

Recht

Inhalt:

Entscheidung 92

Kinderpornografie im Internet

OLG Hamburg, Urteil vom 15.02.2010, - 2 - 27/09 (REV),
2 - 27/09 - 1 Ss 86/09

Buchbesprechungen

Jörn Witt: 98

Internet-Aktivitäten öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten

Prof. Dr. Helmut Goerlich

Klaus Stern/Karl-Eberhard Hain/Rainer Robra/
Carl-Eugen Eberle und Barbara Gessler: 100

Neue Mediendienste und öffentlich-rechtlicher Rundfunk. Vortragsveranstaltung des Instituts für Rundfunkrecht an der Universität zu Köln vom 30. Mai 2008

Prof. Dr. Helmut Goerlich

Entscheidung

Kinderpornografie im Internet

OLG Hamburg, Urteil vom 15.02.2010, - 2 -
27/09 (REV), 2 - 27/09 - 1 Ss 86/09

Der Tatbestand des § 184 b Abs. 4 S. 1 StGB wird schon dadurch erfüllt, dass kinderpornografische Dateien im Internet abgerufen werden.

Zum Sachverhalt:

Dem Angeklagten liegt aufgrund mit Eröffnungsbeschluss vom 29. Januar 2009 zugelassener Anklage vom 9. Januar 2009 zur Last, es durch 16 selbstständige Handlungen unternommen zu haben, sich den Besitz kinderpornografischer Schriften zu verschaffen (§§ 184 b Abs. 4 S. 1, 53 StGB). Mit Urteil vom 23. Februar 2009 hat das Amtsgericht Hamburg-Harburg den Angeklagten freigesprochen.

Das Amtsgericht hat insbesondere festgestellt: Der Angeklagte sah sich an 16 verschiedenen Tagen vom 17. März 2007 bis zum 21. Dezember 2007 auf dem Bildschirm seines Computers in seiner Wohnung online mindestens 18 Bilddateien und eine Videodatei mit kinderpornografischem Inhalt an. Die Dateien zeigten – im Einzelnen näher beschriebene – Abbildungen von Kindern im Alter von etwa zwischen 4 und 11 Jahren, die an sexuellen Tätigkeiten beteiligt sind, nämlich den Vaginal-, Oral-, Anal- und Handverkehr mit und an Erwachsenen ausüben, an eigenen Geschlechtsorganen oder denen von Erwachsenen manipulieren oder vor denen Erwachsene sexuelle Tätigkeiten ausüben. Der Angeklagte hatte zum einen im Internet gezielt nach dem einschlägigen Material gesucht und zum anderen (unaufgefordert) E-Mails mit Links auf Seiten mit kinderpornografischem Inhalt oder Lockangebote für „free tours“ empfangen, sodass er der Versuchung erlegen war, das übermittelte Material zu betrachten. Regelmäßig vergrößerte er die kleinen Vorschaubilder durch deren Anklicken. Die fraglichen Dateien wurden automatisch im „Cache-Verzeichnis“ (Anmerkung des Senats: auch „Internet-Cache“, „Cache-Speicher“ oder „Browser-Speicher“ genannt; Einzelheiten

bei Burmeister/Böhm in StV 2009, 471) des vom Angeklagten genutzten Computers abgelegt und waren dadurch für den Angeklagten jederzeit abrufbar; diese Umstände waren dem Angeklagten nicht bewusst. Darüber hinausgehend nahm der Angeklagte keine gesonderte manuelle Speicherung der betrachteten Dateien vor; eine solche hatte er auch zu keinem Zeitpunkt beabsichtigt.

Diese – über verschiedene Urteilsabschnitte verstreuten – Feststellungen hat das Amtsgericht im Wesentlichen auf ein als glaubhaft gewertetes Geständnis des Angeklagten gestützt. Trotz wechselnder Einlassungen des Angeklagten und nach Vernehmung eines Sachverständigen hat es den Nachweis, der Angeklagte habe schon bei Aufruf der Bild- sowie Videodateien eine Speicherung geplant und habe um Existenz sowie Funktion des Internet-Cache gewusst, als nicht erbringbar erachtet.

Rechtlich hat das Amtsgericht gewertet, durch das gezielte „Surfen“ im Internet und das Betrachten der Internetseiten mit kinderpornografischem Inhalt auf dem Bildschirm werde kein Besitz im Sinne des § 184b Abs. 4 StGB begründet, weil es an dem erforderlichen tatsächlichen Herrschaftsverhältnis von nicht nur unerheblicher Dauer fehle; da der Angeklagte keinen über das bloße Betrachten hinausgehenden Willen gehabt habe, fehle es an einem Unternehmen der Besitzerlangung. Mit der automatischen Abspeicherung im Internet-Cache habe der Angeklagte zwar objektiv Besitz an den kinderpornografischen Dateien erlangt, doch fehle es auf der subjektiven Tatseite an dem entsprechenden Besitzwillen; demgemäß mangle es auch insoweit an dem für das Unternehmen einer Besitzerlangung erforderlichen Vorsatz.

