

## Zitiernachweis:

SCHWARZENEGGER, Christian 2012: Weiche Pornographie im Internet und in der Mobiltelefonie (Art. 197 Ziff. 1 StGB) – Prävention, Jugendschutz durch altersbegrenzten Zugang (adult verification systems) und die Verantwortlichkeit der Provider, in: Schwarzenegger, Christian / Nägeli, Rolf (Hrsg.), Viertes Zürcher Präventionsforum – Illegale und schädliche Inhalte im Internet und in den neuen Medien - Prävention und Jugendschutz. Zürich: Schulthess, 33-108

# **Weiche Pornographie im Internet und in der Mobiltelefonie (Art. 197 Ziff. 1 StGB) – Prävention, Jugendschutz durch altersbegrenzten Zugang (adult verification systems) und die Verantwortlichkeit der Provider**

Christian Schwarzenegger\*

## **Inhalt**

I.	Fragestellung.....	35
II.	Die Unterscheidung zwischen weicher und harter Pornographie .....	36
III.	Zur Bedeutung der Pornographie in der Informationsgesellschaft .....	38
IV.	Die Beteiligten und die Dienste .....	44
	1. Die Beteiligten .....	44
	a) Die Beteiligten an der Internetkommunikation .....	44
	b) Die Beteiligten an der Kommunikation via Mobilfunknetz (Mobiltelefonie) .....	47
	2. Differenzierung der Dienste .....	51
V.	Die Strafbarkeit der weichen Pornographie (Art. 197 Ziff. 1 StGB).....	52
	1. Das geschützte Rechtsgut von Art. 197 Ziff. 1 StGB .....	52
	2. Vorfrage: Ist das Medienstrafrecht anwendbar? .....	53
	3. Objektiver Tatbestand.....	57
	a) Deliktsart .....	57
	b) Was ist weiche Pornographie?.....	57
	c) Pornographische Gegenstände und Vorführungen .....	61
	d) Erfasste Tathandlungen .....	61
	aa) Zugänglichmachen .....	61
	bb) Weitere Tathandlungen (Anbieten, Zeigen, Überlassen, Durch- Radio-oder-Fernsehen-Verbreiten) .....	64

---

\* Für die Unterstützung bei der Aktualisierung dieses Beitrages danke ich lic. iur. Denise Schmohl und BLaw Sandra Muggli herzlich.

4. Subjektiver Tatbestand .....	64
a) Vorsatz .....	64
b) Qualifikation bei Gewinnsucht (Art. 197 Ziff. 4 StGB) .....	65
5. Welche strafrechtliche Verantwortlichkeit für welche(n) Provider? .....	66
6. Strafflosigkeit bei schutzwürdigem kulturellen oder wissenschaftlichen Wert .....	69
7. Verfassungs- und konventionalrechtliche Schranken des Pornographieverbots .....	70
a) Das Verbot der weichen Pornographie als Eingriff in die Meinungs-, Medien- und Wirtschaftsfreiheit .....	70
b) Die Voraussetzungen des staatlichen Eingriffs in die Grundrechte .....	71
c) Schutzpflichten gegenüber Jugendlichen .....	75
d) Das Verbot kommerzieller Pornographie im Mobiltelefonbereich aus konventions- und verfassungsrechtlicher Sicht .....	76
VI. Altersverifikationsmechanismen und ihre Kompatibilität mit Art. 197 Ziff. 1 StGB .....	78
a) Ein Warnhinweis mit der Möglichkeit zur Selbstdeklaration ohne effektive Altersverifikation ist nicht ausreichend .....	79
b) Eine Online-Registrierung ohne effektive Altersverifikation ist nicht ausreichend .....	80
c) Eine Maske mit der Möglichkeit zur Selbstdeklaration in SMS- und MMS-Diensten ohne effektive Altersverifikation ist nicht ausreichend .....	81
d) Gesetz und Rechtsprechung schweigen zur Frage, welche Sicherungs- oder Sperrmassnahmen ausreichen würden .....	81
e) Lösungsansätze zur Schaffung eines ausreichenden Sicherungs- oder Sperrsystems .....	81
VII. Internationaler Standard .....	84
1. In Europa existiert keine Verbotslösung bezüglich weichpornographischer Mehrwertdienste .....	85
2. „European Framework for Safer Mobile Use by Younger Teenagers and Children“ – Vereinbarung der Europäischen Kommission mit den Mobile- Content- und Mobile-Network-Providern .....	85
VIII. Schlussfolgerungen und Empfehlungen .....	86
1. Reichweite von Art. 197 Ziff. 1 StGB (weiche Pornographie)? .....	86
2. Bedeutung von Art. 197 Ziff. 1 StGB (weiche Pornographie) für die weiteren am Mobilkommunikationsprozess beteiligten Provider? .....	86
3. Haben Rechtsprechung und Lehre schon Voraussetzungen definiert, deren Einhaltung eine Strafbarkeit nach Art. 197 Ziff. 1 StGB ausschliessen? .....	87
4. Welches Altersverifikationssystem genügt den Anforderungen von Art. 197 Ziff. 1 StGB? .....	88
5. Verlangt Art. 197 Ziff. 1 StGB einen „hundertprozentigen“ Jugendschutz? Ist ein solcher überhaupt möglich? .....	89
6. Was können Richtlinien zur Wahrung des Jugendschutzes bei pornographischen Angeboten in Mobildiensten zur Konkretisierung von Art. 197 Ziff. 1 StGB beitragen? .....	90
7. Welches Vorgehen ist bei der Schaffung von Richtlinien zur Wahrung des Jugendschutzes bei pornographischen Angeboten in Mobildiensten zu empfehlen? .....	93
8. Eckpunkte einer inhaltlichen Ausgestaltung der Richtlinien .....	93

Anhang: European Framework for Safer Mobile Use by Younger Teenagers and Children, February 2007 .....	99
Literatur .....	103

## I. Fragestellung

Seit etwas mehr als 10 Jahren ist die Informationsgesellschaft Alltag geworden. Die meisten Haushalte sind inzwischen an das Internet angeschlossen, haben einen digitalen Kabelfernsehanschluss und verfügen über mehrere Mobilfunkgeräte wie Handys oder iPads. Über diese Geräte sind zahllose Informationsangebote verfügbar, die immer häufiger eine interaktive Nutzung ermöglichen. Auch Kinder und Jugendliche wachsen in diese digitale Welt hinein, sind sogenannte *Internet natives* und begegnen sich täglich in den sozialen Medien. Der zeit- und grenzenlose Zugang zu jeder Art von Information birgt Chancen und Risiken zugleich. Aus kriminologischer Sicht sind es vor allem die Medieninhalte wie brutale Gewaltvideos und Pornographie, von denen man einen negativen Einfluss auf die Entwicklung junger Menschen annimmt. Der vorliegende Beitrag widmet sich dem Thema des Jugendschutzes im Rahmen pornographischer Angebote im Internet und in der mobilen Kommunikation. Er versucht folgenden Fragen nachzugehen:

- 1) Wann fallen Dienste von kommerziellen und privaten Anbietern<sup>1</sup> via Mobiltelefon oder Internet mit sexuellem Inhalt unter die Strafbestimmung der „weichen“ Pornographie nach Art. 197 Ziff. 1 StGB? Welche Voraussetzungen müssen bei diesen Diensten eingehalten werden, um den Anforderungen des Strafrechts an einen ausreichenden Jugendschutz gerecht zu werden und folglich nicht unter den Tatbestand von Art. 197 Ziff. 1 StGB zu fallen?
- 2) Welche technischen oder organisatorischen Zugangsbeschränkungen sind in der Schweiz konkret möglich und erforderlich, um weichporno-

---

<sup>1</sup> Für solche Diensteanbieter hat sich im Kontext des Web der Begriff *Content-Provider* durchgesetzt, im Mobiltelefonbereich spricht man in der Terminologie des FMG von *Mehrwertdiensteanbietern*.

graphische Darstellungen straflos einem erwachsenen Publikum zugänglich zu machen?

