

Hanseatisches
Oberlandesgericht Hamburg
2. Strafsenat

Entscheidungsdatum: 15.02.2010

Aktenzeichen: 2 - 27/09 (REV), 2 - 27/09 - 1

Ss 86/09

Normen: § 11 Abs 3

StGB, § 184b

Abs 2 StGB,

§ 184b Abs 4

StGB

Leitsatz

Schon wer bewusst und gewollt Seiten mit kinderpornografischem Inhalt aus dem Internet aufruft und auf dem Bildschirm seines Computers betrachtet, unternimmt es, sich den Besitz von kinderpornografischen Schriften (hier: Daten) zu verschaffen. Nicht erforderlich zur objektiven und subjektiven Tatbestandserfüllung sind ein Plan, die Datei manuell abzuspeichern, oder ein Wissen um die automatische Abspeicherung der Datei im so genannten Internet-Cache.

Tenor

Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Amtsgerichts Hamburg-Harburg, Abteilung 618, vom 23. Februar 2009 mit den Feststellungen aufgehoben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung – auch über die Kosten der Revision an eine andere Abteilung des Amtsgerichts Hamburg-Harburg zurückverwiesen.

Gründe

I.

1.

Dem Angeklagten liegt auf Grund mit Eröffnungsbeschluss vom 29. Januar 2009 zugelassener Anklage vom 9. Januar 2009 zur Last, es durch 16 selbständige Handlungen unternommen zu haben, sich den Besitz kinderpornografischer Schriften zu verschaffen (§§ 184 b Abs. 4 S. 1, 53 StGB).

2.

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 kinderpornographischem Inhalt an. Die Dateien zeigten – im Einzelnen näher beschriebene – Abbildungen von Kindern im Alter von etwa zwischen vier und elf 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 kinderpornographischem Inhalt oder Lockangebote für „free tours“ empfangen, so dass 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 Angeklagtengenutzten 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 kinderpornographischem Inhalt auf dem Bildschirm werde kein Besitz im Sinne des § 184 b 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 kinderpornographischen Dateien erlangt, doch fehle auf der subjektiven Tatseite es an dem entsprechenden

Besitzwillen; demgemäß mangle es auch insoweit an dem für das Unternehmen einer Besitzerlangung erforderlichen Vorsatz.

3.

Die Staatsanwaltschaft hat spätestens am 26. Februar 2009 Rechtsmittel eingelegt und dieses – vor Urteilszustellung – am 20. April 2009 als Revision konkretisiert, die sie zugleich mit dem Antrag auf Aufhebung des Urteils mit den Feststellungen und Zurückverweisung der Sache sowie mit der – zur (bejahten) Frage des Besitzes im Sinne des § 184 b Abs. 4 StGB ausgeführten – Sachrüge begründet hat. Die Generalstaatsanwaltschaft ist der Revision beigetreten.

In der Revisionshauptverhandlung haben die Generalstaatsanwaltschaft auf Aufhebung des Urteils mit den Feststellungen und Zurückverweisung der Sache sowie der Verteidiger auf Verwerfung der Revision angetragen.

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 (1.) als auch zur Subsumtion 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 § 184 b Abs. 4 S. 1 StGB (2.).

1.

Die Beweiswürdigungserwägungen des Amtsgerichts sind in mehrfacher Hinsicht sachlichrechtlich fehlerhaft.

a)

Die Beweiswürdigung des Tatrichters unterliegt einer nur eingeschränkten revisionsgerichtlichen Prüfung. Sie ist rechtsfehlerhaft insbesondere dann, wenn sie in sich widersprüchlich, lückenhaft oder unklar ist, gegen Denk- oder gesicherte Erfahrungssätze verstößt oder überspannte Anforderungen an die für eine Verurteilung erforderliche tatrichterliche Gewissheit stellt (vgl. Meyer-Goßner, StPO, 52. Aufl., § 337 Rdn. 27 m.w.N.). Lückenhaft ist die Beweiswürdigung namentlich, wenn nicht alle aus den Urteilsgründen ersichtlichen Umstände, die Schlüsse zu Gunsten oder zu Ungunsten des Angeklagten

zulassen, gewürdigt sind; das ist insbesondere gegeben, wenn eine naheliegende Erklärungsmöglichkeit für einen gegenteiligen Schluss außer acht gelassen worden ist (vgl. Meyer-Goßner, a.a.O., Rdn. 29 m.w.N.).

b)

Diesen Anforderungen hält das amtsgerichtliche Urteil hier nicht stand.

aa)

