

Prof. Dr. Marcel Alexander Niggli

Gezieltes Abspeichern ist Herstellen

In seinem BGE 6S.186/2004 vom 5. Oktober 2004 hat der Kassationshof seine Rechtsprechung zur harten Pornografie (Art. 197 Ziff. 3 StGB) erneut verschärft. Nachdem er in BGE 124 IV 106 bereits entschieden hatte, dass auch die Einfuhr zum Eigenkonsum (ohne Absicht einer Weiterverbreitung) ein strafbares Einführen im Sinne von Art. 197 Ziff. 3 StGB darstelle, und in BGE 128 IV 25 konstatierte, dass auch das bloss Vervielfältigen oder Vergrössern ein Herstellen im Sinne dieser Norm bedeute, hat es im vorliegend interessierenden Entscheid seine Auslegung von Art. 197 Ziff. 3 StGB nochmals bedeutend erweitert, indem es entschied, dass es «für das Tatunrecht und den Taterfolg keinen Unterschied [mache], ob etwa aus einem Buch mit kinderpornographischen Bildern Kopien hergestellt werden oder dies durch Herunterladen solcher Bilder aus dem Internet auf einen Datenträger» erfolge (E. 1.4). Es hat damit das Herunterladen und bewusste Kopieren auf einen Datenträger explizit nicht als «Beschaffen» i.S.v. Art. 197 Ziff. 3bis StGB qualifiziert, sondern als Herstellen i.S.v. Ziff. 3 dieser Bestimmung.

BGE 6S.186/2004 vom 5. Oktober 2004

[Rz 1] Massgeblich für diese Qualifikation dürfte – auch wenn das Bundesgericht dies nicht zugibt – gewesen sein, dass ein Sachverhalt zu beurteilen war, der sich zwischen Mai 1999 und Mai 2001 abgespielt hat, also noch vor der Einführung der neuen Tatvariante des Beschaffens und Besitzens i.S.v. Art. 197 Ziff. 3^{bis} StGB. Diese erst nachträglich per 1. April 2002 ins StGB eingeführte Bestimmung war mithin auf den fraglichen Sachverhalt nicht anwendbar. Ein Verneinen des Herstellens i.S.v. Art. 197 Ziff. 3 StGB hätte also zur Straflosigkeit geführt. Bei der Lektüre des Entscheides wird man denn auch den Verdacht nicht los, das Bundesgericht habe sich hier von Strafwürdigkeitsüberlegungen leiten lassen und die Anwendbarkeit der neuen Bestimmung zeitlich vorgezogen. Das hat das Bundesgericht zwar schon verschiedentlich getan (vgl. bloss BGE 122 II 422 sowie kritisch dazu M. A. Niggli, Kursmanipulation als Betrug? Aktuelle Juristische Praxis, 7/1998: 395-408), ändert an der Verwerflichkeit dieses Tuns aber nichts. Warum aber ein solch gravierender Verdacht aufkommt, soll im Folgenden dargetan werden:

[Rz 2] Das Obergericht des Kantons Solothurn hatte in der kassierten Entscheidung an sich durchaus richtig festgestellt, das bloss Herunterladen und Speichern von Bildern aus dem Internet, ohne dass sie manipuliert würden, stelle kein Herstellen dar, weil es am typischen physischen Produktionsvorgang bzw. der handwerklichen Komponente fehle. Es gebe nicht bereits Vorhandenes oder Vorfabriziertes, das man schon besitzen müsse und woraus etwas angefertigt werde. Zu Recht verweist es auf die Einführung von Art. 197 Ziff. 3^{bis} StGB, der gerade das elektronische Herunterladen und nachmalige Besitzen solchen Materiales habe erfassen sollen. Die Einführung dieser Tatvariante wäre aber nicht notwendig gewesen, wenn das Herunterladen und Kopieren ohnehin bereits als Herstellen strafbar gewesen wäre. Dem ist an sich nichts hinzuzufügen. So haben wir – die nicht in die unendliche Weisheit des höchsten Gerichtes Eingeweihten – bisher tatsächlich Art. 197 Ziff. 3 StGB und darauf basierend die Notwendigkeit der Einführung von Ziff. 3^{bis} derselben Norm verstanden.

