COMPETENCE CENTER
FORENSIK UND
WIRTSCHAFTSKRIMINALISTIK

Lucerne University of
Applied Sciences and Arts
HOCHSCHULE
LUZERN
Wirtschaft

Master of Advanced Studies in Forensics (MAS Forensics)

Besitz im Sinne von Art. 197 Ziff. 3bis StGB im Internetbereich - ist die temporäre Speicherung im Cache strafbar?

Eingereicht von

Gabriela Matt, Fürsprecherin

Klasse MAS Forensics 3

am 12.05.2011

betreut von

Dr. Olivier Thormann
Leitender Staatsanwalt des Bundes

I. INHALTSVERZEICHNIS I

II. LITERATURVERZEICHNIS III

III. AMTLICHE SAMMLUNG UND RECHTSPRECHUNG VI

IV. ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS VIII

V. GLOSSAR IX

VI. KURZFASSUNG XII

I. INHALTSVERZEICHNIS

1. AUSGANGSPUNKT - FRAGESTELLUNGEN 1
2. RECHTSGUT UND ANGRIFFSOBJEKT 2

2.1. GESETZESWORTLAUT 2
2.2. RECHTSGUT 2
2.3. ANGRIFFSOBJEKT - „PORNOGRAPHIEBEGRIFF“ 3
2.4. TATOBJEKT 6

3. GRÜNDE FÜR DIE EINFÜHRUNG DES VERBOTS DES BESITZES HARTER PORNOGRAPHIE 7
4. DEFINITION „BESITZ“ I.S. VON ART. 197 ZIFF. 3BIS 8

4.1. AUSGANGSLAGE 8
4.2. BEGRIFF DES BESITZES IM BETMG 8
4.3. BEGRIFF DES GEWAHRSAMS BEIM DIEBSTAHL 8
4.4. ABGRENZUNG ZWISCHEN DEM BESITZESBEGRIFF IM BETMG UND DEM GEWAHRSAMSBEGRIFF BEIM DIEBSTAHL 9
4.5. ANNÄHERUNG AN DEN BESITZESBEGRIFF IN ART. 197 ZIFF. 3BIS STGB 9
4.6. BLICK INS ZIVILRECHT 10
4.7. SCHLUSSFOLGERUNG 11

5. ABGRENZUNG ZUM KONSUM BZW. HERSTELLEN & BEISPIELE FÜR KONSUM/BESITZ/HERSTELLEN 14

5.1. ABGRENZUNG ZUM KONSUM BZW. HERSTELLEN 14
5.2. BEISPIELE 14
5.2.1. Konsum 14
5.2.2. Besitz 15
5.2.3. Herstellen 16

6. BESONDERHEIT CACHE 17

6.1. ZUR FUNKTIONSWEISE 17
6.2. ZUM EINGANGS ERWÄHNTEN FALLBEISPIEL 17
6.2.1. Erstinstanzliches Urteil 17
6.2.2. Zweitinstanzliches Urteil 19
6.3. AUSFÜHRUNGEN IN DER BOTSCHAFT 19
6.4. LEHRE UND RECHTSPRECHUNG 19
6.4.1. Rechtsprechung des Bundesgerichts 19
6.4.2. Lehre 20
6.5. EXKURS: DEUTSCHLAND 21
6.5.1. Gesetzeswortlaut 21
6.5.2. Rechtsprechung und Lehre zum Cache 22
6.5.3. Betrachten nach gezieltem Aufruf 22

7. BEANTWORTUNG DER FRAGEN UND AUSBLICK 26

7.1. BEANTWORTUNG DER FRAGEN 26
7.2. STRAFBARKEIT DES WISSENTLICHEN ZUGRIFFS AUF KINDERPORNOGRAPHIE 30
7.2.1. Übereinkommen des Europarats zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch 30
7.2.2. Österreich 30
7.3. DE LEGE FERENDA 32
7.3.1. Strafloser Konsum versus strafbarer Besitz 32
7.3.2. Neuregelung 33

II. LITERATURVERZEICHNIS

Zitierweise: Die unten aufgeführten Werke werden mit dem Nachnamen des Autors, dem Erscheinungsjahr und der Seitenzahl oder der Randnote zitiert. Werden von einem Autor mehrere Werke zitiert, ist bei Notwendigkeit das für die Zitierung massgebende Stichwort der angebrachten Klammer zu entnehmen.

ALBRECHT PETER	Die Strafbestimmungen des Betäubungsmittelgesetzes (Art. 19-28 BemtG), Hrsg. Schubarth, 2. Auflage, Bern 2007.
BUNDI MARCO	Der Straftatbestand der Pornographie in der Schweiz: mit rechtsvergleichendem Blick auf Deutschland und die USA, Diss. BE 2008.
DONATSCH ANDREAS	Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 9. Auflage, Zürich 2008.
FELBER MARKUS	Internet-Download von harter Pornographie, in: Jusletter 25. Oktober 2004 [Rz].
FERNER JENS	Besteht Besitz an Daten, die nur in den Arbeitsspeicher geladen werden?, http://www.internet-strafrecht.com/?p=143, Version 259, Artikel erstellt am 22. März 2010.
FINGERHUTH THOMAS/TSCHURR CHRISTOF	BetmG, Kommentar Betäubungsmittelgesetz, Zürich 2007.
FREY GEORGES/OMLIN ESTHER	„Genesis“ - Pornographie & Internet, Eine Würdigung der neuen Rechtslage gestützt auf die Erfahrungen im Kanton Luzern, in: AJP 11/2003, S. 1378 ff.
FROMMEL MONIKA	Nomos Kommentar, Hrsg. Kindhäuser/Neumann/ Pfaeffgen, Strafgesetzbuch, Band 2, 3. Auflage, Baden-Baden 2010.
GERCKE MARCO/BRUNST PHILLIP	Praxishandbuch Internetstrafrecht, Stuttgart 2009.
GERCKE MARCO	Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Internetstrafrecht in den Jahren 2000 und 2001, in: ZUM 4/2002, S. 283 ff.
GERCKE MARCO	Die Rechtsprechung zum Internetstrafrecht im Jahr 2002, in: ZUM 5/2003, S. 349 ff.

HARMS SVEN	Ist das „blosse“ Anschauen von kinderpornographischen Bildern im Internet nach geltendem Recht strafbar? In: NStZ 2003, Heft 12, S. 646 ff.
HILGENDORF ERIC	StGB, Strafgesetzbuch, Kommentar, Hrsg. Satzger/Schmitt/Widmaier, Köln 2009.
HOCHMAYR GUDRUN	Strafbarer Besitz von Gegenständen, Zur Reichweite der Strafdrohungen für den (blossen) Besitz von Waffen, Suchtmitteln, Kinderpornographie, etc., Wien 2005.
HÖRNLE TATJANA	Münchner Kommentar Strafgesetzbuch, §§ 80-184f, Hrsg. Joecks/Miebach, München 2005.
JENNY GUIDO/SCHUBARTH MARTIN/ ALBRECHT PETER	Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Besonderer Teil, 4. Band, Delikte gegen die sexuelle Integrität und gegen die Familie, Art. 187-200, Art. 213-220 StGB, Bern 1997.
KOLLER DANIEL	Cybersex: die strafrechtliche Beurteilung von weicher und harter Pornographie im Internet unter Berücksichtigung der Gewaltdarstellungen, Diss. Zürich 2007.
MATZKY RALPH	Kinderpornographie im Internet, Strafgesetzgeberischer Handlungsbedarf?, in: ZRP 2003, Heft 5, S. 167 ff.
MENG KASPAR/ SCHWAIBOLD MATTHIAS	Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111-329 StGB, Hrsg. Niggli/Wiprächtiger, 2. Auflage, Basel 2007.
NIGGLI MARCEL ALEXANDER	Gezieltes Abspeichern ist Herstellen, in: Jusletter 1. November 2004 [Rz].
NIGGLI MARCEL ALEXANDER/ RIEDO CHRISTOF	Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111-329 StGB, Hrsg. Niggli/Wiprächtiger, 2. Auflage, Basel 2007.
REY HEINZ	Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Bern 1991.
SCHEFFLER UWE	Zur Strafbarkeit des Betrachtens kinderpornographischer Internet-Seiten auf dem PC, Zugleich eine Besprechung von OLG Schleswig, Beschluss vom

	15.09.2005 - 2 Ws 305/05 (222/05), in: Seier / Schlehofer / Scheinfeld / Merkel / Hoernle / Hardtung / Putzke (Hrsg.), Strafrecht zwischen System und Telos, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg, Tübingen 2008, S. 627 ff.
SCHMID JÖRG/HÜRLIMANN-KAUP BETTINA	Sachenrecht, 3. Auflage, Zürich 2009.
STRATENWERTH GÜNTER/ JENNY GUIDO	Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen die Individualinteressen, 6. Auflage, Bern 2003.
STRATENWERTH GÜNTER/ WOHLERS WOLFGANG	Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, Bern 2007.
TRECHSEL STEFAN/BERTOSSA CARLO	Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, Trechsel et al, Zürich 2008.
TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/ SCHMID JÖRG/RUMO-JUNGO ALEXANDRA	Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Auflage, Zürich 2002.
WEDER ULRICH	StGB Kommentar, Hrsg. Donatsch / Flachsmann / Hug / Maurer / Riesen-Kupper / Weder, 18. Auflage, Zürich 2010.
WEISSENBERGER PHILIPPE	Strafwürdiger Besitz von Kinderpornographie? Zu den geplanten Gesetzesrevisionen im Bereich der harten Pornographie, in: AJP 3/1998, S. 311 ff.
WEISSENBERGER PHILIPPE	Revisionsentwurf zur harten Pornographie: In dubio contra libertate, ZBJV Band 135, 1999, S. 159 ff.
WIPRÄCHTIGER HANS	Das geltende Sexualstrafrecht – eine kritische Standortbestimmung, in: ZStrR, Band 125 2007, S. 312 f.
ZIEGLER THEO	StGB, Strafgesetzbuch, Kommentar, Hrsg. von Heintschel/Heinegg, München 2010.

III. AMTLICHE SAMMLUNGEN UND RECHTSPRECHUNG

Bundesblatt:

- BBl 1985 II 1088-1092; Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (strafbare Handlungen gegen Leib + Leben, gegen die Sittlichkeit + gegen die Familie) vom 26. Juni 1985.
- BBl 2000 III 2943-2989; Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (strafbare Handlungen gegen die sexuelle Integrität / Verjährung bei Sexualdelikten an Kindern und Verbot des Besitzes harter Pornographie) vom 10. Mai 2000.

Bericht und Vorentwürfe:

- Bericht und Vorentwürfe über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes betreffend die strafbaren Handlungen gegen die sexuelle Integrität (Verjährung bei Sexualdelikten an Kindern und Verbot des Besitzes harter Pornographie), Bern August 1998 [zitiert: Bericht und Vorentwürfe betreffend Verbot des Besitzes harter Pornographie, 1998].

Amtliches Bulletin des National- und Ständerats:

- Ständerat – Wintersession 2000 – Elfte Sitzung – 13.12.00 – 08h30, 00.041, StGB und MStG, strafbare Handlungen gegen die sexuelle Integrität, AB 2000 S 907-912.
- Nationalrat – Sommersession 2001 – Zweite Sitzung – 06.06.01 – 08h00, 00.041, StGB und MStG, strafbare Handlungen gegen die sexuelle Integrität, AB 2001 N 529-531.

Rechtsprechung:

<u>Kantonale Urteile</u>

- Urteil der Gerichtspräsidentin 1 des Gerichtskreises III Aarberg-Büren-Erlach vom 19.11.2009.
- Urteil der 1. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern vom 22.04.2010.

<u>Urteile des Schweizerischen Bundesgerichts</u>

- BGE 119 IV 266
- BGE 124 IV 106
- BGE 128 IV 25
- BGE 128 IV 201
- BGE 128 IV 260
- BGE 131 IV 16

- BGE 131 IV 64
- BGE 6S.254/2006
- BGE 6B_289/2009
- BGE 6B_162/2010

Urteile aus Deutschland

- Bundesgerichtshof, Urteil vom 22.05.2003, 1 StR 70/2003, in: NStZ 2004, S. 149 ff.
- Bundesgerichtshof, Beschluss vom 10.10.2006, 1 StR 430/2006, in: NStZ 2007, S. 95 + NJW 2007, S. 217, vgl. auch www.hrr-strafrecht.de/hrr/1/06/1-430-06.php.
- Urteil des LG Stuttgart vom 27.02.2002, 20 Qs 10/02, in: NStZ 2003, S. 36 f.
- OLG Schleswig, Beschluss vom 15.09.2005, 2 Ws 305/05, in: NStZ-RR 2007, S. 41,vgl. auch www.sexualstrafsachen.de/betrachten.htm.
- Hanseatisches OLG Hamburg, Urteil vom 15.02.2010, 2-27/09 (REV), www.jurpc.de/rechtspr/20100054.htm (JurPC Web-Dok. 54/2010, Abs. 1-59).

IV. ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Abs.	Absatz
AJP	Aktuelle Juristische Praxis, Zürich
AmtlBull	Amtliches Bulletin
Art.	Artikel
BBl	Bundesblatt
BetmG	Bundesgesetz über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe vom 03.10.1951, SR 812.21
BGBl.	Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich
BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheidung des Schweizerischen Bundesgerichts
Bst.	Buchstabe
bzw.	Beziehungsweise
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
f.	folgende Seite
ff.	folgende Seiten
FCKW	Abkürzung für den „Fachbereich Computer- und Wirtschaftskriminalität“ der Kantonspolizei Bern
Fn.	Fussnote
h.L.	herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeber
i.d.R.	in der Regel
i.S.	im Sinne
Lit.	Litera
LG	Landgericht
m.a.W.	mit anderen Worten
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, Frankfurt a.M.
NR	Nationalrat
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht, München & Frankfurt a.M.
OLG	Oberlandesgericht
Rn.	Randnote
Rz.	Randziffer
S.	Seite
s.	siehe
SR	Ständerat
StGB	Strafgesetzbuch, SR 311.00
usw.	und so weiter
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Bern
ZGB	Zivilgesetzbuch, SR 210.00
Ziff.	Ziffer
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik, München
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, Bern
ZUM	Zeitschrift für Urheber- + Medienstrafrecht/Film & Recht, Baden-Baden

V. GLOSSAR[1]

Arbeitsspeicher	Dies ist der Speicher eines Computers, in dem Datenobjekte, also Programme und die von diesen in Mikroprozessoren zu verarbeitenden Nutzdaten, abgelegt und zu einem späteren Zeitpunkt (unverändert) abgerufen werden können. Der Unterschied zu Festplatten, die formal dieselbe Funktion erfüllen, liegt im ungleich schnelleren Zugriff und der fehlenden Fähigkeit, die Daten bei Stromunterbrechung zu erhalten.
Access-Provider	Der Access-Provider als reiner Internetzugangsvermittler ermöglicht den Usern den Zugang zum Internet.
Browser	Der Browser ist ein Programm, das dem Betrachten von Internet-Inhalten und dem Abruf von Multimediadateien dient.
Cache	Cache ist die Bezeichnung der automatisiert erfolgenden temporären Zwischenspeicherung von Internet-Inhalten durch den Internet-Browser auf der Festplatte des Users. Bei wiederholtem Bedarf der schon einmal aufgerufenen Internet-Seiten schaut der Browser im Cache nach und ruft diese bei vorhandenen zwischengespeicherten Informationen auf. Durch den Zugriff auf bereits geladene Websites wird die Ladezeit verkürzt.
Client Rechner	Beim Client-Rechner (Computer) handelt es sich um den Rechner des jeweiligen Internet-Users, der beim korrespondierten Server bereitgehaltene Netzwerk-Ressourcen anfordert und nutzt.
Content-Provider	Der Content-Provider stellt eigene Internet-Inhalte ins Internet; häufiger aber speichert er sie auf dem Web-Server eines Host-Providers ab, von wo aus sie durch automatisierte Prozesse ins Internet hochgeladen werden.
Downloaden	Downloaden (Herunterladen) ist ein Begriff aus der elektronischen Datenverarbeitung. Es wird damit die Übertragung von Daten von einem Computer in einem Netzwerk oder im Internet zum eigenen Computer, dem Client bezeichnet.
Filesharing-Systeme	Unter dem Oberbegriff Filesharing-Systeme sind verschiedene Dienste zu verstehen, die allesamt durch den Informationsaustausch im Sinne von Up- und Downloads von Dateien in einem zusammenhängenden Netzwerk funktionieren (z.B. p2p).
Host-Provider	Host-Provider gewähren auf ihren Web-Servern den Content-Providern als Vertragspartner die Abspeicherung ihrer Websites.

[1] Vgl. dazu KOLLER, 2007, LXXIX ff.

HTML	HRML (Abkürzung von: Hyper Text Markup Language) ist eine plattform-unabhängige Sprache, die Hypertext-Dokumente für das www lesbar macht.
http	http (Abkürzung von: Hyper Text Transfer Protocol) ist das im www verwendete Protokoll, womit der Browser den Zugriff auf Websites herstellt.
Link	Ist vom Link die Rede, ist damit oft der einfache Link gemeint. Der einfach Link besteht aus dem sichtbaren Merkmal zum Anklicken (oft blau unterstrichen), andererseits aus dem daran angeknüpften Pfad (häufig als URL angegeben). Durch Linksetzung im Ausgangsdokument wird eine Verknüpfung zu der angeforderten Zieldatei hergestellt.
Netwerk-Provider	Der Netwerk-Provider stellt Übertragungswege oder -kapazitäten zur Verfügung.
p2p	p2p (Abkürzung von Peer-to-Peer-Network) ist die Vernetzung gleichberechtigter Rechner in einer nicht hierarchischen Netzstruktur, damit die Nutzer über eine entsprechende Fliesharing-Software mit anderen Usern die auf dem Rechner im online-Status gespeicherten Informationen im frei gegebenen Ordner im Sinne von Up- und Downloads austauschen können.
RAM-Speicher	RAM (Abkürzung von Random-Access Memory) ist ein anderes Wort für den Arbeitsspeicher.
Server	Server sind Rechner, die darauf gespeicherte Informationen zum Abruf bereitstellen.
Streaming-Media	Streaming Media ist der Oberbegriff für Streaming Audio und Streaming Video (auch bekannt als Web-Radio und Web-TV) und bezeichnet aus einem Rechnernetz empfangene und gleichzeitig wiedergegebene Audio- und Videodaten. Den Vorgang der Datenübertragung selbst nennt man Streaming, und gestreamte Programme werden als Livestream bezeichnet. Es geht um die Übermittlung eines kontinuierlichen multimedialen Datenstroms, der von einem Server gesendet und von einem Client empfangen wird und mittels spezieller Software in Echtzeit abgespielt wird. Einmal ausgelöst erfolgt die Datenübermittlung bis zur Unterbrechung. Ohne dass die Gesamtdatei heruntergeladen werden muss erfolgt die Wiedergabe der angeforderten Informationen, sobald der Client genügend Daten empfangen hat. Vom Ablauf her ist die Informationsübertragung mittels Streaming Media Technologien mit dem klassischen Rundfunk vergleichbar.

