

# **BGHSt 37,55**

## **[12. Pornographie, Kunst, Jugendschutz]**

### **Seminar:**

## **Informatik und Recht**

**Dozent: Dr. phil. Jochen Koubek**

24. Juli 2006

24. Juli 2006

Referent: Sven Otlewski  
Informatik und Recht -  
Referent: Sven Otlewski

# BGHSt 37,55

1. **Pornographie und Kunst schließen einander begrifflich nicht aus.**
2. **Jugendschutz ist ein Rechtsgut mit Verfassungsrang.**
3. **Der Konflikt zwischen Kunstfreiheit und Jugendschutz kann nur durch eine einzelfallbezogene Abwägung gelöst werden. Dabei kommt keinem der beiden Verfassungsgüter von vornherein Vorrang vor dem jeweils anderen zu.**

# BGHSt 37,55

**GG Art. 5 Abs. 3, 6 Abs. 1; StGB § 184;  
GjS § 6 Nr. 2**

**1. Strafsenat, Urteil vom 21.06.1990  
g. D.**

**1 StR 477/89**

**Landgericht Stuttgart**

# BGHSt 37,55

## Gründe:

Das Landgericht hat den Angeklagten von dem Vorwurf der Verbreitung pornographischer Schriften (§ 184 Abs. 1 Nr. 2 und 3 StGB) in Tateinheit mit einem Verstoß gegen § 3 Abs. 1 Nr. 2, § 4 Abs. 1 Nr. 3, § 6 GJS freigesprochen. Dagegen wendet sich die Staatsanwaltschaft mit der auf die Sachbeschwerde gestützten Revision.

Der »Deutsche Bücherbund« vertrieb von 1985 bis Anfang 1986 im Wege des Versandhandels und in den Verkaufsstellen des Unternehmens im gesamten Bundesgebiet das Buch »Opus Pistorum« von Henry Miller. Der Angeklagte ist der für das Vertriebsprogramm und die einzelnen Produkte zuständige Geschäftsführer des Unternehmens.

Das Werk »Opus Pistorum« entstand im Jahre 1942 als Auftragsarbeit. Der Buchhändler L. aus Hollywood hatte, wie er im Epilog des Buches mitteilt, Henry Miller 1942 gebeten, erotische Geschichten zum Preise von einem US-Dollar je Seite zu liefern; die angesammelten Blätter ergaben nach wenigen Monaten ein vollständiges Werk, dem Henry Miller den Titel »Opus Pistorum« gab.

# BGHSt 37,55

Es erschien jedoch erst nach dem Tode des Autors (1980) auf dem amerikanischen Buchmarkt. 1984 erwarb der Rowohlt Verlag die deutschen Rechte und vertreibt das Buch seitdem in der Bundesrepublik. 1985 schloß der »Deutsche Bücherbund«, nachdem das Buch bereits seit geraumer Zeit von anderen Buchclubs in Lizenzausgaben verlegt worden war, mit dem Rowohlt Verlag einen Lizenzvertrag und gab daraufhin eine eigene Lizenzausgabe heraus.

Die Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften hat am 3. März 1988 das vom Rowohlt Verlag herausgegebene Taschenbuch »Opus Pistorum« in die Liste der jugendgefährdenden Schriften aufgenommen (BAnz 1988 Nr. 45 S. 989 = BPS- Report 2/88 S. 1).

# BGHSt 37,55

- Das Urteil leidet vor allem an dem Mangel, dass es den Belangen des Jugendschutzes nicht genügend Beachtung schenkt.
- Die Frage, ob es sich bei "Opus Pistorum" um eine pornographische Schrift im Sinne dieser Vorschriften handelt (§ 184StGB), hat das Landgericht verneint, weil der Roman ein Kunstwerk sei und deshalb nicht pornographisch sein könne. Es ist dabei von der Auffassung ausgegangen, Kunst und Pornographie schließen einander begrifflich aus: Pornographie könne niemals Kunst und umgekehrt könne Kunst niemals zugleich Pornographie sein.

# BGHSt 37,55

- **Mit der Begründung, Kunst und Pornographie schließen einander begrifflich aus, kann der pornographische Charakter der Schrift und damit der Tatbestand des § 184 StGB allein nicht verneint werden.**

# BGHSt 37,55

- Die Exklusivitätsthese geht auf eine Äußerung von Badura in den Beratungen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform zurück. Sie beruht auf der Überlegung, dass zum Wesen der Kunst die »Übermittlung gedanklicher Inhalte«, die »geistige Auseinandersetzung mit der Welt«, die »Durchgeistigung und Sublimierung« gehöre, während Pornographie geschlechtliche Vorgänge gerade »ohne Sinnzusammenhang mit anderen Lebensäußerungen« darstelle (BGHSt 23,40, 44 – Roman »Fanny Hill«), alle menschlichen Bezüge ausklammere und einen geistigen Bezug oder eine schöpferische Gestaltung gerade vermissen lasse.