Aus den Gründen:

II. Die Revision der Staatsanwaltschaft ist zulässig (§§ 335 Abs. 1, 341, 344, 345 StPO) und begründet. Die Freisprechung des Angeklagten beruht auf Verletzung sachlichen Rechts sowohl in der Beweiswürdigung zu der Frage, ob der Angeklagte eine Videodatei gezielt gespeichert hat (Fall 14), sowie zur subjektiven Tatseite hinsichtlich Existenz und Funktion des Internet-Cache als auch zur Sub-

sumtion des festgestellten Aufrufens und Betrachtens der Bild- und Videodateien auf dem Bildschirm unter das Tatbestandsmerkmal des Unternehmens, sich Besitz an den Dateien zu verschaffen, nach § 184b Abs. 4 S. 1 StGB.

2. Schon auf der Grundlage der tatrichterlichen Feststellungen zum nach gezieltem Aufruf erfolgten Betrachten der Bild- und Videodateien auf dem Computerbildschirm ist in allen 16 Fällen – entgegen der Rechtsauffassung des Amtsgerichts – der Straftatbestand des § 184b Abs. 4 S. 1 StGB sowohl in objektiver als auch in subjektiver Hinsicht erfüllt.

a) Der rechtlichen Beurteilung des Geschehens aus dem Jahre 2007 ist § 184b Abs. 4 StGB in der seit dem 1. April 2004 geltenden Fassung (Art. 1 Nr. 18 Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften vom 27. Dezember 2003, BGBl I, 3007, 3009) zugrunde zu legen, der an die Stelle des § 184 Abs. 5 StGB a. F. getreten ist.

Danach wird bestraft, wer es unternimmt (§ 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB: Versuch oder Vollendung), sich den Besitz von kinderpornografischen Schriften zu verschaffen, die ein tatsächliches oder wirklichkeitsnahes Geschehen wiedergeben (S. 1), oder wer solche Schriften besitzt (S. 2).

b) Zutreffend hat das Amtsgericht die 18 Bild-dateien und eine Videodatei als kinderpornografische Schriften im Sinne von § 184b Abs. 4 i. V.m. § 11 Abs. 3 StGB bewertet.

aa) Die vom Angeklagten mit dem Aufruf zum Betrachten kurzfristig in den Arbeitsspeicher geladenen Dateien enthalten (ebenso wie deren automatisch gespeicherte Version im Internet-Cache auf der Festplatte des Computers) Darstellungen, die auf einem Datenspeicher festgehalten sind, und sind damit Schriften im Sinne von § 11 Abs. 3 StGB.

Schriften stehen nach der Legaldefinition des § 11 Abs. 3 StGB Ton- und Bildträger, Abbildungen sowie andere Darstellungen gleich, soweit in anderen Vorschriften – wie in § 184b Abs. 4 i. V.m. Abs. 1 StGB – auf diesen Ab-

satz verwiesen wird. Diese Gleichstellung erfasst seit Erweiterung durch Art. 4 Nr. 1 Gesetz zur Regelung der Rahmenbedingungen für Informations- und Kommunikationsdienste (IuKDG) vom 22. Juli 1997 (BGBl I, 1870, 1876), in Kraft getreten am 1. August 1997, auch „Datenspeicher“. Datenspeicher sind permanente Speichermedien, die der dauerhaften Aufzeichnung elektronischer, elektromagnetischer und anderer Daten dienen, wie z. B. CD-ROMs, USB-Sticks, Festplatten und die internen Speicher einer EDV-Anlage einschließlich Arbeitsspeicher (vgl. Radtke in MünchKommStGB, § 11 Rdn. 118; Hilgendorf in Leipziger Kommentar, StGB, 12. Aufl., § 11 Rdn. 121; Fischer, StGB, 57. Aufl., § 11 Rdn. 36; Eser in Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., § 11 Rdn. 78). Nach der Rechtsprechung sind Dateien, die auf Datenspeichern – wozu auch Arbeitsspeicher gehören (vgl. BGHSt 47, 55, 58; a. A. Harms in NSTz 2003, 646, 649) – festgehalten sind, selbst Datenspeicher und stehen somit Schriften gleich (vgl. schon zu früherem Recht Senat in NSTz-RR 1999, 329; zum geltenden Recht vgl. Begründung des Regierungsentwurfs zum IuKDG in BT-Drs. 13/7385, S. 36; BGH in NSTz 2005, 444 und 2007, 95; BGHR StGB § 184b Konkurrenzen 1; HansOLG Hamburg, 1. Strafsenat, in StV 2009, 469; OLG Schleswig in NSTz-RR 2007, 41; a. A. Rudolphi/Stein in SK-StGB, § 11 Rdn. 62).