Das Amtsgericht geht – rechtlich zutreffend – davon aus, dass ein vom Täter gezielt vorgenommenes Abspeichern einer Bild- oder Videodatei dem Tatbestandsmerkmal des Unternehmens, sich den Besitz an der Datei zu verschaffen, nach § 184 b Abs. 4 S. 1 StPO unterfällt. Ein solches gezieltes Abspeichern einer Videodatei (naheliegender Fall 14, weil allein dieser Tatvorwurf sich auf eine Video- statt auf eine Bilddatei bezieht) hatte der Angeklagte seiner in den Urteilsgründen mitgeteilten Einlassung zufolge in der Hauptverhandlung zunächst eingeräumt; erst nach Vernehmung des Sachverständigen änderte er seine Angaben und behauptete nunmehr, er schließe nicht aus, die Videodatei nicht bewusst heruntergeladen zu haben. Die letztgenannte Einlassung hat das Amtsgericht als zumindest unwiderlegt angesehen. Die dazu gegebene Begründung ist lückenhaft; das Amtsgericht hat sich nicht mit sich zur Erörterung aufdrängenden gegenteiligen Erklärungsmöglichkeiten befasst:

Das Amtsgericht hat unerörtert gelassen, aus welchem Grund der – zumal verteidigte – Angeklagte zunächst eine ihn selbst belastende Angabe wahrheitswidrig gemacht haben sollte, obwohl er im Übrigen die Tatbegehung bestritten hatte, was Anzeichen für ein sorgfältig differenzierendes Aussageverhalten sein kann. Vor diesem Hintergrund ist die durch das Amtsgericht gegebene Begründung, das Teilgeständnis zum Herunterladen „der in der Anklageschrift bezeichneten Videodatei“ sei „unbedarft“ gewesen, unzureichend. Ob das ursprüngliche Teilgeständnis zudem nicht spontan erstmals in der Hauptverhandlung abgelegt worden ist, sondern im Sinne einer Aussagekonstanz auch früherer Einlassung oder auf Angaben des Angeklagten fußender Verteidigerschutzschrift entsprach, ist in Ermangelung einer diesbezüglichen Aufklärungsrüge nicht zugänglich.

Das Amtsgericht hat sich nicht damit auseinandergesetzt, ob die abweichende neue Einlassung des Angeklagten sich als bloße Anpassung des Aussageverhaltens an den Verlauf der Beweisaufnahme erklärt. Der Angeklagte hat nämlich – ohne Begründung für die Einlassungsänderung – das Teilgeständnis erst zurückgenommen, nachdem der

Sachverständige sein Gutachten dahin erstattet hatte, ein bewusster Zugriff auf die Dateien sei (technisch) nicht nachweisbar. Damit liegt nicht fern, dass ein in Verkennung der Beweislage abgelegtes wahrheitsgemäßes Teilgeständnis den Angeklagten unter dem Eindruck des späteren Gutachtens als unnötig gereut hat.

Das Amtsgericht hat als Anzeichen für die Wahrheitsgemäßheit des Bestreitens gewertet, dass der Angeklagte „strafbares, noch nicht verjährtes (einschlägiges) Verhalten in den Jahren 2005 und 2006“ eingeräumt habe, also sich insoweit weitergehender Strafverfolgung ausgesetzt habe. Mit dieser Wertung des Aussageverhaltens hat das Amtsgericht seine Vorstellung ausgedrückt, der Angeklagte räume alles strafbare Verhalten, das er verwirklicht habe, auch ein, weshalb im Gegenschluss sein Bestreiten im Übrigen glaubhaft sei. Dabei hat sich das Amtsgericht nicht mit der Möglichkeit auseinandergesetzt, der Angeklagte habe das Einräumen früheren Geschehens funktional zur Aufwertung seines Bestreitens im Übrigen eingesetzt in dem Bewusstsein, hinsichtlich des früheren Geschehens nicht das Risiko einer Bestrafung einzugehen, weil solche früheren Taten nicht Gegenstand der vorliegenden Anklage sind und mangels Konkretisierbarkeit einzelner Taten – zumal nach schon abgeschlossener, insoweit ergebnisloser Computerauswertung – auch nicht Gegenstand einer künftigen Anklage werden können.

