

Pornografie – das liberale Dilemma jeder Kontrollpolitik

2010 aktualisierte Version des 2004 gedruckten Artikels in:

Entfesselung des Imaginären? Zur neuen Debatte um Pornografie, hrsg. von Meike Penkwitt, *Freiburger FrauenStudien 15*, Freiburg 2004.

I. Wieso ist Kontrollpolitik bisweilen für Liberale ein Dilemma?

Herstellung, Vertrieb und Konsum von Pornografie ist zweifellos Grundrechtsausübung. Einschränkungen stehen daher unter dem Zwang, sich jeweils neu zu legitimieren; denn das sexuelle Selbstbestimmungsrecht ist ein so wesentliches Element von Persönlichkeit und Menschenwürde, dass nur eine Grenze unstrittig legitim ist: das Gewaltverbot und ein Darstellungsverbot von nötiger Gewalt. Die Verbote der Darstellung von sexuellen Handlungen mit/ oder von Kindern, des sog. Posing von Kindern und Kinderpornografie sind mittlerweile Teil einer weitgehend unstrittigen Anti-Pornografie-Strategie.

Umstritten ist und bleibt hingegen der Umgang mit dem Datenschutz bei Jugendlichen bis zum 18. Lebensjahr. Im amerikanischen und skandinavischen Kulturkreis scheint es mittlerweile fast selbstverständlich zu sein, dass auch das sog. Sexting verboten werden sollte. Für die europäische Tradition ist eine solche Kontrollpolitik hingegen selbst ein Tabubruch, da ein Darstellungsverbot jugendlicher Sexualität kein klassisches Rechtsgut betrifft, sondern allenfalls ein Problem des Datenschutzes ist. Dann sollte diese Materie aber im Bundesdatenschutzgesetz geregelt werden und nicht als ein (2008 neu eingefügter) § 184 c StGB.

Ausgeklammert wird im folgenden das strikt formulierte und auch effektiver umgesetzte Verbot, Kinder unter 14 Jahren als Sexualobjekte zu behandeln, das seit 2004 in § 184 b StGB klarer als in früheren Gesetzesfassungen zum Ausdruck kommt. Die genannten Regelungen aus den Jahren 1998 bis 2004 zum Verbot der **Kinderpornografie** werden hier als im großen und ganzen legitim unterstellt und nicht weiter problematisiert.¹ Die Gesetzgebung hat mit § 184 b StGB lediglich das in den §§ 174 ff. formulierte Verbot des sexuellen Kontakts mit Kindern (Altersgrenze 14 Jahre) konsequent auch auf der Ebene der Darstellung kindlicher Sexualität umfassend unter Strafe gestellt. Es handelt sich um ein umfassendes System, das einen individuellen **Darstellerschutz** und ein allgemeines **Darstellungsverbot** kombiniert. Sog. Kernpädophile, Menschen also, die sexuelle Nähe nur bei Kindern als sie befriedigend erleben können, legt die Gesellschaft und die Rechtsordnung diesen den Zwang auf, dieses Bedürfnis auf Personen über 14 Jahre zu richten und auf jede stimulierende Darstellungen von Sex mit Kindern zu verzichten.² Die These, es gebe ein der Homosexualität vergleichbares Schicksal, pädophil zu

¹ Bis 2008 war der Begriff der Kinderpornografie auf über 14-Jährige, die auch wie Kinder aussehen, beschränkt (wie sie der BGH, NJW 2001, 3558, 3560 in Übereinstimmung mit der Konvention der Vereinten Nationen über Kinderrechte festgelegt hat). Danach können aus der Perspektive eines verständigen Betrachters auch Umgehungsversuche geahndet werden, bei denen tatsächlich 18-jährige Darsteller auf „Kind“ gemacht werden. Strafrechtlich relevant ist dies bei § 184 b Abs. 4 StGB, das nicht nur die Widergabe eines tatsächlichen Geschehens, sondern auch die sog. wirklichkeitsnahe Kinderpornografie (aber nicht Comics) genügen lässt. Schon lange vor der Neukodifikation 2008, auf die oben im Text eingegangen wird, kritisierte Lorenz Böllinger „Die EU-Kommission und die Sexualmoral“ KrimJ 2001, S. 243 ff. Sein Artikel war 2001 falsch, aber er hatte seherische Qualitäten, da 2008 die Altersgrenze bei dargestellten Sexualobjekten auf 18 Jahre erhöht und damit die „Sexualität Jugendlicher“ eingeschränkt wurde. Verantwortlich dafür ist aber nicht die EU, sondern die deutsche Gesetzgebung.
² Vgl. etwa die Empörung über Rüdiger Lautmann, *Die Lust am Kinde*, 1994, die sich etwa in folgenden Stellungnahmen äußert:

sein, galt früher als zweifelhaft, wird aber durch die moderne Hirnforschung und die Sexualwissenschaft bestätigt. Dies hindert pädophile Netzwerke nicht daran, für ihre Interessen einzutreten. Lösbar ist das Problem, wenn man den Begriff der positiven und negativen sexuellen Selbstbestimmung unterscheidet. Nach der deutschen Rechtsordnung haben Pädophile kein geschütztes Recht, sich in der von ihnen gewünschten Weise zu betätigen, da das negative sexuelle Selbstbestimmungsrecht von Kindern klar überwiegt. Kinder sollen von der aufgedrängten Sexualität Erwachsener verschont werden, da die Sexualwissenschaften und die modernen Gesellschaften davon ausgehen, dass derartig asymmetrische Situationen für Kinder unangemessen bis schädlich sind. Sexualwissenschaftlich ausgedrückt sind pädophile Kontakte mit dem Autonomieprinzip unvereinbar, da unvereinbare Skripte des sexuellen Erlebens von Erwachsenen manipulativ eingesetzt werden.

Anders verhält es sich mit der 2008 hinzugekommenen Strafbarkeit der Darstellung der Sexualität von 14 bis 18 Jährigen in § 184 c StGB. In der Konvention der Vereinten Nationen über Kinderrechte und dem EU-Rahmenbeschluss gegen sexuelle Ausbeutung von Kindern wurden unter Kindern Personen unter 18 Jahren verstanden. Das in diesen multinationalen Vereinbarungen empfohlene Verbot der Kinderpornografie bezieht sich also auf sämtliche sexuelle Darstellungen von unter 18 Jährigen, wenn auch der EU-Rahmenbeschluss bei „mündigen Kindern“ gewisse Relativierungen zulässt.³ Dies widerspricht den abgestuften Schutzaltersgrenzen des deutschen Strafrechts. Die deutsche Gesetzgebung bis 2004 hatte sich daher zurückgehalten und die Ausnahmen genutzt, welche bei sog. „mündigen Kindern“ im EU-Rahmenbeschluss vorgesehen waren. Aber 2007 stellten sich Bundesregierung und Bundestag (gegen den Widerspruch von FDP, den GRÜNEN und der Linken) auf den Standpunkt, sie seien durch den EU-Rahmenbeschluss zur Pönalisierung des Umgangs mit sexuellen Darstellungen von 14 bis 18 Jährigen verpflichtet. So kam es 2008 zu § 184 c StGB, der auch noch in weiten Teilen gleichlautende Formulierungen mit § 184 b StGB aufweist. Inhaltlich hat die Gesetzgebung die Strafbarkeit des Umgangs mit Jugendpornografie damit begründet, dass sie einen Schutz der jugendlichen Darsteller gegen die Verbreitung von pornografischen Bildern, die diese diffamieren könnten und vor sexueller Ausbeutung erreichen wolle und zum anderen, dass sie den des Besitzes von Kinderpornografie Verdächtigen die Schutzbehauptung abschneiden wolle, sie hätten die Dargestellten für über 14 Jahre alt gehalten. Um für den Zwecke des Darstellerschutzes zugeschnitten zu sein, erweist sich der § 184 c StGB jedoch als zu Ungenau formuliert, da er sich nicht auf die Pönalisierung der Weitergabe und des Besitzes zum Zwecke der Verbreitung von tatsächlichem Geschehen beschränkt, sondern auch auf wirklichkeitsnahe Darstellungen bezieht, die jedoch keine tatsächliche sexuelle Handlungen von Jugendlichen zeigen. Überdies ist er zu weit, wenn er auch den Besitz ohne Absicht der Weitergabe umfasst, bei dem die Verbreitung der den jugendlichen Darsteller diffamierenden Darstellungen nicht zu befürchten ist.

