

Datum: 17.02.2004
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 1. Senat für Straf- und Bußgeldsachen
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: III-5 Ss 143/03 - 50/03 I

Tenor:

Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das Urteil der XXXI. kleinen Strafkammer des Landgerichts Düsseldorf vom 31. Januar 2003 mit den Feststellungen aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an eine andere kleine Strafkammer des Landgerichts Düsseldorf zurückverwiesen.

Gründe

Die unverändert zugelassene Anklage wirft dem Angeklagten vor, ab Anfang Juli 2001 unter einer Adresse im Internet pornographische Schriften verbreitet und für sie geworben zu haben. Das Amtsgericht (Urteil veröffentlicht in CR 2003, 296) hat ihn verurteilt, das Landgericht (Urteil veröffentlicht in CR 2003, 452 mit Anm. Gercke/Liesching) hat ihn auf seine Berufung freigesprochen. Die Revision der Staatsanwaltschaft hat mit der Sachrüge vorläufig Erfolg.

I.

Nach den Feststellungen war der Angeklagte von November 2000 bis Juni 2002 alleiniger Geschäftsführer einer Fa. mit Sitz in "Unzweifelhaft" - so das Landgericht - bot das Unternehmen unter der Internetadresse www.....de einfache Pornographie in Form von Bildern, Videos, Live-Sex-Shows und Magazinen an. Auf der Startseite wurde das Angebot als "verdorben, verrucht und verlockend" bezeichnet und der Zugang zum "Mitgliedsbereich mit den heißesten Shows und den schärfsten Bildern" wie folgt beschrieben:

"... Und das Beste: Keine Anmeldung, keine Kreditkarte, keine Wartezeit und 100% anonym durch den Highspeed-Zugang. Einfach den High-Speed-Dialer durch den Download-Link rechts herunterladen, mit einem Doppelklick aktivieren und nur wenige Sekunden später wirst Du automatisch in den Mitgliedsbereich von Clubhardcore geleitet."

Der Dialer (ein Programm, das eine Telefonverbindung über eine bestimmte Telefonnummer herstellt) wurde auf den Rechner des Nutzers überspielt, sobald dieser die Identitätsnummer eines deutschen Personalausweises oder die Kartenummer einer Kreditkarte eingegeben und ein Programm auf dem Rechner der Telecall die Nummer auf ihre "Schlüssigkeit" überprüft hatte. Bei Eingabe einer Personalausweisnummer wurde der Zugang verweigert, wenn die Prüfung das Geburtsdatum eines Minderjährigen ergab. Besuche des Mitgliedsbereichs wurden über die

Telefonverbindung abgerechnet, die der Dialer herstellte. Der Preis betrug 3,60 DM je Minute. Im April 2001 wurde von der Zentralstelle der Obersten Landesjugendbehörden für Jugendschutz in Mediendiensten abgemahnt. Unterde sei Pornographie in jugendgefährdender Weise und unter Verstoß gegen § 184 Abs. 1 StGB frei zugänglich, weil keine wirksame Alterskontrolle gegeben sei. Die Abmahnung führte zu keiner Veränderung des Internetauftritts der Den Freispruch von dem Vorwurf der Verbreitung pornographischer Schriften hat das Landgericht im Kern damit begründet, dass die festgestellten Zugangshürden - Überprüfung der Ausweis- oder Kartenummer und Einwahl über einen kostenpflichtigen Dialer - zusammen ausgereicht hätten, um Kinder und Jugendliche vom Besuch des Mitgliedsbereichs abzuhalten. Von dem Vorwurf der Werbung für pornographische Schriften hat das Landgericht den Angeklagten freigesprochen, weil eine unerlaubte Werbung "nicht (mehr) feststellbar" sei.

II.

Die Revision hat mit der Sachrüge Erfolg, weil die Feststellungen mangelhaft sind und die rechtlichen Erwägungen den Freispruch nicht tragen. 1. Eine Straftat nach § 184 Abs. 1 Nr. 1 StGB hat das Landgericht zutreffend verneint. Nach dieser Vorschrift macht sich nur strafbar, wer pornographische Schriften einer *bestimmten* Person unter achtzehn Jahren anbietet, überlässt oder zugänglich macht (BGHSt 34, 94, 98; Lenckner/Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl. [2001], § 184 Rdnr. 6; Tröndle/Fischer, StGB, 51. Aufl. [2003], § 184 Rdnr. 10; allg. M.). Das ist nicht festgestellt; mangelhafte Aufklärung durch den Tatrichter wird nicht gerügt.