bb) Nach den – knappen, aber eine Subsumtion noch zulassenden Feststellungen – sind vorliegend die Dateien kinderpornografischer Natur. Sie haben sexuelle Handlungen von, an und vor Kindern zum Gegenstand, die im Sinne des § 184g Nr. 1 StGB im Hinblick auf das geschützte Rechtsgut von einiger Erheblichkeit sind. Sie zeigen außer Anal-, Oral- oder Vaginalverkehr auch im Übrigen sexuelle Handlungen von einiger Erheblichkeit. Jeweils werden Geschlechtsorgane – seien es diejenigen der Kinder oder der beteiligten Erwachsenen – gezeigt, an oder mit denen manipuliert wird. Die Darstellungen sind pornografisch (zum Begriff vgl. Fischer, a. a. O., § 184 Rdn. 7). Sie zeigen Geschlechtsorgane in objekthafter Isolierung und sexuelles Handeln ohne sozialen Kontext. Sie enthalten keinen Sinnzusammenhang mit anderen Lebensäußerungen oder gedanklichen Inhalten, sondern dienen allein der Präsentation

sexueller Handlungen. Beteiligt sind jeweils Personen im Alter von 4 bis 11 Jahren, also Kinder im Sinne des § 176 Abs. 1 StGB, an und vor denen sexuelle Handlungen vorgenommen werden bzw. die solche Handlungen selbst vornehmen.

Die vom Angeklagten aufgerufenen Dateien zeigen auch ein tatsächliches oder wirklichkeitsnahes Geschehen. Nicht erfasst von § 184b Abs. 4 StGB werden Zeichnungen, Zeichentrickfilme oder wörtliche Darstellungen, da diese regelmäßig nicht mit einem tatsächlichen Missbrauch eines Kindes verbunden sind. Der Anwendungsbereich der Vorschrift ist auf „Realpornografie“ (vgl. Lenckner/Perron/Eisele in Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., § 184b Rdn. 11) und damit auf Foto- und Filmaufnahmen beschränkt (vgl. Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl., § 184b Rdn. 6), wie sie hier festgestellt sind.

c) Mit dem festgestellten Aufrufen der Dateien aus dem Internet, dem damit verbundenen Herunterladen in den Arbeitsspeicher zum Betrachten der Bilder sowie dem – zumal regelmäßig unter gezielter Vergrößerung erfolgten – Betrachten der Bilder auf dem Bildschirm hat der Angeklagte es im Sinne des § 184b Abs. 4 S. 1 StGB unternommen, sich Besitz an den Dateien zu verschaffen.

aa) Die Anforderungen an die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals des Besitzes bei Aufruf einer Datei aus dem Internet zwecks Betrachtung auf dem Computerbildschirm sind in Rechtsprechung und Schrifttum umstritten. Umfassen Wissen und Wollen des Internetnutzers die mit dem Aufruf verbundene automatische Abspeicherung im Internet-Cache, wird von der inzwischen herrschenden Meinung zutreffend ein Unternehmen der Besitzbeschaffung bejaht (vgl. BGH in NStZ 2007, 95; HansOLG Hamburg, 1. Strafsenat, in StV 2009, 469). Demgegenüber hat sich für die hier festgestellte Sachverhaltskonstellation des bloßen Aufrufs zwecks Betrachtens mit Herunterladung der Datei in den Arbeitsspeicher ohne weitergehenden Speichervorsatz bisher keine überwiegende Ansicht herausgebildet (die Tatbestandserfüllung bejahend: OLG Schleswig in NStZ-RR 2007, 41; Laufhütte/Roggenbrück in Leipziger Kommentar, StGB, 12. Aufl.,

§ 184b Rdn. 8; Heinrich in NStZ 2005, 361, 364; Eckstein in ZStW 117, 107, 120; a. A. Fischer, a. a. O., § 184b Rdn. 21 b; Lenckner/Perron/Eisele, a. a. O., § 184b Rdn. 15; Hörnle in MünchKommStGB, § 184b Rdn. 27; Wolters in SK-StGB, § 184b Rdn. 13; Lackner/Kühl, a. a. O., § 184b Rdn. 8; offengelassen durch Senat in NStZ-RR 1999, 329).

