

Prof. Dr. Bernd Hecker*

Ist das bloße Aufrufen kinderpornografischer Dateien strafbar?

– Zugleich Anmerkung zum Urteil des
OLG Hamburg v. 15.2.2010 – 2–27/09 (REV),
NJW 2010, 1893

Abstract

In Rechtsprechung und Literatur wird kontrovers über die Frage diskutiert, ob das gezielte Suchen nach kinderpornografischen Dateien im Internet zu dem ausschließlichen Zweck, diese nach Aufruf zu betrachten, bereits als „Unternehmen zur Besitzverschaffung“ i. S. d. § 184b Abs. 4 S. 1 StGB zu werten ist. Obwohl das *OLG Hamburg* für seine Urteilsfindung in rechtsmethodisch vorbildlicher Weise alle Register juristischer Auslegungskunst zieht, vermag seine Entscheidung nach Auffassung des Verfassers im Ergebnis nicht zu überzeugen.

* Der Verfasser ist Inhaber der Professur für Deutsches und Europäisches Strafrecht, Strafprozessrecht sowie Umwelt- und Wirtschaftsstrafrecht an der Universität Trier.

I. Sachverhalt

Dem Angeklagten A wurde vorgeworfen, es durch 16 selbstständige Handlungen unternommen zu haben, sich den Besitz kinderpornografischer Schriften zu verschaffen (§§ 184b Abs. 4 S. 1, 53 StGB). Nach den vom *AG Hamburg* getroffenen Feststellungen hatte sich A an 16 Tagen vom 17.3.2007 bis zum 21.12.2007 auf dem Bildschirm seines Computers online mindestens 18 Bilddateien und eine Videodatei mit kinderpornografischem Inhalt angesehen. Die Dateien zeigten – im Einzelnen näher beschriebene – Abbildungen von Kindern im Alter zwischen vier und elf Jahren, die an sexuellen Tätigkeiten beteiligt sind. A 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, so dass er der Versuchung erlegen war, das übermittelte Material zu betrachten. Die fraglichen Dateien wurden automatisch im „Cache-Verzeichnis“ (auch „Internet-Cache“, „Cache-Speicher“ oder „Browser-Speicher“ genannt) des von A genutzten PCs abgelegt und waren dadurch für ihn jederzeit abrufbar, was dem A aber nicht bewusst war. Darüber hinausgehend nahm A keine gesonderte manuelle Speicherung der betrachteten Dateien vor; eine solche hatte er auch zu keinem Zeitpunkt beabsichtigt. Das *AG Hamburg* sprach A aus rechtlichen Gründen frei. Die hiergegen gerichtete Revision der Staatsanwaltschaft hatte Erfolg.

II. Die Besitzdelikte des § 184b Abs. 4 StGB

Nach § 184b Abs. 4 S. 2 StGB ist der **Besitz** kinderpornografischer Schriften, die ein tatsächliches oder wirklichkeitsnahes Geschehen wiedergeben (sog. „Realkinderpornografie“), strafbar. Der deutsche Gesetzgeber erfüllt mit der Schaffung dieses Besitzdelikts eine an alle EU-Mitgliedstaaten gerichtete Pflicht, den vorsätzlichen Erwerb und Besitz von Kinderpornografie unter Strafe zu stellen.¹ Zu einer zeitlichen Vorverlagerung der Vollendungsstrafbarkeit führt § 184b Abs. 4 S. 1 StGB, welcher bereits das „**Unternehmen**“ (vgl. § 11 Abs. 1 Nr. 6 StGB: Versuch und Vollendung), **sich den Besitz** solcher Schriften **zu verschaffen**, mit Strafe bedroht. Somit ist eine Handlung, die nach allgemeinen Regeln (§ 22 StGB) lediglich eine versuchte Tat darstellen würde (z. B. Ansprechen eines Verkäufers zwecks Erwerbs von kinderpornografischem Material), nach § 184b Abs. 4 S. 1 StGB als vollendetes Delikt einzustufen.² Die fakultative Strafmilderung gem. §§ 23 Abs. 2, 49 Abs. 1 StGB ist daher

1 Die Pönalisierungspflicht folgt aus Art. 3 Abs. 1 d des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI v. 22.12.2003 zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornografie (ABIEU 2003 Nr. L 13/44); vgl. hierzu und zu weiteren Reformvorhaben auf EU-Ebene *Hecker* Europäisches Strafrecht 3. Aufl. (2010), § 11 Rn. 35 ff. m. w. N.