Auch als Norm zum Schutz vor sexuellem Missbrauch ist § 184 c StGB misslungen. Sexuelle Handlungen von und mit Jugendlichen sind grundsätzlich kein Missbrauch und werden es auch nicht automatisch dadurch, dass sie vor einer Kamera statt finden. Um die Erstellung und Vermarktung von Pornografie, durch Zwang mit Minderjährigen zu verhindern, ist § 184 c StGB zu weit, da er gerade nicht auf eine Zwangssituation bei der Herstellung der pornografischen

Gerhard Amendt, „Pädophilie - oder über sexualwissenschaftliche Trivialisierung inzestartiger Handlungen“, Leviathan 2/1997, 159 (erneut abgedr. in: Kriminalistik 2000, 452) mit einer Erwiderung von Gertrud Nunner-Winkler (Deutsche Forschungsgemeinschaft) „Forschung zwischen Aufklärung, Voyeurismus und Moderne“ Leviathan 3/1997, S. 293 ff.

³ Diese Relativierungen des Darstellungsverbotes wird ihrerseits in Ergänzenden Abkommen zum Rahmenbeschluss ihrerseits eingeschränkt, dies zeigt das Bild einer verwirrenden (man kann auch sagen wirren) Vereinbarung.

Darstellungen abstellt. Die missglückte Formulierung des Tatbestandes der „Jugendpornographie“ beruht auf der Angleichung des neu gefassten Tatbestandes an den bereits vorhandenen § 184 b StGB (Kinderpornografie). Während letzterer verbotene Handlungen betrifft, was auch auf wirklichkeitsnahe Darstellungen erweitert wurde, konstruiert das Verbot der sog. Jugendpornographie ein Darstellungsverbot von Handlungen, die Grundrechtsausübung sind. Eine weitgehende Gleichsetzung mit der Kinderpornografie ist daher nicht angebracht.⁴ Folgerichtig wurde und wird wohl auch der § 184 c StGB bisher in der Praxis nicht angewandt und dient allenfalls zur Beweiserleichterung bei Grenzfällen zur Kinderpornografie (14-15 Jährige). Das Verbot stellt aber wegen § 134 BGB klar, dass die Kommerzialisierung der Sexualität von Menschen unter 18 Jahren keinen rechtlichen Schutz verdient. Insofern flankiert die Vorschrift auch das Verbot der Prostitution von unter 18 Jährigen und die in § 182 StGB seit 2008 normierte Freierbestrafung.

Allgemeine Pornografie

Maßstab zur Beurteilung der sexuellen Selbstbestimmung ist nach der liberalen Doktrin des Grundgesetzes das **Autonomieprinzip**, die wechselseitige Achtung aller Menschen als Gleiche und Autonome, in sexuellen Angelegenheiten also die strikte Garantie der negativen und positiven sexuellen Selbstbestimmung, anders ausgedrückt, des Rechts, von fremden sexuellen Zumutungen verschont zu werden und die eigenen in Übereinstimmung mit anderen ausleben zu dürfen. Nur sie und nicht eine überkommene Sexualmoral kann Maßstab und Grenze der Pornografiekontrolle sein. Denn dem Staat ist es verboten, ästhetische Urteile und sittliche Anschauungen als solche zu zensieren oder präventiv zu regulieren.

Thema sollen im folgenden zwei besonders umstrittene Bereiche sein:

1. das schwierige Verhältnis von Kunst und Pornografie und
2. das mit einer strikt liberalen Doktrin unlösbare und wohl immer umstrittene Terrain der jugendschützenden Kontrollpolitik. Sie gibt bisweilen Moralisierung als Jugendschutz aus und spinnt ein feinmaschiges Netz der präventiven, möglichst freiwilligen und von Gremien beschlossenen Kontrollen, die nichts anderes tun, als eine je herrschende Sozialethik formulieren. Beginnen wir mit einem Problem, das immer wieder Gerichte beschäftigt, dem Pay-TV.

Pornografische Filme im Pay-TV: absolut verboten oder unter Umständen erlaubt?

Am Beispiel des Pay-TV kann man das Dilemma jeder liberalen Kontrollpolitik und die Grenzen dessen, was legitimer Jugendschutz und was Bevormundung ist, gut illustrieren. Liest man unbefangen den insofern einschlägigen Rundfunkvertrag, dann scheint es so, als verbiete er wegen des Jugendschutzes die Ausstrahlung aller pornografischer Sendungen. Dies wäre zweifellos eine erhebliche Einschränkung, da damit die gesamte Produktion durch das Nadelöhr eines sehr weit gefassten Jugendschutzes hindurch geführt müsste.

Strafrechtlich sind nur Gewalt- und Kinderpornografien verboten. Die den **Jugendschutz** betreffende Regelungen der § 184 Abs. 1, Nr. 1-5, 8 StGB verlangen nur Zugangskontrollen. Es kommt also nur darauf an, ob **tatsächlich ein ungehinderter öffentlicher Zugang** bzw. ein **ungehinderter Zugang in die Privatsphäre der Kinder und Jugendlichen** ermöglicht worden ist. Um dies klarzustellen hat die Gesetzgebung 2004 in § 184 c S.2 StGB die (früher bereits im GjSM, seit dem 1.04.2003 JugSchG, existierende) Hürde für Zugänglichmachen wie folgt bestimmt: strafbar macht sich danach nicht, wer „durch technische oder sonstige Vorkehrungen sichergestellt hat“, dass Jugendliche tatsächlich am Zugang gehindert werden.

⁴ Siehe auch Frommel, Nomos-Kommentar 2010 § 184c.

Das Strafrecht überlässt es also weitgehend anderen - weniger repressiv agierenden - Rechtsmaterien, wie sie die Staatsaufgabe „Jugendschutz“ umsetzen. Da diese aber auf Strafgesetze verweisen, müssen sie auch die dort getroffenen Wertungen beachten.

Strafrechtlich verboten sind nach §§ 184 a, b und c StGB **Gewalt-, Kinder und Jugendpornografie** - unabhängig von der Art der Verbreitung bzw. dem Zugang, wenn sie nicht künstlerisch ist.

Ein **offener Kunstbegriff** erweitert aber die Autonomie aller, sowohl die der potentiellen Produzenten als auch der erwachsenen Betrachter.

Aus Gründen des **Jugendschutzes** verboten sind darüber hinaus aber alle, auch die nicht gewaltförmigen pornografischen Darstellungen, wenn sie für Kinder und Jugendliche tatsächlich ungehindert zugänglich sind, schwer jugendgefährdend sind und/oder wenn sie Jugendliche und Erwachsene **ungewollt konfrontieren** (§ 184 Abs. 1 Nr. 6 und 7 StGB).

Das mediale Darstellungsverbot von nötiger Gewalt ist sehr eng gefasst (das Verbot der Darstellung sexualisierter Gewalt ist geregelt in § 184 a StGB, ansonsten gilt das allgemeine Verbot der **Gewaltverherrlichung** in dem 1973 neu eingefügten § 131 StGB). Es bezieht sich nur auf die Darstellung von sexualisierten **Gewalttätigkeiten** (also nur auf offen ausgeübte und als solche sichtbare Brachialgewalt, in § 131 StGB ist die Schwelle wegen des Merkmals der Verherrlichung, das hinzukommt, noch höher, aber die gesetzliche Formulierung: Verherrlichung oder Darstellung in einer die Menschenwürde verletzenden Weise erlaubt eine weit gefasste Strafverfolgung). Ausgespart (und nur über die schwer jugendgefährdende Pornografie zu unterbinden) bleiben somit subtile Rechtfertigungsstrategien (etwa Vergewaltigungsmythen und Konstrukte wie das ‚provozierende‘ Opfer, das selbst ‚schuld‘ sei, das ‚hart‘ angefasst werden will oder das nichts besseres verdient habe). Hierzu gehören auch mediale Inszenierungen sog. ‚gerechter Rache‘. Lerntheoretisch eher gefährliche Bagatellisierungen sind strafrechtlich nicht zu verbieten und sollten über die Instrumente des Jugendschutzes erfasst werden (über die Generalklausel der ‚sonst schwer jugendgefährdenden‘ Schriften und Darstellungen).

