. 244

<sup>147</sup> BGHSt 36, S. 257; vgl. dazu Schwarzenegger, Zeitschrift für Immaterialgüter, Informations- und Wettbewerbsrecht 2001, S. 245

<sup>148</sup> BGHSt 36, S. 257; vgl. dazu Vassilaki, CR 2001, S. 263

gehörender Erfolg“ verlangt wird.<sup>149</sup> Im Rahmen von § 13 StGB wird bei den abstrakten Gefährungsdelikten dieser Erfolg in der Tathandlung dieser Delikte gesehen.<sup>150</sup> Lehne man somit einen tatbestandsmäßigen Erfolg bei abstrakten Gefährungsdelikten ab, müsste man konsequenterweise auch die Begehbarkeit durch Unterlassen leugnen. Dies ist aber gerade nicht der Fall. Vielmehr wird die Gegenauffassung weitgehend anerkannt.<sup>151</sup> Schlussendlich spielt der Begriff des tatbestandsmäßigen Erfolges auch noch eine Rolle im Bereich der Kausalität als Korrektiv der zu weiten Äquivalenztheorie, in der Lehre von der zeitlichen Abfolge einer Straftat zur Markierung des Beendigungszeitraums und im Rahmen des § 24 StGB bei der Differenzierung zwischen beendetem und unbeendetem Versuch.<sup>152</sup>

Oberflächlich betrachtet, sprechen die erörterten Argumente also zunächst für die Annahme eines extensiven Erfolgsbegriffes. Jedoch besteht derzeit im Strafrecht gerade kein einheitlicher Erfolgsbegriff.<sup>153</sup> Hingegen wird der Erfolg in den vorhergehend genannten Normen und Themenkomplexen jeweils anders ausgelegt. Die strafrechtlichen Autoren behandeln den Erfolgsbegriff „immer nur in dem jeweiligen kleinen thematischen Kontext, in dem sie sich gerade befinden“, was zu dem Phänomen führt, dass eine Problematisierung des Erfolgsbegriffes an den verschiedensten Stellen im Strafrecht auftaucht, der Erfolg jedoch jedes Mal neu und meist ohne Berücksichtigung bereits gewonnener Erkenntnisse aus anderen Strafrechtsbereichen definiert wird.<sup>154</sup> Als Folge dieser unbefriedigenden Situation muss man im Strafrecht zurzeit hauptsächlich zwischen einem weiten

65

---

<sup>149</sup> Schwarzenegger, Zeitschrift für Immaterialgüter, Informations- und Wettbewerbsrecht 2001, S. 245; Lehle, Erfolgsbegriff, S. 80; Heinrich, GA 1999, S. 77 f. m.w.N. zum Streit der Unterlassungsstrafbarkeit bei abstrakten Gefährungsdelikten; Martin, ZRP 1992, S. 19; Sieber, NJW 1999, S. 2068

<sup>150</sup> Sieber, NJW 1999, S. 2068; Heinrich, GA 1999, S. 77; BGH Online-„Auschwitzlüge“, CR 2001, S. 262

<sup>151</sup> Heinrich, GA 1999, S. 77 m.w.N.; Eser in Schönke/Schröder, § 13 Rn. 3; Schwarzenegger, Zeitschrift für Immaterialgüter, Informations- und Wettbewerbsrecht 2001, S. 245

<sup>152</sup> Hilgendorf, ZStW 2001, S. 668

<sup>153</sup> Puppe in Nomos-Kommentar, Vor § 13 Rn. 67; Hilgendorf, ZStW 2001, S. 672

<sup>154</sup> Lehle, Erfolgsbegriff, S. 55

und einem engen Erfolgsbegriff unterscheiden.<sup>155</sup> Dabei weist grundsätzlich jedes vollendete Delikt einen Erfolg i.w.S. auf, weil dieser schlicht und einfach in der Erfüllung des Tatbestandes liegt. Somit kann die bloße Handlung des Täters dem Erfolg i.w.S. gleichgesetzt werden.<sup>156</sup> Der Erfolg i.e.S. reicht hingegen über die bloße Vornahme der Tatbestandshandlung hinaus. Er ist in einer von der Handlung raum-zeitlich abgrenzbaren Wirkung zu sehen.<sup>157</sup>

66 Über die Gestalt dieser Wirkung und die einzelnen Anforderungen, die an sie zu stellen sind, herrscht großer Streit. Jedoch ist – wie bereits mehrfach dargelegt – in § 9 I StGB von einem engen Erfolgsbegriff auszugehen. Andernfalls hätte sich der Gesetzgeber die eigenständige Erwähnung des Handelns in § 9 I Var. 1 StGB sparen können, da der Erfolgsbegriff diese Variante dann auch immer mit umfasst hätte.<sup>158</sup> Dem ist er aber gerade nicht gefolgt, auch nicht nach der umfassenden Diskussion um den § 9 I StGB im Jahre 1969, bei der die Möglichkeit zu einer entsprechenden Änderung bestand. Nach diesen allgemeinen Ausführungen wird nun anhand einer konkreten Betrachtung des Erfolgsbegriffes in den wichtigsten Themenkomplexen gezeigt, dass im Strafrecht unterschiedliche Erfolgsbegriffe verwendet werden und es daher keineswegs – wie es von der a.A. vertreten wird – zwingend ist, auch im Rahmen von § 9 I StGB von einem weiten Erfolgsbegriff auszugehen.

- **Der Erfolgsbegriff im Rahmen des Versuchs**

67 Zunächst soll der Erfolgsbegriff im Rahmen der Abgrenzung von unbeendetem und beendetem Versuch herangezogen werden. In jüngster Zeit tauchte diese Frage insbesondere im Zusammenhang mit den so genannten „Denkzettelfällen“ auf, bei denen der Täter sein außer-tatbestandmäßiges Handlungsziel erreicht hat und aufgrund dessen

---

<sup>155</sup> Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, S. 260; Hilgendorf, ZStW 2001, S. 668

<sup>156</sup> Lehle, Erfolgsbegriff, S. 56; Hilgendorf, ZStW 2001, S. 668; Martin, Umweltbeeinträchtigungen, S. 21 ff.

<sup>157</sup> Lehle, Erfolgsbegriff, S. 56; Hilgendorf, ZStW 2001, S. 668; Martin, Umweltbeeinträchtigungen, S. 21 ff.

<sup>158</sup> Hilgendorf, ZStW 2001, S. 668

von weiteren tatbestandsmäßigen Handlungen absieht.<sup>159</sup> Zur Verdeutlichung soll das von Lehle angeführte Beispiel dienen, in dem es um einen Täter geht, der das Ziel verfolgt, einem anderen durch Messerstiche einen Denkkzettel zu verpassen, und dabei zugleich bedingten Tötungsvorsatz aufweist.<sup>160</sup> In diesem Zusammenhang hatte der BGH bei seiner Entscheidung vom 19.5.1993<sup>161</sup> u.a. die Frage zu beantworten, ob der „mit bedingtem Tötungsvorsatz begangene Totschlagsversuch unbeendet und freiwilliger Rücktritt hiervon noch möglich ist, wenn der Täter, der nach der letzten Tathandlung nicht mehr mit dem Tod des Opfers rechnet und von weiteren ihm aber möglichen Tathandlungen allein deshalb absieht, weil er sein Handlungsziel – Verabreichung eines Denkkzettels – erreicht hat.“<sup>162</sup>

Lange war es herrschende Ansicht, dass bei außertatbestandlicher Zielerreichung, also bei einer für den Täter sinnlos gewordenen weiteren Tatausführung, kein Raum für einen strafbefreienden Rücktritt besteht.<sup>163</sup> In der genannten Entscheidung widersprach der Große Senat jedoch dieser h.M. und nahm in den „Denkkzettelfällen“ einen unbeendeten Versuch an. Zur Begründung führte er aus, dass Tat i.S.v. § 24 I StGB nur „die Tat im sachlich-rechtlichen Sinn, also die in den gesetzlichen Straftatbeständen umschriebene tatbestandsmäßige Handlung und der tatbestandsmäßige Erfolg“, sei.<sup>164</sup> Demzufolge beschränke sich beim unbeendeten Versuch der Entschluss, die weitere Tatausführung aufzugeben, nur auf die Verwirklichung der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale. Auf weitergehende, außertatbestandliche Beweggründe, Absichten oder Ziele stelle weder der die Strafbarkeit des Versuchs begründende § 22 StGB noch der den Rücktritt ermöglichende § 24 StGB ab.<sup>165</sup>

68

---

<sup>159</sup> Lehle, Erfolgsbegriff, S. 74

<sup>160</sup> Lehle, Erfolgsbegriff, S. 74 f. m.w.N.

<sup>161</sup> BGHSt 39, S.221 ff.

<sup>162</sup> Lehle Erfolgsbegriff, S. 74 f.; vgl. ferner Kienle, Int. Strafrecht, S. 46 f.

<sup>163</sup> Lehle, Erfolgsbegriff, S. 75; vgl. BGH NSStZ 1990, S. 77 ff. u. NSStZ 1991, S. 127 ff.

<sup>164</sup> BGHSt 39, 230 f. m.V.a. BGHSt 33, S. 144 ff.

<sup>165</sup> Lehle, Erfolgsbegriff, S. 75

69 Als Konsequenz für die Bestimmung eines Erfolgsbegriffes ergibt sich, dass (zumindest für den Bereich des § 24 StGB) die außertatbestandlichen Ziele des Täters nicht unter den Begriff des tatbestandsmäßigen Erfolges fallen. Dies sollte konsequenterweise auch in § 9 I StGB gelten, um der vorhergehend erwähnten Rechtsprechungsansicht nicht zuwiderzulaufen. Auf jeden Fall bestätigt die Diskussion um den Rücktritt die Nichtexistenz eines einheitlichen Erfolgsbegriffes und das Abweichen der verschiedenen Ansichten über seine Definition. Zur Bestimmung des Erfolgsbegriffes im Rahmen von § 9 I StGB ist seine Auslegung im Rahmen der Denkkettelfälle daher nur bedingt brauchbar.

- **Der Erfolgsbegriff im Rahmen der Unterlassungsdelikte**

70 Wie bereits erwähnt, ist der Erfolgsbegriff zudem im Rahmen von § 13 StGB relevant. Aber auch hier besteht alles andere als Einigkeit über seine Auslegung. Im Wesentlichen werden in diesem Zusammenhang drei Ansichten vertreten: Zum einen legt man den Erfolg „eng“ in dem Sinne aus, dass nur Erfolgsdelikte einen Erfolg i.S.v. § 13 StGB aufweisen.<sup>166</sup> Dem steht die „extensive“ Auslegung des Erfolgsbegriffs gegenüber, welche diesen im Rahmen des § 13 StGB großzügiger bestimmt als die allgemeine Tatbestandslehre, die lediglich die Erfolgsdelikte und die schlichten Tätigkeitsdelikte vergleicht.<sup>167</sup> Hiernach ist bei § 13 StGB „nämlich nicht nur ein Erfolg in Gestalt eines auf das Täterverhalten folgenden und von diesem raumzeitlich abgrenzbaren Ereignisses in der Außenwelt erforderlich“.<sup>168</sup> Vielmehr ist als Erfolg bereits jede Wirkung anzusehen, die von dem tatbestandlichen Ereignis ausgeht, dessen Abwendung der Garant unterlässt.<sup>169</sup> Schließlich soll nach der vermittelnden Ansicht allein die sprachliche Auslegung des jeweiligen Tatbestandes entscheiden, ob ein abstraktes Gefährdungsdelikt oder auch ein schlichtes Tätigkeitsdelikt durch Unterlassen begangen werden können. Die Existenz eines

---

<sup>166</sup> Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, S. 605; Ebert, Strafrecht AT, S. 175; Rudolphi in SK-StGB, § 13 Rn. 14

<sup>167</sup> Lehle, Erfolgsbegriff, S. 77 f. m.w.N.; Eser in Schönke/Schröder, § 13 Rn. 3

<sup>168</sup> Lehle, Erfolgsbegriff, S. 78

<sup>169</sup> Lehle, Erfolgsbegriff, S. 78 m.w.N.

einheitlichen Erfolgsbegriffes wird hiernach verneint, was aber wiederum den Bestrebungen nach seiner Vereinheitlichung im Strafrecht zuwider läuft.<sup>170</sup>

Die Ausführungen zeigen, dass das Argument der Möglichkeit einer Unterlassungsstrafbarkeit bei abstrakten Gefährdungsdelikten keineswegs zwingt, den weiten Erfolgsbegriff bei § 9 I StGB ebenfalls anzuwenden. Dafür besteht viel zu viel Uneinigkeit und Unklarheit über den Inhalt des Erfolges im Rahmen des § 13 StGB. Aufgrund des Fehlens einer einheitlichen Erfolgsdefinition in allen Bereichen des Strafrechts ist es möglich, dass der Erfolgsbegriff im Rahmen des § 13 StGB weiter reicht als der in § 9 I StGB und daher auch abstrakte Gefährnungsdelikte in seinen Anwendungsbereich fallen, während dies bei § 9 I StGB gleichzeitig ausgeschlossen ist. Schließlich ist auch noch anzumerken, dass § 9 StGB älter ist als § 13 StGB. Das bedeutet, dass der „Erfolg“ i.S.d. § 9 I StGB nicht in Anlehnung an § 13 StGB ausgelegt werden kann. Allenfalls bleibt ein solches Vorgehen in umgekehrter Weise möglich.

71

#### • **Fazit**

Bereits die eben genannten Beispiele zeigen deutlich, dass im Strafrecht kein einheitlicher Erfolgsbegriff<sup>171</sup> angewendet wird. Daher muss die Auslegungsweise innerhalb eines bestimmten Normenkomplexes oder Themengebietes nicht zwingend für andere Vorschriften oder im Speziellen für die Auslegung im Rahmen des § 9 I StGB sein.

72

#### **(ac) Widerspruch zur mat. Vorverlagerung der Strafbarkeit**

Weiterhin wird gegen eine „enge Auslegung“ des Erfolgsbegriffs in § 9 I StGB – wie sie die h.M. favorisiert – vorgebracht, dass auch bei abstrakten Gefährnungsdelikten trotz der Pönalisierung einer Handlung im Hintergrund ein Rechtsgut steht, das vom Gesetzgeber für besonders schützenswert angesehen wurde. Aufgrund dieser erhöhten Schutzwürdigkeit hat man auf das Erfordernis einer Verletzung

73

---

<sup>170</sup> Lehle, Erfolgsbegriff, S. 78; Geidies, NJW 1989, S. 821 f.

<sup>171</sup> Vgl. zum Erfolgsbegriff im Allgemeinen Hilgendorf, GA 1995, S. 515 ff.; Puppe in Nomos-Kommentar, Vor § 13 Rn. 67 f.

– also auf eine Außenweltsveränderung – gerade verzichtet. Nach Ansicht der Gegenmeinung liefe ein Beharren auf einer Außenweltsveränderung diesem erhöhten Schutzzweck zuwider.<sup>172</sup> Außerdem werde ja auch bei konkreten Gefährungsdelikten gerade auf eine solche Veränderung nicht zwingend abgestellt und dennoch ein tatbestandsmäßiger Erfolg bejaht.<sup>173</sup> Nach dieser Position besteht also der Unterschied der abstrakten Gefährungsdelikte zu den konkreten nur darin, dass der Grad der Gefährdung niedriger ist.<sup>174</sup> Beide Annahmen entsprechen aber – wie bereits unter Kapitel 1, Punkt B.I. 4b.ad.(2).iii.(e).(aa) ausführlich dargelegt – nicht der Realität.

74       Gegen den angeblichen Widerspruch zur Vorverlagerung der Strafbarkeit ist weiter zu sagen, dass bei der Schaffung von abstrakten Gefährungsdelikten hauptsächlich eine materielle Ausdehnung der Strafbarkeit im Inland bezweckt wurde, um dem hohen Gefährdungspotential gewisser Handlungen gerecht zu werden. Zwar hat die Vorverlagerung der Strafbarkeit bei abstrakten Gefährungsdelikten tatsächlich in vielen Fällen die Unanwendbarkeit des deutschen Strafrechts zur Folge. Allerdings war nunmal eine räumliche Ausdehnung nicht der Zweck der Schaffung der in Frage stehenden Delikte. Diese Beschränkung wurde vielmehr zugunsten eines erhöhten Schutzes im Inland in Kauf genommen.<sup>175</sup>

75       Schließlich ändert die Vorverlagerung der Strafbarkeit nicht die Gesetzeslage und somit das Erfordernis eines tatbestandlichen Erfolges. „De lege lata entscheiden eben in erster Linie die §§ 3, 9 I StGB über die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts“.<sup>176</sup> Satzger beschreibt dies folgendermaßen: „Eine allgemeine Parallelität von mate-

---

<sup>172</sup> Heinrich, GA 1999, S. 78; Schwarzenegger, Zeitschrift für Immaterialgüter, Informations- und Wettbewerbsrecht 2001, S. 247; Martin, ZRP 1992, S. 20; Tiedemann/Kindhäuser, NStZ 1988, S. 346; Jofer, Strafverfolgung, S. 107

<sup>173</sup> Heinrich, GA 1999, S. 78

<sup>174</sup> Jofer, Strafverfolgung, S. 105; Martin, ZRP 1992, S. 20 (dort Fn. 18); Schwarzenegger, Zeitschrift für Immaterialgüter, Informations- und Wettbewerbsrecht 2001, S. 247; Heinrich, GA 1999, S. 78; Lehle, Erfolgsbegriff, S. 101

<sup>175</sup> Kienle, Internationales Strafrecht, S. 51; Satzger, NStZ 1998, S. 115 f.; a.A. Martin, ZRP 1992, S. 21; Jofer, Strafverfolgung, S. 107

<sup>176</sup> Satzger, NStZ 1998, S. 116

rieller und räumlicher Erstreckung der Strafbarkeit nach der Regel: je näher die Orientierung des tatbestandsmäßigen Erfolgs an einer Verletzung, desto enger der Anwendungsbereich des StGB, bzw. umgekehrt, je abstrakter der Erfolg, desto weiter dieser Anwendungsbereich kann keine allgemeine, unbegrenzte Geltung beanspruchen“.<sup>177</sup> Möchte der Gesetzgeber eine räumliche Ausdehnung für gewisse Delikte, müsste er diese als Erfolgs- oder konkrete Gefährdungsdelikte ausgestalten. Keinesfalls darf aber der Wunsch nach einer umfassenden deutschen Jurisdiktion für abstrakte Gefährdungsdelikte die rechtlichen Gegebenheiten missachten. Im Übrigen kann sich bei diesen Delikten eine Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts dogmatisch einwandfrei ebenfalls aus anderen Prinzipien ergeben, weshalb im Ergebnis auch das hier erläuterte Argument die h.M. nicht ins Wanken bringen kann.

#### **(ad) Tatsächliche Bedenken**

Wirkliche Bedenken gegen den Verzicht auf einen tatbestandsmäßigen Erfolg bei den abstrakten Gefährdungsdelikten ergeben sich lediglich aus der nicht immer einheitlich erfolgenden und dem Wandel der Ansichten unterliegenden Einteilung der einzelnen Delikte in die verschiedenen Deliktskategorien. So mag eine Norm, die man heute noch als abstraktes Gefährdungsdelikt einstuft, in Zukunft als konkretes Gefährdungsdelikt gesehen werden.<sup>178</sup> Die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts hängt daher im Moment von der (mehr oder weniger zufälligen) Einteilung der Delikte in bestimmte Kategorien ab, was offensichtlich kein wünschenswerter Zustand ist. Daher wird eine Initiative seitens des Gesetzgebers zur Behebung dieses Missstandes immer dringender. Es müssen klare und verständliche Regelungen bzgl. des Strafanwendungsrechts geschaffen werden, die dieser Rechtsunsicherheit vorbeugen bzw. sie beheben.

76

---

<sup>177</sup> Satzger, NStZ 1998, S. 116; a.A. Martin, ZRP 1992, S. 21

<sup>178</sup> Wie z.B. bei der Umgestaltung des § 130; vgl. Lenckner in Schönke/Schröder, § 130 Rn 1, 5

*(f) Kritik / Stellungnahme zu den anderen Ansichten*

77 Vorhergehend wurden bereits einige Argumente gegen die verschiedenen die h.M. ablehnenden Meinungen dargestellt. An dieser Stelle soll lediglich noch darauf hingewiesen werden, dass die bereits erörterten Ansichten, nach denen es eines tatbestandlichen Erfolges bei den abstrakten Gefährdungsdelikten bedarf, nicht mit der Grundkonzeption des StGB zu vereinbaren sind. Hier nur ein einzelnes, diese Annahme belegendes Beispiel: So wird bzgl. der in §§ 153 ff. StGB beschriebenen abstrakten Gefährdungsdelikte in § 5 Nr. 10 StGB bestimmt, dass das deutsche Strafrecht „unabhängig vom Recht des Tatortes“ gilt. Hätten also die abstrakten Gefährdungsdelikte einen zum Tatbestand gehörenden Erfolg, wäre diese Regelung überflüssig.<sup>179</sup> Es lässt sich somit festhalten, dass nach dem vorher Gesagten abstrakte Gefährdungsdelikte keinen zum Tatbestand gehörenden Erfolg aufweisen und daher grundsätzlich nur der Handlungsort für die Bestimmung des Tatortes i.S.v. § 3 StGB ausschlaggebend ist.

**ae. Zwischenergebnis**

78 Die Ausführungen ergaben, dass die Voraussetzungen für eine teleologische Reduktion im Rahmen des § 9 I StGB nicht gegeben sind, weil dieser im Hinblick auf die Internetkriminalität „gar nicht zu jener extremen Ausweitung des Anwendungsbereiches des deutschen Strafrechts führt, die von der bislang herrschenden Meinung im Computerstrafrecht angenommen wird“.<sup>180</sup> Denkbar ist allenfalls eine teleologische Reduktion im Bereich der Erfolgs- und konkreten Gefährnungsdelikte.<sup>181</sup> Diese Thematik darf jedoch mangels Relevanz für das Thema dieser Arbeit dahinstehen.

**5. Gesamtergebnis**

79 Da nach der hier vertretenen Ansicht abstrakte Gefährnungsdelikte keinen zum Tatbestand gehörenden Erfolg i.S.v. § 9 I StGB und somit keinen Erfolgsort aufweisen, kann eine Bestimmung des Begeh-

---

<sup>179</sup> Satzger, NStZ 1998, S. 116

<sup>180</sup> Hilgendorf, NJW 1997, S. 1875

<sup>181</sup> Dazu Hilgendorf, NJW 1997, S. 1876 m.w.N.

ungsortes bei § 184 StGB gem. § 3 StGB lediglich über den Ort der Tathandlung erfolgen. Weitere Anknüpfungspunkte für eine Strafbarkeit können sich aber aus den übrigen im Anschluss darzustellenden Prinzipien des Internationalen Strafrechts ergeben. Für die Fälle, in denen sich – auch wenn es vielleicht wünschenswert wäre – keine Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts begründen lässt, muss man auf die Strafverfolgungssysteme anderer Staaten vertrauen. Keinesfalls darf jedoch aus den bereits dargelegten Gründen die eigene Strafgewalt willkürlich ausgedehnt werden.

## **II. Das Schutzprinzip**

Neben dem Territorialitätsprinzip kommt zur Begründung der deutschen Strafbarkeit bei Internetstraftaten weiterhin das Schutzprinzip in Betracht. Dieses bezweckt die Erstreckung des inländischen Strafrechts auf solche Taten, die unabhängig von ihrem Begehungsort und der Nationalität des Täters inländische Rechtsgüter des Staates (Staatsschutzprinzip) oder Individualrechtsgüter (Individualschutzprinzip) gefährden oder verletzen. Damit sollen also solche Taten vom deutschen Strafrecht erfasst werden, die im Ausland von einem Ausländer begangen werden und sich gegen Rechtsgüter im Inland richten.<sup>182</sup>

80

### **1. Das Staatsschutzprinzip**

Im Rahmen des Staatsschutzprinzips geht es um den Schutz der Rechtsgüter des Staates selbst. Sie werden katalogartig durch § 5 Nr. 1, 2, 3b, 4, 5a, 10, 11 und 12-14 StGB erfasst. Seine innere Berechtigung erfährt der Schutzgrundsatz daraus, dass der Täter selbst eine Beziehung zur Strafgewalt des betroffenen Staates hergestellt hat und sich dieser Staat nur durch seine eigene Strafgewalt gegen Angriffe von Ausländern aus dem Ausland wehren kann, da das ausländische Strafrecht ihm diesen Schutz in der Regel nicht gewährt.<sup>183</sup> Da aber im Rahmen des Staatsschutzprinzips nur die in § 5 StGB genannten staat-

81

---

<sup>182</sup> Kienle, Int. Strafrecht, S. 30; Gribbohm in LK-StGB, Vor § 3 Rn. 129; vgl. BGHSt 34, S. 339

<sup>183</sup> Gribbohm in LK-StGB, Vor § 3 Rn. 129; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, S. 169

lichen Rechtsgüter geschützt werden, hilft dieser Grundsatz bei der Begründung einer inländischen Strafgewalt im Zusammenhang mit Kinderpornografie im Internet nicht weiter.

## 2. Das Individualschutzprinzip

82 Das völkerrechtlich anerkannte<sup>184</sup> Individualschutzprinzip (auch **Passives Personalitätsprinzip**) bezweckt hingegen nicht den Schutz staatlicher Rechtsgüter, sondern den Schutz der eigenen Staatsangehörigen im Ausland.<sup>185</sup> Ausgangsüberlegung ist, dass ausländische Staaten möglicherweise die sich auf ihrem Staatsgebiet aufhaltenden Ausländer (in dem Fall Deutsche) nicht in dem Maße strafrechtlich schützen, wie es geboten wäre.<sup>186</sup> Als Folge kommt für alle gegenüber Inländern begangenen Taten – unabhängig von Tatort und Nationalität des Täters – deutsches Strafrecht zur Anwendung. Normadressaten sind also keine Inländer, sondern in erster Linie Ausländer. Um einen Verstoß gegen das völkerrechtliche Missbrauchsverbot zu vermeiden, muss eine Einschränkung dieses Prinzips erfolgen. Dem wird man durch das „Erfordernis der identischen Norm“ gerecht, wonach die zu ahndende Tat auch nach dem Tatortrecht strafbar sein muss.<sup>187</sup> Allerdings gilt dies in Bezug auf § 5 StGB nicht, der ja gerade die vom Tatortrecht unabhängige Anwendbarkeit des Strafrechts bei bestimmten gegen Deutsche gerichteten Straftaten bestimmt. Im Übrigen wird im deutschen Strafrecht das Erfordernis der identischen Norm durch § 7 I StGB gesichert und beachtet. Ausprägungen dieses Prinzips finden sich zudem in § 5 Nr. 7 und 8 a StGB. Doch hilft auch dies nicht weiter, wenn es darum geht, die „Verbreitung“ bzw. Vermarktung von Kinderpornografie über das Internet unter deutsches Strafrecht zu stellen. Die in Frage kommenden Delikte sind abschließend aufgezählt und § 184 StGB wird nicht erwähnt. Auf die Bestrafung des Missbrauchs kommt es insofern an dieser Stelle nicht an. Lediglich beim

---

<sup>184</sup> Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, S. 169; Kienle, Int. Strafrecht, S. 31; vgl. einschränkend Oehler, Int. Strafrecht, Rn. 665 ff. m.w.N., BGHSt 34, S. 339

<sup>185</sup> Kienle, Int. Strafrecht, S. 31

<sup>186</sup> Kienle, Int. Strafrecht, S. 31; Gribbohm in LK-StGB, Vor § 3 Rn. 130

<sup>187</sup> Gribbohm in LK-StGB, Vor § 3 Rn. 130; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, S. 170

Vorliegen der Voraussetzungen des § 7 I StGB kann in Bezug auf Verbreitung von Kinderpornografie die Anwendung des deutschen Strafrechts aufgrund des passiven Personalitätsprinzips möglich werden.

### III. Das aktive Personalitätsprinzip

Als nächster Anknüpfungspunkt für die Annahme einer Strafbarkeit nach deutschem Recht bei Kinderpornografie im Internet kommt das aktive Personalitätsprinzip in Betracht. Nach diesem darf ein Staat Handlungen eigener Staatsangehöriger der eigenen Strafgewalt unterwerfen, egal ob sie im Inland oder Ausland begangen worden sind.<sup>188</sup> Dieses Prinzip ist der historisch älteste Anknüpfungspunkt des internationalen Strafrechts, da nach früherer Rechtsauffassung der rechtliche Status eines Menschen durch seine jeweilige Stammeszugehörigkeit bestimmt wird und v.a. auch ständig daran gebunden bleibt („leges ossibus inhaerent“).<sup>189</sup> Dagegen liegt dem aktiven Personalitätsprinzip heute vordergründig der Gedanke der Solidarität zugrunde, wonach der Heimatstaat eines Straftäters es nicht zulassen darf, dass dieser im Ausland Straftaten begeht und sich anschließend ungestraft in sein Land zurückziehen kann (eingeschränkter aktiver Personalitätsgrundsatz).<sup>190</sup> Das Bestehen einer identischen Norm ist aber im Gegensatz zum passiven Personalitätsprinzip keine zwingende Voraussetzung, wenn das Verhalten nur nach deutschem Recht strafbar bleibt. Allerdings kann auf der anderen Seite ein Staat seinen Staatsangehörigen auch kein Verhalten aufzwingen, welches den Normen des ausländischen Aufenthaltsortes widerspräche. Daher kann jenes Prinzip unanwendbar sein, „wenn die Tat wegen der besonderen Verhältnisse am Tatort kein strafwürdiges Unrecht ist“ (§ 3 II a.F. StGB).<sup>191</sup> Die Zulässigkeit dieses Prinzips gilt als völkerrechtlich an-

83

---

<sup>188</sup> Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, S. 169; Kienle, Int. Strafrecht, S. 32

<sup>189</sup> Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, S. 169

<sup>190</sup> Grübbohm in LK-StGB, Vor § 3 Rn. 132; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, S. 169; Kienle, Int. Strafrecht, S. 32

<sup>191</sup> Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, S. 169

erkannt.<sup>192</sup> Da das aktive Personalitätsprinzip nur in wenigen Fällen und in eingeschränkter Form vorgesehen ist (§ 5 Nr. 3 a, 5 b, 8, 9, 12, 14 a, 15 StGB), hat es für die Verfolgung von Straftaten die Kinderpornografie via Internet betreffend kaum Bedeutung. Lediglich seine Ausprägung in dem selbständig neben §§ 4-6 StGB stehenden und diese Normen ergänzenden § 7 II Nr. 1 StGB kann hilfreich bei der Strafverfolgung sein, da dort bestimmt wird, dass das deutsche Strafrecht auf Auslandstaaten anwendbar ist, sofern es sich bei dem Täter um einen Deutschen gehandelt hat und die Tat am Tatort mit Strafe bedroht ist oder keiner Strafgewalt unterliegt.<sup>193</sup>

## IV. Das Weltrechtsprinzip – § 6 StGB

### 1. Allgemeines

84        Letzter möglicher Anknüpfungspunkt für die Begründung einer deutschen Strafgewalt für Auslandstaaten bildet das in § 6 StGB verankerte Weltrechtsprinzip (auch **Universalprinzip**), welches besagt, dass das inländische Strafrecht auch für solche Taten gilt, durch die gemeinsame, in allen Kulturstaaten anerkannte Rechtsgüter verletzt werden, gleichgültig, wer sie begeht oder wo und gegen wen sie begangen werden.<sup>194</sup> Anders als bei § 5 StGB geht es in § 6 Nr. 1 – 9 also um den Schutz der dort abschließend aufgezählten **internationalen** Rechtsgüter, welche vielfach besondere – aufgrund internationaler Abkommen eingegangene – Strafpflichten betreffen und nach Meinung des Gesetzgebers kulturell anerkannt sind. Danach entspricht es einem Gebot der Solidarität, diese auch mittels der deutschen Strafgewalt zu schützen.<sup>195</sup>

---

<sup>192</sup> Gribbohm in LK-StGB, Vor § 3 Rn. 133; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, S. 169; Oehler, Int. Strafrecht, S. 443 ff.; Schröder, JZ 1968, S. 241; Rosswog, Vereinbarkeit mit dem Völkerrecht, S. 66

<sup>193</sup> Vgl. hierzu ausführlich Tröndle/Fischer, StGB, § 7 Rn. 1 ff.; Eser in Schönke/Schröder, StGB, § 7 Rn. 1 ff.

<sup>194</sup> Gribbohm in LK-StGB, Vor § 3 Rn. 135; Roggemann, Int. Strafrecht, S. 29 f.; Ipsen, Völkerrecht, § 38 Rn. 7; Kienle, Int. Strafrecht, S. 33

<sup>195</sup> Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, S. 170; Kienle, Int. Strafrecht, S. 33; Gribbohm in LK-StGB, § 6 Rn. 4 ff.; Oehler, Int. Strafrecht, S. 147

In seiner jetzigen Fassung<sup>196</sup> enthält § 6 in der Nummer 6 die Verbreitung „harter“ Pornografie, sodass bei der Verbreitung von kinderpornografischen Schriften über das Internet grundsätzlich das deutsche Strafrecht anwendbar ist.<sup>197</sup> Da aber die Heranziehung des Weltrechtsprinzips in der Regel gegen das völkerrechtliche Nichteinmischungsverbot verstößt, stellt sich die Frage, ob hierfür eine tatsächliche Legitimation besteht.<sup>198</sup> Eine solche kann sich – wie schon erwähnt – aus völkerrechtlichen Verträgen und zwischenstaatlichen Abkommen ergeben, wobei zu beachten ist, dass diese wiederum nur zwischen den unterzeichnenden Staaten Geltung beanspruchen können. Eine autonome Vindikation durch einen Einzelstaat vermag demzufolge nicht, die Anwendbarkeit des Weltrechtsgrundsatzes zu begründen.<sup>199</sup>

## 2. Formelle Legitimation

Im Hinblick auf die völkerrechtliche Legitimation zeigt sich bei § 6 Nr. 6 StGB folgendes Bild: Durch das Abkommen zur Bekämpfung der Verbreitung unzüchtiger Veröffentlichungen vom 4.5.1910<sup>200</sup> und die internationalen Übereinkommen zur Bekämpfung der Verbreitung und des Vertriebs unzüchtiger Veröffentlichungen vom 12.9.1923<sup>201</sup> hatte sich Deutschland völkerrechtlich in dem Sinne gebunden, dass es verpflichtet war, alles Erdenkliche zur Bekämpfung der Verbreitung der genannten Materialien zu unternehmen.<sup>202</sup> Obwohl Deutschland eine zum 25.1.1975 wirksam gewordene Kündi-

---

<sup>196</sup> Vgl. zur historischen Entwicklung ausführlich Oehler, Int. Strafrecht, S. 148, 519 ff.; Gribbohm in LK- StGB, § 6 Rn. 1 ff.; Zieher, Int. Strafrecht, S. 159 f.

<sup>197</sup> Vgl. auch Schreibauer, Pornographieverbot, S. 95, der außerdem zur Frage Stellung nimmt, ob es angebracht erscheint, auch die Sodomiepornografie vom Weltrechtsprinzip zu erfassen; kritisch Merkel, in Aufgeklärte Kriminalpolitik, S. 243, der § 6 Nr. 2 (soweit nicht-nukleare Sprengstoffverbrechen in Frage stehen), 5, 6 und 8 für unvereinbar mit geltendem Völkerrecht hält

<sup>198</sup> Vgl. Oehler, Int. Strafrecht, S. 148

<sup>199</sup> Gribbohm in LK-StGB, § 6 Rn. 19

<sup>200</sup> RGBL. 1911, S. 209

<sup>201</sup> RGBL. 1925 II, S. 289

<sup>202</sup> Vgl. Art. I des Abkommens vom 12.9.1923; Zieher, Int. Strafrecht, S. 159; Gribbohm in LK-StGB, § 6 Rn. 48

gung beider Abkommen aussprach,<sup>203</sup> bleibt die Tatsache bestehen, dass die Verbreitung pornografischer Schriften in (wenn auch für Deutschland nicht mehr gültigen) zwischenstaatlichen Übereinkommen bereits als internationales Delikt anerkannt worden ist. Da sich § 6 Nr. 6 zudem nur auf die harte Pornografie bezieht, kann die Einführung des Weltrechtsprinzips insoweit nicht als generell unzulässig beanstandet werden.<sup>204</sup>

87 Dennoch bleiben Zweifel, ob dies als Legitimation für eine umfassende Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts ausreicht, zumal diese Verträge ausschließlich vom Territorialitätsprinzip und dem aktiven Personalitätsprinzip ausgingen und nicht von einer Zugrundelegung des Weltrechtsgrundsatzes.<sup>205</sup> Allerdings können Staaten in der Regel auch ohne ausdrückliche Ermächtigungsnorm aufgrund eines internationalen Abkommens zur Verfolgung von internationalen Delikten kraft Völkergewohnheitsrechts oder aufgrund internationaler Verträge berechtigt sein, da der staatlichen Kompetenz-Kompetenz zur Regelung des eigenen internationalen Strafrechts grundsätzliche Verbote des Völkergewohnheitsrechts nicht entgegenstehen.<sup>206</sup> Dennoch erscheint es im Ergebnis als dringend geboten, von § 6 Nr. 6 zurückhaltenden Gebrauch zu machen und auf die Interessen der anderen Staaten gebührende Rücksicht zu nehmen. Keinesfalls darf es zu einer willkürlichen Handhabung kommen. Vielmehr sollte vorrangig auf die übrigen Prinzipien des internationalen Strafrechts zurückgegriffen werden, sofern sie bei der Verbreitung von Kinderpornografie anwendbar sind.<sup>207</sup>

---

<sup>203</sup> BGBl. 1974 II, S. 912

<sup>204</sup> Gribbohm in LK-StGB, § 6 Rn. 49; a.A. Zieher, Int. Strafrecht, S. 159 ff.; Merkel, in Aufgeklärte Kriminalpolitik, S. 243

<sup>205</sup> Zieher, Int. Strafrecht, S. 162; Gribbohm in LK-StGB, § 6 Rn. 48; Merkel, in Aufgeklärte Kriminalpolitik, S. 244 f. m.w.N.

<sup>206</sup> Gribbohm in LK-StGB, § 6 Rn. 14; Kienle, Int. Strafrecht, S. 34; vgl. auch BGHSt 27, S. 32; kritisch Oehler, Int. Strafrecht, Rn. 863 f., 878, 885 ff. und 890

<sup>207</sup> Vgl. Kienle, Int. Strafrecht, S. 34; so wohl auch Merkel, in Aufgeklärte Kriminalpolitik, S. 243

Abschließend sei lediglich noch angemerkt, dass es im Zeitalter des Internet, in dem Täter kinderleicht weltweit aktiv werden und Rechtsgüter verletzen können, nicht mehr – wie von Oehler angenommen<sup>208</sup> – zwingend ausgeschlossen ist, dass ein Täter, der sich z.B. wegen Verbreitung von Kinderpornografie im Ausland strafbar gemacht hat, bei Betreten des Bundesgebietes wegen dieser Auslandsstat bestraft wird. Eine Gefährdung eigener, international zu schützender Rechtsgüter des deutschen Staates bleibt nämlich nicht mehr von vornherein auszuschließen, da ein physischer Inlandsaufenthalt des Täters bei Deliktsbegehung via Internet nicht mehr erforderlich ist. Oehler kann aber insofern gefolgt werden, dass es seltsam anmutete, wenn etwa Deutschland die Strafgewalt über ein in den USA verübtes Sprengstoffverbrechen beanspruchte, sobald der Täter seinen Fuß auf deutschen Boden setzt.<sup>209</sup>

### 3. Materielle Legitimation

Nachdem es gemäß den obigen Ausführungen keine gesicherte und unumstrittene formelle Legitimation des Weltrechtsprinzips in Bezug auf Delikte nach § 184 III und IV StGB gibt, ist der Blick nunmehr auf eine materielle Legitimation zu richten. Ansatzpunkt dieser Legitimation ist die gleichartige Gefährlichkeit des Täters für alle Staaten, denn er bedroht die universell zu schützenden Rechtsgüter unabhängig von seinem Aufenthaltsort. Daraus schlussfolgert man die Kompetenz des Ergreifungsstaates zur Strafverfolgung nach nationalem Recht ohne Rücksicht auf eine Auslieferungsmöglichkeit oder das Tatortrecht.<sup>210</sup> Fraglich bleibt jedoch insoweit, ob sich hieraus eine uneingeschränkte Geltung des Weltrechtsgrundsatzes ergibt. So hat z.B. der BGH für § 6 Nr. 1 StGB a.F. im April 1999 klargestellt, dass es über die entsprechende Norm hinaus „eines zusätzlichen legitimierenden Anknüpfungspunktes im Einzelfall, der einen unmittelbaren Bezug der Strafverfolgung zum Inland herstellt“, bedürfe.<sup>211</sup> Aller-

---

<sup>208</sup> Oehler, Int. Strafrecht, Rn. 898

<sup>209</sup> Oehler, Int. Strafrecht, Rn. 898; so auch Hilgendorf, JR 2002, S. 83

<sup>210</sup> Vgl. Oehler, Int. Strafrecht, Rn. 895; Buergenthal, Völkerrecht, S. 155

<sup>211</sup> BGHSt 45, S. 66

dings verzichtet er auf einen solchen Bezug bei Delikten nach § 6 I Nr. 9 StGB in seinem Völkermord-Urteil vom 21.2. 2001.<sup>212</sup>

90 Teile der Literatur lehnen das Erfordernis des besonderen Anknüpfungspunktes ebenfalls in Bezug auf die Nummern 2 – 8 ab, weil sich aus dem Völkerrecht strafbewehrte Verpflichtungen ergäben, die gegenüber der gesamten Universalgemeinschaft bestehen, sodass der eingreifende Staat im Interesse aller Staaten tätig werde und ein Verstoß gegen das Nichteinmischungsprinzip nicht gegeben sein könne.<sup>213</sup> So seien Eingriffe in einem fremden Hoheitsbereich zum Schutz grundlegender Menschenrechte keine Einmischung in fremde innerstaatliche Angelegenheiten. Zudem bestünde die Besonderheit des Weltrechtsprinzips gerade darin, von der grundsätzlichen Voraussetzung eines inländischen Anknüpfungspunktes abzusehen.<sup>214</sup> Insbesondere Werle ist der Auffassung, dass ein derartiges Erfordernis mit dem heutigen Stand des Völkerstrafrechts nicht mehr vereinbar sei, denn der „Konflikt zwischen dem Menschenrechtsschutz und staatlicher Souveränität“ würde ansonsten einseitig zugunsten der Staatsräson gelöst.<sup>215</sup>

#### **4. Stellungnahme und Ergebnis**

91 Es lässt sich bei näherer Betrachtung des § 6 Nr. 6 StGB feststellen, dass sowohl die formelle als auch die materielle Legitimation auf wackeligen Beinen steht und nicht als gefestigt und unumstritten bezeichnet werden kann. Zudem besteht eine Diskussion über die Notwendigkeit eines spezifischen sinnvollen Anknüpfungspunktes. Ein solches Erfordernis ist dem Wortlaut der Norm nicht zu entnehmen, was den Schluss nahe legt, dass es darauf tatsächlich nicht ankommen soll. Schließlich ist es gerade der Gesetzeszweck, Straftaten gegen universelle Interessen aller Völker unabhängig von Tatort etc. zu ahnden.<sup>216</sup> Auch die bestehenden völkerrechtlichen Abkommen sehen

---

<sup>212</sup> BGH, JR 2002, S. 79 mit Anm. Hilgendorf, S. 83

<sup>213</sup> Ambos, NStZ 1999, S. 405; ders., ZStW 1999, S. 175 ff. und 192 ff.; Lüder, NJW 2000, S. 270

<sup>214</sup> Ambos, NStZ 1999, S. 405

<sup>215</sup> Werle, JZ 2000, S. 759

<sup>216</sup> Vgl. Hilgendorf, JR 2002, S. 83

keine entsprechenden Einschränkungen vor.<sup>217</sup> Jedoch darf nicht bestritten werden, dass ein gleichrangiger Anspruch aller Staaten zur Ahndung internationaler Verbrechen nicht bestehen kann, weil dies sowohl politisch als auch völkerrechtlich äußerst problematisch wäre, wenn die direkt betroffenen Länder diese Taten verfolgen könnten und das auch beabsichtigten.<sup>218</sup> Somit endet die Strafzuständigkeit grundsätzlich zunächst an den Ländergrenzen und es bleibt die Reaktion des „Tatortlandes“ auf die Tat abzuwarten, bevor eventuelle eigene Maßnahmen ergriffen werden dürfen.<sup>219</sup>

Abschließend darf auch die Gefahr einer immensen Überlastung und damit Handlungsunfähigkeit der deutschen Strafverfolgungsbehörden nicht übersehen und unterschätzt werden, sofern man eine uneingeschränkte Verfolgungspflicht resultierend aus einer universellen Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts annehmen möchte. Daher sollten in Bezug auf Delikte nach § 6 Nr. 2 – 8 StGB Länder mit dem größten territorialen Bezug primär zur Strafverfolgung berechtigt und verpflichtet sein, während andere Staaten nur subsidiär ahndend tätig werden dürfen.<sup>220</sup> Ein sinnvoller territorialer Anknüpfungspunkt ist demnach bei diesen Delikten zu verlangen. 92

## V. Ergebnis

Die Gesamtschau der einzelnen Prinzipien des internationalen Strafrechts verdeutlicht die dringende Notwendigkeit der Schaffung eindeutiger Normen und die Schließung gültiger internationaler Abkommen<sup>221</sup> zur Beseitigung der bestehenden Unklarheiten bezüglich der Anwendbarkeit des Strafrechts und der daraus entstehenden Mängel bei der Strafverfolgung. 93

---

<sup>217</sup> Vgl. hierzu Weiß, JZ 2002, S. 696 f.

<sup>218</sup> Vgl. hierzu Hilgendorf, JR 2002, S. 83

<sup>219</sup> Ipsen, Völkerrecht, § 42, Rn. 2; Hilgendorf, JR 2002, S. 82

<sup>220</sup> Hilgendorf, JR 2002, S. 83

<sup>221</sup> Siehe hierzu Kapitel 7 zur Cyber-Crime-Convention



## **Kapitel 2: Die Strafnorm – § 184 III - V StGB**

### **A. Grundlagen**

In diesem Kapitel der Arbeit wird eingehend die Strafbarkeit der Kinderpornografie nach dem StGB untersucht. Dabei liegt der Schwerpunkt der Betrachtung auf der Begehungsweise mittels des Internet. Einschlägig ist hier insbesondere § 184 III, IV, V StGB i.V.m. anderen Normen, die im jeweiligen Zusammenhang zu erörtern sind.

94

### **I. Schutzzweck/Schutzgüter**

#### **1. Allgemeines**

Jeder Norm des StGB liegen positive Werturteile über Lebensgüter zugrunde, welche für das Zusammenleben der Menschen in einer Gemeinschaft unentbehrlich sind. Durch die Aufnahme dieser Elementarwerte in den Schutzbereich der Rechtsordnung werden sie zu Rechtsgütern, deren Schutz Aufgabe des Staates ist.<sup>222</sup> Anlässlich des 4. StrRG bestimmte der Gesetzgeber, dass Strafdrohungen nur dann angebracht und zulässig sind, wenn Individual- oder Allgemeinrechtsgüter verletzt bzw. gefährdet werden und ohne eine Strafdrohung nicht hinreichend geschützt werden könnten.<sup>223</sup> Für die Rechtfertigung der Pornografieverbote genügt daher ein bloßer Verstoß gegen herrschende Moralvorstellungen nicht. Notwendig ist vielmehr die Verletzung oder Gefährdung anerkannter Rechtsgüter.<sup>224</sup>

95

Da nicht mehr wie früher das „Sittlichkeitsempfinden der Allgemeinheit“ geschützt wird,<sup>225</sup> ist nachfolgend speziell nach dem „Warum“ des Verbots von Kinderpornografie zu fragen. Dabei steht der Jugendschutz als zentrales Rechtsgut mit Verfassungsrang im Vordergrund.<sup>226</sup> Allerdings gibt dieser vielschichtige und facettenreiche Begriff allein nicht viel Aufschluss darüber, was der Gesetzgeber im Einzelnen mit der Schaffung des § 184 III, IV und V StGB bezweckt hat.

96

---

<sup>222</sup> Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, S. 7

<sup>223</sup> BT-Drs. VI/1552, S. 9, 33; Schreibauer, Pornographieverbot, S. 30

<sup>224</sup> BT-Drs. VI/1552, S. 9, 33; Schreibauer, Pornographieverbot, S. 30

<sup>225</sup> Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, StGB, § 184 Rn. 1

<sup>226</sup> Schroeder in FS Welzel, S. 873; Laubenthal, Sexualstraftaten, Rn. 704; BGH JZ 1990, S. 1137

Der Jugendschutzbegriff bedarf deshalb einer näheren Betrachtung, bei der sich drei Grundgedanken erkennen lassen: 1. der Schutz vor Fehlentwicklungen, 2. der Schutz vor einem sexuellem Missbrauch infolge des Konsums von Kinderpornografie bzw. 3. durch ihre Herstellung.

## 2. Die Entwicklung des Jugendschutzes in § 184 StGB

97 Die Vorschrift des § 184 StGB hat im Laufe der Jahre einige Veränderungen erfahren.<sup>227</sup> An dieser Stelle werden jedoch nur die in Bezug auf den Jugendschutzgedanken einschlägigen Neuerungen überblicksartig dargestellt. So wurde zunächst der die Fälle der einfachen Pornografie regelnde Absatz 1 des § 184 StGB durch das 4. StrRG in Form eines eingeschränkten Verbreitungsverbots liberalisiert.<sup>228</sup> Der Gesetzgeber nahm dabei bewusst in Kauf, dass Jugendliche trotz des umfangreichen Katalogs von Tatbeständen nicht mehr umfassend vor der Konfrontation mit einfacher Pornografie geschützt werden. Bei der harten Pornografie jedoch akzeptierte er dieses Risiko nicht und hielt bei § 184 III StGB an einem absoluten Verbreitungsverbot für jene fest.<sup>229</sup> Lücken im Jugendschutz, die mit einer Freigabe an Erwachsene notwendigerweise verbunden wären, sah man in diesem Bereich als nicht hinnehmbar an.<sup>230</sup>

98 Begründet wurde diese unterschiedliche Beurteilung mit dem voneinander abweichenden Grad der Gefährdung der Jugendlichen bei Kenntnisnahme solcher Inhalte: Beim Konsum einfacher Pornografie schätzte der Gesetzgeber die Gefahren<sup>231</sup> aufgrund der Aussagen der

---

<sup>227</sup> Vgl. eingehend zur Gesetzesgeschichte u.a. Laufhütte in LK-StGB, § 184 vor Rn. 1

<sup>228</sup> Gesetzgeberisches Motiv war die Erwägung, dass angesichts des Fehlens wissenschaftlich gesicherter Erkenntnisse über die Möglichkeit schädlicher Auswirkungen der Pornografie die Freiheit des erwachsenen Bürgers, selbst zu bestimmen, was er lesen oder sehen will, solange Vorrang hat, als die Ermöglichung dieser Selbstbestimmung nicht ernstzunehmende Gefahren für andere Rechtsgüter schafft; vgl. BT-Drs. VI/1552, S. 33

<sup>229</sup> Laubenthal, Sexualstraftaten, Rn. 695

<sup>230</sup> BT/Drs. VI/1552, S. 35; Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, StGB, § 184 Rn. 1

<sup>231</sup> Zusammenfassend zu den befürchteten Auswirkungen: BT/Drs. VI/3521, S. 58

angehörten Wissenschaftler, welche „schädliche Auswirkungen durchweg als in der Regel nicht wahrscheinlich ansahen“, als „überwiegend gering“ ein<sup>232</sup>. Da Entwicklungsgefährdungen jedoch nicht ganz auszuschließen waren,<sup>233</sup> wurde zulässigerweise ein Teilverbot statuiert und der Schutz der Erwachsenen auf Fälle ungewollter Konfrontation beschränkt.<sup>234</sup> Durch das 27. Strafrechtsänderungsgesetz verschärfte man schließlich den Strafrahmen für die Verbreitung von Kinderpornografie und stellte bereits die Verschaffung des Besitzes unter Strafe.

### **3. Der Jugendschutzgedanke im Einzelnen**

#### **a. Schutz vor Fehlentwicklungen**

Wie vorhergehend erwähnt, behielt der Gesetzgeber das absolute Verbreitungsverbot für Kinderpornografie auch nach der Diskussion im Rahmen des 4. StrRG bei. Als Begründung führte er u.a. aus: „Unabhängig davon, ob das in § 184 a StGB bezeichnete Material (also kinderpornografische und sadistische Schriften) kriminalitätsfördernd wirken kann oder nicht, ist die Möglichkeit nicht auszuschließen, dass junge Menschen einschließlich der Heranwachsenden und jungen Erwachsenen in ihrer seelischen Entwicklung und sozialen Orientierung beeinträchtigt werden, wenn ihnen dieses Material infolge einer breiten Streuung leichter zugänglich wird.“<sup>235</sup> Zu diesem Ergebnis kam man, weil in der Wissenschaft überwiegend anerkannt wurde, dass u.a. die Darstellung von Gewalttätigkeiten unter bestimmten Voraussetzungen die befürchteten Wirkungen hat. Zwar bezogen sich die angesprochenen Untersuchungen nicht durchweg auf pornografische Gewalttätigkeiten, jedoch ging man richtigerweise davon aus, dass „der pornographische Rahmen einer solchen Darstellung die Gefahr nicht mindert, sondern eher erhöht“.<sup>236</sup>

99

---

<sup>232</sup> Laufhütte in LK-StGB, § 184 Rn. 1; Schreibauer, Pornographieverbot, S. 31; zusammenfassend: BT-Dr. VI/3521, S. 58

<sup>233</sup> Laufhütte in LK-StGB, § 184 Rn. 1

<sup>234</sup> Laufhütte in LK-StGB, § 184 Rn. 1

<sup>235</sup> Regierungsentwurf, S. 35 = BT-Dr. VI/1552, S. 34 f.; vgl. auch Ilg, Selbstbestimmung, S. 93; Schroeder, Pornographie, S. 10

<sup>236</sup> BT-Drs. VI/1552, S. 35

In Bezug auf den Konsum einfacher Pornografie kamen die nachfolgend aufzuzählenden Wirkungen zur Sprache, welche aber nur von einer Minderheit der Sachverständigen für erwiesen bzw. wahrscheinlich gehalten wurden. Sie decken sich jedoch überwiegend mit den befürchteten Wirkungen kinderpornografischer Materialien und werden anders als bei der einfachen Pornografie hier für sehr wahrscheinlich gehalten.<sup>237</sup> Daher sollen sie an dieser Stelle genannt werden. Gemeint sind:

- *die Herabsetzung der sexuellen Kontrolle und Abbau von Inhibition gegenüber einigen Verhaltensweisen,*
- *die Verhinderung der Harmonisierung der Triebrichtungen,*
- *die Verursachung von Sexualdelikten (Missbrauch von Kindern als Darsteller<sup>238</sup>),*
- *gravierende Persönlichkeitsstörungen,*
- *Nachteile für partnerschaftliche Beziehungen,*
- *Nachteile für die allgemein-seelische und sexuelle Reifung,*
- *die Verursachung einer Überbewertung der Sexualität im Leben und*
- *die Hervorrufung einer entwürdigenden Einstellung gegenüber dem anderen Geschlecht<sup>239</sup>.*

Auch bei der Beratung zum 27. StrÄndG ließ man sich von den dargestellten Gedanken leiten.<sup>240</sup> Es darf jedoch nicht übersehen werden, dass diesen Annahmen keine gesicherten wissenschaftlichen Erkenntnisse zugrunde lagen. Sie beruhten vielmehr rein auf der Befürchtung schädlicher Wirkungen harter Pornografie.<sup>241</sup> Zu den wenigen empirisch nachgewiesenen Wirkungen eines erhöhten Pornografiekonsums zählen Ekel, Scham und Angst, was erst recht auch bei Konsum von Kinderpornografie Geltung beansprucht.<sup>242</sup> Legitimiert wurde die gesetzliche Regelung schließlich durch die nahe liegende

---

<sup>237</sup> BT-Drs. VI/3521, S. 62

<sup>238</sup> BT-Drs. VI/1552, S. 36

<sup>239</sup> BT-Drs. VI/3521, S. 58; Schroeder, Pornographie, S. 24

<sup>240</sup> BT-Drs. 12/3001, S. 6

<sup>241</sup> Vgl. hierzu: Schroeder, Pornographie, S. 10 insbes. Fn. 36; Laufhütte in LK-StGB, § 184 Rn. 2; BT-Dr. VI/3521, S. 58, 62; BT-Drs. VI/1552, S. 35

<sup>242</sup> Schroeder, Pornographie, S. 27 f., 37

Möglichkeit, dass „harte“ Pornografie, „jedenfalls beim Vorliegen besonderer Komponenten“<sup>243</sup>, zu aggressivem Verhalten anregen und daher kriminalitätsfördernd wirken könne.<sup>244</sup> Allein das Vorliegen dieser Gefahr verleiht dem Gesetzgeber die Berechtigung, die Verbreitung und Herstellung „harter“ Pornografie insgesamt zu verbieten.<sup>245</sup> Schließlich ist der Jugendschutz ein bedeutsames Gemeinschaftsanliegen und Ziel, welches Verfassungsrang beansprucht<sup>246</sup> und dem Staat erlaubt, solche Einflüsse von Kindern und Jugendlichen fernzuhalten, die sich auf ihre „Einstellung zum Geschlechtlichen und damit auf ihre Persönlichkeit nachteilig auswirken können“.<sup>247</sup> Es ist schon seit langem anerkannt, dass ein effektiver Jugendschutz im allgemeinen Interesse liegt.<sup>248</sup> Sein Verfassungsrang ergibt sich einerseits aus dem in Art. 6 II 1 GG verbrieften elterlichen Erziehungsrecht und andererseits aus Art. 1 I GG i.V.m. Art. 2 I GG, nach denen Kinder und Jugendliche ein Recht auf Entfaltung ihrer Persönlichkeit im Sinne des Grundgesetzes haben.<sup>249</sup>

Eine weitere Gefahr speziell des Konsums kinderpornografischer Schriften durch junge Menschen besteht in der Möglichkeit der Suggestierung vermeintlicher Normalität des gezeigten Verhaltens. So ist zu befürchten, dass Kinder die Teilnahme an der Herstellung nach dem Ansehen einschlägiger Filme u.ä. nicht mehr als etwas Schlimmes einstufen und die Hemmschwelle, sich gegen sexuellen Missbrauch zu wehren, sinkt.<sup>250</sup> Schlussendlich sei noch anzumerken, dass für die harte Pornografie zudem die in § 184 I Nr. 1-9 StGB beschriebenen Tatmodalitäten gelten, weil auch jene Pornografie i.S.d. § 184 I

102

---

<sup>243</sup> Als Beispiele für solche besonderen Komponenten sind die Persönlichkeitsstruktur des jungen Menschen und das Vorhandensein negativer soziologischer Voraussetzungen zu nennen; vgl. Laufhütte in LK-StGB, § 184 Rn. 2; BT-Drs. VI/1552, S. 35

<sup>244</sup> Laubenthal, Sexualstraftaten, Rn. 704; Laufhütte in LK-StGB, § 184 Rn. 2

<sup>245</sup> Laufhütte in LK-StGB, § 184 Rn. 2

<sup>246</sup> BVerfGE 83, 139; 30, 347; 77, 356; Laubenthal, Sexualstraftaten, Rn. 696

<sup>247</sup> Laubenthal, Sexualstraftaten, Rn. 696; BVerfGE 83, 140

<sup>248</sup> BVerfG NJW 1986, S. 1242

<sup>249</sup> BVerfGE 7, S. 323; Laubenthal, Sexualstraftaten, Rn. 696

<sup>250</sup> Schreibauer, Pornographieverbot, S. 41 f.; BT-Dr. 12/3001, S. 6

StGB darstellt.<sup>251</sup> Die in Abs. 1 angenommene Pönalisierung bestimmter Handlungsweisen dient (teilweise nur als Nebenziel) ebenfalls dem Jugendschutz mit dem Zweck der Vermeidung der oben genannten schädlichen Wirkungen.<sup>252</sup>

## **b. Der Schutz vor sexuellem Missbrauch durch Konsum**

103 Weiteres Ziel des umfassenden Herstellungs- und Verbreitungsverbots von Kinderpornografie ist es, Kinder vor sexuellem Missbrauch infolge des Konsums solchen Materials zu schützen. Hierbei sind zwei Untergruppen zu unterscheiden: der unmittelbare Missbrauch durch den Konsumenten und der mittelbar durch den Konsum – also durch die vermehrte Nachfrage – ausgelöste Missbrauch zur Herstellung neuer Filme.

### **aa. Unmittelbarer Missbrauch durch den Konsumenten**

104 Das umfassende Verbot „harter“ Pornografie wurde zum einen aufrechterhalten, weil der Gesetzgeber eine Anregung des Betrachters zum realen Kindesmissbrauch befürchtete.<sup>253</sup> Zwar war diese Annahme schon damals nicht wissenschaftlich belegbar, jedoch lassen die heutigen Erfahrungen und neueren Forschungsergebnisse im Bereich der Gewaltpornografie den Schluss zu, dass der Konsum – zumindest bei dafür anfälligen Personengruppen – negative Effekte hervorrufen und letztlich auch zur realen Umsetzung der Gedanken führen kann.<sup>254</sup> Im **Regierungsentwurf** wurde die Forderung nach einem Totalverbot der Verbreitung von „harter“ Pornografie folgendermaßen begründet:

105 „Wenn die wissenschaftliche Hypothese zutrifft, dass pornografisches Material nur zu solchen sexuellen Handlungen anregt, die dem sexuellen Verhaltensmuster des Betrachters ohnehin eigentümlich sind, dann spricht das zwar für die Ungefährlichkeit einer Pornografie, die normales Sexualverhalten schildert, und möglicherweise auch da-

---

<sup>251</sup> Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 52; BT-Drs. VI/1552, S. 36

<sup>252</sup> Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 3

<sup>253</sup> Laufhütte in LK-StGB, § 184 Rn. 2; BT-Dr. 12/3001, S. 6; Schreibauer, Pornographieverbot, S. 74

<sup>254</sup> Schreibauer, Pornographieverbot, S. 40; BT-Dr. VI/1552, S. 35

für, dass gewalttätig pornografische oder pädophile Darstellungen auf den normalen Betrachter nicht kriminogen wirken. Jene Hypothese legt aber andererseits die Befürchtung nahe, dass Personen, die ohnehin zu einer Sexualbetätigung mit gewalttätig-sadistischem oder pädophilem Einschlag neigen, durch das einschlägige pornografische Material zu einer solchen sexuellen Betätigung aktiviert werden.<sup>255</sup>

Zwar kann man im Bereich der Kinderpornografie keinen so direkten Kausalzusammenhang zwischen Konsum und realem Missbrauch wie bei der Gewaltpornografie bejahen, jedoch sind negative mentale Auswirkungen wie z.B. das Sinken des Mitleids mit den missbrauchten Kindern, eine Reduzierung der Verantwortlichkeit des Täters oder ein Abbau emotionaler Hemmschwellen und das Einbeziehen z.B. pädophiler Szenarien in Masturbationsphantasien sehr wahrscheinlich.<sup>256</sup> Bei pädophil veranlagten Personen besteht somit eine erhöhte Gefahr, dass diese Symptome auftreten und schließlich zu einem realen Missbrauch (infolge wiederholten Konsums von Kinderpornografie) führen.<sup>257</sup> Zudem hat man davon auszugehen, dass besagte Filme und Fotos in der Regel sowieso nur von „Liebhabern“ dieser speziellen Art der Pornografie konsumiert werden und es daher ohne größeren Belang bleibt, ob die befürchteten negativen Wirkungen auch bei anderen auftreten. Ausschlaggebend ist allein die Tatsache, dass diesbezüglich eine hohe Wahrscheinlichkeit innerhalb der tatsächlich betroffenen Konsumentengruppen besteht.

Bei Sänger findet man eine einleuchtende Übersicht über die vermuteten Wirkungen der Kinderpornografie.<sup>258</sup> Die primäre Wirkung sieht sie in der sexuellen Befriedigung und Stimulierung des Betrachters, der aber als Nebenfolge auch nach und nach die Überzeugung gewinnt, dass die Kinder die sexuellen Handlungen wünschen. Ihrer Ansicht nach verdrängt der Betrachter allmählich die Realität und schätzt die Kinder nicht als gequält und missbraucht ein. Die Konsumenten könnten sich hingegen leicht bestätigt und nicht „allein“ füh-

---

<sup>255</sup> BT-Drs. VI/1552, S. 35

<sup>256</sup> Schreibauer, Pornographieverbot, S. 40 m.w.N.

<sup>257</sup> Schreibauer, Pornographieverbot, S. 40 f. m.w.N.

<sup>258</sup> Sänger, KJuG 1994, S. 43 ff.

len, sodass sie im Endeffekt den Glauben gewinnen, für die sexuelle Freiheit der Kinder zu kämpfen. Gerade den letzten Punkt kann die Verfasserin aufgrund ihrer eigenen Recherchen in diesem Bereich bestätigen: Bei der Lektüre von Portalen für Pädophile im Internet erscheint es auf den ersten Blick tatsächlich so, als ob es sich hierbei um Kinderschutzseiten handele.<sup>259</sup>

108

Neben Aufstellungen wie der eben beschriebenen existieren jedoch derzeit keine wissenschaftlichen Publikationen, welche die Wirkungsforschung kinderpornografischen Materials betreffen. Da somit keine fundierten wissenschaftlichen Erkenntnisse in diesem Bereich vorhanden sind, bleibt eine gewisse Unsicherheit bzgl. der Richtigkeit der dargestellten Annahmen bestehen. Doch auch hier gilt das bereits vorhergehend im Zusammenhang mit dem Konsum durch Jugendliche Gesagte entsprechend: Allein die hohe Wahrscheinlichkeit der Existenz der vermuteten Wirkungen rechtfertigt das umfassende Verbot gem. § 184 III, IV und V StGB.<sup>260</sup>

## **ab. Mittelbarer Missbrauch durch den Konsum**

### **i. Allgemeines**

109

Während man bei der Strafrechtsreform von 1973 vordergründig die Verhinderung der Gefahren im Auge hatte, die von der Pornografie auf den Betrachter ausgehen, ist durch das 27. StrÄndG ein neues Schutzgut – nämlich die Verhinderung des Missbrauchs der kindlichen Darsteller – in den Mittelpunkt gerückt.<sup>261</sup> Im Hinblick darauf dient § 184 III bis V StGB also auch der Verhinderung einer mittelbaren Förderung des sexuellen Missbrauchs von Kindern durch Konsum,

---

<sup>259</sup> Solche Seiten dienen als Forum zum Erfahrungsaustausch etc. und sind auf den ersten Blick völlig legal. Jedoch werden auch hier z.T. versteckte Hinweise auf rechtswidrige Hinweise durch Links gegeben. Zu diesen Web-Seiten werden keine Angaben gemacht, da in dieser Arbeit nicht zu ihrer Verbreitung beigetragen werden soll.

<sup>260</sup> Laufhütte in LK-StGB, § 184 Rn. 2; Laubenthal, Sexualstraftaten, Rn. 696; BVerfGE 30, 347; 77, 356

<sup>261</sup> Laufhütte in LK-StGB, § 184 Rn. 2; Ilg, Selbstbestimmung, S. 96 f.; Schreiber, Pornographieverbot, S. 75 (Fn.: 280); BGH NStZ 1998, S. 352

Herstellung und Besitz.<sup>262</sup> So schaffen nämlich – wie anschließend näher erläutert wird – Konsumenten den Anreiz dafür, dass laufend neue einschlägige Videos, Bilder etc. produziert werden.<sup>263</sup> In die Gesetzesänderung floss maßgeblich die Überlegung ein, dass es ohne das Vorhandensein von Nachfragern gar keinen Kinderpornomarkt gäbe, was zu einer mittelbaren Verantwortlichkeit der Konsumenten für den mit der Herstellung von Realpornografie zwingend verbundenen Kindesmissbrauch führt.<sup>264</sup>

Diese Tatsache legitimierte schließlich die Einführung der Strafbarkeit des Besitzes in § 184 V StGB durch das 27. StrÄndG, weil man richtigerweise davon ausging, dass jemand, der solche Materialien besitzt, diese entweder selbst hergestellt oder von einem anderen übernommen haben muss und damit den sexuellen Missbrauch von Kindern zumindest mittelbar gefördert hat.<sup>265</sup> Das Verbot des Besitzes sollte darüber hinaus auch verhindern, dass beteiligte Kinder erpresst bzw. unbeteiligte zu sexuellen Handlungen unter dem Deckmantel der Normalität veranlasst werden.<sup>266</sup> Zu den Änderungen (insbesondere der Einführung der Besitzstrafbarkeit) im Tatbestand des § 184 StGB bzgl. der Kinderpornografie sah sich der Gesetzgeber veranlasst, weil „das geltende Strafrecht die Entstehung und Ausbreitung des Videomarktes für Kinderpornografie und den damit verbundenen sexuellen Missbrauch von Kindern nicht verhindern und eindämmen konnte“.<sup>267</sup>

110

## ii. Die Diskussion um die Gesetzesänderung

Die geschilderten Erwägungen konnten die anfängliche Skepsis gegenüber der Zulässigkeit des neuen Ziels des Darstellerschutzes nicht ausräumen, weil bereits Straftatbestände mit schwereren Straf-

111

---

<sup>262</sup> Laufhütte in LK-StGB, § 184 Rn. 2; BT-Dr. VI/1552, S. 36; Schreibauer, Pornographieverbot, S. 75 f.

<sup>263</sup> Schreibauer, Pornographieverbot, S. 75; BT-Dr. 12/3001, S. 5; dem folgend AG Hamburg, CR 1998, S. 34

<sup>264</sup> BT-Dr. 12/709, S. 3; BT-Dr. 12/3001, S. 5

<sup>265</sup> Laufhütte in LK-StGB, § 184 Rn. 2; Laubenthal, Sexualstraftaten, Rn. 705; BT-Dr. 12/4883, S. 8

<sup>266</sup> Schreibauer, Pornographieverbot, S. 76; BT-Dr. 12/3001, S. 6

<sup>267</sup> Ilg, Selbstbestimmung, S. 97; BT-Dr. 12/4883, S. 6; BT-Dr. 12/709, S. 2; BT-Dr. 12/3001, S. 4

androhungen zum Schutze von Kindern vor sexuellen Handlungen (insbesondere § 176 StGB) existierten. Auf den ersten Blick erschien es daher zunächst völlig überflüssig, „neben diesen weitgehenden und strengen Vorschriften“ den Schutz von Kindern vor sexuellen Handlungen auch noch in das Pornografieverbot einzubeziehen.<sup>268</sup> Die Befürworter der Gesetzesänderung (also der Strafrahmenerhöhung und der Einführung der Besitzstrafbarkeit) traten dieser Skepsis zum einen mit der kriminalpolitischen Besonderheit kinderpornografischen Materials entgegen, welche darin besteht, dass die unmittelbar am Missbrauch Beteiligten – also diejenigen, welche die sexuellen Handlungen vornehmen – in der überwiegenden Zahl der Fälle nicht belangt werden können und daher eine Bestrafung aus den übrigen Vorschriften zu einer Illusion wird. Hierzu kommt es, weil der gesamte Produktionsprozess ganz ohne Hinzuziehung anderer Personen erfolgen kann und die Täter in den Videos oder auf den Bildern fast immer derart maskiert sind, dass eine Feststellung der Identität quasi unmöglich ist.<sup>269</sup>

112

Zum anderen werden die Filme und Videos „nicht über die üblichen Vertriebswege wie Videotheken oder Sexshops vermarktet, sondern ganz überwiegend über Chiffreanzeigen – häufig in verdeckter Form – in einschlägigen Magazinen oder in Boulevardzeitungen“.<sup>270</sup> Ohne die Strafbarkeit des Besitzes wäre es beispielsweise für Händler äußerst simpel, sich als „Sammler“ zu tarnen, indem sie lediglich die Masterkopie auf Lager halten und nur bei Bedarf weitere Kopien davon anfertigen.<sup>271</sup> „Die Bestrafung wegen Umgangs mit pornografischen Darstellungen nach § 184 III StGB“ sollte also „kompensieren, dass die wahren Täter des Missbrauchs der Kinder bei der Herstellung nicht ermittelt werden können“.<sup>272</sup>

---

<sup>268</sup> Schroeder, ZRP 1990, S. 300

<sup>269</sup> Ilg, Selbstbestimmung, S. 98; Schroeder, NJW 1993, S. 2581

<sup>270</sup> BT-Dr. 12/709, S. 2

<sup>271</sup> BT-Dr. 12/3001, S. 4; Die Möglichkeiten, die heutzutage das Internet für eine anonyme „Verbreitung“ bietet, liegen auf der Hand. Chat, E-Mail etc. machen es den Tätern denkbar einfach, ohne Furcht vor einer Strafverfolgung die Materialien zu „tauschen“.

