Urteilskopf

137 IV 208

30. Auszug aus dem Urteil der Strafrechtlichen Abteilung i.S. Generalstaatsanwaltschaft des Kantons Bern gegen X. (Beschwerde in Strafsachen) 6B_744/2010 vom 12. Mai 2011

Regeste (de):
Besitz an elektronischen Daten mit pornographischem Inhalt (Art. 197 Ziff. 3bis StGB).

Der Besitz an elektronischen Daten setzt objektiv Gewahrsam und subjektiv Herrschaftswillen voraus (E. 4.1).

Hinsichtlich der verbotenen pornographischen Daten im Cache-Speicher verfügt der Computerbenutzer über die Herrschaftsmacht (E. 4.2.1).

Der subjektive Tatbestand des Besitzens von pornographischen Dateien im Cache-Speicher ist zurückhaltend zu bejahen. Ein ungeübter Computer-/Internetbenutzer, der von der Existenz des Cache-Speichers und den darin enthaltenen Daten nichts weiss, fällt als Täter nach Art. 197 Ziff. 3bis StGB ausser Betracht. Ob er von den Daten Kenntnis hat, ist nach den Umständen im Einzelfall zu entscheiden (E. 4.2.2).

Wer bewusst verbotene pornographische Daten im Cache belässt, erfüllt das Tatbestandsmerkmal des Besitzens gemäss Art. 197 Ziff. 3bis StGB (E. 4.2.2).

Regeste (fr):
Possession de données électroniques à contenu pornographique (art. 197 ch. 3bis CP).

La possession de données électroniques suppose, d'un point de vue objectif, la détention de celles-ci et, d'un point de vue subjectif, la volonté d'en avoir la maîtrise (consid. 4.1).

L'utilisateur d'un ordinateur dispose d'un pouvoir de disposition sur les données pornographiques interdites qui se trouvent dans la mémoire-cache de ce dernier (consid. 4.2.1).

L'élément subjectif de la possession de données pornographiques dans la mémoire-cache doit être admis avec retenue. L'utilisateur inexpérimenté d'un ordinateur ou d'Internet, qui ignore tout de l'existence d'une telle mémoire et des données qu'elle contient, ne peut être considéré comme l'auteur d'une infraction à l'art. 197 ch. 3bis CP. Il faut déterminer selon les circonstances concrètes du cas d'espèce s'il a connaissance de ces données (consid. 4.2.2).

Celui qui consciemment laisse des données pornographiques interdites dans la mémoire-cache remplit l'élément constitutif de la possession selon l'art. 197 ch. 3bis CP (consid. 4.2.2).

Regesto (it):
Possesso di dati elettronici dal contenuto pornografico (art. 197 n. 3bis CP).

Il possesso di dati elettronici presuppone, sotto il profilo oggettivo, il potere di fatto su tali dati e, sotto il profilo soggettivo, la volontà di esercitarlo (consid. 4.1).

In relazione ai dati pornografici vietati contenuti nella memoria cache l'utente del computer dispone del potere di fatto (consid. 4.2.1).

L'aspetto soggettivo della fattispecie di possesso di dati pornografici nella memoria cache va ammesso con

riserbo. Un utente di computer o di internet inesperto, che nulla sa dell'esistenza della memoria cache e dei dati ivi contenuti, non può essere ritenuto autore del reato di cui all'art. 197 n. 3bis CP. La questione di sapere se egli abbia conoscenza dei dati va risolta sulla base delle circostanze concrete del caso di specie (consid. 4.2.2).

Chi consapevolmente lascia nella memoria cache dati pornografici vietati adempie la fattispecie di possesso giusta l'art. 197 n. 3bis CP (consid. 4.2.2).

Sachverhalt ab Seite 209

BGE 137 IV 208 S. 209

A. Anlässlich eines Ermittlungsverfahrens wurden bei X. diverse alte Videofilme, Fotos und Hefte sowie vierzig elektronische Dateien im temporären Internetspeicher gefunden, welche unter anderem sexuelle Handlungen mit Tieren zeigen.