TEMP-Dateien	Dies sind temporäre Dateien oder sog. Arbeitsdateien, die vom Betriebssystem oder von anderen Programmen verwendet werden und zur zeitlich begrenzten Zwischenspeicherung von Daten dienen, die von gleichen oder einem anderen Programm weiterverarbeitet werden sollen. Die Auslagerung der Daten erfolgt dabei, um den Arbeitsspeicher des Computers zu entlasten oder um die Übergabe von Daten an ein anderes Programm zu organisieren.
User	User ist der englische Begriff für Nutzer.
Website	Unter einer Website sind die gesamten von einer Person auf dem Haupt-Domain-Level oder den Sub-Domains im www zum Abruf bereitgehaltenen Informationen zu verstehen. Dieser Begriff erfasst also die ganze Webpräsenz einer Person - m.a.W. eine Sammlung von Webpages - unter einer Domain.
www	Das www ist Teil des Internets und besteht aus Rechnern, die über das Protokoll „http“ vernetzt sind und Daten im „HTML-Format“ zum Abruf bereitstellen.

V. KURZFASSUNG

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit dem Besitzesbegriff i.S.v. Art. 197 Ziff. 3bis StGB. Aus den historischen Unterlagen geht nämlich nur ansatzweise hervor, welches der konkrete Inhalt des Besitzesbegriffs ist. Der Gesetzgeber hatte das Bedürfnis, den Begriff des strafrechtlichen Besitzes an bestehende Rechtsfiguren anzulehnen. Er orientiert sich am Besitz im Nebenstrafrecht (Art. 19 Ziff. 1 Abs. 5 BetmG) und insbesondere am Gewahrsamsbegriff (Art. 139 StGB) im Strafrecht. Der zivilrechtliche Besitzesbegriff wird in der Botschaft nur am Rande erwähnt.

Ein Vergleich mit dem Besitzesbegriff des BetmG und dem Gewahrsamsbegriff beim Diebstahl zeigt, dass der strafrechtliche Besitzesbegriff weder dem Besitzesbegriff des BetmG noch dem Gewahrsamsbegriff beim Diebstahl eindeutig zugeordnet werden kann. Auch der zivilrechtliche Besitzesbegriff deckt sich nicht mit dem strafrechtlichen. Dies v.a., weil die Besitzesbegriffe im Zivil- und im Nebenstrafrecht und die Figur des Gewahrsams beim Diebstahl ganz anderen gesetzgeberischen Vorstellungen unterliegen und andere Funktionen erfüllen als der strafrechtliche Begriff des Besitzes. Hinzukommt, dass die Besitzesbegriffe im Zivil- und im Nebenstrafrecht und die Figur des Gewahrsams beim Diebstahl anhand der Herrschaft über körperliche Gegenstände entwickelt worden sind. Sie genügen damit nicht vollständig der Besonderheit, dass nach Art. 197 Ziff. 3bis StGB auch unkörperliche Darstellungen in Dateien Bezugsgegenstand des Besitzes sein können.

Auch beim strafrechtlichen Besitzesbegriff ist – analog der anderen dargestellten Besitzes- und Gewahrsamsbegriffe – Herrschaftsmacht verbunden mit Herrschaftswillen zu fordern.

Die Herrschaftsmacht stellt das objektive Element des strafrechtlichen Besitzes dar und meint die Gewalt einer Person über eine Sache, wobei die tatsächliche Gewaltherrschaft eine gewisse Dauerhaftigkeit und Festigkeit der Beziehung voraussetzt. Der strafrechtliche Besitzer muss unmittelbaren Zugang zur Sache haben. Das Raumverhältnis zwischen Täter und harter Pornographie ist deshalb so zentral, weil das geschützte Rechtsgut dieser Strafnorm darauf aus ist, durch Vorlagen inspirierte Nachahmungstaten einzudämmen. Nur durch die tatsächliche Wahrnehmungsmöglichkeit des harten pornographischen Gehalts sind solche Anregungen denkbar, nicht auch bei bloss rechtlichen Strukturen.

Als subjektives Element muss der strafrechtliche Besitzer einen die Sachherrschaft tragenden Herrschaftswillen haben, d.h. er weiss, dass sich die Sachen in seiner Verfügungsgewalt befinden und er will diese Verfügungsgewalt für sich (oder einen Dritten) auch ausüben bzw. aufrechterhalten. Der Herrschaftswille ist ein wichtiges Korrektiv zur straflosen Entledigung von unerwünschter harter Pornographie.

In der Folge wird eine Abgrenzung zwischen Konsum, Besitz und Herstellen vorgenommen und Beispiele für alle drei Formen angeführt. Des Weiteren wird die Besonderheit „Cache“ anhand eines Fallbeispiels beleuchtet. Die vorliegende Arbeit kommt zum Schluss, dass der Benutzer mit der automatischen Abspeicherung im Internet-Cache objektiv Besitz an den entsprechenden Dateien erlangt. Es ist ihm nämlich jederzeit (auch offline) möglich, diese Daten wieder aufzurufen, solange sie nicht manuell oder systembedingt automatisch gelöscht wurden. Es kann jedoch in diesen Fällen am subjektiven Tatbestand fehlen, weil der Täter mit den technischen Vorgängen beim Surfen nicht vertraut ist oder nicht auszuschliessen ist, dass er die Dateien versehentlich geöffnet hat.

Strafbarer Besitz kann also sowohl durch eigenes Tun oder eigene Unterlassung als auch durch Zurechnung automatisierter Prozesse wie beim Cache begründet werden. Bei den temporären Inhaltsspeicherungen im Cache kommt es auf die technischen Kenntnisse des Users an, denn davon leitet sich grundsätzlich das Bestehen oder Fehlen eines Vorsatzes ab.

Demgegenüber ist davon auszugehen, dass die mit dem Betrachten verbundene bloss „flüchtige" Speicherung der Bilddateien im Arbeitsspeicher zur Erfüllung des Tatbestandes nicht genügt. Es fehlt an der erforderlichen Dauerhaftigkeit und Festigkeit der Sachherrschaft, denn schaltet man den Computer aus oder wird aus anderen Gründen die Stromzufuhr unterbrochen, gehen die Daten ohne vorgängige Speicherung grundsätzlich unwiderruflich verloren.

Ausgehend vom Zweckgedanken von Ziff. 3bis, nämlich den Markt für Kinderpornographie „auszutrocknen", erscheint auch das Betrachten von Kinderpornographie im weltweiten Netzwerk ohne dauerhafte Speicherung der Bilddateien auf der Festplatte strafwürdig. Gerade das Beispiel zum Internet zeigt, dass der „blosse" visuelle und akustische Verbraucher in mindestens gleichem Masse wie der Besitzer den Markt für Kinderpornographie belebt und auf diese Weise mittelbar für die Herstellung einschlägiger Erzeugnisse und damit für den Missbrauch von Kindern verantwortlich ist. Der Konsum als solcher ist unter dem Aspekt des „Darstellerschutzes" daher ebenso strafwürdig wie der Erwerb (im weiteren Sinne) oder der Besitz. Allerdings ist eine Einschränkung für denjenigen Nutzer zu machen, der im Internet zufällig – unvorsätzlich – auf eine Seite kinderpornographischen Inhalts stösst und diese sogleich wieder verlässt. Massgeblich für die Abgrenzung zwischen dem noch straflosen, zufälligen Zugriff und einem strafbaren Interesse an entsprechenden Seiten in einer künftigen Gesetzesnovelle muss sein, wie oft und wie lange der Nutzer auf einschlägige Seiten zugreift, also die Dauer und die Intensität des Zugriffs.

Bei einer Neuregelung sollte zwischen den einzelnen verpönten Handlungen, nämlich sexuelle Handlungen mit Kindern, solchen mit Tieren und solchen mit menschlichen Ausscheidungen sowie Gewalttätigkeiten unterschieden werden. Die Gleichstellung der Kinderpornographie und Gewaltpornographie mit der Darstellung sexueller Handlungen mit Tieren und menschlichen Ausscheidungen scheint nicht gerechtfertigt. Zudem bringt das Festhalten an der strafrechtlichen Gleichbehandlung der Kinder- und Gewaltpornographie mit Pornographieformen von weit geringerer Schwere das Risiko einer Aufweichung des Strafrechtsschutzes mit sich.

Die selbständige Qualifikation der harten Pornographie sollte sich daher auf Darstellungen sexueller Handlungen mit Kindern oder Gewalttätigkeiten beschränken. Die Exkrement- und Sodomiepornographie wäre dann wie die weiche Pornographie im Rahmen von Art. 197 Ziff. 1 und 2 StGB strafbar.

Betreffend Kinderpornographie verbietet das schweizerische StGB auch die virtuelle Pornographie mit Kindern. Hier stellt sich die Frage, was für ein Rechtsgut mit einer virtuellen sexuellen Handlung mit Kindern betroffen sein soll, wenn man bedenkt, dass Ziff. 3 und 3bis primär den Schutz der Opfer bezwecken. Es sollten nur tatsächliche oder sog. wirklichkeitsnahe sexuelle Handlungen mit Kindern unter Strafe gestellt werden. Wirklichkeitsnahe Handlungen sind solche, die wie echte erscheinen und möglicherweise solche sind. Damit muss die Strafbehörde nicht beweisen, dass es sich um tatsächliche Handlungen handelt. Vielmehr reicht es aus, wenn es den Anschein hat, dass ein Kind missbraucht wird. Hier sollte auf den verständigen Betrachter abgestellt werden, so dass theoretisch auch ein wie ein Kind scheinender, aber in Wirklichkeit älterer Darsteller diese Handlung erfüllen kann. Die Strafbarkeit kann weiter auch Fälle betreffen, in denen reale Kinder nicht missbraucht, sondern beispielsweise in Bilder mit sexuel-

len Inhalten hineinkopiert werden, sofern diese wirklichkeitsnah sind. Wirklichkeitsnah bearbeitete oder gemorphte Computerbilder werden ebenfalls von der Strafbarkeit erfasst. Diese Bestrafung muss aufgrund der Perpetuierung der Straftat erfolgen. Virtuell sind nur Handlungen, die in einem vollständig computergenerierten Milieu mit ebensolchen Kindern stattfinden. Soweit es eindeutig virtuelle Kinder betrifft, werden solche Gegenstände nach Ziff. 1 beurteilt. Dies ist insofern sinnvoll, da mit Ziff. 3 und Ziff. 3bis primär die Darsteller geschützt werden sollen. Sie sind aber nur insoweit zu schützen, als es sich auch tatsächlich gibt.

1. Ausgangspunkt - Fragestellungen

In der vorliegenden Arbeit wird der Besitzesbegriff von Art. 197 Ziff. 3bis StGB beleuchtet, insbesondere der Besitz an unkörperlichen Darstellungen. Denn, ***was bedeutet eigentlich „Besitz" im Sinne von Art. 197 Ziff. 3bis StGB?***

Den Anstoss, dieser Frage nachzugehen, gab folgender Fall:

„Auf dem Computer des Beschuldigten wurden ca. 40 Filme und Bilder mit sexuellen Handlungen mit Tieren im temporären Internetspeicher des Benutzers „wh" gefunden. Der Beschuldigte war vollumfänglich geständig. Er erklärte aber, er sei sich nicht bewusst gewesen, dass der Besitz und das Herunterladen von Pornographie mit Tieren vom Internet strafbar seien. Er habe vom Internet auch nie bewusst Sachen auf den Computer gespeichert, er habe sie sich nur angesehen."

Die Gerichtspräsidentin 1 des Gerichtskreises III Aarberg-Büren-Erlach erklärte den Beschuldigten am 19.11.2009 gestützt auf Art. 197 Ziff. 3bis StGB wegen Besitzes von Tierpornographie schuldig. Die 1. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern sprach den Beschuldigten demgegenüber am 22.04.2010 von diesem Vorwurf frei. Die 1. SK kam zum Schluss, *„der Umstand, dass eine automatische Zwischenspeicherung stattfindet, ist strafrechtlich nicht relevant, und zwar unabhängig vom Wissen des Benutzers um diesen Speicher auch dann, wenn die Einstellungen so vorgenommen werden, dass darin erheblich Speicherplatz vorhanden ist. Etwas anderes gilt nur dann, wenn durch spezielle Einstellungen der Software die Löschung der betreffenden Erzeugnisse im Cache-Speicher verhindert wird."* [2]

Dieser Entscheid der 1. Strafkammer führt zu weiteren Fragen, die mit der obgenannten Ausgangsfrage zusammenhängen und denen in der Folge auch nachgegangen werden soll. Denn spielt es wirklich keine Rolle, ob der Beschuldigte über (keine) Kenntnisse betreffend den Vorgang der automatischen Zwischenspeicherung seiner zuletzt besuchten Internetseite verfügt? Kann es sein, dass nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ein „Download" den Tatbestand des Herstellens erfüllt, das Anklicken von Seiten, die automatisch im Zwischenspeicher Niederschlag finden, dagegen gänzlich straflos ist? Kommt es nicht auf das Selbe heraus, ob der User ein illegales Erzeugnis, das er auf einer Festplatte speichert, als Kopie wieder abrufen kann oder er diese Kopie aus dem Zwischenspeicher, der sich ja auch auf der Festplatte befindet, abrufen kann? Stellt die Konstellation der Zwischenspeicherung nicht einmal Besitz dar?

Bevor aber in Kapitel 4 auf den Besitzesbegriff i.S.v. Art. 197 Ziff. 3bis StGB eingegangen werden kann, ist zuerst zu bestimmen, welche Rechtsgüter mit Art. 197 StGB geschützt werden sollen (Kapitel 2). Zudem ist der „Pornographiebegriff" zu klären, und es sind die Tatobjekte von Art. 197 StGB zu definieren (Kapitel 2). Weiter werden die Gründe, welche zur Einführung von Ziff. 3bis geführt haben, dargelegt (Kapitel 3).

---

[2] Gegen diesen Entscheid erhob die Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern am 07.09.2010 Beschwerde ans Bundesgericht. Der Entscheid des Bundesgerichts ist zurzeit noch ausstehend.

2. Rechtsgut und Angriffsobjekt

2.1. Gesetzeswortlaut

Art. 197 StGB - Pornographie

1. Wer pornographische Schriften, Ton- oder Bildaufnahmen, Abbildungen, andere Gegenstände solcher Art oder pornographische Vorführungen einer Person unter 16 Jahren anbietet, zeigt, überlässt, zugänglich macht oder durch Radio oder Fernsehen verbreitet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.

2. Wer Gegenstände oder Vorführungen im Sinne von Ziffer 1 öffentlich ausstellt oder zeigt oder sie sonst jemandem unaufgefordert anbietet, wird mit Busse bestraft.
Wer die Besucher von Ausstellungen oder Vorführungen in geschlossenen Räumen im Voraus auf deren pornographischen Charakter hinweist, bleibt straflos.

3. Wer Gegenstände oder Vorführungen im Sinne von Ziffer 1, die sexuelle Handlungen mit Kindern oder mit Tieren, menschlichen Ausscheidungen oder Gewalttätigkeiten zum Inhalt haben, herstellt, einführt, lagert, in Verkehr bringt, anpreist, ausstellt, anbietet, zeigt, überlässt oder zugänglich macht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.
Die Gegenstände werden eingezogen.

3bis. Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe wird bestraft, wer Gegenstände oder Vorführungen im Sinne von Ziffer 1, die sexuelle Handlungen mit Kindern oder Tieren oder sexuelle Handlungen mit Gewalttätigkeiten zum Inhalt haben, erwirbt, sich über elektronische Mittel oder sonst wie beschafft oder besitzt.
Die Gegenstände werden eingezogen.[3]

4. Handelt der Täter aus Gewinnsucht, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe. Mit Freiheitsstrafe ist eine Geldstrafe zu verbinden.

5. Gegenstände und Vorführungen im Sinne von Ziffer 1-3 sind nicht pornographisch, wenn sie einen schutzwürdigen kulturellen oder wissenschaftlichen Wert haben.

2.2. Rechtsgut

Die Strafbarkeit der Pornographie beruht auf folgenden Leitgedanken:[4]

- Das Strafrecht soll junge Menschen vor der Wahrnehmung pornographischer Darstellungen bewahren. Zentraler Schutzzweck ist die ungestörte sexuelle Entwicklung von Kindern und Jugendlichen. Kinder und Jugendliche unter 16 Jahren werden vor jeder Konfrontation mit Pornographie geschützt (Ziff. 1).

---

[3] Ziff. 3bis wurde in einer Teilrevision per 01.04.2002 in die Bestimmung von Art. 197 StGB eingeführt.
[4] Bericht und Vorentwürfe betreffend Verbot des Besitzes harter Pornographie, 1998, S. 4; vgl. dazu auch BBl 1985 II 1091 und BGE 124 IV 106, Erw. 3a/3c, BGE 128 IV 25, Erw. 3a, BGE 128 IV 201, Erw. 1.4, BGE 128 IV 260, Erw. 2.1, BGE 131 IV 64, Erw. 10.1.