2 *Fischer* in Kommentar zum StGB 58. Aufl., § 184b Rn. 20; *Heinrich* Neue Medien und klassisches Strafrecht – § 184b IV StGB im Lichte der Internetdelinquenz NSStZ 2005, 361 (362); *Perron/Eisele* in Schönke/Schröder StGB 28. Aufl., § 184b Rn. 14.

ebenso ausgeschlossen wie ein Rücktritt nach § 24 StGB.³ Bild- und Videodateien mit kinderpornografischem Inhalt sind entsprechenden Schriften gleichgestellt (vgl. § 184b Abs. 1 StGB i. V. m. § 11 Abs. 3 StGB). Nach einhelliger Auffassung ist ein von § 184b Abs. 4 S. 2 StGB erfasster „Besitz“ zu bejahen, wenn der Täter die im Internet aufgefundenen Dateien dauerhaft auf einem Datenträger (z. B. Festplatte, USB-Stick, Diskette, CD-ROM) gespeichert hat.⁴ Das (echte) Unternehmensdelikt des § 184b Abs. 4 S. 1 StGB wird somit jedenfalls von einem Täter erfüllt, der unmittelbar dazu ansetzt, die von ihm nach gezielter Suche aufgefundenen Dateien kinderpornografischen Inhalts auf einem Datenträger permanent zu speichern.

III. Darstellung und Analyse der Entscheidung des OLG Hamburg

1. Problemstellung

Fraglich ist, ob A das Besitzdelikt des § 184b Abs. 4 S. 1 StGB bereits dadurch verwirklicht hat, dass er die von ihm nach gezielter Suche im Internet aufgefundenen kinderpornografischen Bild- und Videodateien am Bildschirm betrachtet hat, ohne sie dauerhaft speichern zu wollen. Das hier in Rede stehende Besitzmerkmal kann, was seine objektive Komponente (ein auf gewisse Dauer gerichtetes Herrschaftsverhältnis) betrifft, mit der Begründung bejaht werden, dass die per Mausclick aufgerufenen Dateien automatisch im sog. „Cache-Verzeichnis“ der Festplatte abgelegt werden.⁵ Allerdings muss dem Täter insoweit ein entsprechender Besitzbegründungswille nachgewiesen werden. Dieses subjektive Element kann aber nicht ohne weiteres unterstellt werden, da die Speicherung im Cache-Verzeichnis ohne besonderes Zutun des Nutzers erfolgt. Falls dem A im Ausgangsfall nicht nachgewiesen werden kann, dass er sich der dauerhaften Abspeicherung der Dateien im Cache-Verzeichnis seines PCs bewusst war, scheidet seine Strafbarkeit gem. § 184b Abs. 4 S. 1 bzw. 2 StGB mangels Vorsatzes aus. Damit gewinnt die Frage ausschlaggebende Bedeutung, ob A an den von ihm betrachteten kinderpornografischen Dateien bereits

3 Eser/Hecker in Schönke/Schröder (Fn. 2), § 11 Rn. 41, 45 f.; Fischer (Fn. 2), § 11 Rn. 28a f.; Lackner/Kühl in Kommentar, StGB 27. Aufl., § 11 Rn. 19; a. A. Herzberg in MünchKomm zum StGB, § 24 Rn. 214 f.