[Rz 3] Das Bundesgericht aber lehnt diese Position mit folgenden Argumenten ab:

1. Herstellen (unter Verweis auf BGE 128 IV 25) umfasse das «gesamte von Menschen bewirkte Geschehen, das ein im Tatbestand umschriebenes Endprodukt» hervorbringe (E. 1.3).
2. Für den Begriff des Herstellens sei nicht erheblich, wie dieses erfolge. «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» sei daher eine Herstellungshandlung, «genau so wie etwa das Einscannen und Abspeichern von Bildern». Entscheidend sei beim Kopieren nämlich nicht die Art des Vorgangs, sondern der Umstand der Reproduktion und das Kopiererergebnis in der Form des mit einem Datensatz beschriebenen Datenträgers (E. 1.4 Absatz 1).
3. Mit der Tatvariante des Erwerbs, sich über elektronische Mittel oder sonstwie Beschaffens oder Besitzens i.S.v. Art. 197 Ziff. 3^{bis} StGB habe der Gesetzgeber sicherstellen wollen, dass elektronische Medien vollständig

erfasst würden. Für die Absicht einer Privilegierung des Herstellens oder elektronischen Kopierens bestehe kein Anzeichen. Zwar sei richtig, dass bei einem Herunterladen auf einen eigenen Datenträger ein Besitz ohne vorgängige Beschaffungshandlung nicht denkbar sei. Dennoch sei aber ein Beschaffen ohne Besitzen möglich, namentlich dann, wenn blosser Zugang zu inkriminiertem Material bestehe, d.h. dann wenn die Pornografie nicht auf eigenen Datenträgern abgespeichert werde, sondern auf einem fremden Rechner jederzeit für den Täter zugänglich sei (E. 1.4 Absatz 2).

4. Angesicht der bereits im Tatzeitraum grossen öffentlichen Sensibilisierung gegenüber der harten Pornografie, der Berichterstattung in den Medien darüber sowie des schon damals erheblich verstärkten Einsatzes der Strafverfolgungsbehörden und des Gesetzgebers könne nicht ernsthaft angenommen werden, der Täter habe die Strafbarkeit seines Tuns nicht für möglich gehalten (E. 1.5).

[Rz 4] Dazu ist Folgendes anzumerken:

[Rz 5] Die Definition des Bundesgerichts ist sicherlich vertretbar. Nur –: Problematisch erscheint die weitestgehende Gleichsetzung einer elektronischen Kopie mit dem Herstellen eines physischen Gegenstandes. Hier nämlich findet die Analogie zwischen realer und virtueller Welt ihre Grenze. Ist das elektronische Kopieren einer elektronischen Datei tatsächlich ein Herstellen im Sinne des Gesetzes? Im weitesten Sinne sicherlich. Bei genauerem Hinsehen indes nicht wirklich.

[Rz 6] Ist durch eine elektronische Kopie mehr in der Welt als zuvor? Wohl nur, wenn diese Kopie auf einen anderen Datenträger kopiert wird, also entweder weitergesandt wird oder aber am selben Ort auf ein anderes Medium kopiert wird. Solange die Kopien auf demselben Medium bleiben, kann man nicht wirklich von einem Herstellen im üblichen Sinne sprechen. Dies deshalb, weil die Datei eben immer dieselbe bleibt. Egal welche meiner tausend Kopien ich ausdrücke, es bleibt immer dasselbe Bild, und erst der Ausdruck lässt sie eigentlich unterscheidbar werden. Entsprechend macht es ja meist auch wenig Sinn, auf ein und demselben Medium Sicherungskopien zu erstellen, weil eben alle Kopien denselben Risiken unterliegen. Letztlich stimmt aber auch dies nicht ganz: Bestimmte Programme erstellen (oder können dies zumindest, wenn man die Einstellungen entsprechend konfiguriert) bei jedem Speichervorgang jeweils zwei Dateien. Und wer über ein Hard-Disk-Array verfügt, also ein Zusammenschalten von mehreren Festplatten, und das RAID-Schema «Spiegelung» verwendet, der produziert von jeder Änderung auf seiner Festplatte jeweils ein Doppel (je eines auf jeder Festplatte). Handelt es sich auch hier um ein Kopieren und damit ein Herstellen? Nach der Definition des Bundesgerichtes sicherlich. Nach dem Verständnis anderer Personen wahrscheinlich nicht. Die Beispiele lassen deutlich werden, dass die eigentliche Crux mit dem Begriff des «Herstellens» darin besteht, dass das Kopieren von elektronischen Dateien in vielen Fällen automatisch abläuft, ohne dass der Benutzer dies bewusst wählt oder gar beeinflusst.