- Das Strafrecht soll weiter verhindern, dass jemand gegen seinen Willen Darstellungen sexuellen Inhalts wahrnehmen muss, wie dies etwa durch gewisse Bilder im Aushang von Kiosk und Kino der Fall sein kann. Geschützt wird damit die sexuelle Integrität und Selbstbestimmung. Eine Ausnahme wird hier zugunsten sogenannt geschlossener Filmvorführungen gemacht, deren Inhalt entsprechend angekündigt wurde. (Ziff. 2).
- Das Strafrecht soll schliesslich die harte Pornographie schlechthin verbieten. Solche Darstellungen bleiben also auch Erwachsenen vorenthalten (Ziff. 3 und Ziff. 3bis). Mit diesen Bestimmungen werden menschenunwürdige pornographische Darstellungen mit demselben absoluten Verbot belegt wie die menschenverachtenden Brutalos gemäss dem seit dem 01.01.1991 in Kraft stehenden Artikel 135 StGB. Dem Verbot harter Pornographie liegt die Idee zugrunde, dass sich die im Gesetz genannten Darstellungen und Vorführungen auf den Verbraucher korrumpierend auswirken können, mithin geeignet sind, beim Betrachter u.a. die Bereitschaft zu erhöhen, das Geschehen selbst nachzumachen. Auch vermögen solche Erzeugnisse die seelische Entwicklung und die soziale Orientierung von Kindern und Jugendlichen zu beeinträchtigen. Art. 197 Ziff. 3 und Ziff. 3bis StGB zielen langfristig v.a. auf die Eindämmung von Kindesmisshandlungen ab.[5] Die Perspektive der Realisierung des angestrebten Rechtsgüterschutzes in Ziff. 3 und 3bis ist unterschiedlich. Wo Art. 197 Ziff. 3 StGB eine Steuerung der harten Pornographie über die Angebotsseite bezweckt, setzt Art. 197 Ziff. 3bis StGB auf der Nachfrageseite an, indem durch die Abnahme der Nachfrage eine Angebotssenkung und damit am Ende eine Eindämmung von realem Kindesmissbrauch bewirkt werden soll.[6]

2.3. Angriffsobjekt - „Pornographiebegriff“

„I may not be able to define pornography;

but I know it when I see it“.[7]

„Pornographie“ ist ein aus dem Altgriechischen abgeleitetes Kunstwort, zusammengesetzt aus πόρνη (*porne* „Dirne“) und γραφειν (*graphein* „schreiben“). Einziger Beleg für den Gebrauch eines entsprechenden Begriffs in der antiken Überlieferung ist eine Stelle im *Gelehrtengastmahl* des Athenaios, wo vom πορνογράφος (*pornographos*) die Rede ist, worunter beispielsweise ein Autor einer Biografie einer berühmten Hetäre oder Maler entsprechender Sujets zu verstehen sind. Der Begriff *Pornografie* in seiner heutigen Bedeutung wurde 1830 von Karl Otfried Mül-

---

[5] BBl 2000 III 2973 ff.; vgl. zum Ganzen auch Bericht und Vorentwürfe betreffend Verbot des Besitzes harter Pornographie, 1998, S. 14 ff.
[6] KOLLER, 2007, S. 266.
[7] POTTER STEWART, Zitat bzw. Fragment daraus, das in dem Fall Jacobellis v. Ohio (1964) gefallen ist. Stewart schrieb dies in seiner kurzen Einverständniserklärung. Stewart war von 1958 bis zum Juli 1981 ein beigeordneter Richter des Obersten Gerichtshofs der Vereinigten Staaten von Amerika.
Vgl. www.de.wikipedia.org/wiki/Potter_Stewart.

ler geprägt, der eine Bezeichnung für diverse bei den Ausgrabungen in Pompeji entdeckte und als äußerst obszön empfundene Kunstwerke suchte. Das betreffende Werk Müllers erschien 1850 auf Englisch und von da fand der Begriff Eingang in den englischen Wortschatz. In Webster's Dictionary von 1864 steht: *Pornographie: Freizügiges Gemälde zur Ausschmückung der Wände in Räumen, die bacchanalischen Orgien gewidmet sind, wovon Beispiele in Pompeji existieren.* Vor Müller war der Begriff schon in sozialwissenschaftlichem Zusammenhang verwendet worden, wenn es um Projekte der öffentlichen Sittlichkeit und der Reglementierung der Prostitution ging. So erschien 1769 eine Abhandlung von Nicolas Edme Restif de la Bretonne mit dem Titel „Der Pornograph: Ideen eines Herrn für ein Projekt zur Regulierung von Prostituierten, geeignet zur Verhütung des Unglücks aufgrund des öffentlichen Austausches von Frauen". Dementsprechend definierte das Oxford English Dictionary noch 1905 „Pornographie" als „eine Beschreibung von Prostituierten oder der Prostitution als Angelegenheit der öffentlichen Hygiene".[8]

Der **Begriff der „Pornographie"** in Art. 197 StGB ersetzt die frühere Formulierung der „unzüchtigen Veröffentlichung". Unter altem Recht galt als unzüchtige Veröffentlichung, was in nicht leicht zu nehmender Weise gegen das Sittlichkeitsgefühl in geschlechtlichen Dingen verstiess (vgl. z.B. BGE 117 IV 278 und BGE 117 IV 460). Wie und wo das Sittlichkeits- und Schamgefühl des normal empfindenden Bürgers zu eruieren sei, blieb je länger je mehr in der Luft (vgl. z.B. BGE 117 IV 276, BGE 117 IV 283 und BGE 117 IV 460). Die Revision von 1991 griff die Kritik in der Lehre auf und versuchte, dem Begriff wieder klarere Konturen zu geben.[9]

Als Pornographie bezeichnet die Botschaft Darstellungen oder Darbietungen sexuellen Inhalts, die sexuelles Verhalten aus seinen menschlichen Bezügen heraustrennen und dadurch vergröbern und aufdringlich wirken lassen (Botschaft 1985, S. 1089). Gemäss Bundesgericht ist erforderlich, dass die Sexualität so stark aus ihren menschlichen und emotionalen Bezügen herausgetrennt wird, dass die jeweilige Person als blosses Sexualobjekt erscheint, über das nach Belieben verfügt werden kann (z.B. BGE 131 IV 64).[10]

Damit eine Darstellung als pornographisch gilt müssen also zwei Voraussetzungen erfüllt sein. Einmal muss das Produkt objektiv einseitig darauf angelegt sein, den Leser, Betrachter oder Zuhörer sexuell aufzureizen. Des Weiteren ist erforderlich, dass die Darstellung den Genitalbereich übermässig betont und – wo es um die Darstellung sexueller Handlungen mit anderen geht – diese aus ihren menschlichen und emotionalen Bezügen heraustrennt und aufdringlich in den Vordergrund rückt. Die Sexualität wird damit sozusagen auf sich selbst reduziert. Nicht pornographisch im Sinne der Bestimmung sind demnach in der Regel beispielsweise erotische Darstellungen (Pin-up-Bilder in Boulevardblättern, die über das Fernsehen ausgestrahlten [zensurierten] Erotikfilme etc.), welche den Genitalbereich aussparen, obgleich auch sie darauf abzielen, die Konsumenten sexuell aufzureizen. Gleiches gilt für explizite Darstellungen von Liebeszenen, wenn sie in eine nicht auf die Sexualität beschränkte Geschichte eingebettet sind, sofern die Geschichte nicht hauptsächlich der Überleitung von einer Sexszene zur anderen dient.[11]

---

[8] http://de.wikipedia.org/wiki/Pornographie.
[9] MENG/SCHWAIBOLD, 2007, N 12 zu Art. 197.
[10] MENG/SCHWAIBOLD, 2007, N 14 zu Art. 197.
[11] DONATSCH, 2008, § 60, S. 453.

Begrifflich unterscheidet Art. 197 StGB zwischen der **„weichen“** und der **„harten“ Pornographie**. Diese Differenzierung entspricht nicht der handelüblichen Unterscheidung in „Soft-Pornos“ und „Hardcore-Pornos“[12].

„Weiche Pornographie“ sind diejenigen Darstellungen, welche zwischen Kunst und Erotik auf der einen Seite und der „harten Pornographie“ auf der anderen Seite liegen. „Weiche Pornographie“ liegt vor, wenn bezugslos Sex oder Geschlechtsteile gezeigt werden und eine aufgeilende Wirkung beabsichtigt ist. Tatbeständlich ist aber nur die krud vulgäre, krass primitive Darstellung von auf sich selbst reduzierter Sexualität, die den Menschen zum blossen Sexualobjekt erniedrigt. „Weiche Pornographie“ ist grundsätzlich erlaubt, doch darf sie nicht öffentlich oder unaufgefordert gezeigt werden. Und vor allem müssen Minderjährige unter 16 Jahren von ihr ferngehalten werden. Unter der Schwelle für „weiche Pornographie“ liegen erotische Darstellungen, zum Beispiel Nacktbilder, auf denen keine Geschlechtsteile zu sehen sind und die Dargestellten auch nicht irgendwelche aufreizenden Posen einnehmen. Es besteht hier eine gewisse Grauzone. Pornographie liegt auch nicht vor, wenn die Darstellung einen schutzwürdigen künstlerischen oder wissenschaftlichen Wert hat.[13]

Unter „harter Pornographie“ versteht man Darstellungen sexueller Handlungen mit oder zwischen Kindern oder mit Tieren, mit Gewalttätigkeiten oder mit „menschlichen Ausscheidungen“. Harte Pornographie ist grundsätzlich verboten. Das Gesetz trifft allerdings noch eine Unterscheidung: Geht es um sexuelle Handlungen mit Kindern oder mit Tieren oder um Gewalttätigkeiten, sind auch Erwerb und Besitz strafbar. Betrifft es „menschliche Ausscheidungen“, sind Erwerb und Besitz erlaubt.[14]

a) Kinder

Der Begriff „Kind“ entspricht nicht demjenigen in Art. 187 StGB; es geht darum, Darstellungen zu bekämpfen, welche sexuelle Vorgänge mit offensichtlich nicht geschlechtsreifen Menschen zum Gegenstand haben. Verboten sind jegliche Darstellungen von Sexualität unter Einbezug von Kindern. Tatbestandsmässig sind auch Handlungen von Kindern an sich selbst oder auschliesslich unter Kindern. Ein Werk ist schon dann als kinderpornographisch zu betrachten, wenn daraus ersichtlich ist, dass seine Herstellung in der Schweiz nach Art. 187 StGB strafbar wäre.[15] Nacktaufnahmen von Kindern gelten auch ohne besondere Betonung des Genitalbereichs als pornographisch, wenn der Ersteller das Kind mit entblösstem Genitalbereich in einer nach den Umständen objektiv aufreizenden Stellung – z.B. mit dem gezielten Einsatz von Stilmitteln, die im Bereich der Sexualität von Erwachsenen als aufreizend oder zumindest reizbetonend gelten – posieren lässt; nicht pornographisch sind demgegenüber Nacktbilder, denen in keiner Weise entnommen werden kann, dass bei der Herstellung auf die Kinder eingewirkt wurde (BGE 133 IV 31 f.), z.B. Schnappschüsse am Strand oder in einer Badeanstalt (BGE 131 IV

---

[12] Unter „Soft-Pornos“ versteht man i.d.R. Erotikfilme mit einer relativ anspruchsvollen Handlung. Der erigierte Penis und die geöffnete Vagina werden (bis auf ganz wenige Ausnahmen) fast nie direkt gezeigt. Unter „Hardcore-Porno“ wird eine explizite Darstellung sexueller Aktivitäten verstanden, wobei die Geschlechtsorgane während des Geschlechtsverkehrs in aller Offenheit dargestellt werden. Vgl. dazu http://de.wikipedia.org/wiki/Pornographie.

[13] MENG/SCHWAIBOLD, 2007, N 18 zu Art. 197; JENNY/SCHUBARTH/ALBRECHT, 1997, S. 116; vgl. auch www.pinkcross.ch, FAQ „Pornographie im Internet“, Pink Cross, im Februar 2005.

[14] MENG/SCHWAIBOLD, 2007, N 19 f. zu Art. 197; vgl. auch www.pinkcross.ch, FAQ „Pornographie im Internet“, Pink Cross, im Februar 2005.

[15] TRECHSEL/BERTOSSA, 2008, N 11 zu Art. 197; MENG/SCHWAIBOLD, 2007, N 22 zu Art. 197.

64).[16] Der Botschaft entsprechend fällt auch bloss virtuelle Kinderpornographie unter die Strafnorm, also z.B. Comics oder computergenerierte Bilder.[17]

b) Gewalt

Darstellungen sexueller Praktiken, welche körperliche Gewalttätigkeiten (namentlich, aber nicht nur sadistische oder masochistische Praktiken) miteinschliessen, sind verbotene harte Pornographie (BGE 117 IV 465). Als Gewalt kommen vor allem körperliche Misshandlungen (unter Ausschluss geringfügiger Tätlichkeiten) in Betracht, unter Umständen aber auch die pornographische Darstellung einer Vergewaltigung oder sexuellen Nötigung ohne „eigentliche Gewalt" (BGE 117 IV 284). Der Begriff der Gewalt ist eng auszulegen, leichte und einvernehmliche spielerische Gewalt rechtfertigt die Qualifikation ebenso wenig wie einvernehmliche Fesselspiele. Hingegen ist jede erniedrigende Form von Gewalt tatbestandsmässig, auch wenn sie nicht schmerzintensiv ist. Die Doktrin legt den Begriff mehrheitlich als physische Gewalt aus. Dass Gewalttaten mit sexuellen Handlungen ohne pornographischen Charakter einhergehen, genügt jedoch nicht; hier kann nur Art. 135 StGB greifen.[18]

c) Tiere

Sexuelle Handlungen mit Tieren sind pornographisch, wenn das Tier explizit und direkt sichtbar in eine sexuelle Handlung mit einem Menschen (unter Einbezug dessen Geschlechtsteile) einbezogen wird. Nicht strafbar ist die Darstellung sexueller Handlungen unter Tieren oder die blosse Anwesenheit eines Tieres ohne dessen Einbezug. Strafbarkeit setzt den Einbezug realer Tiere voraus, Darstellungen in Fantasy-Filmen rechtfertigen keine Qualifikation.[19]

d) menschliche Ausscheidungen

Handlungen mit menschlichen Ausscheidungen müssen direkt in einem erkennbaren sexuellen Zusammenhang stehen. Als menschliche Ausscheidungen gelten nur Kot und Urin, wobei das blosse Darstellen des Ausscheidungsvorgangs keine sexuelle Handlung darstellt. Nicht als Ausscheidung i.S. der Bestimmung gilt Sperma, Schweiss, Blut, Tränen oder Muttermilch.[20]

2.4. Tatobjekt

Als Tatobjekt nennt das Gesetz Schriften, Ton- oder Bildaufnahmen, Abbildungen, andere Gegenstände solcher Art oder pornographische Vorführungen. Mögliche Medien sind also einerseits *„Gegenstände"*, die Verkörperung oder Aufzeichnung einer pornographischen Darstellung, für die die „Schriften", „Ton- oder Bildaufnahmen" und „Abbildungen" nur als Beispiele dienen. Es sind andererseits *„Vorführungen"* pornographischen Inhalts, die Vermittlung der Darstellung auf dem Wege akustischer, visueller, mimischer usw. Kommunikation. Interne Abgrenzungen erübrigen sich, denn die Gesetzesfassung ist auf Vollständigkeit denkbarer Übermittlungswege angelegt.[21] Es steht damit ausser Zweifel, dass die Umschreibung des Tatobjekts in

---

[16] WEDER, 2010, N 14 zu Art. 197.
[17] BUNDI, 2008, S. 83; BBl 2000 III 2983.
[18] MENG/SCHWAIBOLD, 2007, N 25 zu Art. 197; JENNY/SCHUBARTH/ALBRECHT, 1997, S. 117.
[19] MENG/SCHWAIBOLD, 2007, N 23 zu Art. 197.
[20] MENG/SCHWAIBOLD, 2007, N 24 zu Art. 197.
[21] STRATENWERTH/JENNY, 2003, § 10 N. 8.

Art. 197 Ziff. 1 ausreichend breit gefasst ist, um auch beliebige Formen der elektronischen Speicherung abzudecken.[22]

3. Gründe für die Einführung des Verbots des Besitzes harter Pornographie

Die Botschaft hält zur Einführung des Verbots des Besitzes harter Pornographie fest, die neuen elektronischen Kommunikationsmittel, insbesondere das Internet, hätten sich in den letzten Jahren zu wichtigen Verbreitungskanälen auch von harter Pornographie entwickelt. Die Verfolgung von auf diese Weise verbreiteter Pornographie erweise sich nicht nur wegen der Internationalität dieser Delikte, sondern auch aus technischen Gründen als sehr schwierig. Die Bestrafung des Besitzes von Kinderpornographie stelle den sinnvollsten Anknüpfungspunkt im Kampf gegen die Kinderpornographie dar, weil so die Nachfrage nach solchen Machwerken eingedämmt werden könne. Die Zunahme des Konsums von Kinderpornographie in der Schweiz wecke die Nachfrage für die Herstellung solcher Produkte und schaffe den finanziellen Anreiz zur Begehung schwerer Straftaten. Da die Konsumenten insoweit eine Mitverantwortung tragen würden, rechtfertige es sich, auch den Besitz von Kinderpornographie unter Strafe zu stellen.[23]

Gemäss amtlichem Bulletin soll der Besitz selber unter Strafe gestellt werden, um alle strafwürdigen Fälle einer Beteiligung am Markt für Kinderpornographie zu erfassen und eine wirkungsvolle Strafverfolgung zu ermöglichen. Damit solle den Einwänden der Strafverfolgungsbehörden Rechnung getragen werden, die sich beim Vollzug der geltenden Bestimmungen immer wieder die Zähne ausbeissen würden, weil sie in den meisten Fällen bloss den Besitz des Materials, nicht aber den Erwerb oder den Handel nachweisen könnten, sodass viele Täter wegen der Lücke „Besitz“ unbestraft davonkommen würden.[24]

Art. 197 Ziff. 3bis StGB auferlegt dem Endkonsumenten also eine strafrechtliche Mitverantwortung im Umgang mit harter Pornographie.

---

[22] Bericht und Vorentwürfe betreffend Verbot des Besitzes harter Pornographie, 1998, S. 18.
[23] BBl 2000 III 2973 ff.
[24] AmtlBull, NR 2001, N 529, Votum von Aeppli Wartmann Regine.

4. Definition „Besitz“ i.S. von Art. 197 Ziff. 3bis

4.1. Ausgangslage

Gemäss den Ausführungen in der Botschaft orientiert sich der Besitzesbegriff nach Art. 197 Ziff. 3bis an bestehenden Strafnormen, welche diese Tatvariante vorsehen, so z.B. an Art. 19 BetmG und insbesondere am strafrechtlichen Gewahrsamsbegriff beim Diebstahl nach Art. 139 StGB.[25]

4.2. Begriff des Besitzes im BetmG

Besitz im Sinne von Art. 19 Ziff. 1 Abs. 5 BetmG meint nicht den Zustand als solchen, sondern ein dafür kausales Verhalten, nämlich die Herbeiführung und Aufrechterhaltung des illegalen Zustands. Der Tatbestand ist demnach erfüllt, wenn der Täter anders als auf dem im Gesetz vorgeschriebenen Weg Betäubungsmittel erlangt hat. Besitz im Sinne des BetmG setzt entsprechend dem Gewahrsamsbegriff beim Diebstahl Herrschaftsmöglichkeit und Herrschaftswillen voraus. Beim unbefugten Besitz kommt es jedoch nicht auf eine irgendwie geartete Sachherrschaft an, sondern auf die (faktische) Möglichkeit des Täters, die betreffenden Betäubungsmittel in den Verkehr zu bringen.[26]

4.3. Begriff des Gewahrsams beim Diebstahl

Der strafrechtliche Gewahrsam ist namentlich bei Art. 139 StGB massgebend, zur Eruierung, ab welchem Zeitpunkt und unter welchen Umständen ein strafbarer Diebstahl begangen wurde.