4 BGH NStZ 2005, 444 (445); BayObLG NJW 2003, 839 (840); OLG Hamburg NStZ-RR 1999, 329; LG Stuttgart NStZ 2003, 36; Fischer (Fn. 2), § 184b Rn. 22; Harms Ist das bloße Anschauen von kinderpornografischen Bildern im Internet nach geltendem Recht strafbar? NStZ 2003, 646 (647); Heinrich (Fn. 2), S. 363; Hörnle in MünchKomm StGB, § 184b Rn. 27; Perron/Eisele (Fn. 2), § 184b Rn. 15a. Beim Herunterladen mehrerer Bild- und/oder Videodateien während einer Internetsitzung handelt es sich sowohl im materiellrechtlichen als auch im prozessualen Sinne um eine Tat (natürliche Handlungseinheit); vgl. OLG Rostock MMR 2010, 348 = BeckRS 2009, 88 356.

5 BGH NStZ 2007, 95; OLG Hamburg StV 2009, 469 m. Anm. Burmeister/Böhm StV 2009, 471; LG Stuttgart NStZ 2003, 36; Heinrich (Fn. 2), S. 363; Hörnle (Fn. 4), § 184b Rn. 27; Perron/Eisele (Fn. 2), § 184b Rn. 15a.

dadurch „Besitz“ erlangt hat, dass diese mit dem Aufrufen in den Arbeitsspeicher seines PCs gelangt sind. Wenn dies so wäre, dann würde das nach gezielter Suche im Internet erfolgende Aufrufen einer kinderpornografischen Datei mit dem ausschließlichen Zweck, diese am Bildschirm zu betrachten, bereits ein strafbares Unternehmen gem. § 184b Abs. 4 S. 1 StGB darstellen.⁶ Genau zu diesem Ergebnis gelangt nach eingehender Begründung auch das *OLG Hamburg*⁷: A habe es durch das Herunterladen der von ihm aufgerufenen kinderpornografischen Dateien in den Arbeitsspeicher seines PCs unternommen, sich den Besitz an den Dateien zu verschaffen.

2. Methodische Analyse der Entscheidung

Der zur Entscheidung über die Revision der Staatsanwaltschaft berufene Senat des *OLG Hamburg* beantwortete die aufgeworfene Rechtsfrage mit Hilfe einer umfassenden Gesetzesinterpretation, in der die klassischen strafrechtlichen Auslegungsmethoden zur Anwendung gelangen.

a) Objektive versus subjektive Auslegungstheorie

Seiner Exegese stellte der Senat die folgenden allgemeinen Grundsätze voran (Herzvorhebungen durch den Verfasser):

„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 ... Der mögliche Wortsinn in der Bedeutung des für den Adressaten erkennbaren und verstehbaren Wortlauts markiert die äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation ... Er ist grundsätzlich nach dem allgemeinen Sprachgebrauch der Gegenwart zu bestimmen ... 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“.

6 Bejahend *OLG Schleswig* NStZ-RR 2007, 41; *Eckstein* Grundlagen und aktuelle Probleme der Besitzdelikte ZStW 117 (2005), 107 (120); *ders.* Ist das Surfen im Internet strafbar? NStZ 2011, 18 (20 f.); *König* Kinderpornografie im Internet 2003, Rn. 250; *Laufhütte/Roggenbuck* in Leipziger Kommentar zum StGB 12. Aufl., § 184b Rn. 8; ablehnend *LG Stuttgart* NStZ 2003, 36; *Fischer* (Fn. 2), § 184b Rn. 21b; *Gercke* Die Entwicklung des Internetstrafrechts ZUM 2010, 633 (643); *Harms* (Fn. 4), S. 649; *Heinrich* (Fn. 2), S. 363; *Hörnle* (Fn. 4), § 184b Rn. 27; *dies.* Besitz von Internet-Kinderpornografie NStZ 2010, 704; *Scheffler* in FS für Herzberg, 2008, S. 627 ff.; *Perron/Eisele* (Fn. 2), § 184b Rn. 15a; *Wolters* in Systematischer Kommentar zum StGB Loseblatt Stand: 11/2008, § 184b Rn. 13.

7 *OLG Hamburg* NJW 2010, 1893.