So muss etwa ein Psychothriller über die Hörigkeit einer zunächst vergewaltigten/überrumpelten Frau von ihrem Vergewaltiger wie: „Mon bel amour“ von José Pinheiro erst gar nicht über die Kunstfreiheit legitimiert werden. Immer dann, wenn minimale Regeln des Jugendschutzes (Sendezeiten, Freigabe nur über 18 Jahren) eingehalten werden, ist nämlich selten ein Straftatbestand erfüllt, obgleich das Autonomieprinzip erkennbar missachtet bzw. umgedeutet wird. Da aber solche Produkte in dem Sinne ‚normal‘ sind, als sie sozusagen zum Kulturgut unserer zwar nicht mehr patriarchalischen Gesellschaft, aber kollektiv noch in patriarchalen Phantasien kommunizierenden Öffentlichkeit gehören, werden sie toleriert. Erst wenn sie die Schwelle zur schwer jugendgefährdenden Pornografie überschreiten, kann es sein, dass die Kontrolle einsetzt. Ist der erigierte Penis sichtbar und sind die Schamlippen der Frau nicht verdeckt, wird also kein üblicher Fernsehbeischlaf gezeigt, dann steigt die Wahrscheinlichkeit einer staatlichen Intervention.

Wen wundern also Initiativen wie die Neuauflagen der bereits 1987 von Alice Schwarzer betriebene PorNO-Kampagne. Zu Beginn des 21. wieder aufgelegt durch die Gruppenaktivität von Christine Bergmann (SPD), Sabine Leutheusser-Schnarrenberger (FDP), Andrea Fischer (Grüne), Irmgard Karwatzki (CDU) und Ursula Männle (CSU), welche erneut den Begriff der Gewaltpornografie neu definieren wollten. Verboten wäre danach eine:

,verharmlosende, verführerische oder verherrlichende, in jedem Fall aber deutlich erniedrigende sexuelle Darstellung von Kindern und Frauen’.

Die Intention ist unverkennbar: Das als zu eng empfundene Verbot der Gewaltpornografie soll erweitert werden. Aber eine Mehrheit für diese Initiative fand sich nicht und wird auch in Zukunft nicht zu finden sein, weil Begriffe wie „Verharmlosung“ so unbestimmt sind, dass es vom Weltbild der und des jeweiligen Interpreten abhängt, ob er oder sie ein Bild „erniedrigend“ empfinden oder nicht. Derartig weite Spielräume der vertretbaren Interpretationen lassen sie sich nicht mehr mit einem liberalen Konzept von vorhersehbarem Recht legitimieren, und schon gar nicht von Strafrecht als dem Instrument, das erst dann eingesetzt wird, wenn andere Kontrollen (wie hier der Jugendmedienschutz) versagen. Die Initiative will zwar der Autonomie Betroffener (warum nur Frauen und Kinder?) dienen, verwirklicht also insofern **liberale Prinzipien (Autonomie)**, aber das Verhältnis zur Kunstfreiheit, zur Handlungsfreiheit der Betrachter und zur Gewerbefreiheit der Anbieter ist in diesem Konzept noch so ungeklärt, dass seine Umsetzung seinerseits das liberale Prinzip gefährden würde.

Wenn aber eine Strafbestimmung nicht ohne Moralisierung umsetzbar ist, dann sollte man sie erst gar nicht erlassen. Daher blieb der überparteiliche Entwurf parlamentarisch erfolglos und wird allenfalls als frauenpolitisches ‚Politainment‘ in die Geschichte eingehen. Was aber ist seine Botschaft? Es kann nur das Missverhältnis zwischen der in den Augen der Autorinnen eher ungefährlichen Darstellungen, die als sog. übersteigerte Sexualität kontrolliert werden, und der auffälligen Zurückhaltung bei gewaltförmigen Darstellungen sein. Angeprangert werden soll das asymmetrische Täter-Opfer-Denken und die Typisierungen durch die gängige Porno-Industrie.

Wir werden im nächsten Kapitel darauf zurückkommen, etwa bei der Frage, wie Pornografie herkömmlich definiert wird, welche Alternativen es gibt und wieso die Rechtsprechung gleichwohl dem überkommenen weiten Pornografiebegriff folgt.

Jugendschutz und Pornografie im Pay-TV

Nach § 15 Abs. 2 JugSchG unzulässig, weil schwer jugendgefährdend, sind Angebote, die

1. **einen der in § 86, § 130, § 130a, § 131, § 184, § 184a, 184b oder § 184c des Strafgesetzbuches bezeichneten Inhalte haben,**
2. **den Krieg verherrlichen,**
3. **Menschen, die sterben oder schweren körperlichen oder seelischen Leiden ausgesetzt sind oder waren, in einer die Menschenwürde verletzenden Weise darstellen und ein tatsächliches Geschehen wiedergeben, ohne dass ein überwiegendes berechtigtes Interesse gerade an dieser Form der Berichterstattung vorliegt,**
- 3a. **besonders realistische, grausame und reißerische Darstellungen selbstzweckhafter Gewalt beinhalten, die das Geschehen beherrschen,**
4. **Kinder oder Jugendliche in unnatürlicher, geschlechtsbetonter Körperhaltung darstellen oder**

5. offensichtlich geeignet sind, die Entwicklung von Kindern oder Jugendlichen oder ihre Erziehung zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit schwer zu gefährden.

Was verbirgt sich hinter diesen Definitionen? Betrachten wir eine jüngere **Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts** zur schweren **Jugendgefährdung durch weiche (also nicht gewaltförmige) Pornografie**.

Im Januar und Februar 1997 sendete Premiere Pay-TV pornografische Filme in verschlüsselter Form wie ‚Gefährliche Gespielinnen‘, ‚Das Schloss der Lüste‘ und dergleichen. Die zuständige Landesmedienanstalt Hamburg untersagte die Ausstrahlung. Es kam zu einem Rechtsstreit mit zahlreichen Gutachten, der die gegenwärtige Debatte um eher liberale oder ordnungspolitisch rigide Formen des Jugendschutzes hell ausleuchtet.