<sup>272</sup> Schroeder, ZRP 1990, S. 300

Trotz dieser auf den ersten Blick einleuchtenden Gründe lehnte man während der Gesetzesberatung teilweise die geplanten Änderungen zunächst ab, weil Besitz und Verbreitung in keiner Weise eine Beteiligung an der Herstellung der Materialien indizieren und diese Tatbestände somit „klassische Verdachtsstrafen“ darstellen würden, die in ihrer Handhabung nicht unproblematisch erschienen.<sup>273</sup> So sei z.B. der Konsument kinderpornografischer Schriften nicht per se unmittelbar für den sexuellen Missbrauch verantwortlich, weil die Kausalität des einzelnen Erwerbers für die Herstellung pornografischer Massenprodukte minimal ist.<sup>274</sup> Insbesondere könne nicht eine spätere Handlung (die Abnahme oder der Besitz) kausal für eine frühere Handlung (die Herstellung) gewesen sein. Es bildet nur eine Vermutung, dass der Hersteller durch die Abnahme zu neuen Produktionen veranlasst wird.<sup>275</sup> Im Laufe der Debatte gelang es jedoch, wichtige Besonderheiten herauszuarbeiten, welche schließlich die geplanten und bereits erörterten Gesetzesänderungen rechtfertigten und die Kritiker überzeugten. So können kinderpornografische Schriften insbesondere nicht mit den üblichen pornografischen Massenproduktionen verglichen werden, gegen die „dieser Markt längst abgestumpft“ ist.<sup>276</sup> Zwar geben in der Regel die Konsumenten die Herstellung des Materials nicht in Auftrag, dennoch sind gerade „amateurhafte“ Privatvideos gefragt, die nur in kleinen Auflagen hergestellt und vertrieben worden sind. Die „Attraktivität“ der Bilder und Filme steigt mit dem Maße des dargestellten und damit auch tatsächlich erfolgten Missbrauchs der Kinder.<sup>277</sup> Es liegt auf der Hand, dass der Absatz dieser Materialien auf eine äußerst konspirative Weise erfolgen muss, welche die Arbeit der Strafverfolgungsbehörden erheblich erschwert.<sup>278</sup>

Schroeder zieht an dieser Stelle einen Vergleich zum Tatbestand der Hehlerei (§ 259 StGB), der ebenfalls auf dem Gedanken der

---

<sup>273</sup> Vgl. Schroeder ZRP 1990, S. 300; ders. NJW 1993, 2581 f.; Ilg, Selbstbestimmung, S. 98

<sup>274</sup> Schroeder, NJW 1993, S. 2582

<sup>275</sup> Schroeder, ZRP 1990, S. 300

<sup>276</sup> Schroeder, NJW 1993, S. 2582

<sup>277</sup> Ilg, Selbstbestimmung, S. 98; Schroeder, NJW 1993, S. 2582

<sup>278</sup> Ilg, Selbstbestimmung, S. 99; Schroeder, NJW 1993, S. 2582

Schaffung eines Anreizes zur Begehung von Straftaten beruht und mittlerweile in Literatur und Rechtsprechung anerkannt ist.<sup>279</sup> Auf den ersten Blick hinkt dieser Vergleich zwar, weil bei der Hehlerei das Diebesgut jedes Mal einem einzelnen gestohlen werden muss, Pornoprodukte aber in großen Mengen hergestellt werden. Wie bereits erörtert, ist dies jedoch bei der „Kinderporno-Industrie“ gerade nicht der Fall.<sup>280</sup> Somit bleibt im Ergebnis festzuhalten, dass Besitzer, Konsument und Verbreiter von Kinderpornos eine viel stärkere Verantwortlichkeit für den zur Herstellung bereits begangenen Missbrauch haben, als dies bei normalen Massenprodukten der Fall wäre.<sup>281</sup> Die Einführung der Besitzstrafbarkeit und die Strafrahmenerhöhung für die Verbreitung waren demnach gerechtfertigt.

### **ac. Der Schutz vor sexuellem Missbrauch durch Herstellung**

115        Schließlich dient das totale Herstellungs- und Verbreitungsverbot auch dem Schutz der sexuellen Entwicklung der Kinder vor Störungen infolge des sexuellen Missbrauchs, welcher mit der Herstellung zwangsläufig und unmittelbar verbunden ist.<sup>282</sup> In der Gesetzesbegründung heißt es: „Das Verbot der Herstellung pädophiler Darstellungen soll außerdem verhüten, dass Kinder als Modelle für einschlägige fotografische Aufnahmen missbraucht werden.“<sup>283</sup> Zwar kommt es auch in diesem Punkt zu Schutzzweckkollisionen mit den §§ 176 ff. StGB, doch sind diese mit den gleichen Argumenten wie beim Schutz vor mittelbarem Missbrauch durch Konsum hinnehmbar.

---

<sup>279</sup> Schroeder, ZRP 1990, S. 300

<sup>280</sup> Schroeder, ZRP 1990, S. 300; Ilg, Selbstbestimmung, S. 93

<sup>281</sup> Ilg, Selbstbestimmung, S. 99

<sup>282</sup> Schreibauer, Pornographieverbot, S. 75

<sup>283</sup> BT-Drs. VI/1552, S. 35 f.

## II. Deliktscharakter

### 1. Abstraktes Gefährdungsdelikt

Bei den in § 184 StGB anzutreffenden Handlungsalternativen handelt es sich nach h.M. um abstrakte Gefährdungsdelikte.<sup>284</sup> Diese zeichnen sich dadurch aus, dass der Tatbestand den Eintritt einer konkreten Gefährdung oder Verletzung des geschützten Rechtsgutes tatbestandlich nicht voraussetzt. Vielmehr liegt eine Tatbestandserfüllung bereits mit Vornahme der vom Gesetzgeber als generell gefährlich eingestuften Handlung vor,<sup>285</sup> sodass es dem Richter absolut verboten ist, die Möglichkeit einer Rechtsgutsverletzung im konkreten Fall bzw. deren Fehlen bei der Frage nach der Tatbestandsverwirklichung zu überprüfen.<sup>286</sup> Die möglichen schädlichen Wirkungen der Pornografie waren lediglich das gesetzgeberische Motiv zur Schaffung der Norm.<sup>287</sup>

116

### 2. Risikodelikt

Zudem weisen die in § 184 StGB umschriebenen Delikte folgende Besonderheit auf: die eingangs dargestellten vermuteten schädlichen Wirkungen (kinder-)pornografischer Erzeugnisse bleiben höchst umstritten und schon gar nicht wissenschaftlich nachgewiesen.<sup>288</sup> Man ist sich lediglich darüber einig, dass diese nicht auszuschließen sind.<sup>289</sup> Insoweit geht das Gesetz also von der Hypothese aus, dass eine fortlaufende Konfrontation mit (harter) Pornografie bei Kindern und Jugendlichen die Integration der Sexualität in das „intimere Seelen- und Gefühlsleben“ stört und pornografisches Material geeignet ist, „einer verantwortungsbewussten Sexualerziehung entgegenzuwirken und die

117

---

<sup>284</sup> Ilg, Selbstbestimmung, S. 93; Laufhütte in LK-StGB, § 184 Rn. 3 u. 18

<sup>285</sup> Schröder, ZStW 1969, S. 14; ders. JZ 1971, S. 522; Laufhütte in LK-StGB, § 184 Rn. 18; vgl. auch Gallas in FS Heinitz, S. 171 ff. zur abstrakten und konkreten Gefährdung

<sup>286</sup> Horn in SK-StGB, § 184 Rn. 2; Ilg, Selbstbestimmung, S. 93; Laufhütte in LK-StGB, § 184 Rn. 18

<sup>287</sup> Kramer, Sexualdelikte, S. 3; vgl. auch Gallas in FS Heinitz, S. 174 zur abstrakten und konkreten Gefährdung

<sup>288</sup> Schroeder, ZRP 1990, S. 299

<sup>289</sup> Schreibauer, Pornographieverbot, S. 87

Folgen einer fehlerhaften Sexualerziehung zu vergrößern“.<sup>290</sup> Damit fällt § 184 StGB in die Sparte der so genannten („herkömmlichen“) Risikodelikte, welche eine Untergruppe der abstrakten Gefährdungsdelikte bilden.<sup>291</sup> Im Unterschied zu diesen verzichtet man bei den Risikodelikten auf das Feststehen der generellen Kausalität, d.h. der generellen Eignung eines Verhaltens, das in Frage stehende Rechtsgut zu gefährden oder zu verletzen.<sup>292</sup> In ihrem Tatbestand wird mehr oder weniger genau und abschließend ein bestimmtes Verhalten unter Strafe gestellt, dessen generelle Eignung zur Rechtsgutsbeeinträchtigung für einen objektiven Beobachter nach dem Stand der Wissenschaft zweifelhaft bleibt, jedoch wahrscheinlich und nicht sicher auszuschließen ist.<sup>293</sup>

### 3. Legitimation

118

An dieser Stelle kommt nunmehr die Frage nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit, insbesondere der Vereinbarkeit solcher Normen mit dem Schuld- und Verhältnismäßigkeitsprinzip auf. Hierzu ist zu sagen, dass zwar gesicherte wissenschaftliche Erkenntnisse über die Wirkung pornografischer Darstellungen auf Kinder und Jugendliche fehlen, damit jedoch das Risiko schädlicher Folgen nicht ausgeräumt wird.<sup>294</sup> Offensichtlich muss der Gesetzgeber aber auch in Situationen, in denen die Schädlichkeit eines bestimmten Verhaltens noch nicht exakt nachgewiesen ist, die Möglichkeit haben, das in Frage stehende Verhalten dennoch zu verbieten.<sup>295</sup> Dieses Vorgehen ist in Bezug auf die Regelung der **Arzneimittelherstellung** schon seit längerem außer Streit.<sup>296</sup>

---

<sup>290</sup> Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 3 u. 6; Jescheck, ZStW 1971, S. 317; Kramer, Sexualdelikte, S. 89; BT-Drs. VI/1552, S. 34

<sup>291</sup> Graul, Abstr. Gefährdungsdelikte, S. 128; Schreibauer, Pornographieverbot, S. 87 f.; VerwG Hamburg ZUM-RD 2001, S. 302

<sup>292</sup> Graul, Abstr. Gefährdungsdelikte, S. 128

<sup>293</sup> Graul, Abstr. Gefährdungsdelikte, S. 128; Schreibauer, Pornographieverbot, S. 87; Kaufmann, JZ 1971, S. 576; Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 6

<sup>294</sup> BVerfG NJW 1986, S. 1242

<sup>295</sup> Schroeder, ZRP 1971, S. 14

<sup>296</sup> Vgl. Schroeder, ZRP 1971, S. 14 m.w.N.

Dem Gesetzgeber wird eine sog. „Einschätzungsprärogative“ für ungeklärte Situationen zuerkannt.<sup>297</sup> Er besitzt also dann, wenn es darauf ankommt, Gefahrenlagen und Risiken einzuschätzen, eine gewisse Handlungs- und Beurteilungsfreiheit, deren Anlass und Ausmaß von verschiedenen Faktoren abhängen.<sup>298</sup> So sind u.a. maßgebend „die Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, die Möglichkeit, sich ein hinreichend sicheres, empirisch abgestütztes Urteil zu bilden, sowie die Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter“.<sup>299</sup> Der Gesetzgeber hätte vorliegend seinen Handlungsspielraum überschritten, wenn „eine Gefährdung Jugendlicher nach dem Stand der Wissenschaft vernünftigerweise auszuschließen“ wäre.<sup>300</sup> Dies ist aber – wie bereits oben unter Punkt A.I.3. dargelegt – nicht der Fall. Daher ergibt sich unter Beachtung der eben ausgeführten Grundsätze die Zulässigkeit des § 184 StGB im Hinblick auf den Jugendschutzgedanken, weil ein Ausschluss der Gefährdung nach dem Stand der Wissenschaft nicht evident vorliegt und auch nicht vernünftigerweise anzunehmen ist.<sup>301</sup>

119

So hat nämlich die zur Vorbereitung des 4. StrRG durchgeführte „ausführliche wissenschaftlich-empirische Bestandsaufnahme“ gezeigt, dass die Möglichkeit einer Jugendgefährdung durch die betreffenden Schriften „zwar nicht erhärtet, trotz überwiegend in die Gegenrichtung weisender Stellungnahmen aber auch nicht ausgeschlossen werden kann“.<sup>302</sup> „Trotz umfangreicher Anhörungen von Sachverständigen aus den Gebieten der Soziologie, Sexualwissenschaften, Psychiatrie, Psychologie, Pädagogik, Gerichtsmedizin, Kriminologie, Theologie, Philosophie und Rechtswissenschaft sowie von Praktikern der Kriminalpolizei, Fürsorge, Jugendhilfe und des Erziehungswesens konnte der Sonderausschuss für die Strafrechtsreform die Frage der

120

---

<sup>297</sup> BVerfGE 83, S. 141

<sup>298</sup> BVerfG NJW 1986, S. 1242; BVerfGE 83, S. 141 f.; BVerfGE 49, S. 131 f.

<sup>299</sup> BVerfGE 83, S. 141

<sup>300</sup> BVerfGE 83, S. 142

<sup>301</sup> Schreibauer, Pornographieverbot, S. 88; Laufhütte in LK-StGB, § 184, Rn. 3

<sup>302</sup> BVerfGE 83, S. 141; vgl. auch Franke, GA 1984, 463, der meint, dass sich das absolute Verbreitungsverbot für pornografische Schriften „nur über ein sehr weites Verständnis der Gefährdung“ mit dem „Schutz jugendlicher Entwicklung in Verbindung bringen“ lässt.

Jugendgefährdung nicht einwandfrei klären.“<sup>303</sup> Insbesondere kann man wegen der zu befürchtenden negativen Folgen auch in Zukunft keine Wirkungsstudien an Minderjährigen betreiben.

## **B. Normanalyse**

### **I. Tatmedien**

121

In § 184 III, IV und V StGB wird als Tatmedium auf „Schriften“ i.S.v. § 11 III StGB verwiesen. Daher muss in erster Linie untersucht werden, ob hierdurch auch die Tatbegehung über das Internet erfasst bzw. möglich wird. Hierfür ist zunächst entscheidend, dass § 184 StGB nicht nur die von ihm ausdrücklich genannten Schriften i.S.v. § 11 III StGB umfasst, sondern auch die dort aufgeführten übrigen Medien („Ton- und Bildträger, Datenspeicher, Abbildungen und andere Darstellungen“), die den Schriften gleichgestellt werden.<sup>304</sup> Bei Einfügung des § 11 III StGB in den Allgemeinen Teil des StGB im Jahre 1974 bezweckte der Gesetzgeber mit der Aufnahme der Gleichstellungsklausel aber keine Begriffsdefinition, sondern eine gesetzliche Vereinfachung in Form einer verweisungstechnischen Zusammenfassung der Tatmedien unter den Sammelbegriff der Schrift.<sup>305</sup> Schließlich ist es angebracht, zu verdeutlichen, dass nicht die „Schrift“ – obgleich sie in § 184 StGB *stellvertretend* für die anderen Medien genannt wird – als Oberbegriff zu gelten hat, sondern vielmehr der allgemeine Begriff der „anderen Darstellung“, der die übrigen Medien miterfasst.<sup>306</sup> Schriften, Ton- und Bildträger, Datenspeicher und Abbildungen sind demgemäß Spezialfälle der Darstellung, weshalb in § 184 StGB eigentlich statt „Schrift“ der Begriff der „Darstellung“ verwendet werden müsste.<sup>307</sup> Die einzelnen Tatmedien werden nachfolgend ausgehend vom Oberbegriff der Darstellung überblicksartig behandelt.

---

<sup>303</sup> BVerfGE 83, S. 141; vgl. zudem BT-Dr. VI/3521, S. 3, 58 ff., 65 f.

<sup>304</sup> BT-Drs. 13/7385, S. 36

<sup>305</sup> Gribbohm in LK-StGB, § 11 Rn. 120; Rudolphi in SK-StGB, § 11 Rn. 55; Walther, NStZ 1990, S. 523; Franke, GA 1984, S. 454

<sup>306</sup> Eser in Schönke/Schröder, § 11 Rn. 78; Schreibauer, Pornographieverbot, S. 174; Tröndle/Fischer, StGB, § 11 Rn. 48; Walther, NStZ 1990, S. 523; RGSt 47, S. 405; Sieber, JZ 1996, S. 495; BR-Drs. 966/96, S. 38

<sup>307</sup> Schreibauer, Pornographieverbot, S. 173 m.w.N.

## 1. Begriff der „anderen Darstellung“

Um den Begriff der Darstellung allgemein verständlich zu erläutern, soll auf die Ausführungen einer alten Reichsgerichtsentscheidung<sup>308</sup> zurückgegriffen werden, weil diese sehr deutlich insbesondere die zwingende Unterscheidung zwischen Tatmedium und Inhalt zum Ausdruck bringen. Die Definition basierte dort nämlich auf der Tätigkeit des „Darstellens“ als der auf die Übermittlung einer Vorstellung gerichteten Tätigkeit.<sup>309</sup> In Konsequenz hierzu sah man als Darstellung denjenigen körperlichen Gegenstand an, der durch die Tätigkeit des Darstellenden geschaffen wurde, um seine Vorstellungen und Gedanken einem anderen durch Erweckung einer möglichst gleichen Vorstellung übermitteln zu können.<sup>310</sup> Nicht verlangt wurde ein unmittelbares „Verstehen“ der Darstellung durch das Auge. Es reichte ebenso z.B. die Wahrnehmung über die Ohren aus. Genauso wenig sollte es Bedeutung haben, wenn die Vorstellung erst mit Hilfe technischer Geräte übermittelt werden konnte bzw. wahrnehmbar wurde.<sup>311</sup>

122

Die neuere Literatur fasst unter dem Begriff der Darstellung i.S.v. § 11 III StGB mittlerweile **alle Arten** stofflich verkörperter „oder sonst fixierter“<sup>312</sup> Zeichen zusammen, welche entweder unmittelbar oder mit technischen Hilfsmitteln sinnlich wahrnehmbar sind und einen Vorgang oder einen sonstigen gedanklichen Inhalt vermitteln sollen,<sup>313</sup> sofern die stoffliche Verkörperung von gewisser Dauer ist.<sup>314</sup> Nicht unter diesen Begriff fallen daher z.B. sexuelle Live-Darbietungen in einem Theaterstück, in Nachtclubs oder im Rundfunk, weil sie auf keinem Datenträger gespeichert sind.<sup>315</sup> Eine stoffliche Verkörperung von gewisser Dauer liegt ebenso wenig dann vor,

123

---

<sup>308</sup> RGSt 47, S. 404 ff.

<sup>309</sup> RGSt 47, S. 406

<sup>310</sup> RGSt 47, S. 406

<sup>311</sup> RGSt 47, S. 407, 408

<sup>312</sup> Jäger/Collardin, CR 1996, S. 237

<sup>313</sup> Schreibauer, Pornographieverbot, S. 173; Tröndle/Fischer, StGB, § 11 Rn. 48; BR-Drs. 966/96, S. 38

<sup>314</sup> Eser in Schönke/Schröder, § 11 Rn. 78; Rudolphi in SK-StGB, § 11 Rn. 56; Walther, NSTZ 1990, S. 523 m.w.N.

<sup>315</sup> Schreibauer, Pornographieverbot, S. 174; Rudolphi in SK-StGB, § 11 Rn. 56; Eser in Schönke/Schröder, StGB, § 11 Rn. 78; Walther, NSTZ 1990, S. 523

wenn zwar ein dauerhafter Informationsträger existiert, die Informationsspeicherung auf diesem jedoch nur flüchtig erfolgt.<sup>316</sup>

## 2. Der Schriftenbegriff i.S.v. § 11 III StGB

124 Unter einer Schrift als spezieller Form und praktisch häufigstem Anwendungsfall der Darstellung versteht man eine Zusammenstellung verkörperter (stofflicher<sup>317</sup>) Zeichen, die speziell durch Augen- oder Tastsinn wahrnehmbar ist und unmittelbar Worte, mittelbar Gedanken darstellt.<sup>318</sup> Anders ausgedrückt handelt es sich bei einer Schrift also um eine Gedankenäußerung, die nur durch Buchstaben, Bilder oder andere stoffliche Zeichen übermittelt wird.<sup>319</sup> Völlig unerheblich ist die Art der Zeichen, sodass auch Geheim-, Kurz- oder Bilderschriften, Chiffren, Stenogramme, Noten, Zahlen oder eine Kombination aus Schriften und sonstigen stofflichen Zeichen hierunter fallen.<sup>320</sup> Ebenfalls bleibt es irrelevant, ob die Zeichen mit der Hand, Schreibmaschine, durch Druck oder andere Vervielfältigungsmittel hergestellt wurden und ob sie für jedermann oder lediglich aufgrund besonderer Kenntnisse oder Informationen oder nur mit Hilfe technischer Geräte wahrnehmbar sind.<sup>321</sup> Schließlich erfüllen auch Kopien und Abschriften diese Voraussetzungen, weil es sich nicht zwingend um Originale handeln muss.<sup>322</sup>

125 Strittig ist jedoch die Frage, ob der Begriff der Schrift auch solche Darstellungen umfasst, die nicht subjektiv zur Verbreitung bestimmt sind.<sup>323</sup> Laut BGH stellt derjenige keine Schrift her, der „nur an und für einen einzelnen Empfänger schreibt“.<sup>324</sup> Vielmehr sei „unter Schrift im Sinne des § 93 StGB eine Gedankenäußerung durch Buch-

---

<sup>316</sup> Schreibauer, Pornographieverbot, S. 174

<sup>317</sup> Vgl. BGHSt 13, S. 376

<sup>318</sup> Schreibauer, Pornographieverbot, S. 174; Tröndle/Fischer, StGB, § 11 Rn. 43; E 1962, S. 121

<sup>319</sup> BGHStE 13, S. 376; Eser in Schönke/Schröder, StGB, § 11 Rn. 78

<sup>320</sup> Gribbohm in LK-StGB, § 11 Rn. 121

<sup>321</sup> Gribbohm in LK-StGB, § 11 Rn. 121; Walther, NStZ 1990, S. 523

<sup>322</sup> Gribbohm in LK-StGB, § 11 Rn. 121

<sup>323</sup> Ablehnend BGHSt 13, S. 376; Franke, GA 1984, S. 455; Derksen, NJW 1997, S. 1881; AG Hamburg, CR 1998, S. 35; Pelz, wistra 1999, S. 53

<sup>324</sup> BGHSt 13, S. 375, 376

staben, Bilder oder Zeichen zu verstehen, die zur Vervielfältigung oder anderweitigen Verbreitung *bestimmt ist*“.<sup>325</sup> Das Gericht begründet diese Ansicht mit der Ähnlichkeit solcher nicht zur Verbreitung bestimmten Schriftstücke mit mündlichen Äußerungen. So könne es keinen Unterschied machen, ob „jemand seine verfassungsfeindlichen Gedanken gegenüber einer Einzelperson brieflich oder bei einer persönlichen Begegnung äußert“.<sup>326</sup>

Meiner Ansicht nach ist dieser Meinung nicht per se zu folgen,<sup>327</sup> da es sich hierbei um sehr alte Rechtsprechung und darüber hinaus auch sehr spezielle Rechtsprechung (nämlich nur bzgl. § 93 StGB a.F.) handelt. In Bezug auf den damaligen § 93 StGB, welcher die Herstellung staatsgefährdender Schriften pönalisierte, ist das Urteil ohne weiteres nachvollziehbar, weil eine Staatsgefährdung bei einfachem „Briefverkehr“ nicht angenommen werden kann.<sup>328</sup> Anders sieht es aber bei Schriften aus, welche kinderpornografischen,<sup>329</sup> gewaltverherrlichenden oder sodomitischen Inhalts sind. In diesem Falle ist nämlich ein vollständiges Herstellungs- und Verbreitungsverbot angestrebt, da bereits die Herstellung z.B. einer Schrift kinderpornografischen Inhalts – sei es auch nur zum privaten Gebrauch – den Schutzzweck der Norm berührt, weil bereits dann zumindest ein Kind sexuell missbraucht wurde.<sup>330</sup> Bei einer Ausweitung der Aussagen des genannten Urteils auf § 184 III StGB wäre das Herstellen der „Schrift“ nach § 184 III StGB zum ausschließlichen Eigenbedarf straflos, weil es dann an der für die Schriftenqualität erforderlichen Bestimmung

126

---

<sup>325</sup> BGHSt 13, S. 376; Franke, GA 1984, S. 455

<sup>326</sup> BGHSt 13, S. 376

<sup>327</sup> So auch Tröndle/Fischer, StGB, § 11 Rn. 43

<sup>328</sup> Vgl. BGHSt 13, S. 376

<sup>329</sup> A.A. AG Hamburg, CR 1998, S. 35. Hier wird aber fälschlicherweise mit Bezug auf BGHSt 13, S. 376 auf die „Bestimmbarkeit der Schrift zur Vervielfältigung oder anderweitigen Verbreitung“ abgestellt, obwohl es in dem angesprochenen Urteil darum geht, dass die Schrift „zur Vervielfältigung .... bestimmt ist“. Es kommt also in dem BGH-Urteil nicht wie vom AG Hamburg angenommen auf die Eignung zur Verbreitung, sondern auf die Bestimmung zur Verbreitung an.

<sup>330</sup> Vgl. § 184 III, denn Schrift i.S. dieser Norm ist eine solche, die den sexuellen Missbrauch von Kindern zum Gegenstand hat.

zur Vervielfältigung oder „anderweitigen Verbreitung“ fehlt.<sup>331</sup> Ebenso verhält es sich beim Versenden an einzelne Personen bzw. beim Besitz einzelner Bilder u.ä. Dass dies mit dem Urteil nicht beabsichtigt sein konnte, liegt auf der Hand. Die Entscheidung gilt deshalb nur für § 93 StGB a.F., da dieser im Gegensatz zu § 184 III StGB an sich bereits voraussetzte, dass die staats- oder verfassungsfeindliche Propaganda „einem größeren Personenkreis zugänglich gemacht werden soll“.<sup>332</sup>

127 Dass das Urteil keine Allgemeingültigkeit im Hinblick auf § 11 III StGB beanspruchen kann, ergibt sich zudem aus folgenden Aspekten: Zum einen existierte § 11 III StGB zum Urteilszeitpunkt noch nicht und zum anderen wird in der Urteilsbegründung immer speziell von Schrift „im Sinne des § 93 StGB“ gesprochen. Zudem geht bereits der Entwurf eines StGB von 1962 davon aus, dass der Schriftenbegriff i.S.v. § 11 III StGB ebenso zu verstehen sei, wie der in der Urkunden- definition i.S.v. § 303 III StGB vorgesehene Begriff der Schrift.<sup>333</sup> So lässt sich die Bestimmung zur Verbreitung mit der für eine Urkunde notwendigen Beweisbestimmung vergleichen, welche auch nachträglich erfolgen kann und nicht bereits bei Ausstellung derselben gegeben sein muss. Die spätere Bestimmung zum Beweis kann der Urkunde von jedermann beigelegt werden und nicht nur vom Aussteller oder Täter selbst.<sup>334</sup> Übertragen auf den Schriftenbegriff heißt das also, dass eine Bestimmung zur Verbreitung auch später erfolgen darf, ohne dass es vorher an der Schriftenqualität fehlt.

128 Dass vom Schriftenbegriff i.S.v. § 11 III StGB grundsätzlich auch Darstellungen erfasst werden, die nicht zur Verbreitung bestimmt waren, ergibt sich schließlich aus den Verweisungstatbeständen selbst. Obwohl in diesen regelmäßig eine Strafbarkeit wegen Schriften ausscheidet, die nur für Einzelpersonen bestimmt sind,<sup>335</sup> ändert das jedoch an deren Schriftenqualität nichts. Gerade die verschiedenen Tat-

---

<sup>331</sup> Vgl. BGHSt 13, S. 376

<sup>332</sup> Vgl. BGHSt 13, S. 376

<sup>333</sup> Gribbohm in LK-StGB, § 11 Rn. 121; E 1962, S. 121, S. 478

<sup>334</sup> E 1962, S. 478

<sup>335</sup> Tröndle/Fischer, StGB, § 11 Rn. 43

alternativen des § 184 III, IV und V StGB zeigen, dass es auf eine Bestimmung zur Verbreitung nicht ankommen kann, weil eine Besitzstrafbarkeit oder Herstellung zum Eigenbedarf ansonsten straflos bleiben müsste. Das wird in diesen Normen aber nicht vorgesehen, denn bereits durch die genannten Handlungen sind die geschützten Rechtsgüter verletzt oder zumindest abstrakt gefährdet worden.

### 3. Begriff: Ton- und Bildträger i.S.v. § 11 III StGB

Unter Tonträgern versteht man Gegenstände, die technisch gespeicherte akustische Signale (Sprache, Musik etc.) enthalten, welche durch Hilfsmittel dem Ohr wahrnehmbar gemacht werden können. Hierzu zählen z.B. Audio-Kassetten, Schallplatten, Walzen oder auch elektronisch lesbare, binär codierte Informationsträger (CD, DAT).<sup>336</sup> Allgemein im Rahmen von § 184 StGB werden u.a. Tonbänder bzw. heutzutage verstärkt CDs und digitale Aufzeichnungsmedien relevant, die für pornografische Telefon-Sex-Angebote verwendet werden.<sup>337</sup>

129

Bildträger hingegen sind Aufzeichnungsmedien, welche technisch (z.B. elektronisch) gespeicherte Informationen (Bilder, Bildfolgen, Graphiken, Texte etc.) enthalten, die durch technische Einrichtungen dem Auge wahrnehmbar gemacht werden können.<sup>338</sup> Hierunter fallen z.B. Videomagnetbänder aller Formate (z.B. VHS-Videokassetten), Bildplatten wie CD-i oder DVD, Computerdisketten oder CD-Rom.<sup>339</sup> Da sogar Betacam-SP bzw. M II-Bänder, die hauptsächlich im professionellen Videobereich oder beim Fernsehen verwendet werden, als Bildträger zu gelten haben, ist § 11 III StGB zudem auf die Aufzeichnungen von Fernsehsendungen anwendbar.<sup>340</sup> Sofern die genannten Informationsträger daneben gleichzeitig auch Töne gespeichert haben, fallen sie unproblematisch als Kombination von Ton- und Bildträgern unter § 11 III StGB. Nach a.A. sollen (aufgezeichnete) Rundfunksendungen eigenständige, nicht unter § 11 III StGB subsumierbare Me-

130

---

<sup>336</sup> Tröndle/Fischer, StGB, § 11 Rn. 44; Franke, GA 1984, S. 455

<sup>337</sup> Schreibauer, Pornographieverbot, S. 175

<sup>338</sup> Tröndle/Fischer, StGB, § 11 Rn. 45; Gribbohm in LK-StGB, § 11 Rn. 126

<sup>339</sup> Schreibauer, Pornographieverbot, S. 175 m.w.N.

<sup>340</sup> Schreibauer, Pornographieverbot, S. 175

dien sein.<sup>341</sup> Dem ist nicht zu folgen, da es rechtlich keinen Unterschied macht, ob die in Frage stehenden Bänder zur Fernsehübertragung oder sonstigen Nutzung im Videobereich eingesetzt werden.<sup>342</sup>

#### **4. Der Begriff der Abbildungen**

131 Als Abbildung bezeichnet man die unmittelbar durch Auge oder Tastsinn wahrnehmbare Wiedergabe der Außenwelt in Fläche und Raum. Hierzu zählen u.a. Dias, Fotos, Filmstreifen, Gemälde oder Zeichnungen.<sup>343</sup>

#### **5. Der Begriff des Datenspeichers**

##### **a. Alte Gesetzeslage**

132 Das Aufkommen der Onlinetechnologie und deren Nutzung als Mittel zur Begehung von Straftaten aller Art, insbesondere aber der Verbreitung bestimmter Informationen (z.B. Kinderpornografie) durch Schriften und die ihnen in § 11 III StGB gleichgestellten Tatmedien, konfrontierte die Rechtswissenschaft u.a. mit der Frage, ob und inwieweit die auf dem Computerbildschirm angezeigten Zeichen von § 11 III StGB erfasst werden konnten. Da unter den Oberbegriff der „Darstellung“ alle Zeichen fallen, welche (auch unter Verwendung von Hilfsmitteln) sinnlich wahrnehmbar sind, einen gedanklichen Inhalt vermitteln und deren stoffliche Verkörperung von gewisser Dauer ist, versuchte man Bildschirmdarstellungen hierunter zu subsumieren.<sup>344</sup>

133 Eine restriktive Ansicht lehnte dieses Vorgehen jedoch mit der Begründung ab,<sup>345</sup> dass es an der erforderlichen dauerhaften stofflichen Verkörperung fehle, weil die angezeigten Zeichen mit dem

---

<sup>341</sup> Landmann, NJW 1996, S. 3310

<sup>342</sup> Schreibauer, Pornographieverbot, S. 175

<sup>343</sup> Tröndle/Fischer, StGB, § 11 Rn. 47; Schreibauer, Pornographieverbot, S. 176; Franke, GA 1984, S. 455; Gribbohm in LK-StGB, § 11 Rn. 130; RGSt 39, S. 184; 46, S. 392

<sup>344</sup> So u.a. Sieber, JZ 1996, S. 495; Jäger/Collardin, CR 1996, S. 237; Derksen, NJW 1997, S. 1881; Hinterseh, jurPC 1996, S. 465 f.; Beisel/Heinrich, CR 1997, S. 361

<sup>345</sup> So Walther, NSTZ 1990, 523; Derksen, NJW 1997, S. 1878; OVG Münster, NJW 1993, S. 1494

Zugreifen auf ein neues Online-Angebot oder mit dem Abschalten des PCs sofort wieder vom Bildschirm gelöscht werden.<sup>346</sup> Diese Ansicht ist zu pauschal, weil sicherlich genauer differenziert werden müsste zwischen Daten, die nur kurzfristig im Arbeitsspeicher festgehalten werden, und solchen, die sich auf der Festplatte, Disketten oder CD-ROMs befinden.

Die damals h.M. folgte dieser engen Auslegung nicht. Sie erkannte zutreffend, dass die übertragenen Daten vor ihrem Abruf bereits auf Datenträgern (z.B. des Service-Providers) gespeichert worden waren<sup>347</sup> und z.B. diejenigen, die kinderpornografische Bilder via E-Mail verschicken wollten, diese zuvor zumindest auf Diskette, CD-ROM oder ihrer Festplatte liegen haben mussten. Weil z.B. bei Veröffentlichungen verbotener Inhalte über das Internet die Dateien auf den Festplatten der entsprechenden Server lagern,<sup>348</sup> sah man auf diese Weise das Kriterium der stofflichen Verkörperung als erfüllt an. Die Anhänger der h.M. stützen überdies ihr Ergebnis mit einem Hinweis auf die Tatsache, dass der Gesetzgeber nur „in keiner Weise über den Augenblick hinaus wirkende Vorgänge“, wie Theateraufführungen, Live-Darbietungen, Live-Fernsehsendungen (anders also als aufgezeichnete) etc. aus dem Anwendungsbereich des § 11 III StGB herausnehmen wollte.<sup>349</sup>

134

In einem Urteil des KG Berlin von 1997 folgte man schließlich ausdrücklich der Auffassung, dass auf dem Computer oder auf Diskette gespeicherte Dateien Schriften i.S.v. § 11 III StGB darstellen, auch wenn ihre Wahrnehmung erst mit Hilfe technischer Mittel möglich ist.<sup>350</sup> Somit war es bereits nach der alten Rechtslage möglich, die auf dem Bildschirm sichtbar werdenden Zeichen, soweit diese zugrunde liegenden Daten wenigstens vorübergehend auf einem Datenträger gespeichert waren (was grundsätzlich immer der Fall ist), zumindest

135

<sup>346</sup> Schreibauer, Pornographieverbot, S. 176 m.w.N.; Hinterseh, jurPC 1996, S. 493; Rudolphi, SK-StGB, § 11 Rn. 56

<sup>347</sup> Sieber, JZ 1996, S. 495; Herzog, Inhaltsbeschränkung, S. 78; Beisel/Heinrich, CR 1997, S. 362

<sup>348</sup> Schreibauer, Pornographieverbot, S. 176

<sup>349</sup> Jäger/Collardin, CR 1996, S. 237 m.w.N.; Pelz, wistra 1999, S. 53

<sup>350</sup> Vgl. Urteil des KG Berlin vom 5.09.1997, Az.: 1 AR 791/97 - 5 Ws 532/97

als „andere Darstellung“ anzusehen. Diskussionswürdig wäre sogar damals schon die Frage gewesen, ob auch bei nur im Arbeitsspeicher zur Verfügung gehaltenen Inhalten eine ausreichende stoffliche Verkörperung vorliegt.<sup>351</sup> Dieses Problem kam jedoch erst mit der Einführung des Begriffs des Datenspeichers und der dementsprechenden Klarstellung wirklich zum Tragen. Daher erfolgt eine diesbezügliche Erörterung erst im Zusammenhang mit dem Begriff des Datenspeichers nachfolgend unter Punkt c.

## b. Neue Gesetzeslage

136           Obwohl die alte Rechtslage keinerlei Regelungslücken aufwies,<sup>352</sup> sah sich der Gesetzgeber aus Gründen der Rechtssicherheit gezwungen, den Begriff des „Datenspeichers“ durch Art. 4 Nr. 1 IuKDG vom 22.7.1997<sup>353</sup> ausdrücklich in § 11 III StGB aufzunehmen.<sup>354</sup> Hierdurch sollte endgültig klargestellt werden, dass auch elektronische, elektromagnetische, optische, chemische oder sonstige Aufzeichnungen von Daten, die gedankliche Inhalte verkörpern, welche nur mit Hilfe technischer Geräte wahrnehmbar gemacht werden können, den Schriften gleichstehen<sup>355</sup> bzw. eine spezielle Art der Darstellung sind. Weil diese in einer den Schriften vergleichbaren Weise zur Wiedergabe rechtswidriger Inhalte verwendet werden können, sollten sie ausdrücklich in das strafrechtliche System aufgenommen werden.<sup>356</sup> Da es auf die Art der Wahrnehmbarmachung nicht ankommt, fallen hierunter insbesondere auch die auf dem Bildschirm sichtbar gemachten Zeichen.<sup>357</sup>

137           Von der Klarstellung werden also sowohl die schon vor der Gesetzesänderung unter § 11 III StGB fallenden Inhalte auf körperlichen

---

<sup>351</sup> Kurz erwähnt wurde dieses Problem z.B. bei Heinrich/Beisel, CR 1997, S. 362

<sup>352</sup> Vgl. AG München, CR 1998, S. 500

<sup>353</sup> BGBl. I, S. 1870; BT-Drs. 13/7385, S. 36

<sup>354</sup> BT-Drs. 13/7385, S. 36; Engel-Flechsig/Maennel/Tettenborn, NJW 1997, S. 2990; Schreibauer, Pornographieverbot, S. 177; vgl. AG München, CR 1998, S. 500

<sup>355</sup> BT-Drs. 13/7385, S. 36; Eser in Schönke/Schröder, StGB, § 11 Rn. 78; Tröndle/Fischer, StGB, § 11 Rn. 46; Rudolphi, SK-StGB, § 11 Rn. 56

<sup>356</sup> BR-Drs. 966/96, S. 38

<sup>357</sup> BT-Drs. 13/7385, S. 36; BR-Drs. 966/96, S. 38; Altenhain, CR 1997, S. 495

Datenträgern (Magnetbänder, Festplatten, CD-ROMs u.ä.)<sup>358</sup> als auch elektronische Arbeitsspeicher erfasst, welche die Inhalte nur vorübergehend bereithalten.<sup>359</sup> Echtzeitübermittlungen bzw. echtzeitentsprechende Datenübermittlungen sowie kurzfristige, oftmals notwendige transportbedingte Zwischenspeicherungen auf Netzknotenrechnern zum Zwecke der Echtzeitübermittlung z.B. im Telekommunikationsnetz bleiben hingegen auch weiterhin vom Anwendungsbereich ausgeschlossen.<sup>360</sup> Hinein fallen jedoch u.a. Zwischenspeicherungen auf einem Proxy-Cache-Server (auch wenn die Aktualisierungszeiträume sehr kurz sind) oder im Disk-Cache des Nutzers (sofern die Daten dort für einen längeren Zeitraum gespeichert sind), weil lediglich Speicherungen im Sekundenbereich nicht unter § 11 III StGB gerechnet werden sollen.<sup>361</sup>

### c. Streit um die Erfassung des Arbeitsspeichers

In der Literatur gibt es Stimmen, die eine Subsumtion des Arbeitsspeichers unter den Begriff des Datenspeichers i.S.v. § 11 III StGB ablehnen. Überwiegend jedoch wird vom Schrifttum die Ansicht des Gesetzgebers, welcher Inhalte in elektronischen Arbeitsspeichern ohne größere Diskussion unter den Begriff des Datenspeichers i.S.v. § 11 III StGB subsumiert, kritiklos übernommen. Nachfolgend werden die Meinungen zweier Kritiker dargestellt und ein eigener Standpunkt erörtert. 138

#### aa. Die Ansicht von Gounalakis

Gounalakis stuft die vorhergehend unter Punkt b. beschriebene „Grenzziehung“ der Rechtsprechung als willkürlich und unstimmig ein. Zu dieser Erkenntnis gelangt er u.a. durch einen Vergleich mit § 16 II UrhG, der für die unerlaubte Vervielfältigung ebenfalls Körperlichkeit voraussetzt. Diese wird jedoch nur dann angenommen, 139

<sup>358</sup> Gounalakis, K&R 1998, S. 330; OLG Stuttgart NStZ 1992, S. 38; Walther, NStZ 1990, S. 523 m.w.N.

<sup>359</sup> Engel-Flechsig/Maennel/Tettenborn, NJW 1997, S. 2990; BT-Drs. 13/7385, S. 36; BR-Drs. 966/96, S. 38; Altenhain, CR 1997, S. 495

<sup>360</sup> BT-Drs. 13/7385, S. 36; Schreibauer, Pornographieverbot, S. 177; Sieber, JZ 1996, S. 495; Gounalakis, K&R 1998, S. 330; Bröhl, CR 1997, S. 77

<sup>361</sup> Schreibauer, Pornographieverbot, S. 178; Herzog, Inhaltsbeschränkung, S. 79

wenn der Täter „ein online übermitteltes Werk ausdruckt oder auf Festplatte lädt“. Sie fehlt hingegen bei Daten, die lediglich in den Arbeitsspeicher geladen werden, um eine Bildschirmvisualisierung zu ermöglichen. Gounalakis fordert deshalb als zusätzliches Merkmal für die Darbietung „ein Mindestmaß an verselbständigter Existenz“.<sup>362</sup> Diese sei bei im Arbeitsspeicher vorrätig gehaltenen Daten gerade nicht gegeben, weil in diesem Falle die gedanklichen Inhalte „nur durch permanente Zufuhr von Elektrizität existent“ gehalten werden und bei Unterbrechung des Stromkreislaufes verloren gehen, „ohne je eine eigene, in sich selbst begründete Körperlichkeit erfahren zu haben“. Damit bestehe ein entscheidender Unterschied zu Daten, die auf der Festplatte, CD-ROM oder auf Disketten festgehalten werden.<sup>363</sup>

140

Er zieht deshalb folgendes Fazit: „Wollte man nicht die Differenz zur reinen Bildschirmvisualisierung – die nicht unter § 11 III StGB fallen sollte – verwischen, so muss die Bereithaltung von geistigen Inhalten qua Arbeitsspeicher von dieser Norm ausgenommen bleiben.“<sup>364</sup> Dem wird jedoch entgegengehalten: Die Tatsache, dass der Fortbestand der Bildschirmanzeige oder der Speicherung im Arbeitsspeicher vom weiteren Betrieb des Rechners abhängt, vermag nicht allein den Ausschlag zu geben, weil z.B. auch Papiere zerrissen und Tonbänder gelöscht werden können.<sup>365</sup> Dieser Einwand überzeugt allerdings nicht, denn beim Löschen oder Zerreißen hat der Besitzer zumindest ein Mindestmaß an Einfluss und Kontrolle, während es daran bei Speicherungen im Arbeitsspeicher immer fehlt.

#### **ab. Die Ansicht von Heinrich/Beisel**

141

Heinrich/Beisel<sup>366</sup> halten eine Vergleichbarkeit des Arbeitsspeichers mit anderen Speichermedien nur dann für möglich, wenn z.B. der Ersteller einer Homepage per Standleitung mit seinem Provider verbunden ist und das Datenmaterial nur einen geringen Umfang hat. Jedoch lehnen sie auch in diesem Falle eine ausreichende Verkörper-

---

<sup>362</sup> Gounalakis, K&R 1998, S. 330

<sup>363</sup> Gounalakis, K&R 1998, S. 330

<sup>364</sup> Gounalakis, K&R 1998, S. 330

<sup>365</sup> Altenhain, CR 1997, S. 495

<sup>366</sup> Beisel/Heinrich, CR 1997, 361 f.

142  
rung ab. Das angeführte Beispiel dient nur der Verdeutlichung, dass es rein theoretisch Internetangebote gibt, bei denen es an der für § 11 III StGB generell notwendigen Verkörperung der Inhalte fehlen kann, auch wenn im Regelfall der Umfang der abrufbaren Daten zu groß bleibt, um vom Arbeitsspeicher allein getragen zu werden. Insbesondere bei Angeboten mit einem hohen Graphik-Anteil ist oftmals bereits das Datenaufkommen für ein einzelnes Bild so umfangreich, dass ein nichtflüchtiges Speichermedium notwendig wird.

Aber auch dann, wenn sich das Datenmaterial zum Zeitpunkt des Abrufens ausschließlich im Arbeitsspeicher befindet, wird eine feste Verkörperung der Daten nach der von Heinrich/Beisel vertretenen Ansicht teilweise angenommen, weil „bei modernen Multitasking-Betriebssystemen (die bei denjenigen, die Internetinformationen anbieten, ausschließlich verwendet werden) eine Zwischensicherung zumindest eines Teils des flüchtigen Arbeitsspeichers auf dem nichtflüchtigen Speichermedium“ stattfindet.<sup>367</sup> Als Beispiele werden folgende Fälle genannt:

- *Mehrere Surfer greifen gleichzeitig auf das fragliche Internetangebot zu, wobei es sich nicht um die gleichen Daten handeln muss.*
- *Der Computer des Erstellers muss parallel zum Anbieten von Daten noch andere Aufgaben wie z.B. die Erstellung von Sicherungskopien oder Protokolldateien erledigen.*

143  
Im Ergebnis aber gehen die genannten Autoren davon aus, dass wohl die „überwiegende Anzahl der im Internet abgerufenen Daten von einem nichtflüchtigen Speichermedium stammt und somit die für den Schriftenbegriff notwendige Verkörperung vorliegt“.<sup>368</sup> Zu diesem Ergebnis gelangen sie zudem aufgrund der Tatsache, dass „die einzelnen Daten bedingt durch die Struktur des Internet, ihren Weg über eine Vielzahl verschiedener Rechner“ nehmen, „sodass die Wahrschein-

---

<sup>367</sup> Beisel/Heinrich, CR 1997, S. 362

<sup>368</sup> Beisel/Heinrich, CR 1997, S. 362 m.w.N.

lichkeit, dass sie dort, wenn auch nur kurzfristig auf einem nichtflüchtigen Speicher zwischengespeichert werden, sehr groß ist“.<sup>369</sup>

### ac. Stellungnahme

144 Es verdient Zustimmung, wenn es abgelehnt wird, in der Speicherung im Arbeitsspeicher eine Verkörperung von Inhalten zu erblicken. Nach Ansicht der Verfasserin besteht jedoch bereits keine Notwendigkeit, Inhalte in Arbeitsspeichern oder Cache-Servern unter den Begriff des Datenspeichers zu fassen, da alle Daten, die dort vorrätig gehalten werden, jedenfalls andernorts auf einem körperlichen Datenträger gespeichert worden sein müssen und somit ohnehin unter § 11 III StGB zu fassen sind. Im Arbeitsspeicher befinden sich lediglich kurzzeitige „Kopien“ der betreffenden Daten und Programme, mit denen der Nutzer aktuell arbeitet, um einen schnelleren Zugriff auf diese zu ermöglichen. Sobald der Rechner abgeschaltet wird, Programme beendet oder andere Online-Inhalte aufgerufen werden, ist der Inhalt des Arbeitsspeichers gelöscht, ohne dass der Benutzer des Rechners irgendwie gearteten Einfluss darauf hätte.

145 Ein der Verkörperung von Inhalten dienender Datenträger liegt schon dann vor, wenn die Visualisierung mit Hilfe eines Rechners bzw. eines Bildschirms über riesige Entfernungen hinweg erfolgt, wie es beim Internet typischerweise der Fall ist. Es kann hierbei keinen Unterschied machen, ob der Benutzer Inhalte z.B. einer Diskette anschaut, die direkt in seinem Laufwerk liegt, oder ob sich diese im Laufwerk eines „Anbieters“ befindet. Die Frage, wer Zugriff auf den verkörperten Datenträger bzw. die von diesem gespeicherten Daten hat, stellt sich erst bei der Beurteilung der einzelnen Tathandlungen und ihrer speziellen Voraussetzungen und nicht schon bei der Klärung der Begrifflichkeiten. Dem Gesetzgeber ist lediglich insoweit zu folgen, als Echtzeitübermittlungen, echtzeitähnliche Übermittlungen und solchen Vorgängen dienende kurzfristige Zwischenspeicherungen nicht unter den Begriff des Datenspeichers fallen dürfen,<sup>370</sup> weil im Unterschied zu den in Arbeitsspeichern und Cache-Servern gespei-

---

<sup>369</sup> Beisel/Heinrich, CR 1997, S. 362, dort Fn. 20

<sup>370</sup> Vgl. BT-Drs. 13/7385, S. 36

cherten Inhalten die dort übermittelten Daten nirgends und niemals vor ihrer Übermittlung dauerhaft bzw. verkörpert gespeichert wurden.

## 6. Zusammenfassung

Der Straftatbestand des Verbreitens von kinderpornografischen Schriften (§ 184 III StGB) verweist auf § 11 III StGB, der die dort ebenfalls genannten Tatmedien der „Schrift“ gleichstellt. In Literatur und Rechtsprechung trennt man die einzelnen Begriffe leider nicht immer sauber, weshalb an dieser Stelle eine kurze Klarstellung erfolgen soll: Oberbegriff der Tatmedien ist die „Darstellung“, die begrifflich alle anderen Tatmedien – die somit spezielle Formen der Darstellung sind – miterfasst. Das Wort „gleichstellen“ bedeutet lediglich, dass alle in § 11 III StGB genannten Tatmedien, soweit auf sie durch einen „Sammelverweis“ abgestellt wird, in Anwendung und Rechtsfolgen gleich behandelt werden. Es heißt keinesfalls (wie oftmals missverständlich in diversen Publikationen formuliert), alle Tatmedien seien Schriften, auch wenn dieser Begriff in den Verweisungsnormen als Oberbegriff genannt wird. Zwar ist es möglich, dass bestimmte Inhalte und ihre Form der Verkörperung Merkmale mehrerer Begriffe erfüllen. Jedoch sollten diese selbst dann nicht pauschal unter den „Schriftenbegriff“ gefasst, sondern als Spezialfall der betroffenen Tatmedien bezeichnet werden. 146

Internetinhalte jedenfalls sind – sofern sie (wie es normalerweise der Fall ist) von einem nichtflüchtigen Speichermedium stammen<sup>371</sup> – seit der Gesetzesänderung unter den Begriff des Datenspeichers zu fassen, egal ob sie überwiegend Bilder, Ton oder Buchstaben enthalten, da es hierbei weniger auf den Inhalt als auf das gewählte Speichermedium ankommt. Somit fällt z.B. eine auf einem Datenträger gespeicherte E-Mail unter den Begriff des Datenspeichers und nicht automatisch – nur weil sie hauptsächlich aus Buchstaben besteht – unter den Schriftenbegriff. Aus dem bisher Gesagten ergibt sich folglich zweifelsfrei die Geltung der sog. Äußerungs- oder Kommunikati- 147

---

<sup>371</sup> Beisel/Heinrich, CR 1997, S. 362

onsdelikte auch im Bereich des Internet.<sup>372</sup> Bezogen auf die Verbreitung kinderpornografischer Bilddateien via E-Mail oder Internet bedeutet dies Folgendes:

- *Die enthaltenen Fotos stellen einen geistigen Inhalt dar,*
- *der durch die Speicherung auf Diskette, CD-ROM oder Festplatte etc. verkörpert und*
- *mit Hilfe des Computers (bzw. Computerbildschirms) dargestellt wird.*<sup>373</sup>

148

Es sollte stets auf eine genaue Differenzierung zwischen dem rechtswidrigen Inhalt und dem Gegenstand geachtet werden, auf dem sich jener erst verkörpert findet. Beides darf nicht verwechselt oder gar in gleicher Weise gebraucht werden.<sup>374</sup> Wie oben dargelegt, kommt es für die Subsumtion unter § 11 III StGB auf eine Verbreitungsabsicht nicht an.<sup>375</sup> Schließlich müssen Arbeitsspeicher und Cache-Server aus dem Anwendungsbereich des § 11 III StGB hauptsächlich aus zwei Gründen ausgeschlossen bleiben: Zum einen, weil sie lediglich eine scheinbare Verkörperung der betreffenden Daten bewirken und zum anderen, weil eine Aufnahme in diese Norm unnötig ist, da die fraglichen Daten unabhängig von ihrer Speicherung im Arbeitsspeicher bereits auf dauerhaften Datenträgern vorliegen.

## **II. Der verbotene Inhalt**

### **1. Der allgemeine Pornografiebegriff**

149

Durch § 184 StGB wird die „Verbreitung pornografischer Schriften“ für strafbar erklärt. Das Gesetz basiert demzufolge auf einem allgemeinen Begriff der Pornografie. Zwar behandeln die Absätze 3, 4 und 5 die sog. harte Pornografie, jedoch ist hier – abgesehen von ihrem speziellen Inhalt – der Pornografiebegriff in der gleichen Weise wie in den anderen Absätzen auszulegen.<sup>376</sup> Aufgrund dessen ist es

---

<sup>372</sup> Engel-Flechsing/Maennel/Tettenborn, NJW 1997, S. 2990

<sup>373</sup> Vgl. AG Hamburg, CR 1998, S. 34 f.

<sup>374</sup> Vgl. hierzu insbesondere die nachfolgenden Ausführungen zum Verbreitensbegriff unter Kapitel 2, B.III.1.

<sup>375</sup> Koch, MMR 1999, S. 708; vgl. die Ausführungen unter Kapitel 2.B.I.2.

<sup>376</sup> Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 52 f.; BT-Drs. VI/1552, S. 36; Laubenthal, Sexualstraftaten, Rn. 857

erforderlich, zu klären, was unter dem schwer fassbaren und weiten Begriff der Pornografie, der sich aus den griechischen Wörtern „porne“ (= Hure) oder „ pornos“ (= Hurer) und „graphein“ (= schreiben, zeichnen) zusammensetzt und ursprünglich die Beschreibung des Lebens und der Sitten der Prostituierten niedrigster Stufe und ihrer Kunden meinte,<sup>377</sup> verstanden wird. Bemerkenswert ist dabei die extreme Bandbreite der verschiedenen Ansichten und Konzepte, die im Laufe der Zeit von Legislative, Judikative und auch der Literatur vertreten bzw. entwickelt worden sind. Anschließend erfolgt eine Darstellung der wichtigsten Ansätze einschließlich der vor und seit dem 4. StrRG geltenden Gesetzeslage.

### **a. Der Begriff der „unzüchtigen Schrift“/Realismuskonzept**

§ 184 StGB a.F. behandelte im Gegensatz zur heutigen Fassung die Verbreitung „unzüchtiger Schriften“. Nach damaliger ständiger Rechtsprechung war eine Schrift dann als unzüchtig anzusehen, wenn sie geeignet ist, das Scham- und Sittlichkeitsgefühl des normalen Menschen in geschlechtlicher Beziehung (erheblich<sup>378</sup>) zu verletzen. Es kam darauf an, ob der Inhalt der Schrift „den auf den Wertvorstellungen unserer Kultur beruhenden sittlichen Grundanschauungen in geschlechtlicher Hinsicht zuwider läuft“. <sup>379</sup> Ziel der Norm war zudem nicht der Jugendschutz, dem zu der Zeit allein das Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften gerecht werden sollte, sondern der Schutz der Allgemeinheit „vor gewissen Äußerungen der Geschlechtlichkeit“. Man wollte insbesondere den Erwachsenen „die Notwendigkeit der Entscheidung ersparen“, ob sie die in Frage stehenden Schriften lesen mögen oder nicht.<sup>380</sup> Nur dann, wenn eindeutig der Grundtatbestand gemeinsamer Anschauungen der Gesellschaft auf geschlechtlichem Gebiet angetastet war und dabei Störungen oder Be-

150

---

<sup>377</sup> Schreibauer, Pornographieverbot, S. 116 m.w.N.; Auer/Loimer, ÖJZ 1997, S. 617; Montgomery Hyde, Pornography, S. 1: ...“connotes the description of the life, the manners and customs of prostitutes and their patrons.“

<sup>378</sup> BVerwG NJW 1967, S. 1483

<sup>379</sup> BGHSt 3, S. 296; 5, S. 347; 11, S. 72; Mahrenholz, ZUM 1998, S. 525

<sup>380</sup> BGHSt 23, S. 42

lästigungen des Gemeinschaftslebens bewirkt wurden, konnte der Tatbestand des § 184 StGB a.F. erfüllt sein.<sup>381</sup>

151

Schon damals erkannte der BGH richtig, dass „die Anschauungen darüber, was in diesem Sinne gemeinschaftsschädlich wirkt und wo demnach die Toleranzgrenze gegenüber geschlechtsbezogenen Darstellungen zu ziehen ist“, zeitbedingt und damit dem Wandel unterworfen sind.<sup>382</sup> Man sah, dass auch oder gerade die Rechtsprechung nicht an einer tief greifenden und nachhaltigen Änderung der allgemeinen Anschauungen über die Toleranzgrenze gegenüber den hier in Frage stehenden Äußerungen vorbeigehen kann, zumal eine solche Revision bereits stattgefunden hatte.<sup>383</sup> So zeigte nämlich eine „Fülle ernsthafter Erörterungen und erzieherischer Bestrebungen, dass eine zunehmende Versachlichung der den Sexualbereich betreffenden Anschauungen in Gang gekommen ist, die dazu führt, dass Sexualität als ein Grundproblem des menschlichen Lebens offen betrachtet und sachlich erörtert wird“.<sup>384</sup> Aufgrund dieser Entwicklungen entschieden die Richter in dem berühmten „Fanny Hill-Urteil“, dass „die Schilderung geschlechtlicher Vorgänge als solche nicht mehr als unzüchtig im Sinne des § 184 StGB angesehen“ werden kann, sofern sie nicht „aufdringlich vergrößernd oder anreißerisch ist und dadurch Belange der Gemeinschaft stört oder ernsthaft gefährdet“.<sup>385</sup> Der BGH betrachtete im Ergebnis die strafrechtliche Verfolgung nur solcher Schriften für vom Gesetzeszweck gedeckt, deren Verbreitung „auch nach den so gewandelten Anschauungen“ zu einer „gröblichen Belästigung“ führt, weil „sexuelle Vorgänge in übersteigerter, anreißerischer Weise ohne Sinnzusammenhang mit anderen Lebensäußerungen geschildert werden“.<sup>386</sup> Anhaltspunkte für einen nach § 184 StGB a.F. strafbaren Inhalt sah der BGH u.a. in:

---

<sup>381</sup> BGHSt 23, S. 42

<sup>382</sup> BGHSt 23, S. 42; vgl. auch VerwG Hamburg ZUM-RD 2001, S. 298; Mahrenholz, ZUM 1998, S. 526

<sup>383</sup> BGHSt 23, S. 42 f.

<sup>384</sup> BGHSt 23, S. 43

<sup>385</sup> BGHSt 23, S. 43

<sup>386</sup> BGHSt 23, S. 44

- einer aufdringlichen, verzerrenden oder unrealistischen Darstellung geschlechtlicher Vorgänge,
- der Verherrlichung von Ausschweifungen und Perversitäten oder
- einer obszönen Ausdrucksweise.<sup>387</sup>

Man bezeichnet diese Art der Betrachtung auch als Realismus-152  
 konzeption, weil die Isolierung der Sexualität von anderen Lebensäu-  
 ßerungen und der Irrealismus der Darstellungen (= Übersteigerung)  
 ihre wesentlichen Charakteristika sind.<sup>388</sup> Sie wurde, obgleich sich  
 hiergegen erhebliche Bedenken vorbringen lassen, auch im Rahmen  
 der „Pornografie-Debatte“ seitens des Gesetzgebers vertreten. Nach-  
 folgend sollen nur die wichtigsten Kritikpunkte aufgezählt werden:

Großen Einwänden war und ist der Ansatz zunächst deshalb aus-153  
 gesetzt, weil er ein „kunsttheoretisch fragwürdiges Realismusprivi-  
 leg“<sup>389</sup> zur Folge hat, denn in ungerechtfertigter Weise privilegiert er  
 fotografische oder filmische und damit realistische Aufnahmen. Je-  
 doch kann die Einstufung als unzüchtig oder nunmehr als pornogra-  
 fisch offensichtlich nicht davon abhängen, ob der gezeigte Akt realis-  
 tisch oder unrealistisch (= übersteigert) dargestellt wird, weil dies  
 wiederum die Unmöglichkeit realistischer Pornografie zur Folge hätte  
 und ein sexueller Inhalt um so weniger pornografisch wäre, je genauer  
 und der Wirklichkeit entsprechend er dargestellt wird. Ebenso wenig  
 ist es gerechtfertigt, gerade die durch detailgenaue, gut sichtbare und  
 realistische Wiedergabe des Geschlechtsaktes ausgezeichneten typi-  
 schen Pornofilme und Magazine, bei denen die Aufnahmen oftmals  
 „gynäkologischem Untersuchungsmaterial“<sup>390</sup> ähneln, nicht unter  
 § 184 StGB zu fassen.

Das Isolierungskriterium ist bei der Begriffsbestimmung der154  
 Pornografie ebenfalls wenig hilfreich, denn das Vorhandensein einer

<sup>387</sup> So ausdrücklich BGHSt 23, S. 44; dem wurde gefolgt von: BGH StV 1981, S. 338; OLG Karlsruhe NJW 1974, S. 2016

<sup>388</sup> Laubenthal, Sexualstraftaten, Rn. 716; Schreibauer, Pornographieverbot, S. 119 mit der Aufführung wichtiger Urteile, die auf dieser Grundlage oder dementsprechend ergangen sind; Schroeder, Das neue Sexualstrafrecht, S. 64

<sup>389</sup> Schreibauer, Pornographieverbot, S. 120; Schroeder, Pornographie, S.20; ders. Sexualstrafrecht, S. 64

<sup>390</sup> Vgl. Klein-Schonfeld/Sokol, DuR 1988, S. 176

Rahmenhandlung, die einen Sinnzusammenhang zu anderen Lebensäußerungen herstellt, kann die Einstufung einer Schrift als pornografisch nicht per se zur Folge haben, da dann schon bei kleinsten Nebenhandlungen keine Pornografie mehr vorliegen könnte. Dies wiederum führte aber zu einfachen Umgehungsmöglichkeiten im Hinblick auf das Pornografieverbot. Zudem ist das genannte Kriterium völlig ungeeignet bei der Einschätzung von Einzeldarstellungen wie Plastiken, Gemälden oder Fotos.<sup>391</sup> In der Hauptsache geben aber wohl die „immensen Einbruchstellen für persönliche Wertvorstellungen und moralische Einstellungen ... des jeweiligen Richters“<sup>392</sup> Anlass zur Beanstandung, weil die Frage, wann die hier genannten Ansatzpunkte vorliegen, sehr unterschiedlich (und vor allem überwiegend nur nach subjektivem Empfinden) beantwortet werden kann.<sup>393</sup>

## **b. Die Definition des Gesetzgebers im Entwurf zum 4. StrRG**

155

Mit dem 4. StrRG<sup>394</sup> ersetzte der Gesetzgeber in § 184 StGB a.F. den Begriff der „unzüchtigen Schrift“ durch den der „pornografischen Schrift“.<sup>395</sup> Wegen des bewussten Verzichts auf die Aufnahme einer Legaldefinition der Pornografie war an ein Ende der Diskussion um selbige aber nicht zu denken. Es fand nur insoweit eine Klarstellung statt, als es zu einer Abkehr von den bisherigen Definitionsansätzen einschließlich demjenigen des BGH kommen sollte.<sup>396</sup> Mit der Gesetzesänderung erfolgte eine Einschränkung der in § 184 StGB a.F. enthaltenen Strafdrohung in der Weise, dass nur noch der Jugendschutz und der Schutz vor ungewollter Konfrontation mit pornografischen Erzeugnissen als legitimer Zweck des § 184 I StGB angesehen wurde.<sup>397</sup> Mangels gesicherter wissenschaftlicher Erkenntnisse bzgl. negativer Wirkungen des Konsums pornografischer Erzeugnisse<sup>398</sup> wandte

---

<sup>391</sup> Laubenthal, Sexualstraftaten, Rn. 716; Schroeder, Pornographie, S. 21

<sup>392</sup> Paulduro, Die Verfassungsmäßigkeit von Strafrechtsnormen, S. 391

<sup>393</sup> Schreibauer, Pornographieverbot, S. 121 f.

<sup>394</sup> Lesenswert und einen guten Überblick über Zweck und Änderungen vermittelnd Sturm, JZ 1974, S. 1; Schroeder, ZRP 1971, S. 14

<sup>395</sup> BT-Drs. VI/1552, S. 33; BT-Drs. VI/3521, S. 59

<sup>396</sup> Laubenthal, Sexualstraftaten, Rn. 717; Ladeur, AfP 2001, S. 474

<sup>397</sup> BT-Drs. VI/1552, S. 33; VI/3521, S. 58; Ladeur, AfP 2001, S. 474

<sup>398</sup> BT-Drs. VI/1552, S. 33

man sich von der bis dahin herrschenden Ansicht, dass solche schlechthin gemeinschaftsschädlich und daher vollständig mit strafrechtlichen Mitteln zu unterdrücken und zu ahnden seien, ab.<sup>399</sup> Der Entwurf erkannte zutreffend, dass die Freiheit des Einzelnen, einfach-pornografische „Werke“ zu konsumieren, nur dann hinter besonders hoch zu bewertenden Rechtsgütern (wie z.B. dem des Jugendschutz und der „negativen Konsumfreiheit“) zurücktreten muss, wenn diesen eine Verletzung droht bzw. die Gefahr ihrer Verletzung ziemlich nahe liegt.<sup>400</sup>

Der Entwurf zum 4. StrRG hielt daher in Anlehnung an die im 156  
„Fanny Hill-Urteil“ herausgearbeiteten Grundsätze<sup>401</sup> eine Darstellung für pornografisch, welche:

- *„keine gedanklichen Inhalte, mögen diese auch anstößig oder schockierend sein, übermittelt, sondern einen sexuellen Reiz auslösen soll und dabei die im Einklang mit allgemeinen gesellschaftlichen Wertvorstellungen gezogenen Grenzen des sexuellen Anstandes eindeutig überschreitet.“<sup>402</sup>*

Seitens des mit der Problematik betrauten Sonderausschusses 157  
wurde der erste Teil der Definition durch die Formulierung „zum Ausdruck bringen, dass sie ausschließlich oder überwiegend auf die Erregung eines sexuellen Reizes beim Betrachter abzielen...“ ersetzt.<sup>403</sup> Diese Änderung erfolgte zu Recht, weil das vom Entwurf vorgeschlagene Kriterium des Fehlens eines gedanklichen Inhalts in der Praxis zur Abgrenzung wenig geeignet ist, denn es lassen sich durchaus pornografische Bilder und Magazine vorstellen, die gedankliche Inhalte vermitteln. Schreibauer nennt als Beispiel hierfür Nazi-Pornografie mit rassendiskriminierenden Inhalten.<sup>404</sup>

---

<sup>399</sup> BT-Drs. VI/1552, S. 33

<sup>400</sup> BT-Drs. VI/1552, S. 33

<sup>401</sup> BGHSt 23, S. 40 ff.

<sup>402</sup> BT-Drs. VI/1552, S. 33

<sup>403</sup> BT-Drs. VI/3521, S. 60

<sup>404</sup> Schreibauer, Pornographieverbot, S. 118

Zentrale Punkte dieser vielfach in der Literatur und Rechtsprechung (teilweise auch leicht abgewandelt) vertretenen<sup>405</sup> so genannten **Tendenz-Konzeption** sind die (schon für die unzüchtigen Schriften maßgebliche) **Anstandsverletzung** und die **Stimulierungstendenz**.<sup>406</sup> Zwar kann dem insoweit zugestimmt werden, als nicht mehr jegliche Sexualdarstellung, selbst wenn sie obszönen Charakters ist, strafbar nach § 184 StGB sein soll, wie es ehemals der Fall war. Allerdings bergen die Kriterien der Anstandsverletzung und der „allgemeinen Wertvorstellungen“ aufgrund ihrer Unbestimmtheit wiederum die Gefahr, dass der Richter seine Wertvorstellungen an die Stelle der hier heranzuziehenden mehrheitlich in der Bevölkerung vertretenen setzt. Sie können somit keine praktikablen Abgrenzungsrichtlinien darstellen, wenngleich sie zum Ausdruck bringen, dass „Pornographie sich nicht ohne Rücksicht auf sich wandelnde zeitbedingte Anschauungen definieren lässt“.<sup>407</sup> Im Endeffekt stellte sich nämlich auch bei dem neu eingeführten Begriff der Pornografie die Frage nach der „Toleranzgrenze“ sexualbezogener Schriften in der Gesellschaft, was eine wirkliche Verbesserung gegenüber dem Begriff der „Unzüchtigkeit“ verunmöglichte.<sup>408</sup> Laubenthal fasst dieses wenig zufrieden stellende Ergebnis – bezugnehmend auf Fischer<sup>409</sup> – treffend folgendermaßen zusammen: „Ein Abstellen auf eine ‚vorherrschende Moralauffassung‘, also auf außerrechtliche sexualmoralische oder sexualethische Wertmaßstäbe, macht jedoch den Pornographiebegriff demjenigen der unzüchtigen Schriften kaum überlegen“.<sup>410</sup>

---

<sup>405</sup> Lackner/Kühl, § 184 Rn. 2; Laufhütte in LK-StGB, 1995, § 184 Rn. 7; BT-Drs. VI/3521, S. 60; Schreiberbauer, Pornographieverbot, S. 118 m.w.N.

<sup>406</sup> Laubenthal, Sexualstraftaten, Rn. 718; Schroeder, Pornographie, S.17

<sup>407</sup> Laubenthal, Sexualstraftaten, Rn. 718; ähnliche Kritik auch von: OLG Karlsruhe, 1974, S. 2015; Dreher JR 1974, S. 56; Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 4

<sup>408</sup> I.E. ebenso: Schreiberbauer, Pornographieverbot, S. 119; Schroeder, Pornographie, S. 16; Laubenthal, Sexualstraftaten, Rn. 718; Hanack NJW 1974, S. 7; Schroeder, Sexualstrafrecht, S. 64, der auch von dem „alten Dilemma der Toleranzgrenze“ spricht; Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 4; Laeur, AfP 2001, S. 472

<sup>409</sup> Fischer, Beurteilung von Kunstwerken, S. 154

<sup>410</sup> Laubenthal, Sexualstraftaten, Rn. 718

### c. Teleologischer Ansatz

Andere Stimmen in der Literatur befürworten unter Verneinung der Möglichkeit der Schaffung einer umfassenden, das „Typische“ und das „Wesen“ der existenten Pornografie wiedergebenden Definition einen „relativen“ Pornografiebegriff, der in Abhängigkeit zum jeweils betroffenen Schutzgut des § 184 StGB steht.<sup>411</sup> So waren für den Bereich des Kinder- und Jugendschutzes folgende Kriterien für die Bestimmung von Pornografie ausschlaggebend:

- *die Schilderung von Sexualdelikten oder Prostitution,*
- *die Wiedergabe einer entwürdigenden Einstellung zum anderen Geschlecht,*
- *das Zum-Ausdruck-Bringen einer Überbewertung des Sexuellen unter Loslösung von anderen Lebensräumen und*
- *das Besetzen von Sexualität mit Angst-, Ekel- oder Schamgefühlen.<sup>412</sup>*

Im Rahmen des Konfrontationsschutzes Erwachsener griff man demgegenüber auf das überkommene Kriterium der „Anstandsverletzung“ zurück.<sup>413</sup> Danach war in Bezug auf § 184 I Nr. 6 StGB eine solche Darstellung pornografisch, welche die im Einklang mit den gesellschaftlichen Wertvorstellungen stehenden Grenzen des sexuellen Anstandes deutlich überschreitet.<sup>414</sup> Bemerkenswert hierbei ist die zutreffende Erkenntnis, dass die Anforderungen an den Erwachsenenschutz vor Pornografie nicht geringer, sondern sogar höher einzustufen sind als beim Jugendschutz, weil die Konfrontation ohne Aufforderung durch den Erwachsenen „eine Willensbeugung enthält“, wäh-

---

<sup>411</sup> Schroeder, Pornographie, S. 20; Schreibauer, Pornographieverbot, S. 126 f.