2. Rechtsfehlerhaft hat das Landgericht aber nicht geprüft, ob der Angeklagte nach § 184 Abs. 1 Nr. 2 StGB zu bestrafen ist. a) Nach dieser Vorschrift macht sich u. a. strafbar, wer pornographische Schriften an einem Ort zugänglich macht, der Personen unter achtzehn Jahren zugänglich ist. Der PC mit Internetanschluss im häuslichen Bereich von Kindern oder Jugendlichen ist ein solcher Ort (Lenckner/Perron aaO Rdnr. 11; Tröndle/Fischer aaO; Hörnle NJW 2002, 1008, 1010 mwN; vgl. BVerwGE 116, 5, 14 = NJW 2002, 2966 zum so genannten Pay-TV). Ein Zugänglichmachen liegt nur dann nicht vor, wenn Vorkehrungen getroffen sind, die den Zugang Minderjähriger zu den pornographischen Inhalten regelmäßig verhindern. Dazu ist erforderlich, dass zwischen der pornographischen Darstellung und dem Minderjährigen eine "effektive Barriere" besteht, die er überwinden muss, um die Darstellung wahrnehmen zu können (BVerwG aaO; BGH NJW 2003, 2838 zur Automaten-videothek; Lenckner/Perron aaO Rdnr. 15). Die Art des Mediums spielt dabei keine Rolle. Bei Angeboten im Internet muss die Barriere genauso "effektiv" sein wie bei Angeboten im Pay-TV oder beim Video"verleih". Aus § 3 Abs. 2 Satz 2 des Gesetzes über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften und Medieninhalte (GjSM, das mit dem Inkrafttreten des Jugendmedienschutz-Staatsvertrages [GV. NRW. 2003, 84] am 1. April 2003 außer Kraft getreten ist, § 30 Abs. 1 Satz 2 JuSchG) in Verbindung mit § 6 Nr. 2 GjSM ergaben sich keine geringeren Anforderungen an die Barriere bei Angeboten im Internet. Nach den genannten Vorschriften galt das Verbot des § 3 Abs. 1 Nr. 4 GjSM (Verbreitung usw. durch elektronische Informations- und Kommunikationsdienste) "nicht, wenn durch technische Vorkehrungen Vorsorge getroffen ist, dass das Angebot oder die Verbreitung im Inland auf volljährige Nutzer beschränkt werden kann". Mit dieser Formulierung hat der Gesetzgeber nur eine Festlegung auf die Art der technischen Vorkehrungen vermeiden und das Gesetz für neue technische Entwicklungen offen halten wollen. Dem Anbieter sollte überlassen bleiben, ob er von der Möglichkeit Gebrauch machte, durch technische Vorkehrungen Vorsorge zu treffen, *oder aber auf die Verbreitung verzichtete* (BT-Drs. 13/7385, S. 38). b) Ob die festgestellten Voraussetzungen des Zugangs zum Mitgliedsbereich vonde als Vorkehrungen geeignet waren, den Zugang Minderjähriger zu den pornographischen Inhalten regelmäßig zu verhindern, ist keine Tat-, sondern eine Rechtsfrage (vgl. BVerwG und BGH, jeweils aaO), die der Senat uneingeschränkt überprüfen kann.

c) Die festgestellten Voraussetzungen des Zugangs zum Mitgliedsbereich vonde waren