Die Rechtsfigur des strafrechtlichen Gewahrsams unterteilt sich in zwei Komponenten, welche unabhängig voneinander, aber kumulativ erfüllt sein müssen: Einerseits die tatsächliche Herrschaftsmacht (objektive Komponente) und andererseits der Herrschaftswille (subjektive Komponente). Beim Gewahrsam handelt es sich um kein rechtliches, sondern um ein rein faktisches Verhältnis einer Person zu einer Sache. Es kommt nicht auf irgendwie gelagerte Rechtsstrukturen an. Entscheidend ist die tatsächliche Gewalt einer Person über eine Sache. M.a.W. ist das Raumverhältnis einer Person zu einer Sache massgebend. Gewahrsam ist die tatsächliche, unmittelbare und ungehinderte Einwirkungs-, Verfügungs- und Herrschaftsmöglichkeit einer Person über eine Sache.[27]

---

[25] BBl 2000 III 2978 f. und Bericht und Vorentwürfe betreffend Verbot des Besitzes harter Pornographie, 1998, S. 17.

[26] FINGERHUTH/TSCHURR, 2007, N 84 zu Art. 19; vgl. auch BGE 119 IV 266, S. 269; kritisch zur Gleichstellung des Besitzes mit dem Gewahrsam gemäss Art. 139 StGB, ALBRECHT, 2007, N 80 f. zu Art. 19.

[27] KOLLER, 2007, S. 275 f.; vgl. zum Ganzen auch NIGGLI/RIEDO, 2007, N 12 ff. zu Art. 139.

4.4. Abgrenzung zwischen dem Besitzesbegriff im BetmG und dem Gewahrsamsbegriff beim Diebstahl

Der Besitzesbegriff nach Art. 19 Ziff. 1 Abs. 5 BetmG und der Gewahrsamsbegriff nach Art. 139 StGB haben ganz unterschiedliche Funktionen. Der Besitz im BetmG bildet den Ausgangspunkt einer Bestrafung, währenddem der Gewahrsam primär die Situation des Diebstahlopfers umschreibt.[28] Der Besitzesbegriff des BetmG und die strafrechtliche Rechtsfigur des Gewahrsams sind zwar äusserst ähnlich, aber nicht identisch. In beiden Fällen ist die räumliche Nähe der Person zur Sache vorausgesetzt, ohne dass es auf rechtliche Strukturen ankommt. Der Unterschied liegt darin, dass es beim strafrechtlichen Gewahrsam auf die tatsächliche Gewalt einer Person über eine Sache ankommt. Hingegen liegt die Bedeutung des Besitzes im BetmG nicht in einer irgendwie gearteten Sachherrschaft, sondern in der (faktischen) Möglichkeit des Täters, die betreffenden Betäubungsmittel in Verkehr zu bringen.[29]

4.5. Annäherung an den Besitzesbegriff in Art. 197 Ziff. 3bis StGB

Wie zuvor bereits festgehalten, wollte der Gesetzgeber, dass sich der strafrechtliche Besitzesbegriff an Art. 19 BetmG und insbesondere am Gewahrsamsbegriff nach Art. 139 StGB orientiert.

Zu bedenken ist nun aber, dass das Verbot des Besitzes von Betäubungsmitteln grundsätzlich anders gelagert ist, als der Rechtsgüterschutz von Art. 197 Ziff. 3bis StGB. Art. 19 Ziff. 1 Abs. 5 BetmG greift das strafbare Inverkehrbringen von Drogen auf, wodurch die Gesundheit mehrerer Menschen gefährdet werden kann. Demgegenüber bezweckt Art. 197 Ziff. 3bis StGB langfristig die Unterbindung von realem Kindesmissbrauch. Somit unterliegen strafrechtlicher und nebenstrafrechtlicher Besitz unterschiedlichen gesetzgeberischen Vorstellungen. Die Tathandlung „besitzen“ nach Art. 19 Ziff. 1 Abs. 5 BetmG ist als Auffangtatbestand mit subsidiärer Anwendung konzipiert, nach Art. 197 Ziff. 3bis StGB aber von zentraler Bedeutung. Der Konsum von harter Pornographie ist straflos, derjenige von Betäubungsmitteln jedoch nach Art. 19a BetmG strafbar.[30]

Im Unterschied zum strafrechtlichen Gewahrsam ist die Strafverfolgungsbehörde beim strafrechtlichen und nebenstrafrechtlichen Besitz nur daran interessiert, ob illegaler Besitz begründet wurde und nicht auch, ob Gewahrsam aufgegeben und neu begründet wurde.[31]

Weiter gilt es zu beachten, dass der Begriff des Besitzes im Nebenstrafrecht und der Gewahrsamsbegriff beim Diebstahl anhand der Herrschaft über körperliche Gegenstände entwickelt worden sind. Sie genügen damit nicht vollständig der Besonderheit, dass nach Art. 197 Ziff. 3bis StGB auch unkörperliche Darstellungen in Dateien Bezugsgegenstand des Besitzes sein kön-

---

[28] ALBRECHT, 2007, N 80 zu Art. 19.
[29] KOLLER, 2007, S. 284; vgl. dazu auch ALBRECHT, 2007, Rn 80 f. zu Art. 19.
[30] KOLLER, 2007, S. 287.
[31] KOLLER, 2007, S. 287 f.

nen.[32] Körperliche Gegenstände werden im Regelfall als Original weitergereicht, was einen Besitzerwechsel am Objekt bewirkt. Im Falle der Internetkommunikation ist eine körperliche Weitergabe nicht gegeben. Beim Abruf von Daten im Internet werden die bereit gestellten Daten nicht der Substanz nach übertragen, sondern es wird vielmehr durch die Datenübertragung an den Nutzer eine zur Darstellung erforderliche Kopie der bereit gestellten Inhalte auf den lokalen Speichermedien des Nutzers erstellt (Arbeitsspeicher oder permanente Datenträger).[33] Bei der Verbreitung von unkörperlichen Informationen findet also eine Vervielfältigung statt. Weil das Original beim Versender bleibt, die identische Kopie beim Empfänger eingeht, entsteht mehrfacher Besitz ohne Besitzerwechsel, was eine Besitzverdoppelung darstellt. Häufig bedarf die Verbreitung von körperlichen Sachen einer gewissen Zeit, und pro Sache ist vielfach eine Handlung auszulösen. Im Gegensatz dazu erreicht die (oftmals durch vollautomatisierten Prozess) in Verkehr gebrachte, nur einmal ausgelöste, unkörperliche Information im Regelfall innert Sekundenbruchteilen eine breite Masse an Empfängern. Der Umgang mit unkörperlichen Informationen setzt im Unterschied zu Gegenständen zwingend ein Wiedergabegerät und ein Mindestmass an technischem Verständnis voraus. Ferner können Informationen grundsätzlich mit hoher Anonymität abgerufen werden, was auch die Hemmschwelle bei der Nachfrage von harter Pornographie senkt. Die Anonymisierung der virtuellen Welt birgt zudem die soziologische Gefahr der Vereinsamung und des Verlustes des Realitätsbewusstseins als Nebenerscheinung in sich. Verbreitete harte pornographische unkörperliche Informationen haben also ein ungleich grösseres Gefahrenpotential als derlei körperliche Sachen.[34]

Der strafrechtliche Besitz i.S.v. Art. 197 Ziff. 3bis StGB kann demnach weder dem strafrechtlichen Gewahrsam noch dem Besitz im Nebenstrafrecht eindeutig zugeordnet werden.[35]

Da keine eindeutige Zuordnung möglich ist, wird in einem nächsten Schritt der zivilrechtliche Besitzesbegriff angesehen. Allenfalls können daraus noch weitere Erkenntnisse für den strafrechtlichen Besitzesbegriff nach Art. 197 Ziff. 3bis StGB gewonnen werden. Weiter wird in Kapitel 4.7. eine Definition des Besitzesbegriffs von Art. 197 Ziff. 3bis StGB vorgenommen.

4.6. Blick ins Zivilrecht

Die Botschaft erwähnt im Zusammenhang mit der Einführung von Ziff. 3bis des Art. 197 StGB am Rande den Besitz im zivilrechtlichen Sinne.[36]

Das schweizerische Zivilrecht kennt keinen einheitlichen Begriff des Besitzes. Sein Inhalt ergibt sich aus der Funktion, die er zu erfüllen hat. Der Grundfall des Besitzes ist in Art. 919 Abs. 1 ZGB geregelt. Danach ist Besitzer, „wer die tatsächliche Gewalt über eine Sache hat“. Erforderlich ist einerseits die *tatsächliche Gewalt* über die Sache (Sachherrschaft), d.h. eine feste und auf eine bestimmte Dauer ausgerichtete Beziehung zur Sache. Sachherrschaft setzt ferner eine gewisse räumliche Beziehung einer Person zu einer Sache voraus. Diese Beziehung reicht dann

---

[32] Vgl. dazu Bericht und Vorentwürfe betreffend Verbot des Besitzes harter Pornographie, 1998, S. 18 f.
[33] GERCKE, 2002, S. 286.
[34] KOLLER, 2007, S. 291 f.
[35] KOLLER, 2007, S. 288.
[36] BBl 2000 III 2979, Fn. 129.

zur Herrschaft aus, wenn sich die Sache nach der Verkehrsanschauung in der Einflusssphäre der betreffenden Person befindet. Hinzutreten muss andererseits regelmässig auch ein subjektives Element: der *Wille zur Sachherrschaft*, denn die Ausübung der Sachherrschaft ist vernünftigerweise nur mit einem willentlichen Element möglich.[37]

Der zivilrechtliche Besitzesbegriff kann in doppelter Weise verstanden werden: als Tatbestand oder als Rechtsfolge. Zivilrechtlicher Besitz gewährt dem Besitzer – kraft der Art. 919 ff. ZGB – bestimmte Rechte oder Rechtsbehelfe. Wer eine Sache besitzt, ist darüber hinaus jedoch regelmässig noch etwas anderes als „nur" Besitzer: Eigentümer, Mieter/Pächter, Entlehner, Nutzniesser, Dieb, Finder, Erbe, Beauftragter, Geschäftsführer ohne Auftrag, Werkunternehmer, Aufbewahrer usw. Hinter dem zivilrechtlichen Besitz steht mit anderen Worten stets auch eine andere Rechtsbeziehung zur betreffenden Sache, regelmässig ein dingliches oder obligatorisches Recht.[38]

Aber auch beim zivilrechtlichen Besitzesbegriff geht es um das Zusammenspiel der tatsächlichen Gewalt einer Person über eine Sache. Der unmittelbare zivilrechtliche Besitzer übt direkt die Sachherrschaft aus. Zudem muss eine gewisse Festigkeit und Dauerhaftigkeit der Beziehung vorliegen.

4.7. Schlussfolgerung

Der strafrechtliche Besitzesbegriff knüpft im Kern an die oben dargelegten Besitzes- und Gewahrsamsbegriffe an. Da aber auch unkörperliche Gegenstände von Art. 197 Ziff. 3bis StGB erfasst werden, sind einzelne Definitionsmerkmale an die Besonderheit unkörperlicher Gegenstände und ihres Verwendungszwecks anzupassen (vgl. dazu insbesondere Kapitel 6 hiernach).

Beim strafrechtlichen Besitzesbegriff ist - analog der oben dargestellten Besitzes- und Gewahrsamsbegriffe - auch **Herrschaftsmacht verbunden mit Herrschaftswillen** zu fordern.

a) Herrschaftsmacht als objektives Element:

Der strafrechtliche Besitz steht für die Gewalt einer Person über eine Sache, wobei die tatsächliche Gewaltherrschaft eine gewisse Dauerhaftigkeit und Festigkeit der Beziehung voraussetzt. Wer besitzt, hat die Zugriffs- bzw. Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache, der steht in räumlicher Nähe zu ihr. Der strafrechtliche Besitzer muss unmittelbaren Zugang zur Sache haben. Das Raumverhältnis zwischen Täter und harter Pornographie ist daher so zentral, weil das geschützte Rechtsgut dieser Strafnorm darauf aus ist, durch Vorlagen inspirierte Nachahmungstaten einzudämmen. Nur durch die tatsächliche Wahrnehmungsmöglichkeit des harten pornographischen Gehalts sind solche Anregungen denkbar, nicht auch bei bloss rechtlichen Strukturen.[39]

---

[37] Zum Grundfall von Art. 919 Abs. 1 ZGB kommen Ausnahmefälle hinzu, so Art. 919 Abs. 2 ZGB, Art. 560 Abs. 2 ZGB und Art. 720 Abs. 3 ZGB; SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, 2009, § 3 Rn 96 ff.; vgl. zum Ganzen auch REY, 1991, N 224; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, 2002, S. 598 ff. und BBl 2000 III 2978.
[38] SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, 2009, § 2 Rn 89 ff.
[39] KOLLER, 2007, S. 286 f.

b) Herrschaftswille als subjektives Element:

Der strafrechtliche Besitzer muss einen die Sachherrschaft tragenden Herrschaftswillen haben, d.h. er weiss, dass sich die Sachen in seiner Verfügungsgewalt befinden und er will diese Verfügungsgewalt für sich (oder einen Dritten) auch ausüben bzw. aufrechterhalten.

Der Herrschaftswille ist ein wichtiges Korrektiv zur straflosen Entledigung von unerwünschter harter Pornographie. Es sei dazu folgendes Beispiel aus der Dissertation von Koller erwähnt: *„die Sicherheitsexperten von Norman haben ein neues „trojanisches Pferd“ mit dem Namen „W32/Agent.ULL“ entdeckt, dass einen kinderpornographischen Film auf dem Rechner des Users installiert und bemerkbar macht. Das Video dient als Lockmittel, um den Anwender zu manuellen Startauslösungen zu provozieren, woraufhin tückische Software auf den Rechner heruntergeladen wird. Es stellt sich die Frage, ob durch die automatische Installation dieses trojanischen Pferdes verschiedenenorts strafbarer Besitz von Kinderpornographie nach Art. 197 Ziff. 3bis StGB begründet wurde*.“[40]

Beim gewollten Konsum von harter Pornographie kann der entsprechende Herrschaftswille nicht abgesprochen werden. Es ist davon auszugehen, dass bei bezahlter harter Pornographie eine vorgängige Information über den Inhalt stattgefunden hat. Ein Leugnen des Wissens wäre widersprüchlich und liefe als Schutzbehauptung ins Leere. Gleiches gilt bei mehrmaliger Besitzerlangung von einschlägigen Inhalten, wie es z.B. beim wiederholten Downloaden der Fall ist, sowie beim mehrmaligen Abruf der sogenannt unerwünschten harten Pornographie im eigenen Machtbereich.[41]

Wie sieht es aber in den Fällen von unerwünschter Besitzeserlangung von harter Pornographie aus? Auch in diesen Fällen ist die Herrschaftsmacht klar gegeben, doch was ist mit dem Herrschaftswillen? Dieses subjektive Element dient als Korrektiv von unerwünschtem Besitztum. Durch entsprechende Entledigung der in den Machtbereich zugegangenen unerwünschten Pornographie verhält sich der Besitzer straflos, denn er hat nie den notwendigen Herrschaftswillen begründet. Sicheres Verschliessen der harten Pornographie zur Verhinderung des eigenen Zugriffs oder von Drittpersonen ist eine ungenügende Massnahme. Will man sich der Strafbarkeit entziehen, müssen körperliche Sachen aufgegeben, vernichtet, entsorgt usw. werden. Unkörperliche Informationen müssen unwiderruflich gelöscht werden, z.B. durch Formatierung des Datenträgers oder manuelle Löschung der Inhalte. Das blosse Verschieben einer Datei in den Ordner „Papierkorb“ genügt nicht, kann sie doch problemlos durch die Auslösung des Befehls „Wiederherstellen“ in den Ursprungsordner zurückgesetzt werden. Insbesondere bei unkörperlichen Informationen kann die Löschung Schwierigkeiten bereiten, weil man z.B. permanent mit harter Pornographie zugedeckt wird oder einem die Entledigung technisch nicht gelingt.[42]

Da es sich beim Besitz um ein Dauerdelikt handelt, hat die Entledigung der unerwünschten Pornographie aus dem Machtbereich bei deren Kenntniserlangung sofort zu erfolgen, ansonsten Strafbarkeit durch Aufrechterhalten des unzulässigen Zustandes begründet wird. Das Ausbleiben des Untergangs von harter Pornographie führt zur Begründung des Herrschaftswillens, womit strafbarer Besitz aus unechter Unterlassung vorliegt.[43] Im zuvor erwähnten Beispiel verhält

---

[40] KOLLER, 2007, S. 289.
[41] KOLLER, 2007, S. 291.
[42] KOLLER, 2007, S. 290.
[43] KOLLER, 2007, S. 290.

sich der Besitzer der unerwünschten harten Pornographie demnach straflos, sofern er bei Kenntniserlangung eine unmittelbare Löschung veranlasst.[44]

Unter strafrechtlichem Besitz ist also kein Zustand zu verstehen, sondern ein kausales Verhalten, nämlich die Herbeiführung und/oder Aufrechterhaltung eines tatsächlichen Herrschaftsverhältnisses, das von einem Herrschaftswillen getragen wird.

Besitzer im Sinne von Art. 197 Ziff. 3bis StGB ist also, wer

- ***objektiver Tatbestand:***

  die tatsächliche Herrschaftsmacht über den (körperlichen oder unkörperlichen) Gegenstand hat, d.h. wer unmittelbar auf den Gegenstand zugreifen bzw. einwirken kann; wobei eine gewisse Dauerhaftigkeit und Festigkeit der Beziehung vorliegen muss (vgl. dazu nachfolgend Kapitel 6)

  und

- ***subjektiver Tatbestand:***

  den Herrschaftswillen hat, d.h. wer weiss, dass er den Gegenstand in seinem Machtbereich hat und diesen auch haben will bzw. wer die Möglichkeit haben will, jederzeit darauf zurückzugreifen.

[44] KOLLER, 2007, S. 290 f.