Die vorstehenden Ausführungen lassen erkennen, dass der Senat die herrschende und im Grundsatz auch vorzugswürdige **objektiv-teleologische (objektive) Auslegungstheorie**⁸ zugrunde legt. Diese zielt darauf ab, zu ermitteln, was mit der in Rede stehenden Strafbestimmung angesichts der gegenwärtigen gesellschaftlichen Verhältnisse und Interessen vernünftigerweise bezweckt sein kann. Ihr steht die **subjektiv-historische (subjektive) Auslegungstheorie**⁹ entgegen, die dem Willen des historischen Gesetzgebers ausschlaggebende Bedeutung für die Norminterpretation beimisst. Die Anhänger der subjektiven Theorie berufen sich vor allem auf die verfassungsrechtlich gebotene Gesetzesbindung der Judikative (Art. 20 Abs. 3 GG). Den Vorrang des Gesetzes will freilich auch die objektive Auslegungstheorie befolgen, hierbei jedoch dem Umstand Rechnung tragen, dass das Rechtssystem keine konstante Größe bildet. Nach ihrer Überzeugung stellt der ständige Wandel der voneinander abhängigen Teile des Ganzen den Richter immer wieder vor die Aufgabe, die strafrechtlichen Begriffe neu zu durchdenken, um sie mit gesetzgeberischen Entscheidungen in anderen Bereichen der Gesamtrechtsordnung in Einklang zu bringen. Es verbietet sich daher, (Straf-)Gesetze mit einem bestimmten Zeitpunkt zu konservieren und dadurch eine den sozialen, wirtschaftlichen, technologischen und kulturellen Verhältnissen der Gegenwart angepasste Rechtsentwicklung unmöglich zu machen. Auch ein objektiv orientierter Interpretationsansatz kann jedoch nicht darauf verzichten, die Entstehungsbedingungen der legislatorischen Willenserklärung in den Auslegungsprozess einzubeziehen. Denn nur auf diese Weise lässt sich feststellen, ob und in welchen Grenzen es gerechtfertigt ist, veränderten gesellschaftlichen Verhältnissen bzw. vom historischen Gesetzgeber nicht vorausgesehenen Fallgestaltungen Rechnung zu tragen. Demnach kann weder die subjektive noch die objektive Auslegungstheorie jeweils für sich absolute Geltung beanspruchen. Vielmehr ist zwischen beiden Methoden eine Synthese zu suchen, deren Schwergewicht bei der objektiven Auslegungstheorie liegt; dies insbesondere bei älteren Gesetzen, bei denen der Wille des historischen Gesetzgebers an Bedeutung verliert. In gewisser Weise kann der objektivierter Wille des Gesetzgebers sogar als der richtig verstandene Ausdruck des Willens des historischen Gesetzgebers begriffen werden, da dieser in der Regel ein Gesetz nicht nur zu dem Zweck erlässt, eine gegenwärtige Situation rechtlich zu gestalten, sondern damit zugleich Wertentscheidungen zu treffen, die auch in der Zukunft noch als sinnvoll angesehen werden.¹⁰

8 Dieser Theorie im Grundsatz folgend BVerfGE 110, 226 ff. = NJW 2004, 1305 (1306); *Eser/Hecker* (Fn. 3), § 1 Rn. 41 ff.; *Fischer* (Fn. 2), § 1 Rn. 12; *Lackner/Kühl* (Fn. 3), § 1 Rn. 6; *Rengier* Strafrecht AT 2. Aufl., § 5 Rn. 11; *Wessels/Beulke* Strafrecht AT 40. Aufl., Rn. 57.

9 Dieser Theorie im Grundsatz folgend *Dannecker* in *Leipziger Kommentar zum StGB* 12. Aufl., § 1 Rn. 296, 315, 317, 354; *Rogall* in *Karlsruher Kommentar zum OWiG* 3. Aufl., § 1 Rn. 73 f.; *Schmitz* in *MünchKomm StGB*, § 1 Rn. 88; ebenso *Simon* Gesetzesauslegung im Strafrecht 2005, S. 209 ff., 474, der sich jedoch stark der objektiven Theorie annähert, indem er nicht auf den tatsächlichen, sondern den hypothetisch zu ermittelnden Willen des Gesetzgebers abstellen will (S. 290).