- 3) Sind die rechtlichen, insbesondere strafrechtlichen Rahmenbedingungen ausreichend klar? Welche Massnahmen sind zu ergreifen, damit weichpornographische Angebote straflos und in einem für alle Beteiligten verbindlichen Rechtsrahmen angeboten werden können? Drängt sich eine legislatorische Präzisierung der Regelung betreffend weicher Pornographie auf?

## II. Die Unterscheidung zwischen weicher und harter Pornographie

Der allgemeine Sprachgebrauch unterscheidet zwischen *Softpornographie* (*softcore*) und *harter Pornographie* (*hardcore*). Beide Arten von Pornographie zielen auf eine sexuelle Erregung des Betrachters, doch unterscheiden sie sich in der Art der Darstellung sexueller Handlungen. In der Softpornographie werden nackte Körper und allenfalls Szenen mit simuliertem Geschlechtsverkehr gezeigt. Die Geschlechtsorgane und der Verkehr werden dabei aber nicht sichtbar. Sobald erregte Genitalien, masturbierende Frauen oder Männer, Ejakulationen oder vaginaler, analer bzw. oraler Geschlechtsverkehr dargestellt werden, handelt es sich um harte Pornographie.<sup>2</sup>

Dieser Sprachgebrauch stimmt nicht mit der *Terminologie im schweizerischen Sexualstrafrecht* überein.<sup>3</sup> Die eingangs erwähnte Softpornographie,

---

<sup>2</sup> Vgl. statt aller HEIMGARTNER, 1482 f.

<sup>3</sup> Zur Terminologie weiterführend KOLLER, 53 m.w.N. Derzeit läuft eine Vernehmlassung zur Revision des Sexualstrafrechts. Damit soll der Beitritt der Schweiz zur Europaratskonvention zum Schutze von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch (CETS No. 201) ermöglicht werden. Für Art. 197 Ziff. 1 StGB sind keine Änderungen vorgesehen. Hingegen soll nach Ziff. 2<sup>bis</sup> des Vorentwurfs das Anwerben und Mitwirkenlassen von unmündigen Personen bei pornographischen Vorführungen unter Strafe gestellt werden. Ziff. 3 soll nach dem Vorentwurf präzisiert werden. Einerseits soll in Zukunft nicht mehr von sexuellen Handlungen „mit Kindern“, sondern „mit unmündigen Personen“ gesprochen werden, was die Altersgrenze, bis zu welcher von harter Pornographie auszugehen ist, auf das vollendete 18. Altersjahr anhebt (Art. 14 ZGB). Andererseits sieht der Vorentwurf die

häufig auch als Erotik bezeichnet, wird strafrechtlich gar nicht erfasst. Art. 197 StGB verbietet verschiedene Erscheinungsformen der Pornographie, die in Lehre und Praxis mit den Begriffen „weiche“ Pornographie und „harte“ Pornographie umschrieben werden.

Die *weiche Pornographie* entspricht weitgehend dem, was der allgemeine Sprachgebrauch als *hardcore* bezeichnet. Das Strafgesetz verbietet sie nicht absolut. Mit Art. 197 Ziff. 1 StGB sollen auf der einen Seite Kinder und Jugendliche unter 16 Jahren vor jeglichem Kontakt mit dieser Art von Pornographie geschützt werden. Diese Strafnorm dient also ausschliesslich dem *Jugendschutz*. Art. 197 Ziff. 2 StGB will auf der anderen Seite verhindern, dass Erwachsene ungewollt mit pornographischen Darstellungen konfrontiert werden. Diese Norm schützt also Erwachsene, die derartige Informationen nicht wahrnehmen wollen (*Konfrontationsschutz*, negative Informationsfreiheit).<sup>4</sup> Abgesehen von diesen Einschränkungen sind das Herstellen, das Angebot und der Konsum von weicher Pornographie unter Erwachsenen<sup>5</sup> rechtmässig.

Pornographische Gegenstände oder Vorführungen, die sexuelle Handlungen mit Kindern oder mit Tieren, menschlichen Ausscheidungen oder Gewalttätigkeiten zum Inhalt haben, sind dagegen *absolut verboten* (Art. 197 Ziff. 3 und Ziff. 3<sup>bis</sup> StGB). Sie werden als harte Pornographie bezeichnet. Herstellung, Angebot und Besitz sind ausnahmslos strafbar.

Bei den kommerziellen Angeboten im Web sowie im Mobiltelefonbereich handelt es sich mehrheitlich um weiche Pornographie.<sup>6</sup> In diesem Beitrag

---

Erhöhung der Strafdrohung für Pornographie mit unmündigen Personen auf Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren oder Geldstrafe vor, wenn „tatsächliche sexuelle Handlungen oder Gewalttätigkeiten mit unmündigen Personen“ dargestellt werden. Siehe zu den weiteren Revisionsvorschlägen EJPD 2011, 43 ff.

<sup>4</sup> Vgl. zu den geschützten Rechtsgütern auch KOLLER, 93 f., der den Wesenskern von Art. 197 StGB in der Einwirkung auf das menschliche Sexualverhalten erblickt. Ihm zufolge soll auf die Sexualität der Menschen korrigierend eingewirkt werden, um gesellschaftliche Tabus zu schützen.

<sup>5</sup> Aus Art. 197 Ziff. 1 StGB ergibt sich, dass Personen, die mindestens das 16. Altersjahr erreicht haben, nicht mehr vor weicher Pornographie geschützt sind und diesbezüglich wie Erwachsene behandelt werden.

<sup>6</sup> Immerhin ergibt sich eine Schnittstelle zur harten Pornographie i.S.v. Art. 197 Ziff. 3 StGB, wenn die pornographischen Gegenstände oder Vorführungen Urin

werden daher Fragen im Zusammenhang mit der Verbreitung, dem Erwerb und dem Besitz harter Pornographie nicht näher beleuchtet.

### **III. Zur Bedeutung der Pornographie in der Informationsgesellschaft**

Weiche Pornographie wird mittlerweile in der Schweiz wie in vielen anderen Ländern als Konsumgut betrachtet, für welches sich ein relativ grosser Markt entwickelt hat. Nach aktuellen Schätzungen soll der Wirtschaftssektor der sogenannten Erwachsenenunterhaltung (*adult entertainment*) in den USA eine grössere wirtschaftliche Bedeutung haben als die traditionelle Filmindustrie in Hollywood. Pro Jahr soll der Jahresbeitrag der Pornoindustrie an die Wertschöpfung der US-Wirtschaft bei rund 12-20 Mrd. Dollar liegen (vgl. zur Entwicklung weltweit die Tabellen 1-2).<sup>7</sup>

---

oder Kot in sexuellem Zusammenhang darstellen. Die Exkrementenpornographie ist in den Nachbarstaaten (wie z.B. Deutschland) nicht absolut verboten, so dass die Einfuhr und Zugänglichmachung derartiger Darstellungen durch einen Schweizer Anbieter ein Strafbarkeitsrisiko eröffnet.