Umstritten war im Verfahren der Pornografiebegriff (eng oder weit). Aber auf diese Frage kam es dem Gericht letztlich nicht an, sondern im Wesentlichen nur darauf, ob als pornografisch (wie auch immer definiert) eingestufte Filme einem **absoluten Sendeverbot** unterliegen, also überhaupt nicht im Privatfernsehen ausgestrahlt werden dürfen, oder ob es genügt, wenn sie so verschlüsselt werden, dass es eine effektive Kontrolle gibt gegen unbefugtes Sehen durch Kinder und Jugendliche.⁵

Beginnen wir mit dem Ergebnis. Das Bundesverwaltungsgericht hat den in den letzten Jahrzehnten von der Rechtsprechung geformten Pornografiebegriff nicht modifiziert. Wir werden die verschiedenen Lesarten noch im einzelnen (unter III.) diskutieren. Erfasst wird danach von der Rechtsprechung nicht nur Gewaltpornografie⁶ oder Kinderpornografie⁷, sondern jede Darstellung, die „unter Hintansetzung sonstiger menschlicher Bezüge sexuelle Vorgänge in grob aufdringlicher, anreißerischer Weise in den Vordergrund rückt und ausschließlich oder überwiegend auf die Erregung sexueller Reize abzielt.“⁸

Die Gründe für diesen herkömmlichen und häufig als zu weit kritisierten Pornografiebegriff legen Instanz- und Revisionsgericht sorgfältig dar. Sexualität sei eben nicht nur ein „Transportmittel für die Vermittlung verfehlter Werthaltungen,, (etwa subtile Vergewaltigungsmythen), ihre Darstellung könne vielmehr als solche eine „verfehlte Botschaft“ enthalten, wenn nämlich der „organisch-physiologische Aspekt der Sexualität in grob aufdringlicher Weise in den Vordergrund“ gerückt werde.⁹

Grund für die strafrechtliche Regelung ist nach dieser Rechtsprechung das negative sexuelle Selbstbestimmungsrecht, das Recht von Erwachsenen, von übersteigerter Sexualität verschont zu werden und der Pflicht des Staates, Kinder und Jugendliche ungestört von solchen Einflüssen aufwachsen zu lassen. Das Gefälle zwischen einer weiten Fassung des Pornografischen und sehr engen Lesarten des Gewaltsamen sei unvermeidlich und werde über die Generalklausel der „sonstigen schweren Jugendgefährdung“ abgefangen. Sexualisierte Gewaltdarstellungen könnten dann auch unterhalb der Schwelle des damaligen § 184 Abs. 3, mittlerweile § 184 a StGB

⁵ Ausgespart bleibt hier das Problem, wie intensiv Eltern ihrer Aufsichtspflicht nachkommen müssen, um die Verschlüsselung auch im Einzelnen als effektive Kontrolle umzusetzen.

⁶ Wobei die Anforderungen an einen weiteren Gewaltbegriff als den in Abs. 3 genannten Begriff der Gewalttätigkeit hier noch offen bleiben soll, um dies später zu diskutieren.

⁷ Auch der Begriff des „Kindes“ in pornografischen Darstellungen ist umstritten. Nach einem europäischen Rahmenbeschluss sind „Kinder“ als Personen bis 18 Jahre definiert. Dies entspricht Aber nicht der deutschen Gesetzgebung, obgleich sie dem durch die 2008 neu gefasste Strafbarkeit der Jugendpornographie angenähert hat. Es ist aber zu erwarten, dass diese Vorschrift wieder aus dem StGB gestrichen und ins BDSG transferiert wird.

⁸ BVerwG Urteil vom 20.02.2002 – 6 C 13.01= NJW 2002,2966, 2969.

⁹ Hamburger Verwaltungsgericht vom 04.10.2000 – 12 VG 2246/98=JMS-Report 2/2001, S. 1 ff.

rundfunkrechtlich untersagt und von der Bundesprüfstelle indiziert werden. Es bestünde also kein Bedürfnis, den weiten Pornografiebegriff der Rechtsprechung einzuschränken im Sinne einer Beschränkung auf ein Verbot gewaltförmiger Darstellungen bzw. der ohnehin verbotenen Kinderpornografie.

Gegen diese Begriffssetzung: weiter Pornografiebegriff (übersteigerte Sexualität) und über die strafrechtliche Intervention weiter gefasste Kontrollmöglichkeiten über den Begriff der schweren Jugendgefährdung, etwa bei allen gewaltförmigen Darstellungen, die nicht unbedingt pornografisch im Sinne einer übersteigert dargestellten Sexualität sind, wurden in diesem Verfahren von der Beklagten und ihren Anwälten Lesarten eines **restriktiven Verständnisses von Pornografie** (als verfassungskonforme Einschränkung verstanden) vorgeschlagen, die der Sache nach nur noch Darstellungen erfassen, die das Autonomieprinzip verletzen und deshalb gegen die in der Verfassung garantierte Menschenwürde verstoßen. Unverkennbar sind aber die Lesarten einzelner Autoren von „Sexualität und Menschenwürde,“ so unvereinbar, dass der Versuch, die Rechtsprechung durch bessere Argumente seitens der Wissenschaft zu korrigieren, scheitern musste.

Schumann etwa entnimmt der Verfassung eine Neutralitätspflicht auch beim Jugendschutz. Jugendliche seien nicht vor einer Übersteigerung der Sexualität zu bewahren, sondern nur vor „dem Entstehen von Einstellungen, die dem von der Menschenwürde bestimmten Menschenbild des Grundgesetzes widersprechen“.¹⁰ Ostendorf hingegen hält Pornografie schon dann für menschenunwürdig, wenn keine „beziehungshafte Sexualität“, sondern die Reduktion des jeweils anderen auf ein austauschbares Sexualobjekt Gesamttendenz einer Aussage oder Darstellung sei.¹¹ Dabei unterstellt Schumann einen empirischen Kenntnisstand über Wirkungen von Pornografie, der erst bei der Darstellung von gewaltförmigen oder manipulativ vorgenommenen sexuellen Handlungen von zu vermutenden schädlichen Wirkungen ausgeht, während Ostendorf rein normativ vorgeht. Beide Gerichte halten diese Konkretisierungen für noch unbefriedigender als den herkömmlichen Pornografiebegriff und gestehen dem Gesetzgeber zu, zulässig eine generalpräventiv begründete weite Kontrolle etabliert zu haben, an der – ohnehin zweifelhafte – Wirkungsannahmen abprallen müssen.

Eine verfassungskonforme Restriktion über unbestimmte Begriffe wie Autonomieprinzip und Menschenwürde leuchteten weder dem Hamburger Verwaltungsgericht noch dem Bundesverwaltungsgericht ein. Es sei verfehlt, von vermuteten schädlichen Wirkungen auf den Inhalt eines Begriffes zu schließen. Der Gesetzgeber sei unwiderlegt von der Vermutung der abstrakten Jugendgefährdung ausgegangen für den Fall, dass es überhaupt keine Pornografiekontrolle, sondern nur eine Gewaltprävention geben würde. Eine **restriktive Auslegung**, wie sie durch verschiedene Gutachten im einzelnen begründet worden sei, sei daher nach Ansicht beider Gerichte nicht weiterführend, **vielmehr sei der Gesetzgeber in den 1970er Jahren zulässig von der gesetzlichen Vermutung der schweren Jugendgefährdung durch jede Form der pornografischen Darstellungen ausgegangen (gesetzgeberisches Ermessen).**

Daher blieb die Frage, ob ein weiter oder ein enger Begriff der Pornografie ‚richtig‘ sei, für diesen Rechtsstreit praktisch folgenlos. In künftigen Fällen wird sich aber jedes Instanzgericht auf das Bundesverwaltungsgericht berufen. Die **Kommentarliteratur** aber folgt Schumann und nicht der von Ostendorf und dem BVerwG vertretenen Begriffsfestsetzung (Scholz/Liesching,

¹⁰ Heribert Schumann „Zum strafrechtlichen und rundfunkrechtlichen Begriff der Pornographie“, in: Lenckner-Festschrift 1998, S. 577 ff.

¹¹ Heribert Ostendorf „Diskussion Zur Forderung nach einem neuen Pornographiebegriff oder zum verantwortlichen Umgang mit Pornographie im Fernsehen. Replik“, in: MSchrKrim 5/2001, S. 372 ff.

Jugendschutz, Kommentar 4. Aufl. 2004 zu § 184 Rdnr. 9). Pornografie im Sinne des Jugendschutzes setze immer eine schwere Jugendgefährdung voraus. Nur eine restriktive Sicht auf § 184 Abs. 1 Nr. 1-5,8 StGB (die im Interesse des Jugendschutzes erlassenen Strafnormen), führe zu einem in sich konsistenten Jugendschutz (gegen den eindeutigen Willen des Gesetzgebers in den 1970er Jahren, vgl. die amtliche Begründung in BT-Dr. VI/1552, S. 33 und BT-Dr. VI/3521, S. 59 ff.).