10 *Simon* (Fn. 9), S. 299 f.

b) Grammatische und systematische Auslegung: Computerspezifischer Besitzbegriff

Da der **mögliche Wortsinn des Gesetzes** im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG die **äußerste Grenze** zulässiger richterlicher Interpretation markiert,¹¹ bildet die Entfaltung der Wortbedeutung (grammatische Auslegung) nicht nur den Ausgangspunkt für die richterliche Sinnermittlung, sondern steckt zugleich die nicht zu überschreitende Grenze der Auslegungstätigkeit ab. Unter Wortsinn ist die Bedeutung nach dem allgemeinen oder – falls vorhanden – nach dem besonderen juristischen Sprachgebrauch (z. B. Legaldefinition) zu verstehen. Der vor diesem Hintergrund allgemein anerkannten Regel folgend, dass jede Norminterpretation zunächst beim Gesetzeswortlaut anzusetzen hat,¹² untersucht das *OLG Hamburg* anhand einer detaillierten grammatischen Auslegung, welche Erkenntnisse sich hieraus für die Bestimmung des § 184b Abs. 4 StGB gewinnen lassen. Der Senat berücksichtigt hierbei in methodisch vorbildlicher Weise auch den **Systemzusammenhang** (gesetzlicher Kontext), in dem das auszulegende Tatbestandsmerkmal verwendet wird. Die Bedeutung der systematischen Interpretation ergibt sich daraus, dass der mögliche Wortsinn die Bedeutung eines Ausdrucks oft nicht eindeutig festzulegen vermag¹³ und zudem die vom jeweiligen Rechtsgebiet abhängige Relativität von Rechtsbegriffen zu beachten ist. Selbst innerhalb des StGB können gleich lautende Tatbestandsmerkmale im Hinblick auf den jeweiligen Normzweck unterschiedlich auszulegen sein.¹⁴ Der Sinn eines Rechtssatzes erschließt sich in der Regel erst dann, wenn man ihn als Teil der Gesamtregelung sieht. Zu beachten ist deshalb u. a. die Stellung einer Vorschrift im Gesetz, die Auswirkung einer bestimmten Interpretation auf den Gehalt anderer Regelungen und die Bedeutung gleich lautender Ausdrücke in anderen Vorschriften. Das *OLG Hamburg* führt insoweit aus:

„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 ... Umgangssprachlich bezeichnet die Gesamtheit der materiellen Güter, über die man Verfügungsgewalt hat ...; 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

11 *BVerfG* NJW 2007, 1666; NJW 2008, 3627; *BGH* NJW 2007, 524 (525); *Dannecker* (Fn. 9), § 1 Rn. 301; *Eser/Hecker* (Fn. 3), § 1 Rn. 37; *Fischer* (Fn. 2), § 1 Rn. 11; *Lackner/Kühl* (Fn. 3), § 1 Rn. 6; *Schmitz* (Fn. 9), § 1 Rn. 67.

12 *BGHSt* 53, 205 ff. = NJW 2009, 1617 (1618); *BGH* NJW 2006, 1891; *Eser/Hecker* (Fn. 3), § 1 Rn. 37; *Rengier* (Fn. 8), § 5 Rn. 5; *Simon* (Fn. 9), S. 41; *Wessels/Beulke* (Fn. 8), Rn. 57.