<sup>7</sup> BBC 2007.

*Tabelle 1: Einnahmen aus dem Porno- und Sexgeschäft, 2006  
(weltweit, in Mrd. Dollar)<sup>8</sup>*

Videos	20,0
Prostitution	11,0
Magazine	7,5
Sexklubs	5,0
Telefonsex	4,5
Kabel-TV (Pay per View)	2,5
Internet	2,5
CD-ROMs	1,5
andere Angebote	2,5
<b>Geschäftsvolumen total</b>	<b>57,0</b>

Die statistischen Angaben sind zwar sehr ungenau und müssen mit Vorsicht interpretiert werden, doch dokumentieren sie eindrücklich, dass das Geschäft mit der Pornographie sicherlich kein Nischenmarkt für wenige Konsumenten darstellt, sondern ein Massenphänomen ist. Während die Einkünfte aus DVD-Verkäufen und -Vermietung sowie aus dem Verkauf von Zeitschriften in den letzten Jahren zurückgegangen sind, nimmt die Online-Nutzung im Web und über Mobiltelefone zu. Die überwiegende Mehrzahl der weichpornographischen Angebote scheinen von US-amerikanischen Servern in die Netzwerke eingespielen zu werden (siehe Tabelle 4).

Die Pornoindustrie ist zudem federführend bei der Einführung neuartiger multimedialer Dienstleistungen, der dazugehörigen Technologie und angepasster Zahlungssysteme. So wird sie wesentlich für die Weiterentwicklung von Videostreaming- und Videoconferencing-Software im Internet verantwortlich gemacht.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Quelle: Internet Filter Review, zit. in Tages-Anzeiger vom 2.12.2006, 42.

<sup>9</sup> FLUBACHER, 42.



*Tabelle 2: Die grössten Märkte für Pornographie nach Ländern, 2006<sup>10</sup>*

Land	Einnahmen <i>in Mrd. Dollar</i>	Pro-Kopf-Ausgaben <i>in Dollar</i>
China	27,40	27,41
Südkorea	25,73	526,76
Japan	19,98	156,75
USA	13,33	44,67
Australien	2,00	98,70
Grossbritannien	1,97	31,84
Italien	1,40	24,08
Kanada	1,00	30,21
Philippinen	1,00	11,18
Taiwan	1,00	43,41
Deutschland	0,64	7,77
Finnland	0,60	114,70
Andere Länder	?	?
<b>Geschäftsvolumen total</b>	<b>circa 97,00</b>	

Die gesellschaftliche Akzeptanz der Pornographie als Wirtschaftszweig der Erwachsenenunterhaltung ist auch für die Schweiz dokumentiert. Die jährliche Erotikmesse „Extasia“, an der pornographische Filme und Vorführungen gezeigt werden, zieht beispielsweise zwischen 8'000 (Basel) bis 20'000 Besucher (Zürich bis 2008) an. Circa ein Drittel entfällt dabei auf Frauen. In der Schweiz wurden im Jahr 2006 geschätzte 2 Mio. Porno-DVDs verkauft, was einem Umsatz von rund 60 Mio. Franken gleichkommt.

---

<sup>10</sup> Quelle: Internet Filter Review, abrufbar unter: <<http://internet-filter-review.topten-reviews.com/internet-pornography-statistics-pg2.html>> (Stand: 25.10.2011).

Abbildung 1: Webseite von „Extasia 10“<sup>11</sup>



Weiche Pornographie zählt zu den legalen, aber für Jugendliche und Kinder unter einer bestimmten Altersgrenze potentiell schädlichen Informationen. Bei potentiell schädlichen Informationen treten divergierende Interessen in Konflikt miteinander. Einerseits erfordert der Jugendschutz, dass ein effektives Zugangskontrollsystem eingerichtet wird, welches den Schutz der gefährdeten Personengruppen gewährleisten kann, andererseits muss gleichzeitig sichergestellt werden, dass die Medien- und Wirtschaftsfreiheit der Anbieter (Art. 17 und 27 BV) sowie die Meinungs- und Informationsfreiheit der Erwachsenen nicht verletzt wird (Art. 16 BV; Art. 10 Ziff. 1 EMRK).<sup>12</sup> Zwischen diesen widerstrebenden Interessen muss ein Ausgleich gefunden werden. Dabei wäre es unverhältnismässig, „zum Zwecke des Jugendschutzes auch sämtlichen Erwachsenen den Zugang zu weicher Pornographie per se

<sup>11</sup> Quelle: <www.extasia.ch/10/start.php?page=programm> (Stand: 25.10.2011).

<sup>12</sup> PEDUZZI, 194 ff. m.w.N.; BGE 128 IV 207: „Auch pornographische Darstellungen werden von Art. 10 EMRK erfasst, selbst wenn sie keinen informativen Gehalt aufweisen, sondern rein kommerziellen Zwecken dienen. Denn die genannte Konventionsgarantie schützt – ohne Wertung des Inhalts – alle Formen der Äusserung (...). Dementsprechend wird auch der von den Beschwerdeführern vorgenommene Verkauf pornographischer Magazine und Videokassetten durch Art. 10 EMRK geschützt.“ Vgl. unten, Abschnitt V.7.c.

zu verunmöglichen.“<sup>13</sup> Gleichermassen hat die Europäische Kommission für den Bereich des Internets schon 1996 festgestellt, dass (straf-)rechtliche Einschränkungen zum Schutz von Jugendlichen und Kindern nicht dazu führen dürften, die Internetverbreitung bestimmter Informationen, die Erwachsenen über andere Medien frei zugänglich sind, völlig zu verbieten (vgl. zur Verbreitung im Internet die nachfolgende Tabelle).<sup>14</sup>

In der Schweiz ist der Verkauf und Versand, das Zeigen und Zugänglichmachen von weicher Pornographie an Personen über der Schutzaltersgrenze von 16 Jahren legal, soweit sie diese Dienste verlangen bzw. mit solchen Handlungen einverstanden sind. Dabei ist aber zu beachten, dass die kommerzielle Content-Provider im Bereich der Erwachsenenunterhaltung ihre Angebote in der Regel freiwillig auf Personen über 18 Jahren beschränken.<sup>15</sup> Das grösste jugendgefährdende Potential geht nicht von den kostenpflichtigen Mehrwertdiensten in der Mobiltelefonie aus, sondern von den schwer kontrollierbaren kostenlosen Angeboten im Internet und dem Peer-to-Peer-Austausch von Handy zu Handy bzw. von Computer zu Handy. Unter Jugendlichen können pornographische Dateien und Gewaltdarstellungen heute problemlos über MMS, Kabel oder drahtlos auf ihre PCs oder Handys übertragen werden.<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> So die Stellungnahme des Bundesrates vom 21.2.2007 zur Motion 06.3884, Keine kommerzielle Pornografie auf Handys, 20.12.2006 (Schweiger).

<sup>14</sup> Europäische Kommission 1996, Ziff. 5.

<sup>15</sup> Vgl. den Ehrenkodex der Swiss Association Value Added Services (SAVASS) vom 13.6.2006: „Jedes SAVASS-Mitglied setzt im Rahmen der technischen Möglichkeiten bei der Kommunikation von Angeboten der Erwachsenenunterhaltung das gesetzlich vorgeschriebene Schutzalter freiwillig von 16 auf 18 Jahre herauf“.

