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
# Inhaltverzeichnis

I. **INHALTSVERZEICHNIS** .......................................................................................................................... I

II. **LITERATURVERZEICHNIS** ................................................................................................................ III

III. **AMTLICHE SAMMLUNG UND RECHTSPRECHUNG** .................................................................... VI

IV. **ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS** ........................................................................................................ VIII

V. **GLOSSAR** ........................................................................................................................................ IX

VI. **KURZFASSUNG** ............................................................................................................................... XII

---

<table>
<thead>
<tr>
<th>I.</th>
<th>INHALTSVERZEICHNIS</th>
</tr>
</thead>
<tbody>
<tr>
<td>1.</td>
<td>AUSGANGSPUNKT - FRAGESTELLUNGEN .................................................................................. 1</td>
</tr>
<tr>
<td>2.</td>
<td>RECHTSGUT UND ANGRIFFSOBJEKT .................................................................................... 2</td>
</tr>
<tr>
<td>2.1.</td>
<td>GESETZESWORTLAUT ................................................................................................. 2</td>
</tr>
<tr>
<td>2.2.</td>
<td>RECHTSGUT .................................................................................................................. 2</td>
</tr>
<tr>
<td>2.3.</td>
<td>ANGRIFFSOBJEKT - „PORNOGRAPHIEBEGRIFF“ ...................................................... 3</td>
</tr>
<tr>
<td>2.4.</td>
<td>TATOBJEKT ................................................................................................................. 6</td>
</tr>
<tr>
<td>3.</td>
<td>GRÜNDE FÜR DIE EINFÜHRUNG DES VERBOTS DES BESITZES HARTER PORNOGRAPHIE ... 7</td>
</tr>
<tr>
<td>4.</td>
<td>DEFINITION „BESITZ“ I. S. VON ART. 197 ZIFF. 3bis ...................................................... 8</td>
</tr>
<tr>
<td>4.1.</td>
<td>AUSGANGSLAGE .......................................................................................................... 8</td>
</tr>
<tr>
<td>4.2.</td>
<td>BEGRIFF DES BESITZES IM BETMG ........................................................................... 8</td>
</tr>
<tr>
<td>4.3.</td>
<td>BEGRIFF DES GEWAHRSAMS BEIM DIEBSTAHL ....................................................... 8</td>
</tr>
<tr>
<td>4.4.</td>
<td>ABGRENZUNG ZWISCHEN DEM BESITZESBEGRIFF IM BETMG UND DEM GEWAHRSAMSBEGRIFF BEIM DIEBSTAHL .................................................................................................................. 9</td>
</tr>
<tr>
<td>4.5.</td>
<td>ANNÄHERUNG AN DEN BESITZESBEGRIFF IN ART. 197 ZIFF. 3bis STGB ................. 9</td>
</tr>
<tr>
<td>4.6.</td>
<td>BLICK INS ZIVILRECHT .............................................................................................. 10</td>
</tr>
<tr>
<td>4.7.</td>
<td>SCHLUSSSOLLERGER ................................................................................................. 11</td>
</tr>
<tr>
<td>5.</td>
<td>ABGRENZUNG ZUM KONSUM BZW. HERSTELLEN &amp; BEISPIELE FÜR KONSUM/BESITZ/HERSTELLEN .......................................................... 14</td>
</tr>
<tr>
<td>5.1.</td>
<td>ABGRENZUNG ZUM KONSUM BZW. HERSTELLEN ..................................................... 14</td>
</tr>
<tr>
<td>5.2.</td>
<td>BEISPIELE .................................................................................................................... 14</td>
</tr>
<tr>
<td>5.2.1.</td>
<td>Konsum ....................................................................................................................... 14</td>
</tr>
<tr>
<td>5.2.2.</td>
<td>Besitz ......................................................................................................................... 15</td>
</tr>
<tr>
<td>5.2.3.</td>
<td>Herstellen .................................................................................................................. 16</td>
</tr>
<tr>
<td>6.</td>
<td>BESONDERHEIT CACHE ................................................................................................. 17</td>
</tr>
<tr>
<td>6.1.</td>
<td>ZUR FUNKTIONSWEISE ......................................................................................... 17</td>
</tr>
<tr>
<td>6.2.</td>
<td>ZUM EINGANGS ERWÄHNTEN FALLBEISPIEL .......................................................... 17</td>
</tr>
<tr>
<td>6.2.1.</td>
<td>Erstinstanzliches Urteil ............................................................................................ 17</td>
</tr>
<tr>
<td>6.2.2.</td>
<td>Zweitinstanzliches Urteil .......................................................................................... 19</td>
</tr>
<tr>
<td>6.3.</td>
<td>AUSFÜHRUNGEN IN DER BOTSCHAFT ................................................................... 19</td>
</tr>
<tr>
<td>6.4.</td>
<td>LEHRE UND RECHTSPRECHUNG ............................................................................. 19</td>
</tr>
<tr>
<td>6.4.1.</td>
<td>Rechtsprechung des Bundesgerichts ....................................................................... 19</td>
</tr>
<tr>
<td>6.4.2.</td>
<td>Lehre ......................................................................................................................... 20</td>
</tr>
<tr>
<td>6.5.</td>
<td>EXKURS: DEUTSCHLAND .......................................................................................... 21</td>
</tr>
<tr>
<td>6.5.1.</td>
<td>Gesetzeswortlaut ...................................................................................................... 21</td>
</tr>
<tr>
<td>6.5.2.</td>
<td>Rechtsprechung und Lehre zum Cache ................................................................... 22</td>
</tr>
<tr>
<td>6.5.3.</td>
<td>Betrachten nach gezieltem Aufruf ......................................................................... 22</td>
</tr>
</tbody>
</table>
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. Straflöser Konsum versus strafbarer Besitz............................................................................32