keine "effektive Barriere" zwischen den Inhalten der Internetseite und einem minderjährigen Nutzer. Durch die Prüfung der Ausweis- oder Kartenummer, die eingegeben werden musste, auf ihre "Schlüssigkeit" wurde der Zugang nicht ernsthaft behindert, weil entsprechende Ziffernfolgen sich nach den Feststellungen des Landgerichts ohne weiteres (Gercke/Liesching, CR 2003, 456, 457: "problemlos") aus dem Internet abrufen ließen. Der Umstand, dass Kosten entstanden, konnte als Zugangshindernis nur eine Rolle spielen, wenn der Nutzer vor dem "Zutritt" zum Mitgliedsbereich darauf hingewiesen wurde. Woraus "auf den Portalseiten unmissverständlich deutlich (wurde), dass in jedem Fall nicht unerhebliche Kosten entstehen würden (3,60 DM in der Minute), die dann über die Telefonrechnung abgerechnet werden würden" (S. 13 o. UA), ist nicht festgestellt. In dem eingangs wiedergegebenen Text "... Und das Beste: ..." ist von Kosten nicht die Rede. Ob die Verwendung des Begriffs Dialer für einen Minderjährigen - auf dessen Sicht es ankommt - ein klarer Hinweis darauf war, dass Kosten entstanden, kann dahinstehen. Deren Höhe blieb jedenfalls offen. Weitere Feststellungen zu der Frage, ob und wie der potentielle Nutzer vor dem "Zutritt" zum Mitgliedsbereich über die Kosten und deren Höhe unterrichtet wurde, sind dem angefochtenen Urteil nicht zu entnehmen. Aber selbst wenn die Eingangsseite einen ausdrücklichen und deutlichen Hinweis auf die Höhe der anfallenden Kosten enthielt, hätte damit keine "effektive Barriere" zwischen den angebotenen Inhalten und einem Minderjährigen bestanden: aa) Das Argument, minderjährige Nutzer würden durch die Kosten davon abgehalten, sich in den Mitgliedsbereich einzuwählen, weil das bei der nächsten Telefonrechnung auffalle, ist schon im Ansatz fragwürdig (vgl. Gercke/Liesching, CR 2003, 456, 457). Zum einen wird ohne ausgewiesene oder erkennbare Sachkunde unterstellt, dass *Kinder* sich bewusst sind, auf diesem Wege - über die Telefonrechnung - entdeckt werden zu können. Zum anderen wird ein Umstand, der ausschließlich auf den Willen des potentiellen Nutzers einwirkt (vergleichbar mit dem Schild "Zutritt verboten" auf der unverschlossenen Tür oder der sichtbar angebrachten Überwachungskamera), zum ausreichenden Hindernis erklärt, das ihn von der Nutzung abhalte. Diese Argumentation geht aber auch an der Lebenswirklichkeit vorbei, weil die jedermann zugängliche Erfahrung lehrt, dass Kinder und Jugendliche nicht selten spontan handeln und "verbotene" Dinge auch dann tun, wenn ihnen bei Überlegung klar sein muss, dass sie dabei "erwischt" werden.

bb) Davon abgesehen war die Gefahr aufzufallen aus der Sicht des Minderjährigen geringer, als das Landgericht angenommen hat. Richtig ist, dass Minderjährige im häuslichen Bereich regelmäßig nur über den Festnetzanschluss ihrer Eltern Zugang zum Internet haben. Verbindungen mit Mehrwertdiensten (hier: 0190er-Nummern) in der monatlichen Telefonrechnung fallen aber nur dem auf, der die Rechnung durchsieht, sie "liest". Bei Rechnungsendbeträgen, die im Rahmen des Familienüblichen liegen, und Zahlung durch Bankeinzug ist das nicht selbstverständlich; es liegt nicht einmal nahe. Selbst wenn der Rechnungsempfänger sieht, dass Verbindungen mit 0190er-Nummern berechnet sind, ist der Vorgang noch nicht zwangsläufig aufgefallen. Solche Nummern werden und wurden zur festgestellten Tatzeit nicht nur im sog. Erotikbereich, sondern auch für andere Dienste bis hin zum herkömmlichen Telefondienst (Ferngespräche) verwendet. Ob es sich um Verbindungen mit Erotik-Nummern gehandelt hat, kann nur erkennen, wer einen Einzelverbindungs nachweis ("Ihre Verbindungen im Einzelnen") mit der vollständigen Nummer erhält und diese identifizieren kann. Das versteht sich nicht von selbst. Aber selbst bei aufmerksamer und informierter Durchsicht der Telefonrechnung bleiben "Tat und Täter" im Zweifel unentdeckt, wenn erwachsene Familienmitglieder im abgerechneten Zeitraum Erotik-Nummern gewählt haben. Schließlich war die Gefahr, über die Kosten entdeckt zu werden, aus der Sicht des Minderjährigen als eher gering einzuschätzen, sobald er außerhalb des eigenen häuslichen Bereich ungehinderten Zugang zum Internet hatte. 3. Soweit das Landgericht den Angeklagten von dem Vorwurf der Werbung für porno-graphische Schriften, § 184 Abs. 1 Nr. 5 StGB, freigesprochen hat, genügen die Urteilsgründe nicht den Anforderungen des § 267 StPO an ein freisprechendes Urteil (vgl. BGHR StPO § 267 Abs. 5 Freispruch 8, 9, 10; jeweils mwN): a) Wird der Angeklagte freigesprochen, so müssen die Urteilsgründe nach § 267 Abs. 5 Satz 1 StPO ergeben, ob der Angeklagte für nicht überführt (Freispruch aus tatsächlichen Gründen) oder ob und aus welchen Gründen die für