<sup>16</sup> Vgl. die Stellungnahme des Bundesrates vom 21.2.2007 zur Motion 06.3884, Keine kommerzielle Pornografie auf Handys, 20.12.2006 (Schweiger). Die Kantonspolizei Zürich hat zwischen Sommer 2005 und April 2006 33 Jugendliche registriert, die (harte) Pornographie oder Gewaltdarstellungen aus dem Internet auf ihre Handys übertragen und diese weiterverschickt hatten. Teilweise werden tätliche Angriffe auch mit dem eigenen Handy gefilmt („Happy Slapping“). Die Dunkelziffer wird als sehr hoch eingeschätzt, siehe IMFELD, 15, wo auch darauf hingewiesen wird, dass die Eltern ihre Kontrollfunktion besser wahrnehmen sollten; siehe auch Tages-Anzeiger, Jugendliche laden sich harte Pornos auf ihre Handys, 25.1.2006, 15; Tages-Anzeiger, Porno und Gewalt auf Schüler-Handys: Mehr Kontrollen, 20.5.2006, 19; die Bildungsdirektion des Kantons Zürich hat eine Empfehlung unter dem Titel

Tabelle 3: Weiche Pornographie im Internet, 2006<sup>17</sup>

Porno-Websites	4,2 Mio. (= 12% aller Websites)
Pornographische Webpages	372 Mio.
Porno-Suchaufträge pro Tag	68 Mio. (= 25% aller Suchmaschinenanfragen)
Porno-E-Mails pro Tag	2,5 Mrd. (= 8% aller E-Mails)
Porno-Downloads aus Tauschbörsen pro Monat	1,5 Mrd. (= 35% aller Downloads)

Tabelle 4: Pornographische Webseiten nach Standort des Anbieters, 2006<sup>18</sup>

Land	Anzahl Webseiten	%-Anteil
USA	244'661'900	89
Deutschland	10'030'200	4
Grossbritannien	8'506'800	3
Australien	5'655'800	2
Japan	2'700'800	1
Niederlanden	1'883'800	1
Russland	1'080'600	1
Polen	1'049'600	1

---

„Problemfall Handy“ herausgegeben. Vgl. auch den Flyer der Stadtpolizei Basel zum Handymissbrauch, abrufbar unter: <[www.polizei.bs.ch/handy\\_flyer-2.pdf](http://www.polizei.bs.ch/handy_flyer-2.pdf)> (Stand: 20.11.2011).

<sup>17</sup> Quelle: Internet Filter Review, zit. in Tages-Anzeiger vom 2.12.2006, 42.

<sup>18</sup> Quelle: Internet Filter Review, abrufbar unter: <<http://internet-filter-review.topten-reviews.com/internet-pornography-statistics-pg7.html>> (Stand: 25.10.2011).

## IV. Die Beteiligten und die Dienste

### 1. Die Beteiligten

Das Bereitstellen, Bereithalten und Übermitteln von Informationen in Kommunikationsnetzen ist ein komplexer Prozess und läuft immer über mehrere Stationen. Deshalb sind in der Kommunikation via Funkdatennetze (Mobiltelefonie) genauso wie in der Internetkommunikation immer mehrere Diensteanbieter involviert. Somit kommen bei der Verbreitung oder Zugänglichmachung von strafrechtlich relevanten Informationen in jedem Fall mehrere Personen als Täter oder Teilnehmer an der Tat in Betracht.<sup>19</sup>

#### a) Die Beteiligten an der Internetkommunikation

Betrachtet man die Kommunikations- und Informationsdienste des World Wide Web (WWW) können folgende Funktionen unterschieden werden:<sup>20</sup>

Als *Content-Provider* (Inhaltsanbieter) werden die Anbieter selbst erstellter oder von Dritten übernommener Informationen bezeichnet. Beispiel: Betreiber einer Sex-Website, auf welcher er pornographische Darstellungen in Bild, Ton, Video zum Abruf bereitstellt.

Der *Host-Provider* (Hosting-Anbieter) stellt dem Content-Provider Speicherplatz auf einem Webserver zur Verfügung, auf welchem die Daten zum Abruf bereitgehalten werden. Dies kann im Rahmen eines kostenpflichtigen Hostingvertrages geschehen, aber auch als kostenloser, durch Werbebanner finanzierter Dienst angeboten werden.

Der *Network-Provider* oder *Carrier* (Netzdienstleister) bietet privaten Netzbetreibern und Host-Providern eine Netzverbindung über Kabel oder Funk an.

Der *Access-Provider* (Zugangsdienstleister) vermittelt Internetnutzern den Zugang zum Internet. Dieser Zugang erfolgt gegenwärtig fast ausschliesslich

---

<sup>19</sup> Bezüglich Internetkommunikation siehe EJPD 2003, 27 ff.; SCHWARZENEGGER, E-Commerce, 346 ff.

<sup>20</sup> Siehe dazu auch KOLLER, 22 ff.; ROSENTHAL, 155 ff.

über Breitbandverbindung via Telefonleitungen oder andere Kabelnetze. Auch ein mobiles Wireless-Access-Providing wird angeboten.

Die *User* oder *Nutzer* bilden den Beginn und das Ende der Kommunikationskette. Durch die Abfrage von spezifischen Webangeboten lösen sie den Datenabfrage und -übertragungsprozess aus.

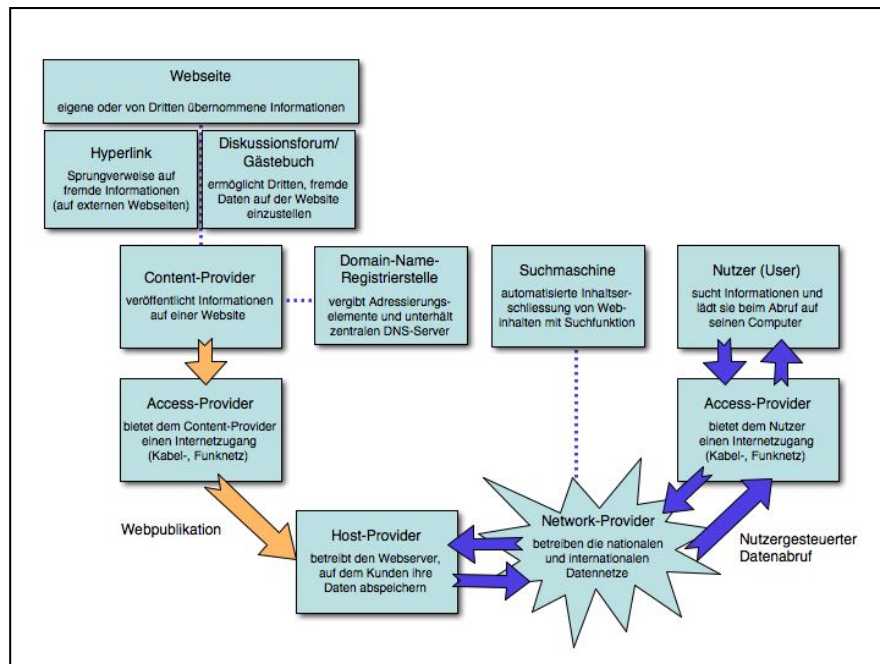
Weitere Beteiligte, die im Zusammenhang mit einer Webkommunikation Dienste zur Verfügung stellen, sind die *Hyperlink-Setzer* und die Anbieter von *Suchmaschinen*, deren strafrechtliche Verantwortlichkeit besonders strittig ist.<sup>21</sup> Auch die mögliche Strafbarkeit von Software-Anbietern wird diskutiert, wenn sich deren Programme besonders gut für das strafbare Anbieten oder Kopieren von Informationen eignen.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> Vgl. dazu weiterführend KOLLER, 30 f.; MÜLLER, 244 ff.; SCHWARZENEGGER, NWV 2004, 395 ff.; m.w.N.