bb) Die gebotene Auslegung des Gesetzes hat in Anwendung von Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB den in der Gesetzesbestimmung zum Ausdruck kommenden objektivierten Willen des Gesetzgebers zu erfassen, wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den diese hineingestellt worden ist. Die Materialien zur Entstehungsgeschichte dürfen nicht mit dem objektiven Gesetzesinhalt gleichgesetzt werden, sondern sind nur unterstützend heranzuziehen, soweit sie auf den objektiven Gesetzesinhalt schließen lassen (vgl. BVerfGE 64, 261, 275). Der mögliche Wortsinn in der Bedeutung des für den Adressaten erkennbaren und verstehbaren Wortlauts markiert die äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation (vgl. BVerfGE 71, 108, 115). Er ist grundsätzlich nach dem allgemeinen Sprachgebrauch der Gegenwart zu bestimmen (vgl. Fischer, a. a. O., § 1 Rdn. 10). Eine Korrektur des eindeutigen Wortlauts ist dem Richter nicht gestattet (vgl. Fischer, a. a. O., Rdn. 11). Indes ist der Wortsinn stets kontextabhängig und somit unter Berücksichtigung des objektivierten Willens des Gesetzgebers und des Sinnzusammenhangs, in den die Norm gestellt ist, zu ermitteln (vgl. BGHSt 41, 285, 286; Fischer, a. a. O., Rdn. 12).

Vorliegend führen die anerkannten Auslegungsmethoden zu dem Ergebnis, dass sich der Computernutzer schon durch das bewusste und gewollte Aufrufen und damit verbundene Herunterladen von Dateien aus dem Internet in den Arbeitsspeicher seines Computers Besitz an diesen Dateien zu verschaffen unternimmt.

aaa) Eine Auslegung des Begriffs „Besitz“, die bereits das gezielte Suchen und Herunterladen kinderpornografischer Dateien in den flüchtigen Arbeitsspeicher zum Zweck des bloßen Betrachtens erfasst, überschreitet nicht die Grenzen des Wortsinns und verstößt

damit nicht gegen den im Strafrecht geltenden Bestimmtheitsgrundsatz und das daraus folgende Analogieverbot (Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB).

(1) Umgangssprachlich bezeichnet Besitz die Gesamtheit der materiellen Güter, über die man Verfügungsgewalt hat (Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 6. Aufl.); kennzeichnend für Besitz sind also die Merkmale Verfügungsgewalt und Sachherrschaft. Heranzuziehen für die Auslegung sind auch die Vorschriften der §§ 854 ff. BGB, die ausweislich allgemein zugänglicher Nachschlagewerke für den Alltagsgebrauch des Begriffs „Besitz“ mit prägend sind. Brockhaus (Die Enzyklopädie, 20. Aufl.) definiert Besitz als „die tatsächliche Herrschaft einer Person über eine Sache (§§ 854–872 BGB), im Unterschied zum Eigentum als der rechtlichen Zuordnung“ (ebenso zum Rechtsbegriff des Besitzes Bassenge in Palandt, BGB, 66. Aufl., vor § 854 Rdn. 1). Besitz wird gemäß § 854 Abs. 1 BGB erworben durch die Erlangung tatsächlicher, nach außen erkennbarer Gewalt über die Sache. Das Bestehen von Sachherrschaft entscheidet sich nach der Verkehrsauffassung aufgrund einer zusammenfassenden Wertung aller Umstände und ist für die Erlangung strenger zu beurteilen als für die Fortdauer. Notwendig sind eine gewisse Dauer und Festigkeit der Beziehung zur Sache sowie eine gewisse Zugänglichkeit, die aufgrund physischer Innehabung eine jederzeitige Einwirkung ermöglicht. Überdies muss die Erlangung der tatsächlichen Gewalt von einem nach außen erkennbaren Besitzbegründungswillen getragen sein (zu allem vgl. Bassenge, a. a. O., § 854 Rdn. 2 bis 4). Der „Kurzbesitz“ z. B. eines Fahrgastes an einem Sitzplatz oder eines Lokalgastes an einem Besteck begründet in der Regel keinen unmittelbaren Besitz, weil es an Dauerhaftigkeit, Festigkeit und/oder Besitzbegründungswillen fehlt (Bassenge, a. a. O., Rdn. 5).

(2) Indes ergibt der systematische Vergleich mit anderen eine Besitzstrafbarkeit normierenden Vorschriften, dass Besitz im Sprachgebrauch nicht schlechthin identisch mit dem bürgerlich-rechtlichen Verständnis sein muss. Das gilt insbesondere für den Besitz von Betäubungsmitteln im Sinne des § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BtMG; dieser Straftatbestand kann nach

der Vorstellung des Gesetzgebers (Regierungsentwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes – Kinderpornografie vom 3. Juli 1992, BT-Drs. 12/3001, S. 5) für das Verständnis der Tatbestandsmerkmale „Besitz“ und „Besitz verschaffen“ im Sinne des § 184 Abs. 5 a. F. (§ 184 b Abs. 4 n. F.) StGB herangezogen werden.