5. Abgrenzung zum Konsum bzw. Herstellen & Beispiele für Konsum/Besitz/Herstellen

5.1. Abgrenzung zum Konsum bzw. Herstellen

Konsum	**Besitz**	**Herstellen**
Konsum ist der Verbrauch und/oder die Nutzung materieller und immaterieller Güter durch Letztverwender. Konsum ist also jener Verbrauch und/oder jene Nutzung von Gütern und Dienstleistungen, der/die zum Zweck der Befriedigung von Bedarf und Bedürfnissen stattfindet.[45] Der Konsum von harter Pornographie ist nicht unter Strafe gestellt, da der Konsum allein kein Herrschaftsverhältnis über das Tatobjekt herbeiführt oder aufrechterhält. Es fehlt an der erforderlichen Dauerhaftigkeit und Festigkeit der Herrschaftsmacht.	Besitz ist die Herbeiführung und/oder Aufrechterhaltung eines tatsächlichen Herrschaftsverhältnisses, das von einem Herrschaftswillen getragen wird.	Herstellen umfasst das gesamte von Menschen bewirkte Geschehen, welches harte Pornographie hervorbringt, namentlich das Verfassen, Anfertigen, Verlegen, Drucken, Aufnehmen, Aufzeichnen oder Anfertigen, d.h. also auch das Anfertigen weiterer Stücke nach einem bereits hergestellten.[46]

5.2. Beispiele

5.2.1. Konsum

- Besuch einer Filmvorführung mit verbotenen pornographischen Darstellungen.
- Durchblättern einer Zeitschrift oder eines Buches mit verbotenen pornographischen Darstellungen.
- Anhören/Ansehen von ausgestrahlten Radio- oder Fernsehsendungen mit verbotenen pornographischen Darstellungen über den Rundfunk ohne Aufnahme.[47]
- Ansehen von verbotenen pornographischen Darstellungen mit dem Browser, wenn die Darstellungen nur in den Arbeitsspeicher des Computers geladen werden (vgl. dazu aber Kapitel 6.5.3. hiernach).

---

[45] http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Definition/konsum.html.
[46] WEDER, 2010, N 18 zu Art. 197.
[47] KOLLER, 2007, S. 305.

- Abfrage von verbotenen pornographischen Informationen über Streamingverfahren, sofern nur eine partielle lokale Zwischenspeicherung gewisser Teil der übertragenen Daten im lokalen Arbeitsspeicher erfolgt, d.h. der Konsument keine spezielle Software zur Inhaltsspeicherung auf einen Datenträger einsetzt (vgl. dazu Kapitel 5.2.2, Punkt 7).[48]
- Nimmt der Browser eine Zwischenspeicherung von Dateien pornographischen Inhalts in den temporären Speicher vor (sog. Cache), so stellt das Vorhandensein solcher temporärer Dateien gemäss Lehre und Rechtsprechung in der Regel noch keine als Besitz zu qualifizierende Sachherrschaft dar. In der vorliegenden Arbeit wird eine andere Meinung vertreten (vgl. dazu Kapitel 5.2.2. Punkt 8 und insbesondere die Ausführungen in Kapitel 6).

5.2.2. Besitz

- Besitz von verbotenen pornographischen Zeitschriften, Videos, DVD's, Bücher, Cartoons, Comics, Gemälden und Fotographien.
- Aufgezeichnete Radio- oder Fernsehsendungen mit verbotenen pornographischen Darstellungen.
- Der Zugang von SMS + MMS führt zu Besitztum an den übermittelten verbotenen pornographischen Informationen.[49]
- Der Täter erhält über ein Passwort dauernd und unbeschränkten Zugang zu einer Webseite mit harter Pornographie und kann über die Daten frei verfügen.[50]
- Der Täter erhält auf seine Initiative hin eine E-Mail mit strafbarem Datenanhang und belässt die Datei im Eingangsspeicher.[51]
- Durch bewusstes Zueigenmachen von fremden harten pornographischen Informationen wird auch illegaler Besitz begründet, was z.B. beim Host-Provider gegenüber gespeicherten Informationen auf dem Web-Server durch Content-Provider, bei Beiträgen in einer Diskussionsgruppe, einem Web- oder Chatforum, Blog etc. geschehen kann, wobei in diesen Fällen der Herrschaftswille wohl meistens fehlt.[52]
- Die Speicherung von Angeboten mit verbotenen pornographischen Darstellungen über das Streamingverfahren durch spezielle Software führt zu Besitztum an den übermittelten Informationen.[53]
- Surfen im Internet, wenn eine automatische Inhaltsspeicherung der verbotenen Darstellungen im Cache stattfindet, wobei aber in vielen Fällen der Herrschaftswille fehlt (vgl. dazu Kapitel 6).

---

[48] KOLLER, 2007, S. 305.
[49] KOLLER, 2007, S. 293.
[50] Vgl. Fn. 51.
[51] BGE 131 IV 16, bestätigt in BGE 6S. 254/2006; vgl. zum Ganzen auch WIPRÄCHTIGER, 2007, S. 313; TRECHSEL/BERTOSSA, 2008, N 16 zu Art. 197; kritisch dazu NIGGLI, 2004, Rz. 11 f., BUNDI, 2008, S. 104 und KOLLER, 2007, S. 308, Fn. 1531.
[52] KOLLER, 2007, S. 293.
[53] KOLLER, 2007, S. 293.

5.2.3. Herstellen

- Hersteller von Kinderpornographie oder anderer harter Pornographie ist, wer selber sexuelle Szenen filmt oder fotografiert.
- Hersteller ist darüber hinaus auch, wer solche Bilder auf irgendeine Art reproduziert. Dabei ist es belanglos, ob die Kopien genau dem Original entsprechen oder durch ausschnittsweise Vergrösserung neue, andersartige Bilder entstehen. Hersteller ist also, z.B. wer ab bestehenden Fotos von Mädchen unter 16 Jahren, auf denen die primären Geschlechtseile sichtbar sind, mit einer Fotokamera Vergrösserungen der primären Geschlechtsteile im Ausmass von 100% bis 400 % herstellt, welche er in der Folge in einem Fotolabor entwickeln lässt.[54]
- Eine Herstellungshandlung ist auch die auf gewisse Dauer ausgerichtete, gezielt vorgenommene elektronische Speicherung eines Werkes auf die Festplatte eines Personalcomputers, eine Diskette, eine CD-Rom, DVD oder auf andere Datenträger. Dies gilt ebenso für das so genannte "Downloading", d.h. das Abspeichern von Daten durch Herunterladen vom Internet oder von einem Datenträger auf einen anderen Datenspeicher. Das Bundesgericht führte zum „Downloading“ wiederholt aus, bei Computerprogrammen erfolge die technische Reproduktion unter Zuhilfenahme zumindest einer Datenverarbeitungsanlage mittels Kopiervorgang von einem Datenträger auf ein anderes Speichermedium. Ob dies beispielsweise von einer bestehenden CD-Rom auf eine andere erfolge oder über Datenleitungen von einem Internet-Server auf einen Datenträger, könne keinen Unterschied machen. Entscheidend sei beim Kopieren nämlich nicht die Art des Vorgangs, sondern der Umstand der Reproduktion und das Kopierergebnis in der Form des mit einem Datensatz beschriebenen Datenträgers. Es sei auch nicht einzusehen, weshalb es darauf ankommen sollte, dass der Datensatz, von dem eine Kopie hergestellt werde, körperlich existiere, etwa in Form von Bildabzügen. Es mache für das Tatunrecht und den Taterfolg keinen Unterschied, ob etwa aus einem Buch mit kinderpornographischen Bildern Kopien hergestellt würden oder dies durch Herunterladen solcher Bilder aus dem Internet auf einen Datenträger erfolge. Auch die Daten auf einer Webseite im Internet seien nicht bloss "virtuell", wie die Vorinstanz meine, sondern seien zumindest auf einem Internet-Server gespeichert. Das Herunterladen aus dem Internet unterscheide sich somit nicht vom Kopiervorgang zwischen zwei Datenspeichern. [55]

---

[54] BGE 131 IV 16 und BGE 128 IV 25.

[55] BGE 131 IV 16, bestätigt in BGE 6B_289/2009 und BGE 6B_162/2010; diese Entscheidungen wurden in der Lehre kritisiert; vgl. dazu z.B. NIGGLI, 2004, Rz. 1 ff.

6. Besonderheit Cache

6.1. Zur Funktionsweise

Zur Funktionsweise von „temporary internet files“ ist das Folgende festzuhalten: Zuletzt geladene Internetseiten werden durch den Internet Browser (z.B. Firefox, Safari, Internet Explorer etc.) automatisch auf der Festplatte des Rechners des Internet-Benutzers temporär und uncodiert zwischengespeichert. Dieser Speicherort nennt sich „Cache“. Bei wiederholtem Bedarf der einmal besuchten Internet-Seite schaut der Browser zuerst im Cache danach und ruft bei vorhandenen zwischengespeicherten Informationen (temporary internet files) diese auf, was eine Verkürzung der Ladezeit der Internet-Seite zur Folge hat. Bei den Speicherungen im Cache handelt es sich um einen vollautomatischen Ablauf, worauf der Durchschnitts-User keinen Einfluss nehmen kann. Der Inhalt im Cache kann gelöscht werden. Die automatische oder manuelle Löschung ist jedoch von der Konfiguration des Browsers abhängig. Automatisch erfolgt die Löschung, sprich die Überschreibung der ältesten Dokumente durch neuere Informationen, erst bei der erreichten vorgegebenen Speichergrenze. Weitere mögliche Löschungsmöglichkeiten sind: Deaktivierung des Caches, der Browser ist auf regelmässig erfolgende automatische Löschungen der gespeicherten Informationen eingestellt, manuelle Vornahmen der Informationslöschung in kurzen Abständen oder eine automatische Löschung mittels spezieller Software. Auch bei hohen Übertragungsmengen können Informationen mehrere Wochen lang im Cache gespeichert werden. Auf die gespeicherten Informationen im Cache kann auch im offline-Modus zugegriffen werden, wobei der User immer direkt auf die im Cache uncodiert gespeicherten Informationen einwirken kann.[56]

6.2. Zum eingangs erwähnten Fallbeispiel

6.2.1. Erstinstanzliches Urteil

Zur Begründung des Schuldspruchs wegen Besitzes verbotener Tierpornographie führte die Gerichtspräsidentin aus, der FCKW habe auf der Festplatte nur im temporären Internetspeicher Inhalte mit sexuellen Handlungen mit Tieren festgestellt. Der Beschuldigte sei geständig, dass er in Besitz von Material mit tierpornographischem Inhalt gewesen sei. Er habe auch ausgesagt, dass er nie etwas bewusst gespeichert, sondern immer nur angeschaut habe. Diese Aussage decke sich mit der Feststellung des FCKW. Der Beschuldigte habe weiter angegeben, dass er damals nicht gewusst habe, dass im Internet geöffnete Seiten im Temporärspeicher gespeichert werden. Das Gericht werte diese Aussage als reine Schutzbehauptung, da diese Tatsache allgemein bekannt sei. Es sei somit davon auszugehen, dass der Beschuldigte tatsächlich im Internet Seiten mit sexuellen Handlungen mit Tieren angeschaut habe ohne zu speichern, dass diese jedoch automatisch im temporären Internetspeicher gespeichert worden seien und der Beschuldigte davon gewusst habe. Fraglich sei, ob Besitz vorliege, wenn Filme und Bilder mit tierpornographischem Inhalt im temporären Speicher des Computers gespeichert werden, wie dies bei der

---

[56] KOLLER, 2007, S. 297 f. und http://de.wikipedia.org/wiki/Cache.

sichergestellten Festplatte der Fall gewesen sei. Die Speicherung in den Internet Temporary Files passiere unbestrittenermassen immer ohne Willen des Nutzers. Gemäss BGE 131 IV 16 mache sich der Herstellung von harter Pornographie gemäss Art. 197 Ziff. 3 StGB strafbar, wer kinderpornographisches Bildmaterial und pornographische Bilder mit Tieren durch gezieltes Herunterladen vom Internet auf einen Datenträger abspeichere. Als Datenträger komme die Festplatte, eine CD-ROM, eine DVD oder andere in Frage. Folglich heisse dies umgekehrt: wer entsprechendes Bildmaterial aus dem Internet herunterlade und nicht gezielt abspeichere (z.B. automatische Speicherung im Temporärspeicher oder Eingangsspeicher des Mailprogramms), könne nur wegen Besitzes (Art. 197 Ziff. 3bis StGB) bestraft werden. Ansonsten wäre das Anschauen der entsprechenden Erzeugnisse im Internet kaum je strafbar. Der PC-Benutzer, der die entsprechenden Erzeugnisse in den temporären Dateien stehen lasse, würde gar nicht bestraft. Demgegenüber müsste jemand, der dasselbe Erzeugnis an einen bestimmten Ort auf der Festplatte abgespeichert habe wegen Herstellens bestraft werden. Dies könne kaum die Auffassung des Gesetzgebers gewesen sein. Gemäss BGE 134 IV 64 sei sich die h.L. einig, dass beispielsweise derjenige, welcher zunächst unvorsätzlich in den Besitz von kinderpornographischem Material gelangt sei und dieses nach Kenntnisnahme seines Inhalts weiter aufbewahre, nach geltendem Recht strafbar sei. Gemäss Bundesgericht liege der Unrechtsgehalt des blossen Aufbewahrens von Kinderpornographie darin, dass die durch den dargestellten Kindsmissbrauch bewirkte Persönlichkeitsverletzung perpetuiert werde, da sie sowohl vom Täter als auch von Drittpersonen jederzeit zur Kenntnis genommen werden könne. Das Wissen um die Existenz, mögliche Verbreitung und voraussehbare Verwendung der Darstellung der Straftat, könne für das Opfer aber ähnlich unerträglich sein, wie die Erinnerung an die Tat selbst. Genau so verhalte es sich in concreto in Bezug auf die Erzeugnisse aus dem Internet. Erhalte jemand unvorsätzlich strafbare Erzeugnisse zugemailt oder schaue er sie im Internet an und es erfolge eine automatische Zwischenspeicherung in den temporären Dateien, so bewahre er diese nach deren Kenntnisnahme auf und mache sich damit strafbar. Der Nutzer könne der Strafbarkeit nur entgehen, wenn er nach dem Eingang des Mails oder Anschauen der Erzeugnisse aus dem Internet, unmittelbar danach die Daten im Eingangspeicher des Mails oder die temporären Dateien lösche. Selbst wenn die heruntergeladenen Fotos und Filme ohne Willen des Beschuldigten in den temporären Dateien des PC's abgespeichert worden seien, so würden diese durch den Verzicht auf die Löschung eben weiter aufbewahrt und es bestehe die Gefahr, dass sie in der Folge sowohl vom Täter als auch von Dritten erneut zur Kenntnis genommen werden könnten. Es liege somit Besitz vor und der objektive Tatbestand sei diesbezüglich erfüllt. Es entspreche der landläufigen Anschauung eines Laien, dass der Besitz von Gegenständen, welche sexuelle Handlungen mit Tieren zum Inhalt haben, nicht erlaubt sei. Auch der Beschuldigte müsse dieses Wissen gehabt haben. Der Beschuldigte habe solche Gegenstände ausserdem besitzen wollen. Dies zeige sich schon nur aus dem Umstand, dass er, auch nachdem er Probleme wegen des Pakets mit seinem Arbeitgeber bekommen habe, trotzdem weiterhin Erzeugnisse mit tierpornographischem Inhalt konsumiert und besessen habe. Das Wissen und Wollen liege bezüglich Besitz der Daten im Temporärspeicher vor, da der Beschuldigte gewusst habe, dass sich im Temporärspeicher Daten mit tierpornographischem Inhalt befunden hätten und er diese Daten nicht gelöscht habe. Der Beschuldigte habe somit mit direktem Vorsatz gehandelt. Auch der subjektive Tatbestand bezüglich des Inhalts der Festplatte sei somit erfüllt.[57]

---

[57] Urteilsbegründung i.S. H.W. vom 19.11.2009, pag. 182 ff.

6.2.2. Zweitinstanzliches Urteil

Die 1. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Bern hielt demgegenüber in ihrer Begründung fest, in Bezug auf Erzeugnisse mit pornographischem Inhalt, welche automatisch als „temporary internet files“ im Zwischenspeicher Niederschlag gefunden hätten, liege eine klare und mehrfach bestätigte bundesgerichtliche Rechtsprechung vor (dazu nachfolgend Ziff. 6.4.). Der Umstand, dass eine automatische Zwischenspeicherung stattfinde, sei strafrechtlich nicht relevant, und zwar unabhängig vom Wissen des Benutzers um diesen Speicher auch dann, wenn die Einstellungen so vorgenommen würden, dass darin erheblich Speicherplatz vorhanden sei. Etwas anderes gelte nach dem Entscheid des Bundesgerichts vom 23.11.2006 (6S.254/2006) nur dann, wenn durch spezielle Einstellungen der Software die Löschung der betreffenden Erzeugnisse im Cache-Speicher verhindert werde. Für den vorliegenden Fall bedeute dies, dass beim Beschuldigten das objektive Tatbestandsmerkmal des Besitzes von Ziff. 3bis nicht erfüllt sei, da bei ihm ausschliesslich im Cache illegale Erzeugnisse mit pornographischem Inhalt gefunden worden seien und der Nachweis, dass er die Löschung der fraglichen Erzeugnisse im Zwischenspeicher durch spezielle Einrichtungen verhindert hätte, nicht habe erbracht werden können. Bei dieser Sachlage könne demnach offen bleiben, ob der Beschuldigte tatsächlich über keine Kenntnisse des Vorgangs der automatischen Zwischenspeicherung seiner zuletzt besuchten Internetseiten verfügt habe oder diese Aussage lediglich eine Schutzbehauptung darstelle.[58]

6.3. Ausführungen in der Botschaft

Nimmt der Browser (das Such- und Darstellungsprogramm für Inhalte des World Wide Web) in temporären Dateien (sog. Cache) eine Zwischenspeicherung von Dateien pornographischen Inhalts vor, so stellt das Vorhandensein solcher temporärer Dateien, auf deren Entstehung viele Internet-Benutzer keinen Einfluss nehmen können, nach Auffassung des Bundesrates in der Regel noch keine als Besitz zu qualifizierende Sachherrschaft dar.[59]

6.4. Lehre und Rechtsprechung

6.4.1. Rechtsprechung des Bundesgerichts

Das Bundesgericht nahm zur Frage des Besitzes in Bezug auf die automatische Zwischenspeicherung von Daten pornographischen Inhalts durch den Browser im Entscheid 6S.254/2006 vom 23. November 2006 Stellung (Erw. 3.3.): *„Lorsque des images proposées par un tiers sur internet sont contemplées sur l'écran de l'ordinateur, le navigateur web crée et sauvegarde provisoirement dans des fichiers temporaires du disque dur (cache) des copies qui seront automatiquement supprimées lorsque de nouvelles copies prendront leur place ensuite d'une consultation ultérieure de données par internet. De ce stockage automatique et provisoire, indépendant de la volonté de l'utilisateur, il ne découle, en règle générale, pas de possession (message précité,*

---

[58] SK-Nr. 2010/64 – Urteilsbegründung i.S. H.W. vom 22.4.2010, S. 7 ff.
[59] BBl 2000 III 2980.

2.2.4.3 p. 2804); le fait que l'utilisateur de l'ordinateur soit conscient de cet aspect technique du fonctionnement de l'ordinateur n'est pas déterminant. En revanche, il en va différemment lorsque l'utilisateur fait en sorte que ces données ne soient, pour une certaine période du moins, pas supprimées et qu'il lui soit possible de les consulter hors connexion; dans ce cas, l'accès à ces données est comparable à celui qu'il aurait s'il les avait sauvegardées et il y a dès lors lieu d'admettre la possession".