Das Bundesverwaltungsgericht ist dennoch ersichtlich bemüht, eine sozialverträgliche Lösung zu erzielen. Die Hamburger Medienanstalt (HAM) unterliegt im Revisionsverfahren - trotz des zugrunde gelegten weiten Pornografiebegriffs – wegen ihrer schon eingangs kritisierten Ansicht, Jugendschutz bedeute ein striktes Verbot der Sendung von Pornografie im Pay-TV. Künftig müssen auch andere – etwa die Bayerische Landeszentrale für neue Medien (BLM) – der sich abzeichnenden liberaleren Praxis folgen. Das Bundesverwaltungsgericht entschied nämlich, dass es trotz des hohen Wertes, den Jugendschutz darstellt, kein absolutes Verbot geben könne, pornografische Sendungen im Pay-TV zu zeigen. Premiere darf vielmehr - so die Klärung des Revisionsgericht - im Pay-TV solche Filme zeigen, **wenn – was noch im einzelnen geklärt werden müsse – eine effektive Verschlüsselung und Zugangskontrolle technisch realisierbar ist.**

Das Bundesverwaltungsgericht folgt also auch nicht der Ansicht, die etwa in einem Gutachten von Hans Jörg Albrecht (Max-Planck-Institut Freiburg) vertreten wird, wonach nur der **Gesetzgeber** das früher unterstellte absolute Verbot zurücknehmen könne.¹² Auch die Rechtsprechung könne dies durch entsprechend liberale Auslegungen. Aber zur Klärung der Anforderungen an die Verschlüsselung wurde die Klage des Pay-TV-Anbieters Premiere gegen die Hamburgische Medienanstalt an das Hamburger Verwaltungsgericht zurückverwiesen.

Die Hamburger Richter haben nun in einem weiteren Verfahren zu entscheiden, ob die Verschlüsselungstechniken des deutschen Pay-TV die Zugänglichkeit für Jugendliche verhindern können. Beachten müssen sie dabei, dass der pornografische Inhalt einer Sendung im Pay-TV allein für ein Verbot nicht ausreicht, da die Formulierung im Rundfunkstaatsvertrag „Sendungen sind unzulässig, wenn sie pornografisch sind (§ 184 StGB)“ lediglich besage, dass das Strafgesetzbuch frei zugängliche Pornografie für Minderjährige verbiete. Pornografische Sendungen im Fernsehen seien daher nur verboten, wenn sie „von Minderjährigen wahrgenommen werden können“.

Ein halber Sieg also, denn der Pay-TV-Sender Premiere darf bis zu einer Entscheidung trotz Vorspernung keine pornografischen Filme senden und fällt damit weiter unter das Pornografieverbot. Premiere-Chef Georg Kofler ist aber – so seine Presserklärung - zuversichtlich, dass bald eine positive Entscheidung fällt: „Erstmals hat ein Gericht festgestellt, dass unsere weit reichenden Möglichkeiten der Verschlüsselung für die juristische Bewertung von zentraler Bedeutung sind.“

Jugendschutz ist mittlerweile zu einem technischen Problem geworden. Erwachsene profitieren davon indirekt, sofern sie nicht ungewollt konfrontiert werden wollen.

¹² vor der Klarstellung in § 184 d S.2 StGB, in Kraft seit dem 1.04.2004 noch vertreten von Hans Jörg Albrecht, *Rundfunk und Pornographieverbot* - Eine (auch rechtsvergleichende) Untersuchung zur Reichweite des Pornographieverbots im Rundfunk im weiteren Sinne - Rechtsgutachten erstellt im Auftrag der Bayerischen Landeszentrale für neue Medien. BLM-Schriftenreihe Bd. 68. R. Fischer, München 2002. Mittlerweile ist diese Position überholt.

Weder die Kunst- noch die Gewerbefreiheit wird - sieht man einmal von der Trennung der Märkte für pornografische und sonstige Produkte ab - eingeschränkt. Sie müssen aber der Logik dieser Kontrollpolitik entsprechend so produzieren und vertreiben, dass Jugendliche keinen Zugang haben können und Erwachsene, die nicht konfrontiert werden wollen, nicht erst nach Kenntnis den Fernseher ausschalten müssen (negatives Freiheitsrecht).

II. Fernsehen verblödet! Ein kurzer Blick auf das, was sich Wirkungsforschung nennt, und die Meinungen zur Wirkungsforschung

Die in Deutschland ausgeübte Kontrolle pornografischer Produkte erfolgt de facto nicht über das Strafrecht, sondern über die vielfältigen (auf die jeweiligen Strafnormen verweisenden) Jugendschutzbestimmungen. Derselbe Mechanismus prägt auch die über verbotene Gewaltverherrlichung (§ 131 StGB) und Volksverhetzung (§ 130 Abs. 2 StGB) ausgeübte Kontrollpolitik.

Kennzeichnend für diese Regelungsmaterien ist der notorische Streit, ob sie nötig sind. Viele Kritiker meinen, seit es die Vorschriften gibt, Verbote und präventive Strategien seien nur legitim, wenn sie **empirisch** gesichert seien.

Kehren wir daher zurück zur Frage, ob wohl aus heutiger Sicht die Gesetzgebung anders entscheiden müsste und die Konfrontation mit übersteigerter Sexualität eher als harmlos, gewaltförmige Botschaften auf sexualisierten Wegen hingegen als gefährlich einstufen würde. Hat sich in mehr als drei Jahrzehnten etwas am Nichtwissen geändert? Würden wir auch heute die Entscheidung richtig finden, das Nichtwissen über konkrete Wirkungen drastischer Darstellungen des Sexuellen, vorsichtig zu interpretieren und es nicht zur Freigabe, sondern zur Formulierung eines abstrakten Gefährdungsdeliktens führen zu lassen, einem weit gefassten Straftatbestand, auf den Verwaltungsrecht und die Rundfunkstaatsverträge jeweils verweisen können.

Befragt man die **Wirkungsforschung zum Zusammenhang von Gewalt und Medien**,¹³ ergeben sich interessante, aber interpretationsbedürftige Befunde. Sowohl bei der Gewalt- als auch bei der Pornografiekontrolle gilt der Grundsatz, dass nicht der Medieninhalt als solcher, sondern die Einstellungen und die Sehgewohnheiten der jeweiligen Betrachter über das, was man „gefährliche“ Wirkung nennt, entscheiden.

Strafgefangene¹⁴ etwa konsumieren deutlich häufiger als die übrige Bevölkerung indizierte Horrorvideos und beschlagnahmte Videos, obgleich sie sich ansonsten hinsichtlich ihrer Mediennutzung nicht von anderen derselben Altersgruppe unterscheiden. Ihre insgesamt geringere Normakzeptanz korreliert mit abgefragten gewaltfördernden Einstellungen wie etwa dem Mythos von der „gerechten Rache“ oder ähnlichen Neutralisierungstechniken.

Lerntheoretisch verfestigen ihre Sehgewohnheiten die Täteridentifikationen. Aber dennoch kann man retrospektiv nicht sagen, was welche Wirkung auslöst: die Straffälligkeit die auffällige Sehgewohnheit oder umgekehrt die Sehgewohnheit die Straffälligkeit. Justizgutachter wie etwa Werner Glogauer¹⁵ sind zwar ebenso wie Staatsanwälte und Strafrichter (zu 92 %) davon überzeugt, dass Gewaltvideos die Gewaltbereitschaft fördern. Aber dies hat etwas damit zu tun, dass sie vorwiegend mit diesen Risikogruppen zu tun haben. Außerdem blicken sie retrospektiv

¹³ Grundlegend Michael Kunzick: *Gewalt und Medien*, Böhlau 1998 (m.w.Nachw.).

¹⁴ Michael Scheungrab: *Filmkonsum und Delinquenz*. Ergebnisse einer Interviewstudie mit straffälligen und nicht-straffälligen Jugendlichen und jungen Erwachsenen, Regensburg 1993.