Besitz im Sinne des § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BtMG setzt – in Anlehnung an die zivilrechtliche Definition – ebenfalls objektiv eine tatsächliche Sachherrschaft für einen nennenswerten Zeitraum und subjektiv einen die Sachherrschaft tragenden Herrschaftswillen voraus. Dabei bezeichnet der Besitz keinen Zustand, sondern ist Merkmal eines Dauerdelikts; bestraft wird ein kausales, nicht ein finales Verhalten, zu verstehen als die Herbeiführung oder Aufrechterhaltung einer von einem Herrscherwillen getragenen Sachherrschaft (vgl. Körner, BtMG/AMG, 6. Aufl., § 29 Rdn. 1378). Besitz wird im Betäubungsmittelrecht als Gewahrsam im Sinne von §§ 242, 246 StGB verstanden: Er erfordert ein tatsächliches Innehaben, ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis und Besitzwillen, sich die Möglichkeit ungehinderter Einwirkung auf die Sache zu erhalten (vgl. BGH in NStZ-RR 2008, 212; Körner, a. a. O., Rdn. 1379). Ein solches vom bürgerlichen Recht abweichendes Verständnis ist verfassungsrechtlich unbeanstandet geblieben (s. a. Körner, a. a. O., Rdn. 1374).

Nach der Rechtsprechung zum Betäubungsmittelgesetz ist entscheidendes Moment für den Besitz die sichere Verfügungsgewalt über die betreffende Sache (vgl. BGHSt 27, 380, 382: strafbar ist schon die im Innehaben der Verfügungsmacht liegende Aufrechterhaltung des illegalen Zustands), das bewusste tatsächliche Innehaben, ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis (vgl. BGHSt 30, 277, 279) und weniger die Dauer des Herrschaftsverhältnisses. Dies entspricht den allgemeinen Grundsätzen zum Besitz, wonach dieser zwar eine zeitliche Mindestdauer der Herrschaftsmacht voraussetzt, die Anforderungen sich aber nach der Verkehrsauffassung und damit nach den Besonderheiten des Regelungsbereichs richten (vgl. Eckstein, a. a. O., 120). Aus den sogenannten Transportfällen (vgl. BGHSt 26, 117; 27, 380, 381; 30, 277, 279), auf die sich auch das OLG Schleswig

(a. a. O., 42) bezieht, ergibt sich, dass sich wegens unerlaubten Besitzes strafbar macht, wer für einen nicht unerheblichen Zeitraum die alleinige Herrschaftsgewalt über das Rauschgift hat. Dabei ist für die Begründung von Besitz bereits ausreichend, wenn der Täter das Rauschgift für einen kurzfristigen Transport über 100 Meter an sich nimmt (vgl. BGH in NStZ-RR 1998, 148) oder nur kurz in seiner Gewahrsamssphäre verbirgt (vgl. BGHSt 30, 277).

(3) Die Besitzbegriffe sowohl des bürgerlichen Rechts als auch etwa des Betäubungsmittelrechts sind entwickelt anhand der Herrschaft über körperliche Gegenstände. Sie genügen damit nicht vollständig der Besonderheit, dass nach §§ 184 b, 11 Abs. 3 StGB auch unkörperliche Darstellungen in Dateien Bezugsgegenstand des Besitzes sein können. Daraus ergibt sich das Erfordernis eines spezifischen Besitzbegriffs, der im Kern an den allgemeinen Besitzbegriff anknüpft, aber einzelne Definitionsmerkmale an die Besonderheiten unkörperlicher Gegenstände und ihres Verwendungszusammenhangs anpasst. Ein solcher Ansatz ist in der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkannt; so hat der Bundesgerichtshof (BGHSt 47, 55, 59) einen aus den Besonderheiten der unkörperlichen Datenübertragung im Internet abgeleiteten spezifischen Verbreitensbegriff entwickelt. Damit löst sich der normativ geprägte Besitzbegriff nicht vom Wortsinn des in der Strafvorschrift angeführten Tatbestandsmerkmals. § 184 b StGB führt den Besitz von (kinder-) pornografischen Schriften an; Abs. 1 dieser Vorschrift verweist zum Schriftenbegriff auf § 11 Abs. 3 StGB. § 11 Abs. 3 StGB stellt den Schriften u. a. Datenspeicher (einschließlich gespeicherter Daten, s. dazu oben lit. b) aa) gleich; dass gespeicherte Daten nicht verkörpert sind, ist allgemein bekannt. Aus der Zusammenschau dieser durch ausdrückliche Bezugnahme miteinander verklammerten Vorschriften ist dem Bürger ersichtlich, dass Besitz im Sinne des § 184 b Abs. 4 StGB sich nicht allein nach einem zu verkörperten Schriften entwickelten Verständnis definiert, sondern eine bereichsspezifische, durch die Verkehrsauffassung hinreichend konturierte Modifikation des objektiven und subjektiven Herrschaftsverhältnisses erfährt.