Widersprüchlich ist die Beweiswürdigung zudem insoweit, als einerseits ein ursprüngliches Geständnis zum Herunterladen gerade der „in der Anklageschrift bezeichneten Videodatei“ angeführt wird (UA S. 6 oben), aber andererseits das Amtsgericht bezweifelt, dass sich das ursprüngliche Geständnis auf diese – einzige anklagegegenständliche – Videodatei statt auf andere Dateien bezogen hat (UA S. 8 oben).

bb)

Das Amtsgericht geht – rechtlich zutreffend (vgl. unten 2. c) aa)) – davon aus, die automatische Abspeicherung und Aufrufbarkeit der Dateien im Internet-Cache begründe objektiv Besitz im Sinne des § 184 b Abs. 4 StGB; es sieht jedoch den Nachweis eines diesbezüglichen Besitz(begründungs)-willens für nicht geführt. Die dazu dargelegten Beweiswürdigungserwägungen sind rechtsfehlerhaft. Die Beweiswürdigung ist in sich widersprüchlich und lückenhaft. Das Amtsgericht folgt dem Sachverständigen darin, dass „**durchschnittlich** erfahrene Internetnutzer“ (Hervorhebung durch Senat) die Existenz und Funktion des Internet-Cache kennen. Diesen Maßstab verfehlt das Amtsgericht, indem es sodann sich dem Sachverständigen in der Bewertung anschließt, es seien keine Umstände „offenkundig geworden, die den Schluss darauf zuließen, dass der Angeklagte über **überdurchschnittliche** Kenntnisse betreffend der im Internet-Cache abgelegten Dateien

verfügt“ (Hervorhebung durch Senat). Damit kann der Angeklagte über durchschnittliche Erfahrungen und Kenntnisse in der Internetnutzung verfügt haben, die nach der Auffassung schon des Tatgerichtes eine Kenntnis um das Internet-Cache einschließen.

Ob ein solcher Durchschnittsstandard gegeben war, lässt das Amtsgericht unerörtert, obwohl er eher nahe liegt bei einem Internetnutzer, der sich jahrelang gezielt der Internet- und Computertechnologie zum Aufsuchen und Speichern von kinderpornographischen Dateien bedient hat und dem die Totallöschung früher gespeicherter Dateien gelungen ist.

cc)

Auch die Würdigung des Sachverständigengutachtens, auf das sich das Amtsgericht sowohl zur Frage gezielten Speicherns als auch zu objektiven und subjektiven Fragen der automatischen Abspeicherung im Internet-Cache stützt, ist rechtsfehlerhaft. Das Amtsgericht stellt die Angaben des Sachverständigen insbesondere zur technischen Auswertung des bei dem Angeklagten sichergestellten Computers und zur Bewertung der Häufigkeiten von Dateien erotischen Inhalts dar. Es bewertet das Gutachten als plausibel, schlüssig sowie „erkennbar“ von Sachverstand geprägt und schließt sich ihm an.

Diese Würdigung ist in zweierlei Hinsicht lückenhaft. Die Urteilsgründe müssen wenigstens die Qualifikation, die wesentlichen Anknüpfungstatsachen und die Darlegungen des Sachverständigen wiedergeben (vgl. Meyer-Goßner, a.a.O., § 267 Rdn. 13 m.w.N.). Vorliegend fehlt es an ausdrücklichen oder aus dem Zusammenhang ersichtlichen Angaben zur Sachkunde des Sachverständigen, die eine Überprüfung auf Rechtsfehler durch das Revisionsgericht ermöglichen. Auch ist die Tatsachengrundlage des Gutachtens nicht hinreichend erkennbar:

Die Qualifikation des Sachverständigen ist nicht ersichtlich. Fachrichtung, Ausbildung und berufliche oder gar forensische Erfahrung des allein mit dem Namen bezeichneten Sachverständigen sind nicht mitgeteilt. Die Fachrichtung versteht sich umso weniger von selbst, als das Gutachten sowohl zu informationstechnologischen Fragen als auch zu Fragen der Nutzerusancen am pornographischen Dateimarkt erstattet worden ist. Gerade mit Hinblick auf die Marktverhältnisse ist eine Angabe zu Erfahrung und Quellen des Sachverständigen erforderlich.

Da konkreter Untersuchungsauftrag und –methoden nicht benannt werden, erschließt sich auch nicht, wie der Sachverständige bei einer gemäß „Auftrag der Staatsanwaltschaft auf den aktiven Bereich des Computers“ beschränkten Auswertung zu Erkenntnissen gekommen

sein kann, dass auf dem Computer des Angeklagten keine Dateien manuell gelöscht wurden.