Diese Rechtsprechung bestätigte das Bundesgericht im Entscheid 6B_289/2009 vom 16. September 2009 (E. 1.4.5): *„On doit en effet admettre qu'en exigeant que la copie ait été effectuée « pour une certaine durée » et qu'elle fût « ciblée » (ATF 131 IV 16 consid. 1.4, p. 21), la jurisprudence a clairement entendu exclure de la notion juridique de fabrication les copies résultant d'un processus purement automatique, indépendant de la volonté de l'auteur, à fortiori si la copie n'est que temporaire (copies en mémoire « cache » ou disques miroirs, par exemple; cf. en ce sens, mais néanmoins critique: Koller, op. cit., p. 243). Cela correspond à la volonté du législateur d'exclure de la répression les copies résultant de tels processus automatiques, qui ne confèrent pas la possession sur les données électroniques (Message, ch. 2.2.4.3, p. 2804)".*

6.4.2. Lehre

Die Lehre unterstützt die gesetzgeberische und bundesgerichtliche Ansicht, dass eine automatische Zwischenspeicherung temporärer Daten durch den Browser in der Regel noch keine als Besitz zu qualifizierende Sachherrschaft darstellt.[60]

Kritisiert wird teilweise aber, dass die unterschiedliche Behandlung zwischen Konsum und Besitz jeglicher Logik entbehre (dazu nachfolgend Kapital 7.3.1.).[61]

Gemäss Koller kann der reine Konsum von harten pornographischen Informationen durch die automatische Inhaltsspeicherung im Cache aber unter gewissen Voraussetzungen zu strafbarem Besitz führen. Die Strafbarkeit hängt von den technischen Kenntnissen des Users ab, welche Klarheit über die subjektive Komponente des Vorsatzes schaffen. Diskussionslos haben geübte und ungeübte User ohne Unterschiede die Herrschaftsmacht über die Information. Da der ungeübte User aber die Funktionsweise des Caches nicht kennt, bleibt er mangels Herrschaftswillen straflos. Die bloss allgemeine Kenntnis vom Cache ohne konkretes Wissen, wo dieser ist und wie die Inhalte zu löschen sind, ändert nichts an seiner Position als ungeübter User. Im Gegensatz dazu gelingt dem geübten Internet-User mit speziellen Kenntnissen eine gezielte Verkürzung der Ladezeiten durch Rückgriff auf die Informationen, die im Cache auf der Festplatte gespeichert sind. Ob er tatsächlich auf diese Inhalte zugreift, ist ohne Belang (abstraktes Gefährdungsdelikt). Bei bestehendem Herrschaftswillen trägt der geübte User strafrechtliche Verantwortlichkeit als Besitzer für die gespeicherten harten pornographischen Informationen im Cache in seinem Machtbereich. Ein genereller Herrschaftswille genügt, ohne dass sich dieser auf jede einzelne Datei zu erstrecken hat. Ruft er unerwünschte harte pornographische Internet-Inhalte

---

[60] Vgl. z.B. DONATSCH, 2008, § 63, S. 514; WIPRÄCHTIGER, 2007, S. 312 f.; TRECHSEL/BERTOSSA, 2008, N 16 zu Art. 197.
[61] Vgl. z.B. STRATENWERTH/JENNY, 2003, § 10, Rn 21, S. 195.

ab, hat er den Cache umgehend zu leeren, will er nicht aufgrund der Aufrechterhaltung der Rechtsgutsbeeinträchtigung bei diesem Dauerdelikt vom straflosen Konsumenten zum strafbaren Besitzer übertreten. Im Moment, wo der geübte User weiss oder hätte wissen müssen, dass im Cache einschlägige Informationen gespeichert sind, hat er die Löschung durchzuführen. Um straflos zu bleiben, trifft ihn theoretisch die Pflicht nach jedem Abruf von unzulässigen Internet-Inhalten den Cache zu leeren und in konsequenter Weiterführung auch den Datenträger zu formatieren, um den Zugriff auf das Internet und die spätere Wiederherstellung zu verunmöglichen. In praktischer Hinsicht hat sich seine Verhaltensweise über die Zumutbarkeit zu definieren. Die Frage einer allfälligen Strafbarkeit des geübten Users als Besitzer stellt sich aber nur dort, wo aus den aufgerufenen Informationen der harte pornographische Gehalt unmittelbar hervorgeht, was z.B. beim Besuch einer Website mit einem weiterverweisenden Link (ohne Anklicken) nicht der Fall ist.[62]

6.5. Exkurs: Deutschland

6.5.1. Gesetzeswortlaut

§ 184b Abs. 4 StGB gilt seit dem 1. April 2004 und ist an die Stelle des § 184 Abs. 5 StGB a.F. getreten.

§ 184b StGB - Verbreiten, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften

(1) Wer pornographische Schriften (§ 11 Abs. 3), die sexuelle Handlungen von, an oder vor Kindern (§ 176 Abs. 1) zum Gegenstand haben (kinderpornographische Schriften),

1. *verbreitet,*
2. *öffentlich ausstellt, anschlägt, vorführt oder sonst zugänglich macht oder*
3. *herstellt, bezieht, liefert, vorrätig hält, anbietet, ankündigt, anpreist, einzuführen oder auszuführen unternimmt, um sie oder aus ihnen gewonnene Stück im Sinne der Nummer 1 oder Nummer 2 zu verwenden oder einem anderen eine solche Verwendung zu ermöglichen,*

wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer es unternimmt, einem anderen den Besitz von kinderpornographischen Schriften zu verschaffen, die ein tatsächliches oder wirklichkeitsnahes Geschehen wiedergeben.

(3 In den Fällen des Absatzes 1 oder des Absatzes 2 ist auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren zu erkennen, wenn der Täter gewerbsmässig oder als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat, und die kinderpornographische Schriften ein tatsächliches oder wirklichkeitsnahes Geschehen wiedergeben.

---

[62] KOLLER, 2007, S. 298 f.

(4) Wer es unternimmt, sich den Besitz von kinderpornographischen Schriften zu verschaffen, die ein tatsächliches oder wirklichkeitsnahes Geschehen wiedergeben, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. Ebenso wird bestraft, wer die in Satz 1 bezeichneten Schriften besitzt.

(5) Die Absätze 2 und 4 gelten nicht für Handlungen, die ausschliesslich der Erfüllung rechtmässiger dienstlicher oder beruflicher Pflichten dienen.

(6) In den Fällen des Absatzes 3 ist § 73d anzuwenden. Gegenstände, auf die sich eine Straftat nach Absatz 2 oder Absatz 4 bezieht, werden eingezogen. § 74a ist anzuwenden.

6.5.2. Rechtsprechung und Lehre zum Cache

Besitz ist als Verfügungsgewalt und Sachherrschaft zu verstehen. Ausschlaggebend ist dabei das Merkmal tatsächlicher Gewaltherrschaft. Diese tatsächliche Gewaltherrschaft wird ab einer gewissen Dauerhaftigkeit und Festigkeit der Beziehung gesehen. Eine „lockere Beziehung“ etwa reicht nicht aus.[63]

Umfassen Wissen und Wollen des Internet-Nutzers die mit dem Aufruf verbundene automatische Abspeicherung im Internet-Cache, wird von der herrschenden Meinung ein Unternehmen der Besitzbeschaffung bejaht.[64] Mit der blossen Speicherung solcher Dateien im Cache-Speicher eines PC-Systems erlangt dessen Benutzer Besitz, weil es ihm möglich ist, jederzeit diese Dateien wieder aufzurufen, solange sie nicht manuell oder systembedingt automatisch gelöscht wurden.[65] In diesen Fällen kann es jedoch am subjektiven Tatbestand fehlen, wenn der Täter mit den technischen Vorgängen beim „Surfen“ nicht vertraut ist oder nicht auszuschliessen ist, dass er die Bilddatei versehentlich geöffnet hat.[66]

Wer gutgläubig oder unvorsätzlich in den Besitz einer kinderpornographischen Schrift gelangt und somit insbesondere nicht bereits nach Absatz 4 Satz 1 strafbar ist, ist dazu verpflichtet, den betreffenden Inhalt der Schrift umgehend nach Erkennen zu vernichten oder einer Behörde abzuliefern.[67]

6.5.3. Betrachten nach gezieltem Aufruf

Das Hanseatische Oberlandgericht Hamburg ging mit Urteil vom 15.02.2010 noch einen Schritt weiter und entschied, *„wer sich kinderpornographische Schriften im Internet mit seinem Browser ansieht, übt schon beim Betrachten Besitz an Kopien dieser Schriften aus, da diese in den Arbeitsspeicher des Computers geladen werden. Eine „Verfestigung“, etwa in der Form der Speicherung – sei es unmittelbar im Browser-Cache oder mittelbar durch manuelle Speicherung*

---

[63] FERNER, 2010, Rn. 3.
[64] Vgl. z.B. BGH in: NStZ 2007, 95; OLG Hamburg, 1. Strafsenat, in: StV 2009, 469.
[65] Vg. z.B. Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 10.10.2006, 1 StR 430/06; HARMS, 2003, S. 646 ff.; HÖRNLE, 2005, § 184b, Rn. 27.
[66] ZIEGLER, 2010, Rn. 15 f. zu § 184b; vgl. dazu auch FROMMEL, 2010, Rn. 15 zu § 184b.
[67] HILGENDORF, 2009, Rn. 15 zu § 184b.

der Bilder – sei nicht nötig. Somit liegt schon beim Betrachten solcher Schriften eine Strafbarkeit nach § 184b IV StGB vor.“ [68]

Dem Entscheid liegt folgender Sachverhalt zu Grunde: „*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. Der Angeklagte hatte zum einen 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“ des vom Angeklagten genutzten Computer 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. Der Nachweis, der Angeklagte habe schon bei Abruf der Bild- sowie Videodateien eine Speicherung geplant und habe um Existenz sowie Funktion des Internet-Cache gewusst, konnte nicht erbracht werden.“*

Das Amtsgericht kam zum Schluss, dass durch das gezielte „Surfen“ im Internet und das Betrachten der Internetseiten mit kinderpornographischem Inhalt auf dem Bildschirm kein Besitz im Sinne des § 184B Abs. 4 StGB begründet werde, weil es am erforderlichen tatsächlichen Herrschaftsverhältnis von nicht unerheblicher Dauer fehle. Da der Angeklagte keinen über das blosse Betrachten hinausgehenden Willen gehabt habe, fehle es an einem Unternehmen der Besitzeserlangung. Mit der automatischen Abspeicherung im Internet-Cache habe der Angeklagte zwar objektiv Besitz an den kinderpornographischen Dateien erlangt, doch fehle es auf der subjektiven Tatseite am entsprechenden Besitzwillen. Es mangle demgemäss an dem für das Unternehmen einer Besitzerlangung erforderlichen Vorsatz. Das Amtsgericht sprach den Angeklagten frei.

Die Staatsanwaltschaft legte gegen den Entscheid des Amtsgerichts Berufung ein. Das OLG Hamburg kam zum Schluss, 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, habe der Angeklagte es im Sinne des § 184b Abs. 4 S. 1 unternommen, sich Besitz an den Dateien zu verschaffen.

Ein nach gezieltem Aufruf erfolgtes Betrachten von Bild- und Videodateien kinderpornographischen Inhalts auf dem Computerbildschirm erfülle den Straftatbestand des § 184b Abs. 4 StGB sowohl in objektiver als auch in subjektiver Hinsicht. Die Auslegung des Begriffs „Besitz“, die bereits das gezielte Suchen und Herunterladen kinderpornographischer Dateien in den flüchtigen Arbeitsspeicher zum Zweck des blossen Betrachtens erfasse, überschreite die Grenzen des Wortsinns nicht und verstosse damit nicht gegen den im Strafrecht geltenden Bestimmtheitsgrundsatz und das daraus folgende Analogieverbot. Die im Schrifttum erhobenen Bedenken, das

---

[68] JurPC Web-Dok. 54/2010, Abs. 1-59.

nur kurze Laden in den Arbeitsspeicher zum Zweck des Betrachtens sei zu flüchtig und es fehle an der erforderlichen Dauerhaftigkeit und Festigkeit der Herrschaft, weil die Datei nach dem Abschalten des Rechners nicht mehr verfügbar sei, würden die Besonderheiten der in das Internet eingestellten und von dort abgerufenen Dateien verfehlen. Diese Besonderheiten bestünden darin, dass Dateien nicht körperlicher Natur seien und nicht – wie es dem Regelfall körperlicher Gegenstände entspreche – zur selben Zeit nur von einer Person unmittelbar in Besitz genommen werden könnten. Die Dateien würden vielmehr bei jedem Aufruf durch einen Internet-Nutzer „vervielfältigt“ und stünden dem jeweiligen Nutzer und Betrachter im selben Umfang wie dem Anbieter zur Verfügung. Die Kopie entspreche vollen Umfangs dem Original, weshalb auch nur das kurzzeitige Herunterladen dem Nutzer volle Verfügungsgewalt über die aufgerufenen Dateien verschaffe, die der Anbieter nicht mehr hindern könne. Der Nutzer allein habe es - unbeeinflusst durch den Anbieter - in der Hand, wie er die Datei verwende.

Gegen den Entscheid des OLG Hamburg wird in der Lehre ausgeführt, der Ansicht, den Arbeitsspeicher als Besitz begründendes Merkmal nicht ausreichen zu lassen, liege vor allem ein Argument zu Grunde: der Arbeitsspeicher sei ein höchst flüchtiges Medium, spätestens wenn der Rechner ausgeschaltet oder der Browser geschlossen werde, seien die Daten weg. Der Benutzer müsse einen notwendigen Zwischenschritt tätigen, nämlich das manuelle Speichern einer Kopie des im Arbeitsspeicher befindlichen Bildes auf einen permanenten Datenspeicher. Solange sich die Datei aber nur im Arbeitsspeicher befinde, sei keine Dauerhaftigkeit gegeben, ein wesentliches Element der Herrschaft fehle schlichtweg. Der Nutzer habe bei einer Datei im Arbeitsspeicher nur die Möglichkeit, diese überhaupt erst lokal zu speichern, um sie nach der Speicherung dann nach Belieben vervielfältigen und verbreiten zu können. Erst nach der Speicherung könne der Nutzer mit der konkreten Datei nach eigenem Gutdünken verfahren. Vorher verfüge er nicht über die Datei, sondern vielmehr über den Zustand seines Arbeitsspeichers im Allgemeinen. Es werde deutlich, dass allein aus der Möglichkeit Besitz zu begründen gleich Besitz fingiert werde. Insofern sei es zutreffend, dass das OLG Hamburg selbst von einem „normativen Besitz“ spreche. Ein solch normatives Besitzesverhältnis sprenge aber den Wortlaut des „Besitzes“ insgesamt, denn – und das stelle das OLG Hamburg selber fest – Besitz sei ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis. Schon begrifflich könne ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis nicht normativ begründet werden. An dieser Stelle habe das OLG Hamburg somit die Grenzen des Wortsinns verlassen, eine verbotene Analogie begründet.[69]

Harms hält dazu fest, der Arbeitspeicher eines Computers habe nämlich überhaupt keinen Gegenstand und könne mit einem Fernseher verglichen werden. Genauso wenig wie ein Fernsehgerät eine bestimmte Sendung zum Gegenstand habe, habe ein Arbeitspeicher eines Rechners Daten zum Gegenstand. Schalte man den Rechner aus oder werde aus anderen Gründen die Stromzufuhr unterbrochen, seien die Daten grundsätzlich ohne vorherige Speicherung, etwa auf der Festplatte, unwiderruflich verloren.[70]

Gercke gibt in diesem Zusammenhang aber zu bedenken, um im Internet bereitgehaltene Bilddateien am Bildschirm betrachten zu können, sei eine Zwischenspeicherung beim Nutzer erforderlich. Die Grafikkarte könne nämlich nur solche Daten verarbeiten, die lokal verfügbar seien.

---

[69] FERNER, 2010, Rn. 6-8 , Rn. 16 + Rn. 22; ebenso MÜLLER, 2010, S. 1 ff. , vgl. auch SCHEFFLER, 2008, S. 627 ff.
[70] HARMS, 2003, S. 648 ff., ebenso FERNER, 2010, Rn. 6 ff.