<sup>412</sup> Schroeder, Pornographie, S. 30, der sogar „werbende Schilderungen von homosexuellen Handlungen...“ als jugendgefährdend ansieht; Überblick bei: Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 4; Laubenthal, Sexualstraftaten, Rn. 722

<sup>413</sup> Schroeder, Pornographie, S. 33

<sup>414</sup> Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 4; Laubenthal, Sexualstraftaten, Rn. 723

rend bei den strafbaren Formen der Abgabe an Jugendliche in der Regel ein entsprechender Wunsch vorgelegen hat.<sup>415</sup>

161

Gegen diesen Ansatz wird jedoch eingewandt, dass schon die ungeheure Vielfalt der als sozial unerträglich eingestuften Verhaltensweisen<sup>416</sup> auf sexuellem Gebiet große Schwierigkeiten im Hinblick auf eine praktikable Abgrenzung mit sich bringe und schließlich der Rückgriff auf das längst überkommene Anstandskriterium zu dem von Schroeder in anderem Zusammenhang bezeichneten „Dilemma der Toleranzgrenze“<sup>417</sup> führe. Das VerwG Hamburg sieht das Hauptproblem einer teleologischen Begriffsbestimmung darin: Der Gesetzgeber hat ohne gesicherte Erkenntnis dessen, ob und ggf. welche Sexualdarstellungen gefährdend auf Kinder und Jugendliche wirken, wegen der Schwere der nicht auszuschließenden Schäden (vorsorglich) bereits festgelegt, dass einfache Pornografie stets einen Fall schwerer Jugendgefährdung darstellt und deshalb verboten ist (vgl. § 184 I StGB). Daher sei es unmöglich, Pornografie „rückwärts darüber bestimmen zu wollen, ob sie tatsächlich gefährlich wirkt (zumal sich die Erkenntnislage über eine mögliche schädliche Wirkungsweise bis heute nicht wesentlich geändert hat)“.<sup>418</sup> Nach Lenckner gibt es den Begriff einer „relativen Pornografie“ entsprechend der zu § 184 StGB a.F. vertretenen „relativen Unzüchtigkeit“ heute nicht mehr, weil die Eigenschaft „pornografisch“ der Schrift selbst anhaften muss und es daher nur auf ihren Inhalt und nicht auf außerhalb liegende Begleitumstände ankommen kann.<sup>419</sup> Auch das BVerwG geht von einer vom Gesetzgeber „beabsichtigten Verwendung eines einheitlichen Pornografiebegriffs“ aus, was ebenfalls gegen eine schutzzweckabhängige Auslegung spricht.<sup>420</sup>

---

<sup>415</sup> Schroeder, Pornographie, S. 32 f.

<sup>416</sup> Siehe Schroeder, Pornographie, S. 27 ff.

<sup>417</sup> Schroeder, Sexualstrafrecht, S. 64; vgl. auch Laubenthal, Sexualstraftaten, Rn. 724

<sup>418</sup> VerwG Hamburg ZUM-RD 2001, S. 299

<sup>419</sup> Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 4

<sup>420</sup> BVerwG AfP 2002, S. 261

## d. Sonstige Ansätze

### aa. Die Objektkonzeption

Die Vertreter der Objektkonzeption sehen das Wesen der Pornografie nicht primär in der vom Hersteller des in Frage stehenden Werkes verfolgten Tendenz, sondern in der Inhumanität der konkreten Darstellung, weil vordergründig diese und nicht die subjektive Absicht der Reizerzielung zu einer Rechtsgutsgefährdung der „freien sexuellen Selbstbestimmung“ führt.<sup>421</sup> Danach liegt Pornografie vor bei:

- *groben Darstellungen des Sexuellen in drastischer Direktheit,*
- *die in einer den Sexualtrieb aufstachelnden oder*
- *die Geschlechtlichkeit in den Schmutz ziehenden oder*
- *lächerlich machenden Weise*
- *den Menschen zum bloßen (auswechselbaren) Objekt geschlechtlicher Begierde oder Betätigung jedweder Art degradieren.*<sup>422</sup>

Teilweise wird auch von einer „Entmenschlichung der Sexualität“<sup>423</sup> bzw. von der durch die Vergröberung verursachten Reduzierung des Menschen „auf ein physiologisches Reiz-Reaktionswesen“<sup>424</sup> gesprochen. Im Ergebnis liefert aber auch dieser Ansatz kein praktikables Abgrenzungskriterium, weil er sich eher als „wertendes Fazit“ bzw. „kulturphilosophische Charakterisierung“ darstellt.<sup>425</sup> Zwar sieht Fischer die Möglichkeit, dieses wertende Verständnis zu vermeiden, wenn man die Degradierung restriktiv wie bei einem Eingriff in die Menschenwürde verstünde. Jedoch bringt er hiergegen selbst vor, dass die so gewonnenen Konturen zu eng seien, weil sie die Mehrzahl der jugendgefährdenden Schriften nicht erfassen könnten.<sup>426</sup> Neben den genannten Schwachpunkten sind die aufgestellten Kriterien zusätzlich

---

<sup>421</sup> Vgl. Laubenthal, Sexualstraftaten, Rn. 719 m.w.N.

<sup>422</sup> Schreibauer, Pornographieverbot, S. 122; Schroeder, Pornographie, S. 18; so oder in gleicher Weise: OLG Düsseldorf, NJW 1974, S. 1474; OLG Karlsruhe, NJW 1987, S. 1957; Dreher JR 1974, S. 56; Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 4 m.w.N.

<sup>423</sup> Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 4

<sup>424</sup> OLG Karlsruhe, NJW 1974, S. 2016; Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 4

<sup>425</sup> Schroeder, Pornographie, S. 20; ders., Sexualstrafrecht, S. 65; Schreibauer, Pornographieverbot, S. 122

<sup>426</sup> Fischer, Werke der Kunst, S. 152

dem Vorwurf der Unflexibilität ausgesetzt. Insbesondere der „vage Begriff des Degradierens zum Sexualobjekt“ ist für eine Abgrenzung zu unbestimmt, was wiederum zu einem übergroßen richterlichen Beurteilungsspielraum führt. Schließlich lässt sich nicht wirklich klären, was „die Geschlechtlichkeit in den Schmutz ziehen“ bedeutet bzw. wann eine „Entmenschlichung der Sexualität“ vorliegt.<sup>427</sup>

## **ab. Feministische Ansätze**

164

Auch von feministischer Seite wurden (im Rahmen von Gesetzesentwürfen) verschiedene Pornographiedefinitionen vorgeschlagen, die sich gleichermaßen auf den Grundgedanken der Erniedrigung eines (insbesondere des weiblichen) Geschlechts zurückführen lassen.<sup>428</sup> Ausgehend von der These „pornografische Bilddarstellungen sind die Theorie – Vergewaltigung die Praxis der Entwürdigung der Frau“<sup>429</sup> definierte man Pornografie beispielsweise als:

- *„sexuelle Gewalt gegen Frauen durch wirklichkeitsnahe, deutliche sexuelle Erniedrigung in Bildern und/oder Worten, die eines oder mehrere der folgenden Elemente enthält: ...“*<sup>430</sup> oder
- *wie (von Schwarzer vertreten) als „verharmlosende oder verherrlichende, deutlich erniedrigende sexuelle Darstellung von Frauen oder Mädchen in Bildern und/oder Worten, die eines oder mehrere der folgenden Elemente enthält: ...“*<sup>431</sup>

165

Zu den von beiden Ansätzen gleichsam verlangten zusätzlichen Elementen zählten folgende:

- *Die Darstellung der Frau als Sexualobjekt, welches Schmerz und/oder Erniedrigung und Schmerz genießt.*
- *Die Darstellung von Vergewaltigung (weitergehend Baer/Slupik: die von der Frau als Sexualobjekt genossen wird).*

---

<sup>427</sup> Schreibauber, Pornographieverbot, S. 123; Ehlers, FuR 1977, S. 748; Laufhütte in LK-StGB, § 184 Rn. 6

<sup>428</sup> Hierzu ausführlich: Ladeur, ZUM 1989, S. 155 mit einer umfassenden „Auseinandersetzung mit feministischen Argumenten für ein Pornographieverbot“.

<sup>429</sup> Vgl. Ladeur, AfP 2001, S. 473; ders., ZUM 1989, S. 155

<sup>430</sup> Baer/Slupik, KritJ 1988, S. 172

<sup>431</sup> Schwarzer, in Literatur vor dem Richter, S. 159

- *Die Frau als Sexualobjekt wird gefesselt, geschlagen, verletzt, aufgeschlitzt, verstümmelt, zerstückelt oder auf andere Weise Opfer von Zwang und Gewalt.*
- *Frauen werden als Sexualobjekte bei der Penetration durch Tiere und/oder Sachen gezeigt.*<sup>432</sup>

Trotz der zu Recht erfolgten Hervorhebung der realistischen und wirklichkeitsnahen Darstellung als Merkmal der „typischen“ Pornografie im ersten Definitionsansatz sind beide feministischen Definitionsversuche für § 184 StGB nicht hilfreich. Immerhin bezieht der von Baer/Slupik vertretene Ansatz Darstellungen, in denen Männer oder Transsexuelle in gleicher Weise dargestellt werden, in den Pornografiebegriff mit ein, während Schwarzer zu einseitig den Schutz der Frau vor sexueller Degradierung betont.<sup>433</sup> Dies hat zur Folge, dass nicht frauenfeindliche Formen der sexuellen Darstellung dem Pornografiebegriff nicht unterfallen und dem Rechtsgut des Jugendschutzes nicht ausreichend Rechnung getragen wird. Zudem verunmöglicht das Abstellen auf hauptsächlich gewalttätige oder sodomitische Sexualdarstellungen bei beiden Ansätzen eine Grenzziehung zwischen einfacher und harter Pornografie. Schließlich sind beide Definitionsvorschläge zu statisch und unflexibel in Bezug auf „neuere Erscheinungsformen medialer sexueller Darstellungen“ und müssen daher abgelehnt werden.<sup>434</sup>

### **ac. Heutiger Pornografiebegriff der Rechtsprechung**

Der vom Sonderausschuss für die Strafrechtsreform in Anlehnung an das „Fanny Hill Urteil“ entwickelte Pornografiebegriff wurde unter Aussparung der dort verwendeten normativen Kriterien durch die Rechtsprechung in der Weise weiterentwickelt, dass nunmehr solche Darstellungen als pornografisch eingestuft werden müssen, die:

- *unter Hintansetzung sonstiger menschlicher Bezüge*
- *sexuelle Vorgänge*

---

<sup>432</sup> Einen vollständigen Überblick liefert Schreibauer, Pornographieverbot, S. 124 f.; vgl. zudem Schwarzer, in Literatur vor dem Richter, S. 159 ff.

<sup>433</sup> Schreibauer, Pornographieverbot, S. 125

<sup>434</sup> Schreibauer, Pornographieverbot, S. 126

- *in grob aufdringlicher,*
- *anreißerischer Weise*
- *in den Vordergrund rücken und*
- *ausschließlich oder überwiegend auf die Erregung sexueller Reize abzielen.*<sup>435</sup>

168        Aber auch dieser Ansatz kann für sich gesehen nicht überzeugen, weil er im Wesentlichen an den gleichen Schwachpunkten leidet wie die Definition im Entwurf zum 4. StrRG.<sup>436</sup> Im Endeffekt wurden lediglich bestimmte normative Begriffe (bzw. der auszufüllende weite Begriff der Pornografie selbst) durch eine Vielzahl weiterer wertender Kriterien ergänzt bzw. ersetzt, die ebenso wenig wie die meisten der vorgeschlagenen Abgrenzungskriterien einen Gewinn inhaltlicher Präzision bringen.<sup>437</sup>

## **e. Stellungnahme**

### **aa. Allgemeine Bewertung der dargestellten Ansichten**

169        Wie die vorherigen Ausführungen zeigen, ist es bisher nicht gelungen, eine umfassende Definition des Pornografiebegriffs aufzustellen bzw. praktikable Abgrenzungskriterien für ihn zu finden. Vielmehr wird in den Definitionsversuchen lediglich das normative Element des Begriffs der Pornografie, der rein deskriptiv überhaupt nicht zu bestimmen ist, besonders sichtbar gemacht.<sup>438</sup> Einig ist man sich jedoch insoweit, als (bildliche wie textliche) Darstellungen (auch des Geschlechtsverkehrs), um pornografisch sein zu können, einen Bezug zum Bereich des Sexuellen aufweisen müssen, und dies für sich genommen noch nicht ausreicht.<sup>439</sup> So bejaht ein Teil der Literatur den Pornografiecharakter der Darstellung einer sexuellen Handlung zutreffend nur dann, „wenn sie in einem Kontext steht, der seinem sozialen Sinn nach nicht darin besteht, eine wissenschaftliche, künstlerische

<sup>435</sup> Vgl. BGHSt 37, S. 60; BVerwG AfP 2002, S. 257; BayObLGSt 1974, S. 181; OLG Schleswig SchlHA 1976, S. 168; OLG Koblenz NJW 1979, S. 1467; Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 4 m.w.N.

<sup>436</sup> So auch Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 4.

<sup>437</sup> Vgl. auch Herkströter, AfP 1992, S. 25

<sup>438</sup> Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 4

<sup>439</sup> Kühl in Lackner/Kühl, § 184 Rn. 2; Laubenthal, Sexualstraftaten, Rn. 713; Montgomery Hyde, Pornography, S. 1

oder informative Kommunikation über Sexualität zu inszenieren, sondern die Darstellung selbst nur Bestandteil eines Handlungszusammenhangs ist, welcher der Erzeugung sexueller Lust dient“.<sup>440</sup> Aus dieser Tatsache ergibt sich, dass es schon gar nicht auf eine konturgebende Definition ankommt, sondern darauf, hinreichend sichere und praktikable Maßstäbe zu finden, mit Hilfe derer sich der Begriff „pornografisch“ im Einzelfall ausfüllen lässt.<sup>441</sup>

Obleich das auslegungsbedürftige Kriterium der „allgemeinen Wertvorstellung“ zu unbestimmt und teilweise wenig fassbar ist, wird es im Bereich des Pornografiebegriffs doch immer eine Rolle spielen. Nur durch die „Beweglichkeit des Strafrechts“ und den „Prozess gesellschaftlicher Selbstfindung“<sup>442</sup> ist es zu erklären, dass z.B. die ehemals so verpönten und als „unzüchtig“ eingestuften „Oben-ohne-Fotos“ völlig legitim mittlerweile auf jeder Fernsehzeitung zu finden sind. Es ist illusorisch anzunehmen, jemals rein objektive Maßstäbe für die Abgrenzung finden zu können. Die Bestimmung von Pornografie bleibt bei der derzeitigen Gesetzeslage immer eine wertende Betrachtung, die von dem subjektiven Empfinden des jeweiligen Betrachters beeinflusst wird.<sup>443</sup> Montgomery Hyde geht sogar davon aus, dass keine zwei Frauen oder Männer gleich über Pornografie denken. Vielmehr bestehen seiner Meinung nach genauso viele Ansichten hierüber, wie es Länder, Mentalitäten, Vorstellungen und Wesensarten gibt.<sup>444</sup> Lautmann stellt fest: „Es gibt kein objektiv festes, intersubjek-

170

---

<sup>440</sup> U.a. Herkströter, AfP 1992, S. 26; Zutreffend schränkt er das Gesagte insofern ein, dass hierdurch einer Darstellung nicht gleichzeitig der Charakter als künstlerisch oder wissenschaftlich automatisch abgesprochen werden soll. Bzgl. des Abziels auf sexuelle Lust muss jedoch eine Einschränkung derart erfolgen, als dies auch untergeordnetes Ziel etc. sein kann und es auf die objektive Tendenz und nicht die subjektive Zielrichtung des Urhebers ankommt (vgl. Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 4 und Montgomery Hyde, Pornography, S. 1); Ladeur, AfP 2001, S. 475

<sup>441</sup> Lenckner in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 4; Herkströter, AfP 1992, S. 25

<sup>442</sup> So Ladeur, AfP 2001, S. 472

<sup>443</sup> So auch Montgomery Hyde, Pornography, S. 2; VerwG Hamburg ZUM-RD 2001, S. 298

<sup>444</sup> Montgomery Hyde, Pornography, S. 2: “And no two men or women think altogether alike in this respect. ... it has as many meanings as there are countries, mentalities, conceptions and temperaments.”

tiv-einheitliches Kriterium für das Pornografische...“.<sup>445</sup> Daher läuft die Bestimmung von Pornografie immer auf eine (vom Gesetz auch so beabsichtigte) richterliche Einzelfallentscheidung hinaus, bei der eine Kombination der jeweils nützlichen Aspekte, der einzelnen oben dargestellten Definitionsansätze und Abgrenzungskriterien weiterhelfen kann.

171 Lenckner/Perron schränken diesen nach wie vor weiten Pornografiebegriff im Hinblick auf die Pflicht zur Beachtung des Bestimmtheitsgebots nach Art. 103 II GG, demgemäß jeder die Möglichkeit haben muss, zu erkennen, wann und wie er sich strafbar macht, zutreffend ein. Weil dieser Grundsatz durch die genannten Unklarheiten bei der Bestimmung von Pornografie in bedenklicher Weise strapaziert wird, bleibt ihm de lege lata nur in der Weise Rechnung zu tragen, dass die Unsicherheit der in Bezug genommenen außergesetzlichen Wertmaßstäbe nicht zu Lasten des Täters gehen darf. „Nur wenn sich aus diesen eine Entscheidung ergibt, die eindeutig oder jedenfalls relativ eindeutig in dem Sinn ist, dass eine abweichende Auffassung schlechterdings nicht mehr vertretbar erscheint, kann eine Darstellung als pornografisch bezeichnet werden, nicht aber, wenn darüber vernünftigerweise gestritten werden kann.“<sup>446</sup>

### **ab. Zwischenergebnis**

172 Selbst die um des Bestimmtheitsgebots willen geprägte Formel Lenckners ist nicht wertfrei, denn die Frage danach, wann etwas „schlechterdings nicht mehr vertretbar ist“ und ob darüber „vernünftigerweise“ noch gestritten werden kann, bleibt nicht ohne Heranziehung der in der Gesellschaft überwiegenden Wertvorstellung beantwortbar. Man hat sich also – wie bereits festgestellt – damit abzufinden, dass es weder eine abschließende Definition des Pornografiebegriffs noch völlig wertfreie (also sichere und unproblematische) Abgrenzungskriterien geben kann. Dabei gilt es insbesondere zu beachten, dass es nicht Aufgabe des Strafrechts ist, vor der Verbreitung

---

<sup>445</sup> Lautmann, Das pornographierte Begehren, S. 13

<sup>446</sup> Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 4; dem folgend: VerwG Hamburg ZUM-RD 2001, S. 300

„falscher Meinungen zu schützen“, obgleich sie mit sexuellen Darstellungen verbunden sind. Alle Meinungen sind grundsätzlich frei und dürfen nur für Belange des Jugend- und Ehrenschatzes und zum Schutze der in Art. 5 II GG genannten Rechtsgüter eingeschränkt werden.<sup>447</sup> Alle Versuche, das Typische oder das Wesen der Pornografie zu ermitteln und auf eine Formel zu bringen, müssen zwangsläufig immer scheitern, weil die Bandbreite der Erscheinungsformen sexueller Darstellungen viel zu groß und gleichzeitig immer dem Wandel der gesellschaftlichen Akzeptanzgrenze unterworfen ist. Eine allgemeingültige Definition, die auf alle Fallgestaltungen Anwendung findet, kann es somit nicht geben. Es lassen sich nur einige abstrakte Kriterien festhalten; der Rest bleibt Kasuistik, weil anders dem Wandel der Anschauungen nicht Rechnung getragen werden könnte.<sup>448</sup>

### **ac. Eigener Ansatz**

Losgelöst von der derzeitigen Gesetzes- und Rechtslage erscheint folgende Auslegung, die sich an den Schutzzwecken des § 184 StGB orientiert und das Ziel einer einfacheren Handhabung dieser Norm verfolgt, erstrebenswert. Ausgehend von dem bezweckten Konfrontationsschutz Erwachsener halte ich es für angebracht, alle diejenigen Darstellungen als pornografisch anzusehen, die: 173

- *über die bloße Abbildung des nackten Körpers hinaus gehen und*
- *dabei keinen wissenschaftlichen, informativen, künstlerischen oder aufklärerischen o.ä. legitimen Zweck verfolgen, sondern*
- *objektiv auf die sexuelle Stimulierung des Betrachters abzielen.*

Diesen Maßstäben entsprechen im einfachsten Fall Darstellungen der Geschlechtsorgane, also des Schambereiches bei der Frau und des erigierten Penis (nicht eines solchen im normalen Zustand) beim Mann. Hinzukommen muss jedoch objektiv gesehen eine auf sexuelle Stimulierung (egal in welcher Intensität) abzielende Tendenz. Es darf der Darstellung also unter keinen Umständen ein rein bzw. überwiegend aufklärerischer, informativer oder wissenschaftlicher Charakter 174

---

<sup>447</sup> Ladeur, AfP 2001, S. 473

<sup>448</sup> VerwG Hamburg, ZUM-RD 2001, S. 305

zugesprochen werden können. So soll z.B. die wissenschaftliche Darstellung der weiblichen Geschlechtsorgane nicht dem Pornografieverbot unterfallen. In den meisten Fällen dürfte eine derartige Einschätzung auf der Grundlage einer Gesamtbetrachtung des entsprechenden Werkes keine besondere Schwierigkeit darstellen. Jedenfalls ist sie aber einfacher und praktikabler als bei den sonstigen Definitionsversuchen.

175 Auch kann dem Rechtsgut der „negativen Informations- bzw. Handlungsfreiheit“ der Erwachsenen nur auf diese Weise ausreichend Rechnung getragen werden, denn dabei geht es gerade um die Freiheit, darüber zu entscheiden, welche sexuellen Darstellungen man konsumieren will oder nicht. Meines Erachtens steht es dem Gesetzgeber nicht zu, eine Voreinschätzung dergestalt vorzunehmen, dass von vornherein festgelegt ist, welche dieser Schriften „noch hinnehmbar sind“ und welche nicht. So liegt es aber derzeit bei den sog. „Schmuddelechten“, die noch nicht zur Pornografie gezählt werden und daher in den meisten Zeitungsläden erhältlich sind. Oft werden bereits auf der Titelseite dieser Magazine Frauen und Männer in aufreizenden und eindeutig „sexuellen“ Posen (gespreizte Beine von Frauen etc.) dargestellt. Schon der Anblick dieser Abbildungen sollte jedoch der Entscheidungsfreiheit unterliegen. In der Praxis müssten somit die unter die obige Definition fallenden Werke in gesonderten Abteilungen verkauft werden, die von daran nicht interessierten Personen nicht betreten werden.<sup>449</sup>

176 Nachdem der Begriff der Pornografie soweit geklärt ist, stellt sich die Frage nach dem Rechtsgut des Jugendschutzes. Hier gelten auf-

---

<sup>449</sup> Dies sollte man sich jedoch nicht als Abschottung bzw. Ausgrenzung der Konsumenten dieser Materialien vorstellen. Es muss nur gewährleistet sein, dass jeder weiß, wo er mit Pornografie konfrontiert werden kann und wo nicht, um sich danach richten zu können. Ähnlich bereits Ladeur, welcher die Problematik der rechtlichen Konkretisierung im Einzelfall als nicht erheblich schwieriger gegenüber sonstigen Unterscheidungen im Rechtssystem einstuft und unter Abstellen auf das Verhältnis von Öffentlichem und Privatem dasjenige Genre als pornografisch ansieht, welches „primär über getrennte Läden, Kinos, Versandhäuser etc. verbreitet und in der Regel auch nicht von der allgemeinen Presse rezensiert wird“, vgl. Ladeur, AfP 2001, S. 475

grund der Einheitlichkeit des Pornografiebegriffs die gleichen Maßstäbe wie beim Konsumschutz der Erwachsenen, nur wird in diesem Fall der These des Gesetzgebers, dass einfache Pornografie immer jugendgefährdend ist, nicht zugestimmt. Vielmehr gilt es darauf abzustellen, welche der nach dieser Ansicht als pornografisch eingestuftem Materialien vermeintlich ungefährlich sind und deshalb an Jugendliche herausgegeben werden dürfen. An dieser Stelle kann auf die Gesetzesbegründung zurückgegriffen und gefragt werden, worin der Gesetzgeber damals das Gefahrenpotential gesehen hat.<sup>450</sup> Trotz der normativen Elemente des gesetzgeberischen Definitionsansatzes, die sich auch in der Formel des BGH wieder finden, ist jener nämlich insofern nützlich, als er wiedergibt, welche Gründe den Gesetzgeber dazu bewogen haben, Pornografie als jugendgefährdend einzuschätzen. Zusätzlich erscheint es ratsam, auch die übrigen Definitionsversuche bei der Suche nach geeigneten Maßstäben mit einzubeziehen, denn erst ein Zusammenspiel der treffenden Aussagen aller Ansätze kann ein befriedigendes Ergebnis liefern. Es geht somit nur darum, Indizien für eine Jugendgefährdung aufzustellen, und nicht darum, eine abschließende Formel zu finden.

Unter Zugrundelegung der oben erörterten Grundsätze und dem eben Gesagten sind Darstellungen mit sexuellem Bezug, die objektiv gesehen keinen rein wissenschaftlichen, informativen, künstlerischen oder aufklärerischen Zweck verfolgen und die über die bloße Nacktheit in oben beschriebenem Sinne hinaus gehen, dann jugendgefährdend und damit nicht an Jugendliche herauszugeben, wenn eines oder mehrere der folgenden Kriterien erfüllt sind.<sup>451</sup>

- *Die sexuellen Handlungen werden losgelöst von jeglichen sonstigen Lebensäußerungen dargestellt,*
- *die Frau wird als allzeit bereites physiologisches Reaktionswesen dargeboten, also als bloßes auswechselbares Objekt der Begierde dargestellt bzw.*

---

<sup>450</sup> VerwG Hamburg, ZUM-RD 2001, S. 299; vgl. Kapitel 2.A.I.3.

<sup>451</sup> Dabei darf diese Aufzählung keinesfalls als abschließend angesehen werden.

- *Menschen allgemein werden zum austauschbaren, anonymen Sexualobjekt gemacht,*
- *es werden Sexualstraftaten (die noch nicht unter § 184 III StGB fallen) dargestellt und als nachahmenswert, akzeptabel oder positiv bewertet.*<sup>452</sup>

178

Zusammenfassend lässt sich folgendes sagen: Die einzelnen Schutzzwecke finden zwar bei der Auslegung Beachtung, führen aber nicht wie beim teleologischen Ansatz zu einer differenzierten „relativierenden“ Auslegung des Pornografiebegriffes je nach Schutzgut. Im Rahmen dieses Auslegungsvorschlags ist die zentrale Frage nicht mehr (wie sonst) die des Pornografiebegriffes, sondern die, welche Pornografie an Jugendliche gelangen darf, weil die Vermutung für ihre Unschädlichkeit diejenige ihrer Schädlichkeit wesentlich überwiegt. Insofern ging der Gesetzgeber (ohne gesicherte Erkenntnisse) von einer falschen Betrachtungsweise aus, als er meinte, jegliche Pornografie sei jugendgefährdend. Dies ist meines Erachtens aber nicht der Fall, weil die Darstellung sexueller Handlungen erst dann gefährdend wirken kann, wenn sie ein oder mehrere der oben genannten Kriterien erfüllt. Um der Tatsache gerecht zu werden, dass keine gesicherten Erkenntnisse bzgl. der (Un-) Gefährlichkeit sexueller Darstellungen in Bezug auf Jugendliche existieren, sollte bis zum Alter von 14 Jahren ein generelles Abgabeverbot von Pornografie in dem hier genannten Sinne eingehalten werden und dann eine Teilfreigabe nach obigen Maßstäben erfolgen. Ab 18 Jahren ist Pornographie schließlich frei erhältlich, soweit keine strafbaren Inhalte darin vorkommen.

179

§ 184 I StGB könnte somit derart umformuliert werden, dass niemand ungewollt mit pornografischen Schriften konfrontiert werden darf und eine freiwillige Nachfrage (denn um eine solche handelt es sich meistens) durch Jugendliche ab dem Alter von 14 Jahren gestattet ist, sofern es sich nicht um „sexuell jugendgefährdende Schriften“ handelt. Bei dieser –beiden Schutzzwecken gleichermaßen gerecht werdenden – Auslegung sind dann die bereits existierenden sinnvollen

---

<sup>452</sup> Diese teilweise auf den teleologischen Ansatz Schroeders (Pornographie, S. 27 ff.) zurückgehenden Kriterien sind keinesfalls als abschließend zu betrachten, sondern können und müssen durch weitere ergänzt werden.

Kriterien der anderen Ansätze heranzuziehen. Schließlich steht die hier vertretene Ansicht in keinem Widerspruch zu der Annahme, den Begriff einer „relativen Pornografie“ entsprechend der zu § 184 StGB a.F. vertretenen „relativen Unzüchtigkeit“ könne es heute nicht mehr geben, weil die Eigenschaft „pornografisch“ der Schrift selbst anhaften muss und es daher nur auf ihren Inhalt und nicht auf außerhalb liegende Begleitumstände ankommen kann.<sup>453</sup> Der hier vertretene Pornografie-Begriff wird gerade in allen Varianten einheitlich bestimmt.

## **2. Kinderpornografie i.S.v. § 184 III, IV und V StGB**

Unter Kinderpornografie i.S.v. § 184 III 2. Alt. StGB sind Darstellungen des sexuellen Missbrauchs von Kindern i.S.v. den §§ 176, 176 a und 176 b StGB zu verstehen.<sup>454</sup> Daher gilt es zunächst, eine nähere Betrachtung der genannten Normen, also der hierdurch erfassten strafbaren Handlungen und sonstigen Tatbestandsvoraussetzungen, vorzunehmen.

180

### **a. Der Begriff des Kindes**

#### **aa. Allgemeines – Legaldefinition gem. § 176 StGB**

Gem. der Legaldefinition des § 176 I StGB sind als Kinder nur Personen bis zum Alter von 14 Jahren zu zählen. Leider sieht es in der Realität anders aus, weil häufig auch Minderjährige über dieser Altersgrenze Missbrauchsoffer im Rahmen der Herstellung pornografischer Filme, Bilder etc. werden.<sup>455</sup> Beeinflusst durch diese bedauerliche Tatsache verlangte der Bundesrat eine Erhöhung des Schutzes in § 184 StGB auf bis zu 16 Jahre, weil er der Auffassung war, solche Jugendlichen seien weder durch die §§ 174 ff. noch durch § 184 StGB geschützt, da diese Normen die Herstellung pornografischer Aufnahmen nicht erfassen.<sup>456</sup> Zwar ist dem insoweit zuzustimmen, als es an einer ausdrücklichen Strafbarkeit für das angesprochene Verhalten

181

---

<sup>453</sup> Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 4; BVerwG AfP 2002, S. 261

<sup>454</sup> Laubenthal, Sexualstraftaten, Rn. 862; vgl. auch Schreibauer, Pornographieverbot, S. 140 ff.

<sup>455</sup> Vgl. BT-Drs. 12/3001, S. 7

<sup>456</sup> BT-Drs. 12/3001, S. 7

fehlt. Jedoch existieren zahlreiche Strafnormen, welche die durch die Herstellung vorgenommenen Handlungen pönalisieren. Dazu zählen:

- § 182: *sexueller Missbrauch von Jugendlichen*,
- § 173: *Beischlaf unter Verwandten*,
- § 174: *sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen und*
- § 177: *sexuelle Nötigung und Vergewaltigung*.

182

Im Übrigen wollte der Gesetzgeber gerade nur bei Kindern einen absoluten Schutz vor sexuellen Handlungen i.S.v. § 176 ff. StGB sicherstellen. Jugendliche sollten aufgrund des Rechtes auf sexuelle Selbstbestimmung in diesem Bereich lediglich unter bestimmten Umständen geschützt werden. Liegen diese speziellen Umstände nicht vor, sah man keinen Grund für eine Bestrafung des sexuellen Kontakts zwischen einem Jugendlichen unter 16 Jahren und einem Erwachsenen.<sup>457</sup> Eine isolierte Ausweitung des Schutzalters in § 184 III, IV und V StGB hätte paradoxerweise zur Folge, dass die sexuellen Handlungen im Rahmen der Herstellung für den „unmittelbar beteiligten Täter“ nicht strafbar sind, wohl aber für den, der die entsprechenden Darstellungen verbreitet oder besitzt.

### **ab. Tote Kinder**

183

Die Realität hat gezeigt, dass auch vor der Schändung von Kinderleichen nicht halt gemacht wird.<sup>458</sup> Allerdings sei bemerkt, dass solche Fälle sehr selten und keinesfalls die Regel sind. Es ist nun zu fragen, ob es für die Erfüllung des Tatbestandes von § 184 III StGB ausreicht, wenn „Schriften“ verbreitet werden, in denen die Vornahme sexueller Handlungen an toten Kindern dargestellt wird. Bei der Beantwortung dieser Frage muss auf § 176 StGB als Grundnorm des sexuellen Missbrauchs von Kindern zurückgegriffen und das geschützte Rechtsgut bestimmt werden. Dieses wird in der von vorzeitigen sexuellen Erleb-

---

<sup>457</sup> BT-Drs. 12/3001, S. 9; vgl. auch Schroeder, ZRP 1990, S. 300

<sup>458</sup> Vgl. z.B. [http://www.vision2000.at/2000/vision6-00/6\\_Presse.htm](http://www.vision2000.at/2000/vision6-00/6_Presse.htm);  
[http://www.zeit-fragen.ch/ARCHIV/ZF\\_62/T08.HTM](http://www.zeit-fragen.ch/ARCHIV/ZF_62/T08.HTM); kritisch  
<http://www.itp-arcados.net/sonderfall/porno/snuff.movies/russland2000pa.html> (Stand 8.03.03)

nissen ungestörten Gesamtentwicklung des Kindes und der daraus resultierenden Möglichkeit zur Entwicklung sexueller Selbstbestimmungsfähigkeit gesehen.<sup>459</sup> Hieraus resultiert jedoch, dass es keinen tatbestandmäßigen Missbrauch an toten Kindern geben kann. Demzufolge wird überwiegend vertreten, der von § 184 StGB verfolgte Schutzzweck „Schutz vor realem Missbrauch infolge des Konsums“ sei nicht mehr tangiert, sofern sexuelle Handlungen an einer Kinderleiche vorgenommen werden.<sup>460</sup>

Gegen diese Auffassung lässt sich jedoch folgendes einwenden: 184  
Auch in den genannten Fällen besteht die Gefahr, dass der jeweilige Betrachter nicht trennscharf zwischen dem Missbrauch eines lebenden oder eines toten Kindes unterscheidet und sich durch die entsprechenden Darstellungen zu einem „echten“ Kindesmissbrauch anregen lässt. Allein diese Gefahr rechtfertigt es, auch die Darstellung von Handlungen i.S.d. § 176 StGB an toten Kindern als Kinderpornografie gelten zu lassen. Das gilt umso mehr, als eine vergleichbare Gefahrenlage im Rahmen des Konsumschutzes von Minderjährigen vor „deviantem Sexualverhalten mit Kindern“ besteht, da auch hier die nur teilweise Übernahme des Dargestellten in das Sexualverhalten durch den Betrachter zu befürchten ist.<sup>461</sup> Sofern aber objektiv der Anschein erweckt wird, dass das Kind noch lebt, handelt es sich um wirklichkeitsnahe Kinderpornografie, die jedenfalls tatbestandlich erfasst wird.

## **b. Der sexuelle Missbrauch**

Wie bereits erwähnt, umfasst die 2. Tatbestandsalternative des 185  
§ 184 III StGB ohne Einschränkung alle Handlungen, die nach §§ 176 StGB bestraft werden.<sup>462</sup> Hierunter fallen im Einzelnen:

- *die Vornahme sexueller Handlungen an einem Kind oder das Vornehmenlassen solcher Handlungen an sich (§ 176 I StGB),*

---

<sup>459</sup> Tröndle/Fischer, StGB, § 176 Rn. 1a, m.w.N.; Schreibauer Pornographieverbot, S. 145; Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 176 Rn. 1

<sup>460</sup> Laubenthal, Sexualstraftaten, Rn. 864; Lackner/Kühl, § 184 Rn. 4; Laufhütte in LK-StGB, § 184, Rn. 15; Tröndle/Fischer, StGB, § 184 Rn. 37

<sup>461</sup> Schreibauer, Pornographieverbot, S. 145

<sup>462</sup> Laubenthal, Sexualstraftaten, Rn. 863

- *die Bestimmung eines Kindes zur Vornahme sexueller Handlungen an sich oder einem Dritten (§ 176 II StGB),*
- *die Vornahme sexueller Handlungen vor einem Kind,*
- *die Bestimmung eines Kindes, sexuelle Handlungen an sich vorzunehmen bzw.*
- *das Einwirken auf ein Kind durch Vorzeigen pornografischer Abbildungen oder Darstellungen, durch Abspielen von Tonträgern pornografischen Inhalts oder durch entsprechende Reden (§ 176 III StGB).*

186

Ebenfalls erfasst werden die in §§ 176 a und b StGB umschriebenen strafbaren Handlungen. Dabei stellt § 176 a StGB eine Qualifikation und § 176 b StGB eine Erfolgsqualifikation hinsichtlich des Grunddelikts (= § 176 StGB) dar.<sup>463</sup> Insbesondere geht es um folgende Verhaltensweisen:

- *das Vollziehen des Beischlafes mit einem Kind bzw.*
- *die Vornahme oder das Vornehmenlassen ähnlicher sexueller Handlungen, die mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind (§ 176 a I Nr. 1 StGB),*
- *die gemeinschaftliche Begehung einer Tat nach § 176 (§ 176 a I Nr. 2 StGB),*
- *die Verursachung der Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung oder einer Schädigung der körperlichen oder seelischen Entwicklung für das Kind durch die Tat (§ 176 a I Nr. 3 StGB),*
- *das schwere Misshandeln bei einer Tat nach § 176 I und II bzw.*
- *die Hervorrufung der Todesgefahr für das Kind durch die Tat (§ 176 a IV StGB) sowie*
- *die mindestens leichtfertige Verursachung des Todes des Kindes durch Handlungen nach §§ 17 und 176a (§ 176 b).*

## **c. Missbrauch als Gegenstand der Schrift**

### **aa. Allgemeines**

187

Zur Tatbestandserfüllung des § 184 III StGB muss der sexuelle Missbrauch Gegenstand der betreffenden Schrift sein. Dies ist unzwei-

---

<sup>463</sup> Tröndle/Fischer, StGB, § 176a Rn. 1, § 176 b Rn. 2

felhaft immer der Fall, wenn sie bildlich oder auf sonstige Weise wiedergibt, wie ein Erwachsener sexuelle Handlungen i.S.v. § 176 StGB an einem Kind vornimmt.<sup>464</sup> Neben diesen eindeutigen Fällen gibt es jedoch auch Konstellationen, in denen das Vorliegen des sexuellen Missbrauchs als Gegenstand der Darstellung strittig ist. Das gilt etwa dann, wenn sexuelle Handlungen i.S.v. § 176 StGB vorgenommen werden, die keinen körperlichen Kontakt zwischen dem Täter und dem Kind voraussetzen. Hierzu zählen speziell Straftaten nach § 176 II und III StGB, wobei im Rahmen des Absatzes 2 lediglich sexuelle Handlungen von Kindern untereinander relevant werden, weil andernfalls sowieso ein sexueller Missbrauch Gegenstand der Schrift wäre. Im Detail sind folgende Handlungen problematisch:

- *das Bestimmen eines Kindes zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an bzw. von einem anderen Kind (§ 176 II StGB),*
- *das Bestimmen eines Kindes zur Vornahme sexueller Handlungen an sich selbst (§ 176 III Nr. 2 StGB) sowie*
- *die Einwirkung auf ein Kind in der in § 176 III Nr. 3 StGB beschriebenen Weise.*

Aufgrund des eindeutigen Wortlauts von § 184 III StGB, der ausdrücklich und ohne Einschränkung auf § 176 StGB (also auch auf Handlungen, die nicht an anderen Menschen vorgenommen werden) verweist, ist davon auszugehen, dass grundsätzlich alle Handlungsalternativen dieser Vorschrift Gegenstand einer kinderpornografischen Schrift sein können.<sup>465</sup> Schon aus diesem Grund ist auch der Ansicht Laufhüttes<sup>466</sup> nicht zu folgen, der die genannten Handlungen selbst dann nicht als tatbestandsmäßig einstuft, wenn sie Inhalt der Darstellung sind, weil alle übrigen Tatbestandsalternativen des § 184 III StGB auf die Vornahme von Handlungen „an“ anderen Menschen oder „an“ Tieren abstellen und dies somit auch für sexuelle Handlungen von Kindern gelten müsse. Im Übrigen verbietet die gesetzgeberi-

188

---

<sup>464</sup> BGH, NStZ 2000, S. 307; Schreibauer, Pornographieverbot, S. 145; BGHSt 45, S. 42

<sup>465</sup> Schreibauer, Pornographieverbot, S. 146; BGH NJW 1998, S. 1503; Renzikowski, NStZ 2000, S. 28

<sup>466</sup> Laufhütte in LK-StGB, § 184, Rn. 15

sche Intention eines möglichst weitreichenden Jugendschutzes eine derartig einschränkende Auslegung.<sup>467</sup>

### **ab. Erfassung sexueller Handlungen i.S.v. § 176 III 2 StGB**

189

Nachdem die grundsätzliche Erfassung von Missbrauchshandlungen ohne Körperkontakt zwischen Erwachsenen und Kindern durch § 184 III StGB feststeht, ist weiter zu fragen, wie Konstellationen rechtlich zu behandeln sind, in denen das dargestellte „sexuelle Geschehen“ per se nicht strafbar ist, jedoch den Schluss zulässt, dass es nur wegen einer Bestimmung des Kindes zur Vornahme von sexuellen Handlungen durch einen Erwachsenen i.S.v. § 176 III Nr. 2 StGB zustande gekommen sein kann. Nach e.A. darf eine solche Darstellung nur dann unter § 184 III StGB subsumiert werden, wenn der Akt des Bestimmens in der Schrift selber (sichtbar, hörbar oder auf sonstige Weise) zum Ausdruck gebracht wird.<sup>468</sup> Dies wird von der h.M. für unnötig gehalten, sodass es für eine Schrift i.S.v. § 184 III StGB ausreicht, wenn in ihr „ausschließlich sexuelle Handlungen von Kindern untereinander oder einzelner Kinder an sich selbst dargestellt sind“.<sup>469</sup>

190

Diese Ansicht wird durch ein neueres BGH-Urteil gestützt, wonach pornografische Filme und Fotografien den sexuellen Missbrauch auch dann zum Gegenstand haben, wenn „die Aufnahmen zwar unmittelbar nur die Vornahme der sexuellen Handlungen der Kinder an sich selbst zeigen, sich aber aus dem Kontext der Aufnahmen ergibt, dass das Kind von einem anderen, z.B. dem Photographen, hierzu aufgefordert worden ist“.<sup>470</sup> Das bloße Fotografieren eines nackten Kindes reicht allerdings nicht aus, auch wenn der Fotograf (oder ein Dritter) ihm beim Ausziehen geholfen und es gebeten hat, sich unbedeckt auf ein Bett zu legen. „Die Abbildung eines in natürlicher, normaler Pose

---

<sup>467</sup> So auch Renzikowski, NStZ 2000, S. 28

<sup>468</sup> Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 55; ähnlich auch Horn in SK-StGB, § 184 Rn. 66

<sup>469</sup> KG Berlin NJW 1979, S. 1897; OLG Koblenz NJW 1979, S. 1467; BGHSt 43, S. 368; BGHSt 45, S. 43; zustimmend Renzikowski NStZ 2000, S. 29

<sup>470</sup> BGHSt 45, S. 41

nackt auf dem Bett liegenden Mädchens hat nicht dessen sexuellen Missbrauch zum Gegenstand.<sup>471</sup>

Den genannten Aussagen ist zu folgen, sofern die Aufnahmen klar zum Ausdruck bringen, dass eine Bestimmung zur Vornahme der entsprechenden Handlungen vorgelegen haben muss. Dies kann sich z.B. aus dem Alter des Kindes und/oder den gezeigten sexuellen Praktiken ergeben.<sup>472</sup> Der Schluss eines der Darstellung zugrunde liegenden Missbrauchs drängt sich zudem grundsätzlich dann auf, wenn das Kind weint, schreit und/oder einen eingeschüchterten, evtl. sogar (durch Drogen) benommenen Eindruck macht oder „sich in Posen räkelt, die völlig unnatürlich für eine kindliche Verhaltensweise sind“.<sup>473</sup> Nur durch diese Auslegung kann dem bezweckten Schutz vor einer Ausbeutung von Kindern als Darsteller in pornografischen Produktionen Rechnung getragen werden.<sup>474</sup> Indem man sich auf solche Schriften beschränkt, bei denen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit eine Bestimmungshandlung i.S.v. § 176 III Nr. 2 StGB vorgelegen hat, hält man sich auch in den Grenzen des Wortlauts, denn dieser verlangt nur, dass sich aus der Darstellung „überhaupt“ ein Missbrauch ergibt. Auf welche Weise dies geschieht, lässt er indes offen.<sup>475</sup>

191

### **ac. Generelle Erfassung sexueller Handlungen von Kindern**

Nach einer in der Literatur vereinzelt vertretenen Auffassung, ist es „im Hinblick auf einen möglichst umfassenden Jugendschutz erforderlich, auch pornographische Darstellungen tatbestandlich zu erfassen, bei denen sich nicht beweisen lässt, dass Kinder zu sexuellen Handlungen vor der Kamera durch einen Erwachsenen bestimmt wurden (da Pädophile auch durch solche Bilder erregt werden, was wiederum die Gefahr eines Kindesmissbrauchs erhöht)“, und man daher den Tatbestand des § 184 III, IV und V StGB um die Formulierung

192

---

<sup>471</sup> BGHSt 43, S. 367 f.

<sup>472</sup> BGHSt 45, S. 43

<sup>473</sup> Schreibauer, Pornographieverbot, S. 147

<sup>474</sup> So auch: BGHSt 45, S. 43; OLG Koblenz NJW 1979, S. 1468; KG Berlin NJW 1979, S. 1897; BGHSt 43, S. 368

<sup>475</sup> Renzikowski, NStZ 2000, S. 29

„oder sexuelle Handlungen von Kindern“ erweitern sollte.<sup>476</sup> Zwar stellt diese Formulierung sicher, dass nicht schon bloße Nacktaufnahmen von § 184 III StGB erfasst werden, jedoch geht dieser Ansatz aus mehreren Gründen zu weit.

193

Zum einen darf der Wunsch nach einem umfassenden Schutz vor sexuellem Missbrauch durch Konsumenten entsprechender Werke nicht darüber hinweg täuschen, dass die freiwillige und selbstbestimmte Vornahme sexueller Handlungen von Kindern an sich selbst bzw. an anderen Kindern nicht strafbar ist und eine Gesetzesänderung in dem beschriebenen Sinne teils sehr paradoxe Ergebnisse zur Folge hätte. Zur Verdeutlichung soll folgender hypothetischer, aber nicht unwahrscheinlicher Fall dienen, wengleich er in der Realität eher die Ausnahme darstellen wird: Mädchen A (13) lässt sich von ihrem Freund B (13) beim Masturbieren filmen. Nach Schreibauers Vorschlag handelte es sich hierbei um eine Darstellung im Sinne eines geänderten § 184 III StGB, weil die sexuellen Handlungen eines Kindes dargestellt werden, die aber nicht durch einen sexuellen Missbrauch zustande gekommen sind. Für A und B wären der Besitz und die Weitergabe etc. nur deshalb nicht strafbar, weil sie noch nicht das Alter der Strafmündigkeit erreicht haben. Ab diesem Zeitpunkt jedoch müssten sich beide für die noch vorhandene Aufnahme einer an sich nicht strafbaren sexuellen Handlung verantworten. Vereinfacht ausgedrückt hieße das: Die Kinder dürfen zwar Sex haben, diesen aber nicht dokumentieren und die entsprechenden Dokumentationen besitzen oder weitergeben, sobald sie das 14. Lebensjahr erreicht haben. Dies halte ich für ein sehr widersprüchliches Ergebnis.

194

Zum anderen wird sich bei der überwiegenden Zahl der in Frage stehenden Konstellationen der sexuelle Missbrauch aus dem Kontext ergeben. So ist kaum anzunehmen, dass sehr junge Kinder selbstbestimmt sexuelle Handlungen ausführen, sodass dann fast immer von Missbrauch ausgegangen werden kann. Die oben unter Punkt ab. ge-

---

<sup>476</sup> Schreibauer, Pornographieverbot, S. 148; ähnlich Horn in SK-StGB, § 184 Rn. 66, der § 184 III 2. Alt. von § 176 StGB inhaltlich lösen will und diesen stets bejaht, wenn „das Sexualverhalten eines Kindes zum Gegenstand einer pornografischen Schrift gemacht wird“.

nannten Indizien für eine Fremdbestimmung sind geeignet, in der absoluten Mehrzahl der Fälle befriedigende Ergebnisse zu liefern und dadurch nur äußerst minimale Strafbarkeitslücken zuzulassen, welche aber im Hinblick auf das sexuelle Selbstbestimmungsrecht der Kinder hingenommen werden müssen. Ein Verbot in dem von Schreibaer und Horn vorgeschlagenen Sinn bringt in der Realität also nur neue Abgrenzungsprobleme und bedeutet für sich allein betrachtet keinen wesentlichen Fortschritt. Zwar ist es nicht unpraktikabel, eine klarere Gesetzesfassung im genannten Sinn zu schaffen, jedoch muss sich bei „einfachen“ sexuellen Darstellungen oder Handlungen klar aus dem Zusammenhang ergeben, dass es sich nicht um freiwilliges Verhalten dreht.

#### **d. Realitätsgrad der Darstellungen**

Weiterhin bleibt fraglich, inwieweit es sich bei Darstellungen in kinderpornografischen Schriften um reale Geschehnisse handeln muss. Dabei versteht man unter Kinderrealpornografie eine Darstellung, der ein tatsächlicher Kindesmissbrauch zugrunde liegt. Hingegen wird bei der Kinderfiktivpornografie der Missbrauch lediglich beschrieben, gezeichnet und/oder imitiert.<sup>477</sup> Zur Beantwortung dieser Frage müssen die einzelnen Absätze des § 184 StGB gesondert betrachtet werden, denn § 184 III Nr. 2 StGB verlangt nur, dass die betreffende Darstellung den sexuellen Missbrauch inhaltlich zum Gegenstand hat, während in den Absätzen 4 und 5 ein „tatsächliches oder wirklichkeitsnahes Geschehen“ vorausgesetzt wird. 195

##### **aa. Realitätsgrad in § 184 III 2. Alt. StGB**

Da § 184 III StGB den sexuellen Missbrauch lediglich inhaltlich zum Gegenstand haben muss, werden hiervon neben Kinderrealpornografie auch wirklichkeitsferne und fiktive Geschehnisse erfasst, welche die Merkmale des § 176 StGB aufweisen.<sup>478</sup> Daher müssen die dargestellten Personen bei dieser Alternative nicht unbedingt Kinder 196

---

<sup>477</sup> Laubenthal, Sexualstraftaten, Rn. 866

<sup>478</sup> Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 55; Horn in SK-StGB, § 184 Rn. 66

sein. Dies wird im Hinblick auf das Ziel, Kinder vor konsumbedingtem Missbrauch zu schützen, durch die Tatsache gerechtfertigt, dass dieser Missbrauch schon allein dann gefördert werden kann, wenn bei dem Betrachter nur der Eindruck erweckt wird, es handele sich um ein Kind (= sog. „**Scheinkinder**“).<sup>479</sup> Nach richtiger Ansicht des BGH ist dabei auf die Sicht eines verständigen Betrachters abzustellen.<sup>480</sup> Bleibt allerdings das Alter nach dem Eindruck des Betrachters offen, so ist der Straftatbestand des § 184 III StGB nicht erfüllt, weil andernfalls eine Verdachtsstrafe vorläge.<sup>481</sup> Dem Gesagten ist zuzustimmen, da bei anderer Rechtslage die Täter die Chance hätten, durch einfache Falschangaben bzgl. des Alters das „umfassende, dem vorbeugenden Rechtsgüterschutz dienende Verbot aus §§ 176 a II, 184 III StGB“ zu umgehen.<sup>482</sup>

197

Umstritten ist der umgekehrte Fall, in dem zwar der Darstellung ein realer Missbrauch zugrunde liegt, dies jedoch für einen verständigen Betrachter nicht erkennbar ist. Nach dem BGH liegt das Tatbestandsmerkmal des § 184 Abs. 3 Nr. 2 StGB „den sexuellen Missbrauch von Kindern zum Gegenstand haben“ unabhängig von der Perspektive des Betrachters stets dann vor, wenn das Opfer des Missbrauchs tatsächlich ein Kind ist.<sup>483</sup> Hiergegen lässt sich einwenden, dass das vordergründig mit dem Verbot der Kinderpornografie bezweckte Ziel des Schutzes vor konsumbedingtem Missbrauch in dieser Konstellation nicht tangiert wird, weil der Betrachter nicht zu einer entsprechenden Nachahmung angeregt werden kann, solange er nicht den Eindruck hat, es handele sich bei den dargestellten Personen um Kinder.<sup>484</sup>

---

<sup>479</sup> Schreibauer, Pornographieverbot, S. 144; Laubenthal, Sexualstraftaten, Rn. 867

<sup>480</sup> BGH JR 2002, S. 204; zustimmend Lindemann/Wachsmuth, JR 2002, S. 209

<sup>481</sup> Laufhütte in LK-StGB, § 184 Rn. 15; Schreibauer, Pornographieverbot, S. 144; Laubenthal, Sexualstraftaten, Rn. 867

<sup>482</sup> Vgl. BGH NSTZ 2000, S. 309; BGH JR 2002, S. 204; zustimmend Lindemann/Wachsmuth, JR 2002, S. 209; BT-Drs. 12/3001, S. 9; Schreibauer, Pornographieverbot, S. 141

<sup>483</sup> BGH JR 2002, S. 204; dem im Ergebnis zustimmend Gercke, MMR 2001, S. 679

<sup>484</sup> So auch Lindemann/Wachsmuth, JR 2002, S. 209

Ebenso wenig kann das Argument des Senats, die Absätze 3 und 4 des § 184 StGB dienten gleichsam dem Schutz der Kinder vor einem Missbrauch als Darsteller für derartige Produktionen, überzeugen. Zwar bezweckt § 184 III und IV StGB tatsächlich in erster Linie den Darstellerschutz, jedoch basiert dies auf der Annahme, dass die Erwerber durch den Konsum einen Anreiz zur laufenden Produktion neuer Erzeugnisse schaffen. Es geht somit vordergründig um einen mittelbaren Darstellerschutz, der jedenfalls nicht betroffen ist, sofern pornografisches Material, dem ein tatsächlicher Kindesmissbrauch zugrunde liegt, als „weiche“ (und für den verständigen Betrachter auch nicht anders zu verstehende) Pornografie auf den Markt kommt.<sup>485</sup> In diesen Fällen schaffen die Erwerber gerade keinen Anreiz für zusätzliche Produktionen, zumal davon auszugehen ist, dass es sich bei diesen Konsumenten nicht um Pädophile handelt.

Schließlich stützt der BGH seine Ansicht noch durch einen Verweis auf die Wechselwirkung des § 176 a II mit § 184 III und IV StGB. So müsse die letztgenannte Norm, um einen umfassenden Individualrechtsschutz gewährleisten zu können, auch Darstellungen erfassen, die einem verständigen Betrachter nicht als Kinderpornografie erscheinen, weil in diesen Fällen aufgrund des eindeutigen Wortlauts eine Bestrafung nach § 176 a II StGB unmöglich ist.<sup>486</sup> So bindet dieser nämlich die Strafschärfung an die Absicht der Beteiligten, die Tat zum „Gegenstand einer pornografischen Schrift zu machen, die nach § 184 III oder IV StGB verbreitet werden soll“, was nur bedeuten kann, dass gerade der sexuelle Missbrauch zum „Inhalt“ der Darstellung gemacht werden soll. Auch der Verweis auf § 184 III und IV StGB lässt nur dieses Ergebnis zu, denn nach beiden Alternativen sollen ausschließlich Schriften, die den sexuellen Missbrauch von Kindern zum Gegenstand haben, erfasst werden.<sup>487</sup> Hätte der Gesetzgeber schon bei einem Missbrauch zum Zwecke der Vermarktung als einfache Pornografie eine Strafschärfung gewollt, so wäre der Verweis nur

---

<sup>485</sup> Lindemann/Wachsmuth, JR 2002, S. 209

<sup>486</sup> BGH JR, 2002, S. 204

<sup>487</sup> Im Ergebnis ebenso: Tröndle/Fischer, StGB, § 176 a Rn. 10; Lindemann/Wachsmuth, JR 2002, S. 209

auf die genannten Alternativen überflüssig gewesen. Aus diesen Tatsachen bzw. der vom Gesetzgeber beabsichtigten Einführung einer höheren Mindeststrafe für „auf Vermarktung abzielende Kinderschändung“ schlussfolgerte der Senat, dass nicht lediglich die Vermarktung als Kinderpornografie strafscharfend wirken soll, sondern bereits jegliche Vermarktung als Pornografie. Und da dies nicht über § 176 a II StGB erreicht werden konnte, muss diese Aufgabe § 184 III StGB durch eine weite Auslegung des Tatbestandes übernehmen.<sup>488</sup>

200 Das Ergebnis des BGH erscheint zwar begrüßenswert, da es hinsichtlich des vom Täter begangenen Unrechts keinen Unterschied macht, ob dieser einen Kindesmissbrauch als „einfache“ oder „harte“ Pornografie vermarkten will; in beiden Fällen wird die sexuelle Entwicklung der Kinder gefährdet. Dennoch bleibt die Annahme des BGH mit dem derzeitigen Gesetzeswortlaut nicht vereinbar.<sup>489</sup> Dem Gesetzgeber ist somit der Vorwurf der Ungenauigkeit zu machen, da er gerade einen erhöhten Schutz der Kinder und die besondere Pönalisierung des Missbrauchs zum Zwecke der Vermarktung zum Ausdruck bringen wollte. Eine entsprechende Gesetzesänderung der oberflächlichen Formulierungen in § 176 a II StGB in dem Sinne, dass jegliche Vermarktungsabsicht i.S.v. § 184 StGB strafscharfend wirkt, wäre aus den genannten Gründen ratsam und dringend geboten. Hinsichtlich § 184 III StGB bleibt es jedoch bei der bereits an anderer Stelle getroffenen Feststellung, dass eine Änderung wegen des von § 176 a StGB abweichenden Schutzzweckes nicht sinnvoll ist.

### **ab. Realitätsgrad in § 184 IV und V StGB**

201 Im Gegensatz zu § 184 III StGB verlangen die Absätze 4 und 5 die Wiedergabe eines tatsächlichen Geschehens, also die Darstellung eines realen Missbrauchs. Dies stellte die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte sehr häufig vor die immense Schwierigkeit, zu beweisen, dass es sich bei den Darstellern um Personen unter 14 Jahren und sexuelle Handlungen i.S.v. § 176 StGB handelte.<sup>490</sup> In Zweifelsfällen

---

<sup>488</sup> Vgl. BGH JR 2002, S. 206

<sup>489</sup> Ebenfalls: Lindemann/Wachsmuth, JR 2002, S. 209

<sup>490</sup> BT-Drs. 12/3001, S. 8

musste der Richter aufgrund des in-dubio-pro-reo-Grundsatzes zugunsten des Täters von einem Nichtvorliegen von Kinderrealpornografie ausgehen. Aufgrund des eindeutigen Wortlautes („...Wiedergabe eines tatsächlichen Geschehens...“) konnte auch eine erweiterte Auslegung in dem Sinne, dass Kinderrealpornografie schon dann gegeben sei, wenn ein Geschehen nur wie der reale Missbrauch aussehe,<sup>491</sup> nicht durchgreifen.

Um diese Strafverfolgungsschwierigkeiten auszuschließen und den neuen technischen Möglichkeiten (insbesondere in Bezug auf das Internet) gerecht zu werden, wurde mit Inkrafttreten des IuKDG auch das sog. wirklichkeitsnahe Geschehen in § 184 IV und V StGB aufgenommen. Hierunter versteht man pornografische Darstellungen, bei denen zwar zweifelhaft ist, ob sie einen tatsächlichen Missbrauch zum Ausdruck bringen, die aber so real wirken, dass Kinderrealpornografie nicht ausgeschlossen werden kann.<sup>492</sup> Die Gesetzesänderung war notwendig geworden, weil moderne Bildbearbeitungstechniken es erlauben, Bilder und sonstige Darstellungen derart zu manipulieren, dass durch den Betrachter nicht mehr unterschieden werden kann, ob es sich um eine Manipulation oder echten Missbrauch handelt.<sup>493</sup> Ohne eine entsprechende Aufnahme der wirklichkeitsnahen Missbrauchs-darstellungen hätte man den Tätern ein Schlupfloch gewährt, das die Tatbestandsalternativen von § 184 IV und V StGB sinnentleert hätte.<sup>494</sup> Ihnen wäre nämlich die Möglichkeit verblieben, sich massenhaft darauf zu berufen, bei den vertriebenen Realkinderpornografie-Materialien handle es sich lediglich um Bildmanipulationen, bzw. keinen Vorsatz bzgl. des Inhalts gehabt zu haben, weil sie von entsprechenden Fotocollagen ausgegangen wären.<sup>495</sup> Schließlich war auch im Hinblick auf die von Darstellungen eines realen Missbrauchs und wirklichkeitsnahe Geschehen gleichsam

202

---

<sup>491</sup> So vertreten im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zum 27. StrÄndG, vgl. R-BRat R 67/93, S. 19, zit. nach Tröndle/Fischer, StGB, § 184 Rn. 43; Schreibauer, Pornographieverbot, S. 140 f.

<sup>492</sup> Schreibauer, Pornographieverbot, S. 141

<sup>493</sup> BT-Drs. 13/7385, S. 60; Schreibauer, Pornographieverbot, S. 141 m.w.N.

<sup>494</sup> BT-Drs. 12/3001, S. 8; Schreibauer, Pornographieverbot, S. 141

<sup>495</sup> Schreibauer, Pornographieverbot, S. 141

ausgehende Gefahr der Anregung zu Missbrauchshandlungen durch die Konsumenten eine Gesetzeserweiterung in dem genannten Sinne gerechtfertigt und notwendig.<sup>496</sup>

203

U.a. im Zuge der Gesetzesberatungen zum IuKDG forderte der Bundesrat eine komplette Streichung des Erfordernisses eines tatsächlichen Geschehens.<sup>497</sup> Seiner Ansicht nach war es nicht erforderlich („auch wenn in dem hier wesentlichen Film- und Videobereich in den meisten Fällen ein tatsächlicher Missbrauch vorliegen wird“), eine „Besitzstrafbarkeit von Kinderpornografie“ zum Tatbestandsmerkmal zu erheben, weil auch wirklichkeitsnahe Kinderpornografie den konsumbedingten Missbrauch fördern kann. Die gegenüber Darstellungen tatsächlichen Missbrauchs geringere Verwerflichkeit sollte nach Ansicht des Bundesrates bei der Strafzumessung berücksichtigt werden.<sup>498</sup> Diesem Vorschlag ist der Bundestag „angesichts der Zielsetzung dieser Regelungen zur Bekämpfung tatsächlichen Kindesmissbrauchs auch bei der Nachfrage nach entsprechenden Darstellungen“ entgegengetreten.<sup>499</sup> Das geschah zu Recht, weil die aufgrund des unterschiedlichen Unrechtsgehaltes vom Gesetzgeber eingeführte Unterscheidung zwischen Kinderfiktiv- und Realpornografie anderenfalls „über die im Hinblick auf die Vermeidung von Beweisschwierigkeiten notwendige Tatbestandsmodifikation hinaus völlig aufgehoben“ und sogar der Besitz nachweislich rein fiktiver Kinderpornografie strafbar werden würde.<sup>500</sup> Eine solche Gesetzeslage wäre jedoch im Hinblick auf die Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auch und gerade im Strafrecht äußerst problematisch.

---

<sup>496</sup> BT-Drs. 12/3001, S. 8

<sup>497</sup> BT-Drs. 12/3001, S. 8; BT-Drs. 13/7385, S. 60

<sup>498</sup> BT-Drs. 12/3001, S. 8

<sup>499</sup> BT-Drs. 13/7385, S. 72

<sup>500</sup> Schreibauer, Pornographieverbot, S. 142

## e. Der Pornografiecharakter pädophiler Darstellungen

### aa. Derzeitige Rechtslage<sup>501</sup>

Die letzte von Darstellungen sexuellen Kindesmissbrauchs zu erfüllende Voraussetzung, um tatbestandlich i.S.v. § 184 III, IV und V StGB zu sein, ist ihre Eigenschaft als Pornografie. Da dieser Begriff in allen Absätzen gleich auszulegen ist,<sup>502</sup> muss auf die hierzu an anderer Stelle gewonnenen allgemeinen Erkenntnisse Bezug genommen werden. Unter Berücksichtigung von Praktikabilitätsabwägungen erfolgt dieser Rückgriff jedoch nur insoweit, als die in der Rechtsprechung verwendete Definition und die von ihr aufgestellten Abgrenzungskriterien herangezogen werden. Hiernach sind sexuelle Darstellungen pornografisch, wenn sie unter Hintansetzung sonstiger menschlicher Bezüge sexuelle Vorgänge in grob aufdringlicher, anreißerischer Weise in den Vordergrund rücken und ausschließlich oder überwiegend auf die Erregung sexueller Reize abzielen.<sup>503</sup> 204

Diese in der Theorie schön klingenden Zusatzerfordernisse rufen in der Praxis allerdings große Probleme hervor. Zwar handelt es sich bei Schriften, die Missbrauchshandlungen gem. § 176 StGB zum Gegenstand haben, immer um sexuelle Darstellungen, jedoch dürften die übrigen Kriterien in vielen Fällen nicht erfüllt bzw. aufgrund ihres normativen Charakters schwierig abzugrenzen sein. So stellt sich die Frage nach der Einstufung eines Filmes, in dem ein Kind missbraucht wird, dieses Geschehen jedoch dargestellt wird, ohne grob aufdringlich und anreißerisch zu sein, und unter Bezugnahme auf menschliche andere Lebensäußerungen. Nach der genannten Definition wären solche Schriften nicht einmal von § 184 I StGB erfasst und der Schutzzweck des § 184 III StGB würde ausgehöhlt, da auch derartige Darstellungen zum Missbrauch anregen und Kinder und Jugendliche durch einen Konsum in ihrer Entwicklung schädigen können. 205

---

<sup>501</sup> Stand: April 2003

<sup>502</sup> Laufhütte in LK-StGB, § 184 Rn. 13

<sup>503</sup> Vgl. BGHSt 37, S. 60; BVerwG AfP 2002, S. 257; BayObLGSt 1974, S. 181; OLG Schleswig SchlHA 1976, S. 168; OLG Koblenz NJW 1979, S. 1467; Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 4 m.w.N.

## ab. Eigener Ansatz

206

Aufgrund der genannten praktischen Schwierigkeiten ist es notwendig, § 184 StGB in Bezug auf die Kinderpornografie zu reformieren. Bei der Beibehaltung des von der Rechtsprechung vertretenen Pornografiebegriffes sollte die Strafbarkeit in Bezug auf die in Frage stehenden Schriften nicht von ihrem Pornografiecharakter abhängig gemacht werden, sondern vom Vorliegen anderer Kriterien, welche in Anlehnung an die Schutzzwecke der Absätze 3, 4 und 5 zu suchen sind. Auch besteht meiner Ansicht nach kein plausibler Grund für ein Abstellen auf den pornografischen Charakter von Schriften i.S.v. § 184 III StGB, die den sexuellen Missbrauch von Kindern darstellen. Im Einzelnen sollten folgende Aspekte in der Beurteilung der strafrechtlichen Relevanz Berücksichtigung finden:<sup>504</sup>

- *Der objektive Zweck der Schrift: Information, Aufklärung, Abschreckung, eindeutige Darbringung des Kindes als Sexualobjekt für den Betrachter,*
- *die objektive Aussagekraft: (explizite oder subtile) Vermittlung der Ansicht, das Gezeigte sei „richtig“, nachahmenswert, erlaubt, erwünscht, normal, harmlos etc. (So z.B., wenn zwischen Kindesmissbrauch und sexueller Befriedigung eine Verbindung gezogen wird.<sup>505</sup>) und*
- *die sehr wahrscheinlich anzunehmende Eignung zur Hervorrufung negativer Wirkungen wie: sexuelle Befriedigung des Betrachters, Lieferung neuer Motive und Anregungen zu eigenhändigem Missbrauch durch den Betrachter, Wecken des Bedürfnisses nach neuen Darstellungen gleicher Art.*

207

Die erörterte Betrachtungsweise ist dringend notwendig, um dem Schutz unserer Kinder vor Missbrauch und vor einer negativ beeinflussten Sexualentwicklung gerecht zu werden. Schriften, die sexuellen Kindesmissbrauch enthalten und weder einer der oben genannten legitimen Zwecksetzungen entsprechen noch in dem vom BGH ver-

---

<sup>504</sup> Teilweise wurde hierbei auf die Erkenntnisse zur Gewaltpornografie zurückgegriffen; vgl. Schreibauer, Pornographieverbot, S. 149

<sup>505</sup> Schreibauer, Pornographieverbot, S. 148

standenen Sinne pornografisch sind, müssen auch umfassend verboten werden können. Mangels pornografischen Charakters lassen sie sich bisher nicht einmal unter § 184 I StGB fassen und sind frei zugänglich. Dies ist jedoch ein unhaltbarer Zustand, weil derartige Schriften auch geeignet, wenn nicht sogar aufgrund ihrer scheinbaren Ungefährlichkeit und „Normalheit“ noch besser geeignet sind als eindeutig „harte Pornografie“, beim Betrachter den „vermeintlich legitimen“ Wunsch nach Umsetzung des Dargestellten hervorzurufen und im Endeffekt eine Realisierung zu bewirken, weil angenommen wird, es handele sich um ein erlaubtes und gesellschaftlich akzeptiertes Vorgehen. Aus den gleichen Gründen ist der Konsum derartiger Schriften für Jugendliche u.a. deshalb gefährlich, weil ihnen durch „Vorgaukelung“ eines vermeintlich der Norm entsprechenden Verhaltens das nötige Misstrauen gegenüber verbotenen sexuellen Handlungen seitens Erwachsener genommen wird.

Neben der vorhergehend beschriebenen Vorgehensweise würde auch eine Anlehnung an den unter Kapitel 2, B.II.1.e.ac. vorgeschlagenen „engen“ Pornografiebegriff helfen, die aufgezeigten Strafbarkeitslücken zu schließen. Denn danach wären Darstellungen des sexuellen Missbrauchs von Kindern in den meisten (wenn nicht gar allen) Fällen pornografisch, da hier mehr als der bloße nackte Körper zum Zwecke der Kunst, Aufklärung, Wissenschaft oder auch Erinnerung im Sinne des familiären Fotoalbums dargestellt und sich überwiegend eine objektive sexuelle Stimulierungstendenz ablesen lassen wird. Egal welchem der beiden Lösungsvorschläge man sich anschließt oder ob man neue entwickelt, ist es auf jeden Fall im Hinblick auf den sehr hoch zu bewertenden Schutz der Kinder vor einem sexuellen Missbrauch durch Konsumenten pädophiler Pornografie wegen der derzeit bestehenden Strafbarkeitslücken dringend geboten, eine entsprechende Gesetzesreform durchzuführen.

208

### **III. Die Tathandlungen**

Nachdem die möglichen Tatmedien und der ihnen zugrunde liegende verbotene Inhalt erörtert und geklärt wurden, ist es notwendig, die einzelnen Handlungsvarianten des § 184 III und V StGB aufzuzei-

209

gen. Dabei müssen grundsätzlich auch die in Abs. 1 normierten Tathandlungen in die Betrachtung mit einfließen, weil Kinderpornografie ebenfalls Pornografie i.S.d. § 184 I StGB darstellt und jene daher auch diesbezüglich Geltung beanspruchen.<sup>506</sup> Da jedoch alle in Bezug auf das Internet relevanten Handlungen des Abs. 1 durch Abs. 3 in gleicher Weise oder zumindest in ähnlicher Form eigenständig erfasst wurden, erübrigt sich in diesem Zusammenhang eine gesonderte Betrachtung.