[Rz 7] Wollte man schon die bundesgerichtliche Definition des Herstellens verwenden, so müsste *der Begriff selbst* jedenfalls mit direktem Vorsatz gekoppelt sein. Dass Eventualvorsatz nicht ausreichen kann, lässt sich leicht zeigen: Wer seine Mail abrufen, der weiss nicht, was er abrufen, aber er nimmt in Kauf, dass von allen von ihm abgerufenen Mails (und ihren jeweiligen Attachments/Anhängen) auf seinem Rechner eine Kopie hergestellt wird. Wer also eine Mail empfängt mit einem pornographischen Bild (das er weder gewünscht noch sonst veranlasst hat), der nimmt doch zweifellos durch das Abrufen seiner Mail in Kauf, dass auf seinem Rechner eine Kopie davon erstellt wird. Wie das Beispiel zeigt, wird im elektronischen (virtuellen) Bereich permanent etwas «hergestellt», ohne dass dies auch zwingend ein «Herstellen» im klassischen Sinne meinen müsste. Problematisch erscheint daran nun, dass der Begriff des Herstellens eben nicht per se, aus sich selbst heraus, Handeln mit direktem Vorsatz meint. Auch das beiläufige, unachtsame, ungewollte Herstellen ist eben ein Herstellen. Und jeder, der im Internet surft, stellt eben Kopien des betrachteten Materials her, sofern er nicht sein Cache deaktiviert hat (was die wenigsten tun, weil sie gar nicht wissen, was ein Cache ist). Gerade diese Konstellation sollte aber explizit vom Beschaffen und Besitzen im Sinne von Art. 197 Ziff. 3^{bis} StGB ausgeschlossen werden. Es scheint wenig sinnvoll, wenn dieses Versprechen zwar gehalten wird, dafür aber Strafbarkeit nach Ziff. 3 derselben Norm eintritt.

[Rz 8] Darüber hinaus verschweigen die vorstehenden Argumente (wie dies auch der bundesgerichtliche Entscheid tut) wesentliche Unstimmigkeiten in der Systematik.

1.

bis

[Rz 9] Bis zur Einführung von Art. 197 Ziff. 3 StGB war, was auch das Bundesgericht explizit zugibt, der Erwerb harter Pornografie straflos. Das bundesgerichtliche Verständnis des Begriffes «Herstellen» führt nun dazu, dass derjenige, der Kinderpornografie käuflich erwirbt, nur nach Art. 197 Ziff. 3^{bis} StGB strafbar wird (Gefängnis bis zu einem Jahr) bzw. vor Einführung dieser Tatvariante straflos blieb, während derjenige, der pornographisches Material herunterlädt und speichert, mit Gefängnis bis zu drei Jahren bestraft wird. Das kann nicht wirklich konsistent erscheinen. Offensichtlich wird dies, wenn man sich einen Erwerber vorstellt, der physisch via Post das inkriminierte Material erhält und ihn mit einem vergleicht, der ebenfalls käuflich aber via Internet erwirbt. Können die Unterschiede im Strafmass (beide Male wird erworben) tatsächlich damit erklärt werden, dass der via Internet Erwerbende mehr kriminelle Energie an den Tag legt? Wohl kaum, eher das Gegenteil dürfte zutreffen. Worin aber könnte dann der Unterschied bestehen, der eine Verdreifachung der Strafdrohung rechtfertigt?

2.

[Rz 10] Vom Bundesgericht gänzlich ausgeblendet wird das Problem, dass Art. 197 Ziff. 3 und 3^{bis} StGB nicht denselben Anwendungsbereich kennen: Während Ziff. 3 alle vier Formen der harten Pornografie erfasst (Kinder, Tiere, Gewalt und Exkremete), bedroht Ziff. 3^{bis} nur das Beschaffen/Besitzen von drei solcher Formen (Kinder, Tiere, Gewalt) mit Strafe. Wollte man dem bundesgerichtlichen Argument folgen, dass Ziff. 3^{bis} im Kern eine Privilegierung von bereits nach Ziff. 3 erfassten Handlungen darstellt, dann würde dies doch heissen, dass privilegiert eben nur das Beschaffen von Pornografie mit Kindern, Tieren oder Gewalt sein soll, während Beschaffen von Pornografie mit Exkrementen von dieser «Privilegierung» ausgeschlossen bleiben soll. Und dies könnte doch nur meinen, dass diese Form der harten Pornografie vom Gesetzgeber als besonders verwerflich (und verwerflicher z.B. als Kinderpornografie) gewertet wird. Das kann selbst das weiseste aller Gerichte nicht wirklich glauben, oder etwa doch?