¹⁵ „Auswirkungen von Gewalt, sexuellen Darstellungen und Pornographie in den Medien auf Kinder und Jugendliche,, in: Der Bundesminister des Inneren (Hrsg.), Bonn 1996.

vom Schaden auf mögliche schädliche Wirkungen. Sie sehen nicht, dass nur bei ihrer Klientel beide Merkmale zusammen kommen. Die Richtung der möglichen kausalen Wirkungen bleibt aber aus der Perspektive der Wirkungsforschung bei den Problemgruppen gerade offen. Ähnliche Rezeptionen dominieren bei Psychologen und Psychiatern. Auch sie haben beruflich mit Problemgruppen zu tun und gehäuft mit empirischen Studien, die – wie Michael Kunczik meint, von der subkulturellen Selbstverständlichkeit eines kausalen Zusammenhangs ausgehen.¹⁶

Lerntheoretisch scheint es dennoch gesichert zu sein, dass der häufige Konsum etwa von degradierenden Gewaltpornos bei Erwachsenen den Vergewaltigungsmythos von der masochistischen Lust der Frau fördert. Immerhin werden 8 % der männlichen Betrachter von dieser Art von sexualisierter Gewalt stimuliert.¹⁷ Damit ist die Problemgruppe groß genug (wenn man noch bedenkt, dass man mit Kindern und Jugendlichen nicht experimentell forschen konnte), um generalpräventiv tätig zu werden.

Michael Kunczik geht daher davon aus, dass die Behauptung, Pornos hätten überhaupt keine Wirkung (so eine forschungstheoretische Mode der 1970er Jahre, etwa der Pornographie-Report des amerikanischen Kongresses 1991; Ernest Bornemann 1982) ebenso widerlegt ist (die sog. Katharsis-These) wie die Befürchtung, Pornografie führe zum Sittenzerfall. Wirkungen sind nicht objektiv aus dem Inhalt des Dargestellten ermittelbar, sondern nur über Problemgruppenanalysen retrospektiv feststellbar. Außerdem weiß man über Kinder und Jugendliche aus forschungsethischen Gründen nicht, wie sie auf die Überschwemmung mit derartigen Produkten reagieren würden. Daher führt allenfalls die Strategie weiter, Effekte gewandelter Konsummuster auf das **Gesamtsystem** präventiv einzudämmen durch eine liberale und flexible Kontrollpolitik.

Letztlich wird also auch heute eine pragmatische Gesetzgebung nicht aufgrund empirischer Befunde, welche die Wirkungen auf Individuen empirisch belegen, sondern mit Blick auf Effekte einer Freigabe von weicher Pornografie auf das Gesamtsystem, d.h. aus normativen Gründen und letztlich generalpräventiv tätig werden. So gesehen bleibt es legitim, das Nichtwissen präventiv im Sinne einer möglichst das Strafrecht vermeidenden Pornografiekontrolle umzusetzen und sowohl den Jugendschutz als auch das negative sexuelle Selbstbestimmungsrecht Erwachsener, das meint das Recht, ungewollt nicht behelligt zu werden, durch flexible Zugangskontrollen zu sichern. Dies geschieht auch durch das geltende JSchG und den Medienstaatsvertrag.

Das liberale Dilemma einer zu eng gefassten Erwartung an Wirkungsforschung bringt keiner schöner als Hans Magnus Enzensberger auf den neuralgischen Punkt: „Alle diese Theorien sind schwach auf der Brust. Beweise halten ihre Urheber für entbehrlich. Selbst das Minimalkriterium der Plausibilität macht ihnen kein Kopfzerbrechen. So ist es nur – um ein Beispiel zu nennen – bisher niemanden gelungen, uns außerhalb der psychiatrischen Klinik auch nur einen Fernsehteilnehmer vorzuführen, der außerstande wäre, zwischen einem Ehekrach in der laufenden Serie und an seinem Frühstückstisch zu unterscheiden....Der Nutzer der Medien erscheint in ihnen grundsätzlich als wehrloses Opfer, der Veranstalter dagegen als durchtriebener Täter.“ Fernsehen verblödet, konstatiert der Autor und fährt fort mit einer Charakterisierung der Veranstalter: „Ihre Überlegungen sind von asketischer Nüchternheit. Sie kreisen einerseits um Frequenzen, Kanäle, Normen, Kabel, Parabolantenne; andererseits um Investitionen, Beteiligungen, Verteilungsschlüssel, Kosten, Quoten, Werbeaufkommen. Aus dieser Perspektive

¹⁶ Michael Kunczik: *Gewalt und Medien*, 1998, S. 252.

¹⁷ Henner Ertel, *Erotika und Pornographie, Repräsentative Befragung und psychophysiologische Langzeitstudie zu Konsum und Wirkung*, München 1990; Marcus Schreiber, *Das Pornographieverbot*, Diss.jur., Regensburg 1999.

erscheint als das eigentlich Neue an den Neuen Medien, dass keiner ihrer Veranstalter jemals auch nur einen Gedanken an irgendwelche Inhalte verschwendet hat'.¹⁸

III. Gewaltbegriff und Pornografiebegriff, strafrechtliche Probleme bei der Abgrenzung von Kunst und verbotener Gewaltpornographie und dem Verbot, Sex mit Kindern darzustellen (§ 184 Abs. 3)

In Fragen des Jugendschutzes scheint es der jüngsten Rechtsprechung (bei der Frage der Zulässigkeit der Ausstrahlung im Pay-TV) nicht darauf anzukommen, wie Pornografie im einzelnen definiert werden soll, sondern auf Fragen der (ggf. rein technischen) Zugangssperren. Diese Perspektive lässt sich aber nicht aufrechterhalten, wenn es um den Pornografie-Konsum Erwachsener geht. Daher soll die Frage nach dem verfassungskonformen Pornografiebegriff hier vertieft werden.

Nach der Reformgesetzgebung der 1970er Jahre wurde Pornografie zunächst konventionell im Sinne der eigentlich überholten Sicht der Zeit vor der Reform definiert, etwa von *Tröndle* im Standardkommentar Fischer/Tröndle zum StGB bis zur 49. Aufl., 1999. Seit der 51. Aufl., 2003 ändert sich dies aber. Die liberale Reform scheint sich also nur zeitverzögert durchgesetzt zu haben.

Nach *Tröndle* in Fischer/Tröndle ist Pornografie (bis zur 49. Aufl., 1999, § 184, Rn. 7): „eine grobe Darstellung des Sexuellen in drastischer Direktheit, die in einer den Sexualtrieb aufstachelnden oder die Geschlechtlichkeit in den Schmutz ziehenden oder lächerlich machenden Weise den Menschen zum bloßen (auswechselbaren) Objekt geschlechtlicher Begierde oder Betätigung jedweder Art degradiert“¹⁹; von Bedeutung seien dabei auch die in BGHSt. 23, 40 („Fanny Hill“- 1969) zum Begriff der „unzüchtigen Schriften“ im Sinne des § 184 a. F. entwickelten Kriterien der „aufdringlich vergrößernden, anreißerischen, verzerrenden, unrealistischen Darstellung, die ohne Sinnzusammenhang mit anderen Lebensäußerungen bleibt oder gedankliche Inhalte zum bloßen Vorwand für provozierende Sexualität nimmt...“

Keines der o. g. Elemente der Definition überzeugt, schon gar nicht die Anforderung, dass der Sexualtrieb „aufgestachelt“ werden müsse, da dies auch Sinn jeder erotischen Literatur oder bildhaften Darstellung ist. Kritiker monierten daher schon während der Gesetzgebung, dass insbesondere dann, wenn das Gegenteil geschehe, d. h. Abscheu bei dem Betrachter hervorgerufen werde, der Schutzzweck des Gesetzes ohnehin erreicht sei.²⁰ Wenn es vom Zufall abhängt, welcher der drei denkbaren Effekte, die Pornografie hervorrufen kann (sexuelle Erregung, Gleichgültigkeit oder Abscheu), im konkreten Fall beim Betrachter eintrete, spreche dies gegen die gesetzgeberische Logik.