erwiesen angenommene Tat für nicht strafbar (Freispruch aus rechtlichen Gründen) erachtet worden ist. Hier bleibt unklar, ob die dem Angeklagten zur Last gelegte Straftat aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht festgestellt worden ist, wenn auch die zu Beginn der rechtlichen Würdigung (S. 6 UA unter III.) verwendete Formulierung, dass "eine unerlaubte Werbung nicht (mehr) feststellbar" sei, auf einen Freispruch aus tatsächlichen Gründen hindeutet. Diese Frage braucht aber nicht vertieft zu werden. *In jedem Fall* muss der Tatrichter zunächst in einer geschlossenen Darstellung die Tatsachen feststellen, von denen er ausgeht, bevor er darlegt, aus welchen tatsächlichen oder rechtlichen Gründen ein Schuldspruch ausscheidet. b) Ob auf der frei zugänglichen Eingangsseite ("Portalseite") vonde erkennbar für Pornographie im Mitgliedsbereich geworben wurde, hängt davon ab, was es auf der Eingangsseite zu sehen und zu lesen gab. Das ist nicht festgestellt. Die wiedergegebenen Texte - dass die Produkte "verdorben, verrucht und verlockend" und im Mitgliedsbereich "die heißesten Shows und die schärfsten Bilder" zu sehen seien - sind reklamehafte ("marktschreierische") Anpreisungen ohne jede konkrete Information zu den gebotenen Inhalten. Ob der durchschnittlich interessierte und informierte Leser dieser Texte "sich schon denken konnte", was dahinter steckte, kann offen bleiben. Ausgangspunkt der Beurteilung kann nur die Gestaltung der Werbemaßnahme (hier: der Eingangsseite) sein. Der Leser oder Betrachter muss seine Information, es werde für Pornographie geworben, aus der Werbung selbst entnehmen können und entnommen haben (vgl. BGH wistra 1989, 98). Deshalb hätte im Urteil dargelegt werden müssen, wie die Eingangsseite gestaltet war, insbesondere, ob sie - über die wiedergegebenen und eher nichtssagenden Texte hinaus - konkrete Darstellungen sexuellen Inhalts (vgl. § 119 Abs. 3 OWiG) in Wort oder Bild oder Hinweise auf solche Darstellungen im Mitgliedsbereich enthielt, die erkennbar in Richtung Pornographie zielten. Wie eingehend die Feststellungen zum Inhalt der Eingangsseite hätten sein müssen (vgl. BGH UFITA 86 [1980], 203; Senat NJW 1984, 1977 = JR 1985 157 m. krit. Anm. Lampe; Senat NStE Nr. 5 zu § 184 StGB), kann dahinstehen. Jedenfalls ist ein Darstellungsmangel zum Vorwurf der Werbung für pornographische Schriften, dass dem Urteil nicht einmal in groben Zügen zu entnehmen ist, was es auf der Eingangsseite zu sehen und zu lesen gab. c) Von der Möglichkeit des § 267 Abs. 1 Satz 3 StPO, auf Abbildungen, die sich bei den Akten befinden, wegen der Einzelheiten zu verweisen, hat das Landgericht keinen Gebrauch gemacht. Eine solche Bezugnahme, mit der diese Abbildungen zu Bestandteilen des Urteils werden, muss in den Urteilsgründen deutlich und zweifelsfrei zum Ausdruck gebracht werden (BGHSt 41, 376 = NJW 1996, 1420). Das muss nicht in der Weise geschehen, dass die Vorschrift des § 267 Abs. 1 Satz 3 StPO angeführt und ihr Wortlaut verwendet wird, obwohl diese Form der Verweisung sich als die kürzeste und deutlichste aufdrängt (OLG Hamm NStZ-RR 1998, 238 mwN). Den Urteilsgründen muss aber zweifelsfrei zu entnehmen sein, dass nicht nur der Vorgang der Beweiserhebung beschrieben wird, sondern dass die Abbildungen zu Bestandteilen der Urteilsurkunde gemacht werden sollen (Senat VRS 93 [1997], 178, 180; OLG Hamm aaO).