7.3.2. Neuregelung ...............................................................................................................................33
II. LITERATURVERZEICHNIS


ALBRECHT PETER

BUNDI MARCO
Der Straftatbestand der Pornographie in der Schweiz: mit rechtsvergleichendem Blick auf Deutschland und die USA, Diss. BE 2008.

DONATSCH ANDREAS

FELBER MARKUS

FERNER JENS

FINGERHUTH THOMAS/TSCHURR CHRISTOF

FREY GEORGES/OMLIN ESTHER

FROMMEL MONIKA

GERCKE MARCO/BRUNST PHILLIP

GERCKE MARCO

GERCKE MARCO
Harms Sven


Hilgendorf Eric


Hochmayr Gudrun


Hörnle Tatjana


Jenny Guido/Schubarth Martin/Albrecht Peter


Koller Daniel


Matzky Ralph


Meng Kaspar/Schwaibold Matthias


Niggli Marcel Alexander

Gezieltes Abspeichern ist Herstellen, in: Jusletter 1. November 2004 [Rz].

Niggli Marcel Alexander/Riedo Christof


Rey Heinz


Scheffler Uwe

Zur Strafbarkeit des Betrachtens kinderpornographischer Internet-Seiten auf dem PC, Zugleich eine Besprechung von OLG Schleswig, Beschluss vom

**SCHMID JÖRG/HÜRLIMANN-KAUP BETTINA**

**STRATENWERTH GÜNTER/ JENNY GUIDO**

**STRATENWERTH GÜNTER/ WOHLERS WOLFGANG**

**TRECHSEL STEFAN/BERTOSSA CARLO**

**TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/ SCHMID JÖRG/RUMO-JUNGO ALEXANDRA**

**WEDER ULRICH**

**WEISSENBERGER PHILIPPE**

**WEISSENBERGER PHILIPPE**

**WIPRÄCHTIGER HANS**

**ZIEGLER THEO**
StGB, Strafgesetzbuch, Kommentar, Hrsg. von Heitschel/Heinegg, München 2010.
III. AMTLICHE SAMMLUNGEN UND RECHTSPRECHUNG

Bundesblatt:

Bericht und Vorentwürfe:

Amtliches Bulletin des National- und Ständerats:
– 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:
Kantonale Urteile

Urteile des Schweizerischen Bundesgerichts
– 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.
**IV. ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS**

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

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 Multimediatenien dient.


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.


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


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

| 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. |
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.


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


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.

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.


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. 3 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 sexu-
len Inhalten hineinkopiert werden, sofern diese wirklichkeitsnah sind. Wirklichkeitsnah bearbei-
tete oder gemorphte Computerbilder werden ebenfalls von der Strafbarkeit erfasst. Diese Bestra-
fung 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. 3\textsuperscript{bis} 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. 3\textsuperscript{bis} StGB beleuchtet, insbesondere der Besitz an unkörperlichen Darstellungen. Denn, \textit{was bedeutet eigentlich „Besitz“ im Sinne von Art. 197 Ziff. 3\textsuperscript{bis} 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 ange- sehen.“


Bevor aber in Kapitel 4 auf den Besitzesbegriff i.S.v. Art. 197 Ziff. 3\textsuperscript{bis} 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. 3\textsuperscript{bis} geführt haben, dargelegt (Kapitel 3).

\[\text{\textsuperscript{2} Gegen diesen Entscheid erhob die Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern am 07.09.2010 Beschwerde ans Bundesgericht. Der Entscheid des Bundesgerichts ist zurzeit noch ausstehend.}\]
2. Rechtsgut und Angriffsobjekt

2.1. Gesetzeswortlaut

Art. 197 StGB - Pornographie


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 In- halt 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, erwerbt, sich über elektronische Mittel oder sonst wie beschafft oder besitzt.
Die Gegenstände werden eingezogen.3