(4) Nach diesem Maßstab ist ein Unternehmen der Besitzverschaffung in der vorliegenden Sachverhaltskonstellation auch begrifflich erfüllt.

Mit dem bewussten und gewollten Herunterladen der aufgerufenen Datei in den Arbeitsspeicher zwecks Betrachtens auf dem Bildschirm schafft der Computernutzer ein hohes Maß an Datenherrschaft, denn die Arbeitsspeicherung eröffnet als notwendiges Durchgangsstadium jeder Weiterverarbeitung der Daten grundsätzlich volle Verfügungsgewalt. Der Nutzer entscheidet eigenverantwortlich, wie lange er eine Seite betrachtet, ob er einzelne Darstellungen vergrößert und vor allem, ob er die noch nicht perpetuierte Herrschaft über die aufgerufenen Informationen durch deren Speicherung oder Ausdrucken dauerhafter gestaltet und ob er die Information durch Versendung an Dritte weitergibt (s. a. Eckstein, a. a. O.).

Die demgegenüber im Schrifttum erhobenen Bedenken, das nur kurze Laden in den Arbeitsspeicher zum Zweck des Betrachtens sei zu flüchtig (Hörnle, a. a. O.) und es fehle an der erforderlichen Dauerhaftigkeit und Festigkeit der Herrschaft, weil die Datei nach dem Abschalten des Rechners nicht mehr verfügbar sei (Lenckner/Perron/Eisele, a. a. O.; Lackner/Kühl, a. a. O.), verfehlen die Besonderheiten der in das Internet eingestellten und von dort abgerufenen Dateien. Zwar ist die Verfügungsgewalt des Computernutzers über die aufgerufenen und bloß in den Arbeitsspeicher geladenen Dateien in mehrfacher Hinsicht beschränkt: Sie ist nur von verhältnismäßig kurzer Dauer und von vornherein nicht final auf längere Zeit angelegt, sondern beschränkt sich auf den Zeitraum des Betrachtens. Sie ist nicht gefestigter Natur, da sie spätestens dann endet, wenn der Nutzer die Seite verlässt oder die Internet-„Sitzung“ aus sonstigen Gründen – freiwillig oder unfreiwillig – beendet. Die Besonderheit besteht aber darin, dass Dateien nicht körperlicher Natur sind und nicht – wie es dem Regelfall körperlicher Gegenstände entspricht – zur selben Zeit von nur einer Person unmittelbar in Besitz genommen werden können. Vielmehr werden die Dateien bei jedem Aufruf durch einen Internetnutzer „vervielfältigt“ und stehen dem jeweiligen Nutzer

und Betrachter im selben Umfang wie dem Anbieter zur Verfügung. Die Kopie entspricht vollen Umfangs dem „Original“, weshalb auch das nur kurzzeitige Herunterladen dem Nutzer volle Verfügungsgewalt über die aufgerufenen Dateien verschafft, die der Anbieter nicht mehr hindern kann. Der Nutzer allein hat unbeeinflusst durch den Anbieter in der Hand, wie er die Datei verwendet.

Gegen die Annahme eines hinreichend gesicherten Herrschaftsverhältnisses durch Herunterladen in den Arbeitsspeicher spricht auch nicht, dass vor einer Verfestigung ein zweiter Teilakt, das Abspeichern, notwendig ist. Denn ein zweiter Teilakt ist regelmäßig auch notwendig, wenn sich der Computernutzer entschließt, die Datei nicht abzuspeichern; er muss nämlich dann den Computer in entsprechender Weise bedienen, um die betreffende Internetseite zu verlassen. Für welche Dauer er die Datei im Arbeitsspeicher belässt, wird durch ihn bestimmt. Das Merkmal der Dauer ist mit Hinblick auf die dem Aufrufen und Weiterverarbeiten von Computerdateien eigentümliche Schnelligkeit des Mediums ohnehin nachrangig.