13 Vgl. etwa *BGH* NJW 2005, 3222 (3225); *Eser/Hecker* (Fn. 3), § 1 Rn. 39; *Simon* (Fn. 9), S. 387.

14 So ist z. B. das die Opfereigenschaft umschreibende Tatbestandsmerkmal „Führer eines Kraftfahrzeugs“ in § 316a StGB weiter auszulegen als das gleich lautende, den Täter bezeichnende Merkmal in §§ 315c, 316 StGB; vgl. hierzu *Sternberg-Lieben/Hecker* in *Schönke/Schröder* (Fn. 2), § 316a Rn. 7. Ein weiteres prominentes Beispiel bildet das Merkmal „Wegnahme“ in § 242 StGB einerseits und § 168 StGB andererseits; vgl. hierzu *Lenckner/Bosch* in *Schönke/Schröder* (Fn. 2), § 168 Rn. 4. Zur sog. „Begriffsspaltung“ vgl. *Simon* (Fn. 9), S. 453 ff.

prägend sind ... Besitz wird gem. § 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 auf Grund 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 auf Grund physischer Innehabung eine jederzeitige Einwirkung ermöglicht. Überdies muss die Erlangung der tatsächlichen Gewalt von einem nach außen erkennbaren Besitzbegründungswillen getragen sein ... 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 i. S. d. § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BtMG ...“.

An dieser Stelle wendet sich der Senat den Besonderheiten zu, die sich aus der **Unkörperlichkeit von Dateien** ergeben und entwickelt hieraus einen **computerspezifischen Besitzbegriff**:

„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 §§ 184b, 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 BGHSt 47, 55 (59) einen aus den Besonderheiten der unkörperlichen Datenübertragung im Internet abgeleiteten spezifischen Verbreitensbegriff entwickelt ... 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 ...“.

Auch wenn sich das *OLG Hamburg* mit dem von ihm entwickelten computerspezifischen Besitzbegriff von den Kriterien entfernt, die für den Besitz körperlicher Gegenstände konstitutiv sind, wird damit die äußerste Grenze des möglichen Wortsinnes noch nicht überschritten.¹⁵ Jedoch sind die aus der vom Senat zitierten Ent-

15 A. A. *Mintas* Anmerkung zur Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamburg vom 15.2.2010 – 2 – 27/09 (REV), NJW 2010, 1893–1897, NJW 2010, 1897 f.; *Scheffler* (Fn. 6), S. 627 („Überdehnung des Gesetzeswortlautes“).

scheidung BGHSt 47, 55 abgeleiteten systematischen Schlussfolgerungen keineswegs zwingend. Zwar geht der *BGH* in der Tat davon aus, dass ein „**Verbreiten**“ kinderpornografischer Schriften i. S. d. § 184b Abs. 1 Nr. 1 StGB anzunehmen sei, wenn die Datei in den Arbeitsspeicher des Empfängers gelangt. Hieraus folgt aber nicht – wie das *OLG Hamburg* annimmt – dass deshalb auch das Herunterladen der aufgerufenen Datei in den Arbeitsspeicher zwecks Betrachtens auf dem Bildschirm bereits eine Besitzverschaffung auf Seiten des Betrachters darstellen müsse. Das Verbreiten knüpft nämlich nicht an den Besitzerwerb des Empfängers an.¹⁶ Vielmehr reicht insoweit ein „Auf-den-Weg-Bringen“ der Datei aus. Die Erfüllung dieses Tatbestandsmerkmals setzt also gerade nicht denknotwendig den Besitzerwerb an der Darstellung durch Dritte voraus.

Wie die folgenden Ausführungen zeigen, ist dem Senat durchaus bewusst, dass er sich mit seinem computerspezifischen Besitzbegriff weit von dem Begriffsverständnis entfernt, das von der h. L. vertreten wird. Die Einwände gegen seine extensive Gesetzesinterpretation hält er jedoch für nicht durchgreifend:

„Die demgegenüber im Schrifttum erhobenen Bedenken, das nur kurze Laden in den Arbeitsspeicher zum Zweck des Betrachtens sei zu flüchtig ... und es fehle an der erforderlichen Dauerhaftigkeit und Festigkeit der Herrschaft, weil die Datei nach dem Abschalten des Rechners nicht mehr verfügbar sei ..., 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 Internet-Nutzer „ervielfältigt“ und stehen dem jeweiligen Nutzer und Betrachter im selben Umfang wie dem Anbieter zur Verfügung ... 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 Weiterverar-

16 *Harms* (Fn. 4), S. 648; *Heinrich* (Fn. 2), S. 364; *Perron/Eisele* (Fn. 2), § 184b Rn. 15a.

beiten von Computerdateien eigentümliche Schnelligkeit des Mediums ohnehin nachrangig“.