## **1. Das Verbreiten gem. § 184 III Nr. 1 StGB**

### **a. Alte Rechtslage**

210

Das StGB enthält keine Legaldefinition des „Verbreitens“, weshalb es Rechtsprechung und Lehre überlassen bleibt, die Grenzen dieses Begriffes zu bestimmen. Nach alter Rechtslage und derzeit noch immer h.M. in der Lit. hat man (basierend auf dem Presserecht<sup>507</sup>) unter „Verbreiten“ die mit einer körperlichen Weitergabe der Schrift verbundene Tätigkeit zu verstehen, welche darauf gerichtet ist, diese ihrer Substanz nach einem größeren Personenkreis zugänglich zu machen, wobei dieser nach Zahl und Individualität unbestimmt oder jedenfalls so groß sein muss, dass er für den Täter nicht mehr kontrollierbar bleibt.<sup>508</sup> Auf die tatsächliche Kenntnisnahme kommt es nicht an.<sup>509</sup> Zudem verlangte man ein aktives Tun<sup>510</sup> desjenigen, in dessen Gewahrsam sich die Schrift befindet<sup>511</sup>. Die Weitergabe eines einzelnen Exemplars der Schrift sollte genügen, sofern dies mit dem Willen

---

<sup>506</sup> Laufhütte in LK-StGB, § 184 Rn. 18; Kramer, Sexualdelikte, S. 101

<sup>507</sup> Walther, NSTZ 1990, S. 525; Jofer, Strafverfolgung, S. 167; BGHSt 18, S. 63 f.; Lindemann/Wachsmuth, JR 2002, S. 207

<sup>508</sup> RGSt 16, S. 245; BGHSt 13, S. 258; 18, S. 63 f.; BayObLG StV 2001, S. 17; BayObLG JZ 2002, S. 411; BayObLG NSTZ 1996, S. 437; Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 57; Franke, GA 1984, S. 459 m.w.N.; Sieber, JZ 1996, S. 495; Pelz, wistra 1999, S. 53; Gercke, MMR 2001, S. 679; Schreiber, Pornographieverbot, S. 250 m.w.N.; Ringel, CR 1997, S. 304; Hinterseh, jurPC 1996, S. 464; offen gelassen von AG Berlin vom 5.09.1997 – 1 AR 791/97 – 5 Ws 532/97

<sup>509</sup> Hinterseh, jurPC 1996, S. 464; Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 57

<sup>510</sup> Hilgendorf, JuS 1997, S. 330

<sup>511</sup> Walther, NSTZ 1990, S. 525; Derksen, NJW 1997, S. 1881; Hilgendorf JuS 1997, S. 330

geschieht, der Empfänger werde die Schrift durch körperliche Weitergabe einem größeren Personenkreis zugänglich machen,<sup>512</sup> oder wenn der Täter mit einer Weitergabe an eine größere, nicht mehr zu kontrollierende Zahl von Personen rechnet.<sup>513</sup>

Da hiernach Gegenstand der Verbreitung die Schrift bzw. allgemein die Darstellung als Gedankenverkörperung ist und nicht lediglich ihr geistiger Inhalt, konnte die bloße Bereitstellung von Dateien im Internet bisher nicht unter diese Tatalternative fallen, weil deren Übertragung nicht durch körperliche Weitergabe erfolgt. Ebenso wenig stellte hiernach der sog. „Download“ (Kopieren der Daten durch den Kunden auf einen anderen Speicher) ein Verbreiten dar, nachdem es dabei an einem aktiven Tun durch den Inhaber der Schrift fehlt und die Weitergabe nur auf einer Handlung des Empfängers beruht.<sup>514</sup> Sogar das Ausdrucken der übertragenen Daten kann hiernach nicht als Verbreiten gelten, da der Übertragungsakt selbst in unkörperlicher Weise vonstatten ging.<sup>515</sup>

211

In § 86 StGB a.F. war anders als in den meisten Schriftenverbreitungstatbeständen die Handlungsalternative des Zugänglichmachens nicht normiert, weshalb zwecks Schließung der hieraus resultierenden Strafbarkeitslücken teilweise versucht wurde, den Begriff des Verbreitens erweiternd auszulegen.<sup>516</sup> Zwar ist die Rechtsprechung hierbei nicht generell vom Erfordernis des gegenständlichen Zugänglichmachens abgerückt, aber sie verlangte nunmehr lediglich einen einmaligen Übergabeakt und sah das weitere Verbreiten sodann in jeder – also auch nicht körperlichen – Weitergabe zwecks Kenntnisnahme des Inhalts.<sup>517</sup> Dementsprechend setzte eine Verbreitung von Propaganda-

212

---

<sup>512</sup> BayObLGSt 1979, S. 72; BayObLG JZ 2002, S. 411; Horn in SK-StGB, § 184 Rn. 69; a.A. Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 57

<sup>513</sup> BayObLG NStZ 1983, S. 121; BGHSt 19, S. 71; BayObLG JZ 2002, S. 411; Horn in SK-StGB, § 184 Rn. 69

<sup>514</sup> Sieber, JZ 1996, S. 495; Hilgendorf JuS 1997, S. 330; Walther, NStZ 1990, S. 525; Koch, MMR 1999, S. 709

<sup>515</sup> Schreibauer, Pornographieverbot, S. 258; Sieber, JZ 1996, S. 495; Herzog, Inhaltsbeschränkung, S. 80

<sup>516</sup> Franke, GA 1984, S. 461 m.w.N.; Derksen, NJW 1997, S. 1881

<sup>517</sup> Franke, GA 1984, S. 461; RGSt 47, S. 226

material i.S.v. § 86 StGB a.F. voraus, dass ein Datentransfer von einem Rechner, auf dem dieses gespeichert ist, zu einem im Inland befindlichen Rechner stattfindet und dass wenigstens auf einem Rechner in der Übertragungskette eine weitere Speicherung dieser Information erfolgt.<sup>518</sup> Auch nach dieser Ansicht genügte aber für ein Verbreiten das schlichte Aufrufen von Daten über Netzknoten ohne Zwischenspeicherung nicht, weil dadurch dem Körperlichkeitskriterium in keiner Weise Rechnung getragen wird.<sup>519</sup>

213 Weitergehend wurde aber schon damals vertreten, ein Festhalten am Erfordernis der Übergabe des Trägermediums sei in Bezug auf Computerdaten entbehrlich, da „diese im Gegensatz zu herkömmlichen Medien einfach und mühelos dupliziert werden“ können.<sup>520</sup> Zur Weitergabe sei nicht mehr die Übergabe des vom Absender hergestellten „Speicherträgers“ notwendig, sondern es genüge die elektronische Übertragung der Daten, die beim Empfänger auf einen neuen Datenträger gespeichert werden.<sup>521</sup> Auch bleibe es unerheblich, ob „das Verbreiten durch eine Ausstrahlung oder Sendung der Daten durch den Anbieter geschieht oder ob dieser sie zum Abruf (Download) durch den Empfänger bereithält. In beiden Fällen ist lediglich der technische Vorgang unterschiedlich gestaltet, wertungsmäßig sind beide Varianten allerdings gleich zu behandeln“.<sup>522</sup> Nach dieser Auffassung stellt somit bereits die Datenübertragung von einem Speicher zu einem anderen eine Form des Verbreitens dar.

## **b. Neue Rechtslage**

214 In seinem Urteil vom 27.06.2000 ist der BGH der oben genannten restriktiven Auslegung in folgender Weise entgegengetreten: „Ein Verbreiten (§ 184 Abs. 3 Nr. 1 StGB) im Internet liegt vor, wenn die

---

<sup>518</sup> Derksen, NJW 1997, S. 1881

<sup>519</sup> Derksen, NJW 1997, S. 1881

<sup>520</sup> Pelz, wistra 1999, S. 54; vgl. auch Walther, NStZ 1990, S. 525, der die von der h.M. vertretene restriktive Auslegung weder vom Wortlaut noch vom Sinn und Zweck der Regelung als zwingend betrachtet, weil auch Rundfunksendungen nach allgemeinem Sprachgebrauch verbreitet werden.

<sup>521</sup> Pelz, wistra, 1999, S. 54; i.E. ebenso Stange, CR 1996, S. 426; Bär, MMR 2000, S. 760

<sup>522</sup> Pelz, wistra, 1999, S. 54

Datei auf dem Rechner des Internetnutzers angekommen ist.<sup>523</sup> Er hielt es dazu für unerheblich, ob der User die Möglichkeit des Zugriffs auf die Daten genutzt oder ob der Anbieter die Daten übermittelt hat.<sup>524</sup> Bemerkenswert an dieser Entscheidung ist, dass das Abweichen vom Kriterium der Körperlichkeit der Weitergabe weder für die Begründung der Strafbarkeit noch zur Eröffnung des erhöhten Strafrahmens gem. § 176 a StGB für den zugrunde liegenden Sachverhalt erforderlich war.<sup>525</sup> Dies lässt auf die Motivation des BGH schließen, den Fall zum Anlass zu nehmen, allgemein die Grundlagen für weitere Entwicklungen bei der Beurteilung der Internetkriminalität vorzugeben.<sup>526</sup>

Der BGH begründete seine Entscheidung mit der vom Gesetzgeber vorgenommenen Gleichstellung des Datenspeichers mit Schriften. Deshalb sei die Rechtsprechung, wonach ein Verbreiten von Schriften nur dann vorliege, wenn die Schrift ihrer Substanz nach – und damit körperlich – zugänglich gemacht wird, insoweit nicht mehr auf Publikationen im Internet übertragbar. „Dies widerspräche dem gesetzgeberischen Willen, den Jugendschutz gerade auch im Bereich der IuK-Technologie effektiv zu gewährleisten. So zeige gerade die Einbeziehung des (flüchtigen, unkörperlichen) Arbeitsspeichers, dass es hier auf eine Verkörperung nicht mehr ankommen soll.“<sup>527</sup>

215

### c. Stellungnahme

Die neuere Rechtsprechung des BGH – also die Aufgabe des Körperlichkeitskriteriums für die Handlungsalternative des Verbreitens – gilt es meines Erachtens aus mehreren Gründen abzulehnen. Zunächst ist die Abgrenzung zur Totalalternative des Öffentlich-Zugänglich-Machens nunmehr beinahe unmöglich geworden. Diese liegt nämlich

216

---

<sup>523</sup> BGH JZ 2002, S. 308

<sup>524</sup> BGH MMR 2001, S. 676; dem folgend Hörnle, NJW 2002, S. 1010; Bär, MMR 2000, S. 760; Barton, Handbuch MMStR, Rn. 187; ablehnend u.a.: Lindemann/Wachsmuth, JR 2002, S. 206; Kudlich JZ 2002, S. 311; BayObLG StV 2001, S. 17

<sup>525</sup> Gercke, ZUM 2002, S. 288; Lindemann/Wachsmuth, JR 2002, S. 206

<sup>526</sup> Vgl. Gercke, MMR 2001, S. 679; Kudlich, JZ 2002, S. 310

<sup>527</sup> BGH JZ 2002, S. 309; ebenso bereits Stange, CR 1996, S. 426

bereits dann vor, sobald die Möglichkeit der Kenntnisnahme eröffnet wird, ohne dass es zu einem tatsächlichen Zugriff gekommen sein muss.<sup>528</sup> Verbreiten bleibt im Vergleich dazu dem BGH-Urteil folgend einschlägig, wenn ein Bereitstellen oder Versenden zum Zwecke der Kenntnisnahme erfolgt ist. Beide Alternativen sind demzufolge quasi deckungsgleich. Weil das ehemals zur Abgrenzung dienende Kriterium der Substanzübertragung wegfällt, unterscheidet beide Tatvarianten nunmehr lediglich das Erfordernis einer vollendeten Datenübertragung im Falle des Verbreitens.<sup>529</sup> Im Ergebnis stellt also jede öffentliche Verbreitung gleichzeitig auch ein Öffentlich-Zugänglich-Machen dar, sodass ein eigener Anwendungsbereich für letzteres kaum noch denkbar erscheint. Der vom BGH angeführte Bereich des bloßen „Lesezugriffs“,<sup>530</sup> bei dem der User mangels Übertragung der Datei diese nicht weiter übertragen und vervielfältigen könne, läuft ins Leere, denn ein Lesezugriff ist technisch bedingt ohne Datenübertragung gar nicht möglich. Die Wahrnehmung am Bildschirm setzt nämlich gerade die Verfügbarkeit der Daten auf lokalen Speichermedien voraus, sodass mit der Übertragung auf den Zugriffsrechner die Inhalte für den Nutzer auch verfügbar werden.<sup>531</sup> Selbst dann, wenn es den Strafverfolgungsbehörden nicht gelingt, eine Übertragung der Daten an zumindest eine Person nachzuweisen, kommt dem Zugänglichmachen nicht wirklich eine eigenständige Bedeutung zu, da es dann mit dem Versuch der Verbreitung zusammenfällt.

217

Die Vorgehensweise des BGH wird auch nicht durch das von ihm zur Begründung herangezogene und vom Gesetzgeber verfolgte Anliegen eines effektiven Jugendschutzes gerechtfertigt, da in dem speziellen Fall und auch allgemein tatsächlich keine Strafbarkeitslücken bestanden haben bzw. bestehen. Vielmehr werden die meisten Handlungsalternativen, die nicht mit einer körperlichen Weitergabe verbunden sind, von den übrigen Alternativen (meist des Zugänglichma-

---

<sup>528</sup> Vgl. Gercke, MMR 2001, S. 679; ders. ZUM 2002, S. 288

<sup>529</sup> Gercke, ZUM 2002, S. 288; ders. MMR 2001, S. 679

<sup>530</sup> BGH JZ 2002, S. 309

<sup>531</sup> Gercke, ZUM 2002, S. 288; ders. MMR 2001, 680

chens oder der Besitzverschaffung) erfasst.<sup>532</sup> Zudem verweist § 176 a II StGB auf alle Tathandlungen des § 184 III StGB, sodass auch im Hinblick hierauf keine andere Auslegung nötig war.<sup>533</sup> Nach Ansicht des BGH zeigt jedoch die Einfügung des Datenspeichers in § 11 III StGB, dass es auf eine Verkörperung nicht mehr ankommen soll. Dem ist nicht zu folgen, weil die Änderung von § 11 III StGB nicht dazu zwingt, einen erweiterten Verbreitensbegriff zu vertreten. Der Sinn jener Gesetzesänderung liegt vielmehr darin, Rechtssicherheit hinsichtlich der Erfassung des Datenspeichers als Tatobjekt herzustellen.<sup>534</sup>

Auch bei Speichermedien wird grundsätzlich nicht der geistige Inhalt verbreitet,<sup>535</sup> was dem BGH aufgrund seiner klarstellenden Äußerungen „Datenspeicher in diesem Sinne; genauer: auf einem Speichermedium – in der Regel der Festplatte des Servers – gespeicherte(n) Daten“<sup>536</sup> bzw. vom „Gegenstand eines Datenspeichers (genauer: zum Gegenstand von gespeicherten Daten)“<sup>537</sup> intuitiv klar gewesen sein muss. Von Kudlich treffend beschrieben ist „dieses Bemühen um klare Begrifflichkeiten .... lobenswert, aber auch entlarvend: hält man sich wirklich an den Gesetzestext, ist Tatobjekt eben der ‚Speicher‘ und nicht ‚die darin gespeicherten Daten‘ – ebenso wie etwa bei einem Tonträger nicht die darauf gespeicherte Musik (die dann durch lautes Abspielen verbreitet werden könnte) den Schriften gleichgestellt wird, sondern der körperliche Gegenstand“.<sup>538</sup> Zudem führt das Abstellen auf das Körperlichkeitskriterium die Totalalternative des Verbreitens keinesfalls ad absurdum, denn der größte Anwendungsbereich des Begriffs Datenspeicher i.S. des § 11 III StGB sind gerade Speichermedien, die als solche ohne weiteres gegenständlich weitergegeben werden können (CD-ROMs, DVDs, Disketten etc.).<sup>539</sup>

---

<sup>532</sup> Gercke, MMR 2001, S. 679; Koch, MMR 1999, S. 710

<sup>533</sup> A.A. Lindemann/Wachsmuth, JR 2002, S. 207

<sup>534</sup> Kudlich, JZ 2002, S. 311

<sup>535</sup> Kudlich, JZ 2002, S. 311; Lindemann/Wachsmuth, JR 2002, S. 207

<sup>536</sup> BGH JZ 2002, S. 308

<sup>537</sup> BGH JZ 2002, S. 309

<sup>538</sup> Kudlich JZ 2002, S. 311

<sup>539</sup> Kudlich, JZ 2002, S. 311

Außerdem ist anzunehmen, dass der Gesetzgeber selbst von einer Ausweitung des Verbreitensbegriffes absehen wollte. Nur so lässt sich die Ergänzung der Vorschrift des § 86 I StGB um den Passus „oder in Datenspeichern öffentlich zugänglich macht“ durch Art. 4 Nr. 3 IuKDG erklären.<sup>540</sup> Sogar der BGH erkennt, dass der Gesetzgeber neben der Anpassung des Schriftenbegriffs an die Bedürfnisse des digitalen Zeitalters auch bestehende Strafbarkeitslücken durch die Ergänzung der Tatvariante des Zugänglichmachens neben der Verbreitung geschlossen hat.<sup>541</sup> Insofern mutet es seltsam an, wenn der BGH dennoch glaubt, aus eben diesen Materialien die Gewissheit des Gesetzgebers herauslesen zu können, die Interpretation des Verbreitens werde durch die gleichzeitig in § 11 III StGB vorgenommene Änderung ohnehin zur Makulatur.<sup>542</sup> Es bleibt also nach wie vor Aufgabe des Gesetzgebers, bestehende Vorschriften an die neuen Medien anzupassen. Soweit er dies nicht macht, ist von einem In-Kauf-Nehmen entstehender Strafbarkeitslücken auszugehen. So hatte der Gesetzgeber mit dem IuKDG zwar die Möglichkeit, begriffliche Unschärfen klarzustellen und Strafbarkeitslücken zu schließen, hat dies jedoch nur teilweise getan. Er wollte also erkennbar an der alten Begriffsbestimmung festhalten, weshalb auch die Gerichte diese (von ihnen selbst gewählte) ursprüngliche Terminologie beibehalten müssen.<sup>543</sup>

#### d. Vollendung der Verbreitung

Fraglich ist schließlich, ab welchem Zeitpunkt der Tatbestand des Verbreitens vollendet ist. Im Wesentlichen werden hierzu zwei Theorien vertreten. Nach der **Entäußerungstheorie** ist Verbreiten bereits mit der Verbreitenstätigkeit, d.h. Auf-den-Weg-Bringen der Schrift gegeben. Daher genügt für die Vollendung die Entäußerung der Schrift durch den Täter in einer Weise, die ihre Kenntnisnahme durch Dritte nicht mehr verhindern kann. Nicht erforderlich ist hiernach ein

---

<sup>540</sup> BT-Drs. 13/7385, S. 36; Jofer, Strafverfolgung, S. 168 f.; Gercke, MMR 2001, S. 679; a.A. Barton, Handbuch MMStR, Rn. 187

<sup>541</sup> Gercke, ZUM 2002, S. 288

<sup>542</sup> Lindemann/Wachsmuth, JR 2002, S. 208; so u.a. bereits Cornils, JZ 1999, S. 397

<sup>543</sup> Jofer, Strafverfolgung, S. 169

tatsächlicher Zugang an eine größere Zahl von Menschen, aber ein darauf gerichteter finaler Wille bei der Entäußerung.<sup>544</sup> Anders sieht dies die **Zugangstheorie**, derzufolge ein vollendetes Verbreiten erst mit dem Zugang beim Empfänger vorliegt.<sup>545</sup> Bei der Streitentscheidung ist die Heranziehung des Schutzzweckes des Verbreitungsverbot es hilfreich. Dieser besteht nämlich in der Verhinderung der Kenntnisnahme des verbotenen Inhalts durch eine Vielzahl von Personen. Aufgrund dessen erscheint es nahe liegend der ersten Theorie zu folgen, da bereits durch die unwiderrufliche Entäußerung einer Vielzahl von Darstellungen diese Möglichkeit geschaffen wird und bei normalem Verlauf der Dinge auch mit einer Kenntnisnahme zu rechnen ist. Demnach bleibt es allerdings bei einer Versuchstrafbarkeit, wenn die Art der Entäußerung nicht geeignet war, jemals zu einem Zugang bei einem größeren Personenkreis zu führen.<sup>546</sup>

Soll eine Mehrzahl an Schriften verbreitet werden (= sog. **Mengenverbreitung**), ist es ausreichend, falls mit der Verbreitung begonnen wurde, was schon mit der Abgabe des ersten Stückes der Fall ist.<sup>547</sup> Als Beispiel lassen sich sog. **Mailings** anführen, die eine Form der parallelen Massenverbreitung darstellen.<sup>548</sup> Strittig ist die Möglichkeit eines Verbreitens in Form der **Kettenweitergabe**, bei welcher der Täter lediglich ein Einzelexemplar weitergibt. Allerdings verfolgt er hiermit die Absicht, dass der Empfänger dieses durch Weitergabe von Person zu Person einem größeren Personenkreis zugänglich macht. Nach e.A. ist ein Verbreiten in diesen Fällen dann zu bejahen, sofern die Einzelschrift einer anderen Person zugegangen ist und der Täter sicher weiß, dass jene an unbestimmt viele Menschen weiterge-

221

---

<sup>544</sup> Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 57; Hinterseh, JurPC, S. 464; Barton, Handbuch MMStR, Rn. 187

<sup>545</sup> Horn in SK-StGB, § 184 Rn. 40; nunmehr auch BGH JZ 2002, S. 309, der verlangt, dass die Datei auf dem Rechner des Nutzers (auch schon im Arbeitsspeicher) oder auf einem permanenten Speichermedium angekommen ist.

<sup>546</sup> Schreibauer, Pornographieverbot, S. 292

<sup>547</sup> Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 57; Keltsch, NStZ 1983, S. 121; RGSt 42, S. 210; a.A. Franke, GA 1984, S. 470

<sup>548</sup> Schreibauer, Pornographieverbot, S. 252

geben wird.<sup>549</sup> Nicht ausreichend ist es allerdings, wenn die Schrift nur bestimmten Personen nacheinander zum Lesen gegeben werden soll<sup>550</sup> bzw. wenn der Täter mit der Weiterverbreitung lediglich rechnet<sup>551</sup>. Dem entspricht auch ein neueres Urteil, nach dem der Tatbestand des Verbreitens beim Senden kinderpornografischer Inhalte per E-Mail an konkrete Personen nicht erfüllt wird.<sup>552</sup>

222

Nach anderer Auffassung soll Verbreiten erst gegeben sein, wenn die Schrift mindestens drei Personen mit der Absicht zugänglich gemacht worden ist, jene werde anschließend an einen nicht kontrollierbaren „Konsumentenkreis“ weitergegeben. Die Ansicht gründet auf der Notwendigkeit einer objektiven Entscheidung, ob einer Handlung die typische Verbreitungsgefahr innewohnt, was bei einer **Einzelweitergabe** nicht automatisch der Fall ist.<sup>553</sup> Ebenso erscheint die bloße Annahme des Täters, sein Handeln führe zu einer Verbreitung der Schrift, für sich gesehen noch nicht objektiv gefährlich. Dies ist erst mit ihrem Zugang bei einem unbestimmten und vom Täter nicht zu kontrollierenden Personenkreis zu bejahen.<sup>554</sup> Einer solchen Begründung wird entgegnet, dass es sich bei § 184 III StGB um ein abstraktes Gefährungsdelikt handelt und es demzufolge an der typischen Verbreitungsgefahr nichts ändert, ob die Schrift nun an eine oder drei Personen gelangte. Sobald der Täter die Schrift einer Person zugänglich gemacht und die Kontrolle über die Darstellung verloren hat, ist die abstrakte Gefahr der Kenntnisnahme durch unbestimmt viele Personen gegeben.<sup>555</sup> Um die Grenzen zur Besitzverschaffung nicht zu verwischen, scheint es im Ergebnis jedenfalls angebracht, immer ei-

---

<sup>549</sup> Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 57 m.w.N.; Horn in SK-StGB, § 184 Rn. 69; RGSt 7, S. 115; 9, S. 194; 16, S. 246

<sup>550</sup> Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 57; ähnlich BayObLG, MMR 2000, S. 758

<sup>551</sup> Schroeder, JZ 2002, S. 412; so aber: RGSt 55, S. 277; BGHSt 19, S. 71

<sup>552</sup> BayObLG, MMR 2000, S. 758

<sup>553</sup> Franke, GA 1984, S. 467 f.

<sup>554</sup> Franke, GA 1984, S. 469 f.

<sup>555</sup> Vgl. Schreibauer, Pornographieverbot, S. 253; Deblitz, Werbung für pornographische Schriften, S. 53

nen zweckgerichteten Willen in Bezug auf die Kenntnisnahme durch einen unbestimmten Personenkreis zu verlangen.<sup>556</sup>

### e. Ergebnis/Zusammenfassung

Nach neuerer (aber sehr umstrittener) Rechtsprechung hat man bereits in einer nichtkörperlichen Weitergabe der Schrift, also in einer Inhaltsübertragung, ein Verbreiten i.S.v. § 184 III StGB erblickt.<sup>557</sup> Es gilt als vollendet, sobald die Datei auf dem Rechner des Internetnutzers angekommen ist, wobei eine tatsächliche Nutzung des Zugriffs auf die Daten oder eine Übermittlung der Daten durch den Anbieter nicht mehr erforderlich bleibt. Für das Verbreiten ist es daher irrelevant, ob die Datenübertragung im Wege des sog. **Upload** (= Schicken durch den Anbieter) oder **Download** (= Abholen durch den Nutzer) erfolgt. Diese Gleichbehandlung wird nach BGH-Ansicht erforderlich, weil beide Vorgänge ineinander übergehen und deshalb kaum praktikabel unterschieden werden können.<sup>558</sup> Im Hinblick auf die Abgrenzung zur Alternative des Zugänglichmachens erscheint es jedoch unerlässlich eine derartige Differenzierung vorzunehmen, weil bereits nach dem Wortsinn des Verbreitens im Unterschied zum Zugänglichmachen ein zielgerichtetes, die Kenntnisnahme durch den Empfänger bezweckendes aktives Tun des Inhabers der Schrift erforderlich ist, was beim Download gerade fehlt.<sup>559</sup>

223

Im Ergebnis stellt also nach dem BGH schon das bloße Bereithalten zum Abruf i.V.m. einem später tatsächlich erfolgenden Abrufen ein Verbreiten dar. Wie gezeigt, hat diese extensive Auslegungsweise weniger einen erhöhten Jugendschutz zur Folge als eine ganze Vielzahl neuer Abgrenzungsprobleme. Aufgrund der Missachtung der technischen Gegebenheiten der Datenübertragung verwischen die bisher klaren Grenzen zwischen Verbreiten und Zugänglichmachen von Schriften via Internet.<sup>560</sup> Daher ist eine diesbezügliche Klarstellung

224

---

<sup>556</sup> So auch Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 57

<sup>557</sup> BGH JZ 2002, S. 308 ff.; vgl. auch die näheren Ausführungen unter Kapitel 2, B.III.1.b.

<sup>558</sup> BGH JZ 2002, S. 308 f.

<sup>559</sup> Lindemann/Wachsmuth, JR 2002, S. 208

<sup>560</sup> Vgl. Gercke, MMR 2001, S. 680

seitens des Gesetzgebers zu fordern. Auf das Erfordernis des Öffentlichkeitskriteriums bzw. die Notwendigkeit des Verbreitens an einen größeren Personenkreis wird nachfolgend noch näher eingegangen.

## 2. Handlungsalternativen gem. § 184 III Nr. 2 StGB

225

Im Rahmen von § 184 III Nr. 2 StGB geht es um Formen des **Öffentlich-Zugänglich-Machens** der Darstellung insbesondere durch Ausstellen, Anschlagen oder Vorführen. Zwar betreffen alle genannten Handlungen die inhaltliche Wahrnehmbarkeit der Schrift und nicht ihre körperliche Übergabe.<sup>561</sup> Jedoch interessiert für das vorliegende Thema lediglich das den Oberbegriff der Vorschrift bildende<sup>562</sup> Zugänglichmachen in sonstiger Weise, da die übrigen Modalitäten für eine Begehung durch das Internet ungeeignet sind. Allenfalls ist ein „Vorführen“, also die visuelle und/oder akustische Wahrnehmbarmachung des Inhalts ohne Weitergabe der Darstellung<sup>563</sup> (bzw. des Datenspeichers) über das Internet, als Tatform denkbar. Insoweit ergeben sich aber keine Besonderheiten gegenüber der herkömmlichen Begehungsweise außerhalb des Netzes.

226

Unter öffentlichem Zugänglichmachen versteht man die Schaffung der abstrakten Möglichkeit zur sinnlichen Wahrnehmung des Inhalts einer Schrift für einen größeren, individuell nicht feststehenden oder jedenfalls nicht durch persönliche Bindungen verbundenen Personenkreis.<sup>564</sup> Es liegt aber auch dann vor, wenn der Täter bewirkt, dass pornografische Materialien der Substanz nach derart in den Wahrnehmungs- oder Herrschaftsbereich eines großen Personenkreises gelangen, womit diese die unmittelbare Zugriffsmöglichkeit auf die Sache selbst und damit auch die Möglichkeit der Kenntnisnahme

---

<sup>561</sup> Schreibauer, Pornographieverbot, S. 210

<sup>562</sup> Laubenthal, Sexualstraftaten, Rn. 774; Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 15; Hinterseh, JurPC 1996, S. 465

<sup>563</sup> Laufhütte in LK-StGB, § 184 Rn. 24; Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 15

<sup>564</sup> Schreibauer, Pornographieverbot, S. 294; KG, Az.: 1 AR 791/97 – 5 Ws 532/97; KG, JR 1984, S. 249; Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 9

von dem pornografischen Inhalt erhalten.<sup>565</sup> Nach mittlerweile in Rechtsprechung und Literatur einhellig vertretener Ansicht ist also nicht auf eine körperliche Überlassung abzustellen, sondern auf sämtliche Tätigkeiten, durch die der Inhalt der Darstellung wahrnehmbar (sei es akustisch oder visuell) gemacht wird.<sup>566</sup> Zudem genügt bereits die abstrakte Möglichkeit der Kenntnisnahme.<sup>567</sup> Ein tatsächliches Hinsehen oder Zuhören wird nicht verlangt.<sup>568</sup> An dieser Stelle ergibt sich im Rahmen der Umgangsrestriktion bei der einfachen Pornografie das Problem, ob ein Zugänglichmachen dann abzulehnen ist, wenn sich der Jugendliche die Kenntnis vom Inhalt unter Verletzung rechtlicher Verbote bzw. unter Umgehung von Zugangssperren verschafft hat. Da kinderpornografische Inhalte einem generellen „Verbreitungsverbot“ unterliegen und daher niemandem zugänglich gemacht werden dürfen, braucht hierauf nicht näher eingegangen werden.<sup>569</sup>

Bezogen auf die Tatbegehung mittels Internet ist der Tatbestand des Zugänglichmachens dann erfüllt, sobald einschlägige Inhalte auf einem Server in Form von elektronischen Daten gelagert werden und auf diese Weise die Möglichkeit ihres Abrufes und der Wahrnehmung auf dem Bildschirm des Empfängers besteht.<sup>570</sup> Selbst wenn auf die

227

---

<sup>565</sup> Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 9; Barton, Handbuch MMSr, Rn. 205

<sup>566</sup> Barton, Handbuch MMSr, Rn. 205; BGH, NJW 1976, S. 1984; OLG Karlsruhe, NJW 1984, S. 1975; OLG Celle, MDR 1985, S. 592; OLG Stuttgart, NStZ 1992, S. 38; Walther, NStZ 1990, S. 523 f.; Stange, CR 1996, S. 426; Sieber, JZ 1996, S. 496; Jofer, Strafverfolgung, S. 81; Flechsig, AfP 1996, S. 342

<sup>567</sup> Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 10; Schreiberbauer, Pornographieverbot, S. 294; Laubenthal, Sexualstraftaten, Rn. 769; anders Barton, MMSr, Rn. 206; Jofer, Strafverfolgung, S. 81; RGSt 14, S. 398; BGH, NJW 1976, S. 1984; OLG Stuttgart, NStZ 1992, S. 38, die von einer konkreten Möglichkeit zur Kenntnisnahme sprechen

<sup>568</sup> Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 9; AG München, CR 1996, S. 502; Tröndle/Fischer, StGB, § 184 Rn. 40; RGSt 11, S. 285; Hörnle, NJW 2002, S. 1009; Gercke, MMR 2001, S. 679; OLG Stuttgart, NStZ 1992, S. 38; BGH, NJW 1976, S. 1881; Sieber, JZ 1996, S. 429

<sup>569</sup> Vgl. hierzu aber den Überblick bei Barton, MMSr, Rn. 207 f.

<sup>570</sup> AG München, CR 1996, S. 502; OLG Stuttgart, NStZ, 1992, S. 38; Walther, NStZ 1990, S. 523; Stange, CR 1996, S. 424 und 426; Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 9; Derksen, NJW 1997, S. 1881 f.; Pelz, wistra

betreffende Internetseite nie zugegriffen wurde, ist ein Zugänglichmachen durch den Content-Provider gegeben.<sup>571</sup> Einem größeren, individuell nicht feststehenden oder durch persönliche Beziehungen verbundenen Personenkreis (also öffentlich) werden Inhalte auch dann zugänglich gemacht, falls es sich hierbei um eine geschlossene Benutzergruppe (wie z.B. bei der Internet-Gemeinde) handelt, in die jeder ohne Schwierigkeiten eintreten darf.<sup>572</sup> So ist in diesem Zusammenhang auch eine eventuell vorliegende Codierung oder ein Passwortschutz irrelevant, solange jedermann den zugehörigen „Schlüssel“ ohne Schwierigkeiten erhalten kann.<sup>573</sup> Zudem bleibt es unerheblich, ob der Austausch der Dateien nur mit einem Ansprechpartner oder mehreren gleichzeitig „auf einem vorher vereinbarten Kanal vorgenommen“ wird<sup>574</sup>, sofern es sich bei diesen Personen um dem Täter unbekannt und nicht identifizierbare Teilnehmer handelt. Dem Öffentlichkeitskriterium wird nämlich nur dann nicht mehr Rechnung getragen, wenn – wie unter „Collectors“ bevorzugt – die Bilder per E-Mail individuell verschickt werden.<sup>575</sup> Zu der vorher genannten Ansicht kam das KG<sup>576</sup> durch einen Vergleich mit dem Verkauf von Waren an beliebige Interessenten in einem normalen Ladengeschäft, der auch dann öffentlich bleibt, wenn der Verkäufer den Käufern nur nacheinander Zutritt zu seinem Laden gestattet.

228

Sieht man den Verbreitensbegriff nicht in dem vom BGH vertretenen unkörperlichen Sinne, kommt es zu Strafbarkeitslücken im Falle

---

1999, S. 54; Sieber HB-MMR, 19 Rn. 607 und 610; Auer/Loimer, ÖJZ 1997, S. 618; Hinterseh, JurPC 1996, S. 465

<sup>571</sup> BGH, NJW 2001, S. 3559 f.; Hörnle, NJW 2002, S. 1009

<sup>572</sup> Jofer, Strafverfolgung, S. 82; BGHSt 13, S. 258; Derksen, NJW 1997, S. 1882; Walther, NStZ 1990, S. 523 f.; Lindemann/Wachsmuth, JR 2002, S. 209; Pelz, wistra 1999, S. 54; Sieber, JZ 1996, S. 496

<sup>573</sup> Lindemann/Wachsmuth, JR 2002, S. 309; Schreibauer, Pornographieverbot, S. 294

<sup>574</sup> Vgl. KG, Az.: 1 AR 791/97 – 5 Ws 532/97

<sup>575</sup> Schreibauer, Pornographieverbot, S. 295; Lindemann/Wachsmuth, JR 2002, S. 209; Bär, MMR 2000, S. 760. In diesem Bereich greift jedoch (wie das Urteil des BayObLG, MMR 2000, S. 758 zeigt) überwiegend die Handlungsalternative der Besitzverschaffung gem. § 184 V ein, soweit es sich um Kinderreal- bzw. wirklichkeitsnahe Pornografie handelt.

<sup>576</sup> KG, Az.: 1 AR 791/97 – 5 Ws 532/97

des nicht öffentlichen Zugänglichmachens von Kinderfiktivpornografie, weil hier die Besitzverschaffungsvariante nicht greift. Daher wurde die Frage aufgeworfen, ob nicht auf das Kriterium der „Öffentlichkeit“ verzichtet werden solle.<sup>577</sup> Eine solche Änderung ist jedoch allenfalls mit einer gleichzeitigen Anpassung des § 74 d IV StGB sinnvoll, weil diese Einziehungsvorschrift gerade auf das Merkmal der Öffentlichkeit abstellt und somit bei einseitiger Änderung Strafbarkeit nach § 184 III Nr. 2 StGB und Einziehung nicht mehr korrespondieren. Zudem bestünde ein Widerspruch zur **Verbreitung von Gewaltdarstellungen** gem. § 131 I Nr. 2 StGB, der beim Zugänglichmachen auch auf einen unbestimmten Personenkreis abstellt. Die Streichung des Merkmals der Öffentlichkeit alleine in § 184 III Nr. 2 StGB führte dann zu dem paradoxen Ergebnis, dass „pornographische Gewalt bereits bei nicht-öffentlichen Formen des Zugänglichmachens, sonstige mediale Gewaltformen aber erst bei öffentlichem Zugänglichmachen strafbar wären“.<sup>578</sup> Schließlich ist eine Änderung nicht zwingend notwendig, da die angesprochenen Strafbarkeitslücken in der Praxis denkbar gering ausfallen. So wurde der private Tausch kinderpornografischer Darstellungen bisher nur bei Realpornografie bzw. wirklichkeitsnaher Pornografie festgestellt.<sup>579</sup>

### 3. Handlungsalternativen gem. § 184 III Nr. 3 StGB

Ergänzend zu den von Nr. 1 und 2 erfassten Handlungen erklärt Nr. 3 einige Vorbereitungshandlungen hierzu für strafbar. Dazu zählen: das Herstellen, Beziehen, Liefern, Vorrätighalten, Anbieten, Ankündigen, Anpreisen, Unternehmen der Ein- oder Ausfuhr, jeweils mit der Intention die betreffende Schrift im Sinne der Nummern 1 und 2 zu verwenden bzw. einem anderen eine solche Verwendung zu ermöglichen. Diese Handlungen entsprechen im Wesentlichen den in § 184 I Nr. 8 StGB normierten.

229

---

<sup>577</sup> So schon der Bundesrat in BT-Drs. 12/3001, S. 7

<sup>578</sup> Schreibauer, Pornographieverbot, S. 295

<sup>579</sup> Vgl. Schreibauer, Pornographieverbot, S. 295

## a. Die Herstellung

230 Unter **Herstellen** versteht man hauptsächlich das Verfassen, Verlegen, Drucken, Aufnehmen oder Aufzeichnen einer Darstellung (d.h. einer Schrift, eines Datenspeichers, eines Ton- oder Bildträgers oder einer Abbildung) kinderpornografischen Inhalts.<sup>580</sup> Hierunter fällt auch das Vervielfältigen, also die Anfertigung weiterer Stücke nach einem bereits bestehenden.<sup>581</sup> Die Herstellung ist vollendet, sobald die genannten Tatmedien „einen Zustand erreichen, in dem sie als solche geeignet sind, für eine der in § 184 I Nr. 1-7 StGB (oder speziell für die Kinderpornografie der in § 184 III Nr. 1 und 2 StGB) benannten Taten Verwendung zu finden“.<sup>582</sup> So verhält es sich z.B. bei dem von einem Negativ vervielfältigten Foto oder bei von einem Masterband kopierten Videokassetten.

231 Zudem ist bereits die Herstellung solcher Schriften strafbar, aus denen die zur Verwendung vorgesehenen Darstellungen i.S.v. § 11 III StGB erst gewonnen werden sollen. Dies beschränkt sich nicht auf sog. „Mutterstücke“, von denen durch Vervielfältigung erst die zur Verbreitung bestimmten Schriften hervorgehen sollen, sondern gilt auch für Manuskripte, die unabhängig von der Vervielfältigungstechnik Grundlage der späteren Schriften sind.<sup>583</sup> Schließlich erfasst die Alternative des Herstellens zudem technische Ausgangsmaterialien, deren Verbreitung selbst nicht beabsichtigt ist, an die aber der Vervielfältigungsprozess unmittelbar anknüpft.<sup>584</sup> Ein Manuskript gilt erst als hergestellt, wenn die Gefahr jederzeit möglicher Verbreitung ganz nahe gerückt ist, was das Feststehen des Inhalts der Schrift und den äußerlich erkennbaren Willen des Autors voraussetzt, den Text (o.ä.) in dieser Fassung zu verwenden.<sup>585</sup>

---

<sup>580</sup> Laubenthal, Sexualstraftaten, Rn. 839; Auer/Loimer, ÖJZ 1997, S. 617; Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 43

<sup>581</sup> Tröndle/Fischer, StGB, § 184 Rn. 30

<sup>582</sup> Laubenthal, Sexualstraftaten, Rn. 839; so auch Hinterseh, JurPC 1996, S. 465

<sup>583</sup> Laubenthal, Sexualstraftaten, Rn. 840; Laufhütte in LK-StGB, § 184 Rn. 43; BGHSt 32, S. 4 ff.

<sup>584</sup> Laubenthal, Sexualstraftaten, Rn. 839

<sup>585</sup> Laubenthal, Sexualstraftaten, Rn. 840; Laufhütte in LK-StGB, § 184 Rn. 43

## b. Sonstige Tatvarianten

Ausgehend von einer bereits erfolgten Herstellung bestimmt § 184 III Nr. 3 StGB noch weitere Tathandlungen. So **bezieht** jemand eine Schrift, wer an ihr durch abgeleiteten Erwerb – also durch Gewahrsamswechsel im Einverständnis mit dem Vorbesitzer– tatsächliche Verfügungsgewalt erlangt. Von einem Beziehen kann demnach nicht die Rede sein, wenn jemand pornografische Schriften stiehlt oder unverlangt entgegennimmt.<sup>586</sup> Dem gegenüber steht das **Liefern**, also die Verschaffung des Gewahrsams an der Darstellung mit Einverständnis des Belieferten. Auch hierunter fällt nicht das unaufgeforderte Gelangelassen.<sup>587</sup> Erfasst wird jedoch nach überwiegender Meinung das Vermieten der Schrift, weil die Gewahrsamsverschaffung nicht auf Dauer erfolgen muss.<sup>588</sup> 232

**Vorrätighalten** ist gegeben, wenn eine Darstellung zum Kauf, zur Vermietung, zum Verschenken oder zu sonstiger Abgabe bereitgehalten wird.<sup>589</sup> Dabei muss der Täter als (mittelbarer oder unmittelbarer Besitzer) die Verfügungsgewalt über mindestens eine kinderpornografische Darstellung innehaben. Die bloße Verwahrung für einen anderen ist demzufolge nicht tatbestandsmäßig. Schließlich wird die Existenz eines Vorrats nicht verlangt.<sup>590</sup> Als **Anbieten** bezeichnet man ein konkretes Angebot im Sinne einer ausdrücklichen oder konkludenten Erklärung der Bereitschaft zur entgeltlichen oder unentgeltlichen Überlassung der Darstellung, ohne dass dies einen Vertrag i.S.d. BGB darstellen müsste.<sup>591</sup> **Ankündigen** ist jede Kundgebung, durch die auf 233

---

<sup>586</sup> Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 44; Laubenthal, Sexualstraftaten, Rn. 842; Tröndle/Fischer, StGB, § 184 Rn. 30

<sup>587</sup> Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 44; Laubenthal, Sexualstraftaten, Rn. 843; Tröndle/Fischer, StGB, § 184 Rn. 30

<sup>588</sup> Laubenthal, Sexualstraftaten, Rn. 843; Schreibauer, Pornographieverbot, S. 279; BGHSt 29, S. 72 f.; a.A. Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 45

<sup>589</sup> Laubenthal, Sexualstraftaten, Rn. 844; Tröndle/Fischer, StGB, § 184 Rn. 30

<sup>590</sup> Laubenthal, Sexualstraftaten, Rn. 844; Schreibauer, Pornographieverbot, S. 279; Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184, Rn. 46; Tröndle/Fischer, StGB, § 184 Rn. 30; vgl. auch RGSt 42, S. 210

<sup>591</sup> Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 7; BGH 34, S. 98; Eckstein, wistra 1997, S. 51; Laufhütte in LK-StGB, § 184 Rn. 20; Auer/Loimer, ÖJZ 1997, S. 618, die allerdings keine konkret bezeichnete Person verlangen

eine Gelegenheit zum Bezug aufmerksam gemacht wird. Unter **Anpreisen** wird jede lobende oder empfehlende Erwähnung und Beschreibung eines kinderpornografischen Erzeugnisses bzw. die Hervorhebung seiner Vorzüge etc. verstanden.<sup>592</sup> Durch diese sog. Werbeverbote soll bereits im Vorfeld das Aufmerksamwerden auf kinderpornografische Materialien verhindert werden. Allen Alternativen gemein ist, dass es weder auf Ausdrücklichkeit der Werbung noch auf eine entsprechende Gewinnerzielungsabsicht ankommt.<sup>593</sup>

234

Der Begriff des Unternehmens der **Einfuhr**<sup>594</sup> entspricht dem des § 184 I Nr. 4 StGB. Jedoch sollen mit § 184 I Nr. 8 bzw. § 184 III Nr. 3 StGB Konstellationen erfasst werden, die nicht bereits unter die erste Variante fallen. Einführen in diesem Sinne ist das Verbringen der Darstellung über die Grenze, soweit dies nicht im Wege des Versandhandels an den Kunden als Endabnehmer erfolgt.<sup>595</sup> Nach dem Vorfeldtatbestand des Abs. 1 Nr. 8 bzw. des Abs. 3 Nr. 3 kann nur derjenige bestraft werden, der zum Zeitpunkt des Grenzwechsels vom Ausland ins Inland die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Schrift i.S.v. § 11 III StGB innehat.<sup>596</sup> Ein inländischer Versandhändler hingegen, der sich von einem ausländischen Hersteller beliefern lässt, ist nicht selbst Einführer i.S.d. Nr. 8. Bezöge er die Darstellungen allerdings von einem inländischen Hersteller, wäre er nach Nr. 2 zu bestrafen, sobald diese in seinen Besitz gelangt sind.<sup>597</sup> Ein nach § 11 I Nr. 6 StGB strafbarer Versuch der Einfuhr ist gegeben, wenn der Täter mit den Materialien einen grenznahen Ort erreicht hat und diese von dort aus in Richtung Staatsgrenze in Bewegung setzt.<sup>598</sup>

---

<sup>592</sup> Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 30

<sup>593</sup> Vgl. zum Ganzen Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 30 f. m.w.N.

<sup>594</sup> Siehe hierzu auch Behm, AfP 2002, S. 22 ff., der sich mit dieser Alternative kritisch auseinandersetzt

<sup>595</sup> Laubenthal, Sexualstrafrecht, Rn. 845; Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 47; Schreibauer, Pornographieverbot, S. 280; OLG Hamm, NJW 2000, S. 1965

<sup>596</sup> Laubenthal, Sexualstraftaten, Rn. 845; Horn in SK-StGB, § 184 Rn. 58

<sup>597</sup> Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 47

<sup>598</sup> Laubenthal, Sexualstraftaten, Rn. 845; Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 47

Schließlich wird entsprechend zur vorher genannten Alternative des Einführens auch die **Ausfuhr** von Kinderpornografie unter Strafe gestellt. Hierunter fällt das Verbringen der entsprechenden Darstellungen über die Grenzen der Bundesrepublik ins Ausland.<sup>599</sup> Ein Unternehmen in diesem Sinne liegt bereits dann vor, wenn die strafbaren Darstellungen zuerst in einen dritten Staat (sog. Durchfuhrland) verbracht werden, in dem die Schriften keinem Verbot unterliegen, und erst anschließend in das eigentliche Zielland gelangen, sofern dies auf einem entsprechenden Tatplan basiert.<sup>600</sup> Bemerkenswert an der Tatbestandsalternative des Ausführens gem. § 184 I Nr. 9 StGB ist die Tatsache, dass es sich hierbei um eine Vorschrift handelt, welche dem Schutz außenpolitischer Beziehungen dient und daher völlig systemfremd im 13. Abschnitt des StGB bei den Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung steht. Mit dieser Bestimmung bezweckte man die Konfliktvermeidung mit anderen Staaten, soweit dort für pornografische Darstellungen strengere Verbote existieren.<sup>601</sup>

### c. Verwendungsabsicht

Zusätzlich zum Vorsatz verlangen die genannten Tathandlungen auch die Absicht im Sinne eines zielgerichteten Handelns, die kinderpornografischen Schriften oder aus ihnen gewonnene Stücke im Sinne der Nr. 1 oder 2 (bzw. auch des Abs. 1 Nr. 1-7) zu verwenden oder einem anderen eine solche Verwendung zu ermöglichen. § 184 I Nr. 9 StGB, der auch für Kinderpornografie gilt, fordert für die Ausfuhr ins Ausland zusätzlich die Absicht, die Schriften „unter Verstoß gegen die dort geltenden Strafvorschriften zu verbreiten oder öffentlich zugänglich zu machen oder eine solche Verwendung zu ermöglichen“. Die genannten Absichten muss der Täter bereits bei Tatausführung gehabt haben.

---

<sup>599</sup> Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 49; Tröndle/Fischer, StGB, § 184 Rn. 31

<sup>600</sup> Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 49; Tröndle/Fischer, StGB, § 184 Rn. 31; Laubenthal, Sexualstraftaten, Rn. 850

<sup>601</sup> Vgl. Laubenthal, Sexualstraftaten, Rn. 848 m.w.N.

#### d. Relevanz in Bezug auf das Internet

237 Fraglich ist, inwieweit die in § 184 III Nr. 3 StGB genannten Tat- handlungen in Bezug auf eine Begehung mittels Internet relevant wer- den können. Ein **Herstellen** ist z.B. denkbar beim Einscannen nicht digitalisierter Bilder, um diese für eine Verbreitung in Datennetzen brauchbar zu machen. Ebenfalls stellt es ein Herstellen dar, wenn je- mand Daten (z.B. zwecks Erstellung einer frei zugänglichen Homepa- ge) auf einen Server kopiert, da hiermit eine pornografische Darstel- lung in Form des Datenspeichers geschaffen wird, die in nach § 184 III StGB verbotener Weise zugänglich gemacht werden soll.<sup>602</sup>

238 Anders sieht es beim **Ein-** bzw. **Ausführen, Beziehen** und **Lie- fern** aus. Hier wird jeweils auf eine körperliche Verbringung der Dar- stellung und nicht lediglich auf ein „Zugänglichmachen“ des geistigen Inhalts abgestellt. Somit ist eine Tatbegehung via Internet in Form des Kopierens von Daten eines (ausländischen) Computers auf einen an- deren (inländischen) Computer nicht möglich.<sup>603</sup> Nach dem bereits im Rahmen des Verbreitens besprochenen Urteil des BGH vom 27.6.2000 könnte auch für diese Handlungen ein Verzicht auf das Körperlichkeitskriterium im Bereich der Begehung in Computernetzen aufgrund der besonderen Gegebenheiten bei der Datenübertragung zu erwägen sein, um Einheitlichkeit innerhalb des Tatbestandes zu wahren. Ein solches Vorgehen brächte jedoch die gleichen (Abgrenzungs-) Probleme mit sich, die bereits beim „Verbreitensbegriff“ aufgetaucht sind, weshalb an der herkömmlichen Auslegung festgehalten werden sollte.<sup>604</sup>

239 Möglich ist aber ein **Vorrätighalten** von kinderpornografischen Schriften im Internet, sofern die Daten auf einer Festplatte im Internet zwecks illegaler Weitergabe gespeichert werden. In diesem Falle hat nämlich der Anbieter die unmittelbare Verfügungsgewalt über die Festplatte, welche als Datenspeicher i.S.v. § 11 III StGB anzusehen

---

<sup>602</sup> Vgl. Schreiebauer, Pornographieverbot, S. 280; Hinterseh, JurPC 1996, S. 465; Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 43; Auer/Loimer, ÖJZ 1997, S. 618

<sup>603</sup> So auch Hinterseh, JurPC 1996, S. 466

<sup>604</sup> Vgl. die Ausführungen unter Kapitel 2, B.III.1.c.

ist.<sup>605</sup> Ebenfalls kann ein Täter verbotene Inhalte im Internet **anbieten, anpreisen oder ankündigen**, weil hierfür lediglich bestimmte Erklärungen abgegeben werden müssen und es insoweit weder auf eine Weitergabe der Schrift noch ihres Inhalts ankommt. Insofern bestehen auch keine spezifischen Besonderheiten, denn das Internet dient in diesem Falle lediglich als Medium zur Übertragung der Erklärung, wie es bei Briefen, Telefon o.ä. der Fall ist.

Teilweise wird das Einspeisen kinderpornografischer Darstellungen ins Internet durch den Urheber zwecks Ermöglichung des ständigen Abrufs bzw. der Speicherung auf einem entsprechenden Medium im Internet als **Anbieten** eingestuft.<sup>606</sup> Dem ist jedoch nicht zu folgen, da das Angebot – wie bereits erörtert – die Gewahrsamsübertragung der Darstellung betrifft und nicht lediglich das „Zugänglichmachen“ des Inhalts.<sup>607</sup> Anders wäre die Sachlage, wenn man die Meinung vertritt, auf das Körperlichkeitskriterium könne es bei Daten in Computernetzen nicht mehr ankommen, weil durch das Kopieren auf die eigene Festplatte des Nutzers ebenfalls wieder eine Schrift entsteht.<sup>608</sup> Dem wird aus den unter Kapitel 2, B.III.1.c. genannten Gründen nicht beigeprpflichtet, weshalb es für ein Anbieten i.S.v. § 184 III Nr. 3 StGB nicht genügt, wenn lediglich ein Zugriff auf die entsprechende Seite und ein entsprechender Download erfolgt, ohne dass sich das Angebot an einen konkreten Nutzer gerichtet hat und ohne dass anschließend eine körperliche Übertragung des in Frage stehenden Datenspeichers bzw. allgemein der jeweiligen Darstellung stattfindet.<sup>609</sup> Zumindest wäre ein aktives Verschicken der Materialien (z.B. per E-Mail) zu fordern, auf welches der Homepage-Inhaber aufmerksam machen muss. Im Endeffekt kann diese Diskussion aber dahinstehen, da die

240

---

<sup>605</sup> Schreibauber, Pornographieverbot, S. 281; Hilgendorf, JuS 1997, S. 330; Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 46; Altenhain, CR 1997, S. 495; KG, Az.: 1 AR 791/97 – 5 Ws 532/97; Hinterseh, JurPC 1996, S. 466

<sup>606</sup> So Auer/Loimer, ÖJZ 1997, S. 618; Hinterseh, JurPC 1996, S. 466

<sup>607</sup> Vgl. Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184, Rn. 7; BGHSt 34, S. 98; Eckstein, wistra 1997, S. 51; Laufhütte in LK-StGB, § 184 Rn. 20; Auer/Loimer, ÖJZ 1997, S. 618, die allerdings keine konkret bezeichnete Person verlangen

<sup>608</sup> Vgl. BGH v. 27.6.2000, JR 2002, S. 204 ff.

<sup>609</sup> So aber Auer/Loimer, ÖJZ 1997, S. 618; Hinterseh, JurPC 1996, S. 466

beschriebenen Vorgänge jedenfalls von der Alternative des öffentlichen Zugänglichmachens erfasst werden.<sup>610</sup>

#### **4. Die Besitzstrafbarkeit gem. § 184 V StGB**

241 Im Zuge des 27. StrÄndG wurde durch Ergänzung des derzeitigen Absatzes 5 in § 184 StGB die Strafbarkeit des **Besitzes** bzw. die **Besitzverschaffung** von Kinderreal- bzw. wirklichkeitsnaher Pornografie unter Strafe gestellt. Diese Änderung resultierte aus der gesetzgeberischen Annahme einer hohen mittelbaren Verantwortlichkeit des Verbrauchers kinderpornografischer Produkte (Filme, Fotos, authentische Tonaufnahmen etc.) für die Existenz eines entsprechenden Marktes und den mit der Versorgung dieses Marktes verbundenen Kindesmissbrauch.<sup>611</sup> Vor dieser Neuregelung war es zudem für Händler straffrei möglich, immer nur eine Kopie der entsprechenden Materialien vorrätig zu halten und erst bei Bedarf weitere Exemplare anzufertigen. Einer Strafbarkeit eben wegen dieses Vorrätighaltens konnte durch die einfache Behauptung, Sammler zu sein, umgangen werden.<sup>612</sup> Aus dem gleichen Grunde war auch eine Einziehung der Darstellungen nicht möglich. Die Einführung der Besitzstrafbarkeit hat in der Praxis eine erhebliche Beweiserleichterung bewirkt, weil nunmehr auch der private Kauf- und Tauschmarkt einfacher und effektiver bekämpft werden kann. Die Legitimation dieser Tatbestandsalternative wurde bereits in anderem Zusammenhang ausführlich erläutert.<sup>613</sup>

##### **a. Der Besitz gem. § 184 V S. 2 StGB**

242 Das Verbot des Besitzes hat zur Folge, dass sich grds. jeder (mit Ausnahme solcher Personen, die gem. § 184 VI S. 3 StGB ausschließlich die Erfüllung rechtmäßiger dienstlicher oder beruflicher Pflichten im Auge haben) kinderpornografischer Materialien durch Vernichtung oder Abgabe bei einer Behörde entledigen muss. Daher stellt die Vor-

---

<sup>610</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen unter Kapitel 2, B.III.2.

<sup>611</sup> Tröndle/Fischer, StGB, § 184 Rn. 44; Laubenthal, Sexualstraftaten, Rn. 881

<sup>612</sup> Vgl. BT-Drs. 12/3001, S. 4

<sup>613</sup> Vgl. die Ausführungen unter Kapitel 2, A.I.3.b.ab.

schrift dogmatisch gesehen ein (echtes) Unterlassungsdelikt dar. Auf eine Garantenstellung kommt es nicht an.<sup>614</sup>

Besitz im Sinne dieser Vorschrift bedeutet nach dem gesetzgeberischen Willen die Aufrechterhaltung eines tatsächlichen Herrschaftsverhältnisses über die kinderpornografischen Materialien,<sup>615</sup> sodass die Möglichkeit gegeben ist, die Schrift sich und anderen zugänglich zu machen.<sup>616</sup> Entsprechend dem Merkmal „besitzen“ in § 29 I Nr. 3 BtMG werden hiervon der unmittelbare und der mittelbare Besitz sowie die Besitzdienerschaft im zivilrechtlichen Sinne erfasst.<sup>617</sup> Mittelbarer Besitz liegt gem. BGH z.B. dann vor, wenn jemand Kinderpornografie in einem Schließfach verwahrt, zu dem er einen Schlüssel oder einen Gepäckschein hat.<sup>618</sup> Insgesamt geht der Begriff jedoch weiter als der zivilrechtliche, weil auch Boten Besitzer sein können, was gem. § 855 BGB ausgeschlossen ist.<sup>619</sup> Nach dem Gesagten genügt also die faktische – auch nur vorübergehende – Einwirkungsmöglichkeit auf die Darstellungen.<sup>620</sup> Notwendig ist allerdings eine gewisse Erheblichkeit der Einwirkungsmöglichkeit, sodass minimale Hilfstätigkeiten ohne Herrschaftswillen nicht unter den Tatbestand des § 184 V 2 StGB zu fassen sind.<sup>621</sup> Seinen eigentlichen Anwendungsbereich findet das reine Besitzverbot dann, wenn sich der Täter nicht gem. § 184 V S. 1 StGB vorsätzlich in den Besitz der Schriften gebracht hat oder dies nicht beweisbar bzw. verjährt ist.<sup>622</sup>

243

---

<sup>614</sup> Horn in SK-StGB, § 184 Rn. 78; Sieber, HB MMR, 19 Rn. 624; Laubenthal, Sexualstraftaten, Rn. 885

<sup>615</sup> BT-Drs. 12/3001, S. 5

<sup>616</sup> Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 65; BGHSt 26, S. 117; 27, S. 380; 30, S. 279; Sieber, HB MMR, 19 Rn. 627

<sup>617</sup> BT-Drs. 12/3001, S. 6

<sup>618</sup> BGHSt 27, S. 380 ff.

<sup>619</sup> Schreibauer, Pornographieverbot, S. 304

<sup>620</sup> Laubenthal, Sexualstraftaten, Rn. 885

<sup>621</sup> BGHSt, 26, S. 117 (zu § 29 BtMG, beim Tragen von Drogen in einem Beutel über eine Distanz von 20 m); Schreibauer, Pornographieverbot, S. 305; Laufhütte in LK-StGB, § 184 Rn. 48; Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 64

<sup>622</sup> Schroeder, NJW 1993, S. 2583; Schreibauer, Pornographieverbot, S. 305

## b. Die Besitzverschaffung gem. § 184 V S. 1 StGB

244

Weiterhin wird das Unternehmen der Besitzverschaffung unter Strafe gestellt, wobei es unerheblich ist, ob der Täter sich selbst oder einen Dritten in den Besitz der Darstellungen bringt. Unter Besitzverschaffung ist laut Gesetzgeber (ebenfalls in Anlehnung an § 29 BtMG) die Herbeiführung eines Herrschaftsverhältnisses in dem bereits genannten Sinne zu verstehen. Ein Teil der Literatur hält demgegenüber einen Rückgriff auf § 259 StGB für sinnvoller.<sup>623</sup> Die Vergleichbarkeit der Vorschriften wird darin gesehen, dass sowohl Hehler als auch Konsumenten von Kinderpornografie einen Anreiz zur Begehung von Straftaten schaffen.<sup>624</sup> Da der Hehlereitbestand und § 184 V StGB im Wortlaut gleich lautend sind, ist es nahe liegend, die zu § 259 StGB existierende Rechtsprechung und Literatur bei der Auslegung heranzuziehen.<sup>625</sup> Teilweise wird sich jedoch die Frage stellen, ob die dort gefundenen Ergebnisse vollständig auf § 184 StGB angewendet werden können. Ausgehend von § 259 StGB liegt ein Sichverschaffen des Besitzes vor, sobald der Täter aufgrund einer Übertragungshandlung des Vortäters einverständlich eine eigene Herrschaft und Verfügungsgewalt über die Darstellung derart erwirbt,<sup>626</sup> dass der Vortäter jede Einwirkungsmöglichkeit auf sie verliert<sup>627</sup>. Dabei genügt im Unterschied zur Hehlerei eine Verschaffung nur zum zeitweisen Besitz.<sup>628</sup>

245

In Anlehnung an das Gesagte werden also von der Besitzverschaffung (sowohl auf Geber- als auch auf Empfängerseite) alle mit der Übertragung des unmittelbaren oder mittelbaren Besitzes bzw. der Besitzdienerschaft verbundenen Erwerbs- und Gebrauchsüberlassungsgeschäfte (bereits im Versuchsstadium) erfasst.<sup>629</sup> Hierzu zählen u.a. Kauf, Tausch, Schenkung, Miete oder Leihe. Abweichend von § 259

---

<sup>623</sup> Schroeder, NJW 1993, S. 2583; Schreibauer, Pornographieverbot, S. 305

<sup>624</sup> Schroeder, ZRP 1990, S. 300; Schreibauer, Pornographieverbot, S. 305 m.w.N.

<sup>625</sup> Schreibauer, Pornographieverbot, S. 305

<sup>626</sup> BGHSt 27, S. 45 f.; BGH, NJW 1985, S. 444; Tröndle/Fischer, StGB, § 259 Rn. 14

<sup>627</sup> BGHSt 27, S. 163; BGH, NJW 1992, S. 36; Tröndle/Fischer, StGB, § 259 Rn. 15

<sup>628</sup> Schreibauer, Pornographieverbot, S. 306 m.w.N.

<sup>629</sup> Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 64

StGB genügt zudem Mitbesitz mehrerer, d.h. der Vorbesitzer muss nicht zwingend seine Verfügungsgewalt verlieren, weil gleichwohl eine Erhöhung der Nachfrage am Markt verursacht werden kann.<sup>630</sup> Aus dem gleichen Grunde lässt man schließlich – ebenfalls anders als bei der Hehlerei – ein eigenmächtiges Sichverschaffen ausreichen,<sup>631</sup> wobei eine Diskussion hierüber unerheblich ist, weil nach erfolgter Aneignung – unabhängig von einem Einverständnis mit dem Vorbesitzer – jedenfalls die Pönalisierung des Besitzes oder dessen strafbarer Weitervermittlung eingreift.

Im Rahmen der Besitzverschaffung an einen Dritten stellt sich die Frage, wie Personen zu behandeln sind, die lediglich als schlichte Vermittler auftreten. Bei § 259 StGB wird das Tatbestandsmerkmal „einem anderen verschaffen“ auch dann als gegeben angesehen, wenn der Hehler die Sachen sofort an einen Abnehmer dirigiert, ohne sie vorher in Besitz gehabt zu haben.<sup>632</sup> Da nach der hier vertretenen Auffassung die Auslegung von § 184 V StGB in Anlehnung an diesen Tatbestand erfolgt, darf also für die Besitzverschaffung nichts anderes gelten, weil es auch hier im Hinblick auf die Normziele nicht auf den vorherigen Besitz des Täters ankommen kann.<sup>633</sup> 246

### c. Sichverschaffen durch Herstellung

Nach einem Urteil des BGH kann eine Besitzverschaffung auch durch Anfertigen von Fotografien, die den sexuellen Missbrauch von Kindern abbilden, erfolgen. Dies sei notwendig, um das besondere Unrecht des § 184 V StGB mit den Worten „Sichverschaffen kinderpornografischer Schriften zu kennzeichnen“.<sup>634</sup> Bedenklich bei dieser Auslegung ist allerdings, dass die Alternative des Herstellens in Fällen der Realpornografie keinen eigenständigen Anwendungsbereich mehr hätte, weil dies jedes Mal eine Besitzverschaffung darstellen würde, wobei das auch bei Herstellung für einen Dritten gilt. Zudem erscheint 247

---

<sup>630</sup> Laufhütte in LK-StGB, § 184 Rn. 48

<sup>631</sup> Laufhütte in LK-StGB, § 184 Rn. 48; Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 64; Schroeder, ZRP 1990, S. 301 (Fn. 9)

<sup>632</sup> Stree in Schönke/Schröder, § 259 Rn. 19

<sup>633</sup> Schreibauer, Pornographieverbot, S. 307

<sup>634</sup> BGH, NStZ 1998, S. 351 f.

das Ergebnis des BGH nicht notwendig, da im Falle des Herstellens ein höherer Strafrahmen anzuwenden ist als im Falle des Absatzes 5.

248 Nach derzeitiger Gesetzeslage halte ich das Urteil daher für schwer vertretbar, weil hierdurch die Grenzen zwischen den Tatalternativen vollends zu verwischen drohen. Um das vom BGH gewünschte Ziel einer Klarstellung des besonderen Unrechts ohne dogmatische Schwierigkeiten zu erreichen, könnte eine Anpassung des Gesetzes in dem Sinne erfolgen, dass § 176 a II StGB nicht mehr nur für die Tathandlungen der Absätze 3 (bzw. 4) des § 184 StGB anzuwenden ist, sondern auch die Besitzverschaffung nach Absatz 5 einschließt. § 176 a II StGB bestraft nämlich gerade den sexuellen Missbrauch zum Zwecke der späteren Vermarktung. Durch die Änderung wäre dann auch der sexuelle Missbrauch zum Herstellen privat genutzter Darstellungen nach einem erhöhten Strafmaß zu ahnden.

#### **d. Der Versuch der Besitzverschaffung**

249 § 184 V S. 1 StGB ist als Unternehmensdelikt ausgestaltet worden. Gem. § 11 I Nr. 6 StGB bedeutet „**Unternehmen**“ einer Tat die Gleichstellung des Versuchs mit der Vollendung.<sup>635</sup> Fraglich ist, ob durch eine derartige Ausgestaltung des Tatbestandes schon alle Erwerbs- und Gebrauchsüberlassungsgeschäfte vor Begründung des neuen Besitzes strafbar sind.<sup>636</sup> Dies ist zu bejahen, wobei reine Vorbereitungshandlungen (wie etwa die Kontaktaufnahme) hiervon nicht erfasst werden sollen. Nach a.A. sind solche Handlungen nicht tatbestandsmäßig, bei denen noch wesentliche Zwischenakte des Täters bis zur tatsächlichen Besitzverschaffung erforderlich werden.<sup>637</sup> So stelle es z.B. noch keine Besitzverschaffung dar, wenn jemand einen Kaufvertrag über einen kinderpornografischen Film geschlossen hat, der erst noch vervielfältigt oder sogar hergestellt werden muss, und es weiter nötig ist, diesen anschließend noch zu verschicken. In diesen Fällen, also sofern nach dem Vertragsschluss noch wesentliche Hand-

---

<sup>635</sup> Tröndle/Fischer, StGB, § 11 Rn. 37

<sup>636</sup> So BT-Drs. 12/3001, S. 6; Lackner/Kühl, § 184 Rn. 8; Sieber, HB MMR, 19 Rn. 623

<sup>637</sup> Vgl. Schreibauer, Pornographieverbot, S. 308 m.w.N.

lungen erforderlich werden, um tatsächlich in den Besitz zu gelangen, könne man nicht von einem unmittelbaren Ansetzen zur Besitzverschaffung sprechen. Dies sei nur zu bei solchen Geschäften zu bejahen, nach deren Abschluss die Schrift unmittelbar den Besitzer wechselt.<sup>638</sup> Im Hinblick auf die mit der Besitzverschaffungsalternative bezweckte Verhinderung des Anreizes zur Herstellung neuer Materialien ist es aber geboten, der vom Gesetzgeber vorgegebenen Auslegung zu folgen, denn bereits die Bestellung oder allgemein der Abschluss eines Vertrages, egal ob es direkt zu einer Besitzübertragung kommt oder nicht, führen zu einer Ausweitung, Schaffung oder Erhaltung des Kinderpornografie-Marktes.

### **e. Besitzstrafbarkeit und Internet**

Interessant im Rahmen dieser Arbeit ist insbesondere die Besitzstrafbarkeit in Bezug auf eine Begehung mittels Internet. Besitz an Darstellungen bzw. spezieller an Datenspeichern i.S.v. § 11 III StGB kann nur derjenige haben, der die Verfügungsmacht über das entsprechende Speichermedium (also z.B. die Festplatte oder den Server) aufweist, auf dem die kinderpornografischen Daten lagern.<sup>639</sup> Demnach könnte man das bloße Anschauen auf dem Bildschirm – also die bloß vorübergehende Speicherung im Arbeitsspeicher – nicht als Besitz werten, weil dieser zumindest eine Verkörperung der entsprechenden Daten voraussetzt, mithin die Möglichkeit, diese auch nach dem Aufrufen neuer Seiten oder dem Ausschalten des Computers wieder verwenden zu können.<sup>640</sup> Dies ist bei Inhalten im Arbeitsspeicher jedoch gerade nicht gegeben. Im Rahmen von Internetangeboten gilt es aber insbesondere zu beachten, dass hierbei die Anzeige der aufgerufenen Inhalte auf dem Bildschirm regelmäßig mit einer Speicherung im Cache-Verzeichnis auf der Festplatte verbunden wird, weshalb § 184 V StGB dann – objektiv gesehen – anwendbar bleibt.<sup>641</sup>

250

---

<sup>638</sup> Schreibauer, Pornographieverbot, S. 308

<sup>639</sup> Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, §184 Rn. 64; Schreibauer, Pornographieverbot, S. 309

<sup>640</sup> Sieber HB MMR, 19 Rn. 627; Tröndle/Fischer, StGB, § 184 Rn. 45

<sup>641</sup> Sieber HB MMR, 19 Rn. 627; Schreibauer, Pornographieverbot, S. 309; Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 65

Ob der Nutzer tatsächlich Vorsatz, also Kenntnis von diesem körperlichen Besitz an den verbotenen Inhalten hat, ist eine hiervon zu trennende Frage. Im Disk-Cache bleiben die Daten nämlich auch nach Beendigung des Programms so lange gespeichert, bis dieser Speicher durch den nachfolgenden Aufruf anderer Seiten voll wird und alte Dateien herausfallen oder bis eine bewusste Löschung durch den Inhaber des Rechners erfolgt.<sup>642</sup> Jemand, der z.B. in einer Newsgroup ungewollt auf Darstellungen i.S.v. § 184 V StGB stößt, ist somit verpflichtet, diese in seinem Cache zu löschen.

251 Im Unterschied zum Verbreiten kommt es meiner Ansicht nach bei der Alternative der **Besitzverschaffung** schon gar nicht auf die körperliche Übertragung bzw. Weitergabe des ursprünglichen Datenträgers an. Vielmehr lassen die bisher ergangene Rechtsprechung und die in der Literatur vertretenen Ansichten darauf schließen, dass das „Ergebnis“, also der Besitz oder die Besitzverschaffung an (irgend-)einer kinderpornografischen Schrift und nicht genau der des Vorbesitzers, entscheidend ist. Nur so lässt es sich erklären, dass man das Versenden von E-Mails mit verbotenen Inhalten als Besitzverschaffung ansieht und nicht als Verbreiten.<sup>643</sup> Hier macht der Versender quasi eine Kopie, indem die Nachricht auf dem Mailserver des Empfängers zwischen- und durch Abruf auf die lokale Festplatte gespeichert wird, sofern die Daten nicht gelöscht werden. Insoweit wurden also lediglich Daten versendet, über die der Empfänger durch Verkörperung auf einem Speichermedium Verfügungsgewalt erhält.<sup>644</sup>

252 Zudem liegt im **aktiven Download** kinderpornografischer Darstellungen ein Sichverschaffen des Besitzes.<sup>645</sup> Zwar könnte hiergegen eingewandt werden, dass der Täter bereits Besitz an seiner Festplatte hatte und sich einen solchen an derjenigen des Servers nicht verschafft hat. Eine derartige Restriktion ist aber nicht zwingend, weil die por-

---

<sup>642</sup> Schreibauer, Pornographieverbot, S. 309

<sup>643</sup> Vgl. BayObLG, MMR 2000, S. 758; Bär, MMR 2000, S. 761

<sup>644</sup> Ähnlich auch Schreibauer, Pornographieverbot, S. 310

<sup>645</sup> Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 64; AG Hamburg, CR 1998, S. 34; Sieber HB MMR, 19 Rn. 627; Schreibauer, Pornographieverbot, S. 310; Hilgendorf, JuS 1997, S. 330; Laubenthal, Sexualstraftaten, Rn. 884

nografische Darstellung erst durch die Symbiose zwischen Inhalt und Datenträger geschaffen wird. Vor Speicherung der Inhalte auf seiner Festplatte hatte der Täter lediglich Besitz an einem Speichermedium, welches durch „Auffüllen“ mit dem verbotenen Inhalt zu einem Datenspeicher i.S.v. § 184 III i.V.m. § 11 III StGB geworden ist. In diesem Falle liegt also ebenfalls ein Herstellen i.S.v. § 184 III StGB vor.