Die Einflussnahme auf die Datei ist nach allem für den Nutzer derart verdichtet, dass keine bloße Möglichkeit zur Ergreifung der Sachherrschaft besteht (so aber Scheffler in Festschrift für Herzberg, 2008, S. 627, 629), sondern die Sachherrschaft als solche begründet ist.

bbb) Die historische Auslegung spricht gleichfalls für das modifizierte Verständnis des Besitzbegriffs.

Wie sich aus der Begründung des Regierungsentwurfs eines Strafrechtsänderungsgesetzes – Kinderpornografie vom 3. Juli 1992 (BT-Drs. 12/3001, S. 1) ergibt, wurde bezweckt, den bis zur Einführung der Änderung des § 184 StGB a. F. – dem „Vorläufer“ des jetzigen § 184 b StGB – in den Jahren 1992/1993 straflosen Besitz kinderpornografischer Darstellungen sowie die Besitzverschaffung zur „nachdrücklichen Bekämpfung“ der Kinderpornografie mit Strafe zu bedrohen. Dabei hatte der Gesetzgeber das damals aktuelle Problem der Verbreitung von Kinderpornografie durch den – für damalige Verhältnisse

– neuen Videomarkt vor Augen (Regierungsentwurf, a. a. O., S. 4). Durch die Schaffung des § 184 Abs. 5 StGB sollte gezielt auch der Konsument von Kinderpornografie durch die Strafbarkeit erfasst werden, weil er dazu beitrage, dass Kinder sexuell missbraucht werden. Nur weil kinderpornografische Produkte „konsumiert“ würden, bestehe ein Anreiz für Hersteller und Vertreiber, diese auf den Markt zu bringen und zu diesem Zwecke Kinder zu missbrauchen oder missbrauchen zu lassen (Regierungsentwurf, a. a. O., S. 5). Die Gefahren rechtfertigten ein **generelles strafbewehrtes Besitzverbot** (Hervorhebung durch Senat) für Kinderpornografie. In Bezug auf das (damals) neue Medium Video gelte dies vor allem, weil jeder Besitz die Möglichkeit problemloser Vervielfältigung und Verbreitung kinderpornografischer Erzeugnisse berge (Regierungsentwurf, a. a. O., S. 6).

Die damalige Begründung, zu der tragende Abweichungen im weiteren Gesetzgebungsverfahren nicht bekannt sind, zeigt zum einen, dass der Gesetzgeber jede ihm damals bekannte Form von Besitz unter Strafe stellen wollte, um den Markt für kinderpornografische Produkte „auszutrocknen“. Sie zeigt des Weiteren, dass er besonders den Besitz solcher Medien mit Strafbarkeit belegen wollte, die die Gefahr der Vervielfältigung und damit der Weiterverbreitung in sich bergen. Beide Gesichtspunkte sprechen für eine Strafbarkeit des hier maßgeblichen Verhaltens, auch wenn der Markt für kinderpornografische Produkte heutzutage wegen der modernen Informationstechnologie und der daraus resultierenden Verbreitungsmöglichkeiten eine andere Struktur aufweist, als sie der Gesetzgeber Anfang der 1990er-Jahre vor Augen hatte (vgl. dazu Scheffler, a. a. O., 638 ff.). Ziel des Gesetzgebers war eine nach den – wie die schon damalige Anpassung an die Entwicklung zeigt – jeweils aktuellen technischen und sozialen Gegebenheiten extensive strafbewehrte Bekämpfung der Kinderpornografie.

ccc) Auch der objektive Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung sprechen dafür, das bloße Betrachten von aus dem Internet in den Arbeitsspeicher eines Computers geladenen Dateien als strafbares Unternehmen zum Verschaffen von Besitz zu bewerten.

(1) Der Wille des Gesetzgebers, mit § 184 Abs. 5 bzw. jetzt § 184 b Abs. 4 StGB ein umfassendes strafbewehrtes Besitzverbot für Kinderpornografie zu schaffen (Regierungsentwurf, a. a. O., S. 6), um den Nachfragemarkt „auszutrocknen“, weil man sich vorstellte, auf diese Weise den Anreiz für die Herstellung kinderpornografischer Produkte und den damit verbundenen sexuellen Missbrauch von Kindern zu nehmen, hat Ausdruck gefunden in den durch viele Tatmodalitäten ausgestalteten Absätzen 1 bis 4 des § 184 b StGB, die das Konzept einer weitestmöglichen Vorverlagerung des strafbewehrten Rechtsgüter-schutzes aufzeigen.