Der Sache nach wurde also der neu eingefügte Begriff nicht vom zuvor benutzten der „Unzucht“ unterschieden. Daher war es konsequent, dass Tröndle das mit der Reform in den 1970er Jahren eigentlich überholte Merkmal in § 184 StGB n. F. hinein interpretieren. Dies zeigt sich insbesondere bei der dort noch 1999 angeführten **Kasuistik** (a.a.O. Rn. 8). An sie und nicht an Definitionen halten sich potenzielle Produzenten. Liest man die Beispiele, dann soll etwa die Darstellung von Anal- und Oralverkehr i. d. R. pornographisch sein (zitiert wird als Beleg das Bayrische Oberste Landgericht 1974, 182, als „bedenklich“, „eingestuft“,²¹ da dieses Gericht Zweifel an der Doktrin angemeldet hatte) sowie die „Großaufnahme von Genitalien“. Die Kommentierung war also lange Zeit auf die Kasuistik des alten Rechts gestützt, benutzte alte

¹⁸ Hans Magnus Enzensberger, „Das Nullmedium“, in: *tendenz – Magazin für Funk und Fernsehen der bayerischen Landeszentrale für neue Medien* (München) III/93, S. 89 ff.

¹⁹ so auch schon Eduard Dreher, „Die Neuregelung des Sexualstrafrechts - eine geglückte Reform?“, JR 1974, S. 56.

²⁰ Jürgen Baumann, „Glücklichere Menschen durch Strafrecht?“, JR 1974, 371.

²¹ Zum Umfang der Revisibilität hinsichtlich der Unzüchtigkeit eines Spielfilms, OLG Frankfurt, JZ 1974, S. 516.

Fundstellen und schrieb sie fort. Allerdings fand sich nach 1975 keine zitierfähige Rechtsprechung mehr, die an der formalen Kasuistik der alten Unzuchtsrechtsprechung festhält. So gesehen ist es nur konsequent, dass *Fischer* ab der 51. Aufl. 2003 sich der neueren Debatte anschließt. Sie soll im folgenden dargestellt werden.

Betrachten wir ein Element näher, das jenseits sich wandelnder Sehgewohnheiten kennzeichnend ist. Danach ist Pornografie zunächst einmal eine

Darstellung, die das sexuelle Geschehen aus dem sozialen Kontext löst und die Beteiligten lediglich als auswechselbare Objekte sieht.

Bei diesem Begriffselement lässt sich der Unterschied zwischen Pornografie und pornografischer Kunst bereits auf einer formalen Ebene mit Blick auf den Kunstvorbehalt (Art. 5 III GG) ziehen. Kunst kann und darf mit dem Anspruch auf staatliche Neutralität das sexuelle Geschehen aus künstlerischen Gründen isolieren. Geschieht dies ohne künstlerische Absicht, kann dieselbe Abstraktion anders bewertet werden. Es kann dann eine Frage des Jugendschutzes sein, wann welche Zugangssperren für angemessen erachtet werden.

Offenkundig macht es keinen Sinn, außerhalb der künstlerischen Provokation Grenzen definieren zu wollen. Sie laufen letztlich immer auf Leerformeln hinaus, wie wir sie vom herkömmlichen Pornografiebegriff, aber auch den Versuchen zu Sexualität und Menschenwürde schon kennen. Je nach Regelungskontext muss neu entschieden werden, wann dekontextuierte Sexualität öffentlich dargestellt werden darf und wann nicht. Und je nach Kontext wird die Güterabwägung anders ausfallen.

Unsimulated Sex – künstlerische Pornografie – Kunst oder Pornografie

Nach der früher herrschenden Meinung waren **Kunst** und **Pornographie** – ebenso wie wissenschaftliche Darstellungen des Sexuellen und Pornographie – einander ausschließende Begriffe. Diese **Exklusivitätsthese** beruhte auf einem **materialen Kunstbegriff**.²² Danach gehörten zum Wesen der Kunst die „Übermittlung gedanklicher Inhalte“, die „geistige Auseinandersetzung mit der Welt“, die „Durchgeistigung und Sublimierung“, während Pornographie sexuelle Vorgänge ohne geistige oder menschliche Bezüge, „ohne Sinnzusammenhang mit anderen Lebensäußerungen“²³ darstelle.²⁴

Schon vor der Reform der Sexualdelikte in den 1970iger Jahren hatte der Bundesgerichtshof in BGHSt. 23, 40 („Fanny Hill“) zu erkennen gegeben, dass er eine Anwendung strafrechtlicher Vorschriften auf die Verbreitung von Kunstwerken im Hinblick auf das Grundrecht der Kunstfreiheit nicht a priori für ausgeschlossen hielt und nach der mittlerweile gefestigten **neueren Rechtsprechung** macht die These von der Kunst, die der Pornografie das Anstößige nimmt, keinen Sinn. Kunst und Pornographie können begrifflich zusammentreffen.²⁵

Maßgeblich für diesen Perspektivenwechsel ist der **formalisierte (offene) Kunstbegriff** des Bundesverfassungsgerichtes in den späten 1960er Jahren,

²² Kritisiert von Wolfgang Knies, „Verfassungsrechtliche Probleme des § 184 Abs.1 Nr.1 StGB“, NJW 1970, S. 16; vgl. Nachweise in BGHSt 37, S. 57.

²³ BGHSt 23, S. 44.

²⁴ BGHSt 37, S. 57 f.

²⁵ BGHSt 37, S. 55 ff. (opus pictorum-Fall) mit im Ergebnis zustimmender Anmerkung von Maiwald, JZ 1990, S. 1141.

nach dem das Wesentliche eines Kunstwerkes darin liegt, dass bei formaler Betrachtung die Gattungsanforderungen eines bestimmten Werktyps (Gedicht, Erzählung, Roman, Gemälde, Skulptur, Collage, usw.) erfüllt sind.²⁶

Wenn es allein auf die formgebundene Äußerung und nicht auf die Übermittlung irgendwelcher gedanklicher Inhalte ankommt, dann kann zwischen Kunst und Pornographie keine begriffliche Exklusivität bestehen.²⁷ In BVerfGE 83, 130 („Josefine Mutzenbacher“, 1982 indiziert) wird die Exklusivitätsthese ausdrücklich aufgegeben und zwar gerade für den Bereich der ‚harten‘ Pornographie, hier dem strikten Verbots der Kinderpornografie in § 184 Abs. 3 StGB.

Zu beachten ist aber:

- Die Kunstfreiheit ist verfassungsimmanenten Schranken unterworfen.²⁸ Der von Art. 1 und 6 GG erfasste **Jugendschutz** ist eine solche Schranke²⁹ ebenso der **Schutz Erwachsener, insbesondere vor der abstrakten Gefahr sexuell motivierter Gewalt**.³⁰

Es ist daher **im Einzelfall** zwischen diesen verfassungsrechtlich geschützten Werten und der Kunstfreiheit **abzuwägen**.³¹

Maßstab dieser Abwägung hat – wegen der Lehre vom Gesetzesvorbehalt – die Legislative vorzugeben. Da aber harte Pornographie (Kinder- bzw. Gewaltpornographie oder Sodomie) nicht verbreitet und Kinderpornografie nicht in Besitz genommen werden darf, hat die Gesetzgebung den praktischen Anwendungsfall von verbotener künstlerischer Pornographie in § 184 Abs. 3 StGB geregelt. Die Bedeutung der Kunstfreiheit muss bei der Anwendung der Strafnorm bedacht werden. Da Kunstfreiheit kein Höchstwert ist, hinter dem alle übrigen Verfassungsrechte zurücktreten müssen, kann bei **Abwägung der widerstreitenden Verfassungsgüter im Einzelfall künstlerische Pornographie in den Bereich des § 184 Abs. 3 fallen**.