Fraglich ist schließlich, ob das Bereitstellen verbotener Inhalte auf einem Server (bzw. einer Homepage) die Variante der Drittverschaffung erfüllt, weil hier die Bilder etc. nicht aktiv verschickt werden, sondern der Nutzer diese lediglich selbständig herunterladen und ggf. speichern kann. Nach überwiegender Ansicht wird in diesen Fällen lediglich Beihilfe oder Anstiftung des Anbieters zu einer eigenständigen Besitzverschaffung des Nutzers angenommen.<sup>646</sup> Im Endeffekt kann eine Entscheidung dieses Streites jedoch offen bleiben, da in jedem Falle die Variante des öffentlichen Zugänglichmachens erfüllt wird.

## **f. Kritik am Tatbestand der Besitzstrafbarkeit**

In Bezug auf den Absatz 5 wurde im Gesetzgebungsverfahren vom Bundesrat zum einen bestimmt, dass auch der Besitz von Kinderfiktivpornografie mit aufgenommen werden müsse bzw. die Einschränkung auf Kinderrealpornografie zu streichen sei. Diese Forderung basierte auf der Befürchtung einer Einbuße der Wirksamkeit der Norm durch das Erfordernis, den Beweis eines tatsächlichen Missbrauchs zu führen.<sup>647</sup> Durch Einfügung des Merkmals „oder ein wirklichkeitsnahes Geschehen“ hat der Bundestag dieser Gefahr entgegen gewirkt. Eine vollständige Streichung hielt er aus den bereits unter Kapitel 2, B.II.2.d.ab. genannten Gründen für unangebracht.<sup>648</sup>

Zum anderen bewertete er die Aufhebung der genannten Einschränkung als angemessen, weil auch Kinderfiktivpornografie pädophile Tendenzen und damit mittelbar den Kindesmissbrauch förde-

---

<sup>646</sup> Schreibauer, Pornographieverbot, S. 310; Lenckner/Perron in Schöнке/Schröder, § 184 Rn. 64

<sup>647</sup> BT-Drs. 12/3001, S. 8

<sup>648</sup> BT-Drs. 12/3001, S. 10

re. So könne die gegenüber der Realpornografie geringere Verwerflichkeit in der Strafzumessung berücksichtigt werden.<sup>649</sup> Jedoch bestehen zwischen beiden Pornografieformen größere Unterschiede als auf den ersten Blick erkennbar, welche nicht nur in der Strafzumessung, sondern bereits auf Tatbestandsebene Berücksichtigung finden sollten: Zwar ist es richtig, dass auch fiktive Kinderpornografie den Missbrauch fördern kann und ihre tatbestandliche Einbeziehung dem Zweck der Schaffung eines gesteigerten Unrechtsbewusstseins dient. Dagegen können diese Darstellungen aber nicht zur Erpressung kindlicher Darsteller bzw. zum „Vorgaukeln“ vermeintlicher Normalität verwendet werden. Auch haben diese Materialien bei weitem nicht die gleiche Wirkung auf Konsumenten wie realistische Filme oder Fotos etc. Im Ergebnis bringt somit die gefundene Lösung das gesetzliche Wertungssystem am besten zum Ausdruck.

256 Fraglich erscheint zudem die Notwendigkeit bzw. die Angemessenheit der Strafbarkeit des Besitzes neben der Besitzverschaffung, weil auch derjenige, der unvorsätzlich in den Besitz kinderpornografischer Schriften gelangt ist, diese vernichten oder bei einer Behörde abgeben muss, wenn er sich nicht der Strafverfolgung wegen Besitzes gem. § 184 V StGB aussetzen will. Dem hat man entgegen zu halten, dass die Konstellationen, in denen jemand ohne Sorgfaltspflichtverstoß in den Besitz kinderrealpornografischer Darstellungen gelangt, denkbar selten sind. Zudem werden sich diese Personen in der überwiegenden Zahl der Fälle aus eigener Ablehnung und Empörung heraus dieser Schriften entledigen, weil es sich dann meistens nicht um pädophil veranlagte Menschen oder sog. Collectors handelt. Daneben besteht auch noch die Möglichkeit der Verfahrenseinstellung nach § 153 StPO, sodass das Strafverfolgungsrisiko für gesetzestreue Personen verschwindend gering bleibt und ein Besitzverbot durchaus gerechtfertigt erscheint.

257 Anzudenken ist schließlich im Zeitalter des Internet eine Ausweitung der Strafbarkeit auf eine unkörperliche Zugangverschaffung, weil davon ausgegangen werden muss, dass dieses aufgrund seiner in

---

<sup>649</sup> BT-Drs. 12/3001, S. 8

der fehlenden Kontrolle begründeten Anonymität und der beinahe unbegrenzten Kommunikationsmöglichkeiten zukünftig Hauptumschlagplatz kinderpornografischer Materialien sein wird.<sup>650</sup> Im Rahmen der Onlinekommunikation ist der Anwendungsbereich der Drittbesitzverschaffung oft eingeschränkt, weil das bloße Bereithalten von Daten (z.B. auf einer Homepage) lediglich als Zugangsverschaffung zählt. Es kann aber keinen Unterschied machen, ob jemand eine E-Mail mit den betreffenden Bildern etc. verschickt oder ob er diese Bilder auf eine Homepage zum Download bereitstellt. Gerade in letztem Fall erlangt sogar eine unbestimmt große Anzahl von Menschen die Möglichkeit des Downloads. Sobald jemand die Bilder auf seinem Rechner gespeichert hat, befindet er sich aber gerade im Besitz einer kinderpornografischen Schrift. Dieser kleine Zwischenschritt des aktiven Verschickens gewinnt demzufolge keinerlei Ausschlag für das begangene Unrecht. Außerdem wären Fälle des nichtöffentlichen und nichtkörperlichen „Verbreitens“ bzw. „Zugänglichmachen“ einwandfrei erfasst. Daher sollte der Absatz 5 um die Alternative „einem anderen zugänglich macht“ ergänzt werden. Anders sieht dies Schreibauer, der eine Ersetzung der Besitzverschaffungsvariante fordert.<sup>651</sup>

Schließlich ist eine Ergänzung<sup>652</sup> der Totalalternative des „Sichverschaffens des Besitzes“ in ein „Sich-Zugänglich-Machen“ diskussionswürdig. So sah bereits ein vergleichbarer Vorschlag des Bundesrates vor, § 184 V StGB insoweit zu ergänzen, als auch strafbar sein soll, wer sich kinderpornografische Darstellungen „zeigen oder vorführen“ lässt.<sup>653</sup> Eine solche Änderung wäre sinnvoll, weil hierdurch der Streit darüber, ob ein Betrachten der betreffenden Darstellungen am Bildschirm – also die bloße Speicherung im Cache – bereits für die

258

---

<sup>650</sup> So bereits der Ansatz von Schreibauer, Pornographieverbot, S. 314

<sup>651</sup> Schreibauer, Pornographieverbot, S. 314

<sup>652</sup> Auch hier fordert Schreibauer (Pornographieverbot, S. 314) eine Ersetzung, weil § 184 V S. 2 StGB aus dem Grunde überflüssig wird, dass sich jemand, der eine Darstellung besitzt, diese permanent auch zugänglich macht. Dem wird hier nicht gefolgt. Zugänglichmachen liegt solange vor, wie kein körperlicher Besitz gegeben ist. Zwischen „Ansehen“ und „Aufbewahren“ sollte unterschieden werden, weil letzteres aufgrund der Täterintention als noch verwerflicher eingestuft und höher bestraft werden muss.

<sup>653</sup> BR-Drs. 207/1/92, S. 6; 207/2/92

Besitzstrafbarkeit ausreicht, beendet werden könnte.<sup>654</sup> Dies erscheint hauptsächlich deshalb dringend geboten, weil schon diese Verhaltensweisen unzweifelhaft den sexuellen Missbrauch von Kindern durch Herstellung des Materials – insbesondere wenn die Betrachtung entgeltlich ist – fördern.<sup>655</sup> Denn die Anbieter müssen sich immer neue Filme, Bilder etc. besorgen, um die Nachfrage der Kunden zu befriedigen. Außerhalb der Onlinekommunikation würden durch die Kombination des „Sich- bzw. des Drittzugänglichmachens“ solche Fallgestaltungen erfasst, in denen es zur (privaten oder entgeltlichen) Vorführung von Videofilmen o.ä. kommt. Diese Vorgänge tragen nämlich auch allesamt dazu bei, den Kinderpornomarkt aufrechtzuerhalten bzw. zu vergrößern. Durch eine entsprechende Änderung könnte ein Beitrag dazu geleistet werden, diesen Markt auszutrocknen, weil anzunehmen ist, dass die Nachfrage aufgrund der Strafbarkeit und des damit verbundenen Risikos der Strafverfolgung sinkt.

259

Befürchtungen einer ungerechtfertigten Ausweitung der Strafbarkeit sind unbegründet, weil das zufällige „Sich-Zugänglich-Machen“ mangels Vorsatzes nicht erfasst wird. Zwar können sich mit einer derartigen Einlassung auch teilweise vorsätzlich handelnde Pädophile oder „Bilder-Sammler“ „aus der Affäre ziehen“, jedoch spricht dies nicht grundsätzlich gegen die angesprochene Änderung, weil erstens die meisten Fälle bereits von der Besitzverschaffungsalternative erfasst sein werden und schon bei entgeltlichen Angeboten (welche die Mehrzahl bilden) die Schutzbehauptungen ins Leere laufen. So hat sich jeder, der für ein Angebot bezahlt, vorher über dessen Inhalt informiert und kann daher nur hierzu widersprüchlich vorbringen, nicht gewusst zu haben, was er kauft oder leiht. Auch diejenigen Täter, welche die gleichen Angebote mehrmals aufrufen, werden sich nicht auf einen Vorsatzmangel berufen können.

---

<sup>654</sup> Vgl. hierzu ausführlich Punkt Kap. 2, B.III.4.e.

<sup>655</sup> Vgl. Schreibauer, Pornographieverbot, S. 314

## IV. Die Qualifikation nach § 184 IV StGB

Der auf kinderpornografische Schriften, die einen tatsächlichen oder wirklichkeitsnahen sexuellen Missbrauch von Kindern wiedergeben, beschränkte Qualifikationstatbestand des § 184 IV StGB bestimmt eine Strafrahmenerhöhung für Täter, die gewerbsmäßig handeln oder einer Bande angehören, welche sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat. Die Beschränkung auf die genannten Pornografieformen resultiert aus der Überlegung, dass die Herstellung von fiktiver Kinderpornografie grds. nicht mit einem realen Missbrauch verbunden ist und daher die Androhung einer Mindeststrafe von sechs Monaten im Hinblick auf das Gebot des sinn- und maßvollen Strafens unangemessen erscheint.<sup>656</sup> Nach der gesetzgeberischen Intention sollte durch die Erhöhung des Strafrahmens in dem eben beschriebenen Sinne die Möglichkeit geschaffen werden, „die besondere Verwerflichkeit solcher Täter angemessen zu ahnden, die sich aus der wiederholten Begehung von Straftaten eine Einnahmequelle von gewisser Dauer und Erheblichkeit schaffen wollen“.<sup>657</sup> Zudem bezweckte man mit der Qualifikation durch bandenmäßige Begehung, auf die organisierte Herstellung und den organisierten Vertrieb von Kinderrealpornografie zu reagieren<sup>658</sup>, weil hier teilweise bereits Strukturen organisierter Kriminalität zu erkennen sind.<sup>659</sup> Bezüglich beider Qualifikationsmerkmale kann auf die bestehenden Auslegungs- und Definitionsregeln zurückgegriffen werden, da insoweit keine internetspezifischen Besonderheiten bestehen.

### 1. Gewerbsmäßigkeit

Gewerbsmäßig handelt derjenige Täter, der sich aus wiederholter Tatbegehung eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle von einigem Umfang schaffen möchte, ohne dass er hieraus ein kriminelles

---

<sup>656</sup> Vgl. Schreibauer, Pornographieverbot, S. 297

<sup>657</sup> BT-Drs. 12/3001, S. 4, 5

<sup>658</sup> BT-Drs. 12/3001, S. 4, 5

<sup>659</sup> BT-Drs. 12/3001, S. 4, 5; vgl. Schreibauer, Pornographieverbot, S. 297, 64 f.; Schnieders/Lenzen, der kriminalist 1995, S. 324

Gewerbe zu machen braucht.<sup>660</sup> Daher kann bereits eine einzelne Gesetzesverletzung ausreichen, sofern eine hierauf gerichtete Absicht besteht.<sup>661</sup> Diese ist allerdings in den meisten Fällen kaum nachzuweisen. Gewerbsmäßigkeit wird somit durch ein subjektives Element begründet, welches auch schon durch die erste der ins Auge gefassten Tathandlungen erfüllt sein kann. Es handelt es sich also um ein strafschärfendes besonderes persönliches Merkmal i.S.v. § 28 II StGB, weshalb nach § 184 IV StGB nur derjenige Täter bestraft werden kann, der dieses Merkmal in eigener Person erfüllt.<sup>662</sup> Zu beachten ist hierbei jedoch, dass auch das Anstreben eines nur mittelbaren Vorteils ausreicht.<sup>663</sup>

## 2. Begehung als Mitglied einer Bande

262

Unter einer Bande versteht man eine lose Gruppe von Personen, die sich ausdrücklich oder stillschweigend zur Verübung fortgesetzter, im Einzelnen noch ungewisser Taten i.S.v. § 184 III StGB verbunden hat. Nach bisheriger h.M. und Rechtsprechung genügte hierfür der Zusammenschluss von 2 Personen.<sup>664</sup> Hiervon wurde durch den Beschluss des BGH vom 22.03.2001 in der Weise abgerückt, dass nunmehr mindestens 3 Personen für eine Bande notwendig sind.<sup>665</sup> Der Bandenbegriff setzt keine gegenseitig bindende Verpflichtung voraus, und ein Wechsel von Mitgliedern schadet nicht.<sup>666</sup> Nicht ausreichend ist das Verbinden zwecks Begehung einer einzigen Tat bzw. die wiederholte Tatbegehung auf Basis eines jeweils neu gefassten Tatent schlusses. Unter diesen Begriff fallen demnach die typischen **Kinderpornoringe**, in denen sich mehrere Personen zusammengeschlossen haben, um Produktion, Vervielfältigung und Vertrieb arbeitsteilig zu

---

<sup>660</sup> Tröndle/Fischer, StGB, Vor § 52 Rn. 37; BGHSt 1, S. 383; BGH StV 1983, S. 281; Laufhütte in LK-StGB, § 184 Rn. 52

<sup>661</sup> Laufhütte in LK-StGB, § 184 Rn. 52; Tröndle/Fischer, StGB, Vor § 52 Rn. 37; vgl. auch RGSt 58, S. 20; a.A. Horn in SK-StGB, § 243 Rn. 23

<sup>662</sup> Schreibauer, Pornographieverbot, S. 298; Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 67

<sup>663</sup> Laufhütte in LK-StGB, § 180 Rn. 12; Tröndle/Fischer, StGB, Vor § 52 Rn. 37

<sup>664</sup> Tröndle/Fischer, StGB, § 244 Rn. 17 m.w.N.; Schreibauer, Pornographieverbot, S. 298; BGHSt 23, S. 239 f.

<sup>665</sup> BGHSt 46, S. 321

<sup>666</sup> Tröndle/Fischer, StGB, § 244 Rn. 18 m.w.N.

betreiben.<sup>667</sup> Nach dieser neuesten Rechtsprechung können somit eheliche, nichteheliche oder sonstige Lebensgemeinschaften nicht mehr wie ehemals bei entsprechender Absicht eine Bande darstellen, sodass es nunmehr nicht unter den erhöhten Strafraumen fällt, wenn Elternpaare ihre eigenen Kinder zwecks Herstellung realpornografischer Materialien missbrauchen. Allerdings wird dieses Verhalten grundsätzlich bereits von dem hohen Strafraumen des § 176 a II StGB erfasst.

Die Bandenmitgliedschaft einer Person besteht, sobald sie sich in die Organisationsstruktur der Verbindung eingegliedert hat.<sup>668</sup> Nach der Rechtsprechung ist „ein Handeln im übergeordneten Interesse einer bandenmäßigen Verbindung und damit ein Handeln mit gefestigtem Bandenwillen“ entscheidend.<sup>669</sup> Es reicht nicht, dass sich die einzelnen Mitglieder als selbständige Geschäftspartner gegenüberstehen. Vielmehr setzt die Tatbegehung als Bandenmitglied eine „gegenüber der Mittäterschaft gesteigerte, über die aktuelle Tat tendenziell hinausgehende deliktische Zusammenarbeit voraus.“<sup>670</sup> Somit muss zwar ein gemeinsames Bandeninteresse verfolgt werden. Jedoch ist eine Tatbegehung „unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds“ wie bei § 244 I Nr. 2 StGB nicht erforderlich. Auf diese Einschränkung wurde im Rahmen des § 184 IV StGB verzichtet, weil die typische Bandengefährlichkeit in Bezug auf die Verbreitung kinderpornografischer Darstellungen überwiegend bereits aus der bloßen Existenz der Bande als solcher und nicht der Tatausführung durch mehrere Personen resultiert.<sup>671</sup> Die Mitgliedschaft ist ebenfalls wie die Gewerbsmäßigkeit ein besonderes persönliches Merkmal i.S.v. § 28 II StGB, weshalb ein Nicht-Mitglied lediglich nach Abs. 3 bestraft werden kann.<sup>672</sup>

263

---

<sup>667</sup> Vgl. Schreibauer, Pornographieverbot, S. 298

<sup>668</sup> Tröndle/Fischer, StGB, § 244 Rn. 11

<sup>669</sup> BGH, NJW 1997, S. 811

<sup>670</sup> Schreibauer, Pornographieverbot, S. 299

<sup>671</sup> BT-Drs. 12/3001, S. 5

<sup>672</sup> BGHSt GS 12, S. 220; BGH, StV 1995, S. 408; BGH, NStZ 1996, S. 128 f.; Tröndle/Fischer, StGB, § 244 Rn. 13; Eser in Schönke/Schröder, § 244 Rn. 28 m.w.N.

## V. Subjektiver Tatbestand und Konkurrenzen

264

Bei allen Handlungsalternativen und hinsichtlich der einzelnen Tatbestandsmerkmale muss der Täter **Vorsatz** gehabt haben, wobei bedingter Vorsatz genügt, soweit nicht ausdrücklich eine besondere Absicht verlangt wird. Bezüglich der normativen Merkmale „pornografisch“ und „wirklichkeitsnah“ ist eine **Parallelwertung in der Laiensphäre** – also eine entsprechende Bedeutungskennntnis – notwendig. Im Übrigen gelten auch hier die allgemeinen Irrtums- und sonstigen Regeln.<sup>673</sup>

265

Auf **Konkurrenzenebene** verdrängt § 184 III Nr. 1 StGB die Vorbereitungshandlungen der Nr. 3, soweit diese zum Verbreiten geführt haben. Zwischen den einzelnen Absätzen ist Tateinheit möglich. Absatz 4 geht Absatz 3 und dieser – ungeachtet der speziellen Angriffsrichtung des Absatzes 5 – diesem vor.<sup>674</sup> Mehrere Begehungsformen innerhalb derselben Nummer stehen nicht in Tateinheit, da es sich hierbei um unselbständige Begehungsweisen derselben Tat handelt.<sup>675</sup> Ebenso verhält es sich, wenn eine Vorschrift durch mehrere Tatbestandshandlungen in Bezug auf ein pornografisches Werk verletzt wurde. Auch hier liegt im Endeffekt nur ein Delikt vor, weil es sich um gleichartige Begehungsweisen handelt.<sup>676</sup> Mehrere Taten nach Absatz 5 S. 1 werden durch fortdauernden Besitz nach S. 2 zu einer rechtlichen Handlungseinheit verklammert.<sup>677</sup> Zudem können die §§ 131, 185 ff. StGB in Tateinheit zu § 184 StGB stehen ebenso wie § 184 V StGB und § 176 StGB.<sup>678</sup> Fraglich ist schließlich das Verhältnis zwischen § 176 a II StGB zur Herstellensalternative gem. § 184 III Nr. 3 StGB. Insoweit dürfte ersterer als schwereres Delikt den Tatbestand der Herstellung verdrängen.

---

<sup>673</sup> Siehe hierzu Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 66

<sup>674</sup> Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184, Rn. 68

<sup>675</sup> Tröndle/Fischer, StGB, § 184 Rn. 52; BGHSt 5, S. 381; BGH, NJW 1976, S. 720; AG Hamburg, NStZ-RR 1999, S. 329 mit Anm. Hütig, CR 1999, S. 714

<sup>676</sup> Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184, Rn. 68

<sup>677</sup> BGHSt 5, S. 381; AG Hamburg, NStZ-RR 1999, S. 329

<sup>678</sup> Tröndle/Fischer, StGB, § 184 Rn. 52

## C. Fazit

§ 184 StGB ist eine Norm, die bei näherer Betrachtung Kritik in der bereits erläuterten Form provoziert. Daher muss sie, um praktikabler und durchsichtiger zu werden, eine Umgestaltung erfahren. Die erste Notwendigkeit sehe ich in einer Ausgliederung der Kinderpornografie aus dem jetzigen Absatz 3 in eine eigenständige Norm<sup>679</sup> oder zumindest einen eigenständigen Absatz, weil diese Art von Schriften aufgrund ihres erhöhten Unrechts nicht mit Gewalt- und Tierpornografie in einen Topf geworfen werden darf. Daher wäre zudem eine entsprechende Strafrahmenerhöhung notwendig, um diesen Aspekt zum Ausdruck zu bringen. Insbesondere beim Besitz sind gewisse Mindestfreiheitsstrafen oder hohe Geldbußen zu fordern, da in der Praxis die Verurteilungen meist nur eine geringe Geldstrafe beinhalten und dies die Täter weder abschreckt noch schwer trifft. Weiterhin wird es erforderlich, die beschriebenen Tathandlungen in sinnvoller Weise an die Gegebenheiten des Internet anzupassen. Dabei ist es nicht möglich, wie teilweise vorgeschlagen wird, auf die Verbreitensalternative zu verzichten, weil diese ihre Hauptbedeutung außerhalb der Onlinekommunikation findet. So bleibt eine wirkliche Verfügung über Darstellungen außerhalb der Datennetze nur möglich bei körperlicher Weitergabe. Ein bloßes Lesen, Anschauen, Erzählen, Vorlesen etc. befähigt den Konsumenten noch nicht zur eigenen Verwendung des Inhalts, während im Internet jeder die den Informationen zugrunde liegenden Daten speichern und weiter nutzen kann, ohne jemals körperlich das entsprechende Speichermedium in den Händen gehabt zu haben. Somit ist es zur Vermeidung von Strafbarkeitslücken bei der Informationsweitergabe in Datennetzen, die sich grundlegend von der außerhalb solcher Netze erfolgenden „Verbreitung“ von Informationen unterscheidet, dringend angebracht, auf das Kriterium der „Öffentlichkeit“ in Bezug auf das Zugänglichmachen zu verzichten. Sofern eine öffentliche Begehweise vorliegt, könnte das in einer erhöh-

266

---

<sup>679</sup> So auch § 184 b StGB n.F. im Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften vom 28.01.2003, BT-Drs. 15/350.

ten Strafe (also in der Strafzumessung) angemessen berücksichtigt und widergespiegelt werden.

267 In Bezug auf den Inhalt der Schriften sollte zunächst auf das Merkmal der Pornografie i.S.d. derzeit zu verwendenden Definition verzichtet werden. Ihre zwingende Anwendung birgt nämlich die Gefahr erheblicher Strafbarkeitslücken, weil in der Praxis nicht immer eindeutig geklärt werden kann, ob die betreffende Darstellung eines Kindesmissbrauchs unter Hintansetzung sonstiger menschlicher Bezüge sexuelle Vorgänge in grob aufdringlicher Weise in den Vordergrund rückt und dabei ausschließlich oder überwiegend auf die Erregung sexueller Reize abzielt.<sup>680</sup> Die sich aus der derzeitigen Gesetzeslage ergebenden Strafbarkeitsprobleme könnte man auf zweierlei Wegen lösen:

268 Zum einen durch die Heranziehung eines neuartigen – wie oben unter Kapitel 2, B.II.1.e.ac. herausgearbeiteten – Pornografiebegriffes, nach dem pornografisch all die Darstellungen sind, die über die bloße Abbildung des nackten Körpers hinausgehen und zudem keinen wissenschaftlichen, informativen, künstlerischen bzw. aufklärenden oder sonstigen legitimen Zweck dieser Art verfolgen, sondern objektiv vordergründig auf die sexuelle Stimulierung des Betrachters abzielen. Zum anderen mag eine Problembewältigung erfolgen durch die Einbeziehung von Quälereien und Misshandlungen von Kindern, weil auch hier überwiegend ein sexueller Gedanke dahinter steckt, der manchmal aber nur erahnt werden kann und nicht offen zu Tage tritt. Diese Fälle konnten bisher nicht unter Kinderpornografie subsumiert werden und waren daher straffrei, weil sie mangels eindeutig pornografischen Charakters ebenso wenig unter den Begriff der Gewaltpornografie gefasst werden konnten. Die Neufassung von § 184 StGB unter Beachtung aller diesbezüglich angesprochenen Änderungsvorschläge könnte folgendermaßen aussehen:

---

<sup>680</sup> So z.B. bei einfachen FKK-Fotos oder der harmlosen Abbildung sexueller Aktivitäten (Küssen, Streicheln) etc.

## **§ 184: Verbreitung pornografischer Schriften**

**(1)** Wer pornographische Darstellungen (§ 11 Abs. 3)

1. einer Person unter achtzehn Jahren anbietet, überlässt oder zugänglich macht,
  2. an einem Ort, der Personen unter achtzehn Jahren zugänglich ist oder von ihnen eingesehen werden kann, ausstellt, anschlägt, vorführt oder sonst zugänglich macht,
  3. im Einzelhandel außerhalb von Geschäftsräumen, in Kiosken oder anderen Verkaufsstellen, die der Kunde nicht zu betreten pflegt, im Versandhandel oder in gewerblichen Leihbüchereien oder Lesezirkeln einem anderen anbietet oder überlässt,
    - 3 a. im Wege gewerblicher Vermietung oder vergleichbarer gewerblicher Gewährung des Gebrauchs, ausgenommen in Ladengeschäften, die Personen unter achtzehn Jahren nicht zugänglich sind und von ihnen nicht eingesehen werden können, einem anderen anbietet oder überlässt,
  4. im Wege des Versandhandels einzuführen unternimmt,
  5. öffentlich an einem Ort, der Personen unter achtzehn Jahren zugänglich ist oder von ihnen eingesehen werden kann, oder durch Verbreiten von Schriften außerhalb des Geschäftsverkehrs mit dem einschlägigen Handel anbietet, ankündigt oder anpreist,
  6. an einen anderen gelangen lässt, ohne von diesem hierzu aufgefordert zu sein,
  7. in einer öffentlichen Filmvorführung gegen ein Entgelt zeigt, das ganz oder überwiegend für diese Vorführung verlangt wird,
  8. herstellt, bezieht, liefert, vorrätig hält oder einzuführen unternimmt, um sie oder aus ihnen gewonnene Stücke im Sinne der Nummern 1 bis 7 zu verwenden oder einem anderen eine solche Verwendung zu ermöglichen, oder
  9. auszuführen unternimmt, um sie oder aus ihnen gewonnene Stücke im Ausland unter Verstoß gegen die dort geltenden Strafvorschriften zu verbreiten oder öffentlich zugänglich zu machen oder eine solche Verwendung zu ermöglichen,
- wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

**(2)** Ebenso wird bestraft, wer entsprechend der Handlungsweisen des Absatzes 1 Nr. 1-7 sexuell jugendgefährdende Darstellungen an Personen un-

ter achtzehn Jahren gelangen lässt oder eine solche der in Nr. 8 und 9 beschriebenen Handlungen vornimmt.

(3) Wer pornografische Darstellungen (§ 11 Abs. 3), die Gewalttätigkeiten oder sexuelle Handlungen von Menschen mit Tieren zum Gegenstand haben,

1. verbreitet,

2. ausstellt, anschlägt, vorführt oder sonst zugänglich macht oder

3. herstellt, bezieht, liefert, vorrätig hält, anbietet, ankündigt, anpreist, einzuführen oder auszuführen unternimmt, um sie oder aus ihnen gewonnene Stücke im Sinne der Nummern 1 oder 2 zu verwenden oder einem anderen eine solche Verwendung zu ermöglichen,

wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(4) Wer in Bezug auf Darstellungen, die den sexuellen Missbrauch, Misshandlungen oder die Quälerei von Kindern zum Gegenstand haben und nicht zwingend pornografischen Charakters sind, den Absätzen 1 und 3 entsprechende Handlungen vornimmt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

(5) Geben die Darstellungen i.S.v. Abs. 4 ein tatsächliches oder wirklichkeitsnahes Geschehen wieder, so ist die Strafe Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren, wenn der Täter gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat.

(6) Wer es unternimmt, sich oder einem Dritten den Besitz von oder den Zugang zu Darstellungen i.S.v. Abs. 4 zu verschaffen, wird, wenn die Schriften ein tatsächliches oder wirklichkeitsnahes Geschehen wiedergeben, mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu einem Jahr bestraft. Ebenso wird bestraft, wer die in Satz 1 bezeichneten Schriften besitzt oder sich oder einem Dritten zugänglich macht.

(7) Absatz 1 Nr. 1 ist nicht anzuwenden, wenn der zur Sorge für die Person Berechtigte handelt. Absatz 1 Nr. 3a gilt nicht, wenn die Handlung im Geschäftsverkehr mit gewerblichen Entleihern erfolgt. Gleiches gilt für die Verbreitung sexuell jugendgefährdender Darstellungen gem. Absatz 2. Absatz 6 gilt nicht für Handlungen, die ausschließlich der Erfüllung rechtmäßiger dienstlicher oder beruflicher Pflichten dienen.

### Kapitel 3: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit

269

In diesem Kapitel wird die strafrechtliche Verantwortlichkeit der am Kommunikationsprozess beteiligten Personen untersucht, denn diese Frage ist neben der bereits erfolgten Klärung der einschlägigen Normen von entscheidender Bedeutung für die Bekämpfung illegaler Inhalte. Sobald mehrere Personen in die „Verbreitung“ einbezogen sind, müssen die Verantwortungsbereiche klar feststehen, um kontraproduktive Ermittlungen der Strafverfolgungsbehörden zu vermeiden. Der Bereich der Herstellung des Original-Materials wird bei der Verantwortlichkeitsbestimmung nicht behandelt. An dieser Stelle interessieren lediglich die für die „Weitergabe“ von Informationen im Internet erforderlichen bzw. typischen Verhaltensweisen. Dabei bezieht sich die nachfolgende Untersuchung im Einzelnen auf die Verantwortlichkeit der **Anbieter**, der bloßen **Nutzer** und die Verantwortlichkeit in Bezug auf **Links** und **Suchmaschinen** jeweils unter besonderer Beachtung der durch das **EGG** erfolgten Neufassung des **TDG**.<sup>681</sup> Bevor jedoch auf die einzelnen der angesprochenen Punkte eingegangen werden kann, erscheint eine allgemeine Einführung zu Entwicklung, Zweck und Systematik des TDG i.V.m. dem EGG angebracht. Insgesamt dient diese Arbeit allerdings nicht einer detaillierten Erörterung der Verantwortlichkeitsregelungen des (alten) TDG, da hierzu eine Fülle von Publikationen<sup>682</sup> existiert. Ziel ist es vielmehr, dem Leser

---

<sup>681</sup> BGBl. I 2001, S. 3721 ff.

<sup>682</sup> Freytag, Verantwortlichkeit; Hoeren, Internetrecht; Herzog, Inhaltsbeschränkung; Engel-Flechsing/Maennel/Tettenborn, NJW 1997, S. 2981 ff.; Schwarzenegger in FS-Rehbinder, S.723 ff.; Achenbach, Datenschutz; Sieber, Verantwortlichkeit im Internet, Rn. 215 ff.; ders. CR 1997, S. 581 ff. und 653 ff.; Spindler, MMR 1998, S. 639 ff.; ders., NJW 1997, S. 3193 ff.; Bröhl, CR 1997, S. 73 ff.; Moritz, CR 1998, S. 501 ff.; Pichler, MMR 1998, S. 79 ff.; von Heyl, ZUM 1998, S. 115 ff.; Gounalakis, NJW 1997, S. 2993 ff.; Wimmer/Michael, Online-Provider, von Lackum, MMR 1999, S. 697 ff.; Heghmanns, JA 2001, S. 71 ff.; Jaeger, Computerkriminalität; Vassilaki, MMR 1998, S. 630 ff.; dies., CR 1999, S. 85 ff.; Waldenberger, MMR 1998, S. 124 ff.; Pelz, wistra 1999, S. 53 ff.; Arndt/Köhler, Recht des Internet, Rn. 14 ff.; Koch, CR 1997, S. 195 ff.; Liesching/Günter, MMR 2000, S. 260 ff.; Hoeren, MMR 1998, S. 97 ff.; Alexander Koch, MMR 1999, S. 704 ff.; Hütig, MMR 1998, S. 50 ff.; Bettinger/Freytag, CR 1998, S. 545 ff.; Flechsing/Gabel, CR 1998, S. 351 ff.

einen Überblick über die derzeitigen Probleme und den jeweiligen Meinungsstand zu vermitteln.

## **A. Grundlagen**

### **I. Die Entwicklung des Teledienstegesetzes (TDG)**

270

Das nach langwierigen und zähen Verhandlungen<sup>683</sup> am 1. August 1997 als Artikel 1 des Informations- und Kommunikationsdienstengesetzes<sup>684</sup> (IuKDG) in Kraft getretene Gesetz über die Nutzung von Telediensten (= TDG) wurde durch das Elektronischer Geschäftsverkehr-Gesetz, welches der Umsetzung von Vorschriften der Richtlinie 2000/31/EG dient, in vielfacher Hinsicht umgestaltet. So werden insbesondere die ehemals in § 5 TDG a.F. normierten Verantwortlichkeiten nunmehr in detaillierter Form in den §§ 8-11 TDG n.F. geregelt. Über die in § 5 TDG erfassten Sachverhalte herrschte in der Vergangenheit großer Streit und auch die Neuregelung konnte nicht entscheidend zu einer Klärung der Probleme beitragen, obgleich die Bestimmungen mittlerweile wesentlich differenzierter gestaltet worden sind. Sofern die neuen Regelungen den alten entsprechen, wird bei der Auslegung auf die bis dato gewonnen Erkenntnisse zurückgegriffen. Die nachfolgend zitierten Publikationen beziehen sich fast ausschließlich auf das TDG alter Fassung. Soweit jedoch keine Unterschiede in Wortlaut oder Auslegung zwischen den alten und neuen Vorschriften bestehen, wird das dort Gesagte ohne gesonderten Hinweis zur Erörterung des neuen TDG übernommen.

### **II. Sinn und Zweck des IuKDG (TDG/EGG)**

271

Das IuKDG war insgesamt darauf angelegt, im Rahmen der Bundeskompetenz einen **verlässlichen Ordnungsrahmen** zu schaffen, der die freie unternehmerische Entwicklung des Zukunftsmarktes für neue Dienstleistungen auf der Grundlage der elektronischen Informations- und Kommunikationstechniken sicher stellen sollte. Dabei ging es nach dem Willen des Gesetzgebers sowohl „um die Beseitigung

---

<sup>683</sup> Vertiefend zur Entwicklung des Gesetzes: Sieber, Verantwortlichkeit, Rn. 217 ff.; Hoeren, Internetrecht, S. 91; Freytag, Verantwortlichkeit, S. 1; Engel-Flechsig/Maennel/Tettenborn, NJW 1997, S. 2981 f.

<sup>684</sup> Gesetz vom 22.7.1997, BGBl. I 1997, S. 1870

von Hemmnissen für die freie Entfaltung der Marktkräfte im Bereich der neuen Informations- und Kommunikationsdienste und die Gewährleistung einheitlicher wirtschaftlicher Rahmenbedingungen“ als auch „um die Einführung notwendiger Regelungen im Datenschutz, in der Datensicherheit, im Urheberrecht, im Jugendschutz und Verbraucherschutz sowie zu Verantwortlichkeiten“. Man wollte einen Beitrag dazu leisten, den neuen Techniken zu mehr Akzeptanz im täglichen Rechts- und Geschäftsverkehr zu verhelfen.<sup>685</sup>

Speziell mit der Schaffung des TDG bezweckte man die Förderung des Internet und der neuen Medien durch Herstellung von Rechtsklarheit in diesen Gebieten. Sowohl § 1 TDG alter Fassung als auch neuer Fassung sprechen unter der Überschrift „Zweck des Gesetzes“ ausdrücklich von der Schaffung „einheitlicher wirtschaftlicher Rahmenbedingungen für die verschiedenen Nutzungsmöglichkeiten der elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste“. Regelungsziel war also die Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen durch Sicherstellung des freien Zugangs für Anbieter und Nutzer sowie die Verhinderung von Investitionshemmnissen durch Überregulierung.<sup>686</sup> Trotz dieser erfreulichen Zielsetzung sah und sieht es in der Realität völlig anders aus. Über Auslegung oder Definition vieler Punkte war und ist man sich – wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen werden – uneinig. Ob die Neufassung, welche der Vollharmonisierung des Rechts der Mitgliedsstaaten im Bereich der Verantwortlichkeitsregeln für Diensteanbieter dient,<sup>687</sup> zu einer Klärung der entstandenen Streitpunkte beitragen kann, bleibt abzuwarten.

272

---

<sup>685</sup> BT-Drs. 13/ 7385, S. 1

<sup>686</sup> Vgl. BT-Drs. 13/ 7385, S. 1; Brühl, CR 1997, S. 74

<sup>687</sup> BR-Drs. 136/01, S. 48 f.

### III. Systematik und dogmatische Einordnung des TDG

#### 1. Problemstellung

273

Das TDG beschreibt ein abgestuftes System von Verantwortlichkeiten abhängig von der Nähe zu den betreffenden Informationen.<sup>688</sup> Diese Querschnittsregelungen sind auf alle Rechtsgebiete gleichermaßen anwendbar.<sup>689</sup> Dabei begründen die §§ 8-11 TDG (genauso wie bereits § 5 TDG a.F.) **keine eigenständigen Verantwortlichkeitsregelungen**, sondern verweisen lediglich auf die allgemeinen Gesetze, unter denen jegliche Normen unabhängig vom Rechtsgebiet zu verstehen sind, die bestimmte Handlungspflichten auferlegen oder bestimmte Handlungen sanktionieren.<sup>690</sup> Durch das TDG wurde also keine allgemeine strafrechtliche oder zivilrechtliche Verantwortlichkeit begründet, sondern nur eine **Begrenzung** und **Klarstellung** selbiger bezweckt.<sup>691</sup>

274

Im Folgenden ist deshalb insbesondere zu klären, in welchem **dogmatischen Verhältnis** die Haftungsregelungen des TDG zu den allgemeinen Haftungsgrundsätzen bzw. Haftungsregelungen stehen,<sup>692</sup> wobei hier – aufgrund der strafrechtlichen Thematik dieser Arbeit – nur das Verhältnis der Haftungsregelungen des TDG in Bezug auf das Strafrecht näher beleuchtet wird. Die dogmatische Einordnung in die Prüfung der Strafbarkeit einer Person ist seit jeher umstritten. Überwiegend einig ist man sich allerdings insoweit, als die angesprochenen Haftungsregelungen nicht mit der Folge *leges speciales* zu den „all-

---

<sup>688</sup> BT-Drs. 14/6098, S. 22; Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 66 f.; Bleisteiner, Verantwortlichkeit, S. 153 m.w.N.; Pelz, wistra 1999, S. 57

<sup>689</sup> BT-Drs. 13/ 7385, S. 19 f., 51; BT-Drs. 13/8153, S. 10 ff.; BT-Drs. 14/6098, S. 23, wo ausdrücklich die Anwendbarkeit der Beschränkungen der Verantwortlichkeit auf das Strafrecht erklärt wird; Spindler, NJW 1997, S. 3195; Koch, CR 1997, S. 196; Engel-Flehsig/Maennel/Tettenborn, NJW 1997, S. 2984; Vassilaki, MMR 1998, S. 632; Barton, Handbuch MMStR, Rn. 118; Bergmann, § 5 TDG, S. 13; Bleisteiner, Verantwortlichkeit, S. 151; Pelz, wistra 1999, S. 57

<sup>690</sup> Bergmann, § 5 TDG, S. 13; Bleisteiner, Verantwortlichkeit, S. 150

<sup>691</sup> Köhler/Arndt, Internetrecht, Rn. 419; Pelz, wistra 1999, S. 57

<sup>692</sup> Hierzu umfassend Heghmanns, JA 2001, S. 76 ff. (einen Strafausschlussgrund annehmend); Sieber, Verantwortlichkeit, Rn. 232 ff. (mit dem Ergebnis einer „tatbestandsintegrierten Vorfilterlösung“); Spindler, MMR 1998, S. 639 ff. (letztlich wird eine Eingliederung in den Tatbestand propagiert)

gemeinen Gesetzen“ sind,<sup>693</sup> dass diese bei Eingreifen des TDG nicht mehr zur Anwendung kämen.<sup>694</sup> Im Übrigen werden hauptsächlich die drei folgenden Standpunkte vertreten.<sup>695</sup>

## 2. Die Haftungsregelungen des TDG als Vorfilter

Ausgehend von der Gesetzesbegründung, die eine Vorverlagerung der Regelungen der Verantwortlichkeit vor die straf- und zivilrechtliche Prüfung annimmt, wird von einem Teil des Schrifttums vertreten, den §§ 8-11 TDG (bzw. § 5 TDG a.F.) komme eine „**Vorfilterfunktion**“ zu.<sup>696</sup> Hiernach erfolgt die Strafbarkeitsprüfung in zwei Schritten: Zuerst müssen die §§ 8-11 TDG isoliert betrachtet werden und erst nach dem Passieren des Filters kann die Prüfung des strafrechtlichen Tatbestandes erfolgen. Dieser Ansatzpunkt wird gestützt durch den Gesetzeswortlaut, der eine Verantwortlichkeit nach den allgemeinen Gesetzen (2. Schritt) nur dann festlegt, wenn die Voraussetzungen der betreffenden Normen gegeben sind (1. Schritt).<sup>697</sup> Grundsätzlich wird jedoch von einer Nichtverantwortlichkeit (für fremde Informationen) ausgegangen (vgl. §§ 9 I, 10 I, 11 I TDG). Bei eigenen Informationen bleibt es hingegen bei der Verantwortlichkeit nach den allgemeinen Gesetzen gem. § 8 I TDG. Zwischen diesen und dem TDG besteht hiernach eine derartige Akzessorietät, dass sie erst dann zur Anwendung kommen, wenn die Haftungsregelungen des TDG das zulassen.<sup>698</sup> Es handelte sich bei diesen also um außerhalb des Tatbestandes liegende Umstände, auf die sich weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit

275

---

<sup>693</sup> Vgl. Bergmann, § 5 TDG, S. 14; Bleisteiner, Verantwortlichkeit, S. 153

<sup>694</sup> So aber Bröhl, CR 1997, S. 75; missverständlich auch Moritz, CR 1998, S. 506 („der Vorfilter ... ist das speziellere Gesetz...“); kritisch Sieber, CR 1997, S. 583 Fn. 17

<sup>695</sup> Daneben wird noch der Ansatz eines „Telediensteinhaltsdeliktes“ von Vassilaki, MMR 1998, S. 631 ff. bzw. der Gedanke der Schuld- bzw. Strafausschließung von Heghmanns, JA 2001, S. 78 vertreten.

<sup>696</sup> Vgl. BT-Drs. 13/7385, S. 19 ff., 51; BT-Drs. 14/6098, S. 23; Köhler/Arndt, Internetrecht, Rn. 419; Altenhain, AfP 1998, S. 458; eingeschränkt Bleisteiner, Verantwortlichkeit, S. 157; Engel-Flechsigt/Maennel/Tettenborn, NJW 1997, S. 2984; Jaeger, RDV 1998, S. 267; Moritz, CR 1998, S. 506

<sup>697</sup> Bergmann, § 5 TDG, S. 15

<sup>698</sup> Vgl. Bergmann, § 5 TDG, S. 15; Engel-Flechsigt/Maennel/Tettenborn, NJW 1997, S. 2984

erstrecken müssten und die dennoch Voraussetzungen einer Strafbarkeit wären.

276

An diesem Ansatz wird vielfach Kritik geübt.<sup>699</sup> Hauptkritikpunkt ist die aus der isolierten und von den allgemeinen Gesetzen losgelösten Betrachtungsweise resultierende „Doppelprüfung“ einzelner Merkmale. §§ 8-11 TDG enthalten nämlich Voraussetzungen, die auch Bestandteil der Tatbestände der allgemeinen Bestimmungen sind bzw. sein können, sodass die jeweiligen Merkmale einmal im Rahmen der Normen des TDG und anschließend innerhalb der allgemeinen Gesetze nochmals zu prüfen wären.<sup>700</sup> Nun beansprucht aber das TDG gebietsübergreifend Geltung, und daher kann die Auslegung des in Frage stehenden Merkmals innerhalb der Verantwortlichkeitsregelungen der einzelnen Gesetze unterschiedlich ausfallen. Sofern die Merkmale von Norm zu Norm verschiedene Voraussetzungen aufweisen, birgt dies die Möglichkeit sinnwidriger Ergebnisse in sich, insbesondere wenn man sich die im Zivilrecht mögliche Zurechnung der Kenntnis vor Augen hält. Eine solche Zurechnung ist im Strafrecht aufgrund des Schuldprinzips gerade nicht möglich.<sup>701</sup> Da demnach §§ 8-11 TDG eine querschnittsartige Regelung für alle Rechtsbereiche gleichermaßen nicht ermöglichen und zudem in speziellen Fallkonstellationen der Praxis zu großen Schwierigkeiten und Wertungswidersprüchen mit den allgemeinen Gesetzen führen können, wird die reine Vorfilterlösung abgelehnt.<sup>702</sup>

---

<sup>699</sup> Vgl. hierzu die Übersichten von Bleisteiner, *Verantwortlichkeit*, S. 154; Bergmann, § 5 TDG, S. 16

<sup>700</sup> Zu diesen Merkmalen zählt z.B. die „Kenntnis“ in § 10 Nr. 5 oder § 11, die im Strafrecht Teil des subjektiven Tatbestandes ist; Spindler, *MMR* 1998, S. 641; Haedicke, *CR* 1999, S. 310; Bergmann, § 5 TDG, S. 17

<sup>701</sup> Bergmann, § 5 TDG, S. 18; Bleisteiner, *Verantwortlichkeit*, S. 155

<sup>702</sup> A.A. Bleisteiner, *Verantwortlichkeit*, S. 157, der die im Einzelfall entstehenden rechtsdogmatischen Probleme als hinnehmbar und letztlich als Folge des vom Gesetzgeber gewählten Ansatzes betrachtet, „eben nicht in jedem Rechtsgebiet einzeln die Verantwortlichkeitsnormen den Gegebenheiten des Datenaustausches im Internet anzupassen, sondern dies durch eine übergreifende thematische Anknüpfung zu tun“.

### 3. Integrations- oder Tatbestandslösung

Mit dem Ziel, die Probleme der Vorfilterlösung zu vermeiden und keine Ausnahmen vom Postulat der rechtsgebietsunabhängigen Auslegung der §§ 8-11 TDG (bzw. § 5 TDG a.F.) machen zu müssen, wurde die sog. Integrationslösung entwickelt, die einen eigenständigen Charakter der Haftungsregelungen des TDG verneint und statt dessen deren Tatbestandsmerkmale in den üblichen Aufbau und die Tatbestandsmerkmale des anzuwendenden allgemeinen Gesetzes einbindet (= integriert). Im Wege dieser Sichtweise lassen sich Wertungswidersprüche durch eine rechtsgebietspezifische Auslegung der jeweiligen Tatbestandsmerkmale ausschließen. Im Ergebnis bleiben nach überwiegender Meinung innerhalb dieses Ansatzes die Voraussetzungen der §§ 8-11 TDG (im Strafrecht) auf Tatbestandsebene zu prüfen mit der Folge, dass die Regeln des Allgemeinen Teils des StGB (insbesondere der Täterschaft und Teilnahme oder der Vorsatz) auch auf jene anzuwenden sind.<sup>703</sup>

277

Gegen die Integrationslösung wird eingewandt, dass die Verantwortlichkeitsregelungen des TDG vollständig ihre Eigenständigkeit verlieren und damit die beabsichtigte Rechtssicherheit und -klarheit für juristisch nicht versierte Diensteanbieter kaum noch gewährleistet ist. „Die von § 5 TDG intendierte ‚präventive‘ Wirkung im Sinne einer Regelung, die allein durch ihre Existenz und weniger durch ihre (straf)rechtliche Umsetzung von vornherein erreichen will, dass sich ihr Adressat rechtstreu verhält, wäre erheblich eingeschränkt“. Außerdem schaffe die Frage nach der jeweils konkreten Einordnung im De-

278

---

<sup>703</sup> Für die **Einordnung auf Tatbestandsebene**: Hilgendorf, NStZ 2000, S. 519; Sieber, Verantwortlichkeit, Rn. 245; Haft/Eisele, JuS 2001, S. 117; Spindler, MMR 1998, S. 639 ff.; Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 66 e; von Bubnoff in LK-StGB, §§ 130, 131 Rn. 8; a.A. **Verortung in der Schuld**: Bröhl, CR 1997, S. 75; Engel-Flechsig ZUM 1997, S. 235; Heghmanns, Anm. zum Urteil LG München I, ZUM 2000, S. 463 (Schuldausschließungsgrund); Moritz, CR 2000, S. 119 (Schuldfrage). Hiergegen spricht bereits die sog. „Notwehrprobe, vgl. Sieber, Verantwortlichkeit, S. 157; noch anders Vassilaki, MMR 1998, S. 633 ff. (mehrere Zurechnungsstufen umfassendes **Teldiensteinhaltsdelikt**)

liktsaufbau (Tatbestand, Rechtswidrigkeit oder Schuld) neue Ungeheimtheiten und Unsicherheiten.<sup>704</sup>

#### 4. Vermittelnde Ansichten

279

In Anbetracht der sich aus den bereits erörterten Ansätzen ergebenden Probleme werden schließlich vermittelnde Ansichten in der Weise vertreten, dass die Auslegung der §§ 8- 11 TDG auf jeden Fall nicht mehr losgelöst von den allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen erfolgen soll. Im Detail unterscheiden sich die einzelnen Ansichten in kleineren Punkten. So geht z.B. **Sieber** von einer „tatbestandsintegrierenden Vorfilterlösung“ aus<sup>705</sup>, während **Spindler** die Verantwortlichkeitsregeln des TDG als „akzessorische Tatbestandselemente“ auffasst, welche „die allgemeinen Regeln bereits auf der Tatbestandsebene modifizieren“<sup>706</sup>. Auch **Bleisteiner** hält grundsätzlich an der Vorfilterlösung fest, betrachtet es demgegenüber aber als notwendig, „an Punkten wie z.B. der Kenntniszurechnung oder der Irrtumsproblematik, an denen diese Ansicht aus grundsätzlichen, vor allem verfassungsrechtlichen Erwägungen heraus zu unüberbrückbaren Wertungswidersprüchen zu den allgemeinen Gesetzen führt“, eine rechtsgebietsspezifische Auslegung der §§ 8-11 TDG anzusetzen, um so dogmatisch vertretbare Ergebnisse zu erreichen.<sup>707</sup>

#### 5. Stellungnahme/Fazit

280

Bisher konnte noch keine umfassend befriedigende Lösung zur dogmatischen Einordnung der Verantwortlichkeitsregelungen des TDG gefunden werden. Der Grund hierfür liegt schon in dem gesetzgeberischen Versuch, bestimmte, auf alle Rechtsgebiete gleichermaßen anzuwendende Normen zu schaffen. Durch diese Vorgehensweise wurden tradierten dogmatischen Systemen „Querschnittsnormen“ übergezogen, ohne die jeweiligen Eigenheiten der Dogmatik zu be-

---

<sup>704</sup> Bleisteiner, Verantwortlichkeit, S. 156

<sup>705</sup> Sieber, Verantwortlichkeit, Rn. 246 ff.

<sup>706</sup> Spindler, MMR 1998, S. 643

<sup>707</sup> Bleisteiner, Verantwortlichkeit, S. 157; ähnlich Moritz, CR 1998, S. 506, der § 5 TDG zwar als Vorfilter versteht, diesen aber bei der konkreten Anwendung den Schranken des jeweiligen Rechtsgebietes unterwerfen will.

rücksichtigen. Die Übernahme von Wertungen aus anderen Rechtsgebieten führt zwangsläufig zu Problemen<sup>708</sup>, weshalb bereits der gesetzgeberische Ansatz verfehlt ist. Fest steht zudem, dass eine reine Vorfilterlösung der strafrechtlichen Haftung nicht gerecht werden kann, weil sie weder die Problematik der Irrtümer noch die der Teilnahme in irgendeiner Form berücksichtigt.<sup>709</sup>

Da alle vorgestellten Ansichten Mängel aufweisen, erscheint eine Streitentscheidung derzeit problematisch. Den vermittelnden Ansichten ist jedoch die Vermeidung der von der Filterlösung hervorgerufenen Widersprüche zugute zu halten. Für die Zukunft bleibt eine gesetzgeberische Klarstellung und die Aufgabe des Wunsches, alle Rechtsgebiete mit einheitlichen Normen erfassen zu wollen, zu erhoffen. Stattdessen wird es Zeit, den einzelnen Gebieten gerecht werdende Verantwortlichkeitsregelungen zu schaffen. Es hat sich in der Vergangenheit gezeigt, dass der Ansatz des Gesetzgebers falsch ist und unausweichlich zu den beschriebenen Problemen führt. Es erscheint daher im Moment – ungeachtet der gesetzgeberischen Intention eines rechtsgebietsübergreifenden Filters – angebracht, die Regelungen der §§ 8-11 TDG je nach Rechtsgebiet gesondert auszulegen und in die bestehenden Strukturen in einer die Verantwortlichkeit einschränkenden Weise zu integrieren, weil nur so die tradierten dogmatischen Strukturen gewahrt werden können.

281

## **IV. Sachlicher und personeller Geltungsbereich**

### **1. Sachlicher Geltungsbereich**

Nach § 2 I TDG gelten die Vorschriften des TDG „für alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, die für eine individuelle Nutzung von kombinierbaren Daten wie Zeichen, Bildern oder Tönen bestimmt sind und denen eine Übermittlung mittels Telekommunikation zugrunde liegt (Teledienste)“. In Absatz 2 werden darüber hinaus einige Beispiele für Teledienste gegeben. Nach selbi-

282

---

<sup>708</sup> Vgl. Spindler, MMR 1998, S. 641, 643 m.w.N., der einen Vergleich mit dem Umwelthaftungsrecht zieht.

<sup>709</sup> Siehe zu dieser Problematik ausführlich: Spindler, MMR 1998, S. 643; Sieber, Verantwortlichkeit, Rn. 237 ff.

gem Prinzip bestimmen sich der Mediendienst und der Geltungsbereich des **Mediendienste-Staatsvertrages** (MDStV). Da je nach einschlägigem Gesetz unterschiedliche Anforderungen für den Anbieter gelten, bleibt stets eine Abgrenzung zwischen Teledienst und Mediendienst erforderlich, auch wenn die gesetzliche Unterscheidung aufgrund möglicher Überschneidungen wenig gelungen, äußerst unpraktikabel und oftmals nicht vollständig durchführbar ist.<sup>710</sup>

283 Nach der gesetzgeberischen Intention hat man die Abgrenzung danach vorzunehmen, ob eine individuelle Nutzung der Informationen vorliegt oder der betreffende Dienst an die Allgemeinheit gerichtet ist.<sup>711</sup> So heißt es in der Gesetzesbegründung: „Das Gesetz regelt die erweiterten Formen der Individualkommunikation, d.h. die neuen, vom Benutzer individuell im Wege der neuen Informations- und Kommunikationstechnologien nutzbaren Dienste sowie die durch diese Technologien möglichen neuen Formen des Rechtsverkehrs mittels digitaler Signaturen. Prägend für die Informations- und Kommunikationsdienste sind insbesondere die hierdurch möglichen Anwendungen im Sinne eines individuellen und frei kombinierbaren Umgangs mit digitalisierten Informationen verschiedener (interaktiv verwendbarer) Darstellungsformen (z.B. Text, Grafik, Sprache, Bild, Bildfolgen usw.). Aus dieser Wesensbeschreibung ergibt sich, dass Zielrichtung der Informations- und Kommunikationsdienste nicht die auf öffentliche Meinungsbildung angelegte massenmediale Versorgung ist, sondern die durch den Nutzer bestimmbare Kommunikation“.<sup>712</sup>

284 Der Gesetzgeber ging also offensichtlich von einer eindeutigen Zuordnungsmöglichkeit bzw. Trennung der einzelnen Dienste aus. In der Realität jedoch ist dies nicht immer vollständig möglich. Daher wird mittlerweile überwiegend vertreten, die Einordnung müsse abhängig vom Schwerpunkt des jeweiligen Dienstangebotes im Wege

---

<sup>710</sup> Barton, Handbuch MMStR, Rn. 275 f.; Bergmann, § 5 TDG, S. 24; Heyl, ZUM 1998, S. 115; Waldenberger, MMR 1998, S. 124; Kröger/Moos, ZUM 1997, S. 462 ff.; Gounalakis, NJW 1997, S. 2995; Pichler, MMR 1998, S. 80

<sup>711</sup> Bergmann, § 5 TDG, S. 27; Engel-Flechsig/Maennel/Tettenborn, NJW 1997, S. 2983; Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184, Rn. 66 d

<sup>712</sup> BT-Drs. 13/7385, S. 17

einer Gesamtbetrachtung erfolgen.<sup>713</sup> Hiernach „soll z.B. eine unter einer Internetadresse abrufbare elektronische Zeitung bzw. Zeitschrift, bei der die redaktionelle Gestaltung und die Meinungsbildung im Vordergrund steht, insgesamt als Mediendienst zu qualifizieren sein, und zwar auch dann, wenn den Nutzern gleichzeitig eine Suchmaschine zum Auffinden von Inhalten im Internet oder z.B. eine Wettervorhersage zur Verfügung gestellt wird“.<sup>714</sup> Demgegenüber wird aber ein Anzeigenblatt, in dem der redaktionelle Teil nicht von vordergründiger Bedeutung ist, als Dienst zum individuellen Leistungsaustausch und damit als Teledienst qualifiziert.<sup>715</sup>

Unter die Teledienste fallen demnach alle Verteil-<sup>716</sup> und Abrufdienste,<sup>717</sup> sofern nicht die redaktionelle Gestaltung zur Meinungsbildung für die Allgemeinheit im Vordergrund steht.<sup>718</sup> Für die Bearbeitung der Thematik der Verbreitung von Kinderpornografie im Internet erübrigt sich eine detaillierte Einordnung der möglichen Angebote zur Kommunikation<sup>719</sup>, weil es hier in der überwiegenden Zahl der Fälle um den Bereich der Individualkommunikation (E-Mail, Download von privaten Homepages; Chat, News-Foren, Internet-Texte etc.<sup>720</sup>) geht. Kinderpornografische Materialien werden kaum an die Allgemeinheit gerichtet werden, sondern immer im Verborgenen an einzelne Interessenten. Die individuelle Nutzung zeichnet sich nämlich gerade dadurch aus, dass der angesprochene Personenkreis nicht wie bei der Massenkommunikation völlig unbestimmt, sondern „durch be-

285

---

<sup>713</sup> So Barton, Handbuch MMStR, Rn. 277; Waldenberger, MMR 1998, S. 125; a.A. Engel-Flechsig/Maennel/Tettenborn, NJW 1997, S. 2982, welche die Einteilung nach einer Betrachtung des konkreten Angebots einer einzelnen Dienstleistung vornehmen; ebenso Pichler, MMR 1998, S. 80

<sup>714</sup> Barton, Handbuch MMStR, Rn. 277; Waldenberger, MMR 1998, S. 125

<sup>715</sup> Barton, Handbuch MMStR, Rn. 277; Waldenberger, MMR 1998, S. 125

<sup>716</sup> Hierunter fallen gem. § 3 Nr. 3 TDG Angebote, bei denen Inhalt und Zeitpunkt der Ausstrahlung vom Anbieter bestimmt und auf seine Initiative hin an viele Nutzer versandt werden. Vgl. Bergmann, § 5 TDG, S. 30

<sup>717</sup> Bei diesen werden gem. § 3 Nr. 4 TDG dem Nutzer auf Servern gespeicherte Daten auf dessen Nachfrage hin übertragen. Vgl. Bergmann, § 5 TDG, S. 31

<sup>718</sup> Engel-Flechsig/Maennel/Tettenborn, NJW 1997, S. 2983; siehe ausführlich auch Bergmann, § 5 TDG, S. 30 f.

<sup>719</sup> Siehe hierzu Bergmann, § 5 TDG, S. 27 ff.; Heyl, ZUM 1998, S. 115 ff.; Hochstein, NJW 1997, S. 2979 ff.

<sup>720</sup> Vgl. hierzu Heyl, ZUM 1998, S. 115 ff.; Bergmann, § 5 TDG, S. 27 ff.

stimmte persönliche Merkmal untereinander oder mit dem Anbieter verbunden ist“.<sup>721</sup>

## 2. Persönlicher Geltungsbereich

286

Die Haftungsregelungen der §§ 8-11 TDG betreffen die sog. „Diensteanbieter“, welche in § 3 Nr. 1 TDG als „natürliche oder juristische Person, die eigene oder fremde Teledienste zur Nutzung bereitstellt oder den Zugang zur Nutzung vermittelt“, definiert werden. Eine nähere Betrachtung der Definition und der Verantwortlichkeitsregelungen zeigt, dass im Wesentlichen **vier Arten von Anbietern** erfasst und je nach Funktion unterschiedlich behandelt werden. Zu differenzieren ist zwischen dem Content-, dem Host-, dem Network- und dem Access-Provider.<sup>722</sup> Eine scharfe Trennung zwischen den einzelnen Anbieterarten ist allerdings überwiegend unmöglich, weil sehr häufig „**Mischformen**“ auftreten. Da aber der Anbieterbegriff **funktional** und nicht personal zu verstehen ist, ergeben sich daraus keine besonderen Schwierigkeiten. Jeder am Kommunikationsprozess Beteiligte kann gleichzeitig Content-, Service- oder Access-Provider sein.<sup>723</sup> Für die rechtliche Bewertung seines Handelns ist allein ausschlaggebend, in welcher Funktion er jeweils an der Verbreitung der konkret in Frage stehenden Information teilnimmt.<sup>724</sup> Bereits nach der alten Fassung war eine personelle Abgrenzung verfehlt. Dieses Vorgehen findet zudem keine Stütze im Gesetz, das vielmehr ausdrücklich auf die jeweilige Handlung des Anbieters abstellt. Sobald eine den §§ 9-11 TDG entsprechende Handlung gegeben ist, kann eine Privilegierung eingreifen, ohne dass es auf eine personenbezogene Einordnung des Anbieters als Content-, Service- oder Access-Provider ankommt.

---

<sup>721</sup> Bergmann, § 5 TDG, S. 26

<sup>722</sup> Sieber, Verantwortlichkeit, Rn. 262 ff.; Wimmer/Michael, Der Online-Provider, S. 44

<sup>723</sup> Wimmer/Michael, Der Online-Provider, S. 44; Engel-Flechsig, ZUM 1997, S. 234; a.A. Koch, CR 1997, S. 200 f.

<sup>724</sup> Wimmer/Michael, Der Online-Provider, S. 44; a.A. Waldenberger, MMR 1998, S. 125, der nicht auf die konkret wahrgenommene Rolle, sondern auf die „Einheit des Dienstes als Abgrenzungskriterium“ abstellt.

Die Anbieter müssen von den nicht dem TDG unterfallenden „Nutzern“ abgegrenzt werden. Als Nutzer bezeichnet man gem. § 3 Nr. 2 TDG eine „natürliche oder juristische Person, die zu beruflichen oder sonstigen Zwecken Teledienste in Anspruch nimmt, insbesondere um Informationen zu erlangen oder zugänglich zu machen“. Diese müssen sich ohne Privilegierungsmöglichkeiten nach den allgemeinen Gesetzen dergestalt verantworten, dass alles, was „offline“ strafbar ist, auch „online“ gilt. Ebenso wie der Begriff des Anbieters ist auch der des Nutzers funktional zu verstehen. Zwar entspricht das herkömmliche Bild des Nutzers dem des passiven Nachfragers von Informationen. Im mehrdimensionalen und interaktiven Kommunikationsprozess moderner Multimediadienste (wie es das Internet ist) beschränkt sich die Nutzung jedoch nicht mehr allein hierauf. Auch derjenige, der selbst Inhalte beiträgt, kann gleichzeitig noch Nutzer sein. So verhält es sich z.B. bei einem Content-Provider, der seine Inhalte auf den Servern eines Host-Service-Providers speichert. Zwischen den Begriffen besteht also **kein Ausschlussverhältnis**. Vielmehr ist auch hier im konkreten Einzelfall die jeweilige Handlung danach zu untersuchen, ob eine Nutzer- oder eine Anbietertätigkeit vorliegt.<sup>725</sup>

## **B. Die Verantwortlichkeitsregelungen des TDG**

### **I. Verantwortlichkeit gem. § 8 I TDG**

#### **1. Begriff: Content-Provider**

Gem. § 8 I TDG sind Diensteanbieter für eigene Informationen, die sie zur Nutzung bereithalten, nach den allgemeinen Gesetzen verantwortlich. Diese Art der Diensteanbieter wird auch als Content-Provider bezeichnet, denn sie stellen auf den Servern von Host-Service-Providern, Online-Diensten oder auf eigenen Rechnern eigene oder sich „zu Eigen gemachte“ Informationen zur Verfügung.<sup>726</sup> Prototyp des Content-Providers ist der „Web-Publisher“. Darunter versteht man Personen, die selbst angefertigte oder bearbeitete Informationen zur Nutzung durch eine potentiell beliebige Anzahl von Nutzern meist

<sup>725</sup> Wimmer/Michael, Der Online-Provider, S. 52 f.; a.A. Bleisteiner, Verantwortlichkeit, S. 159 m.w.N.; Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 66 d

<sup>726</sup> Sieber, Verantwortlichkeit, Rn. 14

auf eigenen Websites zum Abruf bereithalten.<sup>727</sup> Man kann also sagen, dass der Content-Provider die Quelle der Informationen ist und daher im Rahmen der Verantwortlichkeit für rechtswidrige Inhalte im Internet eine große Bedeutung hat. Zu den Content-Providern zählen insbesondere Universitäten, Datenbanken, Wirtschaftskonzerne, Banken, Zeitschriften- und Buchverlage oder auch Autoren von Beiträgen für Newsgroups oder von (Werbe-) Informationen für das World Wide Web.<sup>728</sup>

## 2. Eigene und fremde Informationen

289

Erstes Merkmal des Content-Providers ist die Bereithaltung eigener Informationen. Der Begriff der Information entspricht dabei dem in § 5 TDG a.F. verwendeten Begriff „Inhalte“ und umfasst alle Angaben, die im Rahmen des jeweiligen Teledienstes übermittelt werden.<sup>729</sup> Laut Gesetzesbegründung fallen hierunter sowohl vom Anbieter selbst erstellte als auch zu Eigen gemachte ursprünglich fremde Informationen.<sup>730</sup> Wann sie zu Eigen gemacht wurden, ist umstritten. Die Gesetzesmaterialien sagen hierzu lediglich aus, dass damit eine Art „Sichidentifizieren“ gemeint ist.<sup>731</sup> In Literatur und Rechtsprechung werden zu dieser Problematik die verschiedensten Ansätze vertreten:<sup>732</sup> So nimmt man ein Zu-Eigen-Machen u.a. dann an, wenn der Anbieter fremde Inhalte nicht als solche kennzeichnet,<sup>733</sup> wenn er sich nicht von dem Inhalt i.S.d. Rechtsprechung zur Distanzierung von Presseorganen distanziert,<sup>734</sup> wenn er sich die Inhalte objektiv erkenn-

---

<sup>727</sup> Wimmer/Michael, Der Online-Provider, S. 44

<sup>728</sup> Achenbach, Datenschutz, S. 23; Sieber, Verantwortlichkeit, Rn. 14

<sup>729</sup> BT-Drs. 14/6098, S. 23

<sup>730</sup> BT-Drs. 13/7385, S. 19; BT-Drs. 14/6098, S. 23

<sup>731</sup> Vgl. die Antwort der Bundesregierung auf eine kleine Anfrage kurz vor dem Inkrafttreten des IuKDG in BT-Drs. 13/8153, S. 13

<sup>732</sup> Siehe hierzu die umfassende Übersicht bei Sieber in Hoeren/Sieber, Handbuch MMR, 19 Rn. 260

<sup>733</sup> AG München, CR 1998, S. 505; Koch, CR 1997, S. 197

<sup>734</sup> Spindler, NJW 1997, S. 3196; Ernst, NJW-CoR 1998, S. 363 f.; Pelz, ZUM 1998, S. 532; Vassilaki, MMR 1998, S. 633; siehe zur diesbzgl. Rspr.: BGH NJW 1970, S. 187; NJW 1976, S. 1198; NJW 1985, S. 1621; NJW 1997, S. 1147

bar zurechnen lassen will,<sup>735</sup> wenn er für die Inhalte aus der Sicht eines objektiven Nutzers Verantwortung übernehmen will<sup>736</sup> oder wenn er die bereitgehaltenen Informationen billigt.<sup>737</sup> Nach Sieber macht sich schließlich ein Anbieter fremde Inhalte zu Eigen, sobald er die Informationen bestimmt, auswählt oder kontrolliert.<sup>738</sup> Nach seiner zutreffenden Ansicht reicht die bloße Speicherung auf einem eigenen Server für die Qualifizierung als eigene Inhalte nicht aus.<sup>739</sup> In den übrigen Bestimmungen (§§ 9-11 TDG) ist demgegenüber von fremden Informationen die Rede. Von diesen spricht man dann, wenn sie weder eigene noch zu Eigen gemachte sind.<sup>740</sup>

### 3. Bereithalten zur Nutzung

Unter einem Bereithalten versteht man die Speicherung eigener Informationen auf „Medien, die dem Anbieter zuzurechnen sind“.<sup>741</sup> Es ist grundsätzlich dann gegeben, wenn der Anbieter Informationen auf eigens kontrollierten Servern speichert und damit dem Nutzer die Möglichkeit des Zugriffs gewährt.<sup>742</sup> Ausschlaggebend für das Bereithalten ist im Ergebnis somit die Beherrschbarkeit der Informationen.<sup>743</sup> 290

## II. Überwachungspflichten gem. § 8 II TDG

Gem. § 8 II S. 1 TDG sind Diensteanbieter im Sinne der §§ 9 bis 11 TDG nicht verpflichtet, die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen. Verpflichtungen zur Entfernung oder Sperrung der Nutzung von Informationen nach den allgemeinen Gesetzen bleiben gem. § 8 II S. 2, der § 5 IV 291

---

<sup>735</sup> Ähnlich Bleisteiner, Verantwortlichkeit, S. 163 f.

<sup>736</sup> Spindler, NJW 1997, S. 3196; Pichler, MMR 1998, S. 86 f.

<sup>737</sup> Vassilaki, NStZ 1998, S. 521 f.

<sup>738</sup> Sieber in Hoeren/Sieber, Handbuch MMR, 19 Rn. 260 f.

<sup>739</sup> Zu diesem „Mehr“ ausführlich Sieber in Hoeren/Sieber, Handbuch MMR, 19 Rn. 261 ff.

<sup>740</sup> Siehe hierzu ausführlich Kap. 3, D.I.2.

<sup>741</sup> BT-Drs. 13/7385, S. 51

<sup>742</sup> Lenckner/Perron in Schöнке/Schröder, § 184 Rn. 66 g m.w.N.

<sup>743</sup> BT-Drs. 14/ 6098, S. 25

TDG a.F. entspricht,<sup>744</sup> auch im Falle der Nichtverantwortlichkeit des Diensteanbieters nach den §§ 9 bis 11 TDG unberührt, wenn dieser von solchen Informationen Kenntnis erlangt.<sup>745</sup> Dies entspricht der bisherigen Rechtslage ungeachtet des Umstandes, dass das Gesetz jetzt nicht mehr ausdrücklich auf die technische **Möglichkeit und Zumutbarkeit der Sperrung** abstellt, weil sich diese Anforderungen bereits aus allgemeinen übergeordneten Grundsätzen ergeben: So darf das Recht generell weder technisch Unmögliches noch Unzumutbares verlangen. Die **Zumutbarkeitsgrenze** ist abhängig von der Wertigkeit des jeweils geschützten Rechtsgutes im Einzelfall zu bestimmen. Je höher das betroffene Rechtsgut, desto höher liegt die Grenze der Zumutbarkeit.<sup>746</sup> Zur Bestimmung kommt es entscheidend auf Sachverständigengutachten an.<sup>747</sup>

292

Darüber hinaus ist das Fernmeldegeheimnis nach § 85 des Telekommunikationsgesetzes (TKG) zu wahren, d.h. der Diensteanbieter darf nach dieser Vorschrift geschützte Individualkommunikation weder selbst überwachen noch ausforschen.<sup>748</sup> Unberührt hiervon bleibt ferner die Möglichkeit von Überwachungspflichten in besonderen Fällen, wie etwa dann, wenn Anordnungen von einzelstaatlichen Behörden nach innerstaatlichem Recht getroffen werden.<sup>749</sup> Obwohl diese Vorschrift bereits im Gesetzgebungsverfahren als überflüssig angesehen wurde, weil sich schon aus dem Regelungszusammenhang das Fehlen aktiver Überwachungspflichten ergebe, behielt man in der Endfassung diese Klarstellung dennoch bei.