Auch bei Videoübertragungen im Internet würden die Daten zumindest kurzfristig zwischengespeichert. Daher unterscheide sich der Aufruf einer Internetseite von der Betrachtung einer Fernsehübertragung, bei der grundsätzlich im Fernsehgerät keine Speicherung stattfinde. Sofern die Daten nicht auf permanente Speichermedien (Festplatte, Disketten, CD-ROM, Memory Stick) abgelegt würden, sei zur Betrachtung zumindest eine Übertragung in den RAM-Speicher des Zugriffsrechners erforderlich. Gehe man davon aus, dass die im Internet aufgerufenen Bilddateien ausschliesslich in den Arbeitsspeicher des Zugriffsrechners übertragen würden und nicht zugleich auf permanenten Speichermedien – etwa im Cache des Browsers – gespeichert würden, stelle sich die Frage, ob sich der Benutzer mit dem Aufruf Besitz an den Schriften verschafft habe. Der RAM-Speicherbaustein, auf den der Nutzer jederzeit physikalisch zugreifen könne, befinde sich in dessen Besitz. Fraglich sei aber, ob nicht aufgrund der automatisierten Verwaltung des RAM-Speichers, auf die der Nutzer nur wenig Einfluss habe, diese allein am Datenträger orientierte Auslegung zu Gunsten einer funktionaleren Betrachtung aufgegeben werden müsse. Diesen Bestrebungen sei entgegenzuhalten, dass die Inhalte im RAM-Speicher keineswegs dem Zugriff des Nutzers entzogen seien. So könne er z.B. ein Bild einer aufgerufenen Webseite auch nach Trennung der Internetverbindung aus dem RAM-Speicher auf die Festplatte kopieren. Darüber hinaus existiere eine Reihe von Programmen, mit denen die Inhalte des RAM-Speichers einzeln ausgelesen werden könnten. Abgesehen davon, dass die Speicherung von Daten im RAM-Speicher nur im Betriebszustand des Computers möglich sei, unterscheide sich der RAM-Speicher daher nicht von anderen Speichermedien. Neben der Verfügungsgewalt, die auch im Hinblick auf eine Zwischenspeicherung im RAM-Speicher zu bejahen sei, bedürfe es zur Besitzbegründung weiterhin aber einer gewissen Dauer dieses Zustandes. Insoweit biete sich die Anlehnung an die Rechtsprechung zum Begriff des Besitzes in § 29 BTMG an. Auch dort müsse die Zugriffsmöglichkeit für eine nennenswerte Zeit bestehen. Dies sei beispielsweise nicht der Fall bei kurzfristigen Transporten oder dem gemeinsamen Konsum von Drogen. Übertrage man diese Überlegungen auf das Internet, so sei die reine Betrachtung von kinderpornographischen Daten im Internet ebenso wie die Betrachtung entsprechender Bilder z.B. in einem Museum straflos, sofern die Daten zeitnah wieder aus dem RAM-Speicher gelöscht würden. Entschliesse sich der Nutzer, die Daten auf permanent verfügbare Datenträger abzuspeichern oder die Daten für längere Zeit im RAM-Speicher zu belassen, werde die Grenze zur Strafbarkeit allerdings überschritten. Es bleibe festzuhalten, dass folglich nicht jegliche Zwischenspeicherung im RAM bei der Bildbetrachtung straflos sei, sondern nur solche von geringer Dauer. Dieses Ergebnis sei zumindest dann rechtspolitisch bedenklich, wenn die Überlegungen zum Schutz der Kinder bis 14 Jahren vor einem sexuellen Missbrauch, die der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung 1992 darlegt habe, weiterhin Bestand hätten. In der non-virtuellen Welt sei die Sanktionierung des Besitzes ein geeignetes Mittel gegen die ausufernde Verbreitung von Kinderpornographie, da gegen die Anbieter und Nachfragenden vorgegangen werden könne. Das im Beispiel angeführte Museum, in dem der Pädophile straflos Kinderpornographie konsumieren könne, existiere wohl auch deshalb in der Form nicht, weil der Anbieter sich selbst der strafrechtlichen Verfolgung aussetzen würde. Dies habe dazu geführt, dass entsprechende Schriften nur einem „relativ geringen“ Kreis von Personen überhaupt zugänglich gewesen seien. Bereits der Angebotsmangel habe insoweit ein effektives Hindernis für potentielle Konsumenten dargestellt. Im Hinblick auf Inhalte im Internet gelte dies nicht uneingeschränkt. Obwohl zumindest die Verbreitung von Kinderpornographie weltweit strafbar sei, bleibe ein Vorgehen gegen die Anbieter entsprechender Daten mit erheblichen Problemen behaftet. Der Anbieter von Kinderpornographie im Internet könne – anders als der Museumsbesitzer – relativ problemlos innerhalb von Sekunden sein Angebot von einem Server in Brasilien nach Russland verlegen. Die Möglichkeiten anonymer Kommunikation und die

Die Möglichkeiten anonymer Kommunikation und die weltweit höchst unterschiedliche Effektivität der Strafverfolgung hätten zur Folge, dass heute kinderpornographische Inhalte für jedermann innerhalb von Minuten erreichbar seien. Die mangelnde Verfügbarkeit und die damit verbundene Hemmschwelle für Interessenten, die eine Folge der umfassenden Strafbarkeit des Verbreitens kinderpornographischer Schriften gewesen sei, sei damit als Korrektiv entfallen. Sofern auch weiterhin – und das sei die oben angedeutete Prämisse – der Anreiz zum Begehen weiterer Missbräuche dadurch genommen werden solle, dass im Wege der Kriminalisierung bereits die „marktfördernde" Nachfrage möglichst verhindert werde, sei eine Reaktion des Gesetzgebers auf die einfache Verfügbarkeit entsprechender Inhalte im Internet erforderlich (vgl. dazu nachfolgend Kapitel 7.3).[71]

7. Beantwortung der Fragen und Ausblick

7.1. Beantwortung der Fragen

In der oben erwähnten Urteilsbegründung der 1. Strafkammer wurde festgehalten, dass eine automatische Zwischenspeicherung im Cache des Internetbrowsers unabhängig vom Wissen des Benutzers strafrechtlich irrelevant sei, sofern das Löschen der Daten nicht durch eine spezielle Einstellung der Software verhindert worden sei. Die 1. Strafkammer stützte sich dabei auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts und die Botschaft zur Einführung von Art. 197 Ziff. 3bis StGB, worin ausgeführt wird, der Internetnutzer beschränke sich auf das blosse Betrachten und zeige keinerlei Bereitschaft, allenfalls später wieder auf diese Dateien zurückzugreifen. Da der normale Internetnutzer keinen Einfluss auf die Abspeicherung in das Cache nehme, stelle dies „keine als Besitz zu qualifizierende Sachherrschaft" dar.[72]

Führen wir uns nun nochmals die Zielsetzung von Ziff. 3bis in Erinnerung: die Herstellung von harter Pornographie bedinge – so die Botschaft – zumindest teilweise die Begehung schwerer Sexual- oder Gewaltdelikte. So sei zur Herstellung von Kinderpornographie, die ein tatsächliches Geschehen wiedergibt, sexueller Missbrauch von Kindern begriffsnotwendig erforderlich. Die Zunahme der Nachfrage nach solchen Produkten schaffe den Anreiz zum Begehen schwerster Delikte. Da die Zunahme des Konsums von Kinderpornographie die Nachfrage für die Herstellung solcher Produkte steigere, erscheine die Pönalisierung des Besitzes von Kinderpornographie zur Einschränkung der Herstellung solcher Produkte angezeigt.[73] Das Ziel der Einführung von Ziff. 3bis war also, die durch den Konsum gesteigerte Nachfrage für die Herstellung solcher Produkte einzudämmen.

Um dieses Ziel erreichen zu können, sollte insbesondere den neuen elektronischen Kommunikationsmitteln Rechnung getragen werden, welche den Konsum und die Verbreitung von harter Pornographie stark vereinfachen und fördern. Von dieser Bestimmung sollten sowohl alle da-

---

[71] GERCKE, 2003, 352 f.
[72] BBl 2000 III 2979 f.; vgl. auch Bericht und Vorentwürfe betreffend Verbot des Besitzes harter Pornographie, 1998, S. 14.
[73] BBl 2000 III 2944 + 2977.

mals bekannten elektronischen Datenträger als auch allfällige neue Formen der Speicherung abgedeckt werden.[74]

Im Internetbereich liegt – so die Botschaft – strafrechtlich relevanter Besitz vor, wenn der Internetbenutzer pornographische Darstellungen auf eigene Datenträger, zum Beispiel seine Festplatte, herunterlädt (sog. Download) und sie damit in seinen Herrschaftsbereich aufnimmt. Der Internet-Benutzer beschränkt sich dann nicht mehr ausschliesslich auf das Betrachten von Bildern bei einem Anbieter, sondern gibt zu erkennen, dass er gegebenenfalls auf diese Bilder wieder zurückgreifen will.[75] Mit der Einführung von Ziff. 3bis wurde also bezweckt, dass der Straftatbestand des Besitzes speziell den Download – das Herunterladen – von Erzeugnissen mit illegalem pornographischem Inhalt erfasst.

Die aktuelle, trotz Kritik in der Lehre, mehrfach bestätigte bundesgerichtliche Rechtsprechung geht nun aber so weit, dass das Herunterladen und Abspeichern von Dateien mit harter Pornographie die Tatbestandsvariante des Herstellens im Sinne von Art. 197 Ziff. 3 StGB erfüllt und nicht wie vom Gesetzgeber gewollt, lediglich unter Besitz im Sinne von Art. 197 Ziff. 3bis StGB fällt. Damit fasst das Bundesgericht den Begriff des Herstellens im Sinne von Art. 197 Ziff. 3 StGB weit, was jedoch gerade dem Ziel Rechnung trägt, die Nachfrage für solche Produkte zu verringern.

Das Bundesgericht fasste auch den Begriff des Beschaffens nach Art. 197 Ziff. 3bis StGB im Zusammenhang mit elektronischen Kommunikationsmitteln – trotz Kritik in der Lehre[76] – weit. Es führte in BGE 131 IV 16 aus, es sei ein Beschaffen im Sinne der Norm denkbar, ohne dass die Daten gezielt abgespeichert würden bzw. von ihnen eine Kopie gemacht werde, etwa dann wenn der Täter über ein Passwort dauernden und unbeschränkten Zugang zu einer Webseite mit harter Pornographie erhalte und über die Daten frei verfügen könne oder er auf seine Initiative hin eine E-Mail mit strafbarem Datenanhang erhalte und die Daten im Eingangsspeicher belasse. Insofern sei bei elektronischen Mitteln ein Herunterladen aus dem Internet oder eine anderweitige elektronische Abspeicherung nicht Voraussetzung für die Strafbarkeit nach Art. 197 Ziff. 3bis StGB.

Mit Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Download und zum Beschaffen nach Ziff. 3bis ist auch der Begriff des Besitzes weit zu fassen. Dies einerseits mit Blick auf das Ziel der Einführung von Ziff. 3bis, nämlich die durch den Konsum gesteigerte Nachfrage für die Herstellung solcher Produkte zu reduzieren. Andererseits auch, da der Konsum von harter Pornographie nur deshalb nicht unter Strafe gestellt wurde, weil die Strafverfolgungsbehörden ansonsten vor unverhältnismässige Probleme gestellt würden (vgl. dazu nachfolgend Kapitel 7.3.).[77]

Wären also, so das zuvor erwähnte Urteil der 1. Strafkammer, automatische Zwischenspeicherungen im temporären Internetspeicher unabhängig vom Wissen des Benutzers als strafrechtlich irrelevant zu betrachten, führte dies dazu, dass die Tatbestandsvariante des Besitzes in diesem Zusammenhang nicht mehr erfüllt werden könnte. Werden nun aber in einem Ermittlungsverfahren aus dem Internet heruntergeladene Bildaufnahmen mit verbotenem pornographischen In-

---

[74] BBl 2000 III 2975.
[75] BBl 2000 III 2979.
[76] Vgl. dazu z.B. NIGGLI, 2004, Rz. 11 f., BUNDI, 2008, S. 104 und KOLLER, 2007, S. 308, Fn. 1531.
[77] BBl 2000 III 2979.

halt auf der Festplatte eines Computers gefunden, wird der Computernutzer wegen Herstellens im Sinne von Art. 197 Ziff. 3 StGB schuldig gesprochen. Hat der Computernutzer die fraglichen Bildaufnahmen hingegen lediglich im temporären Internetspeicher belassen, wird er nach Ansicht der 1. Strafkammer straflos bleiben. Dies selbst dann, wenn darin erheblich Speicherplatz vorhanden ist. Es ist nicht ersichtlich, weshalb das Bundesgericht mit der Subsumtion des Downloads unter den Tatbestand des Herstellens bezüglich des Art. 197 Ziff. 3 StGB eine extensive Auslegung verfolgt, dies beim Tatbestand des Besitzes nach Art. 197 Ziff. 3bis StGB jedoch nicht weiterführt. Die von der Botschaft betonte grosse Mitverantwortung des Endkonsumenten[78] rechtfertigt eine extensive Auslegung des Tatbestands des Besitzes im Sinne von Art. 197 Ziff. 3bis StGB.

Daraus ergibt sich für die Frage, ob Besitz vorliegt, wenn Daten im Cache gespeichert werden, Folgendes:

- Die Daten im Cache sind auf gewisse Dauer angelegt, da sie auch nach Abschalten des Computers erhalten bleiben, bis sie, je nach Intensität der Nutzung des Internets, durch andere, neuere Daten ersetzt werden. Dies im Gegensatz zu TEMP-Dateien und Informationen im RAM-Speicher, welche beim Abschalten des Computers bzw. einem Stromunterbruch verloren gehen. Der Nutzer kann zudem im Cache gespeicherte Bilddateien auch nach Verlassen des Internets („offline") aufrufen, so dass insgesamt von einer ausreichenden Dauerhaftigkeit der Darstellung auszugehen ist und der <u>objektive Tatbestand</u> von Art. 197 Ziff. 3bis StGB erfüllt ist.
- Auf der <u>subjektiven Seite</u> gilt es zu beachten, dass diese Speicherung im Cache automatisch und verborgen abläuft. Der durchschnittliche Computerlaie wird sich daher dieses Umstands nicht bewusst sein und auch nicht mit der Möglichkeit einer solchen Speicherung rechnen. Damit wird im Regelfall eine Bestrafung ausscheiden, weil nicht auszuschliessen ist, dass der Nutzer von der Speicherung der Bilddateien im sog. Cachespeicher seines Rechners keine Kenntnis hat, so dass es jedenfalls am subjektiven Tatbestand fehlt.[79] Demgegenüber kennt der geübte User die Existenz und Funktionen des Internet-Cache. Er kann diese sogar gezielt ausnützen, indem er z.B. die verbotenen Bilder nicht auf seiner Festplatte speichert, sondern sie bewusst im Cache belässt, wo er auch jederzeit und über längere Zeit (auch offline) darauf zurückgreifen kann. Eine solche Umgehung der Norm muss verhindert werden, damit eine möglichst lückenlose Strafbarkeit im Umgang mit der Verbreitung harter Pornographie erreicht werden kann.

Ob jemand als geübter oder ungeübter User anzusehen ist, ist anlässlich der Befragung zu den Computerkenntnissen zu klären, d.h. insbesondere „für was wird der Computer alles genutzt" (z.B. auch für E-Mail, E-Banking. Facebook, Peer to Peer, Internetforen, Chat-Rooms, Google-Suche), „wie oft wird der Computer benutzt", „wie ist das Surfverhalten". Zudem kann allenfalls anhand der beschlagnahmten Festplatte geklärt werden, ob der betreffenden Person z.B. eine Totallöschung früher gespeicherten Daten gelungen ist.

---

[78] BBl 2000 III 2977.
[79] Vgl. dazu HARMS, 2003, S. 650.

Im eingangs erwähnten Fall ging die Gerichtspräsidentin sogar davon aus, es sei heute allgemein bekannt, dass eine im Internet geöffnete Seite im Temporärspeicher gespeichert werde. Sie wertete die Aussage des Beschuldigten, dies nicht gewusst zu haben, daher als reine Schutzbehauptung.

Aufgrund von Facebook, Xing oder Twitter und v.a. dem weitverbreiteten E-Banking ist zwar davon auszugehen, dass das Thema Sicherheit im Internet heute allgemein bekannt ist. Die meisten Banken weisen z.B. ihre Kunden beim Besuch ihrer Internetseiten explizit darauf hin, sich beim E-Banking nach jeder Sitzung korrekt auszuloggen und zur zusätzlichen Sicherheit den Cache ihres Browsers zu löschen. Einen Sicherheitshinweis erhält man ebenfalls von E-Mail-Anbietern, welche auf die Gefahr hinweisen, dass bei nicht korrektem Ausloggen Dritte mit der „Zurück"-Funktion des Internetbrowsers auf das E-Mail-Postfach zugreifen können. Weiter wird dem Internetnutzer bei jedem Ergebnis der Suchmaschine Google angezeigt, dass die gesuchte Website im Cache geöffnet werden kann: „Im Cache – Ähnlich" (http://www.datenwaschutz.de/cache.html).

Diese Beispiele zeigen, dass wohl auch der ungeübte User das Wort „Cache" als solches schon einmal gehört hat. Er hat damit aber bloss allgemeine Kenntnis vom Cache. Er hat kein konkretes Wissen zum Cache, d.h. er weiss nicht, wo dieser ist und wie die Inhalte zu löschen sind. Dies führt zum Fehlen eines Vorsatzes.

Der geübte User hingegen hat Kenntnis von den obgenannten Tatsachen und ihm gelingt dadurch z.B. eine gezielte Verkürzung der Ladezeiten durch Rückgriff auf die Informationen, die im Cache auf der Festplatte gespeichert sind, womit der Vorsatz gegeben ist.[80] Er kann sich bei gespeicherten inkriminierten Inhalten im Cache der Strafbarkeit nur durch folgende Massnahmen entziehen: Deaktivierung des Caches, der Browser ist auf regelmässig erfolgende automatische Löschung der gespeicherten Informationen eingestellt, manuelle Vornahme der Informationslöschung in kurzen Abständen oder eine automatische Löschung mittels spezieller Software. Notwendig ist, dass sofort gelöscht wird, irrelevant ist, wie dies erfolgt.[81]

Strafbarer Besitz kann also sowohl durch eigenes Tun oder eigene Unterlassung wie auch durch Zurechnung automatisierter Prozesse wie beim Cache begründet werden. Bei den temporären Inhaltsspeicherungen im Cache kommt es auf die technischen Kenntnisse des Users an. Denn davon leitet sich grundsätzlich das Bestehen oder Fehlen eines Vorsatzes ab.[82]

Demgegenüber ist davon auszugehen, dass die mit dem Betrachten verbundene bloss „flüchtige" Speicherung der Bilddateien im Arbeitsspeicher zur Erfüllung des Tatbestandes nicht genügt. Es fehlt an der erforderlichen Dauerhaftigkeit und Festigkeit der Sachherrschaft.

---

[80] Vgl. dazu KOLLER, 2007, S. 298.
[81] KOLLER, 2007, S. 299 f.
[82] Vgl. dazu KOLLER, 2007, S. 302.

7.2. Strafbarkeit des wissentlichen Zugriffs auf Kinderpornographie

7.2.1. Übereinkommen des Europarats zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch

Das Übereinkommen des Europarates zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch, ETS Nr. 201, sieht in Art. 20 Abs. 1 lit. f nunmehr den wissentlichen Zugriff auf Kinderpornographie mit Hilfe der Informations- und Kommunikationstechnologien als eigene Tatbestandsalternative vor.

Nach den Erläuterungen zur Konvention (vgl. den Explanatory Report zur Konvention, Abs. 140) sollen mit diesem neuen Element jene Personen erfasst werden, die entsprechende bildliche Darstellungen online betrachten, indem sie auf Kinderpornographie zugreifen, ohne abzuspeichern und deswegen nicht wegen Sichverschaffens oder Besitzes belangt werden können. Um die strafrechtliche Verantwortlichkeit zu begründen, muss die betreffende Person vorsätzlich auf eine Website zugreifen auf der Kinderpornographie verfügbar ist und wissen, dass derartige bildliche Darstellungen dort gefunden werden können. Keine Sanktion soll demnach Personen drohen, die unabsichtlich auf eine Website mit kinderpornographischem Inhalt zugegriffen haben. Die subjektive Tatseite soll auch aus den Umständen abgeleitet werden können. Darunter fällt z.B. die Tatsche, dass es sich um einen wiederholten Zugriff handelt oder für den Dienst ein Entgelt entrichtet werden muss.[83]

Die Kriminalisierungsverpflichtung des Art. 20 Abs. 1 lit. f der Europaratskonvention ist nicht zwingend. Art. 20 Abs. 4 erlaubt es den Mitgliedsstaaten, diesbezüglich einen gänzlichen oder teilweisen Vorbehalt einzulegen.