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 § 184 b 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 § 184 b 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) zu Grunde 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 kinderpornographischen 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 Bilddateien und eine Videodatei als kinderpornographische Schriften im Sinne von § 184 b 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 § 184 b Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 StGB – auf diesen Absatz 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 § 184 b 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 kinderpornographischer Natur. Sie haben sexuelle Handlungen von, an und vor Kindern zum Gegenstand, die im Sinne des § 184 g 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 pornographisch (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 vier bis elf 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 § 184 b 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 „Realpornographie“ (vgl. Lenckner/Perron/Eisele in Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl., § 184 b Rdn. 11) und damit auf Foto- und Filmaufnahmen beschränkt (vgl. Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl., § 184 b 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 § 184 b 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 Internet-Nutzers 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 Aufrufes 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., § 184 b Rdn. 8; Heinrich in NSTZ 2005, 361, 364; Eckstein in ZStW 117, 107, 120; a.A. Fischer, a.a.O., § 184 b Rdn. 21 b; Lenckner/Perron/Eisele, a.a.O., § 184 b Rdn. 15; Hörnle in MünchKommStGB, § 184 b Rdn. 27; Wolters in SK-StGB, § 184 b Rdn. 13; Lackner/Kühl, a.a.O., § 184 b Rdn. 8; offen gelassen 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 Sinnzusammenhanges, 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 Begriffes „Besitz“, die bereits das gezielte Suchen und Herunterladen kinderpornographischer 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 Begriffes „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 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 (zu allem vgl. Bassenge, a.a.O., § 854 Rdn. 2 - 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) I

ndes ergibt der systematische Vergleich mit anderen eine Besitzstrafbarkeit normierenden Vorschriften, dass Besitz im Sprachgebrauch nicht schlechthin identisch mit dem bürgerlichrechtlichen 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 – Kinderpornographie 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 (siehe auch 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 Zustandes), 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 Regelungsbereiches richten (vgl. Eckstein, a.a.O., 120). Aus den so genannten 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 wegen 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 Besitzbegriffes, der im Kern an den allgemeinen Besitzbegriff anknüpft, aber einzelne Definitionsmerkmale an die Besonderheiten unkörperlicher Gegenstände und ihres Verwendungszusammenhanges 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-)pornographischen 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, siehe 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 (siehe auch 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 Internet-Nutzer „vervielfältigt“ und stehen dem jeweiligen Nutzer und Betrachter im selben Umfang wie dem Anbieter zur Verfügung. Die Kopie entspricht vollen Umfanges 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 Besitzbegriffes.

Wie sich aus der Begründung des Regierungsentwurfs eines Strafrechtsänderungsgesetzes – Kinderpornographie 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 1992/93 straflosen Besitz kinderpornographischer Darstellungen sowie die Besitzverschaffung zur „nachdrücklichen Bekämpfung“ der Kinderpornographie mit Strafe zu bedrohen. Dabei hatte der Gesetzgeber das damals aktuelle Problem der Verbreitung von Kinderpornographie 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 Kinderpornographie durch die Strafbarkeit erfasst werden, weil er dazu beitrage, dass Kinder sexuell missbraucht werden. Nur weil kinderpornographische 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 Kinderpornographie. In Bezug auf das (damals) neue Medium Video gelte dies vor allem, weil jeder Besitz die Möglichkeit problemloser Vervielfältigung und Verbreitung kinderpornographischer 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 kinderpornographische 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 kinderpornographische Produkte heutzutage wegen der modernen Informationstechnologie und der daraus resultierenden Verbreitungsmöglichkeiten eine andere Struktur aufweist, als sie der Gesetzgeber Anfang der 90er 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 Kinderpornographie.

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 Kinderpornographie zu schaffen (Regierungsentwurf, a.a.O., S. 6), um den Nachfragemarkt auszutrocknen, weil man sich vorstellte, auf diese Weise den Anreiz für die Herstellung kinderpornographischer 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 Rechtsgüterschutzes aufzeigen.

Ein Internetnutzer trägt durch das Aufrufen kinderpornographischer 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 kinderpornographischer Seiten zum Anbieten neuer kinderpornographischer Produkte bestehe unabhängig davon, ob ein Betrachter entsprechende Seiten als Konsument speichere oder nicht. Hersteller und Vertrieber von Kinderpornographie 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 kinderpornographischen Darstellungen zurückgreifen könnten, sondern immer wieder neue Seiten aufrufen müssten, sobald sie den Wunsch hätten, Kinderpornographie 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 kinderpornographischer 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 kinderpornographischen Darstellungen gelange (hierzu siehe auch Heinrich, a.a.O., 365), greift nicht, weil insoweit die subjektive Tatseite eines Unternehmens der Besitzverschaffung nicht erfüllt wäre.

Das Argument, bei einem weiten Tatbestandsverständnis werde schrankenlos das Betrachten verbotener Bilder zu kriminellem Unrecht erhoben (Fischer, a.a.O., § 184 b Rdn. 21c), 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 Eingriffes 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 kinderpornographischer Dateien gemäß § 184 Abs. 3 Nr. 1 a.F. (jetzt § 184 b 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 § 184 b 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 kinderpornographischen 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 Sachverhaltsfeststellungen 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).