Der Senat wendet sich sodann weiteren Interpretationsansätzen zu, um sein Auslegungsergebnis weiter abzusichern und zu bestätigen.

c) Historische Auslegung

Auf der Linie einer auch hier befürworteten Synthese zwischen objektiver und subjektiver Auslegungstheorie (vgl. o. III. 2. a) erkundet der Senat den **Willen des Gesetzgebers**:

„Wie sich aus der Begründung des Regierungsentwurfs eines Strafrechtsänderungsgesetzes – Kinderpornografie vom 3.7.1992 (BT-Dr 12/3001, S. 1) – ergibt, wurde bezweckt, den bis zur Einführung der Änderung des § 184 StGB a. F. in den Jahren 1992/93 straflosen Besitz kinderpornografischer Darstellungen sowie die Besitzverschaffung zur „nachdrücklichen Bekämpfung“ der Kinderpornografie mit Strafe zu bedrohen ... 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 ... Die damalige Begründung ... 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 ... Ziel des Gesetzgebers war eine nach den jeweils aktuellen technischen und sozialen Gegebenheiten extensive strafbewehrte Bekämpfung der Kinderpornografie“.

d) Teleologische Auslegung

Die Ausführungen zu der Gesetzeshistorie münden schließlich in einer – vielfach als „Krone der Auslegungsmethoden“ bezeichneten – **teleologischen Auslegung**.¹⁷ Sie zielt darauf ab, den Sinn und Zweck einer Norm zu bestimmen:

„Der Wille des Gesetzgebers, mit ... § 184b Abs. 4 StGB ein umfassendes strafbewehrtes Besitzverbot für Kinderpornografie zu schaffen ..., hat Ausdruck gefunden in den durch viele Tatmodalitäten ausgestalteten Absätzen 1 bis 4 des § 184b StGB, die das Konzept einer weitestmöglichen Vorverlagerung des strafbewehrten Rechtsgüterschutzes aufzeigen. Ein Internetnutzer trägt durch das Aufrufen kinderpornografischer Dateien zu einer Steigerung der Nachfrage bei. Das *OLG Schleswig* (NStZ-RR 2007, 41) hat insoweit überzeugend ausgeführt, der Anreiz für Hersteller und Betreiber kinderpornografischer Seiten zum Anbieten neuer

17 Vgl. hierzu *BGH NJW* 2005, 3223 (3225); *Eser/Hecker* (Fn. 3), § 1 Rn. 40; *Rengier* (Fn. 8), § 5 Rn. 14; *Wessels/Beulke* (Fn. 8), Rn. 57.

kinderpornografischer Produkte bestehe unabhängig davon, ob ein Betrachter entsprechende Seiten als Konsument speichere oder nicht“.

3. Kritische Würdigung des Urteils

Die Entscheidungsfindung des *OLG Hamburg* ist in rechtsmethodischer Hinsicht nicht zu beanstanden und führt insoweit zu einem vertretbaren Auslegungsvorschlag. Inhaltlich vermag mich das Urteil im Ergebnis jedoch nicht zu überzeugen. Anhand der anerkannten strafrechtlichen Auslegungsgrundsätze lässt sich methodisch gleichermaßen korrekt darlegen, dass an den Kriterien des klassischen Besitzbegriffs festzuhalten und auf dieser Basis der Aufruf kinderpornografischer Dateien ohne den Willen, diese dauerhaft zu speichern, nicht als strafbares Unternehmen zur Besitzverschaffung zu werten ist. Der von dem *OLG Hamburg* kreierte computerspezifische Besitzbegriff führt dazu, dass das schlichte Betrachten einer kinderpornografischen Datei auf dem Bildschirm eines PCs nicht nur als sittlich anstößiger, sondern als krimineller Akt eingestuft wird – eine Wertung, die im Widerspruch zu der allgemein anerkannten Straflosigkeit des bloßen Anschauens von verkörperten Schriften mit verbotenen Inhalten steht.¹⁸ Diese strafrechtliche Wertungskongruenz (Ungleichbehandlung zweier vergleichbarer Sachverhalte) lässt sich sachlich schwerlich rechtfertigen. Denn es kann nicht davon ausgegangen werden, dass ein Internetnutzer durch das schlichte Anschauen kinderpornografischer Dateien mehr zu einer Steigerung der Nachfrage entsprechender Produkte beiträgt als der Betrachter von verkörperten Bildmaterial.