7.2.2. Österreich

Österreich signierte das am 25.10.2007 erstmals zur Unterzeichnung aufgelegte Übereinkommen des Europarates zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch bereits an diesem Tag. Dem Bericht des Justizausschusses vom 04.03.2009 lässt sich weiter entnehmen, dass die Konvention bislang von 33 der 47 Europaratsmitgliedstaaten unterzeichnet, aber noch von keinem Mitgliedstaat ratifiziert worden sei. Es könnten daher noch keine Aussagen hinsichtlich des allfälligen Vorbehaltsverhaltens der Mitgliedstaaten in Bezug auf Art. 20 Abs. 1 lit. f gemacht werden. Österreich solle bei der Bekämpfung der Kinderpornographie indes eine führende Rolle einnehmen. Die Staatengemeinschaft des Europarates habe mit der Annahme des zusätzlichen Tatbestandes Neuland betreten, aber eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass (auch) diese Tatbegehungsvariante strafwürdig sei. Strafbar solle also bereits der Zugriff auf eine pornographische Darstellung Minderjähriger im Internet sein, auch wenn der Täter keine zumindest bedingt vorsätzliche Speicherung über den Arbeitsspeicher hinaus vornehme (sei es im Cache, sei es sonst wo), in welchem Fall ja bereits Besitz vorläge. Der Zugriff müsse, um Strafbarkeit nach sich ziehen zu können, unmittelbar auf die pornographische Dar-

---

[83] Bericht des Justizausschusses zur Änderung des österreichischen Strafgesetzbuches vom 04.03.2009, zu Z 13 lit. b (§ 207a Abs. 3a StGB), S. 33 ff.

stellung erfolgen, sei es dass etwa schon die Startseite einer Webseite, die geöffnet werde, eine solche Darstellung enthalte (und der Täter dies wisse), sei es dass (wissentlich) ein Link zu einer solchen Darstellung geöffnet werde. Hingegen reiche es nicht aus, wenn der Täter auf eine Webseite zugreife, die ihrerseits (lediglich) Links zu pornographischen Darstellungen Minderjähriger enthalte, wenn sich der Täter also pornographische Darstellungen lediglich zugänglich mache (während das Übersenden eines Links an eine dritte Person aber durchaus Strafbarkeit nach § 207a Abs. 1 Z 3 StGB begründen könne). Der Zugriff müsse, um strafbar zu sein, wissentlich erfolgen, das heisse, dass der Täter den Umstand, dass er auf eine pornographische Darstellung Minderjähriger zugreife, nicht bloss für möglich, sondern für gewiss halten müsse.[84]

In der Folge wurde noch im Jahre 2009 § 207a um den Absatz 3a ergänzt, der zusätzlich zu Herstellung, Verbreitung und Besitz auch den wissentlichen Zugriff auf pornographische Darstellungen Minderjähriger im Internet unter Strafe stellt.[85]

§ 207a StGB Pornographische Darstellungen Minderjähriger

(1) Wer eine pornographische Darstellung einer minderjährigen Person (Abs. 4)
1. herstellt oder
2. einem anderen anbietet, verschafft, überlässt, vorführt oder sonst zugänglich macht,
ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen.

(2) Mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren ist zu bestrafen, wer eine pornographische Darstellung einer minderjährigen Person (Abs. 4) zum Zweck der Verbreitung herstellt, einführt, befördert oder ausführt oder eine Tat nach Abs. 1 gewerbsmäßig begeht. Mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren ist zu bestrafen, wer die Tat als Mitglied einer kriminellen Vereinigung oder so begeht, dass sie einen besonders schweren Nachteil der minderjährigen Person zur Folge hat; ebenso ist zu bestrafen, wer eine pornographische Darstellung einer minderjährigen Person (Abs. 4) unter Anwendung schwerer Gewalt herstellt oder bei der Herstellung das Leben der dargestellten minderjährigen Person vorsätzlich oder grob fahrlässig gefährdet.

(3) Wer sich eine pornographische Darstellung einer mündigen minderjährigen Person (Abs. 4 Z 3 und 4) verschafft oder eine solche besitzt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr zu bestrafen. Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren ist zu bestrafen, wer sich eine pornographische Darstellung einer unmündigen Person (Abs. 4) verschafft oder eine solche besitzt.

(3a) Nach Abs. 3 wird auch bestraft, wer im Internet wissentlich auf eine pornographische Darstellung Minderjähriger zugreift.

(4) Pornographische Darstellungen Minderjähriger sind
1 wirklichkeitsnahe Abbildungen einer geschlechtlichen Handlung an einer unmündigen Person oder einer unmündigen Person an sich selbst, an einer anderen Person oder mit einem Tier,
2. wirklichkeitsnahe Abbildungen eines Geschehens mit einer unmündigen Person, dessen Betrachtung nach den Umständen den Eindruck vermittelt, dass es sich dabei um eine geschlechtliche Handlung an der unmündigen Person oder der unmündigen Person an sich selbst, an einer anderen Person oder mit einem Tier handelt,
3 wirklichkeitsnahe Abbildungen

---

[84] Bericht des Justizausschusses zur Änderung des österreichischen Strafgesetzbuches vom 04.03.2009, zu Z 13 lit. b (§ 207a Abs. 3a StGB), S. 34 f.
[85] BGBl. I Nr. 40/2009 vom 8. April 2009.

a) einer geschlechtlichen Handlung im Sinne der Z 1 oder eines Geschehens im Sinne der Z 2, jedoch mit mündigen Minderjährigen, oder
b) der Genitalien oder der Schamgegend Minderjähriger,
soweit es sich um reißerisch verzerrte, auf sich selbst reduzierte und von anderen Lebensäußerungen losgelöste Abbildungen handelt, die der sexuellen Erregung des Betrachters dienen;
4. bildliche Darstellungen, deren Betrachtung - zufolge Veränderung einer Abbildung oder ohne Verwendung einer solchen - nach den Umständen den Eindruck vermittelt, es handle sich um eine Abbildung nach den Z 1 bis 3.

(5) Nach Abs. 1 Z 1 und Abs. 3 ist nicht zu bestrafen, wer
1. eine pornographische Darstellung einer mündigen minderjährigen Person mit deren Einwilligung und zu deren eigenem Gebrauch herstellt oder besitzt oder
2. *eine pornographische Darstellung einer mündigen minderjährigen Person nach Abs. 4 Z 4 zu seinem eigenen Gebrauch herstellt oder besitzt, sofern mit der Tat keine Gefahr der Verbreitung der Darstellung verbunden ist.*

Mit Stand 24. März 2010 waren bei den Staatsanwaltschaften zwölf Verfahren wegen § 207a Abs. 3a anhängig, wovon in sieben Fällen eine Anklageschrift bei Gericht eingebracht wurde. Bisher kam es zu einer Verurteilung. Der Beschuldigte wurde wegen §§ 206 Abs. 1 StGB, 201 Abs. 1 StGB, 207 Abs. 1 StGB, 212 Abs. 1 Z 1 StGB und 207a Abs. 3a StGB zu einer unbedingten Freiheitsstrafe in der Dauer von fünf Jahren verurteilt. Das Urteil ist seit 4. Dezember 2009 rechtskräftig.[86]

7.3. De lege ferenda

7.3.1. Strafloser Konsum versus strafbarer Besitz

Die Tatvariante des Konsums wurde zwar bewusst nicht unter Strafe gestellt. Allerdings nicht etwa aufgrund eines sachlichen Kriteriums, welches eine verschiedenartige Beurteilung des Besitzes und des Konsums bezüglich ihrer Strafwürdigkeit rechtfertigen würde, vielmehr diente als einzige Begründung ein missratener Verweis in die Praxis. Eine Kriminalisierung des Konsums würde, so der Wortlaut der Botschaft, „die Strafverfolgung vor unverhältnismässige Probleme“ stellen.[87] Strafbar solle lediglich derjenige Konsument sein, der gleichzeitig auch besitze, was – so wiederum die Botschaft – „zumindest in jenen Fällen, in denen es zur Strafverfolgung kommt, in der Regel der Fall sein dürfte“.[88] Aber genau diese rechtlich unterschiedliche Behandlung von Besitz und Konsum stellt für die Strafverfolgungsbehörden die eigentliche Crux dar. Eine solche Differenzierung zwischen strafbarem Besitz und straflosem Konsum macht im Bereich des Internets wenig Sinn.[89]

---

[86] Anfragebeantwortung durch die Bundesministerin für Justiz Mag. Claudia Bandion-Ortner zur schriftlichen Anfrage (4686/J-NR/2010) der Abgeordneten Heinz-Christian Strache, Kolleginnen und Kollegen an die Bundesministerin für Justiz betreffend Verfahren gemäss § 207a Abs. 3a StGB (BMJ-Pr7000/0066-Pr 1/2010; http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/AB/AB_04578/index.shtml).
[87] BBl 2000 III 2943 + 2979.
[88] BBl 2000 III 2943 + 2979.
[89] FREY/OMLIN, 2003, S. 1382.

Wenn man sich noch einmal den Zweckgedanke von Ziff. 3bis vor Augen führt, den Markt für Kinderpornographie „auszutrocknen“, erscheint auch das Betrachten von Kinderpornographie im weltweiten Netzwerk ohne dauerhafte Speicherung der Bilddateien auf der Festplatte strafwürdig. Gerade das Beispiel zum Internet zeigt, dass der „blosse“ visuelle und akustische Verbraucher in mindestens gleichem Masse wie der Besitzer den Markt für Kinderpornographie belebt und auf diese Weise mittelbar für die Herstellung einschlägiger Erzeugnisse und damit für den Missbrauch von Kindern verantwortlich ist. Der Konsum als solcher ist unter dem Aspekt des „Darstellerschutzes“ daher ebenso strafwürdig wie der Erwerb (im weiteren Sinne) oder der Besitz.[90] Allerdings ist eine Einschränkung für denjenigen Nutzer zu machen, der im Internet zufällig – unvorsätzlich – auf eine Seite kinderpornographischen Inhalts stösst und diese sogleich wieder verlässt. Massgeblich für die Abgrenzung zwischen dem noch straflosen, zufälligen Zugriff und einem strafbaren Interesse an entsprechenden Seiten in einer künftigen Gesetzesnovelle muss sein, wie oft und wie lange der Nutzer auf einschlägige Seiten zugreift, also die Dauer und die Intensität des Zugriffs.[91]

7.3.2. Neuregelung

Bei einer Neuregelung sollte vorab zwischen den einzelnen verpönten Handlungen, nämlich sexuelle Handlungen mit Kindern, solchen mit Tieren und solchen mit menschlichen Ausscheidungen sowie Gewalttätigkeiten unterschieden werden. Die Gleichstellung der Kinderpornographie und Gewaltpornographie mit der Darstellung sexueller Handlungen mit Tieren und menschlichen Ausscheidungen scheint nicht gerechtfertigt. Zudem bringt das Festhalten an der strafrechtlichen Gleichbehandlung der Kinder- und Gewaltpornographie mit Pornographieformen von weit geringerer Schwere das Risiko einer Aufweichung des Strafrechtsschutzes mit sich.[92]

Sexuelle Handlungen unter Einbezug menschlicher Ausscheidungen mögen zwar als abstossend und unmoralisch angesehen werden, doch kann kein wirklich zu schützendes Rechtsgut gefunden werden. Gerade bei dieser Strafvariante wird klar, dass sie „nicht für den strafrechtlichen Rechtsgüterschutz, sondern für das Image des Gesetzgebers bzw. der erfolgreichen Moralunternehmer“ von Bedeutung ist. Auch die vielfach angebrachte korrumpierende Wirkung überzeugt hier kaum, denn entweder wird der Durchschnittsbürger davon angeekelt sein oder er könnte diese Art von Pornographie möglicherweise selbst praktizieren. Weiter nicht gerechtfertigt ist die Strafbarkeit, weil die Tat an sich straffrei ist, die Herstellung aber strafbar sein soll. Diese Strafvariante sollte deshalb gänzlich gestrichen werden.[93]

Auch die verpönte Tathandlung der harten Pornographie mit Tieren sollte nicht mehr strafbar sein. Bei sexuellen Handlungen mit Tieren übernimmt das Tierschutzgesetz die Aufgabe die „Würde der Kreatur“ zu schützen. Dies ist kein geschütztes Rechtsgut von Art. 197 Ziff. 3 und 3bis StGB. Die Würde des Tiers dürfte zudem bei solchen Darstellungen kaum verletzt sein, da

---

[90] WEISSENBERGER, 1999, S. 163 f.
[91] HARMS, 2003, S. 650; WEISSENBERGER, 1999, S. 164.
[92] WEISSENBERGER, 1999, S. 169.
[93] BUNDI, 2008, S. 366; WEISSENBERGER, 1999, S. 165 f.

es für ein Tier selbst keine Rolle spielt, ob solche Bilder von ihm existieren. Es mag zwar unserer Kultur zuwiderlaufen solche Bilder herzustellen, dennoch kann nicht alles, was möglicherweise eine korrumpierende Wirkung auf einzelne Menschen haben mag, kriminalisiert werden.[94]

Bezüglich der Gewaltpornographie wäre zu diskutieren, ob nicht lediglich eindringliche Darstellungen sexueller Handlungen mit besonders grausamen Gewalttätigkeiten als qualifizierte Pornographie im Sinne von Art. 197 Ziff. 3 und 3bis StGB gelten sollten. Damit würden die Bedenken gegenüber der Gleichbehandlung von Kinder- und Gewaltpornographie hinfällig.[95] Allenfalls könnte in Art. 197 StGB auf die Strafbarkeit von sexuellen Gewalttätigkeiten auch komplett verzichtet werden. Dies würde einerseits dazu führen, dass „harmlose" sadomasochistische Praktiken gänzlich straffrei werden bzw. allenfalls unter Ziff. 1 fallen. Sind andererseits tatsächliche Gewaltakte im Spiel, so kann immer noch auf Art. 135 StGB zurückgegriffen werden, wenn sie eindringlich dargestellt werden.[96]

Die reale Kinderpornographie dokumentiert immer einen sexuellen Kindesmissbrauch und damit eine schwere Persönlichkeitsverletzung. Der unerlaubte Umgang mit Kinderpornographie perpetuiert diese, da sie sowohl vom Täter als auch von Drittpersonen jederzeit zur Kenntnis genommen werden kann. Das Wissen der Opfer um die Existenz, mögliche Verbreitung und voraussehbare Verwendung der Darstellung der sie betreffenden Straftat zur sexuellen Anreizung kann ähnlich unerträglich sein wie die Erinnerung an die Tat selbst. Insofern bedürfen nicht nur die potentiellen „Darsteller" unter 16 Jahren des strafrechtlichen Schutzes, sondern auch diejenigen Kinder, die bereits zur Herstellung solcher Produkte missbraucht wurden, und zwar unabhängig davon, ob die Haupttat im In- oder Ausland begangen wurde.[97]

Es ist weiter zu bedenken, dass das schweizerische StGB betreffend Strafbarkeit der Kinderpornographie sehr weit geht. Es verbietet nämlich auch virtuelle Pornographie mit Kindern. Hier stellt sich die Frage, was für ein Rechtsgut mit einer virtuellen sexuellen Handlung mit Kindern betroffen sein soll, wenn man bedenkt, dass die Ziff. 3 und 3bis primär den Schutz der Opfer bezweckt. Die Tatsache, dass solche virtuellen Pornographiearten immer noch unter Ziff. 1 und 2 fallen, dürfte selbstredend sein. Um diese Problematik zu entschärfen, sollte auf sog. wirklichkeitsnahe oder tatsächliche sexuelle Handlungen abgestellt werden. Wirklichkeitsnahe Handlungen sind solche, die wie echte erscheinen und möglicherweise solche sind. Damit muss die Strafbehörde nicht beweisen, dass es sich um tatsächliche Handlungen handelt. Vielmehr reicht es aus, wenn es den Anschein hat, dass ein Kind missbraucht wird. Hier sollte auf den verständigen Betrachter abgestellt werden, so dass theoretisch auch ein wie ein Kind scheinender, aber in Wirklichkeit älterer Darsteller diese Handlung erfüllen kann.[98] Einen Vorschlag zur Definition von Kinderpornographie ist beispielsweise im Rahmenbeschluss 2004/68/JI des Rates der Europäischen Union zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornographie vom 22. Dezember 2003 zu finden. Demgemäss gilt nach Art. 1 lit. a jede Person unter achtzehn Jahren als Kind. In lit. b werden sodann drei Fälle von Kinderpornographie auf-

---

[94] BUNDI, 2008, S. 368; WEISSENBERGER, 1999, S. 166 f.
[95] WEISSENBERGER, 1999, S. 167 f.
[96] BUNDI, 2008, S. 368.
[97] WEISSENBERGER, 1999, S. 163 f.
[98] BUNDI, 2008, S. 366 f.

gezählt, nämlich solche mit i) echten Kindern, die an einer eindeutig sexuellen Handlung aktiv oder passiv beteiligt sind, einschließlich aufreizendem Zur-Schau-Stellen der Genitalien oder der Schamgegend von Kindern, oder ii) von echten Personen mit kindlichem Erscheinungsbild, die aktiv oder passiv an der genannten Handlung beteiligt sind, oder iii) von realistisch dargestellten, nicht echten Kindern, die aktiv oder passiv an der genannten Handlung beteiligt sind.

Die Strafbarkeit kann auch Fälle betreffen, in denen reale Kinder nicht missbraucht, sondern beispielsweise in Bilder mit sexuellen Inhalten hineinkopiert werden, sofern diese wirklichkeitsnah sind. Wirklichkeitsnah bearbeitete oder gemorphte Computerbilder werden ebenfalls von der Strafbarkeit erfasst. Diese Bestrafung muss aufgrund der Perpetuierung der Straftat erfolgen. Virtuell sind nur Handlungen, die in einem vollständig computergenerierten Milieu mit ebensolchen Kindern stattfinden. Soweit es eindeutig virtuelle Kinder betrifft, werden solche Gegenstände nach Ziff. 1 beurteilt. Dies ist insofern sinnvoll, da mit Ziff. 3 und Ziff. 3bis primär die Darsteller geschützt werden sollen. Sie sind aber nur insoweit zu schützen, als es sie auch tatsächlich gibt.[99]

Die selbständige Qualifikation der harten Pornographie sollte sich daher auf Darstellungen sexueller Handlungen mit Kindern oder Gewalttätigkeiten beschränken. Die Exkrement- und Sodomiepornographie wäre dann wie die weiche Pornographie im Rahmen von Art. 197 Ziff. 1 und 2 StGB strafbar. Um einen lückenlosen und kohärenten Darstellerschutz zu gewährleisten, sollte auch der Konsum von Kinder- und Gewaltpornographie als solcher mit Strafe belegt werden.

Erklärung:

„Ich erkläre hiermit, dass ich die vorliegende Arbeit resp. die von mir ausgewiesene Leistung selbständig, ohne Mithilfe Dritter und nur unter Ausnützung der angegebenen Quellen verfasst resp. erbracht habe.“

Bern, 11. Mai 2011 Gabriela Matt

[99] BUNDI, 2008, S. 369.