<sup>22</sup> Vgl. zu P2P-Filesharing-Programmen eingehend SCHWARZENEGGER, Urheberstrafrecht und Filesharing in P2P-Netzwerken, 231 ff.

Abbildung 2: Die Beteiligten bei der Internetkommunikation am Beispiel des WWW<sup>23</sup>



Die beteiligten Diensteanbieter können durchaus mehrere Funktionen gleichzeitig ausüben. So kann ein Medienunternehmen beispielsweise auf seiner Website neben eigenen Inhalten auch Dritten in einem Webforum Speicherplatz für Gastbeiträge zur Verfügung stellen. Somit ist es in Bezug auf die eigenen Inhalte Content-Provider, aber hinsichtlich des Webforums blosser Host-Provider. Die Übergänge von einer Funktion zur anderen sind zudem fließend. Im erwähnten Beispiel kann das Medienunternehmen etwa auch bezüglich der fremden Informationen im Webforum zu einem Content-Provider werden, wenn ein verantwortlicher Mitarbeiter das Forum moderiert

<sup>23</sup> Siehe auch EJPD 2003, 28 f.

oder nur inhaltlich kontrollierte Beiträge veröffentlicht. Häufig ist auch die Doppelfunktion als Host- und Access-Provider.<sup>24</sup>

b) *Die Beteiligten an der Kommunikation via Mobilfunknetz  
(Mobiltelefonie)*

Werden Informationen über ein Mobilfunknetz abgerufen, ist ebenfalls ein Zusammenwirken von verschiedenen Mobildiensteanbieter notwendig. Wegen der Konvergenz der Datenübertragungswege können über Mobilfunknetze Sprach- und Datendienste genutzt werden.<sup>25</sup> So ermöglicht das Mobiltelefon (*smartphones*) beispielsweise den direkten Zugriff auf Webinhalte. Der *Mobile-Network-Provider* oder *Carrier* funktioniert dann als Access-Provider. Über das Mobiltelefon können aber auch proprietäre leitungsvermittelte oder paketvermittelte Datenübertragungsdienste (SMS, MMS, Klingeltöne, Games, Chat usw.) eines Mobilfunk-Providers abgerufen werden. In diesem Fall ergeben sich aufgrund der speziellen Mobilfunkinfrastruktur bestimmte Abweichungen von der oben dargestellten Datenübertragungskette des Internets. Im Folgenden werden die Beteiligten und ihre Funktionen am Beispiel der Datendienste (SMS-, MMS-Dienste) dargestellt:

Der *Mobile-Content-Provider* stellt selbst produzierte oder von Dritten übernommene Informationen zum Abruf durch Mobilgeräte bereit. Er ist an der Rufnummer berechtigt. Anders als im Web steht hinter dem Mobile-Content-Provider oft eine ganze Kette von weiteren Providern, welche die Informationen für das mobile Angebot herstellen und aufbereiten. Meistens werden die Verbreitungs- oder Wiedergaberechte von schon vorhandenem Inhalt (z.B. von pornographischem Bild- oder Filmmaterial) von einem externen Produzenten erworben. Diese *Urheber (content creator)* sind am Mobilfunkangebot in der Regel nicht beteiligt. Bevor die Inhalte auf einem Mobilserver zum Abruf durch die Mobilteilnehmer bereitgestellt werden können, müssen die Daten häufig in ein mobilfunkadäquates Datenformat gebracht werden. Diese Aufgabe kann von einem separaten *Content-Aggregator* übernommen

---

<sup>24</sup> NIGGLI/SCHWARZENEGGER, 61.

<sup>25</sup> Siehe hierzu den Überblick in HOLZINGER, 302 ff.



werden, der mit dem Mobile-Content-Provider auf vertraglicher Basis zusammenarbeitet.

Der *Application-Service-Provider* stellt dem Mobile-Content-Provider einerseits Speicherplatz auf einem Mobilserver zur Verfügung, auf welchem die Daten zum Kundenabruf bereitgehalten werden oder auf welchem Programme laufen, die bestimmte Abonnementsfunktionen z.B. in WAP-Push-Funktion<sup>26</sup> ausführen. Im Gegensatz zum Host-Provider im Kontext der webbasierten Kommunikation führen Application-Service-Provider für den Mobile-Content-Provider regelmässig auch Programmdienste aus. Das kann beispielsweise das Betreiben eines SMS-Chats sein, das automatisierte Durchführung von mobilen Direktmarketingaktionen (Wettbewerbe, SMS/MMS-Quiz, Games, Votings, Umfragen usw.) oder den automatisierten Betrieb eines pornographischen Mobildienstes mit WAP-Push-Funktion. Entsprechend bieten Application-Service-Provider den Mobile-Content-Providern ganze Paketlösungen an, die das Hosting, die Wartung und das Management der Anwendungen für die Mobilkunden umfassen und darüber hinaus bis zum Inkasso und zur Kundenstatistik reichen können.<sup>27</sup>

Der *Connectivity-* und *Payment-Service-Provider* erfüllt die Schnittstellenfunktion zwischen Mobile-Content-Providern und Mobilfunknetz-Provider (SMS-, MMS-, WAP-Gateway). Sie können Teil oder Tochterunternehmen eines Mobile-Network-Providers sein.<sup>28</sup> Connectivity-Provider verwalten und vergeben die sog. Kurznummern, mit denen die mobilen Datendienste abgerufen werden können.<sup>29</sup> Sie schliessen hierzu Verträge mit den Mobile-

---

<sup>26</sup> Eine Art der Datenübertragung, die unabhängig von Nutzerabfragen nach vertraglich vereinbarten Bedingungen (z.B. täglich einmal) direkt Daten auf ein Nutzergerät überträgt.

<sup>27</sup> Vgl. beispielsweise das Angebot von <www.mobiletechnics.ch> (Stand: 20.11.2011).

<sup>28</sup> Beispiel: Swisscom Mobile.

<sup>29</sup> Als untergeordnete Adressierungselemente dieser Kurznummer können Schlüsselwörter eingesetzt werden. Dies ermöglicht das Poolen verschiedener Angebote unter einer Kurznummer. Die Verwaltung, Zuteilung sowie Rechte und Pflichten der Anbieterinnen mit Bewilligung richten sich nach der Verordnung über die Adressierungselemente im Fernmeldebereich (AEFV) Art. 15a ff. (SR 784.104). Im Bereich Business-Nummern (0800, 084X, 0900, 0901, 0906) wird das Adressierungsele-

Content-Providern ab (Third-Party-Verträge), die auf einem Revenue-Sharing-Modell basieren. Dabei übernimmt der Connectivity-Provider das Inkasso bei den Anrufern, was in einem mit der Telefonrechnung oder dem Abzug vom Prepaid-Guthaben beim Mobil-Netz-Provider geht. Der Revenue-Anteil für den Connectivity-Provider kann zwischen 30-50% betragen.