# BGHSt 37,55

- Danach könne Kunst zwar obszön, nicht aber pornographisch sein. Mit dem begrifflichen Ausschluß von Kunst und Pornographie, so meinen die Vertreter der Exklusivitätstheorie, werde der Streit um die Grenzen der Kunstfreiheit aus dem Anwendungsbereich des § 184 StGB verbannt, der früher als lästig und peinlich empfundene Konflikt zwischen § 184 StGB und Art. 5 Abs. 3 GG komme daher nicht mehr in Betracht. Dieser Auffassung liegt indessen ein Kunstbegriff zugrunde, wie er in dieser Form der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht mehr entspricht.

# BGHSt 37,55

- Von der Erkenntnis ausgehend, dass es unmöglich ist, Kunst generell zu definieren (BVerfGE 67,213,224 f. – Anachronistischer Zug; 75,369,377), erkennt das Bundesverfassungsgericht nicht nur an, dass es keinen gefestigten Kunstbegriff gibt, sondern bekennt sich auch zu der Auffassung, dass nur ein weiter Kunstbegriff zu angemessenen Lösungen führe (BVerfGE 67,213,224 ff.). Auf diesem Hintergrund bewegt sich die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zunehmend auf einen offenen, bloß »formalen« Kunstbegriff zu.

# BGHSt 37,55

- Erforderlich ist lediglich eine irgendwie geartete schöpferische Formgestaltung.
- Von daher gesehen können Kunstcharakter unter Umständen auch Darstellungen besitzen, die unter Hintansetzung sonstiger menschlicher Bezüge sexuelle Vorgänge in grob aufdringlicher, anreißerischer Weise in den Vordergrund rücken und ausschließlich oder überwiegend auf die Erregung sexueller Reize abzielen.

# BGHSt 37,55

- Angesichts der fließenden Grenzen zwischen Kunst und Pornographie ist daher eine strikte begriffliche Trennung beider Kategorien im Sinne einer Exklusivität nicht durchführbar.
- Die Anerkennung von Überschneidungsmöglichkeiten wird auch dem vielschichtigen und nuancenreichen Spannungsverhältnis zwischen der grundgesetzlich garantierten Kunstfreiheit einerseits und den hinter den Straftatbeständen des § 184 StGB und des GjS stehenden Wertprinzipien des Jugend- und Belästigungsschutzes andererseits besser gerecht als die starre Entweder-Oder-Betrachtung der Exklusivitätstheorie.

# BGHSt 37,55

- Die so postulierte Vereinbarkeit von Kunst und Pornographie hat grundsätzlich auch für die von § 184 Abs. 3 StGB erfaßte sog. harte Pornographie zu gelten. Je weiter der Kunstbegriff gefaßt wird, desto weniger lassen sich auch solche Erscheinungsformen aus dem Kunstbereich ausschließen.

# BGHSt 37,55

- Das Landgericht hat über seinen ursprünglichen Ansatz hinaus eine Strafbarkeit nach § 184 StGB und den Bestimmungen des GJS schließlich deshalb verneint, weil das Buch »Opus Pistorum« den Schutz der Kunstfreiheit genieße und diese Freiheit hier nicht hinter andere Güter zurückzutreten habe. Richtig ist allerdings, dass der Angeklagte sich als Geschäftsführer eines Buchverlages auf die grundgesetzlich garantierte Kunstfreiheit berufen kann. Zutreffend ist ferner, dass die Kunstfreiheit, obschon in Art. 5 Abs. 3 GG vorbehaltlos gewährt, einer Bestrafung des Angeklagten nicht von vornherein entgegensteht. ....

# BGHSt 37,55

- In der Rechtsprechung ist inzwischen anerkannt, dass die Kunstfreiheit nicht schrankenlos, sondern verfassungsimmanente Grenzen unterworfen ist. Die Kunstfreiheit kann nicht nur mit Grundrechten anderer Personen, sondern auch mit anderen von der Verfassung anerkannten und geschützten Werten kollidieren. In diesen Fällen ist ein verhältnismäßiger Ausgleich der gegenläufigen, gleichermaßen verfassungsmäßig geschützten Interessen mit dem Ziel ihrer Optimierung herbeizuführen.

# BGHSt 37,55

- Maßgebliches Gewicht im Rahmen einer Abwägung kommt aber dem von Art. 1 und Art. 6 GG erfassten Jugendschutz zu. Die überragende Bedeutung des Jugendschutzes im Interesse einer ungestörten Entwicklung von Kindern und Jugendlichen hat das Bundesverfassungsgericht wiederholt hervorgehoben und nach der Werteordnung des Grundgesetzes den Schutz der Jugend als ein »Ziel von bedeutsamem Rang« und als ein »wichtiges Gemeinschaftsanliegen« bezeichnet. Dieser Bedeutung des Jugendschutzes als Wertprinzip mit Verfassungsrang wird das angefochtene Urteil nicht gerecht.