Ein Internetnutzer trägt durch das Aufrufen kinderpornografischer Dateien zu einer Steigerung der Nachfrage bei. Das OLG Schleswig (a. a. O., 42 f.) hat insoweit überzeugend ausgeführt, der Anreiz für Hersteller und Betreiber kinderpornografischer Seiten zum Anbieten neuer kinderpornografischer Produkte bestehe unabhängig davon, ob ein Betrachter entsprechende Seiten als Konsument speichere oder nicht. Hersteller und Vertreiber von Kinderpornografie verdienen mit dem Aufruf ihrer Seiten. Nach der Häufigkeit des Aufrufens bemesse sich ihr Gewinn; ob die Seiten anschließend gespeichert würden, sei für sie ohne Bedeutung. Allenfalls verdienen sie an nicht speichernden Konsumenten mehr, weil diese nicht auf einen eigenen „Vorrat“ an kinderpornografischen Darstellungen zurückgreifen könnten, sondern immer wieder neue Seiten aufrufen müssten, sobald sie den Wunsch hätten, Kinderpornografie zu betrachten. Vor diesem Hintergrund kommt es nicht entscheidend darauf an (wie Scheffler meint, a. a. O., S. 639), dass angesichts der heutigen quasi-industriellen Massenproduktion kinderpornografischer Produkte dem einzelnen Abnehmer nur noch eine vergleichsweise geringe Bedeutung für die Schaffung neuer Nachfrage zukommt.

(2) Das Bedenken, bei einer tatbestandsmäßigen Erfassung schon der Betrachtung einer Datei mit Herunterladen in den Arbeitsspeicher werde zweckwidrig auch derjenige kriminalisiert, der zufällig auf eine Internetseite mit kinderpornografischen Darstellungen gelange (hierzu s. a. Heinrich, a. a. O., 365), greift nicht, weil insoweit die subjektive Tat-

seite eines Unternehmens der Besitzverschaffung nicht erfüllt wäre.

Das Argument, bei einem weiten Tatbestandsverständnis werde schrankenlos das Betrachten verbotener Bilder zu kriminell Unrecht erhoben (Fischer, a. a. O., § 184b Rdn. 21 c), bleibt rechtspolitisch. Mit der aus dem objektivierten Willen des Gesetzgebers ablesbaren Pönalisierung sind auch unter Berücksichtigung der Ultima-Ratio-Funktion des Strafrechts für den Rechtsgüterschutz der dem Gesetzgeber eingeräumte Spielraum zur Beurteilung von Eignung und Erforderlichkeit der Strafbewehrung sowie die Zumutbarkeit des Eingriffs in den Schutzbereich namentlich des Art. 2 Abs. 1 GG ersichtlich gewahrt (zu den Maßstäben vgl. BVerfGE 120, 224, 239 ff.), wie sich insbesondere aus dem vorstehend unter (1) aufgezeigten Zweck ergibt.

ddd) Der systematische Vergleich mit dem in der höchstrichterlichen Rechtsprechung konturierten Straftatbestand des Verbreitens kinderpornografischer Dateien gemäß § 184 Abs. 3 Nr. 1 a. F. (jetzt § 184b Abs. 1 Nr. 1 n. F.) StGB bestätigt das gefundene Auslegungsergebnis. So wenig wie das Verbreiten einer Datei im Internet erfordert, dass sie körperlich ihrer Substanz nach beim Empfänger vorliegt (BGHSt 47, 55), kann der Besitz einer Datei deren körperliches Vorliegen beim Internetnutzer erfordern. Dann reicht folgerichtig das Vorhandensein der dem Original gleichwertigen „Kopie“ für den Besitz aus.

d) Damit hat der Angeklagte entgegen der Auffassung des Amtsgerichts schon auf der Grundlage der tatrichterlichen Feststellungen den Straftatbestand nach § 184b Abs. 4 StGB objektiv und subjektiv erfüllt.

3. Wegen der aufgezeigten Rechtsfehler ist das freisprechende Urteil aufzuheben (§ 353 Abs. 1 StPO).

Für eine eigene Sachentscheidung des Senats nach § 354 Abs. 1 StPO – Schuldspruch wegen Unternehmens, sich Besitz an kinderpornografischen Schriften zu verschaffen, in 16 Fällen auf der Grundlage schon des Aufrufens einschlägiger Dateien – ist kein Raum, weil einerseits der durch den Freispruch nicht beschwerte Angeklagte die Sachverhaltsfest-

stellungen nicht mit einem Rechtsmittel hat angreifen können und weil andererseits – wie die Beweiswürdigungsfehler zeigen – die bisherigen Feststellungen den Schuldumfang möglicherweise nicht voll ausschöpfen. Deshalb verweist der Senat die Sache unter Aufhebung auch der Feststellungen (§ 353 Abs. 2 StPO) an das Amtsgericht zurück (§ 354 Abs. 2 StPO).