Der *Mobile-Network-Provider* oder *Carrier* betreibt das Mobilfunknetz (GSM, UMTS, LTE ab 2012). In der Schweiz gibt es drei flächendeckende Netze betreibende Mobile-Network-Provider (Sunrise, Orange, Swisscom und in&phone).<sup>30</sup> Mobile-Network-Provider sind via Connectivity-Tochter oder -Abteilung mit dem Mobile-Content-Provider vertraglich verbunden, was einen wesentlichen Unterschied zu den Verhältnissen im Internet ausmacht.

Der *Mobiltelefonnutzer* bildet den Beginn und das Ende der Kommunikationskette. Er hat eine Vertragsbeziehung mit einem Mobile-Network-Provider, was es ihm erlaubt, über das Mobilfunknetz dieses Providers Verbindungen zu Festnetz-, Mobilnetz- und Mehrwertdiensternummern aufzunehmen. Die Anwahl einer SMS- oder MMS-Kurznummer führt – nach Bekanntgabe der Verbindungstarife und -konditionen – zu einer Verbindung mit einem Computer des Application-Service-Providers, der je nach Befehls-eingabe des Anrufers automatisierte Programmschritte und Datenübertragungen ausführt.

---

ment direkt vom Bundesamt für Kommunikation vergeben. Der Connectivity-Provider betreibt diese Nummer für den Mobile-Content-Provider.

<sup>30</sup> Weitere Mobilanbieter sind etwa cablecom mobile, BeeOne Communication SA, M-Budget Mobile, CoopMobile und TalkTalkMobile, die das Netz anderer Anbieter nutzen.



## 2. Differenzierung der Dienste

Im Bereich der Erwachsenenunterhaltung werden verschiedene Inhalte angeboten. Folgende Dienste sind zu unterscheiden:

Voice (Live-Telefonsex; Tonaufnahmen)

Chat (Live-Chat; SMS-Chat)

Bild und Videoclips (Streaming, Download)

Kombinierte Dienste (Chat mit Bildern oder Videoclips)

Es würde den Rahmen dieses Beitrages sprengen, die strafrechtliche Analyse auf alle Dienste im Internet und alle proprietären Dienste im Mobilfunkbereich auszudehnen. Es werden daher beispielhaft pornographische Angebote im WWW und das Angebot von pornographischen Bilddateien und Videoclips im Mobilsektor (MMS-Dienste) herausgegriffen, die im Zentrum der öffentlichen Aufmerksamkeit stehen.

---

antwortlichen eines Radio- oder Fernsehsenders bzw. einer Website nicht direkt am mobilen Datenübertragungsprozess beteiligt sind, siehe BezGer ZH, Urteil vom 6.9.2006, GG060256, Erw. 1.4.2. In dieser Entscheidung wurde der Geschäftsführer von Star TV wegen der Ausstrahlung von Werbung für weichpornographische SMS- und MMS-Dienste, die ohne wirksame Altersverifikation abrufbar waren, wegen mehrfachen Verstosses gegen Art. 197 Ziff. 1 StGB verurteilt. Der Einzelrichter ging davon aus, dass „schon das Ausstrahlen von Werbung für pornografische Produkte als solche bereits eine Tathandlung in der Form des Anbietens oder Zugänglichmachens im Sinne von Art. 197 Ziff. 1 StGB darstellt. Denn ohne die Werbung wären die jeweiligen Kurznummern und entsprechenden ‚Eingabecodes‘ in der Öffentlichkeit nicht bekannt.“ Anders das OGer ZH, Urteil vom 3.12.2007, SB060649 (rechtskräftig), Erw. 3.3, das die Werbesendungen selbst zwar als weichpornographisch i.S.v. Art. 197 Ziff. 1 StGB erachtete, den Angeklagten aber mangels Anklage bezüglich dieser Sachverhaltselemente freisprach. Ähnlich die Einschätzung des BGer in Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Feststellung einer Programmverletzung durch die Unabhängige Beschwerdeinstanz für Radio und Fernsehen (UBI), BGE 133 II 136, Erw. 6.1.

## V. Die Strafbarkeit der weichen Pornographie (Art. 197 Ziff. 1 StGB)

### 1. Das geschützte Rechtsgut von Art. 197 Ziff. 1 StGB

Art. 197 Ziff. 1 StGB soll die „ungestörte sexuelle Entwicklung Jugendlicher“<sup>33</sup> schützen, die als gefährdet erscheint, wenn Kinder und Jugendliche zu sexuellen Handlungen animiert werden und ihnen die Sexualität als von sozialen und persönlich-emotionalen Bezügen losgelöstes Verhalten dargestellt wird. Das Verbot der weichen Pornographie dient somit dem *Jugend-schutz*.<sup>34</sup> Die Konfrontation mit Pornographie könnte Lernprozesse auslösen, die beispielsweise zur Begehung von Sexualdelikten, zu gravierenden Persönlichkeitsstörungen oder einer Überbewertung der Sexualität führen.<sup>35</sup> Die Strafnorm von Art. 197 Ziff. 1 StGB ist als *abstraktes Gefährdungsdelikt*<sup>36</sup> ausgestaltet. Das heisst, es werden „sämtliche privaten oder öffentlichen Handlungen [erfasst], durch welche unter 16-jährigen Personen bewusst die Möglichkeit eingeräumt wird, in Kontakt mit Pornographie zu kommen, sei es auch durch deren eigenes Zutun. Ob der Jugendliche vom pornographischen Inhalt tatsächlich Kenntnis nimmt, ist irrelevant.“<sup>37</sup> Eine strafrechtliche Verantwortlichkeit entsteht also schon, wenn die Möglichkeit einer Wahrnehmung durch Personen unter 16 Jahren besteht.

Aus kriminologischer Sicht fehlen empirisch gesicherte Erkenntnisse über einen negativen Zusammenhang zwischen dem Konsum pornographischer Darstellungen und Entwicklungsstörungen bei Kindern und Jugendlichen.<sup>38</sup> Die Medienwirkungsforschung weist darauf hin, dass Lernprozesse kaum

---

<sup>33</sup> BGE 117 IV 452, Erw. 4.c; 131 IV 64, Erw. 10.1.2; Botschaft 1985, 1089; FAVRE/PELLET/STOUDMANN, Art. 197 N 1.3; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 197 N 1.

<sup>34</sup> KOLLER, 96.

<sup>35</sup> SCHROEDER, 24.

<sup>36</sup> Siehe nur HEIMGARTNER, 1482; KOLLER, 95 f.

<sup>37</sup> BGE 131 IV 64, Erw. 10.1.2; vgl. DONATSCH, 509 f.; KOLLER, 95; MENG/SCHWAI-BOLD, Art. 197 N 32; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 10 N 11.