B. Das Kreisgericht III Aarberg-Büren-Erlach verurteilte X. am 19. November 2009 wegen Pornographie zu einer bedingten Geldstrafe von 10 Tagessätzen zu Fr. 140.- und zu einer Busse von Fr. 350.-. Das Obergericht des Kantons Bern sprach ihn im Berufungsverfahren vom Vorwurf der Pornographie in Bezug auf die im temporären Internetspeicher befindlichen Dateien frei. Es bestrafte ihn mit einer bedingten Geldstrafe von 5 Tagessätzen zu Fr. 130.- und einer Busse von Fr. 260.-.

C. Gegen dieses Urteil erhebt der Generalprokurator des Kantons Bern Beschwerde in Strafsachen. Er beantragt, das Urteil des Obergerichts des Kantons Bern vom 22. April 2010 sei aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

D. X. beantragt, die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen. Das Obergericht des Kantons Bern verzichtete auf eine Vernehmlassung.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Nach Art. 197 StGB macht sich strafbar, 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 (Ziff. 1). Wer Gegenstände oder Vorführungen im Sinne von Ziffer 1, die sexuelle Handlungen mit Kindern oder mit Tieren, menschlichen Ausscheidungen oder Gewalttätigkeiten zum Inhalt haben, herstellt, einführt, lagert, in Verkehr bringt, anpreist, ausstellt, anbietet, zeigt, überlässt oder zugänglich macht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder

mit Geldstrafe bestraft (Ziff. 3). Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer Gegenstände oder Vorführungen im Sinne von Ziffer 1, die sexuelle Handlungen mit Kindern oder Tieren oder sexuelle Handlungen mit Gewalttätigkeiten zum Inhalt haben, erwirbt, sich über elektronische Mittel oder sonstwie beschafft oder besitzt (Ziff. 3bis).

2.2 Die Herstellung elektronischer Dateien pornographischen Inhalts nach Art. 197 Ziff. 3 StGB ist vom blossen Besitz nach Art. 197 Ziff. 3bis StGB sowie vom straflosen Konsum abzugrenzen. Ein gezieltes Herunterladen pornographischer Dateien aus dem Internet auf den eigenen Computer oder einen anderen Datenträger (sogenannter "download") gilt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als Herstellen im Sinne von Art. 197 Ziff. 3 StGB, da mit dem Kopiervorgang eine weitere, identische Datei entsteht. Vorausgesetzt wird dabei eine bewusste Beschaffungshandlung, indem der Täter einen entsprechenden Befehl in den Computer eingibt, um den Kopiervorgang zu starten (vgl. BGE 131 IV 16 E. 1.4 und 1.5 S. 21 ff. mit Hinweisen). Diese Rechtsprechung wurde bestätigt im Urteil 6B_289/2009 vom 16. September 2009, in welchem sich das Bundesgericht mit der in der Lehre erwachsenen Kritik zum Herstellen auseinandersetzte. Im Gegensatz zum bewussten Download fällt das automatische Speichern verbotener pornographischer Informationen im Cache, welches ohne Zutun des Internetbenutzers beim Betrachten von Webseiten erfolgt, nicht unter den Tatbestand des Herstellens nach Art. 197 Ziff. 3 StGB. Es unterscheidet sich in subjektiver Hinsicht vom bewussten Herstellen. Auch wenn im Cache-Speicher eine identische Kopie des auf dem Internet vorhandenen Abbilds auf der Festplatte angelegt wird, handelt es sich nicht um einen Produktionsvorgang, auf welchen der Täter wissentlich und willentlich einwirkt (vgl. BGE 131 IV 16 E. 1.4 und 1.5 S. 21 f. mit Hinweisen).

2.3 In seiner bisherigen nicht publizierten Praxis verneinte das Bundesgericht grundsätzlich den Besitz des durchschnittlichen Internetbenutzers an Daten im temporären Internetspeicher (vgl. Urteile 6B_289/2009 vom 16. September 2009 E. 1.4.5; 6S.254/2006 vom 23. November 2006 E. 3.3). Den Usern komme zwar faktisch die Herrschaftsmacht über die Cache-Daten ihrer Computer zu, da sie darauf auch ohne Internetverbindung zurückgreifen könnten. Viele würden aber auf die Entstehung, Speicherdauer sowie

Löschung der Cache-Dateien keinen Einfluss nehmen und diese im Offline-Modus nicht nutzen. Deshalb fehle es ihnen am Herrschaftswillen, unabhängig davon, ob sie um die technische Funktionsweise des Cache-Speichers Bescheid wüssten. Hingegen liege strafbarer Besitz nach Art. 197 Ziff. 3bis StGB vor, wenn ein Internetbenutzer den temporären Cache-Speicher so einstelle ("fait de sorte que"), dass die Daten mindestens für eine gewisse Zeit nicht gelöscht würden und es ihm möglich sei, ohne Internetverbindung darauf zuzugreifen (zit. Urteil 6S.254/2006 E. 3.3 mit Hinweisen).