IV. Was heißt das nun?

Beginnen wir mit den Print-Medien. Das letzte Urteil zur Abgrenzung von Kunst und Pornografie stammt vom Oberverwaltungsgericht NRW (15.02.01 – 20 A 3635/96) und betraf das 1995 indizierte (1996 wurde die Taschenbuchausgabe indiziert) Werk von Bret Easton Ellis (1991) *American Psycho*. Keine Frage, das Weltbild des nicht zur Identifikation einladenden sadistischen Lustmörders ist schockierend. Aber der Roman „sorgfältig durchkonstruiert“. Es gelingt ihm „in beunruhigender Weise die innere Nähe des zur Fassade erstarrten modernen Lebens zum totalen und unüberbietbaren Amoralismus aufzuzeigen“ (so das OVG NRW 2001 in seiner Begründung). Das beginnende 21. Jahrhundert neigt nicht mehr zu moralisierenden Bücherverbrennungen.³² Jugendliche, die lesen, hindert man auch dann nicht, wenn die Lektüre hart und der Protagonist ein zum Kannibalismus neigender Autist ist. Bei Videos und Pay-TV geht der Trend zur technischen Prävention. Und die Vorstellung, ein Film wie „Baise-moi“ *Viginie Despentes/ Coralie Thrinh* (seit Mitte November 2000 in deutschen Kinos) könne nur für Porno-Kinos und Video-Theken zugelassen werden (so ein Versuch des französischen Conseil

²⁶ BVerfGE 67, S. 213, 226; 81, S. 278, 291; 81, S. 298, 305.

²⁷ BGHSt 37, S. 58.

²⁸ BVerfGE 30, S. 172, 193 ff; 67, S. 213, 228; 81, S. 292; 83, S. 130, 139.

²⁹ BGHSt 37, S. 62; BVerfGE 83, S. 130, 139.

³⁰ AG München, NJW 1998, S. 2840.

³¹ Vgl. Zum Jugendschutz: BVerfGE 83, S. 130, 140f.

³² Dian Schefold „Jugendmedienschutz im freiheitlichen Rechtsstaat“, in: Dankert/ Zechlin (Hrsg.), *Literatur vor dem Richter*, 1988.

d'Etat im Juli 2000³³ (FAZ vom 20.11.00), ist eher abwegig. Auch bei diesem Film, der zumindest in die Nähe der Gewaltverherrlichung gerät, würde eine Güterabwägung ergeben, dass er trotz der „eruptiven Gewalt- und Sexszenen einen lyrischen Grundton“ habe, „man denkt dabei an manches, was Warhol in den 60ern produzierte: die Intimität der Factory hatte etwas Pardiessisches“.³⁴ Außerdem ist bereits die überzeugende Umkehrung der Opferrolle – statt der üblichen Machos morden ehemalige Opfer bzw. Prostituierte – eine gelungene Umwertung pornografischer „Werte“. Sowohl der formale als auch der **offene Kunstbegriff**, den das BVerfG gebildet hat, schützt jedenfalls diejenigen, die sich um Formen bemühen und seien sie noch so provokativ. Grenzverletzungen, exzessiv gezeigte Erniedrigung, rohe und subtile Gewalt, äußerste Verdinglichung des Sexualobjektes: Sie können künstlerisch produziert und auch vertrieben werden – aber eben (noch) nicht für ein Massenpublikum.

Der Sache nach regulieren Jugendschutz und Pornografiekontrolle nur die Märkte, für die jeweils produziert wird. Die staatliche Kontrolle greift allenfalls indirekt über antizipierte Vertriebschancen, die sich ProduzentInnen ausrechnen können, in das ein, was man „künstlerische Produktion“ nennen kann. Aber das Kalkül, in welchem Markt man sich bewegen möchte, gehört mit zu den nun mal riskanten Freiheiten einer freiheitlichen Grundordnung. Kritische PorNO-Debatten und liberale Appelle an die Neutralität des Staates wirken zwar, aber wir können auch hier allenfalls retrospektiv sagen wie. Rückblickend haben liberale Appelle einen stabilen Schutz der Kunstfreiheit bewirkt. PorNO – Debatten werden Modelle der vernetzten Gewaltprävention nach sich ziehen. Rückblickend war das ausgehende 20. Jahrhundert entgegen aller Befürchtungen eher liberal im doppeldeutigen Sinne (also auch einer sehr restriktiven Gewaltprävention). Mag sein, dass im Namen des Jugendschutzes vieles praktiziert und von Produzenten antizipiert wurde und wird, was einer gerichtlichen Kontrolle, die das Kunstprivileg ernst nimmt, nicht Stand halten würde. Aber das zu ändern ist Sache derer, die produzieren. Wie man sieht, gibt es mittlerweile eine Fülle von künstlerischen Pornos, und alle Versuche der Zensur haben sie eher einem breiteren Publikum zugeführt.

Literaturverzeichnis

Albrecht, Hans Jörg/Hotter, Imke: *Rundfunk und Pornographieverbot, Eine (auch rechtsvergleichende) Untersuchung zur Reichweite des Pornographieverbots im Rundfunk im weiteren Sinne*, BLM-Schriftenreihe Bd.68, München 2002.

Amendt, Gerhard: „Pädophilie - oder über sexualwissenschaftliche Trivialisierung inzestartiger Handlungen“, in: *Leviathan Zeitschrift für Sozialwissenschaft* 2/1997, S. 159-172.

Bundesministerium des Inneren: *Auswirkungen von Gewalt, sexuellen Darstellungen und Pornographie in den Medien auf Kinder und Jugendliche*, Bonn 1996.

Böllinger, Lorenz: „Die EU-Kommission und die Sexmoral“, in: *KrimJ* 2001, S. 243-245.

Dreher, Eduard: „Die Neuregelung des Sexualstrafrechts- eine geglückte Reform?“, in: *JR* 1974, S. 45-57.

Enzensberger, Hans Magnus: „Das Nullmedium“, in: *tendenz- Magazin für Funk und Fernsehen der bayrischen Landeszentrale für neue Medien*, München III/1993, S.89 - 98.

³³ FAZ vom 20.11.2000.

³⁴ Fritz Göttler, in: *SZ* vom 01.12.2000.

Ertel, Henner: *Erotika und Pornographie, Repräsentative Befragung und psychologische Langzeitstudie zu Konsum und Wirkung*, München 1990.

Fischer/Tröndle, Beck'scher Kurzkommentar zum StGB, 49. Aufl. (bearbeitet von Tröndle) 1999 und 51. Aufl. (bearbeitet von Fischer) 2003, München.

Knies, Wolfgang: „Verfassungsrechtliche Probleme des § 184 Abs.1 Nr.1 StGB“, in: NJW 1970, S.15-19.

Kunzick, Michael: *Gewalt und Medien*, Köln 1998.

Lautmann, Rüdiger: *Die Lust am Kinde*, Hamburg 1994.

Nunner-Winkler, Gertrud: „Forschung zwischen Aufklärung, Voyeurismus und Moral“, in: Leviathan 3/1997, S.293-301.

Ostendorf, Heribert: „Diskussion zur Forderung nach einem neuen Pornographiebegriff oder zum verantwortlichen Umgang mit Pornographie im Fernsehen“, in: MschKrim 5/2001, S.372-385.

Schefold, Dian: „Jugendmedienschutz im freiheitlichen Rechtsstaat“, in: Dankert/Zechlin (Hrsg.): *Literatur vor dem Richter*, Baden-Baden 1988, S. 98 – 122.

Scheungrab, Michael: *Filmkonsum und Delinquenz, Ergebnisse einer Interviewstudie mit straffälligen und nicht straffälligen Jugendlichen und jungen Erwachsenen*, Regensburg 1993.

Scholz/Liesching, *Jugendschutz, Kommentar* 4.Aufl. 2004.

Schreibauer Marcus: *Das Pornographieverbot*, Regensburg 1999.

Schumann, Heribert: „Zum strafrechtlichen und rundfunkrechtlichen Begriff der Pornographie“, Lenckner Festschrift 1998, S. 567-584.