<sup>38</sup> BUNDI, N 41 ff.; KOLLER, 94; SCHULZ/KORTE, 726 m.w.N.

monokausal auf einen Einflussfaktor zurückzuführen sind, sondern von verschiedenen Persönlichkeitsmerkmalen und sozio-strukturellen Faktoren abhängen. Es ist jedoch anzunehmen, dass bei intensivem Konsum weichpornographischen Materials durch Kinder und Jugendliche und gleichzeitigem Fehlen von immunisierenden Einflussfaktoren – wie adäquater Sexualerziehung, elterlicher Medienkontrolle und Relativierung des Inhalts sowie der Herstellung eines Realitätsbezugs – die sexuelle Entwicklung beeinträchtigt werden kann.<sup>39</sup> Entgegen weitverbreiteter Auffassung, die in letzter Zeit durch Medienberichte über eine zunehmende Sexualisierung der Kinder und Jugendlichen verstärkt wird, zeigt die aktuelle Sexualforschung, dass sich die sexuellen Erfahrungen junger Menschen in den letzten 25 Jahren altersmässig nicht nach vorne verschoben haben.<sup>40</sup>

Hingegen bestehen empirische Hinweise dafür, dass eine Mehrheit der Jugendlichen zwischen 11 und 16 Jahren in der Schweiz schon Kontakt mit Pornographie hatte. In einer Schülerbefragung unter 285 Jugendlichen betrug der Anteil 2008 52%, wobei zwei Drittel der Jungen und ein Drittel der Mädchen die Frage bejahten. Die pornographischen Darstellungen wurden in erster Linie auf dem Web gefunden (80% bei den Jungen; 56% bei den Mädchen). Auslöser war mehrheitlich der Zufall oder eine andere Person, die diese Darstellungen zeigte.<sup>41</sup>

## 2. Vorfrage: Ist das Medienstrafrecht anwendbar?

Bei *Mediendelikten*, die dadurch charakterisiert sind, dass die strafbare Handlung durch eine Veröffentlichung in einem Medium begangen wird und sich in dieser Veröffentlichung erschöpfen muss, gelten spezielle Regeln für die Teilnahme am Veröffentlichungsprozess. Grundsätzlich ist bei diesen

---

<sup>39</sup> Zusammenfassend zur empirischen Forschung ALBRECHT/HOTTER, 159 f.; CASANI, 433; EISENBERG, § 50 N 16; KAISER, § 39 N 36 und § 65 N 55; SCHREIBAUER, 42 ff.; STEINER, 32 f. alle m.w.N. Kritisch zur aktuellen Entwicklung in den USA DINES, 59 ff. m.N.

<sup>40</sup> Gemessen an verschiedenen Indikatoren wie erstes Zungenküssen, erster Orgasmus, erstes Petting, erster Geschlechtsverkehr, siehe Radiotele 2006, 15 ff.; MICHAUD/AKRÉ, 15 m.N. zur Schweiz und anderen Ländern; HIPELI/SÜSS, 49 ff.

<sup>41</sup> NUSSBAUM, 7.

Delikten bloss der Autor der illegalen Veröffentlichung strafbar (Art. 28 Abs. 1 StGB). Kann dieser aber nicht ermittelt oder in der Schweiz nicht vor Gericht gestellt werden (Art. 28 Abs. 2 StGB), macht sich subsidiär der verantwortliche Redaktor, oder wo ein solcher fehlt, die für die Veröffentlichung verantwortliche Person nach Massgabe von Art. 322<sup>bis</sup> StGB strafbar.<sup>42</sup>

Das Medienstrafrecht ist eine Sonderregelung für Kommunikationsdelikte, die früher mittels Presseerzeugnissen, heute generell auf dem Wege medialer Veröffentlichung begangen werden. Hierzu zählte nach traditionellem Verständnis auch die Veröffentlichung von pornographischen Inhalten.<sup>43</sup> Das Bundesgericht hat allerdings die Reichweite des Medienstrafrechts eingeschränkt. Insbesondere auf die Tatbestände der Gewaltdarstellungen (Art. 135 StGB), der harten Pornographie (Art. 197 Ziff. 3 StGB) und des Leugnens von Völkermord (Art. 261<sup>bis</sup> Abs. 4 StGB) sollen Art. 28 und 322<sup>bis</sup> StGB nicht anwendbar sein.<sup>44</sup> Diese Auslegung wird von der h.L. zu Recht abgelehnt.<sup>45</sup> Über den Anwendungsbereich des Medienstrafrechts herrscht wegen dieser unscharfen Grenzziehung zwischen Mediendelikten und „gewöhnlichen“ Delikten momentan erhebliche Rechtsunsicherheit. Insbesondere ist höchstgerichtlich nicht geklärt, ob auch der Tatbestand der weichen Pornographie (Art. 197 Ziff. 1 StGB) vom Medienstrafrecht ausgenommen ist.<sup>46</sup> Richtigerweise gehört dieser Tatbestand zu den Mediendelikten, doch lässt die aktuelle Rechtsprechung vermuten,<sup>47</sup> dass Art. 28 und

---

<sup>42</sup> Weiterführend DONATSCH/TAG, 196 ff.; EJPD 2003, 60 ff.; SCHWARZENEGGER, E-Commerce, 349 ff.

<sup>43</sup> BARRELET/WERLY, 414; Botschaft 1996, 536; RIKLIN, Schweizerisches Presserecht, 151; STRATENWERTH, § 13 N 168.

<sup>44</sup> BGE 125 IV 206, Erw. 2.c; so schon SCHULTZ, 278.

<sup>45</sup> BUNDI, N 569; DONATSCH/TAG, 200 m.N.; SCHWARZENEGGER 2001, 350; STRATENWERTH, § 13 N 168; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 28 N 3.

<sup>46</sup> Explizit *für* die Anwendbarkeit des Medienstrafrechts auf weiche Pornographie OGer ZH, Urteil vom 3.12.2007, SB060649, Erw. 5.3 f. (unveröff.). A.M. KOLLER, 423 f. m.N.

<sup>47</sup> BGE 125 IV 206, Erw. 3.c. Siehe auch BStrGer, Urteil vom 21.6.2007, SK.2007.4, Erw. 3, in welchem das Bundesstrafgericht die Delikte der öffentlichen Aufforderung zu Verbrechen oder zur Gewalttätigkeit (Art. 259 StGB), der Anleitung zur Herstellung von Sprengstoff und giftigen Gasen (Art. 226 Abs. 3 StGB) und der

322<sup>bis</sup> StGB im Kontext des medialen Zugänglichmachens von weicher Pornographie ebenfalls nicht zur Anwendung kommen werden.

Die Anwendbarkeit von Art. 28 StGB ist für die Frage, wer von den verschiedenen an der Internet- oder Mobilfunkkommunikation beteiligten Diensteanbietern überhaupt strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann, sehr wichtig. Geht man mit der h.L. davon aus, Art. 197 Ziff. 1 StGB sei ein Mediendelikt und die in der Verbreitungskette mitwirkenden Diensteanbieter wie etwa der Host-Provider, der Application-Service-Provider, der Access-Provider oder der Mobile-Network-Provider seien für die Veröffentlichung subsidiär verantwortliche Personen im Sinne von Art. 28 Abs. 2 StGB, so würden letztere straffrei ausgehen, wenn der Autor bzw. Content-Provider ermittelt bzw. in der Schweiz vor Gericht gestellt werden kann. Falls dies aber nicht gelingt, müssten die in der Verbreitungskette mitwirkenden Diensteanbieter mit einer Bestrafung nach Art. 322<sup>bis</sup> StGB rechnen, wobei sogar die fahrlässige Nichtverhinderung der Veröffentlichung unter Strafe gestellt wird.

Die Auslegung von Art. 28 StGB im Zusammenhang mit Netzwerkdelikten ist aber auch deswegen umstritten, weil nicht klar ist, wie weit die Provider in elektronischen Kommunikationsnetzen überhaupt „für die Veröffentlichung verantwortlich“ sein können.<sup>48</sup> Die überzeugendste Auffassung geht für den Bereich der Internetdienste davon aus, das Host- und Access-Provider als Betreiber der technischen Infrastruktur zum Bereithalten und Übertragen von Informationen gar keine Kontrolle über den Publikationsprozess ausüben können und daher nicht von Art. 28 Abs. 2 StGB erfasst sind. Es ist daher vielmehr eine Strafbarkeit nach den allgemeinen Voraussetzungen der Mittäterschaft oder Gehilfenschaft (Art. 25 StGB) in Betracht zu ziehen.<sup>49</sup>

---

Unterstützung einer kriminellen Organisation (Art. 260<sup>ter</sup> Ziff. 1 Abs. 2 StGB) vom Anwendungsbereich des Medienstrafrechts ausnimmt.