3.

3.1 Die bisherige Rechtsprechung und Literatur zeigen, dass die Abgrenzung zwischen straflosem Konsum und strafbarem Besitz harter Pornographie insbesondere bei elektronisch gespeicherten Daten Schwierigkeiten bereitet. Anhand des vorliegenden Falls ist zu prüfen, ob an der Rechtsprechung, dass das Vorhandensein verbotener pornographischer Daten im Cache-Speicher grundsätzlich keinen strafrechtlich relevanten Besitz darstellt, festgehalten werden kann.

3.2 Der Gesetzgeber wollte die Medien, über welche pornographische Darstellungen verbreitet werden, vollständig erfassen, weshalb sich die Strafbarkeit auch auf Daten in elektronischer Form sowie neue Speicherungsformen erstreckt (Botschaft vom 10. Mai 2000 über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes betreffend strafbare Handlungen gegen die sexuelle Integrität, die Verjährung bei Sexualdelikten an Kindern und das Verbot des Besitzes harter Pornographie, BBl 2000 2943 ff. Ziff. 2.2.1 am Ende). Der blosse Konsum harter Pornographie soll nach Auffassung des Bundesrats nicht strafbar sein, weil dadurch allein kein Herrschaftsverhältnis bezüglich des Tatobjekts aufrechterhalten werde. Im Internetbereich liege strafrechtlich relevanter Besitz vor, wenn der Benutzer pornographische Darstellungen auf eigene Datenträger, z.B. seine Festplatte, herunterlade und sie in seinen Herrschaftsbereich aufnehme. Er gebe damit zu erkennen, dass er gegebenenfalls wieder auf diese Bilder zurückgreifen wolle. Nehme hingegen der Browser in temporären Dateien (d.h. im Cache) eine Zwischenspeicherung vor, so stelle das Vorhandensein solcher temporärer Dateien, auf deren Entstehung viele Internetbenutzer keinen Einfluss nehmen könnten, noch keine als Besitz zu qualifizierende Sachherrschaft dar (Botschaft, a.a.O., Ziff. 2.2.4.3).

3.3 Gewisse Autoren lehnen, teilweise unter Hinweis auf die Botschaft des Bundesrates, einen strafrechtlich relevanten Besitz am Inhalt des Cache-Speichers ab. Das Aufrufen einer Webseite sei straflos (so etwa JOSÉ HURTADO POZO, Droit Pénal, Partie spéciale, 2009, § 107 Rz. 3234 ff.; ANDREAS DONATSCH, Delikte gegen den Einzelnen, 9. Aufl. 2008, S. 514; TRECHSEL/BERTOSSA, in: Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2008, N. 16 zu Art. 197 StGB; MENG/SCHWAIBOLD, in: Basler Kommentar, Strafrecht, Bd. II, 2. Aufl. 2007, N. 57 zu Art. 197 StGB; FAVRE/PELLET/STOUDMANN, Code pénal, 3. Aufl. 2007, N. 3.7 zu Art. 197 StGB; MARIO BRANDA, Pornografia infantile e internet: aspetti di responsabilità penale e elementi processuali, in: RtiD 2005 I S. 512). Andere gehen davon aus, dass derjenige, der seinen Cache-Speicher mit verbotenen pornographischen Daten nicht lösche bzw. den Browser nicht entsprechend einstelle, sich einer möglichen Strafbarkeit aussetze (MARCO BUNDI, Der Straftatbestand der Pornographie in der Schweiz, 2008, Rz. 318). Nach TIRELLI kann das Wissen um die Funktionsweise des Cache zu strafbarem Besitz von Pornographie führen (LUDOVIC-ADRIEN TIRELLI, La répression pénale des consommateurs de pédopornographie à l'heure de l'Internet, 2008, S. 381). KOLLER vertritt die Auffassung, dass der geübte Internetbenutzer, welcher um die Funktionsweise des Cache wisse, Herrschaftsmacht sowie -willen an den dort gespeicherten Daten und damit strafbaren Besitz erlange (DANIEL KOLLER, Cybersex, 2007, S. 298). WIPRÄCHTIGER bejaht den strafbaren Besitz an den Daten im Cache, sofern jemand mit einer gewissen Regelmässigkeit verbotene Pornographie im Internet konsumiere. Denn der Erhalt der Cache-Dateien für einen gewissen Zeitraum entspreche den Standardeinstellungen, ohne dass der Benutzer daran etwas ändern müsste ("faire de sorte que"), wie im zit. Urteil 6S.254/2006 (E. 3.3 und 3.4) suggeriert werde (HANS WIPRÄCHTIGER, Das geltende Sexualstrafrecht - eine kritische Standortbestimmung, ZStrR 125/2007 S. 312 f. Fn. 102). CASSANI/WERLY erachten die in der Botschaft des Bundesrates vorgenommene Unterscheidung zwischen dem Computernutzer, der die Bilder herunterlädt, und dem blossen Betrachter für unbefriedigend, da auch im zweiten Fall eine automatische Kopie im Cache erstellt werde (CASSANI/WERLY, Pornographie dure et représentations de la violence: deux nouvelles incriminations, Medialex 2001 S. 191 f.).