---

<sup>744</sup> BT-Drs. 14/6098, S. 23

<sup>745</sup> BT-Drs. 14/6098, S. 23

<sup>746</sup> BT-Drs. 14/6098, S. 23; ausführlich zur Zumutbarkeit Sieber in Hören/Sieber, Handbuch MMR, 19 Rn. 399 ff.

<sup>747</sup> Barton, Handbuch MMSStR, Rn. 344

<sup>748</sup> BT-Drs. 14/6098, S. 23

<sup>749</sup> BT-Drs. 14/6098, S. 23

### III. Die Durchleitung von Informationen gem. § 9 TDG

Von § 9 TDG, der vom grundsätzlichen Ansatz her § 5 III TDG a.F. entspricht,<sup>750</sup> wird das sog. **Network- und Access-Providing** erfasst. Beide Begriffe sind rein technisch zu verstehen. Ihre Privilegierung beruht darauf, dass die Durchleitung lediglich auf technische Vorgänge beschränkt ist und der Anbieter weder Kenntnis der Informationen besitzt noch Kontrolle über sie ausüben kann.<sup>751</sup> Eine reine Durchleitung ist immer dann ausgeschlossen, wenn ein Bereithalten i.S.v. § 8 I TDG oder ein Speichern i.S.v. § 11 TDG vorliegt. In Abgrenzung zu den eigenen Informationen i.S.v. § 8 I TDG stellt § 9 TDG in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtslage auf fremde Informationen ab.<sup>752</sup> Bevor auf die Verantwortlichkeitsregelungen eingegangen werden kann, müssen zunächst beide Formen des Anbietens näher erläutert werden.

#### 1. Network-Provider

Die Übermittlung von Informationen in einem Kommunikationsnetz wird auch als Network-Providing bezeichnet. Dabei stellen die Network-Provider oder auch Netzbetreiber das für den Informations- und Kommunikationsaustausch in Computernetzen – insbesondere dem Internet – erforderliche Leitungsnetz zur Verfügung. Sie unterhalten sozusagen die Kommunikationsnetze. Nach der alten Fassung war die Anwendbarkeit auf das Network-Providing umstritten.<sup>753</sup> Durch die Aufnahme der „Übermittlung von Informationen“ hat sich dieser Streit jedoch erledigt. Die größten Netzbetreiber weltweit sind die Telefongesellschaften (in Deutschland die Deutsche Telekom AG). Im Moment ist die Datenübertragung im Internet noch auf leitungsgebundene Übertragungswege angewiesen. Dabei stehen die Te-

---

<sup>750</sup> BT-Drs. 14/6098, S. 23

<sup>751</sup> BT-Drs. 14/6098, S. 24

<sup>752</sup> Siehe zum Begriff Kap. 3, D.I.2.

<sup>753</sup> Vgl. bejahend Sieber, Verantwortlichkeit, Rn. 384

lefonleitungen im Vordergrund. Zukünftig wird der Datenaustausch jedoch verstärkt über Satellitenfunk stattfinden.<sup>754</sup>

## 2. Access-Provider

295 Die **Zugangsvermittlung** zu Informationen bezeichnet man hingegen als Access-Providing. Access-Provider (wörtlich übersetzt: Vermittler des Zugangs<sup>755</sup>) ermöglichen – mittelbar oder unmittelbar – den Zugang des Nutzers zu Computernetzen, insbesondere zum Internet.<sup>756</sup> Diese Provider eröffnen ihren Kunden lediglich technisch den Weg zu fremden Inhalten. Technisch erfolgt die Zugangsvermittlung meist dadurch, dass der Access-Provider Einwahlknoten (= an Netze angeschlossene Server mit externen Verbindungen) und die Möglichkeit der Verbindung zu Informationsangeboten anderer Anbieter bereithält.<sup>757</sup>

## 3. Privilegierungsvoraussetzungen nach § 9 I TDG

296 Nach § 9 I TDG sind Access- und Network-Provider grundsätzlich nicht für fremde Inhalte verantwortlich, es sei denn, sie

- *haben die Übermittlung veranlasst,*
- *den Adressaten der übermittelten Informationen ausgewählt oder*
- *die übermittelten Informationen ausgewählt oder verändert.*

Zudem findet die grundsätzliche Nichtverantwortlichkeit gem. S. 2 dann ein Ende, wenn der Diensteanbieter absichtlich mit einem der Nutzer seines Dienstes zusammenarbeitet, um rechtswidrige Handlungen zu begehen.<sup>758</sup>

---

<sup>754</sup> Sieber, Verantwortlichkeit, Rn. 14; Achenbach, Datenschutz, S. 21; Koch, Internet-Recht, S. 4

<sup>755</sup> Bettinger/Freytag, CR 1998, S. 547

<sup>756</sup> Sieber, Verantwortlichkeit, Rn. 14; Ricke, Ratgeber Online Recht, S. 34

<sup>757</sup> Wimmer/Michael, Der Online-Provider, S. 51; Stellungnahme des Landesbeauftragten für Datenschutz zur Kinderpornografie im Internet, [www.rewi.hu-berlin.de](http://www.rewi.hu-berlin.de) (Stand 14.11.2000)

<sup>758</sup> Zu den sich durch die Neufassung weitestgehend erledigten Streitpunkten zu § 5 III TDG a.F. siehe u.a.: Sieber, MMR 1998, S. 439 f.; ders. in Hoeren/Sieber, Handbuch MMR, 19 Rn. 107; BT-Drs. 13/7385, S. 51 f.

#### IV. Die Zwischenspeicherung gem. § 9 II TDG

§ 9 II TDG entspricht weitestgehend § 5 III S. 2 TDG a.F.<sup>759</sup> Hierdurch wird klargestellt, dass die Übermittlung von Informationen nach Absatz 1 und die Vermittlung des Zugangs zu ihnen auch die **automatische kurzzeitige Zwischenspeicherung** (auch **Proxy Caching**) dieser Informationen umfasst, soweit dies nur zur Durchführung der Übermittlung im Kommunikationsnetz geschieht und die Informationen nicht länger gespeichert werden, als für die Übermittlung üblicherweise erforderlich ist. Dabei geht es also um die während und ausschließlich zum Zwecke ihrer Übertragung kopierten Informationen, zu denen der Nutzer keinen Zugang hat.<sup>760</sup> Bei einer automatischen Speicherung hat der Anbieter in der Mehrzahl der Fälle keinerlei Kenntnis noch Möglichkeiten zur Kontrolle und muss daher auch privilegiert werden. Ziel der alten Bestimmung war hauptsächlich die Verantwortlichkeitsfreistellung von sog. Proxy-Cache-Servern bzw. sonstigen Servern und Programmen, die lediglich der Vereinfachung und Beschleunigung des Datenverkehrs sowie der Kostenminimierung dienen.<sup>761</sup> Allerdings darf es sich in diesen Fällen nur um kurzfristige Zwischenspeicherungen handeln, die lediglich so lange dauern, wie es üblicherweise für eine Übermittlung erforderlich ist. Bei einer längeren Dauer der Speicherung kann dann – genau wie nach alter Rechtslage – nicht mehr von einer bloßen Durchleitung gesprochen werden, sondern eher von einem Bereithalten (= Speichern) nach § 11 S. 1 TDG.<sup>762</sup>

297

---

<sup>759</sup> BT-Drs. 14/6098, S. 24

<sup>760</sup> BT-Drs. 14/6098, S. 24

<sup>761</sup> BT-Drs. 13/7385, S. 20; Sieber in Hoeren/Sieber, Handbuch MMR, 19 Rn. 377 ff.

<sup>762</sup> Vgl. hierzu BT-Drs. 13/7385, S. 20; Sieber in Hoeren/Sieber, Handbuch MMR, 19 Rn. 298

## V. Die Zwischenspeicherung gem. § 10 TDG (Caching)

### 1. Grundsatz der Nichtverantwortlichkeit

298

Diensteanbieter sind gem. § 10 TDG für eine **automatische, zeitlich begrenzte Zwischenspeicherung**, die allein dem Zweck dient, die Übermittlung der fremden Informationen an andere Nutzer auf deren Anfrage effizienter zu gestalten (= sog. Caching), grundsätzlich nicht verantwortlich. Bisher war das sog. Caching von § 5 III S. 2 a.F. erfasst, dem nunmehr § 9 II TDG entspricht. Damit scheint es auf den ersten Blick so, als ob § 9 und § 10 TDG den gleichen Regelungsgegenstand hätten. Jedoch beruht die gesonderte (insbesondere auf das Urheberrecht ausgerichtete) Regelung des § 10 TDG darauf, dass das Caching über die reine Durchleitung hinausgeht und daher besonderen Anforderungen zu unterwerfen ist. Der Unterschied besteht darin, dass sich bei § 10 TDG die Verantwortlichkeitsprivilegierung auf die Zwischenspeicherung und bei § 9 TDG auf die übermittelte Information bezieht. Bei der Zwischenspeicherung nach § 9 II TDG, die von dem Übermittlungs- bzw. Vermittlungsvorgang erfasst wird, handelt es sich um eine Kopie, die während und ausschließlich zum Zwecke der Übertragung der Information erstellt wird und zu der der Nutzer keinen direkten Zugang hat. Die Zwischenspeicherung im Rahmen des Caching nach § 10 TDG erfolgt hingegen, um den Nutzern einen schnelleren Zugang zu den Informationen zu verschaffen.<sup>763</sup>

299

Die Privilegierung beruht auf den gleichen Gedanken, die bei § 9 TDG ausschlaggebend waren. So sind auch Tätigkeiten i.S.v. § 10 TDG auf den technischen Vorgang beschränkt, ein Kommunikationsnetz zu betreiben und den Zugang zu diesem zu vermitteln, über das von Dritten zur Verfügung gestellte Informationen übermittelt oder zum alleinigen Zweck einer effizienteren Übermittlung vorübergehend gespeichert werden. Diese Tätigkeit ist ebenfalls automatischer Art und die Diensteanbieter haben meist keine Kenntnis von den betref-

---

<sup>763</sup> BT-Drs. 14/6098, S. 24

fenden Daten, geschweige denn Kontrolle über sie und treffen somit keine eigenen Entscheidungen.<sup>764</sup>

## 2. Die Ausnahmeregelungen

Die Privilegierung greift nur, soweit die in den Nummern 1-5 genannten Voraussetzungen erfüllt sind. Andernfalls führt auch die automatische und zeitlich begrenzte Zwischenspeicherung zum Zwecke der Beschleunigung der Übermittlung zu einer Haftung nach den allgemeinen Vorschriften. Somit darf der Anbieter nach **Nr. 1** die Informationen nicht verändern. Dabei meint Informationsveränderung jedoch nicht Eingriffe technischer Art im Verlauf der Übermittlung, weil sie die Integrität der übermittelten Informationen nicht tangieren. Es kommt also darauf an, ob die zentrale Kopie in jedem Moment dem Original entspricht, weshalb dynamische Websites keine Veränderungen des Originals darstellen, weil die Information diesem in jedem Augenblick entspricht.<sup>765</sup> Gemäß **Nr. 2** muss der Anbieter die Bedingungen für den Zugang zu den Informationen beachtet haben. Zweck dieser Bestimmung ist die Vermeidung des Unterlaufens von Zugangskontrollen, die der Eigner der Website installiert hat. Diese können nämlich z.B. der Gewährleistung des Jugendschutzes oder Sicherstellung der Bezahlung eines Entgeltes dienen.<sup>766</sup>

Die **Nr. 3** setzt die Beachtung der Regeln für die Aktualisierung der Information, die in weithin anerkannten und verwendeten Industriestandards festgelegt sind, voraus. Durch diese Voraussetzung sollen Fälle erfasst werden, in denen (wie z.B. bei Börsennachrichten oder dem Wetter) Informationen aktualisiert werden müssen und die Website hierzu Angaben enthält. Nach dem Gesetzgeber vermeidet die Einhaltung dieser Regeln der Aktualisierung, dass der Eindruck entsteht, eine zeitlich bereits überholte Cache-Kopie entspräche der (aktualisierten) Original-Seite. Das Abstellen auf „weithin anerkannte

---

<sup>764</sup> BT-Drs. 14/6098, S. 24

<sup>765</sup> BT-Drs. 14/6098, S. 25

<sup>766</sup> BT-Drs. 14/6098, S. 25

und verwendete Industriestandards“ dient der angestrebten Harmonisierung im Bereich der Anbieterverantwortlichkeit.<sup>767</sup>

302 Durch **Nr. 4**, welche die Beeinträchtigung der erlaubten Anwendung von Technologien zur Sammlung von Daten über die Nutzung der Information, die in weithin anerkannten und verwendeten Industriestandards festgelegt sind, verbietet, soll vermieden werden, dass die Erfassung von Zugriffszahlen durch Cache-Kopien unterlaufen wird. Dies hat z.B. dann Bedeutung, wenn sich die Höhe von Werbeeinnahmen nach der Häufigkeit der Nutzung richtet, weil dem Eigner der Original-Seite durch das Unterlaufen des von ihm installierten Zählersystems ein Schaden entsteht.<sup>768</sup>

303 Nach **Nr. 5** müssen Anbieter unverzüglich handeln, um im Sinne dieser Vorschrift gespeicherte Informationen zu entfernen oder den Zugang zu ihnen zu sperren, sobald sie Kenntnis davon erhalten haben, dass die Informationen am ursprünglichen Ausgangsort der Übertragung aus dem Netz entfernt wurden oder der Zugang zu ihnen gesperrt wurde oder ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde die Entfernung oder Sperrung angeordnet hat. Diese Regelung ermöglicht dem Diensteanbieter im Falle einer späteren Kenntniserlangung, durch eine rechtzeitige Sperrung das Erlöschen der Privilegierung zu verhindern. Allerdings kann auch hier nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen eine Beschränkung der Verantwortlichkeit nur dann entfallen, wenn die Sperrung technisch möglich und zumutbar war.<sup>769</sup> Zudem gilt § 9 Abs. 1 Satz 2 entsprechend, d.h. die Privilegierung entfällt bei einer bewussten Zusammenarbeit des Anbieters mit dem Nutzer zur Begehung von strafbaren Handlungen.

---

<sup>767</sup> BT-Drs. 14/6098, S. 25

<sup>768</sup> BT-Drs. 14/6098, S. 25

<sup>769</sup> BT-Drs. 14/6098, S. 25

## VI. Speicherung von Informationen gem. § 11 TDG

### 1. Grundsatz

Diensteanbieter sind gem. § 11 TDG für fremde Informationen, die sie für einen Nutzer speichern (= **Hosting**), nicht verantwortlich, sofern gewisse Voraussetzungen erfüllt sind. Host-Service-Provider vermitteln im Gegensatz zu den Access-Providern keinen Zugang zum Internet, sondern stellen fremde Inhalte auf einem eigenen Computersystem bereit. Sie betreiben also eigene Server und überlassen Dritten auf diesen Speicherplatz für ihre eigenen Inhalte.<sup>770</sup> Unter einem Server versteht man dabei einen in ein Netzwerk eingebundenen Computer, der Speicher- und Verarbeitungsaufgaben für andere Netzteilnehmer (Clients) übernimmt. In Datennetzen hält ein Server z.B. auch Programme zum Abruf bereit.<sup>771</sup> Die Privilegierung beruht wiederum auf dem Gedanken, dass die Tätigkeit des Host-Service-Providers lediglich auf den technischen Vorgang der Speicherung von Informationen angelegt und ebenso wie im Fall des § 10 TDG dem bloßen Vermittlungszugang zuzurechnen ist.<sup>772</sup>

304

Von dieser Vorschrift, die dem Grundsatz nach § 5 II TDG a.F. entspricht, werden zwei Fälle erfasst: Zum einen der, in dem die Information als solche schon zu beanstanden ist. Dann genügt positive Kenntnis von der Information bzw. von diesbezüglichen Tatsachen oder Umständen, um die Haftungsprivilegierung entfallen zu lassen.<sup>773</sup> Zum anderen betrifft die Norm den Fall, in dem es sich zwar um „unproblematische“ Informationen handelt, aber „die insoweit entfaltete Tätigkeit, nämlich (insbesondere) die Verwendung von Informationen ohne Erlaubnis des Rechteinhabers“ rechtswidrig war. Da sich die Kenntnis auch auf den Umstand des Fehlens der Erlaubnis beziehen muss, wird insoweit auf die Kenntnis der rechtswidrigen Handlung abgestellt.<sup>774</sup>

305

---

<sup>770</sup> Sieber, Verantwortlichkeit, Rn. 14; Bettinger/Freytag, CR 1998, S. 547

<sup>771</sup> Achenbach, Datenschutz, S. 178

<sup>772</sup> BT-Drs. 14/6098, S. 25

<sup>773</sup> BT-Drs. 14/6098, S. 25

<sup>774</sup> BT-Drs. 14/6098, S. 25

## 2. Die Ausnahmeregelungen

306

Anbieter kommen nur dann in den Genuss der Haftungsprivilegierung, soweit sie keine Kenntnis von der rechtswidrigen Handlung oder der Information haben und ihnen im Falle von Schadensersatzansprüchen (nur für das Zivilrecht relevant) auch keine Tatsachen oder Umstände bekannt sind, aus denen die rechtswidrige Handlung oder die Information offensichtlich wird (= Nr. 1), oder sie unverzüglich tätig geworden sind, um die Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren, sobald sie diese Kenntnis erlangt haben (= Nr. 2). Letztere Bestimmung war erforderlich, weil der Diensteanbieter ansonsten bei Kenntniserlangung seine Haftungsbeschränkung verlieren würde. Er muss jedoch vor ihrem Entfallen die Möglichkeit haben, den Zugang zu den Informationen zu sperren. Zudem gilt auch hier der Rechtsgrundsatz der technischen Möglichkeit und Zumutbarkeit der Sperrung.<sup>775</sup> Auf den tatsächlichen Erfolg der Sperrung kommt es schließlich nicht an, denn aus der Formulierung geht hervor, dass ein ernsthafter Versuch ausreicht. Gem. Abs. 2 finden diese Grundsätze keine Anwendung, wenn der Nutzer dem Diensteanbieter untersteht oder von ihm beaufsichtigt wird.

307

Zu klären bleibt schließlich der Begriff der **Kenntnis**. Nach der alten Rechtslage waren die konkreten Informationen Bezugspunkte der Kenntnis und Verallgemeinerungen ausgeschlossen.<sup>776</sup> So musste der Anbieter den konkreten Ort der rechtswidrigen Information kennen. Allein das Wissen, irgendwo auf dem Server befindet sich strafrechtlich relevantes Material, genügte nicht.<sup>777</sup> In der Gesetzesbegrün-

---

<sup>775</sup> BT-Drs. 14/6098, S. 25

<sup>776</sup> BT-Drs. 13/7385, S. 20; BT-Drs. 13/8153; Sieber, Beilage MMR 2/1999, S. 19; Engel-Flehsig/Maennel/Tettenborn, NJW 1997, S. 2985; vgl. aber auch AG München, CR 1998, S. 500, welches für die Kenntnis über Inhalte von Newsgroups entschieden hat, dass der Anbieter wissen muss, wenn unter ihm bekannten eindeutigen Newsgroups strafrechtlich relevante Inhalte zur Nutzung bereitgehalten werden. Kenntnis erfordere aber nicht, dass dem Diensteanbieter die jeweiligen Beiträge der Newsgroup im Einzelnen bekannt sind.

<sup>777</sup> Pelz, wistra 1999, S. 59; ders., ZUM 1998, S. 534; Moritz, CR 1998, S. 507; Spindler, NJW 1997, S. 3196; Engel-Flehsig, ZUM 1997, S. 235; Koch, CR 1997, S. 199

dung zur Neufassung des TDG ist nunmehr ausdrücklich von „**positiver Kenntnis**“ die Rede.<sup>778</sup> Somit reicht *dolus eventualis* nicht aus.<sup>779</sup> Zudem ist eine **Kenntniszurechnung** fremder Personen anders als im Zivilrecht aufgrund des strafrechtlichen Schuldprinzips ausgeschlossen.<sup>780</sup> Schließlich kommt es auch nicht auf die Art und Weise der Kenntniserlangung an. Diese kann dem Anbieter auch durch Dritte oder eine Behörde verschafft werden.<sup>781</sup> Um den Verlust der Privilegierung im Falle eines allgemein gehaltenen Hinweises auf vermeintlich rechtswidrige Informationen zu vermeiden, wurde während des Gesetzgebungsverfahrens vorgeschlagen, den Begriff der **tatsächlichen** Kenntnis zu verwenden. Dies sollte verdeutlichen, dass die Kenntnis konkret sein und sich auch auf die Rechtswidrigkeit beziehen müsse.<sup>782</sup>

## C. Strafbarkeit durch Unterlassen

### 1. Bedeutung des TDG

Immer dann, wenn Anbieter rechtswidrige Informationen trotz diesbezüglicher positiver Kenntnis, technischer Möglichkeit und Zumutbarkeit nicht sperren oder entfernen, stellt sich die Frage einer Strafbarkeit nach den allgemeinen Gesetzen (insbes. dem StGB). Soweit nicht eine täterschaftliche Verantwortung für eigene Informationen (= Content-Provider nach § 8 I TDG) eingreift,<sup>783</sup> die an dieser Stelle unberücksichtigt bleiben soll, kommt Beihilfe zur Verbreitung fremder rechtswidriger Inhalte durch Unterlassen in Betracht. In diesen Fällen ist jedoch zunächst zu untersuchen, ob nicht die Privilegierungen des TDG (§§ 9-11) eine Strafbarkeit ausschließen. Wie bereits an anderer Stelle erläutert, kommt es allerdings nicht auf die generelle (statische) personelle Einteilung der Anbieter in bestimmte Formen,

308

---

<sup>778</sup> BT-Drs. 14/6098, S. 25

<sup>779</sup> Vgl. Sieber in Hoeren/Sieber, Handbuch MMR, 19 Rn. 276 m.w.N.; Erfahrungsbericht der Bundesregierung, BT-Drs. 14/1191, S. 10; a.A. (zur alten Fassung) Barton, Handbuch MMStR, Rn. 285 ff.; ähnlich Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 66 h; kritisch zur Erstreckung auf die Rechtswidrigkeit Spindler, NJW 2002, S. 924

<sup>780</sup> Bleisteiner, Verantwortlichkeit, Rn. 186 ff.

<sup>781</sup> BT-Drs. 14/6098, S. 23

<sup>782</sup> BT-Drs. 14/7370, S. 3

<sup>783</sup> Siehe hierzu Vassilaki, MMR 1998, S. 633

sondern auf die jeweilige, konkret in Frage stehende Tätigkeit an (= **funktionelle Betrachtung**). Nur hieran bemisst sich, ob und gegebenenfalls welche Privilegierungsvorschrift des TDG heranzuziehen ist.<sup>784</sup>

### a. Die alte Rechtslage

309 Nach alter Rechtslage war umstritten, inwieweit sich eine Person, die lediglich den Zugang zu bestimmten Telediensten vermittelt (= Access-Provider), strafbar machen kann, wenn sie rechtswidrige Inhalte, von denen sie positive Kenntnis hat, vorsätzlich nicht sperrt. Der Streit betraf dabei im Wesentlichen die Frage, ob § 5 IV TDG (nunmehr § 8 II S. 2) zu einer generellen Anwendbarkeit des Strafrechts für Access-Provider führt oder ob diese grundsätzlich nicht strafrechtlich zu belangen sind. Nach der h.M.<sup>785</sup> wurde eine Strafbarkeit des Access-Providers generell ausgeschlossen. Man begründete dies einerseits mit dem Wortlaut des § 5 III TDG a.F., der bestimmte, dass Diensteanbieter für fremde Inhalte, zu denen sie lediglich den Zugang zur Nutzung vermitteln, nicht verantwortlich sind. Andererseits argumentierte man mit § 5 IV TDG a.F., der sich auf die „Verpflichtung zur Sperrung“ und nicht auf die Frage der Verantwortlichkeit, welche in Abs. 3 behandelt wird, bezieht. Aus dem Strafrecht ließen sich aber gerade keine Sperrverpflichtungen herleiten.<sup>786</sup>

310 Diese Ansicht läuft auf eine erhebliche Einschränkung der als Datennetzkriminalität fassbaren Begehungsformen hinaus und ist zudem weder mit der Gesetzesbegründung noch dem Gesetzeswortlaut zwin-

---

<sup>784</sup> Kessler, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Zugangs Providern, im Erscheinen

<sup>785</sup> Sieber, Verantwortlichkeit, Rn. 385 ff. m.w.N.; Bleisteiner, Verantwortlichkeit, S. 205 ff.; Hoeren, MMR 1998, S. 297 f.; Moritz, MMR 1998, S. 626; a.A. von Bubnoff in LK-StGB, §§ 130, 131 Rn. 9, 12; Hilgendorf, NSTz 2000, S. 519; ders. JuS 1997, S. 330

<sup>786</sup> Sieber, Verantwortlichkeit, Rn. 391; a.A. Hilgendorf, NSTz 2000, S. 519 unter Verweis auf Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, S. 237: So werden zwar in Strafrechtsnormen nicht ausdrücklich Handlungs- oder Unterlassungspflichten bestimmt. Diese Festlegung erfolgt aber indirekt, indem das StGB eine entsprechende Unterlassung oder ein Tun unter Strafe stellt.

gend zu verbinden.<sup>787</sup> Schließlich sollte es sich nach dem Willen des Gesetzgebers bei § 5 III oder IV TDG a.F. um eine interdisziplinäre und für alle Rechtsgebiete gleichermaßen geltende Norm handeln.<sup>788</sup> Zudem ist kaum einzusehen, warum innerhalb der gleichen Norm der Begriff der „allgemeinen Gesetze“ verschieden ausgelegt werden sollte. Für § 5 I TDG a.F. ist aber gerade anerkannt, dass hiermit auch die Normen des Strafrechts gemeint sind.<sup>789</sup> Die Generalbundesanwaltschaft ist der einschränkenden Ansicht ebenfalls entgegengetreten und nahm die Anwendbarkeit der Strafrechtsnormen unter den Voraussetzungen des § 5 IV TDG a.F. an, sodass das tatbestandsmäßige, rechtswidrige und schuldhaft unterlassen der Zugangssperrung über § 5 III TDG a.F. hinaus strafrechtlich sanktioniert werden konnte.<sup>790</sup> Seitens der Bundesregierung wurde keinerlei eindeutige Stellungnahme abgegeben, vielmehr wollte sie die weitere Entwicklung in Literatur, Rechtsprechung und Verwaltungspraxis beobachten und ggf. Änderungsvorschläge unterbreiten, weil sie davon ausging, zu diesen Fragen werde sich eine sachgerechte Rechtsprechung entwickeln.<sup>791</sup>

## b. Neue Rechtslage

Mit der Neufassung des Gesetzes dürfte Klarheit bzgl. dieses Streits in dem Sinne geschaffen worden sein, dass das Strafrecht auch auf Access-Provider (bzw. generell auf alle Providerformen) unter gewissen Voraussetzungen anwendbar ist.<sup>792</sup> So geht aus dem Gesetzeswortlaut nunmehr eindeutig zwar deren grundsätzliche (aber nicht generelle) Nichtverantwortlichkeit hervor, weil diese nämlich durch die in § 9 I Nr. 1-3 TDG genannten Umstände ihre Grenzen findet. Sobald der Anbieter die Übermittlung veranlasst oder den Adressaten der übermittelten Informationen ausgewählt und die übermittelten In-

311

---

<sup>787</sup> So aber Sieber, Verantwortlichkeit, Rn. 390; vgl. insgesamt zu diesem Streit Hilgendorf, NSTZ 2000, S. 519 ff.

<sup>788</sup> Heghmans, JA 2001, S. 71; Hilgendorf, NSTZ 2000, S. 518

<sup>789</sup> Vgl. hierzu Hilgendorf, NSTZ 2000, S. 519 m.w.N. dort in Fn. 15

<sup>790</sup> Einstellungsverfügung des GBA, MMR 1998, S. 95 mit ablehnender Anm. Hoeren, S. 97 f.; Graf, DRiZ 1999, S. 286; dem folgend Hilgendorf, NSTZ 2000, S. 519; ders. JuS 1997, S. 330; von Bubnoff in LK-StGB, §§ 130, 131 Rn. 9, 12

<sup>791</sup> BT-Drs. 14/1191, S. 11

<sup>792</sup> A.A. Satzger, CR 2001, S. 109 ff.

formationen ausgewählt oder verändert hat, ist er dagegen nach den allgemeinen Gesetzen, zu denen auch die Straftatbestände des StGB zählen, verantwortlich. Gleiches gilt dann, wenn der Diensteanbieter absichtlich mit einem der Nutzer seines Dienstes zusammenarbeitet, um rechtswidrige Handlungen zu begehen. Zu diesem Ergebnis kommt man erst recht, wenn man das Verhalten der Anbieter in funktioneller Weise würdigt. Hiernach ist nämlich immer nur die konkret in Frage stehende Handlung zu betrachten. Beim Unterlassen der Sperrung oder Entfernung geht es aber gerade nicht um den von § 9 I TDG erfassten technischen Vorgang der Zugangsvermittlung, der allein privilegiert sein soll. Das Unterlassen wird in keiner Norm des TDG privilegiert, was gleichzeitig dem gesetzgeberischen Willen entspricht, lediglich solche Handlungen der Haftungserleichterung unterfallen zu lassen, die auf technische Vorgänge beschränkt sind. So erfasst § 9 I TDG nicht den Access-Provider als solchen, sondern nur die Handlung der Zugangsvermittlung (= Access-Providing) eines Anbieters.

312 Auf § 8 II S. 2 TDG, der die allgemeinen Normen zu Sperrungsverpflichtungen für anwendbar erklärt, kommt es demzufolge gar nicht mehr an, denn dieser hat seinen Anwendungsbereich nur dort, wo ein Anbieter bzgl. einer grundsätzlich nach §§ 9-11 TDG privilegierbaren Handlung nicht verantwortlich gemacht werden kann, weil die jeweiligen dort normierten Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Beim Unterlassen der Sperrung oder Entfernung trotz Kenntnis greifen die allgemeinen Normen jedoch schon von sich aus ein, da insofern keine privilegierbare Anbietertätigkeit i.S.v. §§ 9-11 TDG vorliegt, sondern eine hiervon zu trennende selbständige strafrechtlich relevante Handlung, für die jede andere Person ebenfalls haftbar gemacht werden würde.

313 Für dieses Ergebnis sprechen u.a. folgende zwei Gründe. Zum einen war Sinn und Zweck des Gesetzes eine **Privilegierung von rein technischen Tätigkeiten**. Ausgenommen sollten aber Anbieter sein, die über die bloße Zugangsvermittlung, Übermittlung oder Speicherung von Daten hinaus ein „Mehr“ an Handlung bringen bzw. Kenntnis oder/und Kontrolle der weitergeleiteten oder gespeicherten Daten

besitzen. Zum anderen zeigen die normierten Voraussetzungen der Privilegierung in §§ 11 S. 1 Nr. 2 und 10 I Nr. 5 TDG, welche gerade den Fall der Sperrung oder Entfernung betreffen, dass eine Nichtanwendbarkeit des Strafrechts sinnwidrig wäre. Hiernach muss jemand, der fremde Informationen speichert, diese bei Kenntniserlangung sperren oder entfernen. Es wäre nicht verständlich, warum z.B. bei der Informationsübermittlung, welche ebenfalls nur wie bei der Zugangsvermittlung rein technische Vorgänge erfasst, einerseits eine Privilegierung entfallen soll, wenn der Anbieter gem. § 9 I TDG die Übermittlung veranlasst, den Adressaten auswählt oder verändert bzw. mit dem Nutzer zusammenarbeitet, und andererseits privilegiert sein soll, wer bei der Übermittlung von den rechtswidrigen Informationen Kenntnis hat und diese trotz Möglichkeit und Zumutbarkeit nicht sperrt.

### c. Zusammenfassung/Zwischenergebnis

Nach der hier vertretenen Auffassung ist für die Frage der Anwendbarkeit des Strafrechts allein die konkret in Frage stehende Handlung und nicht eine generelle Einteilung in statische Anbieterformen entscheidend. Nur dann, wenn von einem Anbieter eine durch die §§ 9-11 TDG grundsätzlich zu privilegierende Handlung vorgenommen wird, sind diese Normen und ihre Voraussetzungen zu prüfen. Jedoch folgt in diesen Fällen aus § 8 II S. 2 TDG gleichwohl eine generelle Anwendbarkeit des StGB, auch wenn die Prüfung des TDG eine Nichtverantwortlichkeit ergibt. Diese Regelung allein zeigt sehr deutlich, dass es nur auf eine **funktionelle Betrachtung der Anbieter** ankommen soll. Allerdings setzt die Verantwortlichkeit nach dem StGB dann immer **positive Kenntnis** sowie die **Möglichkeit** und **Zumutbarkeit** der Sperrung voraus.

314

Handelt es sich hingegen um Tätigkeiten, die nicht im Zugangsvermitteln, der Datenübermittlung oder -speicherung liegen, muss das TDG nicht geprüft werden. Dann werden Provider (insbesondere auch Access-Provider) wie „Privatpersonen“ behandelt und können ohne weiteres nach den allgemeinen Gesetzen verantwortlich gemacht werden. Beim Unterlassen der Sperrung oder Entfernung geht es nicht um

315

Providentätigkeit, sondern um die Nichtvornahme gesetzlich vorgeschriebener Handlungen. Die Ansicht, aus dem Strafrecht ergäben sich keine Sperrungs- oder Entfernungsverpflichtungen, ist verfehlt. Auch das Argument der Gegenmeinung, das TDG sei verschuldensunabhängig konzipiert<sup>793</sup>, kann an dieser Stelle nicht greifen. So stellt zwar die Gesetzesbegründung klar, dass § 5 IV TDG a.F. nur „die objektiven, d.h. keine Schuld voraussetzenden Verpflichtungen der Diensteanbieter zur Unterlassung von Rechtsgutsverletzungen für Dienstangebote“ betrifft.<sup>794</sup> Die Garantenstellung und damit die Sperrungsverpflichtung bestehen aber gerade unabhängig von der Schuld jedes einzelnen.

316

Es bleibt festzuhalten, dass das Strafrecht auf alle Formen von Anbietertätigkeiten anzuwenden ist, auch sofern eine Privilegierung nach dem TDG eingreift (vgl. § 8 II S. 2 TDG – Umkehrschluss). Auf außerhalb dieser Tätigkeit liegende Handlungen sind die allgemeinen Gesetze ohne Berücksichtigung des TDG anzuwenden, weil dieses hier keine Geltung beansprucht. Schließlich ist für die Datennetzkriminalität allein dieses Ergebnis angemessen. Den technischen Gegebenheiten wird man bereits durch den vollständigen Verzicht auf Kontroll- und Überwachungsmaßnahmen gerecht.<sup>795</sup> Es ist nicht einzusehen, warum bei positiver Kenntnis und Möglichkeit der Sperrung oder Entfernung ein Anbieter nicht tätig werden sollte. Immerhin wird auch dies lediglich in den Grenzen der Zumutbarkeit verlangt.<sup>796</sup> Die Vertreter der Gegenansicht scheinen die Privilegierung der Anbieter eher im Auge zu haben als die durch die Verbreitung rechtswidriger Informationen bedrohten und verletzten Rechtsgüter. Dabei muss alles daran gesetzt werden, auch im Internet eine Begehung von Straftaten so

---

<sup>793</sup> Vgl. hierzu Sieber, Verantwortlichkeit, Rn. 391

<sup>794</sup> BT-Drs. 13/7385, S. 21; ebenso die Antwort der Bundesregierung auf eine kleine Anfrage, BT-Drs. 13/8153, S. 9

<sup>795</sup> So schon nach der alten Rechtslage: Engel-Flehsig, NJW 1997 S. 2985; Sieber, JZ 1996, S. 429 ff.; Altenhain, CR 1997, S. 485 ff.; von Bubnoff in LK-StGB, §§ 130, 131 Rn. 10

<sup>796</sup> von Bubnoff in LK-StGB, §§ 130, 131, Rn. 9; Engel-Flehsig, NJW 1997, S. 2985; ders. ZUM 1997, S. 235; Spindler, NJW 1997, S. 3197; Vassilaki, NSZ 1998, S. 521, zugleich zu den Zumutbarkeitsvoraussetzungen; siehe außerdem AG München, CR 1998, S. 500

gut wie möglich zu unterbinden bzw. einzuschränken. Auch die Provider müssen ein derartiges Bewusstsein erlangen. Es kann nicht sein, dass diese sich für fremde Inhalte generell nicht verantwortlich zu fühlen brauchen. Vielmehr sollte ihnen sogar eine Art Vorbildfunktion zukommen. Für die Zukunft wäre zu wünschen, die Vertreter der Gegenmeinung würden sich nicht in unbegründete Streitereien bei einem weitestgehend klaren Wortlaut verstricken, sondern die eigentliche Zielsetzung der Haftungsklarstellung und -begrenzung<sup>797</sup> (aber nicht der generellen Haftungsausschließung) vor Augen haben.

## 2. Die Beihilfehandlung und Garantenstellung<sup>798</sup>

Das angesprochene Unterlassen ist auch als Beihilfehandlung (= 317  
Hilfeleisten) qualifizierbar, weil darunter jede Förderung der Haupttat, also jedes Ermöglichen oder Erleichtern der Tat bzw. Verstärken der Unwertverwirklichung, zu verstehen ist.<sup>799</sup> Nach der Rechtsprechung genügt es zudem, wenn die Beihilfehandlung die Haupttat in ihrer konkreten Gestalt gefördert hat. Eine Mitverursachung des Erfolges der Haupttat ist entgegen einer in der Literatur vertretenen Ansicht nicht notwendig. Sofern ein Anbieter wissentlich z.B. fremde kinderpornografische Bilder oder Filme auf seinen Servern belässt oder nicht sperrt, fördert bzw. ermöglicht er die Verbreitung dieser rechtswidrigen Informationen und leistet damit Hilfe i.S.v. § 27 StGB.

Fraglich ist daneben das Bestehen einer Garantenstellung der Anbieter. Diesen muss nämlich gem. § 13 StGB, um aus einem unechten 318  
Unterlassungsdelikt strafbar zu sein, in dem konkreten Fall eine besondere Handlungspflicht obliegen, wobei derartige Garantenpflichten auf ganz unterschiedliche Tätigkeiten gerichtet sein können, sofern sie nur geeignet sind, der Schadensabwendung zu dienen. Daher kann eine solche Pflicht auch in der Sperrung oder Entfernung rechtswidriger Internet-Informationen liegen.<sup>800</sup> Schon § 5 II TDG a.F. bezweckte die

---

<sup>797</sup> von Bubnoff in LK-StGB, §§ 130, 131 Rn. 8

<sup>798</sup> Zur Unterlassensstrafbarkeit ausführlich u.a. Pelz, wistra 1999, S. 54 ff.; Conradi/Schlömer, NStZ 1996, S. 472 ff.; Derksen, NJW 1997, S. 1883 ff.; Auer/Loimer, ÖJZ 1997, S. 619 f.; Altenhain, CR 1997, S. 487 ff.

<sup>799</sup> Vassilaki, MMR 1998, S. 634, m.w.N.

<sup>800</sup> Hilgendorf, NStZ 2000, S. 519

Klarstellung, dass den Diensteanbieter, der rechtswidrige Inhalte Dritter in sein Angebot aufnimmt, eine Garantenstellung für die Verhinderung der Übermittlung an Dritte trifft, sofern er diese Informationen bewusst zum Abruf bereit hält.<sup>801</sup> Diese Annahme wird durch die Stellungnahme des Bundesrates zum EGG bestätigt. Dort heißt es: „Der Bundesrat geht davon aus, dass ein Diensteanbieter in der Regel eine Garantenstellung i.S.v. § 13 StGB bezüglich fremder Informationen hat, wenn er für diese nach den §§ 9-11 TDG verantwortlich ist“.<sup>802</sup> Allgemein gesprochen, ergibt sich die notwendige Garantenstellung also aus der **Unterhaltung einer Gefahrenquelle** und der daraus resultierenden diesbezüglichen **Überwachungspflicht**.<sup>803</sup>

## **D. Verantwortlichkeit für Hyperlinks/Suchmaschinen**

319            Interessant ist schließlich auch die unter der alten Rechtslage äußerst umstrittene Frage nach der Strafbarkeit für das Setzen von Hyperlinks bzw. das Betreiben von Suchmaschinen, sofern hierdurch der „Zugang“ zu rechtswidrigen Informationen ermöglicht oder gewährt wird.

### **I. Die Verantwortlichkeit für Hyperlinks**

#### **1. Allgemeines**

320            Schon vor der Reform des TDG war unklar, ob es sich bei Hyperlinks<sup>804</sup> um eigene oder fremde Informationen handelt bzw. ob durch sie nur der Zugang zu fremden Informationen vermittelt wird oder (eigene oder fremde) Informationen bereitgehalten bzw. gespeichert

---

<sup>801</sup> BT-Drs. 13/7385, S. 20

<sup>802</sup> BR-Drs. 136/01, S. 6

<sup>803</sup> Hilgendorf, NStZ 2000, S. 519; ders., JuS 1997, S. 330; Sieber, JZ 1996, S. 499 ff.; Pelz, wistra 1999, S. 55 f.; Conradi/Schlömer, NStZ 1996, S. 472 f.; Finke, Verantwortung, S. 124 ff.; ausführlich zur Garantenstellung der Anbieter Vassilaki, MMR 1998, S. 637 f.; Altenhain, CR 1997, S. 491 ff.; a.A. Heghmanns, JA 2001, S. 75, der für den Host-Provider generell eine Garantenpflicht ablehnt und meint, dieser sei „daher schon nach allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen in keinem Fall für das, was Dritte auf seinen Servern anrichten“, haftbar, „ohne dass § 5 TDG noch bemüht werden müsse“.

<sup>804</sup> Zum (technischen) Begriff: Koch, MMR 1999, S. 704 f.; Schwarzenegger, FS Rehbinder, 2002, S. 725 ff.

werden.<sup>805</sup> Um dieser unklaren Rechtslage entgegenzutreten, wurden im Gesetzgebungsverfahren Vorschläge für eine selbständige Regelung vorgebracht.<sup>806</sup> Aus gleichem Grunde hielt es auch der Bundesrat „für dringend erforderlich, dass im weiteren Gesetzgebungsverfahren eine spezielle Regelung zur Verantwortlichkeit bei Vorgängen im Zusammenhang mit so genannten Hyperlinks geschaffen wird“.<sup>807</sup> Beide Vorschläge bzw. Anträge betrachteten Links dabei grundsätzlich als fremde Informationen und übertrugen sinngemäß das System der Privilegierungsvoraussetzungen aus § 11 TDG.

Auch Verbände und Unternehmen haben bei „Gesprächen zur Evaluierung des § 5 TDG auf die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung zur Haftung für Hyperlinks hingewiesen“. Sie begründeten dies vor allem damit, dass „Rechtsunsicherheit darüber besteht, ob für die Weiterverbreitung von Inhalten über Hyperlinks eine generelle Haftungsfreistellung nach § 5 Abs. 3 TDG in Frage kommt oder die Voraussetzungen des § 5 Abs. 2 TDG anzuwenden sind“.<sup>808</sup> Nach Ansicht der Bundesregierung bestand aber „nach den bisherigen Erfahrungen“ keine Notwendigkeit für eine ergänzende gesetzliche Regelung in diesen Fällen. Zudem verbiete sich im Hinblick auf die verschiedenen, mit der Setzung eines Hyperlinks berührten Rechtsberei-

321

---

<sup>805</sup> **Behandlung als grds. eigene Inhalte:** Flechsig/Gabel, CR 1998, S. 354; Barton, Handbuch MMStR, Rn. 215 f.; LG Frankfurt, CR 1999, S. 46; Lackner/Kühl, StGB, § 184 Rn. 7 a, m.w.N.; Heghmanns, JA 2001, S. 73; Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, § 184 Rn. 66 i; **Einstufung als Bereit-halten fremder Inhalte:** Bettinger/Freytag, CR 1998, S. 550; Bonin/Köster, ZUM 1997, S. 823; Waldenberger, MMR 1998, S. 128 f.; **Einstufung als Zu-gangsvermittlung zu fremden Inhalten:** Eichler/Helmers/Schneider, K&R-Beilage 1997, S. 24; Koch, CR 1997, S. 200; Koch, A., MMR 1999, S. 710; Moritz in Loewenheim/Koch, Praxis des Online-Rechts, S. 512; Vassilaki, NStZ 1998, S. 521 f.; Spindler, CR 1998, S. 752; Koenig, MMR-Beilage 12/1998, S. 7; Köhler/Arndt, Recht des Internet, Rn. 431; LG Frankenthal, Urteil vom 28.11.2000, Az.: 6 0 293/00. **Differenzierende Betrachtungsweise:** Sieber, Verantwortlichkeit, Rn. 308 (Linkebenen), m.w.N. dort unter Fn. 409; Engel-Flechsig/Maennel/Tettenborn, NJW 1997, S. 2985; Spindler, NJW 1997, S. 3198

<sup>806</sup> Vgl. BT-Drs. 14/7370, in der die Aufnahme eines § 11 a für Suchmaschinen und eines § 11 b für Links beantragt wurde.

<sup>807</sup> BR-Drs. 136/01, S. 6 und BT-Drs. 14/6098, S. 34

<sup>808</sup> BT-Drs. 14/1191, S. 11

che mit ihren jeweils unterschiedlichen haftungsrechtlichen Anforderungen eine generelle Betrachtungsweise.<sup>809</sup>

322

In der Neufassung ist der Gesetzgeber also dem vielfachen Wunsch nach einer gesetzlichen Regelung für Hyperlinks nicht nachgekommen. Die Aufnahme von Normen für Hyperlinks im Rahmen der Vollharmonisierung der Vorschriften über die Verantwortlichkeitsregelungen hat er abgelehnt, weil die Richtlinie diese Konstellationen mit Blick auf die europäische Entwicklung bewusst nicht geregelt, sondern in die vorgesehene Evaluierung der Richtlinie einbezogen hat. Es sei vielmehr „im Hinblick auf die Komplexität der damit zusammenhängenden Fragen, die sich insbesondere aus den unterschiedlichen Verfahren und Handlungsformen (interne willentlich gesetzte oder externe programmgesteuerte Links wie Suchmaschinen) und den vielfältigen Fallgestaltungen ergeben“, zunächst die weitere Entwicklung in Wissenschaft und Rechtsprechung zu verfolgen und eine generelle Regelung möglichst auf europäischer Ebene anzustreben.<sup>810</sup> Solange keine speziellen Beschränkungen der zivil- oder strafrechtlichen Verantwortlichkeit existieren, bleibt es für Hyperlinks vorerst bei der Haftung nach den allgemeinen Gesetzen und die „ausufernde“ Literatur zur Hyperlinkverantwortlichkeit nach den verschiedenen Absätzen des § 5 TDG a.F. wird gegenstandslos.<sup>811</sup>

## 2. Einordnung als eigene oder fremde Informationen

323

Nach dem eben Gesagten geht es weiterhin um das Problem der Einordnung der Hyperlinks als fremde oder eigene Inhalte.<sup>812</sup> Hilfe bietet hierbei der bereits zur allgemeinen Abgrenzung von fremden und zu Eigen gemachten Inhalten gefundene Ansatz, nachdem fremde Daten dann zu Eigen gemacht sind, wenn sie „entweder in Kenntnis

---

<sup>809</sup> BT-Drs. 14/1191, S. 11

<sup>810</sup> BT-Drs. 14/6098, S. 37

<sup>811</sup> Schwarzenegger, FS Rehbinder, 2002, S. 732

<sup>812</sup> Vgl. aber auch Schwarzenegger, FS Rehbinder, 2002, S.733 ff., der die Strafbarkeit nach verschiedenen Dimensionen (gesetzesbegriffliche Dimension in Bezug auf die Tathandlung, technische ~, räumliche ~ und zeitliche Dimension) beurteilt und damit hauptsächlich die Begehungsform (also Täterschaft oder Teilnahme) klärt.

ihres Inhalts einzeln ausgewählt und übernommen werden oder aber wenn sich jemand eindeutig mit dem Inhalt fremder Daten in dem Sinne identifiziert, dass er die Verantwortung für ihren Inhalt übernehmen will“.<sup>813</sup>

So kommt eine Annahme eigener Inhalte – aufgrund des Kriteriums einer bewussten Auswahl und Kontrolle – grundsätzlich nur bei der unmittelbar in Bezug genommenen **ersten Linkebene** zu von Drittanbietern bereitgehaltenen Informationen in Betracht. Eine **bewusste Auswahl und Kontrolle** liegt regelmäßig dann vor, wenn ein einzelner Link auf ein überschaubares und einfaches fremdes Angebot verweist. „Bei umfassenden Link-Sammlungen (die z.B. alle Angebote zu einem bestimmten Inhalt nachweisen wollen und häufig auch ohne Einzelkontrolle aus fremden Link-Sammlungen zusammengestellt werden) lässt sich eine derartige Auswahl und Kontrolle ebenso wenig pauschal bejahen, wie bei einem Link auf ein sehr langes Textdokument davon ausgegangen werden darf, dass der Einrichter des Links den gesamten Inhalt kontrolliert und bewusst ausgewählt hat“.<sup>814</sup> Von einer bewussten Auswahl und Kontrolle kann demgemäß insbesondere bei Weiterverweisungen von der ersten gelinkten Seite auf weitere Seiten nicht mehr gesprochen werden. Nach diesen Grundsätzen sind Seiten ab der **zweiten Linkebene** regelmäßig fremde Inhalte, für welche wiederum untersucht werden muss, ob zu ihnen gem. § 9 TDG der Zugang vermittelt oder ob sie gem. § 11 TDG gespeichert (= bereitgehalten) werden.<sup>815</sup>

324

---

<sup>813</sup> Sieber Verantwortlichkeit, Rn. 305; vgl. auch Urteil LG München I, MMR 2000, S. 566, in welchem folgendes bestimmt wurde: „Mit der Setzung eines Links auf der Homepage des Anbieters, über den man zu der Seite eines Dritten gelangt, von der aus Software ... herunter geladen werden kann, macht sich der Anbieter den fremden Inhalt zu Eigen und haftet gem. § 5 Abs. 1 TDG nach den allgemeinen Vorschriften.“

<sup>814</sup> Sieber, Verantwortlichkeit, Rn. 308; vgl. auch AG Berlin, CR 1998, S. 111: „Wird per Link auf eine Seite verwiesen, macht sich derjenige, der den Link gesetzt hat, nur strafbar, wenn er weiß, dass ein rechtswidriger Inhalt vorhanden ist.“

<sup>815</sup> Siehe hierzu ausführlich: Sieber, Verantwortlichkeit, Rn. 308 ff. (auch zum sog. Frame- und Inline-Linking); Koch, MMR 1999, S. 704 ff.; Heghmanns, JA 2001, S. 73; Jaeger, Computerkriminalität, S. 161 ff.; Vassilaki, MMR

Eigene Inhalte können darüber hinaus auch dann angenommen werden, wenn sich jemand i.S.d. oben genannten Kriterien mit bestimmten Informationen beim Setzen des Links identifiziert und dafür Verantwortung übernehmen will, wobei ein einfacher Link für sich allein genommen noch nicht automatisch für eine derartige Identifizierung ausreicht. Anderes kann sich nur durch eine besondere gestalterische oder textliche Einbindung des Links ergeben, wenn z.B. jemand die Informationen des gelinkten Inhalts für zutreffend erklärt.<sup>816</sup> Hierzu hat das LG Hamburg in einem zivilrechtlichen Urteil bestimmt, „wer von seiner eigenen Webpage aus einen Link auf eine fremde Website, auf der beleidigende Äußerungen über einen Dritten getätigt werden, setzt, ist dem Dritten gegenüber zum Schadensersatz verpflichtet, wenn derjenige, der den Link gesetzt hat, sich nicht in ausreichendem Maße von den beleidigenden Äußerungen **distanziert** hat“. Dabei stelle aber ein „Hinweis auf die Verantwortung des Autors des beleidigenden Textes keine ausreichende Distanzierung dar“.<sup>817</sup> Schließlich kann beim Setzen bzw. Nichtlöschen von Hyperlinks eine Strafbarkeit wegen Beihilfe in Betracht kommen, sofern eine gezielte und gewollte Zugangsvermittlung zu konkreten strafbaren Informationen erfolgt.<sup>818</sup>

## II. Die Verantwortlichkeit für Suchmaschinen

Die dezentrale Struktur des Internet hat zur Folge, dass es keinerlei Inhaltsverzeichnisse bzgl. der im Netz befindlichen Seiten und Inhalte gibt, durch welche diese einfach auffindbar wären. Diese Lücke schließen zum Teil die so genannten Suchmaschinen, die durch Eingabe eines Stichworts auf die betreffenden Seiten (manchmal auch

---

1998, S. 637; Bettinger/Freytag, CR 1998, S. 545 ff.; Engel-Flechsig/Maennel/Tettenborn, NJW 1997, S. 2985; Spindler, NJW 1997, S. 3198; Waldenberger, MMR 1998, S. 128 ff.; zusammenfassend Pelz, wistra, 1999, S. 58 sowie Vassilaki, CR 1999, S. 85 ff.; undifferenzierend Köhler/Arndt, Recht des Internet, Rn. 422

<sup>816</sup> Sieber, Verantwortlichkeit, Rn. 309

<sup>817</sup> LG Hamburg, NJW 1998, S. 3650

<sup>818</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen zur Unterlassensstrafbarkeit unter Kapitel 3, C.; Urteil des AG Tiergarten (Az.: 260 DS 857/96), MMR 1998, S. 49 ff. mit Anmerkung Hütig; Jaeger, Computerkriminalität, S. 161 ff.; Vassilaki, MMR 1998, S. 637; Flechsig/Gabel, CR 1998, S. 351 ff.

inklusive einer kurzen Beschreibung oder der Anfangssätze des Dokuments) verweisen.<sup>819</sup> Die Bedeutung der als Teledienste einzustufenden<sup>820</sup> Suchmaschinen ist immens, weil es in Anbetracht des rasant steigenden Angebots an Web-Seiten und der begrenzter werdenden Anzahl einprägsamer und werbewirksamer Domain-Namen schwieriger wird, sich bestimmte URLs zu merken bzw. erst einmal zu entdecken. Die Eingabe von Buchstaben und Wörtern direkt in das Adressfeld des Browsers führt mittlerweile immer seltener zu einem direkten Auffinden des gewünschten Angebots<sup>821</sup>, wie es noch vor ein paar Jahren der Fall war.

Mit dem Wachstum der Bedeutung der Suchmaschinen ist gleichzeitig auch die Diskussion um ihre (straf-)rechtliche Behandlung erwacht. An die Stelle des früheren Streitens, ob § 5 I, II oder III TDG a.F. eingreift,<sup>822</sup> tritt nun die Frage, welche der Vorschriften des neuen TDG zur Anwendung kommen. Die Abgrenzungskriterien sind jedoch weiterhin – ebenso wie bei den Hyperlinks – das Vorliegen eigener oder fremder Inhalte bzw. das Bereithalten oder die Zugangsvermittlung. Nach allgemeiner Meinung handelt es sich bei den angezeigten Inhalten grundsätzlich nicht um eigene bzw. zu Eigen gemachte Informationen, weil der den Inhalten der gezeigten Seiten neutral gegenüberstehende Suchmaschinenbetreiber durch die angebotenen Links lediglich technisch einfache und schnelle Verbindungen zu den ausgewählten Angeboten herstellen will<sup>823</sup> und regelmäßig nicht – wie aber erforderlich – durch den Kontext deutlich macht, dass er sich die hinter dem Link stehenden Informationen zu Eigen machen will.<sup>824</sup>

327

---

<sup>819</sup> v. Lackum, MMR 1999, S. 697 u.a. zu den einzelnen Suchmaschinenarten; Spindler in Hoeren/Sieber, Handbuch MMR, 29 Rn. 339; Heghmanns, JA 2001, S. 74; Barton, Handbuch MMStR, Rn. 317

<sup>820</sup> BT-Drs. 13/7385, S. 19; v. Lackum, MMR 1999, S. 698; differenzierend Spindler in Hoeren/Sieber, Handbuch MMR, 29 Rn. 340

<sup>821</sup> v. Lackum, MMR 1999, S. 697

<sup>822</sup> v. Lackum, MMR 1999, S. 689 f.

<sup>823</sup> Vgl. v. Lackum, MMR 1999, S. 699; Heghmanns, JA 2001, S. 74; Barton, Handbuch MMStR, Rn. 317

<sup>824</sup> Engel-Flechsig/Maennel/Tettenborn, NJW 1997, S. 2985; Sieber, MMR 1998, S. 443; Strömer, Online-Recht, S. 213; Heghmanns, JA 2001 S. 74; Hiernach stellen die sog. listenorientierten Suchmaschinen eine Ausnahme dar, weil sie

Stellt man nur auf das Kriterium der **Beherrschbarkeit der Informationen** ab, kann ein Bereithalten oder Speichern i.S.v. § 11 I TDG angenommen werden, da eine Sperrung oder Löschung konkret bezeichneter Angebote aus dem Suchmaschinenverzeichnis möglich ist.<sup>825</sup> Dies ist allerdings abzulehnen, weil nach überwiegender Meinung keine Speicherung der Informationen auf einem eigenen Rechner erfolgt.<sup>826</sup> Sofern die Auswahl der Verweisungen jedoch automatisch und unkontrolliert abläuft, könnte eine reine Zugangsvermittlung nach § 9 I TDG in Betracht gezogen werden.<sup>827</sup> Diese Annahme wird gestützt durch die Tatsache, dass der Nutzer den Suchbegriff eingibt und den Suchvorgang bzw. die Anzeige der Treffer erst veranlasst.<sup>828</sup> Schon zur alten Fassung favorisierte der Gesetzgeber die Lösung über eine Zugangsvermittlung.<sup>829</sup>

Auch im neuen TDG hat der Gesetzgeber keine grundsätzliche Einordnung der Suchmaschinen durch Aufnahme einer gesonderten Vorschrift vorgenommen und bleibt damit bei der Favorisierung der Zugangsvermittlung. Um in den Genuss der Privilegierung zu kommen, darf der Suchmaschinenbetreiber gem. § 9 I TDG jedoch weder die Übermittlung veranlasst noch den Adressaten ausgesucht oder die Informationen ausgewählt oder verändert haben.<sup>830</sup> Rein technische Eingriffe fallen gemäß der gesetzgeberischen Intention nicht unter § 9 I Nr. 3 TDG, sodass Suchmaschinen, welche grundsätzlich rein technisch arbeiten, in den meisten Fällen nicht verantwortlich für die angezeigten Inhalte sind. Eine Ausnahme ist allenfalls dann zu machen, wenn die Auswahl der Ergebnisse über einen bloß technischen Eingriff hinausgeht, etwa durch eigene redaktionelle Bearbeitung. Im Er-

---

als Suchergebnisse nur Inhalte ausgeben, die der Betreiber zuvor einzeln in seinen Fundus aufgenommen hat; Bleisteiner, *Verantwortlichkeit*, S. 173 (eigene Inhalte, wenn eigene Inhaltsangaben zum gelieferten Ergebnis gemacht werden)

<sup>825</sup> Freytag, *Haftung im Netz*, S. 235

<sup>826</sup> Barton, *Handbuch MMStR*, Rn. 317; Härting, *CR* 2001, S. 275

<sup>827</sup> Vgl. zur alten Rechtslage Sieber, *MMR-Beilage* 2/1999, S. 18; Wimmer/Michael, *Online-Provider*, S. 51

<sup>828</sup> Bleisteiner, *Verantwortlichkeit*, S. 173

<sup>829</sup> BT-Drs. 13/8153, S. 13

<sup>830</sup> Vgl. Härting, *CR* 2001, S. 275

gebnis scheint auch bei den Suchmaschinen eine Betrachtung des Einzelfalls bei der Beurteilung der Verantwortlichkeit angebracht und eine pauschale Einordnung abzulehnen.

## **E. Die Verantwortlichkeit der Nutzer**

Nutzer oder auch User ist gem. § 3 Nr. 2 TDG „jede natürliche oder juristische Person, die zu beruflichen oder sonstigen Zwecken Teledienste in Anspruch nimmt, insbesondere um Informationen zu erlangen oder zugänglich zu machen“. Dabei ist ein User keinesfalls nur passiver Konsument der angebotenen Dienste, sondern beteiligt sich meist aktiv bzw. interaktiv am Geschehen, denn seine Aktivität beschränkt sich nicht auf die Auswahl von Informationen und Diensten, sondern kann auch in der aktiven Teilnahme an verschiedenen Diensten wie z.B. den Newsgroups, dem Internet Relay Chat oder der E-Mail – also einer synchronen Kommunikation – bestehen.<sup>831</sup> 330

Die Formulierung „zugänglich zu machen“ lässt darauf schließen, dass unter einem Nutzer nicht nur die Endkunden zu verstehen sind, sondern auch z.B. die Content-Provider, sofern sie ihre Daten (Inhalte) auf den Servern der Host-Service-Provider ablegen. Letztere wiederum können als Nutzer gelten, soweit sie die Leistungen von Network-Providern in Anspruch nehmen. Es besteht also die Möglichkeit, gleichzeitig Nutzer und Anbieter zu sein, weil zwischen beiden Eigenschaften kein Ausschlussverhältnis besteht. Vielmehr kommt es bei der Betrachtung immer auf die konkret in Frage stehende Handlung an. 331

Was die Nutzerverantwortlichkeit (bzw. Verantwortlichkeit für „Nutzerhandlungen“) anbelangt, so muss auf die allgemeinen Gesetze (also insbesondere § 184 StGB) verwiesen werden, denn allein diese sind hierfür ausschlaggebend. So ist es – unter Bezugnahme auf die ausführlichen Erörterungen zu § 184 StGB – insbesondere verboten, kinderpornografische Materialien per E-Mail zu versenden oder willentlich zu empfangen, gezielt im Internet zu suchen und/oder auf die 332

---

<sup>831</sup> Sieber, Verantwortlichkeit, Rn. 14; Achenbach, Datenschutz, S. 23; Wimmer/Michael, Der Online-Provider, S. 52; Koch, Internet-Recht, S. 4

Festplatte oder sonstige Speichermedien herunter zu laden und mit derartigen Inhalten bespielte Disketten oder CDs weiterzugeben. Sofern z.B. Inhaber privater Homepages, die überwiegend gleichzeitig Nutzer und Anbieter sind,<sup>832</sup> Kinderpornografie zum Download auf ihrer Seite bereithalten, bleiben sie als Content-Provider nach § 8 I TDG verantwortlich, der wiederum Bezug auf die allgemeinen Gesetze nimmt. Vereinzelt wurde nach der alten Gesetzesfassung für die Annahme der Anbietereigenschaft das Betreiben eines eigenen Servers verlangt.<sup>833</sup> Da sich jedoch hierfür im Gesetz keine Stütze finden lässt, ist diese Ansicht abzulehnen.<sup>834</sup> Auch bestimmt § 2 III TDG nunmehr ausdrücklich, dass es auf eine Entgeltlichkeit des Angebots – wie das teilweise früher vertreten wurde<sup>835</sup> – nicht ankommt.

---

<sup>832</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen unter Punkt Kap. 3, A.IV.2.

<sup>833</sup> Koch, CR 1997, S. 195

<sup>834</sup> BT-Drs. 13/7385, S. 19; Freytag, ZUM 1999, S. 191; Sieber, Verantwortlichkeit, Rn. 265 m.w.N.

<sup>835</sup> So Barton, Handbuch MMSStR, Rn. 245

## **Kapitel 4: Strafverfolgung im Internet**

Dieses Kapitel vermittelt dem Leser einen Überblick über die wichtigsten derzeit bestehenden rechtlichen Probleme im Bereich der Strafverfolgung im Internet und den hierzu existierenden Meinungsstand. Eine umfassende und in die Tiefe gehende Erörterung dieser Thematik kann jedoch im Rahmen dieser Arbeit aufgrund des immensen Umfangs jener nicht erfolgen.

333

### **A. Problemstellung**

Immer dann, wenn im oder über das Internet Beweismittel gesucht oder gewonnen werden, ist zu prüfen, ob die in Frage stehenden Maßnahmen Grundrechtseingriffe darstellen oder nicht. Denn nur wenn das Vorliegen eines Eingriffs feststeht, ist in einem zweiten Schritt zu klären, ob es sich dabei um präventiv- oder repressivpolizeiliches Verhalten gehandelt hat, und aufgrund des Vorbehalts des Gesetzes eine entsprechende Befugnisnorm zu bestimmen.<sup>836</sup> Die Suche nach einer solchen Vorschrift wird allerdings durch einige Besonderheiten erschwert:

334

- *So stammen zum einen die Normen der StPO „in ihrem Kernbestand noch aus einer Zeit, in der an elektronische Daten als Beweismittel noch niemand dachte“ und auch durch die großen Änderungen und Ergänzungen der Zwangsmaßnahmen in den 1960er Jahren wurden die gewandelten Gegebenheiten noch nicht angemessen berücksichtigt.<sup>837</sup>*
- *Zum anderen sind die meisten Vorschriften der StPO aufgrund des ersten Punktes so zu verstehen, dass als Beweismittel nur körperliche Gegenstände in Frage kommen.*
- *Schließlich verwischt „die der Systematik der Eingriffsbefugnisse teilweise zugrunde liegende Differenzierung verschiedener Formen der Einzel- und Massenkommunikation“ im Internet zusehends.*

---

<sup>836</sup> Kudlich, JA 2000, S. 228; Zöllner, GA 2000, S. 568

<sup>837</sup> Kudlich JA, 2000, S. 228

- *Nicht zu vergessen ist zudem der häufige Bezug zum Ausland, weil es sich beim Internet um ein global genutztes Massenmedium handelt.*<sup>838</sup>

## **B. Rechtliche Grundlagen**

335 Der folgende Abschnitt behandelt nun überblicksartig die wichtigsten polizeilichen Maßnahmen und die jeweils in Frage kommenden Befugnisnormen. Zu unterscheiden sind dabei der Zugriff auf frei zugängliche und derjenige auf Zugangsgeschützte Informationen.

### **I. Zugriff auf frei zugängliche Informationen/Inhalte**

336 Im einfachsten – jedoch auch am wenigsten Erfolg versprechenden<sup>839</sup> – Falle der Fahndung oder Ermittlung verhalten sich die Polizeibeamten wie gewöhnliche Internetnutzer und greifen nur auf offene, d.h. jedermann zugängliche Daten zu. Bei diesen so genannten „**elektronischen Streifenfahrten**“ bringt der Anbieter, der Informationen in einem offenen Bereich zur Verfügung stellt, konkludent zum Ausdruck, dass er mit einem Zugriff von jedermann einverstanden ist. Aufgrund dieser wirksamen Einwilligung des Grundrechtsinhabers handelt es sich von vornherein schon nicht um einen Grundrechtseingriff, weshalb es einer speziellen Befugnisnorm nicht bedarf.<sup>840</sup> Ebenfalls ist es zulässig, bei Internetrecherchen – etwa bzgl. kinderpornografischer Darstellungen – im Rahmen des Erforderlichkeitsprinzips personenbezogene Daten zu erheben, sofern der Anbieter den Zugang zu diesen für jedermann geöffnet hat.<sup>841</sup> In Anlehnung an die zu § 123 I StGB entwickelte Kasuistik ist ein möglicherweise bestehender geheimer Vorbehalt des Anbieters, seine Inhalte nicht für Polizeibeamte

---

<sup>838</sup> Kudlich, JA 2000, S. 228

<sup>839</sup> Dieses Vorgehen hat immer dann keine Aussicht auf Erfolg, wenn die Anbieter krimineller Inhalte – wie sehr häufig – Vorkehrungen treffen, dass genau diese nicht von jedermann wahrgenommen werden können. Anders sieht es z.B. bei Straftaten im Bereich von Rassismus, Nationalismus und Volksverhetzung aus, denn hier kommt es den Anbietern in den meisten Fällen ja gerade darauf an, die verbotenen Inhalte an viele Menschen zu verbreiten.

<sup>840</sup> Zöllner GA 2000, S. 569; Kudlich, JA 2000, S. 228; ders. JuS 1998, S. 213; Bär CR 1995, S. 491 f.; ders. MMR 1998, S. 464; Sieber in Hoeren/Sieber, Handbuch MMR, 19 Rn. 686

<sup>841</sup> Zöllner, GA 2000, S. 569

zur Verfügung stellen zu wollen, unbeachtlich.<sup>842</sup> So sind polizeiliche Recherchen rechtmäßig, die „nach Art der Zugangsverschaffung und Nutzung die generelle Zutrittserlaubnis nicht überschreiten“.<sup>843</sup>

Entsprechendes gilt ebenfalls für den Fall, dass Polizeibeamte unter einem Pseudonym in frei zugänglichen Chat-Rooms auftreten, denn den hierbei Beteiligten ist regelmäßig der geringe Wahrheitsgehalt bzgl. der dabei verwendeten Namen und getätigten Aussagen bekannt.<sup>844</sup> Es bleibt damit festzuhalten, dass im Bereich der elektronischen Durchsuchung von jedermann zugänglichen Internet-Bereichen die Aufgabeneröffnung nach dem Polizeiaufgabengesetz des jeweiligen Landes oder auch nach § 163 StPO ausreicht. Eine Abgrenzung zwischen Polizeirecht und Strafverfolgung muss nicht mehr durchgeführt werden.<sup>845</sup>

337

## **II. Zugriff auf zugangsgeschützte Informationen/Inhalte**

### **1. Eingriffscharakter**

Anders stellt sich die Rechtslage bei solchen Internetangeboten dar, die nur für vom Anbieter mehr oder weniger individuell ausgewählte Personen zugänglich sein sollen. Sofern sich die Polizeibeamten den Zugriff etwa durch fremde Passwörter oder mittels einer fremden Rechnerkennung verschaffen, ist dies nicht mehr vom Einverständnis des Anbieters gedeckt. Die erfolgte Identitätstäuschung ist in jedem Falle grundrechtsrelevant, weil der Anbieter durch sein Vorgehen (Verschlüsselung, Passwortschutz) klar zum Ausdruck bringt, dass es sich nicht um frei zugängliche Inhalte handeln soll.<sup>846</sup> Je nach Art der polizeilichen Durchsuchungsmaßnahme kann sich der Grundrechtseingriff auf Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I, 12 oder 14 GG beziehen, so dass eine spezielle Ermächtigungsgrundlage erforderlich ist.<sup>847</sup>

338

---

<sup>842</sup> Zöllner, GA 2000, S. 569; Bär, MMR 1998, S. 464; ders., CR 1998, S. 492; Graf, DRiZ 1999, S. 285

<sup>843</sup> Zöllner, GA 2000, S. 569

<sup>844</sup> Zöllner, GA 2000, S. 569

<sup>845</sup> Bär, MMR 1998, S. 464; Zöllner GA 2000, S. 569

<sup>846</sup> Zöllner, GA 2000, S. 570; Kudlich, JA 2000, S. 229; Bär MMR 1998, S. 465

<sup>847</sup> Zöllner, GA 2000, S. 570; Bär MMR 1998, S. 465

## 2. Ermächtigungsgrundlagen

### a. Abgrenzung von Gefahrenabwehr und Strafverfolgung

339 Die Bestimmung der Ermächtigungsgrundlage hängt entscheidend davon ab, ob das polizeiliche Handeln dem präventiven (= Gefahrenabwehr) oder repressiven (= Strafverfolgung) Bereich zuzuordnen ist. Wie die BGH-Entscheidung zur Videoüberwachung eines Verdächtigen zeigt, ist diese Frage nicht immer einfach zu beantworten.<sup>848</sup> Das Vorgehen des BGH, auf Rechtsgrundlagen sowohl der StPO als auch des Polizeirechts einzugehen und so beide Gesetze nebeneinander anwendbar erscheinen zu lassen, erntete seitens der Literatur große Kritik.<sup>849</sup> Dies spiegelte im Ergebnis den Streit bzgl. der Behandlung einer sog. „**Gemengelage**“ bzw. einer **doppelfunktionalen Maßnahme** wieder, bei dem die Meinungen weit auseinander gehen.<sup>850</sup>

340 Beim Zugriff auf elektronische Kommunikationsdienste lässt sich die Abgrenzung von Prävention und Repression nur im Einzelfall durchführen. Hilfreich können dabei aber nachfolgende, leicht verallgemeinerte und auf den objektiv erkennbaren Zweck der Maßnahme abstellende Formeln sein:

- *Handeln zum Zwecke der Strafverfolgung ist gegeben, wenn neben bereits bestehenden Verdachtsmomenten weitere Anhaltspunkte für eine Straftat des Täters gefunden werden sollen.*
- *Sofern es den Beamten um die Verhinderung der weiteren Verbreitung verbotener Inhalte geht, handelt es sich um Gefahrenabwehr, also Prävention.*
- *Sofern eine klare Abgrenzung nicht möglich ist, muss auf den Schwerpunkt des polizeilichen Handelns abgestellt werden. Da allerdings der Zugriff auf die fremden Daten zumeist heimlich erfolgt, ist maßgebend, wie sich der konkrete Fall einem verständigen Bürger in der Lage des betroffenen Anbieters bei natürlicher Betrachtung*

---

<sup>848</sup> BGH NSTZ 1992, S. 44: Hier wurde die Videoüberwachung an der Wohnungstür eines mutmaßlichen Brandstifters als polizeirechtliche Maßnahme gerechtfertigt, ohne Abgrenzung zur Strafverfolgung; vgl. Bär, MMR 1998, S. 465

<sup>849</sup> Bär, MMR 1998, S. 465 m.w.N. zu diesem Streitpunkt

<sup>850</sup> Bär, MMR 1998, S. 465; Rogall, NSTZ 1992, S. 46 m.w.N.