Das angefochtene Urteil verweist nicht ausdrücklich auf § 267 Abs. 1 Satz 3 StPO und verwendet auch nicht den Wortlaut dieser Vorschrift. Den Gründen kann auch nicht mit hinreichender Gewissheit entnommen werden, dass "die ... Portalgestaltung (Bl. 17-23 GA)" durch Bezugnahme ebenso wie der Text Teil der Urteilsurkunde sein soll, die Abbildungen gleichsam in das Urteil einkopiert werden. Die Angabe von Blattzahlen reicht dazu nicht aus. Das kann auch - im Zuge der Beweiswürdigung - die bloße Mitteilung sein, dass Beweis durch Augenschein erhoben worden ist; anderenfalls hätten die Abbildungen überhaupt nicht verwertet werden dürfen (vgl. OLG Hamm aaO; BayObLG DAR 1997, 498; OLG Dresden DAR 2000, 279; OLG Zweibrücken ZfS 2000, 513; OLG Hamm ZfS 2000, 557). Hinzu kommt, dass jedes Strafurteil aus sich heraus verständlich sein muss (BGH NStZ-RR 2000, 304; Meyer-Goßner, StPO, 46. Aufl. [2003], § 267 Rdnr. 2 mwN). Folgerichtig gestattet § 267 Abs. 1 Satz 3 StPO nur, *wegen der Einzelheiten* auf Abbildungen zu verweisen, die sich bei den Akten befinden. Auch bei ausdrücklicher Bezugnahme auf Abbildungen in den Akten hätte deshalb im Urteil zumindest in groben Zügen festgestellt werden müssen, was es auf der Eingangsseite vonde zu sehen und zu lesen gab. Da dies nicht geschehen ist, kann der

Senat nicht überprüfen, ob das Gesetz auf die dem Urteil zugrunde liegenden Feststellungen richtig angewendet worden ist.

III.

Wegen dieser Mängel ist das angefochtene Urteil nach §§ 353, 354 Abs. 2 Satz 1 StPO mit den Feststellungen aufzuheben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an eine andere kleine Strafkammer des Landgerichts zurückzuverweisen. Für das weitere Verfahren erteilt der Senat folgende Hinweise: a) Das Landgericht hat die Inhalte im Mitgliedsbereich vonde als "un-zweifelhaft pornographisch" bezeichnet, ohne dazu Feststellungen getroffen zu haben. "Pornographisch" ist keine Tatsache, sondern eine Wertung (vgl. BGHSt 37, 55, 60). Bestimmte (individuelle) Darstellungen sexuellen Inhalts in Wort oder Bild werden be-urteilt und als pornographisch bewertet. Zu den Inhalten im Mitgliedsbereich ist im Urteil nichts Konkretes festgestellt. Bei der rechtlichen Überprüfung, ob der Angeklagte zu Recht *aus anderen Gründen* freigesprochen worden ist, hat der Senat deshalb nur un-terstellen können, dass die fehlenden Feststellungen die Bewertung des Dargestellten als pornographisch rechtfertigt hätten. Die Meinungsäußerungen des Landgerichts zur "gesellschaftlichen und medialen Realität" (S. 15 ff UA) geben Anlass zu dem Hinweis, dass es nicht darum geht, ob, in welchem Maße und aus welchen Gründen Erotik und Sexualität auch im Alltag Minderjähriger präsent sind. Gegenstand der strafrechtlichen Prüfung ist allein, ob die im Grundsatz unveränderte Grenze zur Pornographie (vgl. da-zu BGHSt 37, 55, 59 f; BVerwGE 116, 5, 18 f; Lenckner/Perron aaO Rdnr. 4 f mwN) überschritten war und der Angeklagte das zu vertreten hatte. b) Falls es darauf ankommen sollte, wird sich ein unvermeidbarer Verbotsirrtum, § 17 Satz 1 StGB, nicht allein damit begründen lassen, der Angeklagte sei "anwältlich beraten" gewesen. Insoweit wird - neben den ohnehin notwendigen Feststellungen zu den Angeboten im Mitgliedsbereich - Art und Umfang der Beratung und die Sachkunde des Beraters konkret festzustellen sein (vgl. BGH NJW 2003, 2838, 2841).