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

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 korruptierend 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 Kindesmiss-handlungen ab. 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 Angebotssseite bezweckt, setzt Art. 197 Ziff. 3bis StGB auf der Nachfrageseite an, indem durch die Abnahme der Nachfrage eine Angebotsenkung 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 γραφεῖν (graphein „schreiben“). Einziger Beleg für den Gebrauch eines entsprechenden Begriffs in der antiken Überlieferung ist eine Stelle im Gelehrten-Gastmahl 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-

6 KOLLER, 2007, S. 266.

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 erübrigen 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 vergrößern 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


---

8 [http://de.wikipedia.org/wiki/Pornographie](http://de.wikipedia.org/wiki/Pornographie)
9 MENG/SCHWAIBOLD, 2007, N 12 zu Art. 197.
10 MENG/SCHWAIBOLD, 2007, N 14 zu Art. 197.
Begrifflich unterscheidet Art. 197 StGB zwischen der „weichen“ und der „harten“ Pornografie. Diese Differenzierung entspricht nicht der handelüblichen Unterscheidung in „Soft-Pornos“ und „Hardcore-Pornos“.12


a) Kinder

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) miteinbeziehen, sind verbotene harte Pornographie (BGE 117 IV 465). Als Gewalt kommen vor allem körperliche Misshandlungen (unter Ausschluss geringfügiger Tätigkeiten) 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 Fessel spielle. 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 Übermitt lungswegen angelegt.21 Es steht damit ausser Zweifel, dass die Umschreibung des Tatobjekts in

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**


Art. 197 Ziff. 3\(^{\text{bis}}\) StGB auferlegt dem Endkonsumenten also eine strafrechtliche Mitverantwortung im Umgang mit harter Pornographie.

---


\(^{23}\) BBi 2000 III 2973 ff.

4. **Definition „Besitz“ i.S. von Art. 197 Ziff. 3\(^{bis}\)**

4.1. **Ausgangslage**

Gemäss den Ausführungen in der Botschaft orientiert sich der Besitzesbegriff nach Art. 197 Ziff. 3\(^{bis}\) 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.


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


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 Gewahrsambegriff 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 realen Kindesmissbrauch. Somit unterliegen strafrechtlicher und nebenstrafrechtlicher Besitz unterschiedlichen gesetzgeberischen Vorstellungen. Die Tatdefinition „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.

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.

Weiter gilt es zu beachten, dass der Begriff des Besitzes im Nebenstrafrecht und der Gewahrsambegriff 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-

---

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 bereitgestellten 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 Speicherdiensten des Nutzers erstellt (Arbeitsspeicher oder permanente Datenträger). 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 Besitzverdopplung 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 harde pornographische unkörperliche Informationen haben also ein ungleich größeres Gefahrenpotential als derlei körperliche Sachen.

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. 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. 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

36 BBl 2000 III 2979, Fn. 129.
zur Herrschaft aus, wenn sich die Sache nach der Verkehrsanschauung in der Einfluss sphäre 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


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


a) Herrschaftsmacht als objektives Element:


38 SCHMID/HÜRLIMANN-KAUP, 2009, § 2 Rn 89 ff.
b) Herrschaftswille als subjektives Element:

Der strafrechtliche Besitzer muss einen die Sachherrschaft tragenden Herrschaftswille 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 verschiedenenerorts strafbarer Besitz von Kinderpornographie nach Art. 197 Ziff. 3bis StGB begründet wurde.40


Da es sich beim Besitz um ein Dauerdelikt handelt, hat die Entledigung der unerwünschten Pornographie aus dem Machtbereich bei deren Kenntnisserlangung 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

sich der Besitzer der unerwünschten harten Pornographie demnach straflos, sofern er bei Kenntnislockerung eine unmittelbare Löschung veranlasst.\textsuperscript{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. 3\textsuperscript{bis} 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.

\textsuperscript{44} KOLLER, 2007, S. 290 f.
5. **Abgrenzung zum Konsum bzw. Herstellen & Beispiele für Konsum/Besitz/Herstellen**

5.1. **Abgrenzung zum Konsum bzw. Herstellen**

<table>
<thead>
<tr>
<th>Konsum</th>
<th>Besitz</th>
<th>Herstellen</th>
</tr>
</thead>
<tbody>
<tr>
<td>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.</td>
<td></td>
<td></td>
</tr>
</tbody>
</table>

5.2. **Beispiele**

5.2.1. **Konsum**

- Besuch einer Filmvorführung mit verbotenen pornographischen Darstellungen.
- Durchblättern einer Zeitschrift oder eines Buches mit verbotenen pornographischen Darstellungen.
- 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](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 Inhaltspeicherung auf einen Datenträger einsetzt (vgl. dazu Kapitel 5.2.2, Punkt 7). 48


5.2.2. Besitz

− Besitz von verbotenen pornographischen Zeitschriften, Videos, DVD’s, Büchern, 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 Inhaltspeicherung 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.
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.
6. Besonderheit Cache

6.1. Zur Funktionsweise


6.2. Zum eingangs erwähnten Fallbeispiel

6.2.1. Erstinstanzliches Urteil


6.2.2. Zweitinstanzliches Urteil


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

\(^59\) BBI 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 Kapitel 7.3.1.).61


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,
wendet 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.