# BGHSt 37,55

- Zu den Gefahren, die der Jugend auf sittlichem Gebiet drohen und zu nicht korrigierbaren Fehlentwicklungen führen können, gehören nicht nur Gewalt und Rassenhaß verherrlichende, sondern auch pornographische Darstellungen.
- Der Schutzzweck des Art. 6 GG beschränkt sich daher nicht darauf, den Eltern ein Abwehrrecht gegen unerwünschte Eingriffe des Staates in ihr natürliches Erziehungsrecht zu gewähren. Vielmehr hat der Staat in Wahrnehmung seines Wächteramtes auch die Pflicht, im Rahmen des Möglichen das nach seiner Auffassung Notwendige zu tun, um Kinder und Jugendliche von Einflüssen der Gesellschaft, die der Wertordnung des Grundgesetzes widersprechen, fernzuhalten. Zur Erreichung dieses Zieles, dem Verfassungsrang zukommt, kann er grundsätzlich auch strafrechtliche Mittel einsetzen.

# BGHSt 37,55

- Es geht vielmehr, auch soweit sich der Jugendschutz in einfachen Gesetzen konkretisiert, um eine Kollision gleichrangiger Verfassungswerte, die nur mit Hilfe einer Abwägung aufgelöst werden kann. Diese Abwägung hat sich das Landgericht von vornherein durch eine rechtsfehlerhafte Handhabung des Art. 6 GG versperrt. Im Rahmen der gebotenen Abwägung kommt keinem der beteiligten Verfassungsgüter von vornherein Vorrang vor dem jeweils anderen zu. Der früher vom Bundesverwaltungsgericht vertretene Grundsatz »Kunst geht vor Jugendschutz« (BVerwGE 23,104,110) kann nicht anerkannt werden. Umgekehrt geht Jugendschutz aber auch nicht ohne weiteres der Kunstfreiheit vor.

# BGHSt 37,55

- Eine Abwägung setzt eine ins einzelne gehende Würdigung des Inhalts der Schrift voraus. Dabei kann von Bedeutung sein, dass – wie die Staatsanwaltschaft geltend macht – das Buch praktisch nur aus einer Aneinanderreihung von Schilderungen sexueller Handlungen in ununterbrochener Abfolge besteht, die den in verschiedenen Stellungen ausgeübten Geschlechtsverkehr, Mundverkehr (fellatio und cunnilingus), homosexuelle und lesbische Betätigungen, Analkoitus, Triolenverkehr, Gruppensex und sexuelle Betätigungen sonstiger Art in allen Einzelheiten sowie Vergewaltigungen, pädophile und sodomitische Handlungen zum Gegenstand haben.

# BGHSt 37,55

- Auf der anderen Seite kann von Bedeutung sein, welches Maß an Jugendgefährdung von einem literarischen Werk (im Unterschied etwa zu Videoprodukten oder sog. Sexmagazinen) ausgeht. In Betracht zu ziehen ist auch eine sich wandelnde Akzeptanz erotischer Darstellungen, die als sozialpsychologisches Phänomen als Folge medienbedingter Reizüberflutung und einer sich ganz allgemein ausbreitenden Sexographie zu verzeichnen ist.

# BGHSt 37,55

- Nicht zu billigen ist hingegen die Auffassung, dem Angeklagten falle auch kein fahrlässiger Verstoß gegen das GjS zur Last, weil er seinen Pflichten als verantwortlicher Geschäftsführer des Deutschen Bücherbundes in ausreichender Weise nachgekommen sei.

# BGHSt 37,55

- Grundsätzlich kann sich niemand darauf berufen, dass eine Druckschrift von anderen bisher unbeanstandet vertrieben worden ist (OLG Hamburg JR 1973,382; OLG Düsseldorf NStE Nr. 5 zu § 184 StGB). Dem Verleger oder Vertreiber von Presseerzeugnissen obliegt vielmehr eine eigene Prüfungspflicht, die die Verpflichtung einschließt, erforderlichenfalls sachkundigen Rat einzuholen.

# BGHSt 37,55

- Von dem Angeklagten kann nicht verlangt werden, dass er diese Prüfung persönlich durchführt. Als verantwortlicher Geschäftsführer muss er aber dafür Sorge tragen, dass diese Aufgaben von seinen Mitarbeitern erledigt werden. Notfalls muss er als verantwortlicher Geschäftsführer eine solche Überprüfung veranlassen und sich nach dem Ergebnis erkundigen. Fehlt es an derartigen Maßnahmen, liegt ein Organisationsverschulden vor, das dem verantwortlichen Geschäftsführer als eigenes Verschulden zur Last fällt.

# BGHSt 37,55

- Unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wäre der Roman »Opus Pistorum« aller Wahrscheinlichkeit nach als Kunstwerk beurteilt worden.