Leider hat das *OLG Hamburg* nicht von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, dem *EuGH* im Wege eines Vorabentscheidungsersuchens gem. ex-Art. 35 EUV¹⁹ die Frage vorzulegen, ob die nach Art. 3 Abs. 1 Buchst. d des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI v. 22. 12. 2003²⁰ gebotene Strafbewehrung bereits das Herunterladen von kinderpornografischen Dateien in den Arbeitsspeicher eines PCs umfasst. Sollte dies der Fall sein, würde sich das vom Senat gefundene Ergebnis aus einer rahmenbeschlusskonformen Auslegung des § 184b Abs. 4 StGB ergeben.²¹ Wenn die bezeichnete Handlung nicht der unionsrechtlichen Pönalisierungspflicht unterliegt, wären die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber und Richter zwar nicht daran gehindert, eine insoweit überobligatorische Pönalisierung des Kinderpornografiebesitzes zu statuieren.²² Jedoch würde sich dann die Begründungslast dafür erhöhen, warum das bloße

18 *LG Stuttgart* NStZ 2003, 36; *Fischer* (Fn. 2), § 184b Rn. 21c; *Heinrich* (Fn. 2), S. 364; *Hörle* (Fn. 4), § 184b Rn. 26; *dies.* (Fn. 6), S. 706; *Perron/Eisele* (Fn. 2), § 184b Rn. 15; *Scheffler* (Fn. 6), S. 627 (628 ff.).

19 Die Anwendbarkeit des ex-Art. 35 AEUV auf Rechtsakte der früheren 3. Säule der EU folgt aus Art. 10 I–III des Protokolls über die Übergangsbestimmungen (ABIEU 2008 Nr. C 115/322); vgl. hierzu *Hecker* (Fn. 1), § 4 Rn. 37 m. w. N.

20 ABIEU 2003 Nr. L 13/44.

21 Vgl. hierzu *Hecker* (Fn. 1), § 10 Rn. 77 ff. m. w. N.

22 Der genannte Rahmenbeschluss legt lediglich einen strafrechtlichen Mindeststandard fest; vgl. *Hecker* (Fn. 1), § 11 Rn. 35 ff.

Betrachten verbotener Bilddateien auf dem Bildschirm eines PCs im Gegensatz zum Anschauen verkörperter Bildmaterialien gleichen Inhalts als kriminelle Handlung eingestuft werden soll.²³

IV. Schlussbemerkung

Auch wenn man die hier vorgestellte Entscheidung im Ergebnis nicht für überzeugend hält, ist ihre Lektüre in hohem Maße gewinnbringend. Zum einen lässt sich an ihr besonders anschaulich die strafrechtliche Auslegungsmethodik studieren, deren Beherrschung allen angehenden und praktizierenden Juristen abverlangt wird. Zum anderen zeigt sie aber auch, dass sich auf der Basis der anerkannten Auslegungsmethoden zumeist nicht nur eine, sondern mehrere vertretbare Lösungsvorschläge entwickeln lassen.

23 Vgl. hierzu auch die vertiefenden Ausführungen zum Schutzzweck des § 184b Abs. 4 StGB von *Gropp* Besitzdelikte und periphere Beteiligung – Zur Strafbarkeit der Beteiligung an Musiktaschbörsen und des Besitzes von Kinderpornografie in FS für Otto, 2007, S. 249 (258 ff.) sowie *Scheffler* (Fn. 6), S. 627 (630 ff.).