4.

4.1 Der Begriff des Besitzes an elektronischen Daten unterteilt sich in objektive und subjektive Komponenten. Er orientiert sich am

strafrechtlichen Gewahrsamsbegriff. In objektiver Hinsicht wird tatsächliche Sachherrschaft vorausgesetzt (vgl. Botschaft, a.a.O., Ziff. 2.2.4.2; ULRICH WEDER, in: StGB, Kommentar, 18. Aufl. 2010, N. 23 zu Art. 197 StGB; HURTADO POZO, a.a.O., § 107 Rz. 3233; DONATSCH, a.a.O., S. 514; TIRELLI, a.a.O., Ziff. 649 ff. und 654 ff.; BUNDI, a.a.O., Rz. 304 ff.; KOLLER, a.a.O., S. 286 ff.; MENG/SCHWAIBOLD, a.a.O., N. 56 zu Art. 197 StGB; FAVRE/PELLET/STOUDMANN, a.a.O., N. 3.7 zu Art. 197 StGB; FREY/OMLIN, "Genesis" - Pornographie & Internet, AJP 2003 S. 1381). Hingegen ist eine Beschaffungshandlung nicht erforderlich. Strafbar macht sich auch derjenige, welcher zunächst unvorsätzlich in den Besitz von unerlaubtem pornographischem Material gelangt ist und dieses nach Kenntnisnahme seines Inhalts weiter aufbewahrt (BGE 131 IV 64 E. 11.4 S. 76 f. mit Hinweisen; vgl. auch STRATENWERTH/WOHLERS, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 2. Aufl. 2009, N. 11 zu Art. 197 StGB; WEDER, a.a.O., N. 25 zu Art. 197 StGB). Die Herrschaftsmöglichkeit an Daten kommt demjenigen zu, welcher diese auf seinem eigenen Computer oder andern Datenträgern (externe Festplatte, DVD, CD, Diskette, Memory Stick u.a.) gespeichert hat. Er kann wie ein Besitzer eines physischen Gegenstandes darüber verfügen, sie verändern, löschen, kopieren usw. Aber auch bei verbotenen pornographischen Darstellungen auf einem fremden Web-Server kann Sachherrschaft vorliegen, etwa wenn auf eine passwortgeschützte Internetseite mit vertraglich garantiertem Inhalt zugegriffen wird (vgl. Botschaft, a.a.O.; zit. Urteil 6S.254/2006 E. 3.4). In subjektiver Hinsicht bedarf es des Herrschaftswillens (vgl. Botschaft a.a.O.; TIRELLI, a.a.O.; BUNDI, a.a.O.; KOLLER, a.a.O.; WEDER, a.a.O.; MENG/SCHWAIBOLD, a.a.O.). Hinsichtlich der Speicherung mittels technischer Geräte wird erwartet, der Täter habe Kenntnis um die Funktionsweise und den Inhalt der Speicherung (FREY/OMLIN, a.a.O., zum Zwischenspeicher). Denn wer eine Sache beherrschen will, weiss um ihre Existenz.