3.

[Rz 11] Auch das Argument des Bundesgerichts, für Ziff. 3^{bis} bleibe durchaus Anwendungsraum, vermag nicht wirklich zu überzeugen. Will man den Begriff des «Beschaffens» nicht seinerseits masslos ausweiten und darunter bereits das Erlangen eines Zugangs verstehen, so bleiben in der Tat kaum Varianten, in denen elektronisch beschafft wird, ohne dass gleichzeitig besessen – d.h. vorgängig auch «hergestellt» würde. Die vom Gericht erwähnte Konstellation eines mittels Passwort erlangten dauernden und unbeschränkten Zugangs zum pornographischen Material kann ja wohl nur dann als Beschaffen verstanden werden, wenn das via Passwort zugängliche Material eben auch dauerhaft und uneingeschränkt zugänglich ist. Denn nur wenn auf dem fremden Rechner immer dasselbe Material gespeichert und zugänglich bleibt, kann von einem Beschaffen gesprochen werden, nicht aber dann, wenn das zugängliche Material ohne Zustimmung des Benutzers jederzeit verändert werden kann. Ein Beispiel: Habe ich mir tatsächlich den Text eines bestimmten Buches beschafft, wenn ich Zugang (via Passwort und Bezahlung) zu einem fremden Rechner erhalte, auf dem jederzeit ein anderer Text gespeichert werden kann? Wohl kaum. Das bundesgerichtliche Beispiel kann mithin nur dann als «Beschaffen» gelten, wenn der fremde Rechner wie ein eigener benutzt wird, d.h. wenn im Kern eine analoge Situation zum Mitbesitz oder zum geteilten Besitz besteht. Ist hingegen das Material, zu welchem ich Zugang habe, überhaupt nicht unter meiner Kontrolle und kann jederzeit ohne meine Zustimmung und mein Zutun ausgetauscht oder gelöscht werden, dann dürfte der blosser Zugang (ohne zugehöriges Herunterladen) dazu auch nicht als Beschaffen gelten, sondern eben als blosses Erlangen des Zugangs. Denn wer sich den Zugang zu einer Information beschafft, beschafft sich damit noch nicht die Information selbst, wenn diese ohne sein Zutun und ohne seine Zustimmung jederzeit verschwinden oder geändert werden kann.

[Rz 12] Auch das zweite bundesgerichtliche Beispiel eines «Beschaffens» ohne Herstellen erscheint inkonsistent: Wer auf eigene Initiative eine Mail mit strafbarem Datenanhang erhält und die Datei im Eingangsspeicher belässt, hat doch mittels seines Abrufens der Mail bereits eine entsprechende Datei auf seinem Rechner erstellt, d.h. in der bundesgerichtlichen Perspektive hergestellt. Das «Empfangen/Abrufen» einer Mail besteht eben im Kopieren einer Datei, die sich auf einem fremden Rechner befindet, auf den eigenen Rechner. Die Datei auf dem Mail-Server (von dem die Mail abgerufen wird), muss dadurch nicht gelöscht werden und häufig geschieht dies auch nicht (je nach Einstellung im Mail-Programm). D.h. das Löschen der «Ursprungsdatei» auf dem Mail-Server erfolgt erst nach erfolgreichem Kopieren der Datei auf den eigenen Rechner. Bei diesem Sachverhalt (Initiative für den Mail-Versand geht vom Täter aus) erstellt er diese Kopie doch auch direkt vorsätzlich. Denn nach der bundesgerichtlichen Definition kann es doch nicht darauf ankommen, auf welchem Medium er die Datei erstellt (Festplatte oder externe Laufwerke). Entsprechend dürfte dies doch in der Logik des Bundesgerichts nicht als Beschaffen, sondern müsste als Herstellen gelten.

4.