*tungsweise darstellt.<sup>851</sup> Schließlich besteht nach verbreiteter Ansicht kein Wahlrecht der Polizei bzgl. der Ermächtigungsnorm.<sup>852</sup>*

## **b. Ermächtigungsgrundlagen bzgl. der Gefahrenabwehr**

Sofern der Grundrechtseingriff – also der Zugriff auf zugangsgeschützte Inhalte – zum Zwecke der Gefahrenabwehr erfolgt, ist die entsprechende Ermächtigungsgrundlage nur in den Landespolizeigesetzen oder dem BKAG zu suchen. Jedoch wird man dabei feststellen, dass eine spezielle Befugnisnorm zur verdeckten Datenerhebung in keinem der 16 Landespolizeigesetze zu finden ist. Daher muss auf die für diese untypischen Fälle vorgesehenen und von der Rechtsprechung unter verfassungsrechtlichen Gründen für zulässig erachteten<sup>853</sup> polizeilichen Generalklauseln zurückgegriffen werden.<sup>854</sup> Als Beispiel soll das Land Bayern angeführt werden. Hier gestattet Art. 11 I BayPAG – in Umsetzung von § 8 MEPolG – der Polizei, alle Maßnahmen zu treffen, die zur Abwehr einer im Einzelfall bestehenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung notwendig werden. Abgesehen von kleineren landesspezifischen Abweichungen innerhalb der einzelnen Vorschriften stimmen diese im Wesentlichen überein. Durchsuchungen in nicht allgemein zugänglichen Bereichen der Datennetze lassen sich demnach als Reaktion auf im Einzelnen nicht vorhersehbare Gefahren des technischen Fortschritts durch die jeweils einschlägige Generalklausel rechtfertigen, sofern diese die Verhütung und Unterbindung weiterer Straftaten bezweckt.<sup>855</sup>

341

## **c. Ermächtigungsgrundlagen bzgl. der Strafverfolgung**

Dient der Zugriff auf nichtöffentliche Informationen schwerpunktmäßig der Strafverfolgung, ist die erforderliche Befugnisnorm allein in der StPO zu suchen. In Betracht kommen im Wesentlichen die Bestimmungen über den Einsatz verdeckter Ermittler, über die

342

---

<sup>851</sup> Zöllner, GA 2000, S. 571 m.w.N.; Bär, MMR 1998, S. 465

<sup>852</sup> Bär, MMR 1998, S. 465 m.w.N.

<sup>853</sup> Vgl. BVerfGE 54, S. 143 f.; 56, S. 12; 69, S. 352; Denninger, CR 1988, S. 56 f.

<sup>854</sup> Bär, MMR 1998, S. 465; Zöllner, GA 2000, S. 576

<sup>855</sup> Bär, MMR 1998, S. 465; Zöllner, GA 2000, S. 576

Durchsuchung und die Überwachung der Telekommunikation (bzw. des Fernmeldeverkehrs). Schließlich ist noch an § 163 StPO als eine möglicherweise mit dem Polizeirecht vergleichbare Generalklausel zu denken.<sup>856</sup>

## **aa. Der Einsatz verdeckter Ermittler, § 110 a StPO**

### **(1) Einsatzalternativen**

343 Zunächst ist eine Ermächtigung über § 110 a StPO in Betracht zu ziehen, weil es vorstellbar ist, dass ein Polizeibeamter als verdeckter Ermittler im Netz tätig wird. Jedoch müsste für die Zulässigkeit eines solchen Einsatzes eine der in § 110 a I (S. 1, Nr. 1-4 oder S. 2) StPO aufgezählten Einsatzalternativen vorliegen. Dabei ist festzustellen, dass die Verbreitung von Kinderpornografie nicht ausdrücklich genannt wird. Da aber eine banden- oder gewerbsmäßige Taterfüllung gem. § 184 IV StGB möglich ist, kann § 110 a I Nr. 3 und/oder 4 StPO als Ermächtigungsgrundlage gelten, sofern die konkrete Straftat von erheblicher Bedeutung und die Aufklärung auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert ist.

344 Der Begriff der Straftat von erheblicher Bedeutung ist gesetzlich nicht klar definiert.<sup>857</sup> Er sollte aber – wie die Entwurfsbegründung zeigt<sup>858</sup> – anhand der höchstrichterlichen Rechtsprechung, mit der die Notwendigkeit des Einsatzes von Verbindungspersonen begründet wurde, ausgelegt werden.<sup>859</sup> Gemeint ist damit also besonders gefährliche Kriminalität,<sup>860</sup> was eine einzelfallbezogene Beurteilung unter Berücksichtigung des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprinzips not-

---

<sup>856</sup> Vgl. hierzu umfassend u.a. Kudlich, JA 2000, S. 227 ff.; Bär, CR 1995, S. 489 ff.; ders., MMR 1998, S. 463 ff.; ders., MMR 2000, S. 472 ff.; Zöllner, GA 2000, S. 563 ff.

<sup>857</sup> Vgl. hierzu Hilger, NStZ 1992, S. 462 Fn. 93, der hierunter Straftaten fasst, „die den Rechtsfrieden empfindlich stören oder geeignet sind, das Gefühl der Rechtssicherheit in der Bevölkerung erheblich zu beeinträchtigen“; Möhrenschlager, wistra 1992, S. 326

<sup>858</sup> Vgl. BT-Drs. 12/989, S. 41

<sup>859</sup> Nack in KK-StPO, § 110a Rn. 21

<sup>860</sup> Zur Betrachtung werden u.a. herangezogen: BVerfGE 57, S. 284; BGHSt 32, S. 122; vgl. Nack in KK-StPO, § 110a Rn. 21; vgl. auch Hilger, NStZ 1992, S. 462 Rn. 93

wendig macht.<sup>861</sup> Da also nicht allgemein und abschließend feststellbar ist, wann diese Art von Kriminalität vorliegt, kann auch bei der gewerbs- oder bandenmäßigen Verbreitung von Kinderpornografie nicht generell von einer besonderen Gefährlichkeit ausgegangen werden, sondern ist auch hier auf den jeweiligen Sachverhalt abzustellen.

Was § 110 a I S. 2 StPO anbelangt, so bleibt festzuhalten, dass es sich bei keiner der in § 184 StGB genannten Tatvarianten um ein Verbrechen handelt. Allerdings hat § 110 a I S. 2 StPO dann Bedeutung, wenn es um Delikte nach § 176 a (insbesondere Abs. 2) StGB geht. Sofern also bei diesen Sachverhalten **Wiederholungsgefahr** besteht und die **Aufklärung auf andere Weise unmöglich oder wesentlich erschwert wäre**, kann § 110 a StPO als Ermächtigungsgrundlage dienen. Doch zeigen die nachfolgenden Ausführungen, dass es auf eine abschließende und allgemeingültige Entscheidung über das Vorliegen einer zulässigen Einsatzalternative im Ergebnis nicht ankommt, weil in der Mehrzahl der Fälle die Voraussetzung des Handelns unter einer Legende nicht gegeben sein wird.

345

## (2) Handeln unter einer Legende

Unter einer **Legende** versteht man die auf Dauer, d.h. für einen unbestimmten, nicht nur vorübergehenden, aber auch nicht auf unabhäufige Zeit geplanten Zeitraum angelegte, veränderte Identität eines Beamten des Polizeidienstes.<sup>862</sup> Dabei betrifft die Legende als fiktive Identität den Namen, die Anschrift, den Beruf, den Familienstand sowie sonstige persönliche und familiäre Umstände.<sup>863</sup> Beurteilt man die Tätigkeit des Polizeibeamten, der unter Verheimlichung oder Verschleierung seiner Identität auf fremde Daten unter Ausnutzung eines fremden Passwortes oder einer fremden Kennung zugreift oder unter gleichen Bedingungen mit anderen Internetnutzern kommuniziert, nach den eben genannten Kriterien, so ergibt sich, dass hier zwar eine fremde, digitale Identität genutzt wird, dies aber für eine Legende

346

---

<sup>861</sup> Nack in KK-StPO, § 110a Rn. 21; Hilger, NStZ 1992, S. 462 Rn. 93

<sup>862</sup> Meyer-Goßner, StPO, § 110a Rn. 7. Dabei ist nach dem BGH (41, S. 64) kein bestimmter Mindestzeitraum erforderlich; Nack in KK-StPO, § 110a Rn. 10

<sup>863</sup> Zöller, GA 2000, S. 571; Meyer-Goßner, StPO, § 110a Rn. 7

noch nicht ausreicht.<sup>864</sup> Es handelt sich vielmehr um so genannte **nicht offen ermittelnde Polizeibeamte (NoeP)**.<sup>865</sup>

347        Ausschlaggebend für die Beurteilung ist, dass tatsächlich nur Daten von einem Rechner zum nächsten übertragen werden und die Teilnehmer sich nicht – wie typischerweise beim Auftreten von verdeckten Ermittlern – persönlich begegnen, sie also selbst bei einer Identifizierung von Name, E-Mail-Adresse und Rechnerkennung „anonym“ blieben.<sup>866</sup> Daher gilt es festzuhalten, dass im Bereich der Verfolgung von Straftaten nach § 184 StGB ein Auftreten von verdeckten Ermittlern unzulässig ist und die hier in Frage stehenden Ermittlungsmaßnahmen nicht rechtfertigen kann.

### **ab. Die Durchsuchung gem. §§ 102, 103 StPO**

348        Als Rechtsgrundlage für eine **Online-Durchsuchung** zugangsgeschützter Internet-Inhalte werden vereinzelt auch die Bestimmungen zur Durchsuchung gem. §§ 102, 103 StPO herangezogen, weil die Online-Durchsuchung wie die herkömmliche Durchsuchung das Ziel der Sichtung und eventuellen Sicherstellung beweisrelevanter Daten habe und zudem diese Form der Durchsuchung für den Betroffenen weniger belastend sei, da hier weder seine EDV-Anlage noch der Geschäftsbetrieb oder der private Bereich merkbar beeinträchtigt würden.<sup>867</sup> Den Ordnungsvorschriften der §§ 106, 107 StPO will man dadurch gerecht werden, dass dem Betroffenen, sobald dies ohne Gefährdung der Ermittlungszwecke möglich ist, spätestens jedoch bis Abschluss der Ermittlungen, eine Mitteilung gem. § 107 StPO gemacht wird.<sup>868</sup>

349        Anders beurteilt der BGH diesen Sachverhalt in seiner „**Mailbox-Entscheidung**“<sup>869</sup> in Übereinstimmung mit der h.M. in der Literatur.

---

<sup>864</sup> Zöllner, GA 2000, S. 571; Bär, MMR 1998, S. 466; Nack in KK-StPO, § 110 a Rn. 7; i.E. auch Kudlich, JA 2000, S. 229

<sup>865</sup> Vgl. hierzu ausführlich Nack in KK-StPO, § 110a Rn. 6

<sup>866</sup> Zöllner, GA 2000, S. 572; Nack in KK-StPO, § 110a Rn. 7

<sup>867</sup> Vgl. Zöllner, GA 2000, S. 572; so Graf, DRiZ 1999, S. 285

<sup>868</sup> Graf, DRiZ, 1999, S. 285

<sup>869</sup> BGH NJW 1997, S. 1934 ff.

Ausgangspunkt ist dabei der Begriff der Durchsuchung, unter dem man das ziel- und zweckgerichtete Suchen staatlicher Organe nach Personen oder Sachen oder zur Ermittlung eines Sachverhalts, um etwas aufzuspüren, was der Betroffene von sich aus nicht offen legen oder herausgeben will, versteht.<sup>870</sup> Zwar ähnelt der Zugriff auf fremde Internetinhalte einer herkömmlichen Durchsuchung insofern, als auch hier in vielen Fällen das Durchsuchungsobjekt (z.B. der die Daten speichernde Server) innerhalb eines nach Art. 13 GG geschützten Bereichs zu finden ist.<sup>871</sup> Jedoch scheidet die direkte Anwendung der §§ 102, 103 StPO bereits daran, dass es eben nicht um die Sicherstellung körperlicher Gegenstände bzw. ein körperliches Eindringen in Wohnungen oder andere Räume geht.<sup>872</sup> So zeigt eine Gesamtbetrachtung der Durchsuchungsvorschriften (§§ 102-110 StPO), dass strafprozessuale Durchsuchungsmaßnahmen zwingend die offene Durchführung der Maßnahmen und die körperliche Anwesenheit der Durchsuchungsbeamten voraussetzen.<sup>873</sup> Da bei der Online-Überprüfung von Daten nur ein Zugriff auf physikalisch gespeicherte Informationen erfolgt und eine physische Anwesenheit von Ermittlungsbeamten fehlt, können die Durchsuchungsvorschriften der StPO keine Eingriffsbefugnis für den Online-Zugriff auf zugangsgeschützte Informationen darstellen.<sup>874</sup>

## **ac. Überwachung der Telekommunikation**

### **(1) Grundsätzliche Anwendbarkeit**

Seit der Ersetzung des Begriffes „Fernmeldeverkehr“ durch das Wort „Telekommunikation“ im Rahmen des Begleitgesetzes zum Telekommunikationsgesetz im Jahre 1997 werden vom Anwendungsbereich des § 100 a StPO unproblematisch sämtliche Formen der Nachrichtenübermittlung unter Raumüberwindung in nicht-körperlicher Weise mittels technischer Einrichtungen, auch von Maschine zu Ma-

350

---

<sup>870</sup> BVerfGE 51, S. 107; BVerwGE 47, S. 37; Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 971

<sup>871</sup> BGH CR 1996, S. 489; Bär, MMR 1998, S. 466; Zöller, GA 2000, S. 572

<sup>872</sup> BGH CR 1996, S. 489; vgl. Nack in KK-StPO, § 94 Rn. 3 f.

<sup>873</sup> Vgl. Bär, MMR 1998, S. 466; ders. CR 1996, S. 491; Zöller, GA 2000, S. 573

<sup>874</sup> Vgl. Bär, MMR 1998, S. 466 f.; ders. CR 1996, S. 491; Zöller, GA 2000, S. 573; BGH NJW 1997, S. 1934

schine, umfasst.<sup>875</sup> Da die Auslegung des Merkmals der Telekommunikation in Anlehnung an das Grundrecht des Fernmeldegeheimnisses gem. Art. 10 I GG erfolgen muss, kann auf die Legaldefinition von § 3 Nr. 16 TKG zurückgegriffen werden. Hiernach bezeichnet Telekommunikation den technischen Vorgang des Aussendens, Übermittels und Empfangens von Nachrichten jeglicher Art in der Form von Zeichen, Sprache, Bildern oder Tönen mittels Telekommunikationsanlagen.<sup>876</sup> Es lässt sich somit festhalten, dass auch alle modernen Formen der Datenkommunikation, die vom Internetanschluss über das Versenden von E-Mails bis zum Betrieb einer Mailbox reichen, einer Überwachung nach § 100 a StPO zugänglich sind.<sup>877</sup>

## (2) Katalogstraftat

351

Erster Prüfungspunkt im Rahmen der Frage nach der Anwendbarkeit von § 100 a StPO ist das Vorliegen einer Katalogstraftat. Noch vor kurzer Zeit wäre man an dieser Stelle mit der Prüfung am Ende gewesen, weil im Straftatenkatalog keinerlei Sexualstraftaten und so auch keine Taten nach § 184 StGB zu finden waren. Seit der jüngsten Gesetzesänderung durch das Sechste Gesetz zur Änderung des Strafvollzugsgesetzes<sup>878</sup> wurde immerhin § 184 IV StGB (= gewerbs- oder bandenmäßiges Verbreiten) in den Katalog aufgenommen. Der Bundesrat hatte zuvor am 31.05.2002 einen weitergehenden Gesetzesentwurf beim Bundestag eingereicht, in dem er forderte, sowohl die Tatbestände des sexuellen Missbrauchs von Kindern (§§ 176 bis 176 b

---

<sup>875</sup> Bär, MMR 2000, S. 473. Davon abgesehen hat das BVerfG bereits in seinem Beschluss vom 12.10.1977

(BVerfGE 46, S. 142 f.) darauf hingewiesen, dass auch neue Formen der Nachrichtenübermittlung als Betrieb von Fernmeldeanlagen i.S.v. § 1 I FAG anzusehen sind. Der Begriff sei nach Ansicht des Gerichts „vom Gesetzgeber bewusst offen gehalten worden für neue, seinerzeit noch nicht bekannte Techniken der Nachrichtenübertragung“.

<sup>876</sup> Vgl. Kudlich, JA 2000, S. 231

<sup>877</sup> Kudlich, JA 2000, S. 230; Bär, CR 1995, S. 499; ders., Computerdaten im Strafverfahren, S. 303 ff.; ders., MMR 2000, S. 473; Keiser, JA 2001, S. 668; Zöllner, GA 2000, S. 573; Nack in KK-StPO, § 100a Rn. 4; LG Hanau, StV 2000, S. 354 f.; LG Mannheim, StV 2002, S. 242; Jäger, StV 2002, S. 243; BGH, NJW 1997, S. 1934

<sup>878</sup> Gesetz vom 5.10.2002, BGBl. I/2002, S. 3954, in Kraft getreten am 11.10.2002

StGB) als auch die Verbreitung pornografischer Schriften, die den sexuellen Missbrauch von Kindern (§§ 184 III und IV StGB) zum Gegenstand haben, in den Katalog des § 100 a StPO aufzunehmen.<sup>879</sup> Dieser Antrag wurde von der Bundesregierung unter Verweis auf den oben genannten Gesetzesbeschluss des Bundestages nicht befürwortet.<sup>880</sup>

### (3) Die Zulässigkeit der Überwachung im Einzelnen

Nachdem die grundsätzliche Anwendbarkeit des § 100 a StPO im Bereich der Datenkommunikation bejaht wurde, ist nachfolgend zu klären, ob dies auch für zugangsgeschützte Internetinhalte gilt und, wenn ja, in welchen Fällen diese Norm tatsächlich als Ermächtigungsgrundlage herangezogen werden kann. Ausgangspunkt der Beantwortung dieser Frage ist die Feststellung, dass beim Zugriff auf Mailboxen<sup>881</sup> technisch betrachtet drei Phasen zu unterscheiden sind:

- *Das Absenden der Nachricht, bis sie im Speicher des Mailboxbetreibers angekommen ist.*
- *Das „Ruhen“ der Nachricht bzw. die Speicherung der Homepage im Internet auf dem Speichermedium des Mailboxbetreibers.*
- *Das Abrufen der Nachricht durch den Empfänger – vom Netzzugang des Mailboxbetreibers bis zum Netzzugang des Empfängers.<sup>882</sup>*

#### i. Überwachung flüchtiger Daten

Keine größeren Schwierigkeiten ergeben sich nach weitgehender Übereinstimmung in Rechtsprechung und Literatur bei der Zulässigkeit der Überwachung „flüchtiger“ Daten im Moment ihres Sendens bzw. Empfangens – also in Phase 1 und 3 –, da es sich hier um Datenverkehr und somit um Übermittlung i.S.v. § 3 Nr. 16 TKG handelt.<sup>883</sup>

---

<sup>879</sup> BR-Drs. 275/02 (Antrag), S. 3

<sup>880</sup> BT-Drs. 14/9801, S. 14

<sup>881</sup> Zum Begriff siehe: Bär, CR 1995, S. 490; Kudlich, JuS 1998, S. 209; Stenger CR 1990, S. 786 f.

<sup>882</sup> Nack in KK-StPO, § 100a Rn. 7; Bär, MMR 2000, S. 176; ders., MMR 2000, S. 474; Palm/Roy, NJW 1996, S. 1791; Jäger, StV 2002, S. 243

<sup>883</sup> Bär, MMR 2000, S. 176; Nack in KK-StPO, § 100a Rn. 7; BGH CuR 1996, S. 488; Palm/Roy, NJW 1996, S. 1791; Kudlich, JuS 1998, S. 211

Unproblematisch kann auch der jeweilige Rechner bzw. Server als Teil der Telekommunikationsanlage i.S.v. § 3 Nr. 17 TKG angesehen werden, da man hierunter Einrichtungen versteht, „die als Nachrichten identifizierbare elektromagnetische oder optische Signale senden, übertragen....“, etc. können.<sup>884</sup> Als Adressat der Anordnung kommt der Betreiber der Mailbox je nach Fallgestaltung sowohl als aktiver als auch als passiver Nachrichtenmittler in Betracht.<sup>885</sup> Schließlich spielt es auch keine Rolle, ob es sich um Individualkommunikation im herkömmlichen Sinne (ein Sender, ein Empfänger) oder um Nachrichten handelt, die in automatisierter Form an eine Vielzahl von Empfängern verschickt werden.<sup>886</sup>

354

Es bleibt also insoweit festzuhalten, dass § 100 a StPO nicht nur in Fällen der mit der herkömmlichen „Sprachtelefonie“ vergleichbaren Echtzeitkommunikation einschlägig ist, sondern auch bei speicherbasierten Diensten, soweit sich die Daten „im Fluss“, d.h. im Übermittlungsvorgang, befinden.<sup>887</sup> Darunter fallen nicht nur z.B. ein- und ausgehende E-Mails, sondern auch die flüchtigen Daten beim Aufrufen einer WWW-Seite oder dem Download von einem FTP-Server.<sup>888</sup> Die bereits genannte Legaldefinition der Telekommunikation gem. § 3 Nr. 16 TKG erfasst also auch den Übermittlungsvorgang solcher Daten, die nicht von einem Absender unmittelbar an einen Empfänger gesendet, sondern nur für den Abruf durch Dritte bereitgehalten werden.<sup>889</sup>

## ii. Überwachung (zwischen-) gespeicherter Informationen

355

Umstritten bleibt hingegen die Frage, ob eine Überwachung der in verkörperter Form gespeicherten Daten auf dem Mailbox-Server während der 2. Phase zulässig ist. Ein Teil der Literatur<sup>890</sup> verneint die

---

<sup>884</sup> Kudlich, JA 2000, S. 231

<sup>885</sup> Nack in KK-StPO, § 100a Rn. 7 m.w.N.

<sup>886</sup> Kudlich, JA 2000, S. 230

<sup>887</sup> Kudlich, JA 2000, S. 230

<sup>888</sup> Kudlich, JA 2000, S. 231

<sup>889</sup> Kudlich, JA 2000, S. 231

<sup>890</sup> So vertreten von Lührs, wistra 1995, S. 19; Palm/Roy, NJW 1996, S. 1791; Nack in KK-StPO, § 100a Rn. 8; Bär, CR 1995, S. 495

Anwendbarkeit des § 100 a StPO in diesen Fällen, weil „die abgerufenen Informationen im Zeitpunkt der Kenntnisnahme durch die Polizei auf dem fremden Rechner ruhen“ und „gerade keine Übermittlung der Daten im Sinne einer Weiterbeförderung zwischen zwei fremden Rechnern“ stattfindet.<sup>891</sup> Die Online-Verbindung werde erst durch die Beamten und deren Zugriff hergestellt, sodass nicht wie bei § 100 a StPO üblich drei, sondern nur zwei Personen am Kommunikationsvorgang beteiligt sind.<sup>892</sup> Zudem werde durch den Verbindungsaufbau nicht ein Telekommunikationsvorgang, sondern die Festplatte des Rechners des fremden Anbieters kontrolliert, was aufgrund des statischen Charakters dieses Vorgangs nicht mehr als Überwachung des Fernmeldeverkehrs angesehen werden kann. So sei in diesen Fällen eines „statischen Aggregatzustandes“ schon nicht der Schutzbereich des Art. 10 GG tangiert, sondern derjenige von Art. 13 GG (Unverletzlichkeit der Wohnung).<sup>893</sup> Dies erscheint allerdings zweifelhaft, weil der Kommunikationsvorgang noch nicht notwendig abgeschlossen ist und jedenfalls der grundrechtliche Schutzbereich von Art. 10 GG weiter zu fassen ist.<sup>894</sup>

Anders beurteilen dies die Rechtsprechung und Teile der Literatur.<sup>895</sup> So kommt z.B. das LG Hanau, welches sich mit dem Zugriff auf zwischengespeicherte Daten beim E-Mail-Verkehr beschäftigen musste, zu dem Schluss, dass auch eine Sicherstellung von zwischengespeicherten Nachrichten nur auf Grundlage von § 100 a StPO erfolgen darf, weil die Übermittlung von Informationen rechtlich als einheitlicher Vorgang zu betrachten ist.<sup>896</sup> Hiernach genießen sämtliche den Betreibern von Telekommunikationsnetzen zur Übermittlung anvertrauten Kommunikationsvorgänge und -inhalte den Schutz des Art. 10

356

---

<sup>891</sup> So Bär, MMR 2000, S. 476; ders., MMR 2000, S. 176 f.

<sup>892</sup> Zöller, GA 2000, S. 573; Bär, MMR 2000, S. 475 f.

<sup>893</sup> Zöller, GA 2000, S. 574

<sup>894</sup> Kudlich, JA 2000, S. 232; ders., JuS 1998, S. 213. Nach Ansicht des BGH (NJW 1997, S. 1935) besteht vielmehr eine Überschneidung zwischen den beiden Grundrechten, wobei der Schwerpunkt der Betroffenheit bei Art. 10 GG liegt, weshalb § 100a StPO Anwendung zu finden hat.

<sup>895</sup> LG Hanau, StV 2000, S. 354 f.; Dübbers, StV 2000, S. 355; kritisch zum methodischen Vorgehen, aber i.E. eher zustimmend Kudlich, JuS 1998, S. 212 ff.

<sup>896</sup> LG Hanau, StV 2000, S. 355

GG, der eben nur durch § 100 a StPO eingeschränkt werden kann. Dieser Schutz könne nicht zufällig davon abhängen, zu welchem Zeitpunkt der Empfänger einer Nachricht diese vom Speichermedium des Mailboxbetreibers abholt. Er ende vielmehr erst dann, wenn die Nachricht beim Empfänger angekommen ist, was bei einer E-Mail dann vorliegt, wenn sie am PC des Empfängers zur Entgegennahme zur Verfügung steht. Bedingt diese Entgegennahme aber noch die Übermittlung vom Speicher des Mailboxbetreibers zum PC des Empfängers, so ist die Nachricht vorher noch nicht angekommen.<sup>897</sup>

357 Auch der BGH hat in seiner „Mailbox-Entscheidung“ die Online-Abfrage von Daten nur unter § 100 a StPO fallen lassen, nachdem das Endgerät mit dem Speichermedium einen Teil der Telekommunikationsanlage darstellt, an die es angeschlossen ist.<sup>898</sup> Nach dem BGH ist der Verbindungsaufbau zu einer fremden Mailbox als **Eingriff in den Fernmeldeverkehr** zu sehen, weil der Anwendungsbereich des § 100 a StPO nicht auf den jeweiligen aktuellen Übertragungsvorgang beschränkt werden darf, sondern sich auch auf die in einer Mailbox abrufbaren Informationen erstreckt.<sup>899</sup> Allerdings begrenzt er diesen Eingriff insoweit, als zum einen zusätzlich die Voraussetzungen des § 103 StPO vorliegen müssen, weshalb die Maßnahmen auf die Daten begrenzt sind, denen der Untersuchungszweck dient.<sup>900</sup> Zum anderen darf auf die gespeicherten Daten – nicht wie normalerweise bei § 100 a StPO innerhalb eines festgelegten Zeitraums von bis zu drei Monaten permanent – nur einmal zugegriffen werden.<sup>901</sup>

### iii. Stellungnahme

358 Zwar werden auch von den Vertretern der ablehnenden Ansicht einige diskutable Argumente hervorgebracht. Jedoch ist trotz allem im Ergebnis der Rechtsprechung und denjenigen Vertretern in der Literatur zu folgen, welche die Anwendung des § 100 a StPO auf (zwischen-) gespeicherte Daten zulassen. Zum einen ist dies sachgerecht,

---

<sup>897</sup> LG Hanau, StV 2000, S. 355

<sup>898</sup> BGH, NJW 1997, S. 1935; Lührs, wistra 1995, S. 19; Bär, MMR 2000, S. 475

<sup>899</sup> BGH, NJW 1997, S. 1935

<sup>900</sup> BGH, NJW 1997, S. 1935

<sup>901</sup> BGH, NJW 1997, S. 1935 f.

weil moderne Kommunikationsformen und insbesondere Mailboxsysteme zunehmend Bedeutung gerade im Bereich der organisierten und der Wirtschaftskriminalität erlangen und insofern offene Ermittlungsmaßnahmen (etwa in Form von Wohnungsdurchsuchungen oder Beschlagnahmen von Computern) zum Teil wenig Erfolg versprechend sind. Außerdem wollte der Gesetzgeber mit Maßnahmen nach § 100 a StPO den Strafverfolgungsbehörden ein wirksames Mittel zur Aufklärung gerade von schwerer Kriminalität in die Hand geben.<sup>902</sup> Deshalb wäre es mit dem Gesetzeszweck nicht vereinbar, den Zugriff auf gespeicherte Daten aus dem Anwendungsbereich dieser Vorschrift auszunehmen.<sup>903</sup> Das Argument der Gegenansicht, dass der Anwendungsbereich überwiegend mangels Vorliegens einer Katalogstraftat sehr beschränkt sei und so große Lücken in der Strafverfolgung entstehen könnten<sup>904</sup>, greift nach der genannten Gesetzesänderung nur noch teilweise. Insofern ist auf das überfällige Tätigwerden des Gesetzgebers zu verweisen. Er sollte in absehbarer Zeit in diesem Bereich aufgrund der großen Relevanz der Verbreitung von Kinderpornografie über das Internet<sup>905</sup> eine **Erweiterung der Katalogstraftaten** des § 100 a StPO um alle Tatalternativen im Bereich der Verbreitung kinderpornografischer Materialien überdenken, wenn er nicht erhebliche Lücken bei den Strafverfolgungsmöglichkeiten aufrechterhalten will.

Entscheidendes Argument für eine die Zulässigkeit der Überwachung zwischengespeicherter Daten bejahende Sichtweise ist schließlich die Tatsache, dass eine Aufspaltung des Übermittlungsvorgangs dem Schutz des Fernmeldegeheimnisses zuwiderliefe und § 100 a StPO gerade dazu dient, das Grundrecht aus Art. 10 I GG stärker zu schützen als der von der Gegenmeinung alternativ herangezogene § 94 StPO<sup>906</sup>. Die hier vertretene Ansicht soll abschließend durch folgendes

359

---

<sup>902</sup> Vgl. BT-Drs. V/1880, S. 7; Kudlich, JuS 1998, S. 212

<sup>903</sup> BGH, NJW 1997, S. 1935

<sup>904</sup> Vgl. Bär, MMR 1998, S. 467

<sup>905</sup> Vgl. hierzu die Begründung des Antrags zur Gesetzesänderung in BR-Drs. 275/02, S. 1 ff.

<sup>906</sup> Siehe zur Prüfung der Anwendbarkeit des § 94 StPO: Bär, MMR 2000, S. 177 und S. 475

simples Beispiel<sup>907</sup> untermauert und verdeutlicht werden: So kommt niemand auf die Idee, einen Brief aus dem Schutzbereich des Briefgeheimnisses herauszunehmen, weil dieser vorübergehend im Postamt lagert. Es ist kein Grund ersichtlich, warum im Bereich der elektronischen Post etwas anderes gelten sollte. § 100 a StPO kann also auf den gesamten Übermittlungsvorgang angewendet werden, ohne die zwischengespeicherten Daten (= das Ruhen) auszuschließen.

#### **ad. Ermächtigung über § 163 StPO**

360 Wenn man – wie bei der Kinderpornografie – bei der Suche nach einer entsprechenden Befugnisnorm für Durchsuchungs- und Überwachungsmaßnahmen von Internetinhalten zum Zwecke der Strafverfolgung ohne Ergebnis bleibt, kann weiterhin an eine Ermächtigung über §§ 163 i.V.m. 161 StPO gedacht werden. Nach der alten Rechtslage ließ sich ein Rückgriff auf die allgemeine Vorschrift des § 163 StPO nur begründen, wenn die in Frage stehenden Ermittlungsmaßnahmen keinen Eingriff in die Grundrechte des betroffenen Anbieters darstellten oder wenn man auch eine reine Aufgabennorm als Rechtsgrundlage für eine Grundrechtseinschränkung für ausreichend hielt.<sup>908</sup>

361 Im **Volkszählungsurteil**<sup>909</sup> hat das Bundesverfassungsgericht auf das Erfordernis einer bereichsspezifischen und normenklaren Rechtsgrundlage für Grundrechtseingriffe hingewiesen. Daher lässt sich die oben beschriebene Sichtweise im Rahmen des heimlichen Zugriffs auf Internetdaten durch technische Hilfsmittel nur schwer rechtfertigen.<sup>910</sup> Zwar wurde im Zuge der Umgestaltung des § 161 StPO zu einer Generalermittlungsklausel<sup>911</sup> durch den neuen § 163 StPO der Polizei auch eine strafprozessuale Ermittlungsklausel eingeräumt. Jedoch bedarf es bei derart erheblichen Eingriffen in Grundrechte – wie dies bei Durchsuchungen bzw. Überwachungen zugangsgeschützter Bereiche

---

<sup>907</sup> Siehe Dübbens, StV 2000, S. 355

<sup>908</sup> So Kramer, NJW 1992, S. 2733 mit Hinweis auf BVerwG NJW 1990, S. 2763; ablehnend Zöller, GA 2000, S. 574; Bär, MMR 1998, S. 476

<sup>909</sup> BVerfGE 65, S. 44

<sup>910</sup> Vgl. Zöller, GA 2000, S. 574 m.w.N.

<sup>911</sup> Die Umgestaltung erfolgte durch das Strafverfahrensänderungsgesetz von 1999 (BGBl. I 2000, S. 1253); vgl. hierzu Brodersen, NJW 2000, S. 2536 ff.

des Internets zu repressiven Zwecken der Fall ist – nach wie vor einer speziellen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage.<sup>912</sup> Insbesondere dürfen nach ganz h.M. Maßnahmen nicht schon deshalb über § 163 StPO zugelassen werden, weil sie i.S.d. sog. „**Schwellentheorie**“ vom Eingriffscharakter her unterhalb der gesetzlich geregelten Befugnisnorm liegen.<sup>913</sup>

Zu diesem Ergebnis muss man bei der Internetfahndung schon deshalb gelangen, weil hier für die Polizeibeamten die Möglichkeit besteht, sich wegen **Ausspähung von Daten** nach § 202 a StGB oder auch des Computerbetrugs gem. § 263 a StGB strafbar zu machen. Die rechtswidrige Begehung einer Straftat kann aber nicht durch eine allgemeine Regelung wie § 163 StPO, sondern ausschließlich durch eine Spezialnorm legitimiert werden.<sup>914</sup> Ließe man also § 163 StPO als Auffangtatbestand zu, würde man die bereits bestehenden Eingriffsermächtigungen der StPO unzulässigerweise umgehen, weshalb diese Vorschrift im Ergebnis nur als reine Aufgabenzuweisungs-, aber nicht als Befugnisnorm, wie sie etwa im öffentlichen Recht in den Polizeigesetzen der Länder enthalten ist, betrachtet werden kann.<sup>915</sup>

362

### 3. Zwischenergebnis

Die obigen Ausführungen zeigen, dass die StPO den Ermittlern der Polizei derzeit nur in sehr beschränktem Umfang eine geeignete Ermächtigungsgrundlage zur „Durchforstung“ zugangsgeschützter Bereiche des Internet im Hinblick auf kinderpornografische Inhalte zur Verfügung stellt. Möglichkeiten wie sie z.B. amerikanische Polizeibehörden haben, sind in Deutschland rechtlich nicht erlaubt und machen es daher äußerst schwierig, effektiv gegen Kriminelle im Netz

363

---

<sup>912</sup> Vgl. BT-Drs. 14/1484 S. 24; a.A. Kramer (NJW 1992, S. 2734; Kriminalistik 1993, S. 228), der davon ausgeht, dass Ermittlungsmaßnahmen „ohne Zwangswirkung“ auf § 163 StPO gestützt werden können.

<sup>913</sup> Bär, MMR 1998, S. 467

<sup>914</sup> Vgl. Zöller, GA 2000, S. 275; Bär, MMR 1998, S. 467 f.; ders. CR 1995, S. 495

<sup>915</sup> Bär, MMR 1998, S. 467; ders. CR 1995, S. 491; Rudolphi in SK-StPO, Vor § 94 Rn. 45; Wolter in SK-StPO, Vor § 151 Rn. 92; Rogall, GA 1985, S. 6 f.

vorzugehen.<sup>916</sup> Es ist daher dringend geboten, entsprechende Eingriffsnormen „in räumlicher und zeitlicher Nähe zu den §§ 100 a, 102, 103, 110 a StPO“<sup>917</sup> zu schaffen, um diesen misslichen Zustand zu beheben. Im Zuge dieser Änderung müssen ebenso dringend die bestehenden Straftatenkataloge um diejenigen Straftatbestände erweitert werden, die typischerweise unter Ausnutzung der besonderen Gegebenheiten und Möglichkeiten des Internets begangen werden. Es kann nicht hingenommen werden, dass unseren Strafverfolgungsbehörden gerade im Bereich von Kinderpornografie die Hände dermaßen gebunden sind, da diese Delikte zu denjenigen gehören, die das Sicherheitsgefühl der Gesellschaft und das Vertrauen in den Rechtsstaat in hohem Maße verletzen und beeinträchtigen.

### **C. Durchsuchung/Beschlagnahme am Server-Standort**

364

Neben der bereits erörterten „Überwachung“ des Datenverkehrs bleibt aufgrund der §§ 102, 103 StPO auch eine Durchsuchung bestimmter Räumlichkeiten des Verdächtigen zum Auffinden von Beweismitteln unter gewissen Voraussetzungen möglich. Wichtig ist dabei insbesondere die Frage, ob eine „Suche“ nach Beweismitteln auch die Inbetriebnahme fremder EDV-Anlagen zulässt und den Online-Zugriff auf räumlich entfernte Datenbestände ausdehnt.<sup>918</sup> Nach einer überblicksartigen Darstellung des Meinungsstandes zu diesem Problem wird schließlich die (Zulässigkeit der) Beschlagnahme von Computerdaten erörtert, welche ebenfalls im Rahmen der Strafverfolgung im EDV-Bereich eine große Rolle spielt.

### **I. Die Zulässigkeit der Inbetriebnahme der EDV-Anlage**

365

Zur Beurteilung der Zulässigkeit der Nutzung fremder EDV-Anlagen wird teilweise ein Vergleich mit der Handhabung von Ab-

---

<sup>916</sup> So z.B. das Anbieten kinderpornografischer Materialien, das Handeln als agent provocateur, die Begründung von Scheinfirmen und die Gestaltung eigener kinderpornografischer Seiten, um das gesamte Gebaren auf diesen überwachen und kontrollieren zu können. Laut LKA München verzeichneten die USA bei Ausnutzung dieser Möglichkeiten große Erfolge.

<sup>917</sup> Zöller, GA 2000, S. 575

<sup>918</sup> Vgl. hierzu umfassend Bär, CR 1995, S. 159 ff. und S. 227 ff.

spielgeräten für Bild- und Tonträger bzw. dem Öffnen von Türen und Behältnissen gezogen. Allerdings bringt diese Betrachtungsweise keine nützlichen Ergebnisse, sodass nur eine Auslegung des Gesetzes weiterhelfen kann.<sup>919</sup> Die Heranziehung verschiedenster Auslegungskriterien angefangen bei der grammatischen Auslegung hin zur teleologischen Interpretation<sup>920</sup> und ein Vergleich mit Fällen des Zivil-<sup>921</sup> und Steuerrechts<sup>922</sup> zeigt: Eine Zulässigkeit der Inbetriebnahme ist nicht per se anzunehmen, aber auch nicht grundsätzlich ausgeschlossen.<sup>923</sup> Man hat nämlich davon auszugehen, dass die „Suche“ als eine zielgerichtete Tätigkeit zum Auffinden von Verborgenen bereits vom begrifflichen Verständnis her mehr beinhaltet als eine bloße Besichtigung, was im Ergebnis zu einer differenzierenden Betrachtungsweise unter Berücksichtigung des jeweiligen Zweckes der Benutzung der EDV-Anlage führt: Wird mit Hilfe der Anlage nach beweisrelevanten Daten gesucht, die bisher noch nicht bekannt sind bzw. gefunden wurden, handelt es sich noch um ein ziel- und zweckgerichtetes Vorgehen i.S.v. §§ 102, 103 StPO.<sup>924</sup> Dieses Ergebnis stützt auch der Zweck des Gesetzes, der darin besteht, den Ermittlungsbehörden durch das Eindringen in die Wohnung die Möglichkeit zu geben, an nicht ohne weiteres zugängliche Beweismittel zu gelangen, um die spätere Sicherstellung vorzubereiten.<sup>925</sup>

Im Umkehrschluss ergibt dieses Ergebnis aber gleichzeitig, dass die Durchsuchung dort endet, wo die für das weitere Verfahren benötigten Beweismittel bereits aufgefunden wurden und daher eine Inbe-

366

---

<sup>919</sup> Vgl. hierzu Bär, CR 1995, S. 160 f.; ders. CR 1995, S. 495

<sup>920</sup> Umfassend Bär, CR 1995, S. 160 f.; ders. CR 1995, S. 495

<sup>921</sup> So u.a. die „Druckbalken-Entscheidung“ des BGH, BGHZ 93, S. 191 ff., nach welcher der Anspruch auf Vorlegung und Besichtigung von Sachen i.S.v. § 809 BGB gerade keine Inbetriebnahme fremder Geräte beinhaltet; vgl. Bär, CR 1995, S. 161 m.w.N.; weiterführend Brandi-Dohm, CR 1985, S. 67 ff. und CR 1987, S. 835 ff.

<sup>922</sup> So gewähren die §§ 193 ff. AO dem Betriebsprüfer keine Befugnis zur Nutzung fremder EDV-Anlagen. Vgl. Bär, CR 1995, S. 495; Birk in Rechtsprobleme der EDV, 1989, S. 142

<sup>923</sup> So Bär, CR 1995, S. 495; ders. CR 1995, S. 162

<sup>924</sup> Bär, CR 1995, S. 495; ders. CR 1995, S. 162; so auch Kudlich, JA 2000, S. 230

<sup>925</sup> Bär, CR 1995, S. 495; ders. CR 1995, S. 162

triebnahme des Rechners nur als technisches Hilfsmittel zur Sichtbarmachung der Daten eingesetzt wird. In diesem Falle findet nämlich nur eine Überführung der elektronischen oder digitalen Informationen in eine andere, für den Strafprozess verwendbare Form statt, was für das Auffinden nicht mehr erforderlich ist. Da die Durchsuchungsbefugnis den Eingriff in Art. 13 GG aber gerade auf das primäre Auffinden von neuen Beweismaterialien beschränken will, um den Betroffenen nicht übermäßig zu belasten, ist eine Benutzung zu diesen Zwecken unzulässig.<sup>926</sup> Daher bleibt als Ergebnis festzuhalten, dass eine Nutzung fremder EDV-Anlagen ausschließlich zum Zwecke der Suche nach neuen Beweismitteln in Betracht kommt.

## II. Der Online-Zugriff auf räumlich entfernte Daten

367

Wann immer man im Rahmen einer Durchsuchung auf eine vernetzte Computeranlage stößt, stellt sich die Frage, ob ein Zugriff auf räumlich entfernte Datenbestände von der Durchsuchungsermächtigung gedeckt ist.<sup>927</sup> Dies wird von der h.M. grundsätzlich abgelehnt, weil die Durchsuchungsanordnung Zweck und Ziel der Maßnahme sowie die betroffenen Räumlichkeiten hinreichend bestimmen muss.<sup>928</sup> Ein Verstoß gegen die genannten Grenzen führt zu einem Verwerbungsverbot, weil individuelle Rechte verletzt werden und die staatliche Ermächtigung für Grundrechtseingriffe begrenzt sein muss.<sup>929</sup> Bei **lokalen Netzwerken** (sog. LANs) wird ein Online-Zugriff ausnahmsweise gestattet, falls die primär durchsuchten Räumlichkeiten und der entfernte Standort des jeweiligen Zentralrechners nicht auseinander fallen. Das ist dann anzunehmen, wenn sich dieser auch in dem der Durchsuchung unterliegenden Gebäudeteil befindet.<sup>930</sup> Sofern außerhalb eines lokalen Netzwerkes befindliche Daten in Frage stehen, bleibt ein Online-Zugriff ebenfalls grundsätzlich ausgeschlossen. Wenn die Ermittlungsbeamten allerdings bereits vor der Durchsuchung wissen, dass sich in den betroffenen Räumen entsprechende

---

<sup>926</sup> Bär, CR 1995, S. 495; ders. CR 1995, S. 162

<sup>927</sup> Hierzu umfassend Bär, CR 1995, S. 227 ff.; Kudlich, JA 2000, S. 230

<sup>928</sup> Kudlich, JA 2000, S. 230

<sup>929</sup> Bär, CR 1995, S. 229; i.E. auch Amelung, NJW 1991, S. 2535 f.

<sup>930</sup> Bär, CR 1995, S. 228

Datenkommunikationseinrichtungen befinden – wie es häufig bei Filialen von Großunternehmen der Fall ist – so ist es möglich, die Anordnung der Durchsuchung von Anfang an auch auf den Standort des Zentralrechners auszudehnen, um einen Zugriff auf die dortigen Datenbestände zu ermöglichen, ohne dass es durch Verzögerungen zu Beweismittelvernichtungen kommen kann.<sup>931</sup>

### III. Beschlagnahme von Computerdaten gem. § 94 StPO

Die der Durchsuchung normalerweise nachfolgende Sicherstellung bzw. Beschlagnahme dient dazu, die staatliche Gewalt über beweisrelevante Gegenstände herzustellen. Sie lässt sich also mangels gesetzlicher Definition beschreiben als „hoheitliche Maßnahme, durch die ein Gegenstand zu prozessualen Zwecken der Verfügungsgewalt seines bisherigen Gewahrsamsinhabers oder Verfügungsberechtigten entzogen wird, um ihn für das weitere Verfahren zu sichern“.<sup>932</sup> Nach h.M. ergibt allerdings eine Gesamtschau der verschiedensten Auslegungskriterien, dass Daten mangels Körperlichkeit nicht unter den Begriff „Gegenstand“ fallen und eine Beschlagnahme von Computerdaten nicht möglich ist.<sup>933</sup> Zwar erscheint dieses Ergebnis aufgrund des weiten und auch Sachen und Rechte i.S.d. Zivilrechts umfassenden Gegenstandsbegriffs nicht zwingend, jedoch überzeugend im Hinblick auf die Gesetzesgeschichte und systematische Stellung des § 94 StPO.<sup>934</sup> Schließlich gleicht die h.M. die Lücken ihrer einschränkenden Auslegung wieder aus, indem sie als Minus zu einer Beschlagnahme des Datenspeichers die Anfertigung einer Kopie zulässt.<sup>935</sup>

368

---

<sup>931</sup> Bär, CR 1995, S. 228

<sup>932</sup> Vgl. Bär, CR 1996, S. 675 m.w.N.

<sup>933</sup> BGH, NJW 1997, S. 1935; Nack in KK-StPO, § 94, Rn. 3; Kudlich, JA 2000, S. 229; Bär, CR 1996, S. 677

<sup>934</sup> Siehe hierzu umfassend Bär, CR 1996, S. 676 f.; Kudlich JA 2000, S. 229 f.; a.A. Matzky, EDV im Strafprozess, S. 102 f.

<sup>935</sup> Bär, CR 1996, S. 678 f.; ders. Computerdaten im Strafverfahren, S. 271; Kudlich, JA 2000, S. 230; Nack in KK-StPO, § 94 Rn. 4; a.A. Matzky, EDV im Strafprozess, S. 154 ff.

## D. Kinderpornografie und polizeiliche Praxis<sup>936</sup>

369 In den vorhergehenden Abschnitten wurde die theoretische Seite der Kinderpornografie und der Strafverfolgung im Internet erörtert. Daher erscheint es nunmehr angebracht auch die Praxis der polizeilichen Tätigkeit im Internet – so weit möglich – näher zu beleuchten. Da die vorliegende Arbeit nicht dazu dient, möglichen Straftätern einen „Leitfaden zur Straflosigkeit“ zur Verfügung zu stellen, verbietet sich selbstredend eine detaillierte Darstellung der Fahndungsmethoden und Möglichkeiten der Polizei, weshalb nachfolgend nur ein oberflächlicher praxisbezogener Überblick gegeben werden kann.

### I. Zentralstelle für Netzwerkfahndung (LKA Bayern)

370 Mittlerweile sind bei fast allen Landeskriminalämtern Stellen zur Netzwerkfahndung eingerichtet worden, um die immer noch ansteigende Internetkriminalität zu bekämpfen.<sup>937</sup> Eine Vorreiterrolle spielt hier das bayerische Landeskriminalamt, welches schon seit 1995 eine Arbeitsgruppe zur **anlassunabhängigen Netzwerkfahndung** unterhält.<sup>938</sup> So erkannte nämlich das Bayerische Staatsministerium des Innern als erstes den hierfür dringend angezeigten Handlungsbedarf seitens der Polizei.<sup>939</sup> Bis dato ging man überwiegend von vollständiger Anonymität im Internet aus.<sup>940</sup> Seit dem Jahre 2002 wurde aus der

---

<sup>936</sup> Die nachfolgenden Angaben beziehen sich im Wesentlichen auf Aussagen einiger Polizeibeamten der Netzwerkfahndung in München, welche im Rahmen eines ausführlichen Interviews (vom 4.-5.2.2003) mit der Verfasserin gemacht worden sind.

<sup>937</sup> Beim BKA in Wiesbaden arbeiten z.B. seit Januar 1999 12 Beamte als so genannte Cybercops, [http://www.anti-kinderporno.de/start\\_heise.htm](http://www.anti-kinderporno.de/start_heise.htm)

<sup>938</sup> [http://www.anti-kinderporno.de/start\\_heise.htm](http://www.anti-kinderporno.de/start_heise.htm), (Stand 21.02.03); Bischeltrieder, der kriminalist, 2002, S. 378; siehe ebenfalls den Überblick auf <http://1n-inter11.bmi.gv.at/web/bmiwebp.nsf/Allpages/OES020522164613> (Stand 12.12.2002)

<sup>939</sup> Günther Beckstein, Broschüre der Kooperationstagung der dbb akademie und der Deutschen Polizeigewerkschaft im dbb vom 12.11.2001, S. 30

<sup>940</sup> Tatsächlich aber können fast alle Teilnehmer (über ihre Zugangsdaten, den Einwahlservers, den Newsserver, die Message-ID, die Auflösung von Nicknames mit Hilfe der Provider, die IP-Nummer oder die Absender-Mail-Adresse) zurückverfolgt werden, Bischeltrieder, der kriminalist 2002, S. 378; Die so genannten Anonymisierungs-Programme verhelfen nur selten zu vollständiger Anonymität. Dies zeigen z.B. die nur auszugsweise abgedruckten Log-File-

ehemaligen Arbeitsgruppe des Bereiches Sachfahndung (im Wege der Umorganisation des LKA) ein eigenständiges Sachgebiet. Auf nächster Ebene steht die für den jeweiligen Sachverhalt sachlich und örtlich zuständige Dienststelle. Bei der Fahndung getroffene Feststellungen werden also durch die jeweilige Fachdienststelle endbearbeitet, sodass **fachliche und regionale Kompetenz** auch bei der Bekämpfung von Datennetzkriminalität erhalten bleibt.<sup>941</sup> Die dritte Ebene der polizeilichen Bearbeitung in Bayern sind Unterstützungseinheiten in Form der regionalen Beweismittelsicherungs- und Auswertungsstellen, die immer dann zum Einsatz kommen, wenn der normale Fahnder oder Ermittler „mit seinem Latein am Ende ist“.<sup>942</sup>

Die Beamten fahnden nicht nur im World Wide Web<sup>943</sup>, sondern in allen Bereichen des Internets wie Newsgroups<sup>944</sup>, Chatforen<sup>945</sup> und

371

---

Speicherungen der Seite anti-kinderporno.de, auf der sich User bei der Suche nach Kinderpornografie verirrt haben. Diese Daten wurden der Polizei zugeführt, vgl. [http://www.anti-kinderporno.de/start\\_log.htm](http://www.anti-kinderporno.de/start_log.htm), (Stand 21.02.03)

<sup>941</sup> Bischeltsrieder, Kriminaldirektor beim LKA Bayern, in Broschüre der Kooperationstagung der dbb akademie und der Deutschen Polizeigewerkschaft im dbb vom 12.11.2001, S. 40

<sup>942</sup> Bischeltsrieder, Kriminaldirektor beim LKA Bayern, in Broschüre der Kooperationstagung der dbb akademie und der Deutschen Polizeigewerkschaft im dbb vom 12.11.2001, S. 41

<sup>943</sup> So wurde beispielsweise bei der Überprüfung einer frei zugänglichen Internetseite die Abrufbarkeit von 35 kinderpornografischen Bildern festgestellt. Die Beweise wurden gesichert und der Verantwortliche festgestellt – ein www-user aus Prag. Daher gab man den Fall über Interpol an die tschechischen Behörden in Prag ab, welche kurz darauf mitteilten, dass gegen den Verantwortlichen Anklage wegen Verbreitung von Kinderpornografie erhoben und die Inhalte sofort gesperrt wurden, Bischeltsrieder, *der kriminalist* 2002, S. 378

<sup>944</sup> Reales Fallbeispiel: Im Zuge einer Recherche der Newsgroup „alt.debinaries.pictures.natur“ stellte man u.a. das Vorhandensein einer großen Menge eindeutig kinderpornografischer Bilder fest. Die späteren Ermittlungen ergaben, dass die Newsgroup mit ihrer Tarnbezeichnung „natur“ lediglich einem kleinen Nutzerkreis durch „Mundpropaganda“ bekannt gemacht worden war, Bischeltsrieder, *der kriminalist* 2002, S. 378

<sup>945</sup> Reales Fallbeispiel: Bei einer Kontaktaufnahme im AOL-Chat äußerte das Gegenüber nach kurzer Zeit den Wunsch, kinderpornografische Bilder zu tauschen. Allerdings führte der (nicht identifizierte) Täter eine so genannte Integritätsprüfung durch, d.h. er verlangte, dass zuerst die Beamten Fotos schicken sollten. Dabei äußerte er konkrete Wünsche dergestalt, dass auch Gewaltdarstellungen mit Kleinkindern willkommen seien. In diesem Fall musste der Kontakt ergebnislos abgebrochen werden, denn Beamten ist es untersagt, Bilder weiterzugeben, Bischeltsrieder, *der kriminalist* 2002, S. 378

seit neuester Zeit auch Filesharingsystemen, mit denen man Dateien großen Umfanges downloaden kann. Insoweit hat fast jeder ein bevorzugtes „Fahndungsgebiet“, welches er nach inkriminierten Inhalten durchforstet. „Kernauftrag“ neben der zentralen (Erst-) Bearbeitung aller Hinweise Dritter auf Straftaten im Datennetzbereich<sup>946</sup> „ist dabei die eigene Wahrnehmung durch anlassunabhängige Fahndung in den Datennetzen, um zunächst einmal Feststellungen zum objektiven Tatbestand treffen zu können, zu Tatverdächtigen, zum Tatort und schließlich die Zusammenführung von Vorkenntnissen und ggf. weiteren Vorgängen.“ Neben diesen Feststellungen des ersten Zugriffs sind natürlich auch Anordnungen von unaufschiebbaren Maßnahmen vom Aufgabenbereich der Netzwerkfahnder umfasst. Hier spielt z.B. die Beweissicherung im Chat-Bereich, die ähnlich wie ein Telefonmitschnitt funktioniert, eine sehr große Rolle. Soweit möglich wird über den entsprechenden Provider auch eine Inhaltssperrung vorgenommen.<sup>947</sup>

372

Schließlich führt das LKA einen Teil der Fahndungsaktivitäten in offener Form durch, womit es für die Internetnutzer erkennbar ist, wenn eine **polizeiliche Recherche** stattfindet (Dienststellenkennung). Die Beamten stellten dabei oft fest, dass die Tatsache polizeilicher Präsenz oft große Aufmerksamkeit erregt hat und zum Teil auf Unglauben gestoßen ist. So trauen gerade Jugendliche der Polizei den Umgang mit dem neuen Medium Internet noch nicht zu. Tatverdächtige reagieren meist mit sofortigem Abbruch der Kommunikation und teilweise auch mit regelrechten Warnmeldungen an andere Nutzer. **Offene Präsenz** bedeutet zudem der Unterhalt eigener Homepages (z.B. die des LKA München), auf der sich jeder Internetnutzer über die Anwesenheit der Polizei in den Datennetzen informieren kann. Außerdem werden – wie bereits erwähnt – gesonderte E-Mail-

---

<sup>946</sup> Bischelsrieder, der kriminalist 2002, S. 378

<sup>947</sup> Bischelsrieder, Kriminaldirektor beim LKA Bayern, in Broschüre der Kooperationstagung der dbb akademie und der Deutschen Polizeigewerkschaft im dbb vom 12.11.2001, S. 40

Adressen oder die Nummer eines „vertraulichen Telefons“ genannt, durch die Hinweise auf Straftaten gegeben werden können.<sup>948</sup>

**Verdeckte Präsenz** hingegen bedeutet die Ermittlung im Netz mit Hilfe von nicht erkennbaren Pseudonymen, die je nach Bedarf gewechselt werden können. Da der polizeirelevante Personenkreis häufig Abklärungs- und Überprüfungsmaßnahmen betreibt, müssen entsprechende Gegenmaßnahmen ergriffen werden. Grundsätzlich lässt sich sagen, dass auf die verdeckt handelnden Beamten überwiegend die Merkmale des „Nicht offen ermittelnden Polizeibeamten (**NoeP**)“ virtueller Art zutreffen. Der Einsatz von verdeckten Ermittlern war demgegenüber bisher bei der anlass-unabhängigen Datennetzfahndung nicht erforderlich. Bei einer Zunahme der Qualität des konspirativen Verhaltens der Straftäter und unter Berücksichtigung der Schwere der Grunddelikts (z.B. Kindesmissbrauch) wird „nach hiesiger Lageeinschätzung in absehbarer Zeit auch der Einsatz“ solcher Ermittler in die Überlegungen mit einzubeziehen sein.<sup>949</sup> Effekt der verdeckten polizeilichen Präsenz ist deren Verbreitung in den Medien, was erkennbar zu einer Verunsicherung der Szene beiträgt, da jeder Internet-User damit rechnen muss, dass der jeweilige Gesprächspartner oder Empfänger strafbarer Materialien ein Polizeibeamter sein kann.<sup>950</sup>

373

## II. Fakten zur Kinderpornografie

### 1. Die Täter

Interessant ist weiterhin die Frage, wie sich das Problem der Kinderpornografie im Internet in der Praxis darstellt. Zunächst sollen daher ein paar Fakten zum Täterkreis<sup>951</sup> aufgezeigt werden: Am Anfang des Verbreitungsprozesses stehen die **Hersteller** der kinderpornografischen Darstellungen. Dabei handelt es sich oftmals um so genannte „**Neigungstäter**“, welche die Kinder während des sexuellen Missbrauchs fotografieren oder aufnehmen und dies als zusätzliche Stimu-

374

---

<sup>948</sup> Bischeltsrieder, der kriminalist 2002, S. 379

<sup>949</sup> Bischeltsrieder, der kriminalist 2002, S. 379

<sup>950</sup> Bischeltsrieder, der kriminalist 2002, S. 379

<sup>951</sup> Siehe hierzu auch den kurzen, aber guten Überblick unter <http://www.ovb-online.de/roii/roii-3917.asp>, (Stand 5.8.2002)

lation empfinden. Erschreckenderweise zählen zu dieser Tätergruppe überwiegend nahe Verwandte des Opfers wie z.B. der Vater oder Stiefvater. Der Anteil weiblicher Täter ist erheblich geringer. Die so entstandenen „garantiert echten Privatvideos“ bilden die Grundlage für den Sammler- und Tauschermarkt.

375

Diesen Missbrauchstätern stehen die so genannten **Händler** gegenüber, welche den sexuellen Missbrauch inszenieren, um Geld damit zu verdienen. Sie haben erkannt, dass mit der Herstellung und dem Vertrieb von kinderpornografischen Erzeugnissen äußerst **lukrative Geschäfte** zu machen sind. Ihre Handlungsweise ist extrem skrupellos und sie gelten weithin als „**eiskalte Geschäftemacher**, die den hohen Profit sehen und denen das Schicksal der geschädigten Kinder völlig egal ist“.<sup>952</sup> Aus kriminalpolizeilichen Ermittlungen geht deutlich die Erkenntnis hervor, dass deren Strukturen und Vertriebswege straff organisiert sind. Erst **Konspirativität** und geringes Risiko lassen auf einen großen Gewinn hoffen. Manchmal sind sogar schon **Strukturen der Organisierten Kriminalität** zu erkennen. Diese professionellen Straftäter sind also „fast ausnahmslos frei von eigenen perversen oder pädophilen Neigungen, sondern eher kühl kalkulierende Geschäftsleute. Der juristische Grundsatz: Hilfe vor Strafe – kann daher für sie keine Anwendung finden.“<sup>953</sup>

376

Auf der Abnehmerseite handelt es sich in den meisten Fällen keineswegs in der Mehrzahl um so genannte Pädophile, sondern überraschenderweise um „Normal-User“. Man bezeichnet diesen Täterkreis auch als „Collectors“. Sie begehen die Straftaten nach § 184 III-V StGB fast ausschließlich aus reiner „**Jäger- und Sammlermentalität**“ und tauschen, kaufen, bieten an oder verkaufen **auch** (und gerade nicht ausschließlich) kinderpornografische Bilder oder Videos.<sup>954</sup> Diese Internet-User suchen größtenteils also nur aus ganz allgemeinem

<sup>952</sup> Schnieders/Lenzen, der kriminalist 1995, S. 324

<sup>953</sup> Schnieders/Lenzen, der kriminalist 1995, S. 324

<sup>954</sup> Dies belegt z.B. folgendes vom LKA München im Interview vom 5.2.03 angeführte Beispiel: In der BRD existieren schätzungsweise 60.000 Pädophile. Es gab aber Fälle, in denen auf kinderpornografischen Seiten innerhalb kürzester Zeit ca. 600.000 Zugriffe verzeichnet wurden. Diese Zahlen sprechen für sich; siehe auch Schnieders/Lenzen, der kriminalist 1995, S. 324

Interesse auf pornografischen Seiten nach Kinderpornografie. Erleichtert wurden deren Aktivitäten zudem dadurch, dass bis vor kurzer Zeit das Auffinden kinderpornografischer Inhalte für jedermann ohne Schwierigkeiten möglich war. Derzeit erfordert die Suche zumindest das Überwinden einiger Hürden, da den meisten Anbietern mittlerweile bewusst geworden ist, dass sich die Gefahr einer Strafverfolgung erhöht hat.

Unter anderem das Treiben der „Normal-User“ war ausschlaggebend für die Einführung der Strafbarkeit des Besitzes, um eine bessere Verfolgbarkeit dieser Tätergruppe zu erreichen.<sup>955</sup> Dringend erforderlich wird allerdings – wie auch derzeit im **Aktionsplan der Bundesregierung zum Schutz von Kindern und Jugendlichen vor sexueller Gewalt und Ausbeutung** gefordert – eine „Anhebung des Strafrahmens für die Weitergabe kinderpornografischer Schriften an einen anderen (§ 184 Abs. 5 Satz 1 StGB)“, sowie eine „Erhöhung des Strafrahmens in § 184 Absatz 5 StGB für den Erwerb und Besitz von kinderpornografischen Schriften“, da die derzeitige Strafandrohung nicht abschreckend wirkt.<sup>956</sup> Zudem kommen laut LKA München in der Praxis viele Täter nur mit einer Geldstrafe davon, was keinesfalls der Schwere der Tat gerecht wird, denn gerade diese Menschen fördern den Kindesmissbrauch zur Herstellung und erhalten durch ihre Nachfrage oder ihr Angebot den Markt weiterhin aufrecht.<sup>957</sup>

377

Neben den Normalnutzern finden sich bei den Abnehmern noch die voneinander abzugrenzenden **pädokriminellen Missbrauchstäter und Pädophilen**. Der Unterschied zwischen ihnen besteht darin, dass Pädophile in der Realität überwiegend aus Gründen des Gefühlsaus-tausches die Nähe zu den Kindern suchen. Missbrauchstäter hingegen

378

---

<sup>955</sup> Bemerkenswert: In der Schweiz wurde erst 2001 die Besitzstrafbarkeit eingeführt.

<sup>956</sup> [www.bmj.bund.de/ger/service/pressemitteilungen](http://www.bmj.bund.de/ger/service/pressemitteilungen), (Stand 21.02.2003)

<sup>957</sup> So ergaben vorsichtige Schätzungen eine Zahl von 30.000 „Liebhavern von Kinderpornografie“ in den alten Bundesländern. Zusammen mit den neuen Ländern ist diese Zahl nochmals zu erhöhen. Es bleibt zudem zu beachten, dass die Dunkelziffer in diesem Bereich sehr hoch ist und der tatsächliche Bereich der „Collectors“ kaum präzise beziffert werden kann, Schnieders/Lenzen, *der kriminalist* 1995, S. 324

wollen in erster Linie Sex mit den Kindern und diese leiden sehen. Es geht ihnen weder um zwischenmenschliche Kommunikation oder Gefühle, sondern rein um Macht und Befriedigung. Beiden Gruppen ist aber die **gezielte Suche nach Kinderpornografie** gemeinsam, welche meist im Fotomodellbereich beginnt, wo so genannte Nymphen, Lilitas oder Teens gezeigt werden, die darauf abzielen, sexuelle Begierde hervorzurufen.<sup>958</sup>

379

Die vorhergehende Betrachtung zeigt also, dass nicht vordergründig pädophile Interessen, sondern vielmehr Prahlerei den Ausschlag für die Erhaltung eines so großen Marktes von Kinderpornografie gibt. Die Normalnutzer fördern mit ihrer Jäger- und Sammlermentalität die Kriminalität, ohne unbedingt kommerzielles oder pädophiles Interesse zu haben. Diese Tatsache ist einerseits erschreckend, bietet andererseits aber auch einen durchaus geeigneten Ansatzpunkt zur Bekämpfung der Straftaten nach § 184 III-V StGB. So könnte durch die Erhöhung der Strafanordnungen, durch das Verhängen hoher Strafen und ein erhöhtes Maß an Präsenz der Strafverfolgungsbehörden im Netz eine **Abschreckung** dieser Täter von weiteren Taten erreicht werden. Im Gegensatz zu Pädophilen oder pädokriminellen Missbrauchstätern, welche ja für ihre sexuelle Befriedigung zwingend kinderpornografische Materialien benötigen, lassen sich jene Täter durch ein **erhöhtes Entdeckungsrisiko** und hohe Strafen abschrecken. Insofern ist es fast beruhigend zu wissen, dass der Großteil der Straftäter nicht zu dem mit Verboten schwer „erreichbaren“ Pädophilenkreis zählt. Durch **vermehrte Aufklärung** muss nicht pädophil veranlagten Personen vor Augen geführt werden, dass sie es sind, die den Markt aufrechterhalten, was den meisten sicherlich nicht bewusst ist. Auf diese Weise kann vermutlich schon ein Großteil der Verbreitungsaktivitäten verhindert werden.

---

<sup>958</sup> Durch die Eingabe entsprechender Suchbegriffe (z.B. Schlüsselwörter oder Synonyme für Kinderpornografie), die ich an dieser Stelle jedoch nicht nennen möchte, können einschlägige Seiten in kurzer Zeit gefunden werden.

## 2. Das kinderpornografische Material

Was das kinderpornografische Material selbst betrifft, so lässt sich gemäß der Auskunft des LKA München in letzter Zeit ein Anstieg von Neuherstellungen verzeichnen. Dies ist überwiegend auf die neuen multimedialen Möglichkeiten zurückzuführen, die es jedem Privatmann unter geringem Kosten- und Technikaufwand ermöglichen, Bilder oder Videos zu machen, zu vervielfältigen und in Umlauf zu bringen. Wo es früher vorwiegend gescannte alte Bilder aus Kinderpornografie-Zeitschriften gab, werden nunmehr mit günstigen Digitalkameras aufgenommene Bilder eingestellt, bei denen es nicht mehr notwendig ist, unter dem Risiko der Entdeckung ins Fotolabor zu gehen.<sup>959</sup> Gerade diese **moderne digitale Bild- und Videotechnik** ermöglicht es also, dass die Hersteller ohne Beteiligung Dritter (also ohne Zeugen) Kinderpornografie produzieren können. Dabei sind die so genannten „Home-Videos“, welche weniger perfekt und eher laienhaft erscheinen, besonders beliebt und gefragt. Das wiederum führt zu einer steigenden Professionalität dieser „Amateurfilmer“. Die Akteure in den Darstellungen werden meist durch Masken und Kostüme unkenntlich gemacht, sodass ihre Identifikation bei Beschlagnahme der Bilder und Videos unmöglich ist. Nur in seltenen Einzelfällen können Täter durch besondere körperliche Merkmale dennoch identifiziert werden.<sup>960</sup>

380

Viele Bilder werden über zwielichtige „**Fotomodellagenturen**“ verbreitet oder unter unverfänglichen und für Laien kaum erkennbaren

381

---

<sup>959</sup> In den Fotolabors und Entwicklungsstudios finden nämlich so genannte Qualitätssicherungen hinsichtlich der Farbqualität der zu entwickelnden Bilder statt. Bei diesen Proben wurden durch die Mitarbeiter in zunehmendem Maße auch kinderpornografische Darstellungen entdeckt. Ein spektakulärer Beispielfall spielte im Jahre 1995, bei dem auch das Fotolabor auf einen Straftäter aufmerksam wurde und ihn der Polizei meldete. Bei der nachfolgenden Wohnungsdurchsuchung wurden insgesamt 12.500 Negative und 80 Videofilme gefunden und sichergestellt. Viele der gesichteten Negative stellten den 11-jährigen Sohn, den Beschuldigten und manchmal dessen Ehefrau zum Teil in extremen sexuellen Praktiken dar. Dabei war in vielen Fällen deutlich erkennbar, wie sehr der Junge das perverse Geschehen als Ekel erregend empfunden haben muss, Schnieders/Lenzen, *der kriminalist* 1995, S. 324

<sup>960</sup> Vgl. ausführlich Schnieders/Lenzen, *der kriminalist* 1995, S. 325

**Chiffre-Anzeigen in Newsbords oder auch Tageszeitungen** angeboten. Dabei handelt es sich oft um **Materialien aus dem Ostblock**, wo Kinder in aufreizenden FKK-Posen (aber eben noch nicht pornografisch) dargestellt werden. Diese Fallgestaltungen sind äußerst problematisch, weil hier in den meisten Fällen auch nach deutschem Recht kein Verbot vorliegt, die Bilder aber dennoch eindeutig auf die Stimulation des Betrachters abzielen. Wie schon mehrfach ausgeführt, muss der Gesetzgeber in Zukunft diese Strafbarkeitslücke durch geeignete Regelungen schließen. Die Suche nach den Bildern ist für Anfänger zwar zunächst etwas schwierig. Aber nach relativ kurzer Zeit sind die einschlägigen Schlüsselwörter und Indizes bei den Suchenden bekannt. Meist beginnen die Täter, das Netz mit Hilfe von Suchmaschinen zu durchkämmen. Doch auch in Chaträumen und über späteren Mailkontakt wird Kinderpornografie verbreitet. Ebenfalls beliebt ist die Kontaktsuche in so genannten Kinder-Chats, in denen sich überwiegend Minderjährige unterhalten und austauschen.