4.2

4.2.1 Hinsichtlich der Daten im Cache-Speicher verfügt der Computer-/Internetbenutzer aus objektiver Sicht über die Herrschaftsmacht, da ihm auf der Festplatte eine Kopie der im Internet besuchten Seiten zur Verfügung steht. Er hat die Möglichkeit, mittels geeigneter Programme ohne Internetverbindung auf deren Inhalt zuzugreifen und damit nach Belieben zu verfahren. Die Cache-Dateien bleiben für eine gewisse Zeitdauer gespeichert, bis sie automatisch überschrieben oder manuell gelöscht werden. Die begrenzte

zeitliche Sachherrschaft spricht nicht gegen Besitz (vgl. Urteil 6S.254/2006 E. 3.3; WIPRÄCHTIGER, a.a.O.). Zudem können die Daten selbst nach dem Überschreiben oder Löschen mittels handelsüblicher Software in vielen Fällen wiederhergestellt werden (vgl. DOMINIC RYSER, "Computer Forensics", eine neue Herausforderung für das Strafprozessrecht, in: Internet-Recht und Strafrecht, 2005, S. 567 und 581 f.). Insoweit ist die Auffassung, wonach die Vergänglichkeit der Cache- Dateien gegen Besitz spreche (Botschaft, a.a.O., Ziff. 2.2.1.3 betreffend "temporäre" Dateien), jedenfalls bei Benutzern, die über entsprechende Kenntnis verfügen (vgl. dazu nachfolgend), nach dem heutigen Stand der Technik zu relativieren.

4.2.2 Ist der objektive Tatbestand erfüllt, muss der subjektive geprüft werden. Bestimmt es das Gesetz nicht ausdrücklich anders, so ist nur strafbar, wer ein Verbrechen oder Vergehen vorsätzlich begeht (Art. 12 Abs. 1 StGB). Vorsätzlich begeht ein Verbrechen oder Vergehen, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt. Vorsätzlich handelt bereits, wer die Verwirklichung der Tat für möglich hält und in Kauf nimmt (Art. 12

Abs. 2 StGB). Bei der Bejahung des subjektiven Tatbestandes des Besitzes von pornographischen Dateien im Cache-Speicher ist Zurückhaltung geboten. Ein ungeübter Computer-/Internetbenutzer, der von der Existenz des Cache-Speichers und den darin enthaltenen Daten nichts weiss, fällt als Täter nach Art. 197 Ziff. 3bis StGB ausser Betracht. Ob er von den Daten Kenntnis hat, ist nach den konkreten Umständen im Einzelfall zu entscheiden. Hinweise darauf können sich beispielsweise aus der Änderung der automatischen Internet-Einstellungen, dem Vorhandensein von Programmen wie Cache-Viewer bzw. Cache-Reader, der manuellen Löschung des Cache-Speichers, dem Nachweis eines Offline-Zugriffs oder aus seinen allgemeinen Fachkenntnissen im Zusammenhang mit Computern und Internet ergeben. Wer hingegen um die automatische Speicherung der strafbaren pornographischen Daten weiss und diese im Nachgang an eine Internetsitzung nicht löscht, manifestiert dadurch seinen Besitzwillen, selbst wenn er darauf nicht mehr zugreift. Er ist genauso strafwürdig wie der Täter, der ein entsprechendes physisches Dokument aufbewahrt, welches ihm unwillentlich zugekommen ist (vgl. BGE 131 IV 64 E. 11.4 S. 76 f. mit Hinweisen). Das bewusste Belassen von verbotenen pornographischen Daten im Cache fällt somit unter den Tatbestand des Besitzens nach Art. 197 Ziff. 3bis StGB. Insoweit kann an der bisherigen unpublizierten Rechtsprechung, welche den

Besitz an Daten im Cache-Speicher ungeachtet der objektiven und subjektiven Komponenten des Besitzes grundsätzlich verneinte (zit. Urteil 6S.254/2006), nicht festgehalten werden.