[Rz 13] Schliesslich bricht beim subjektiven Tatbestand das Gutmenschentum (oder das Strafbedürfnis, je nach Standpunkt) des Bundesgerichts endgültig durch. Es könne, so das Gericht, nicht ernsthaft angenommen werden, der Täter habe die Strafbarkeit seines Tuns nicht für möglich gehalten. Das möchte ich doch stark bezweifeln. Ich jedenfalls hätte dies durchaus für möglich gehalten und ich war – bis zu dieser Entscheidung – mit dem Obergericht des Kantons Solothurn bisher auch der Meinung, gerade die Straflosigkeit dieses Tuns habe die Einführung von Art. 197 Ziff. 3^{bis} StGB notwendig gemacht. Und weder das Obergericht des Kantons Solothurn noch ich selbst waren durch die Sensibilisierung der Öffentlichkeit, die mediale Berichterstattung oder verstärkte Aktivität von Strafverfolgung und Gesetzgeber zu einer anderen Auffassung gelangt. Im Gegenteil: Gerade die Diskussion um die Einführung der Strafbarkeit des Besitzes und die entsprechenden gesetzgeberischen Aktivitäten hatten uns in der Annahme bestärkt, Erwerb (und damit a maiore minus auch das Herunterladen) und Besitzen seien straflos.

[Rz 14] Alles in allem bestehen gegenüber der bundesgerichtlichen Interpretation des Begriffs «Herstellen» derart gravierende Bedenken, dass der ursprüngliche Verdacht, das Gericht habe den «Mangel» einer damals nicht-bestehenden Strafbarkeit des Beschaffens und Besitzens durch seine Auslegungskünste beheben wollen, eher bestärkt als entkräftet wird. Dieses «Vorwirken» einer Bestimmung mittels Auslegung anderer Bestimmungen ist bereits bedenklich, wenn es sich – wie vorliegend – primär aus dem Strafbedürfnis nährt. Auch könnte rechtspolitisch diesem Strafbedürfnis vielleicht sogar Verständnis entgegengebracht werden (wenn auch nur beschränkt, handelt es sich doch vorliegend gerade nicht um einen Produzenten von Kinderpornografie, sondern eben um einen Nutzer derselben). Nur –: Die eigentliche Crux liegt eben darin, dass das Gericht durch seine Entscheidung eben nicht nur diesen konkreten Fall entscheidet, sondern eben auch seine Praxis für die (nähere) Zukunft festlegt. Was nun diese zukünftigen Auswirkungen betrifft, also die Frage des «Herstellens» grundsätzlich und systematisch betrachtet, so muss der Entscheid sicherlich als Fehlentscheid betrachtet werden, bringt er doch mehr Probleme als er löst. Insofern kann er höchstens als Beispiel dafür taugen, dass man auch mit dem bestem Willen und den nobelsten Absichten Schlechtes bewirken kann.

Der Autor ist Professor für Strafrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Freiburg i. Ü. und ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Rechtssoziologie und Kriminologie.

Wortlaut von **Art. 197** des Schweizerischen Strafgesetzbuchs vor der Änderung vom 5. Oktober 2001, die am 1. April 2002 in Kraft getreten ist (AS 2002 408 409; BBl 2000 2943):

Art. 197

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 Gefängnis oder mit Busse 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 Tieren, menschlichen Ausscheidungen oder Gewalttätigkeiten zum Inhalt haben, herstellt, einführt, lagert, in Verkehr bringt, anpreist, ausstellt, anbietet, zeigt, überlässt oder zugänglich macht, wird mit Gefängnis oder mit Busse bestraft.

Die Gegenstände werden eingezogen.

4

Handelt der Täter aus Gewinnsucht, so ist die Strafe Gefängnis und Busse.

5

Gegenstände oder Vorführungen im Sinne der Ziffern 1–3 sind nicht pornographisch, wenn sie einen schutzwürdigen kulturellen oder wissenschaftlichen Wert haben.

Wortlaut von **Art. 197** des Schweizerischen Strafgesetzbuchs *seit* der Änderung vom 5. Oktober 2001, die am 1. April 2002 in Kraft getreten ist:

Art. 197

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 Gefängnis oder mit Busse 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 Gefängnis oder mit Busse bestraft.

Die Gegenstände werden eingezogen.

3^{bis}

Mit Gefängnis bis zu einem Jahr oder mit Busse 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 sonstwie beschafft oder besitzt.

Die Gegenstände werden eingezogen.

4

Handelt der Täter aus Gewinnsucht, so ist die Strafe Gefängnis und Busse.

5

Gegenstände oder Vorführungen im Sinne der Ziffern 1–3 sind nicht pornographisch, wenn sie einen schutzwürdigen kulturellen oder wissenschaftlichen Wert haben.

Rechtsgebiet: Strafrecht
Erschienen in: Jusletter 1. November 2004
Zitiervorschlag: Marcel Alexander Niggli, Gezieltes Abspeichern ist Herstellen, in: Jusletter 1. November 2004
Internetadresse: <http://www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.asp?ArticleNr=3502>