382

Der „Einfallsreichtum“ der Hersteller erscheint unbegrenzt. Es gibt nach Auskunft der Beamten der Netzwerkfahndung nichts, was es nicht gibt.<sup>961</sup> Die Darstellungen reichen von harmlosen Nacktaufnahmen bis zur brutalen Vergewaltigung von Kleinkindern oder Babys.<sup>962</sup> Geschädigt sind Kinder aller Altersgruppen, wobei Mädchen häufiger als Opfer zu sehen sind als Jungen.<sup>963</sup> Was allerdings erstaunlich erscheint, ist die Tatsache, dass die Kinder (hauptsächlich die älteren unter ihnen) oftmals keine schmerzverzerrten Gesichter aufweisen,

---

<sup>961</sup> Siehe hierzu auch den Bericht von Rainer Fromm, Die dunkle Seite im Internet, <http://www.anti-kinderporno.de/fromm.htm>, (Stand 21.02.03), in dem auch von Baby-Sex, Videos und Bildern brutalster Darstellungen die Rede ist, und Schnieders/Lenzen, der kriminalist 1995, S. 324

<sup>962</sup> Dies zeigt u.a. der Fall einer aufgefliegenen niederländischen Kinderpornobande aus Zandvoort, deren Mitglieder Babys im Alter von ein bis zwei Jahren zur Herstellung kinderpornografischer Materialien vergewaltigt und die Aufnahmen per Internet verbreitet haben. Der bei den Ermittlungen eingesetzte Kinderpsychiater sprach sogar von den „schlimmsten Fotos seiner Laufbahn“, <http://www.anti-kinderporno.de/geknackt.htm> und <http://www.anti-kinderporno.de/fahnder.htm>, (Stand 21.02.03); siehe auch „Kinder pornos mit Mord und Folter“, <http://rhein-zeitung.de/on/00/09/28/topnews/porn.html?a>, (Stand am 12.12.2002

<sup>963</sup> Schnieders/Lenzen, der kriminalist 1995, S. 324

sondern teilweise sogar ein Glücksgefühl zu sehen ist.<sup>964</sup> Dies kann natürlich dazu führen, dass der Betrachter das dargestellte Geschehen als nicht schlimm oder verboten empfindet. Doch der Schein trügt. Auch hier wurde in fast allen Fällen Zwang oder Gewalt auf die Kinder ausgeübt. Bei einer schnellen körperlichen Entwicklung ist es sogar nicht unnatürlich, wenn auch bei unfreiwilligen sexuellen Kontakten Erregung oder (körperliche) „Glücksgefühle“ erfahren werden. Nur darf man diese natürlichen und körperlichen Reizungsprozesse nicht mit geistiger Reife und dem Wunsch nach sexuellem Kontakt mit anderen Personen verwechseln. Zwar wird aufgrund der hohen Präsenz der Sexualität in allen Medien das sexuelle Interesse heute auch schon bei Jüngeren geweckt. Dies beinhaltet aber nicht gleichzeitig die ausreichende geistige Reife zum Verstehen, zum Einschätzen und zum Verarbeiten von sexuellen Handlungen. Viele Kinder wissen demgegenüber in den meisten Fällen gar nicht, was ihnen eigentlich geschieht. Sie können kaum einordnen, ob es etwas Normales, Gutes oder Schlechtes ist. Kinder sind also auch heute nicht früher geistig (allenfalls körperlich) reif für Sex. Dieser wird nur schneller ein Thema, weil er kein Tabu mehr darstellt und in aller Munde ist.

### 3. Statistik

Aufschlussreich ist auch eine nähere Betrachtung der auf die Zahlen zu den Sexualdelikten beschränkten Statistik der Netzwerkfahndung in München aus den Jahren 1998-2001:

383

---

<sup>964</sup> So die Aussagen der Beamten des LKA; vgl. auch die Studie zweier Mitarbeiter des niederländischen Instituts für Psychotherapie, welche die Möglichkeit hatten, über 10.000 Bilder aus Polizeiakten, Kinderpornomagazinen und privaten Sammlungen durchzusehen. Es wurde dabei versucht, den Gesichtsausdruck der abgebildeten Kinder zu beurteilen: Bei 81 % konnten sie keine eindeutig zuzuordnenden Emotionen ablesen; 18 % zeigten offen Freude und Gelächter und 1 % negative Gefühle, ausführlich zur Vorgehensweise und zu den Kategorien der Fotos siehe [http://www.ipt-forensics.com/journal/volume4/j4\\_2\\_1.htm](http://www.ipt-forensics.com/journal/volume4/j4_2_1.htm). (Stand 25.02.03)

<b>Netzwerkfahndung</b>	<b>1998</b>	<b>1999</b>	<b>2000</b>	<b>2001</b>
<b>Verdachtsfälle konkret</b>	<b>505</b>	<b>696</b>	<b>698</b>	<b>618</b>
<b>Hinweise</b>		<b>285</b>	<b>281</b>	<b>353</b>
<b>Eigenrecherche</b>	<b>143</b>	<b>411</b>	<b>417</b>	<b>265</b>
<b>Vorgänge abgeschlossen</b>	<b>258</b>	<b>274</b>	<b>310</b>	<b>232</b>
Inland	166	201	220	117
Ausland	92	73	90	85
Unbekannt	247	422	66	30
<b>Vorgänge mit weiteren Veranlassungen</b>			<b>322</b>	<b>386</b>
Inland			18	20
Ausland			304	366
<b>Sexualdelikte</b>	<b>505</b>	<b>652</b>	<b>646</b>	<b>569</b>
Kinderpornografie	348	416	409	438
Tierpornografie	91	80	53	21
Gewaltpornografie	10	10	5	1
Pornografie	44	129	143	105
sexueller Missbrauch	12	17	36	4
<b>Internetbereiche</b>	<b>505</b>	<b>696</b>	<b>698</b>	<b>618</b>
World Wide Web	83	368	489	544
Newsgroups	124	142	64	17
Mail	1	63	129	38
Chat	295	441	3	7
IRC	1	8	11	4
ICQ	0	0	1	0
FTP	1	1	1	0
File Sharing Systeme				8
<b>Hinweisaufkommen</b>		<b>1119</b>	<b>3265</b>	<b>4606</b>
bereits bekannte Inhalte				1337
keine strafrechtlich relevanten Inhalte			2984	2916
Mail		63	2201	111
Telefon		89	129	604
Post		7	674	16
Fernschreiben		34	46	784
Telefax			204	9
Sonstiges			11	

Die Statistik zeigt zunächst ein relativ gleich bleibendes Niveau der konkreten Verdachtsfälle seit 1999. Gegenüber den Vorjahren sind diese im Jahr 2001 mehr auf Hinweise von außen als auf **Eigenrecherchen** zurückzuführen. Dies mag an dem immensen Anstieg der Hinweise aus der Bevölkerung liegen, der einen „erheblichen Kräfteanteil der Netzwerkfahndung bindet“ und die Möglichkeit zur Eigenrecherche sehr einschränkt.<sup>965</sup> Dieses erhöhte Hinweisaufkommen darf allerdings nicht mit einer höheren Zahl an Verdachtsfällen gleichgesetzt werden. So war z.B. im Jahr 2001 weit mehr als die Hälfte der 4606 gemeldeten Sachverhalte strafrechtlich nicht relevant, sondern diese betrafen mehr oder weniger „anstößige“ Inhalte. Weitere 30 % der gemeldeten Fälle waren zudem bereits bekannt oder schon in Bearbeitung. Schließlich konnte man einige Hinweise nicht mehr überprüfen bzw. nachvollziehen, weil die Inhalte z.B. bereits von den Serverbetreibern gelöscht worden waren. Insgesamt führten im Jahre 2001 nur noch 7,5 % der Hinweise zu einem konkreten Verdachtsfall, während die Zahlen im Jahr 2000 bei 9 % und im Jahr 1999 trotz jeweils geringeren Hinweisaufkommens bei ca. 25 % lagen.<sup>966</sup> Abschließend sei noch bemerkt, dass die Kinderpornografie den absolut überwiegenden Teil der strafbaren Inhalte insgesamt ausmacht. So sind von 618 konkreten Verdachtsfällen 438 allein in diesem Bereich angesiedelt. Dabei bleiben die meisten davon im Internet, d.h. im World Wide Web, zu finden.

### III. Die Überprüfung großer Datenbestände (PERKEO)

Sofern es sich bei dem auszuwertenden Material um umfangreiche Datenbestände handelt, werden die Beamten vor eine Vielzahl von schwierigen Problemen gestellt: Zunächst müssen datenschutzrechtliche Bestimmungen bei der Suche beachtet werden. Dazu kommt der zwangsläufig hohe Zeitaufwand, der oftmals eine gewisse Ineffizienz der Polizeiarbeit nach sich zieht und außerdem hohe Kosten für Personal und technische Ausstattung verursacht. Daher wurde unter

<sup>965</sup> Vgl. auch Bischeltsrieder, der kriminalist 2002, S. 379

<sup>966</sup> Bischeltsrieder, der kriminalist 2002, S. 379

Zugrundelegung bestimmter Kriterien von einem Mitarbeiter des hessischen LKA ein Programm zur Erkennung relevanter kinderpornografisch eindeutiger Objekte (PERKEO) entwickelt.<sup>967</sup> Das Programm zur automatisierten Suche sollte mit hoher Geschwindigkeit arbeiten sowie eine hohe Treffsicherheit bei geringer Fehlerquote aufweisen. Zudem durfte es selbst keine strafrelevanten Dateien enthalten, musste erweiterbar sein und ein geringes Datenvolumen bei maximaler Information besitzen.

386

Bei PERKEO handelt es sich um ein eins zu eins **Datenabgleichssystem**, welches auf der Überlegung basiert, dass im Internet eine homogene globale Verteilung identischer Dateien sowie eine statische Speicherung dieser Dateien (z.B. als News-Artikel, Website oder allgemein auf Datenträgern) vorliegen. PERKEO stellt von jeder bisher bekannten Datei<sup>968</sup> unabhängig vom Dateinamen einen **digitalen Fingerabdruck** her und vergleicht diesen mit den Einträgen in der Vergleichsdatenbank. Im Datenbestand des Programms befinden sich also nicht die verbotenen Bilder selbst, sondern nur ihre „**Prüfsumme**“. Bei Übereinstimmung von Dateien werden die Fundorte (Verzeichnisse) und die Dateinamen in einer Textdatei dokumentiert. Die Datenbank wird von der Zentralstelle Kinderpornografie des BKA in Wiesbaden ständig um aktuelle „Fingerabdrücke“ erweitert und aktualisiert, d.h. die bundesweit bei Durchsuchungen durch Strafverfolgungsbehörden sichergestellten Dateien mit kinderpornografischem Inhalt werden durch das BKA gesichtet und in die Vergleichsdatenbank aufgenommen. PERKEO wird weltweit von ca. 30 Staaten und bundesweit von allen Landeskriminalämtern eingesetzt.<sup>969</sup> Dabei weist es mittlerweile eine Trefferquote von 30-40 % auf, d.h. von 1000 relevanten Dateien werden im Durchschnitt mindestens 300-400 erkannt.<sup>970</sup>

---

<sup>967</sup> <http://www.burks.de/artikel/tsp1099a.html>, (Stand 12.12.02)

<sup>968</sup> Mittlerweile sind ca. 50.000 Bilder mit Kinderpornografie und Tierpornografie in der Datenbank erfasst.

<sup>969</sup> Dem Vernehmen nach Lorch, BKA-Tagung in Wiesbaden vom 15./16.2.2000

<sup>970</sup> So hat beispielsweise das BKA mit Hilfe von PERKEO 1999 erstmals einen Japaner von Deutschland aus in seiner Heimat hinter Gitter gebracht. In die

Doch so wirksam PERKEO auf den ersten Blick erscheint, ist es das bei näherer Betrachtung nicht. Immer dann, wenn neue Materialien auftauchen oder die der Datenbank bekannten Bilder vom jeweiligen Besitzer auch nur um einen Pixel verändert wurden, kann das Programm diese nicht mehr erkennen. Zudem kritisiert man, dass niemand Auskunft darüber erhält, wer die Datenbank bestückt und nach welchen Kriterien dies geschieht. Auch zweifelt man an der Rechtmäßigkeit und Effektivität dieser Vorgehensweise, da laut Gesetz nur ein Richter und keine Software feststellen darf, was verboten ist. So warnte der Rechtsanwalt und Sprecher der **Internet Content Task Force**, einem Selbstkontrollgremium der Internetprovider, dass kein Provider zum Ausspionieren der E-Mails und Daten seiner Kunden (in diesem Fall mit Hilfe von PERKEO) berechtigt sei. Jene müssten laut Gesetz nur dann tätig werden, wenn sie von illegalen Inhalten auf ihren Servern erfahren, nicht aber – was technisch sowieso fast unmöglich ist – aktiv danach suchen.<sup>971</sup> Abschließend ist trotz aller Kritik PERKEO zumindest dann effektiv und hilfreich, sofern es z.B. um die Sichtung beschlagnahmter Datenträger oder Computeranlagen geht. Dann nämlich liegt regelmäßig eine richterliche Anordnung vor und die Beamten können es sich zunächst sparen, jede Datei von Hand zu öffnen und auszuwerten. Gleichwohl macht das natürlich nicht automatisch eine detaillierte Kontrolle der zu prüfenden Materialien und Gegenstände entbehrlich. Alles in allem ist das Programm ein wichtiges Hilfsmittel für die polizeiliche Arbeit, welches derzeit unverzichtbar bleibt.

---

sem Fall spürte ein deutscher Provider, der PERKEO auf seinem Server einsetzte, kinderpornografisches Material auf. Das BKA konnte später feststellen, dass die Bilder von dem 34-Jährigen Verurteilten von einem Rechner in Japan aus eingespeist worden waren. Laut BKA hat Japan erst im Mai 1999 die Verbreitung von Kinderpornografie unter Strafe gestellt und der Verurteilte sei der erste Täter gewesen, der aufgrund eines ausländischen Hinweises festgenommen worden war, [www.heise.de/newsticker/data/wst-29.01.01-001/](http://www.heise.de/newsticker/data/wst-29.01.01-001/), (Stand 12.12.02)

<sup>971</sup> Vgl. Burkhard Schröder, Wundermittel gibt es nicht – Software gegen Kinderpornografie im Internet nur bedingt tauglich, <http://www.burks.de/artikel/tsp1099a.html>, (Stand 12.12.02)

## IV. Probleme bei der Strafverfolgung

388

Auch wenn die Arbeit der Netzwerkfahnder Früchte trägt, darf nicht übersehen werden, dass die Fahndung in Datennetzen eine Vielzahl an Problemen birgt, deren Überwindung oder Lösung wiederum neue Probleme und Schwierigkeiten zu Tage bringt. Zentraler Punkt ist dabei, dass der Internationalität des Internets lediglich national begrenzte polizeiliche Mittel gegenüber stehen. Praktische Ermittlungsprobleme ergeben sich daneben aus Unsicherheiten der Anbieter, Ermittlungsbeamten und Strafverfolgungsbehörden, was z.B. neue Tatbestände und die unterschiedliche Rechtslage in den einzelnen Ländern in Bezug auf einschlägige Tatbestände vor allem bei der Verbreitung von kinder- und tierpornografischen Darstellungen betrifft. Weiterhin erfordert die Fahndungsarbeit trotz der technisch überwiegend sehr gut und absolut modern ausgerüsteten Netzwerkfahnder einen immensen Zeitaufwand. „Neue modi operandi, rechtliche und vor allem auch technische Änderungen und auch die schiere Größe des Fahndungsraumes sind Faktoren, die nur schwer abzuschätzen sind und Fahndungsaktivitäten häufig genug ins Leere laufen lassen.“<sup>972</sup>

389

Daneben kann es zu **Motivationsproblemen** bei den Fahndern kommen, wenn die sich bei Recherchen regelmäßig ergebenden Verzweigungen und Hinweise auf andere Anbieter strafbarer Inhalte, die meist einzeln geöffnet und zumindest stichprobenartig gesichtet werden müssen, den Eindruck hinterlassen, man habe es mit einem „**Fass ohne Boden**“ zu tun. Auch der Zeitdruck, der aus der Flüchtigkeit der Angebote entsteht, kann hinderlich wirken. Schließlich sind Täterfeststellungen sehr kompliziert (teilweise sogar unmöglich, wenn Scheinmeldungen benutzt werden oder – wie es selten möglich ist – die wahre Identität durch wirksame Anonymisierer verschleiert wird). Hinzu kommt, dass häufig die persönlichen Daten Dritter missbräuchlich verwendet werden. So führt gerade die unzureichende oder auch fehlende Pflicht zur Registrierung für die Betreiber von Netzwerken vielfach zur Erschwerung oder auch vollständigen Vereitelung der Identifizierung der Verantwortlichen. Zu erwähnen sind auch die

---

<sup>972</sup> Bischeltsrieder, der kriminalist 2002, S. 380

Probleme, welche die Verwendung von **Kryptografie** (PGP, Steganografie, usw.) zur **Verschlüsselung** von kriminellen Inhalten aufwirft. Dieses Vorgehen erschwert oder verunmöglicht das Erkennen bzw. Auswerten strafrechtlich relevanter Darstellungen. Unglücklicherweise können nämlich auch Straftäter für ihre elektronische Kommunikation ohne großen Aufwand aus dem Internet meist kostenlose Verschlüsselungssoftware herunterladen. Die so verschlüsselten Inhalte können mit den der Polizei derzeit zur Verfügung stehenden Mitteln kaum entschlüsselt werden.<sup>973</sup>

Am Ende sei noch auf die von rechtlicher Seite her bestehenden Hindernisse hingewiesen.<sup>974</sup> Ein großes Hemmnis besteht u.a. darin, dass die Polizei nicht selbst illegale Materialien anbieten darf und z.B. so bei den einschlägigen Tauschbörsen außen vor bleiben muss, weil man dort nur mit wirklich „harten Sachen“ aufgenommen wird. Der **agent provocateur** darf also nicht handeln, ohne dass es zu Beweisverwertungsverböten kommt. Auch ist es hinderlich, dass zum Erhalten von Verbindungsdaten erst einige Zeit in Anspruch nehmende richterliche Beschlüsse notwendig sind, was in Anbetracht der Flüchtigkeit und der rasenden Schnelle der Kommunikation im Netz katastrophale Auswirkungen im Bereich der Beweissicherung haben kann. Effektive Möglichkeiten wie in den USA, wo die Strafverfolgungsbehörden eigene Homepages und Scheinfirnen zum Anbieten von z.B. Kinderpornografie gründen dürfen, sind der deutschen Justiz fremd. Dabei sind solche Einrichtungen schon deshalb sinnvoll, weil dann das komplette „Gebaren“ auf diesen Seiten aufgezeichnet und Straftäter schneller aufgespürt werden können. Die USA verzeichnen mit diesen Methoden große Erfolge und an dieser Stelle sollte doch gefragt werden, ob nicht der Opferschutz vor dem Täterschutz stehen muss. Auch müsste – so weit technisch und finanziell möglich, eine Verpflichtung der Anbieter zur Speicherung (zumindest) der Verbindungsdaten erreicht werden.

390

---

<sup>973</sup> Bischeltsrieder, der kriminalist 2002, S. 380

<sup>974</sup> Vgl. auch Kapitel 4 zur Strafverfolgung im Internet; außerdem den Überblick von Schulzki-Haddouti, Von Kinderpornografie zur Globalisierung der Polizeiarbeit, [www.anti-kinderporno.de/heise1.htm](http://www.anti-kinderporno.de/heise1.htm), (Stand 20.1.03)

## E. Fazit

391

Der Kinderpornomarkt und der Handel mit sonstigen illegalen Schriften boomen. Zwar kann auch eine aktive und intensive Fahndung in den Datennetzen das Wirken dieser kriminellen Teilnehmer nicht zu 100 % verhindern. „Eine derartige Zielsetzung wäre völlig unreal, wobei dies auch keine Frage des Personalansatzes ist, der angesichts von geschätzten 300 Millionen Internetusern auch gar nicht zu beziffern wäre.“<sup>975</sup> Daher bewegen sich die Ziele der anlassunabhängigen Fahndung in den Datennetzen ganz pragmatisch im Rahmen des Möglichen.<sup>976</sup> So streben die Beamten der Netzwerkfahndung an, durch offene und verdeckte polizeiliche Präsenz in angemessenem Umfang

- *Straftäter von der Nutzung des Internets für kriminelle Zwecke abzuschrecken,*
- *strafbare Handlungen, insbesondere die Verbreitung jugendgefährdenden Materials, zu verhindern oder zumindest zu erschweren,*
- *die kriminelle Szene durch Aufrechterhaltung eines erheblichen Verfolgungsdruckes zu verunsichern und damit das Sicherheitsgefühl der anderen Internetnutzer zu verbessern,*
- *einen aktiven, polizeibezogenen Beitrag zum Jugendschutz zu leisten sowie*
- *Straftaten zu verfolgen.*

392

Die Fahndung in Datennetzen als polizeiliche Aufgabe wird in naher Zukunft immer mehr an Bedeutung gewinnen. Angezeigt sind dabei Maßnahmen der präventiven Verbrechensbekämpfung, für die in den Ländergesetzen die entsprechenden Normen geschaffen werden müssen, soweit diese noch nicht bestehen. Ebenso erscheint die Einrichtung zentraler Stellen zur Bündelung technischen und fachlichen Wissens sinnvoll, um Doppelarbeit zu vermeiden. Im Bereich der Kinderpornografie geschieht dies z.B. schon durch die Nutzung der **DOK-Verbunddatei** „Kinderpornografie“, in die jede Dienststelle

---

<sup>975</sup> Bischeltsrieder, der kriminalist 2002, S. 379

<sup>976</sup> Bischeltsrieder, der kriminalist 2002, S. 379

ihre behandelten oder aktuell zu bearbeitenden Fälle einträgt. Letztlich kann nur praxisbezogenes und aktives Handeln der Polizei zur Unterbindung der Entstehung eines rechtsfreien Raumes in den Datennetzen beitragen.<sup>977</sup> Allein das Wissen um die Möglichkeit des „Ertappt-Werdens“ schreckt viele potentielle Täter ab.

---

<sup>977</sup> Bischeltsrieder, der kriminalist 2002, S. 380



## **Kapitel 5: Die Convention on Cyber-Crime (CCC)**

Das Internet kennt keine Ländergrenzen, weshalb nicht nur innerhalb der einzelnen Staaten das Thema der Cyber-Kriminalität heiß diskutiert wird, sondern auch auf supranationaler Ebene. Besondere Erwähnung soll im Rahmen dieser Arbeit jedoch lediglich die „Convention on Cyber-Crime (CCC)“<sup>978</sup> des Europarates finden, die sehr deutlich zeigt, dass grenzüberschreitend Konsens zumindest bezüglich der Notwendigkeit der Bekämpfung der ansteigenden Kriminalität in den Datennetzen besteht. Sie ist der erste internationale Rechtsakt, der sich tiefgehend mit der Thematik Internet und Strafrecht befasst.<sup>979</sup>

393

### **A. Die historische Entwicklung der CCC**

Seit der Empfehlung des Ministerrats vom 13. September 1989<sup>980</sup>, in der den Mitgliedsstaaten Leitlinien bezüglich der Definition bestimmter Computerstraftaten vorgelegt wurden, versuchte der Europarat mehrfach, die strafrechtlichen Rahmenbedingungen im Bereich der Informationstechnologie zu harmonisieren. Schließlich kam der Lenkungsausschuss für Strafrechtsfragen des Europarates (CDPC) zum Ergebnis, dass nur ein verbindliches internationales Regelwerk wirksames Instrument zur Bekämpfung insbesondere der Datennetzkriminalität sein könne.<sup>981</sup> Er stellte daraufhin Ende 1996 ein Komitee von Cyber-Crime-Experten zusammen und betraute es mit der Ausarbeitung einer Konvention, welche Fragen des materiellen Rechts, der strafprozessualen Zwangsmaßnahmen im Bereich der Telekommunikation und Teledienste, der Tatortbestimmung bzw. des Strafanwen-

394

---

<sup>978</sup> Der Text der Convention on Cybercrime sowie der dazugehörige Explanatory Report können abgerufen werden unter:

<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/CadreListeTraites.htm> (Stand 25.02.03)

<sup>979</sup> Siehe Präambel der Konvention, Arbeitsübersetzung des Bundesjustizministeriums unter

[http://www.jura.uni-frankfurt.de/bizer/rechtsquellen/CyberCrime/CyberCrimeKonvention\(21-05-01\).pdf](http://www.jura.uni-frankfurt.de/bizer/rechtsquellen/CyberCrime/CyberCrimeKonvention(21-05-01).pdf);

sowie <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/CadreListeTraites.htm>

<sup>980</sup> Recommendation No. R. (89) 9 on computer-related crime, <http://cm.coe.int/ta/rec/1989/89r9.htm> (Stand: 2.12.02)

<sup>981</sup> Schwarzenegger,

<http://www.rws.unizh.ch/schwarzenegger/person/PornoWorkshopUnterlagen.pdf>, (Stand 25.02.03)

dungsrechts und der Rechtshilfe regeln sollte. Mit dem Ziel der Realisierung einer höchstmöglichen Harmonisierung bezog man auch Sachverständige aus den USA, Kanada und Japan mit in die Arbeiten ein.<sup>982</sup> Nach vielen Diskussionen und Änderungen in der Fassung wurde die Konvention schließlich vom Ministerkomitee des Europarates am 8.11.2001 angenommen und in Budapest am 23.11.2001 anlässlich der Internationalen Konferenz über Datennetzkriminalität zur Unterzeichnung aufgelegt. Inklusive Deutschland haben bis zum jetzigen Zeitpunkt insgesamt **35 Staaten (davon vier Nichtmitgliedstaaten des Europarates)** die Konvention unterzeichnet. Zwei davon haben sie sogar schon ratifiziert.<sup>983</sup> Der Vertrag tritt allerdings gem. Art. 36 CCC erst in Kraft, wenn fünf Staaten, davon mindestens drei Mitgliedstaaten des Europarates, ihn ratifiziert haben.

## B. Ziele und Regelungsinhalt der CCC

395

Erstes Anliegen der Konvention ist die Schaffung eines gemeinsamen, d.h. eines internationalen und nicht lediglich **europäischen Mindeststandards von Straftatbeständen**, um die Mittel zur Strafverfolgung und Verhinderung von Computerkriminalität zu vereinheitlichen und damit zu effektiveren.<sup>984</sup> Damit soll als Folge z.B. die rechtzeitige Sicherung von „flüchtigen“ Beweismitteln und Verbindungsdaten in elektronischer Form ermöglicht bzw. erleichtert werden.<sup>985</sup> Zudem zielt man darauf ab, zu gewährleisten, dass immer eine Vertragspartei für die Strafverfolgung eines Falles verantwortlich bzw. zuständig ist. Schließlich wurde die Schaffung eines schnelleren und effizienteren Rechtshilfe- und Auslieferungssystems sowohl bei herkömmlichen als auch bei computerbezogenen Delikten bezweckt,

---

<sup>982</sup> Ausführlich zur Entstehungsgeschichte siehe Schwarzenegger, in FS Trechsel, S. 308 ff. oder ders. unter

<http://www.rws.unizh.ch/schwarzenegger/person/PornoWorkshopUnterlagen.pdf>; vgl. auch den Überblick unter <http://www.sicherheit-im-internet.de/themes/themes.phtml?ttid=43&tsid=360> (Stand 25.02.03)

<sup>983</sup> Den aktuellen Stand der Unterzeichnungen und Ratifikationen findet man unter <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/CadreListeTraites.htm> (Stand 25.02.03)

<sup>984</sup> Kugelman, DuD 2001, S. 216

<sup>985</sup> Vgl. insbesondere Kapitel II, Abschnitt 2 der Konvention (v.a. Art. 16 CCC)

das bestehende Rechtshilfeübereinkommen oder bilaterale Verträge ergänzt oder eingreift, wo solche nicht existieren.<sup>986</sup>

Die Konvention folgt einem **dreistufigen Aufbau** in (4) Kapitel, Abschnitte und (47) Paragraphen. Das erste Kapitel regelt die Begriffsbestimmungen. Wesentliche Bedeutung kommt dabei der sehr weit gefassten Definition der „Verbindungsdaten“ zu. Telekommunikations- und Internetdienstleister können hierdurch verpflichtet werden, den Ermittlungsbehörden auch solche Daten zur Verfügung zu stellen, die außerhalb ihrer „Billingprozesse“ anfallen, was das Risiko kostenintensiver Investitionen zur Ermöglichung von Zusatzrecherchen erhöht.<sup>987</sup> Das zweite Kapitel enthält konkrete Vorgaben für die von den Unterzeichnerstaaten zu schaffenden nationalen Normen im Bereich des materiellen und des prozessualen Strafrechts.<sup>988</sup> Dabei regelt der anschließend genauer zu betrachtende **Art. 9 CCC die „Straftaten in Bezug auf Kinderpornografie“**. Kapitel III schreibt die allgemeinen Grundsätze der internationalen Zusammenarbeit fest und betrifft dabei im Besonderen Regelungen der Auslieferung und Rechtshilfe. Im letzten Kapitel finden sich lediglich „Schlussbestimmungen“ zum Inkrafttreten, zur Unterzeichnung, zum Beitritt, zum räumlichen Geltungsbereich, zur Wirkung der Konvention sowie abschließende Erklärungen und Vorbehalte.<sup>989</sup>

396

## C. Regelungen der CCC zur Kinderpornografie

Wie vorhergehend erwähnt, befasst sich Art. 9 der Konvention ausschließlich mit Straftaten bezüglich Kinderpornografie. Die Vorschrift gliedert sich in vier Absätze, wobei der erste die einzelnen Tat-

397

---

<sup>986</sup> Siehe Schwarzenegger unter <http://www.rws.unizh.ch/schwarzenegger/person/PornoWorkshopUnterlagen.pdf> (Stand 25.02.03)

<sup>987</sup> Krader, DuD 2001, S. 345

<sup>988</sup> Z.B.: Art. 7: Computerurkundenfälschung, Art. 8: Computerbetrug, Art. 10: Urheberrechtsverletzungen; siehe hierzu im Einzelnen den Vertragstext oder den Überblick von Krader, DuD 2001, S. 345

<sup>989</sup> Vgl. den Text der Konvention in deutscher Übersetzung unter [http://www.jura.uni-frankfurt.de/bizer/rechtsquellen/CyberCrime/CyberCrimeKonvention\(21-05-01\).pdf](http://www.jura.uni-frankfurt.de/bizer/rechtsquellen/CyberCrime/CyberCrimeKonvention(21-05-01).pdf) (Stand 25.02.03)

handlungen umschreibt. In den Absätzen 2 und 3 werden die Begriffe Kinderpornografie und Kind näher definiert und in Absatz 4 befinden sich schließlich Bestimmungen zur innerstaatlichen Umsetzung. An dieser Stelle erfolgt überblicksartig eine Betrachtung der einzelnen Regelungen und der jeweils dahinter stehenden Zielsetzungen. Dabei wird am Anfang einer jeden Betrachtung der entsprechende Absatz des Art. 9 CCC in Deutsch nach einer Arbeitsübersetzung des Bundesministeriums des Innern (BMI)<sup>990</sup> zitiert.

## I. Ziele des Art. 9 CCC

398

Zu beginnen ist die Betrachtung von Art. 9 CCC mit der dahinter stehenden Zielsetzung der „Normväter“, denn für das richtige Verständnis der einzelnen Regelungen ist eine diesbezügliche Kenntnis Grundvoraussetzung. So war bei der Schaffung der Norm zwar in den meisten Staaten bereits eine Strafbarkeit z.B. der traditionellen Produktion und physikalischen (d.h. körperlichen) Verbreitung von Kinderpornografie gegeben. Doch sah man in den letzten Jahren immer deutlicher die Notwendigkeit einer Modernisierung dieser innerstaatlichen Bestimmungen im Wege einer gezielten Ergänzung „neuer“ Tatmodalitäten oder der Anpassung herkömmlicher Begehungsweisen an die Gegebenheiten des neuen Kommunikationszeitalters. Die stetig wachsende Bedeutung des Internets als Mittel zur Verbreitung krimineller Inhalte machte es erforderlich, endlich solche Tathandlungen ausdrücklich und eindeutig gesetzlich zu erfassen, die mittels Computernetzen begangen worden sind. Hierdurch sollte der Schutz der Kinder vor sexueller Ausbeutung verschärft werden. Art. 9 CCC resultiert aus der in ihrem Aktionsplan geäußerten Besorgnis der Staats- und Regierungschefs des Europarates und korrespondiert mit dem internationalen Trend, Kinderpornografie nachhaltig zu bekämpfen.<sup>991</sup>

---

<sup>990</sup> Abrufbar unter [http://www.jura.uni-frankfurt.de/bizer/rechtsquellen/CyberCrime/CyberCrimeKonvention\(21-05-01\).pdf](http://www.jura.uni-frankfurt.de/bizer/rechtsquellen/CyberCrime/CyberCrimeKonvention(21-05-01).pdf) (Stand 25.02.03)

<sup>991</sup> Action Plan on promoting safe use of the Internet, Doc. INFO 2000, 67/97 (zit. nach Ritz, Inhalteverantwortlichkeit, S. 212, dort Fn. 829); vgl. auch Explanatory Report zu Art. 9 CCC, abrufbar unter <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/CadreListeTraites.htm> (Stand 25.02.03).

## II. Normanalyse

### 1. Tathandlungen, Art. 9 I CCC

*(1) Jede Vertragspartei trifft die erforderlichen gesetzgeberischen und anderen Maßnahmen, um die folgenden Handlungen, wenn sie vorsätzlich und unbefugt begangen werden, als Straftaten nach ihrem innerstaatlichen Recht festzulegen:*

- a) das Herstellen von Kinderpornographie zum Zweck ihrer Verbreitung über ein Computersystem;*
- b) das Anbieten oder Zugänglichmachen von Kinderpornographie über ein Computersystem;*
- c) das Verbreiten oder Übertragen von Kinderpornographie über ein Computersystem;*
- d) das Beschaffen von Kinderpornographie über ein Computersystem für sich selbst oder einen anderen;*
- e) den Besitz von Kinderpornographie in einem Computersystem oder auf einem Computerdatenträger.*

Im ersten Absatz des Art. 9 CCC werden verschiedene Fallgestaltungen der elektronischen Produktion, des Besitzes und der Verbreitung kinderpornografischer Materialien pönalisiert. Durch Ziffer a (Herstellung zum Zwecke der Verbreitung über ein Computernetz) sollten die Gefahren, welche mit dem Austausch im Internet verbunden sind, bereits in ihrem Ursprung gebannt werden. So ist es nämlich weithin anerkannt, dass kinderpornografische Materialien und das gängige „Netz-Verhalten“ der Pädophilen (wie Austausch von Ideen, Fantasien und Ratschlägen) unterstützend, fördernd, vereinfachend oder auch ermutigend wirken können, wenn es um die Begehung des sexuellen Missbrauchs bzw. sexuelle Übergriffe auf Kinder geht.<sup>992</sup> Ebenfalls auf das Verbreiten und zusätzlich die Übertragung von Kinderpornografie mittels Computernetzen bezieht sich Ziffer c. Dabei ist

399

---

Dass internationale Zusammenarbeit im Bereich der Kinderpornografie ernst genommen und praktiziert wird, zeigen u.a. die Operationen „Cathedral“ und „Bavaria“, näheres dazu im Bericht zur Konferenz des BKA Wiesbaden „Bekämpfung der Kriminalität im Internet“ vom 15./16.02.00, abrufbar unter [www.bka.de](http://www.bka.de) (Stand 12.04.02)

<sup>992</sup> Vgl. Explanatory Report zu Art. 9 CCC, abrufbar unter <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/CadreListeTraites.htm> (Stand 25.02.03)

im Rahmen dieser Regelungen unter Verbreiten die aktive „Ausstreuung“ des Materials an andere zu verstehen, während das Übertragen die Versendung von Kinderpornografie durch ein Computersystem an eine andere Person meint.

400 In Abs. 1 b geht es um das **Anbieten oder Zugänglichmachen** von Kinderpornografie durch ein Computersystem. Hiermit wird beabsichtigt, das Verleiten anderer Netzteilnehmer zum Konsum von Kinderpornografie durch gezieltes Ansprechen zu erfassen. Diese Handlungen implizieren nämlich, dass die anbietende Person aktuell in der Lage ist, andere Personen mit entsprechenden Materialien zu beliefern. Intention der Tatbestandsalternative des Zugänglichmachens war es, das Platzieren von kinderpornografischen Inhalten in das Blickfeld anderer und damit die Ermöglichung des Gebrauchs zu bestrafen. Hierzu zählt insbesondere die Erstellung kinderpornografischer Web-Sites. Schließlich zielt Ziffer b noch darauf ab, die Zusammenstellung von Hyperlinks zu anderen kinderpornografischen Seiten mit dem Ziel der Vereinfachung des Zugangs zu solchen Angeboten ohne Schwierigkeiten verfolgen zu können. Insofern stellt Art. 9 CCC eine Neuerung und Klarstellung dar, denn die Behandlung von Hyperlinks ist im deutschen Recht noch immer äußerst umstritten.

401 Die letzten beiden umschriebenen Tathandlungen sind das Beschaffen (Ziffer d) und das Besitzen von Kinderpornografie in einem Computersystem oder auf einem Datenträger (Ziffer e). Die erste Alternative meint das **aktive Verschaffen** solcher Darstellungen, insbesondere durch deren „Download“ aus dem Internet. Die Strafbarkeit des Besitzes wurde aufgenommen, weil dieser die Nachfrage nach Kinderpornografie fördert. Man sah nämlich einen effektiven Weg zur Verringerung der Herstellung kinderpornografischer Medien insbesondere darin, das Verhalten jedes einzelnen Mitglieds in der Kette von der Produktion bis zum Besitz mit strafrechtlichen Konsequenzen zu belegen.

402 Der vorhergehende Überblick zeigt, dass eine Umsetzung der Vorgaben der Konvention bezüglich neu zu schaffender Tatbestände **kaum wesentliche Neuerungen für das deutsche Strafrecht** bringen

kann, denn im StGB sind die meisten Tathandlungen und möglichen Tatmodalitäten in Bezug auf Kinderpornografie umfassend geregelt.<sup>993</sup> Art. 9 CCC hätte für das deutsche Recht hingegen in erster Linie Klarstellungswirkung. Zum einen würden ausdrücklich solche Handlungen für strafbar erklärt, die in Verbindung mit Computernetzen stehen und deren Einordnung derzeit noch große Probleme bereitet. So verhält es sich z.B., wenn es um den Verbreitensbegriff geht. Hier ist in Rechtsprechung und Literatur seit langem heftig umstritten, ob das Verbreiten die körperliche Weitergabe voraussetzt. Zwar ist der BGH in seinem Urteil vom 27.06.2000 vom Kriterium der Körperlichkeit abgewichen und hat ein Verbreiten über Computernetze für möglich erklärt. Dennoch führte dieses Urteil nicht zu einer Beendigung der Diskussionen. Eine Umsetzung von Art. 9 I a und c könnte endlich Klarheit bringen, denn dort wird ausdrücklich vom „Verbreiten über Computernetze“ gesprochen. Nach deutschem Recht kann von einem Verbreiten zudem nur dann die Rede sein, wenn eine unbestimmte Anzahl von Personen die Möglichkeit der Kenntnisnahme erhält.<sup>994</sup> Davon wird selbstverständlich das Versenden einer E-Mail an eine oder eine bestimmte Anzahl von Personen also nicht erfasst. Es wurde bereits an anderer Stelle die Frage aufgeworfen, ob dies eine gerechtfertigte Einschränkung darstellt.<sup>995</sup> Da mit zunehmender Digitalisierung und Nutzung von Computernetzen auch der E-Mail-Verkehr an Bedeutung und Beliebtheit gewinnt, erscheint es fast zwingend, auf diese Einschränkung zu verzichten. Daher wäre es angebracht, Art. 9 Abs. 1 c CCC in einer Weise auszulegen, die es erlaubt, auch das Versenden einer E-Mail mit kinderpornographischem Inhalt ohne Auslegungsschwierigkeiten strafrechtlich zu ahnden.

---

<sup>993</sup> Vgl. hierzu umfassend Kapitel 2, B.III.

<sup>994</sup> Vgl. ausführlich Kapitel 2, B.III.1.; Soiré, *Kriminalistik* 2002, S. 222

<sup>995</sup> Siehe hierzu Kapitel 2, B.III.1. und Kapitel 2, C.

## 2. Begriff der Kinderpornografie in Art. 9 II CCC

(2) Im Sinne von Absatz 1 umfasst „Kinderpornographie“ pornographisches Material mit der visuellen Darstellung

- a) einer minderjährigen Person bei sexuell eindeutigen Handlungen;
- b) einer Person, die als eine minderjährige Person bei sexuell eindeutigen Handlungen erscheint;
- c) realistische Bilder, die eine minderjährige Person bei sexuell eindeutigen Handlungen zeigen.

403

Art. 9 II CCC zählt abschließend auf, welche Darstellungen als kinderpornografisch eingestuft werden können. Dabei orientiert sich der Terminus „pornografisches Material“ hauptsächlich an den nationalen „Standards“ bezüglich der Einstufung von Darstellungen als obszön oder unanständig, als unvereinbar mit allgemeinen Moralvorstellungen oder als gleichsam verdorben. Deshalb können Bilder oder Filme, die einen künstlerischen, medizinischen, wissenschaftlichen oder ähnlichen Wert besitzen, nicht als pornografisch betrachtet werden. Die visuelle Darstellung schließt auf Computern, Disketten oder anderen elektronischen Speichermedien festgehaltene Daten mit ein, sofern sie die Möglichkeit in sich tragen, in ein sichtbares Bild umgewandelt zu werden. Unter die „sexuell eindeutigen Handlungen“ fällt sowohl echtes als auch simuliertes sexuelles Verhalten. Im Einzelnen bedeutet dies:

- *Geschlechtsverkehr i.S.v. genital-genital, oral-genital, anal-genital oder oral-anal zwischen Minderjährigen oder zwischen Erwachsenen und Minderjährigen, egal ob vom gleichen oder anderen Geschlecht,*
- *Sodomie,*
- *Masturbation,*
- *sadistischer oder masochistischer Missbrauch in sexuellem Kontext,*
- *laszive Zurschaustellung der Genitalien oder Intimbereiche von Minderjährigen.*

404

Zu den speziell als Kinderpornografie anzusehenden Aufzeichnungen zählen wie im deutschen Recht der sexuelle Missbrauch von

tatsächlichen Kinder (Ziffer a) und auch der von solchen Personen, die lediglich minderjährig erscheinen. Ziffer c meint hingegen Darstellungen, bei denen – obwohl sie realistisch wirken – in der Realität keine Kinder involviert waren. Dies beinhaltet z.B. veränderte oder zusammengesetzte Bilder, verfremdete Darstellungen natürlicher Personen oder auch vollständig computergenerierte Materialien. Was die Zielsetzung der einzelnen Fallgestaltungen anbelangt, so sind hier leichte Unterschiede erkennbar. Ziffer a richtet sich im Wesentlichen auf den Schutz der misshandelten Kinder (**Darstellerschutz**), während es das Ziel der anderen beiden Ziffern ist, vor solchem Verhalten zu schützen, das zwar nicht direkt dem dargestellten „Kind“ schadet, weil ja gerade auch **Scheinkinder** erfasst werden, sondern vielmehr dazu benutzt werden kann, Kinder zur Teilnahme an solchen Aktivitäten zu verführen oder zu verleiten und deshalb einen Teil der den Kindesmissbrauch favorisierenden Subkultur bildet.<sup>996</sup>

Insofern wird die Konvention somit weitestgehend den deutschen Ansprüchen gerecht. Insbesondere erkannte die Expertenkommission die Gefahren, die von wirklichkeitsnaher Pornografie ausgehen können. Zudem wollte man die mit ihr oftmals verbundenen Beweisschwierigkeiten bezüglich des Vorliegens eines echten Kindesmissbrauchs vermeiden, um einen effektiven Kinderschutz erreichen zu können. Allerdings gibt es einen gewichtigen Punkt, in dem unser Strafrecht weiter geht. So erfasst es nämlich – wie bereits ausführlich erläutert – grundsätzlich auch fiktivpornografische Darstellungen.<sup>997</sup> Die Konvention ist hingegen dahingehend auszulegen, dass die innerstaatliche Pönalisierung solcher Materialien nicht gefordert wird, da die Aufzählung in Art. 9 II a-c abschließend zu verstehen ist. In diesem Zusammenhang gilt es, das **Urteil des amerikanischen Supreme Courts vom 16.4.2002** zu erwähnen, in welchem entschieden wurde, dass virtuelle Bilder nicht unter den strafrechtlichen Begriff der Kinderpornografie fallen, sondern vom Ersten Zusatzartikel der amerika-

405

---

<sup>996</sup> Vgl. Explanatory Report, zu Art. 9 CCC abrufbar unter <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/CadreListeTraites.htm> (Stand 25.02.03)

<sup>997</sup> Vgl. hierzu ausführlich Kapitel 2, B.II.2.d.aa.

nischen Verfassung geschützt sind.<sup>998</sup> Ausgangspunkt war hier der „**Child Pornography Prevention Act of 1996**“ (CPPA) mit dem die amerikanische Regierung eine Erweiterung der bundesstaatlichen Regelungen über das Verbot von Kinderpornografie beabsichtigte. Hiernach sollten zukünftig alle visuellen Darstellungen unter Strafe gestellt werden, die den Anschein erwecken oder das Gefühl vermitteln, es handele sich hierbei um Minderjährige, die an sexuell eindeutigen Handlungen beteiligt waren.<sup>999</sup>

406

Diese Definition umfasst damit sowohl solche Darstellungen, die keinen Minderjährigen abbilden, aber derart erscheinen, als auch alle **computeranimierten und computergenerierten Darstellungen**, die keine wirklichen Menschen zeigen. Diese weite Auslegung empfand das Gericht als zu ausufernd und vage, weil sich hier jemand wegen Kindesmissbrauch strafbar machen könnte, ohne dass es überhaupt zu einem solchen gekommen sein musste.<sup>1000</sup> Die Richter stützten ihre Ansicht auf das **Recht der Meinungsfreiheit**, welches in Amerika durch das „**First Amendment**“ (also den Ersten Zusatzartikel der Verfassung) gewährleistet wird und einen sehr hohen Stellenwert und Schutz genießt.<sup>1001</sup> Man definierte Pornografie vielmehr nach den Grundsätzen, die in den zwei zurückliegenden Fällen „**Ferber**“ und „**Miller**“ entwickelt worden waren. Verbotene Pornografie sei hiernach dann erst gegeben, wenn die Darstellung obszönen Charakters ist (Ferber) oder die Ausbeutung bzw. den Missbrauch eines Kindes beinhaltet (Miller).<sup>1002</sup>

---

<sup>998</sup> U.S. Supreme Court, *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 122 S.Ct. 1389, abrufbar unter <http://www.cdt.org/speech/020416cppa.pdf> (Stand 15.12.2002); siehe hierzu ausführlich Empt, ZUM 2002, S. 613 ff.

<sup>999</sup> U.S. Supreme Court, *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 122 S.Ct. 1389, abrufbar unter <http://www.cdt.org/speech/020416cppa.pdf> (Stand 15.12.2002), S. 1; siehe auch Empt, ZUM 2002, S. 614

<sup>1000</sup> U.S. Supreme Court, *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 122 S.Ct. 1389, abrufbar unter <http://www.cdt.org/speech/020416cppa.pdf> (Stand 15.12.2002), S. 4

<sup>1001</sup> Siehe auch Empt, ZUM 2002, S. 614 f.

<sup>1002</sup> U.S. Supreme Court, *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 122 S.Ct. 1389, abrufbar unter <http://www.cdt.org/speech/020416cppa.pdf> (Stand 15.12.2002),

Nach Meinung der Richter wird aber der CPPA keiner dieser beiden Definitionen gerecht und ist damit unvereinbar mit der amerikanischen Verfassung.<sup>1003</sup> Zudem verneinte man die Möglichkeit der Einschränkung der Meinungsfreiheit, sofern eine Schrift lediglich die Tendenz hat, den Betrachter zu verbotenem Handeln zu verleiten oder anzuregen.<sup>1004</sup> Allerdings wollte die Regierung mit dem CPPA überhaupt keine Einschränkung der Meinungsfreiheit erreichen, sondern die Beweislast darüber, ob eine einwandfreie und gesetzesmäßige Schrift vorliegt, auf den Beschuldigten verlagern.<sup>1005</sup> Schlussendlich blieb es jedoch bei der höchstrichterlichen Rechtsprechung, gemäß der die Vermutung eines Verbrechens die Einschränkung der Meinungsfreiheit nicht rechtfertigen kann und der CPPA mit der Meinungsfreiheit in Einklang gebracht werden muss, bevor er angenommen und vom Gericht umgesetzt werden darf. Die CCC zeigt sich in ihrer Fassung, was den Realitätsgrad der Darstellungen anbelangt, nicht derart einschränkend wie das US-Urteil. Sie schließt zwar rein fiktive Kinderpornografie vom Anwendungsbereich des Art. 9 CCC aus, umfasst jedoch alle Varianten wirklichkeitsnaher Materialien.

### 3. Begriff des Kindes, Art. 9 III CCC

*(3) Im Sinne von Absatz 2 umfasst der Ausdruck „minderjährige Person“ alle Personen unter 18 Jahren. Eine Vertragspartei kann jedoch eine niedrigere Altersgrenze vorsehen, wobei 16 Jahre nicht unterschritten werden dürfen.*

Nach dem dritten Absatz des Art. 9 CCC zählen zu den „minderjährigen Personen“ in Bezug auf Kinderpornografie übereinstimmend mit Art. 1 der UN-Kinderrechtskonvention vom 20.11.1989<sup>1006</sup> **alle**

---

S. 1 f.; vgl. auch Empt, ZUM 2002, S. 615 f. mit Ausführungen zu weiteren einschlägigen Fällen

<sup>1003</sup>Vgl. ausführlich Empt, ZUM 2002, S. 617 f.

<sup>1004</sup>U.S. Supreme Court, *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 122 S.Ct. 1389, abrufbar unter <http://www.cdt.org/speech/020416cppa.pdf> (Stand 15.12.2002), S. 5

<sup>1005</sup>U.S. Supreme Court, *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 122 S.Ct. 1389, abrufbar unter <http://www.cdt.org/speech/020416cppa.pdf> (Stand 15.12.2002), S. 4

<sup>1006</sup>BGBI. 1992 II, S. 122

**Personen, die jünger sind als 18 Jahre.** Es wurde als äußerst wichtige politische Angelegenheit betrachtet, einen einheitlichen internationalen Standard bezüglich der Altersgrenze festzusetzen. Dabei muss aber bemerkt werden, dass sich diese Grenze auf den Missbrauch von (wirklichen oder nur so erscheinenden) Kindern als Sexualobjekte bezieht und unabhängig vom Alter bei freiwilligen sexuellen Beziehungen ist. Dennoch erlaubt Satz 3 den Staaten auch eine niedrigere Grenze zu wählen, sofern sie die Marke von 16 Jahren nicht unterschreitet. Diese Regelung basiert darauf, dass in einigen Staaten eine geringere Schwelle in Bezug auf Kinderpornografie angesetzt wird. Insgesamt ist in diesem Punkt große Uneinigkeit zu erkennen, obwohl es fundamental wichtig wäre, einen einheitlichen Maßstab bei diesem Grundbegriff anzusetzen.

409

Hier ein paar Beispiele: Deutschland und Österreich schützen Kinder nur bis zum Alter von 14 Jahren<sup>1007</sup> und müssten daher ihre Altersgrenze auf mindestens 16 Jahre anheben, um den Ansprüchen der CCC zu entsprechen.<sup>1008</sup> Belgien, Holland, Schweiz und Großbritannien erfüllen hingegen bereits die Forderungen der CCC und schützen Minderjährige bis 16 Jahren.<sup>1009</sup> Weiterhin erfassen die Strafgesetze von Frankreich, Italien, Kanada sowie den USA sogar Personen bis zu einem Alter von 18 Jahren und befinden sich damit vollständig im Einklang mit der UN-Kinderrechtskonvention von 1989<sup>1010</sup> und der CCC. Dänemark und Schweden lösen die Altersproblematik in völlig anderer Weise, indem mit flexiblen Altersgrenzen im Hinblick auf den Abschluss der Pubertät der Kinder gearbeitet wird.<sup>1011</sup> Daher müssen diese Länder in Entsprechung zur CCC **entweder** eine  **feste Altersgrenze** von mindestens 16 Jahren festlegen **oder** bei den  **flexiblen Altersgrenzen** das Mindestalter von 16 Jahren nie unterschreiten.

---

<sup>1007</sup>Sieber, Kinderpornografie, S.17

<sup>1008</sup>Vgl. hierzu schon Kapitel 2, B.II.2.a.

<sup>1009</sup>Sieber, Kinderpornografie, S. 17

<sup>1010</sup>Abrufbar unter

[http://www.bmfsfj.de/top/dokumente/Artikel/ix\\_44281.htm?template=single&id=44281\\_4833&script=1&ixepf=44281\\_4833](http://www.bmfsfj.de/top/dokumente/Artikel/ix_44281.htm?template=single&id=44281_4833&script=1&ixepf=44281_4833) (Stand 4.03.2003)

<sup>1011</sup>Sieber, Kinderpornografie, S. 17

#### 4. Innerstaatliche Umsetzung i.S.v. Art. 9 IV CCC

*(4) Jede Vertragspartei kann sich das Recht vorbehalten, die Absätze 1 Buchstaben d) und e) sowie 2 Buchstaben b) und c) ganz oder teilweise nicht anzuwenden.*

Absatz 4 erlaubt den Vertragsparteien, bestimmte Vorgaben der Bestimmung gar nicht oder nur teilweise ins innerstaatliche Recht umzusetzen. In Übereinstimmung mit Art. 42 der Konvention muss aber jeder derartige Vorbehalt zum Zeitpunkt der Vertragsunterzeichnung oder bei der Vorlegung der Urkunden bezüglich der Ratifikation, der Zustimmung, der Anerkennung oder der Einigung dem Generalsekretär des Europarates angezeigt werden. 410

### III.Fazit

Das **Hauptverdienst** der Konvention besteht darin, klarzustellen, dass die genannten Tathandlungen auch mittels oder in Computernetzen begangen werden können, denn bezüglich einiger Verhaltensweisen ist gerade dieser Punkt äußerst umstritten, etwa bei dem bereits oben erläuterten Begriff des Verbreitens. **Negativ** fallen jedoch die vielen Bestimmungen auf, die es den Vertragsstaaten erlauben, ganz oder teilweise von den Vorgaben der Konvention abzuweichen. So ist u.a. eine **einheitliche Altersgrenze für alle Parteien erforderlich**. Es kann nicht sein, dass die gleiche Person in einem Land als minderjährig gilt und in dem anderen nicht. Dies führt zu Verwirrungen und Unklarheiten. Gerade weil das Internet nicht an Ländergrenzen halt macht, muss insoweit Rechtssicherheit bestehen. Andernfalls ändert sich nichts an der derzeitigen unbefriedigenden Rechtssituation im Hinblick auf die Verfolgung von Kinderpornografie. Es bleibt also insgesamt eine größere Konsequenz und Verbindlichkeit der Konventionsbestimmungen zu fordern, um einen spürbaren Fortschritt zu erreichen. 411

Schließlich ist die Konvention jedoch insoweit zu loben, als sie zeigt, dass über die Landesgrenzen hinaus die Gefahren der Globalität des Internets erkannt werden und die Bereitschaft zur Bekämpfung auf internationaler Ebene stetig wächst. Schwierigkeiten bei der „rechtli- 412

chen Annäherung“ bereiten hier natürlich die traditionellen und kulturellen Unterschiede zwischen den einzelnen Staaten. Dass aber von althergebrachten Vorstellungen und Ansichten abgewichen werden kann, zeigt z.B. Japan, wo es bis vor ein paar Jahren den Straftatbestand der Kinderpornografie noch überhaupt nicht gab, obwohl dieses Land eine Hochburg der Kinderpornografie war. Mittlerweile hat Japan die Altersgrenze sogar auf 18 Jahre angehoben.<sup>1012</sup> Je mehr Staaten sich also an der Umsetzung der Konvention beteiligen und je einheitlicher diese erfolgt, desto höher werden die Effektivität und der Verdienst der Cyber-Crime-Convention einzustufen sein.

---

<sup>1012</sup>Sieber, Kinderpornografie, S. 17

## Kapitel 6: Zusammenfassung

Die nachfolgende Schlussbetrachtung dient der Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse der vorliegenden Untersuchung. Eine vollständige Zusammenfassung und Stellungnahme befindet sich bereits am Ende eines jeden Kapitels oder Problempunktes.

### **A. Ergebnisse Kapitel 1 (Strafanwendungsrecht)**

Das erste Kapitel der Arbeit behandelt das Strafanwendungsrecht, d.h. die Frage nach dem Umfang der deutschen Strafgewalt. Grundsätzlich kann jeder Staat diese Grenzen selbst festlegen (Kompetenz-Kompetenz), sofern er bestimmte völkerrechtliche Prinzipien wie das **Nichteinmischungs- und Willkürverbot** beachtet. Daher wird das Vorliegen eines **besonderen Anknüpfungspunktes** verlangt, was prinzipiell dann angenommen werden kann, wenn die Voraussetzungen der Prinzipien des Internationalen Strafrechts alternativ oder kumulativ vorliegen. Es hat sich dabei herausgestellt, dass nur der Territorialitäts- und der Weltrechtsgrundsatz für die Verfolgbarkeit von Kinderpornografie im Internet Bedeutung erlangen.

413

### **I. Das Territorialitätsprinzip**

Gemäß dem Territorialitätsprinzip ist deutsches Strafrecht dann anwendbar, wenn der Handlungs- oder/und Erfolgsort im Inland liegen (vgl. §§ 3 und 9 StGB). Trotz der Existenz einer Fülle anderer Ansichten bleibt der **Handlungsort** gemäß der herkömmlichen Auslegungsweise abhängig vom Aufenthaltsort des Täters zu bestimmen und kann nicht durch eine virtuelle Anwesenheit abhängig von den Wirkungen der Handlung bzw. abhängig vom jeweiligen Standort des Servers festgesetzt werden. Bei der Betrachtung des **Erfolgsortes** stellte sich die schwierige Frage, ob abstrakte Gefährdungsdelikte, zu denen auch § 184 StGB zählt, einen tatbestandlichen Erfolg aufweisen oder nicht, denn nur bei einer bejahenden Antwort kann ein entsprechender Erfolgsort gesucht werden. Zu dieser Problematik werden die verschiedensten Ansichten vertreten. Dennoch musste man hier zu einem ablehnenden Ergebnis in dem Sinne kommen, dass abstrakte Gefährdungsdelikte keinen zum Tatbestand gehörenden Erfolg auf-

414

weisen, weil eine abstrakte Gefahr gerade keine Veränderung in der Außenwelt darstellt, sondern lediglich Attribut der Tathandlung bzw. gesetzgeberisches Motiv zur Schaffung des jeweiligen Delikts ist.

415

Bei den abstrakten Gefährdungsdelikten ging der Gesetzgeber nämlich von einer grundsätzlich immer gegebenen Gefährlichkeit der jeweiligen Tathandlung aus. Diese darf aber nicht mit dem Begriff der Gefahr, welcher z.B. den konkreten Gefährdungsdelikten zugrunde liegt, verwechselt werden: So ist – allgemein gesprochen – in einer **Gefahr** ein Zustand zu sehen, während **Gefährlichkeit** dann vorliegt, wenn einem Tätigkeitsakt die Wahrscheinlichkeit innewohnt, ein Objekt zu schädigen. Dass es neben der konkreten Gefahr auch weniger schwer wiegende Gefahren gibt, die für eine Strafbarkeit nicht ausreichen, darf aber keinesfalls zu der Schlussfolgerung führen, abstrakte Gefahren seien gerade solche weniger schwer wiegenden, also Gefahren geringeren Maßes. Genau genommen gibt es eine abstrakte Gefahr schon gar nicht, da eine Gefahr entweder existiert oder nicht, aber keinesfalls abstrakt „bestehen“ kann. Es handelt sich vielmehr um eine unglückliche Formulierung, die zu einigen Missverständnissen geführt hat und noch immer führt. Im Ergebnis kommt es beim Territorialitätsprinzip also nur auf den Handlungsort an, der sich nach dem jeweiligen Aufenthaltsort des Täters bemisst.

## II. Das Weltrechtsprinzip

416

Neben dem **Territorialitätsprinzip** kommt auch der Weltrechtsgrundsatz zur Anwendung, denn in § 6 Nr. 6 StGB wird die weltweite Geltung des deutschen Strafrechts für Taten nach § 184 III und IV bestimmt. Die nähere Betrachtung dieses Prinzips hat jedoch gezeigt, dass es an großen **Legitimationsmängeln** bzw. **-unsicherheiten** sowohl in formeller als auch in materieller Hinsicht leidet. Es kann zumindest keinesfalls als gefestigt und unumstritten bezeichnet werden. Zudem diskutiert man in diesem Zusammenhang das Zusatzanfordernis eines spezifischen sinnvollen Anknüpfungspunktes. Es konnte festgestellt werden, dass ein solches dem Wortlaut der Norm nicht zu entnehmen ist und es daher darauf tatsächlich nicht ankommen soll. Schließlich besteht der Gesetzeszweck ja gerade darin, Straftaten ge-

gen universelle Interessen aller Völker unabhängig von Tatort etc. zu ahnden. Als Ergebnis muss aber auch festgehalten werden, dass es einen gleichrangigen Anspruch aller Staaten zur Ahndung internationaler Verbrechen nicht geben kann. Ein Eingreifen zweitrangig betroffener Nationen ist sowohl politisch als auch völkerrechtlich äußerst problematisch, wenn die direkt betroffenen Länder die in Frage stehenden Taten verfolgen können und das auch beabsichtigen. Somit endet die Strafzuständigkeit grundsätzlich zunächst an den Ländergrenzen und es bleibt die Reaktion des „Tatortlandes“ auf die Tat abzuwarten, bevor eventuelle eigene Maßnahmen ergriffen werden dürfen. Im Ergebnis sollten in Bezug auf Delikte nach § 6 Nr. 2 – 8 StGB also die Länder mit dem größten territorialen Bezug primär zur Strafverfolgung berechtigt und verpflichtet sein, während andere Staaten nur subsidiär ahndend tätig werden dürfen.

## **B. Ergebnisse Kapitel 2 (Normanalyse)**

### **I. Die Schutzgüter**

Die am Anfang der Normanalyse stehende Betrachtung der einzelnen Schutzgüter hat verschiedene Normziele gezeigt. Speziell im Zusammenhang mit der Kinderpornografie ergaben sich folgende Schutzzwecke: 417

- *Schutz vor Fehlentwicklungen,*
- *Schutz vor sexuellem Missbrauch durch Konsum*
  - *Unmittelbarer Missbrauch durch den Konsumenten*
  - *Mittelbarer Missbrauch durch den Konsum,*
- *Schutz vor sexuellem Missbrauch durch Herstellung.*

### **II. Die Tatmedien**

Was den Begriff der Schrift anbelangt, so verweist § 184 III StGB auf § 11 III und stellt diese damit den dort genannten Tatmedien gleich. Die nähere Untersuchung der Begrifflichkeiten hat gezeigt, dass in Literatur und Rechtsprechung zwischen den einzelnen Begriffen überwiegend nicht sauber differenziert wird. Daher muss an dieser Stelle eine kurze Klarstellung erfolgen: Den **Oberbegriff** der Tatmedien bildet die „**Darstellung**“, die damit bereits begrifflich alle ande- 418

ren Tatmedien mit einschließt. Daher sind die übrigen lediglich spezielle Formen der Darstellung. Mit der gesetzlich formulierten Gleichstellung wird lediglich eine Gleichbehandlung aller in § 11 III StGB genannten Tatmedien hinsichtlich Gesetzesanwendung und Rechtsfolgen bewirkt, soweit auf sie (wie in § 184 StGB) durch einen „Sammelverweis“ abgestellt wird. Es heißt keinesfalls (wie oftmals missverständlich in diversen Publikationen formuliert), alle Tatmedien seien Schriften, auch wenn dieser Begriff in den Verweisungsnormen als Oberbegriff genannt wird. Im Ergebnis kommt es also auf eine genaue Differenzierung zwischen dem rechtswidrigen Inhalt und dem Gegenstand an, auf dem jener erst verkörpert wird. Beides darf nicht verwechselt oder gar gleichgesetzt werden.

419

Zudem lässt sich festhalten, dass Internetinhalte – sofern sie (wie es normalerweise der Fall ist) von einem nichtflüchtigen Speichermedium stammen – seit der Gesetzesänderung jedenfalls unter den Begriff des Datenspeichers zu fassen sind, egal ob sie überwiegend Bilder, Ton oder Buchstaben enthalten, da es hierbei weniger auf den Inhalt als auf das gewählte Speichermedium ankommt. Eine auf einem Datenträger gespeicherte E-Mail fällt daher unter den Begriff des Datenspeichers und nicht automatisch – nur weil sie hauptsächlich aus Buchstaben besteht – unter den Schriftenbegriff. Bezogen auf die Verbreitung kinderpornografischer Bilddateien via E-Mail oder Internet bedeutet dies Folgendes:

- *Die enthaltenen Fotos stellen einen geistigen Inhalt dar,*
- *der durch die Speicherung auf Diskette, CD-ROM oder Festplatte etc. verkörpert und*
- *mit Hilfe des Computers (bzw. Computerbildschirms) dargestellt wird.*

420

Schließlich müssen Arbeitsspeicher und Cache-Server aus dem Anwendungsbereich des § 11 III StGB hauptsächlich aus zwei Gründen ausgeschlossen bleiben: Zum einen, weil sie lediglich eine scheinbare Verkörperung der betreffenden Daten bewirken, und zum anderen, weil eine Aufnahme in diese Norm unnötig ist, da die fragli-

chen Daten unabhängig von ihrer Speicherung im Arbeitsspeicher bereits auf dauerhaften Datenträgern vorliegen.

### III. Der verbotene Inhalt

Unter Kinderpornografie i.S.v. § 184 III 2. Alt. StGB sind Darstellungen des sexuellen Missbrauchs von Kindern i.S.v. §§ 176, 176 a und 176 b StGB zu verstehen. Dabei umfasst Abs. 3 auch fiktive Kinderpornografie, während die Absätze 4 und 5 reale oder wirklichkeitsnahe Darstellungen verlangen. Problematisch ist in diesem Zusammenhang die Notwendigkeit des pornografischen Charakters der Abbildungen, denn nicht immer sind die Kinder i.S.d. allgemeinen Pornografiebegriffes dargestellt. Daher ist es wünschenswert, in Zukunft auf dieses Kriterium zu verzichten und unter bestimmten Voraussetzungen bereits **bloße Nacktdarstellungen** unter den Begriff der Kinderpornografie fallen zu lassen. 421

Doch nicht nur die Reformbedürftigkeit des Begriffes der Kinderpornografie hat sich gezeigt, sondern auch die des allgemeinen Pornografiebegriffes. Dieser sollte enger in dem Sinne verstanden werden, dass es bereits alle diejenigen Darstellungen als pornografisch anzusehen gilt, die: 422

- *über die bloße Abbildung des nackten Körpers hinausgehen und*
- *dabei keinen wissenschaftlichen, informativen, künstlerischen oder aufklärerischen o.ä. legitimen Zweck verfolgen, sondern*
- *objektiv auf die sexuelle Stimulierung des Betrachters abzielen.*

Diesen Maßstäben entsprechen im einfachsten Fall Darstellungen der Geschlechtsorgane, also der Schamlippen bei der Frau und des erigierten Penis (nicht eines solchen im normalen Zustand) beim Mann. Hinzukommen muss jedoch objektiv gesehen eine auf **sexuelle Stimulierung** (egal welcher Intensität) abzielende Tendenz. Es darf der Darstellung also unter keinen Umständen ein überwiegend aufklärerischer, informativer oder wissenschaftlicher Charakter zugesprochen werden können. Der **Jugendschutz** wird durch ein vollständiges „Pornografieverbot“ bis zum 14. Lebensjahr und eine Teilfreigabe bis zum 18. Lebensjahr gewährleistet. Diese teilweise Freigabe soll dann 423

nach den vom Gesetzgeber aufgestellten Kriterien zu einer möglichen Jugendgefährdung erfolgen. Dies bedeutet im Ergebnis, dass Jugendliche zwischen 14 und 18 Jahren nur solche pornografischen Darstellungen nicht „beziehen“ dürfen, die unter anderem:

- *Sexuelle Handlungen losgelöst von jeglichen sonstigen Lebensäußerungen zeigen,*
- *die Frau als allzeit bereites physiologisches Reiz-Reaktionswesen darbieten, also als bloßes auswechselbares Objekt der Begierde darstellen bzw.*
- *Menschen allgemein zum austauschbaren, anonymen Sexualobjekt machen oder*
- *Sexualstraftaten zeigen (die noch nicht unter § 184 III StGB fallen) und als nachahmenswert, akzeptabel oder positiv bewerten.*

#### **IV. Die Tathandlungen**

424

Was die Tathandlungen angeht, so zeigt sich, dass alle möglichen Verhaltensweisen rund um Kinderpornografie im Wesentlichen erfasst werden. Dringend notwendig ist allerdings eine Strafrahmenerhöhung z.B. für die Besitzalternative, weil hierdurch im Moment kaum Täter abgeschreckt werden und in der Realität oft nur eine Geldstrafe die Folge solcher Vergehen ist. Bezüglich des Verbreitens wurde seitens des BGH klargestellt, dass nunmehr auch die nichtkörperliche Weitergabe von Inhalten im Datennetz darunter fallen kann. Diese Rechtsprechung ist allerdings eher zweifelhaft und umstritten. Insoweit ist seitens des Gesetzgebers eine Vereinfachung oder Klarstellung des Gesetzeswortlauts zu erwarten, um die bestehenden Unklarheiten und Überschneidungen mit z.B. dem Zugänglichmachen zu beseitigen.

#### **C. Sonstige Ergebnisse**

425

Für die übrigen Kapitel bleibt schließlich folgendes festzuhalten: Die Haftung der Provider für fremde Inhalte und schon allein die Frage, wann solche vorliegen, ist noch nicht eindeutig geklärt. Der Versuch, über das TDG Klarheit in diesen Bereich zu bringen, erscheint nicht umfassend geglückt. Jedoch ergibt sich zumindest die Tendenz, Provider für fremde Inhalte nicht verantwortlich zu machen. Dies be-

inhaltet auch den Ausschluss einer Pflicht zur aktiven Durchforstung der Server. Lediglich zur Sperrung können sie bei Kenntnis und Zumutbarkeit verpflichtet werden. Auch in diesem Bereich müssen dringend eindeutigere Regelungen geschaffen werden.

Das Gleiche gilt für die Bestimmungen zur Strafverfolgung. Hier handelt es sich oft um alte Normen, deren vorbehaltlose Übertragung auf die Internetstraftaten problematisch, wenn nicht teilweise sogar unmöglich ist. Auch gilt es, über die Schaffung zusätzlicher Normen in Anlehnung an die US-amerikanische Strafprozessordnung nachzudenken, weil die derzeitige Rechtslage oftmals mehr den Täter schützt als das Opfer. Positiv fällt die Arbeit der Polizeibehörden auf, welche teils aufgrund von Hinweisen und teils anlassunabhängig im Internet nach illegalen Inhalten fahnden und auch wichtige Erfolge damit verzeichnen können. Es ist zu bemerken, dass die Notwendigkeit von polizeilichen „Internetstreifen“ und diejenige der Schaffung geeigneter Befugnisnormen immer mehr realisiert wird. Dies erweist sich aber nicht nur auf nationaler Ebene, sondern auch auf internationaler, wie z.B. die Vereinbarung der Cyber-Crime-Convention des Europarates zeigt. Zwar kann sie in ihrer derzeitigen Fassung für Deutschland keine gravierenden Neuerungen bringen. Sie stellt aber in ihrer Eigenschaft als erstes internationales Abkommen zur Bekämpfung der Internetkriminalität ein Grundgerüst dar, welches es auszubauen gilt. Ein erster Schritt in die richtige Richtung ist getan, denn illegale Inhalte in Datennetzen können nur auf supranationaler Ebene wirksam und nachhaltig bekämpft werden. Dabei muss zudem festgehalten werden, dass dies nur bei einer klaren und lückenlosen innerstaatlichen Gesetzeslage möglich ist. Eine solche hat man für Deutschland in manchen Punkten noch zu schaffen.

426

## **D. Schlusswort**

427

Abschließend sei noch bemerkt, dass der Schutz der Kinder nicht erst anfangen darf, wenn es schon zu spät ist. Hingegen bleibt schon im Vorfeld wirksame Präventionsarbeit durch gezielte Aufklärung Aller, d.h. der Kinder, der Provider, der Eltern, der Internet-User etc., zu leisten. Es ist wichtig, das Problem der Kinderpornografie nicht totzuschweigen, sondern darüber zu reden und jedem die eigene Verantwortung bewusst zu machen. Die Devise lautet also: Hinsehen und Melden statt Wegsehen und Schweigen.

## Lebenslauf

Die Verfasserin wurde am 13. September 1976 als Tochter des Lehrerehepaares Anne und Peter König in Suhl geboren. Ihre Schulzeit begann 1983 in der Grundschule von Zella-Mehlis und endete im gleichen Ort mit der Erlangung des Abiturs am Johann-Wolfgang-von-Goethe-Gymnasium im Juni 1995. Im Wintersemester des gleichen Jahres nahm sie das Studium der Rechtswissenschaften an der Julius-Maximilians-Universität von Würzburg auf. Das Wintersemester 1997/1998 studierte sie an der Universität von Barcelona/Spanien. Die Erste Juristische Staatsprüfung wurde von der Autorin im Termin I/2000 erfolgreich abgelegt und anschließend die Promotion bei Prof. Dr. Laubenthal begonnen. Nach einigen Anstellungen als Korrekturassistentin an verschiedenen Lehrstühlen der Universität Würzburg und Mitarbeit im Dekanat erhielt sie schließlich eine Stelle als Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsinformatik und Internetrecht unter Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf, an welchem sie bis zu Beginn des Referendardienstes im Oktober 2003 in Würzburg tätig war. Am Lehrstuhl wirkte sie an unterschiedlichen Projekten mit, wie z.B. einem Kommentar zum Medienstrafrecht sowie bei der Erstellung einer Multimedialen Lernplattform für „Strafrecht Allgemeiner Teil“ für die Virtuelle Hochschule Bayern.