(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


63 FERNER, 2010, Rn. 3.
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.
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.“


---


Die Möglichkeiten anonymer Kommunikation und die weltweit höchst unterschiedliche Effektivität der Strafverfolgung hätten zur Folge, dass heute kinderpornographische Inhalte für jedenmann 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 be-reits 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 Ab speicherung 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 schwerer 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.
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. 3\(^{\text{bis}}\) wurde also bewusst, 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. 3\(^{\text{bis}}\) 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. 3\(^{\text{bis}}\) 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. 3\(^{\text{bis}}\) StGB.

Mit Blick auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Download und zum Beschaffen nach Ziff. 3\(^{\text{bis}}\) ist auch der Begriff des Besitzes weit zu fassen. Dies einseits mit Blick auf das Ziel der Einführung von Ziff. 3\(^{\text{bis}}\), 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 Bilddaufrnahme mit verbotenem pornographischen In-

\(^{74}\) BBl 2000 III 2975.
\(^{75}\) BBl 2000 III 2979.
\(^{77}\) 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 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:


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 Totallösung früher gespeicherten Daten gelungen ist.

78 BBl 2000 III 2977.
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.
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. 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 Informationslängsung in kurzen Abständen oder eine automatische Lösung mittels spezieller Software. Notwendig ist, dass sofort gelöscht wird, irrelevant ist, wie dies erfolgt.
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 Inhaltspeicherungen 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 blos „flüchtige“ Speicherung der Bilddateien im Arbeitsspeicher zur Erfüllung des Tatbestandes nicht genügt. Es fehlt an der erforderlichen Dauerhaftigkeit und Festigkeit der Sachherrschaft.

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 zugriffen haben. Die subjektive Tatseite soll auch aus den Umständen abgeleitet werden können. Darunter fällt z.B. die Tatsache, 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 Europaratsmitgliedsstaaten unterzeichnet, aber noch von keinem Mitgliedstaat ratifiziert worden sei. Es könnten daher noch keine Aussagen hinsichtlich des allfälligen Vorbehaltverhaltens der Mitgliedsstaaten in Bezug auf Art. 20 Abs. 1 lit. f gemacht werden. Österreich solle bei der Bekämpfung der Kinderpornographie indes eine führende Rolle einnehmen. Die Staatenregierung des Europarates habe mit der Annahme des zusätzlichen Tatbestandes Neuland betreten, aber eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass (auch) diese Tatgegensatzvariante 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 einen 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 müsste, 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 gewerbmäßig 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.
a) einer geschlechtlichen Handlung im Sinne der Z 1 oder eines Geschehens im Sinne der Z 2, je-

doch mit mündigen Minderjährigen, oder

b) der Genitalien oder der Schamgegend Minderjähriger,

soweit es sich um reißerisch verzerrte, auf sich selbst reduzierte und von anderen Lebensäuße-

rungen 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 Einwilli-

gung 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 Verbrei-

tung 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 eingereicht 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 unbe-

dingten 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 Be-

sitzes und des Konsums bezüglich ihrer Strafbarkeit 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 Be-

handlung 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 An-

frage (4686/J-NR/2010) der Abgeordneten Heinz-Christian Strache, Kolleginnen und Kollegen an die Bundesmi-

nisterin für Justiz betreffend Verfahren gemäß § 207a Abs. 3a StGB (BMJ-Pr7000/0066-Pr 1/2010; 87 BBl 2000 III 2943 + 2979.


88 BBI 2000 III 2943 + 2979.

89 FREY/OMLIN, 2003, S. 1382.
Wenn man sich noch einmal den Zweckgedanke von Ziff. 3 bis 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 „blose“ 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 „Darstellungsschutzes“ 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


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 3 bis StGB. Die Würde des Tiers dürfte zudem bei solchen Darstellungen kaum verletzt sein, da

90 WEISSENBERGER, 1999, S. 163 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 korruptierende 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


95 WEISSENBERGER, 1999, S. 167 f.
96 BUNDI, 2008, S. 368.
97 WEISSENBERGER, 1999, S. 163 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.


Erklärung:

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

Bern, 11. Mai 2011

Gabriela Matt