<sup>48</sup> Zusammenfassend zu den drei wichtigsten Auslegungsansätzen EJPD 2003, 63 ff. m.w.N.

<sup>49</sup> DONATSCH/TAG, 205 f.; KOLLER, 427 ff., 431 f.; NIGGLI/SCHWARZENEGGER, 62; RIKLIN, Schweizerisches Strafrecht, 294; RIKLIN/STRATENWERTH, 19 f.; SCHWARZENEGGER, E-Commerce, 351 jeweils m.w.N. Ähnlich ZELLER, Art. 28 N 79, 81 (Host- und Access-Provider), der aber zahlreiche weitere Beteiligte in der Verbreitungskette von klassischen Medienerzeugnissen (Verbreitung von Zeitungen usw.)



Zur Frage, wie die Beteiligung am Veröffentlichungsprozess bei Mehrwertdiensten im Mobilfunksektor zu beurteilen sei, gibt es noch keine Stellungnahmen in der strafrechtlichen Literatur.

Der Anwendungsbereich des Medienstrafrechts ist also nicht nur im Hinblick auf die Zuordnung der weichen Pornographie zur Gruppe der Mediendelikte („strafbare Handlung, die sich in der Veröffentlichung erschöpft“), sondern auch bezüglich seiner Anwendbarkeit auf die verschiedenen Internet- oder Mobilfunk-Provider unklar. Die Expertenkommission „Netzwerkkriminalität“, die vom Bundesrat mit der Ausarbeitung eines Gesetzesentwurfes betreffend die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Provider beauftragt wurde, schlug 2003 eine abgestufte Verantwortlichkeitsregelung vor, welche auch eine Entflechtung der Strafbarkeit für Medienpublikationen und der strafbaren Handlungen in elektronischen Netzwerken vorsah.<sup>50</sup> Ein auf die Arbeiten der Expertenkommission abgestützter Bericht mit Vorentwürfen über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches wurde im Oktober 2004 vom Bundesrat vorgelegt, nach dem Vernehmlassungsverfahren aber nicht weiterverfolgt.<sup>51</sup>

Die möglichen strafrechtlichen Konsequenzen für Host-Provider, Application-Service-Provider, Access-Provider, Network-Provider, Connectivity- und Payment-Service-Provider sowie den Mobile-Network-Provider hängen daher nach wie vor davon ab, ob die zuständigen Untersuchungsbehörden oder Gerichte der einen oder anderen Auffassung folgen. Es ist erkennbar, dass sich die Gerichte mit diesen komplizierten Rechtsfragen schwer tun.<sup>52</sup>

---

unter das Medienstrafrecht fasst und generell von einer Strafbarkeit ausnimmt, vgl. ZELLER, N 42 in Anlehnung an BGE 128 IV 53, Erw. 5.e.

<sup>50</sup> EJPD 2003, 90 ff.

<sup>51</sup> Bundesrat 2008, 7 f.

<sup>52</sup> Siehe etwa Strafgericht BS, Urteil vom 31.1.2003, sic! 2003, 960 ff. (Lyrics Server) mit Anm. Kohli, in welchem das Gericht die Funktion des angeklagten Host-Providers mit jener eines Access-Providers verwechselte und seine Straflosigkeit mit Argumenten belegte, die nur für Access-Provider zutreffen. Im Fall „Appel au peuple“ ging das Tribunal d'accusation du Canton de Vaud davon aus, dass sich ein Access-Provider der Gehilfenschaft zu einer Ehrverletzung schuldig machen könne, wenn er den Zugang zu einer ausländischen Webseite nicht sperre, auf der ehrenrührige Texte publiziert wurden, Tribunal d'accusation du Canton de Vaud, Arrêt du 2 avril 2003, zusammengefasst in: SCHWARZENEGGER, Sperrverfügungen gegen

### 3. Objektiver Tatbestand

#### a) *Deliktsart*

Es wurde zuvor schon darauf hingewiesen, dass die weiche Pornographie (Art. 197 Ziff. 1 StGB) zu den abstrakten Gefährdungsdelikten zählt. Das hat zur Folge, dass der objektive Tatbestand schon vollendet ist, wenn eine der aufgezählten Tathandlungen ausgeführt wird.<sup>53</sup> Eine effektive Gefährdung der sexuellen Entwicklung eines Jugendlichen muss also nicht nachgewiesen werden.

#### b) *Was ist weiche Pornographie?*

Pornographie ist ein unbestimmter Rechtsbegriff.<sup>54</sup> Deshalb tun sich Lehre und Rechtsprechung schwer, seine Reichweite klar einzugrenzen. Es handelt sich um Darstellungen oder Darbietungen grob sexuellen Inhaltes, die sich primär auf den Genitalbereich konzentrieren. Pornographie wird weiter dadurch charakterisiert, dass sie objektiv darauf angelegt ist, beim Konsumenten geschlechtliche Erregung zu wecken („betontes Hinsehen“).<sup>55</sup> Als massgebend wird der Gesamteindruck angesehen.<sup>56</sup> Teilweise wird der unbestimmte Rechtsbegriff mit weiteren unbestimmten Begriffen umschrieben.

---

Access-Provider, 260 f. Dieser Fall fand eine Fortsetzung in einer Sperraufforderung, welche im Verweigerungsfall die Einziehung der Access-Server zwecks Unbrauchbarmachung nach Art. 69 Abs. 2 StGB androhte, vgl. zu dieser haarsträubenden Fehlentscheidung: Tribunal d'accusation du canton de Vaud, Arrêt du 3 avril 2008, 197/2008, Forumpoenale 2008, 267 ff. (die Infrastruktur der Access-Provider ist weder ein Gegenstand, der zur Begehung der inkriminierten Veröffentlichung diente, noch ein Gegenstand, der durch diese Veröffentlichung hervorgebracht wurde).

<sup>53</sup> OGer BE, SK-Nr. 2009 64, 31.3.2010, Erw. V.1; HURTADO POZO, 941. Es handelt sich daher auch um ein schlichtes Tätigkeitsdelikt.

<sup>54</sup> Vgl. dazu KAISER, § 65 N 54; SCHWARZENEGGER, ZStrR (117) 2000, 349 ff., insbesondere 357.

<sup>55</sup> Vgl. KOLLER, 71 ff.

<sup>56</sup> BGE 128 IV 201, Erw. 1.4.3; 131 IV 64, Erw. 10.1.1; DONATSCH, 507 f. m.N.; KOLLER, 63; MENG/SCHWAIBOLD, Art. 197 N 12 ff.; TRECHSEL/BERTOSSA, Art. 197 N 4 f. Vgl. zusammenfassend KROTTENTHALER, 96 ff.

So soll es sich bei der Pornographie um „krud vulgäre, krass primitive Darstellung[en] von auf sich selbst reduzierter Sexualität, die den Menschen zum blossen Sexualobjekt erniedrig[en]“, handeln.<sup>57</sup>

Das Bundesgericht definiert weiche Pornographie wie folgt:

„Als nicht mehr erotisch, sondern weichpornographisch und damit im Zusammenhang mit dem Jugendschutz und der ungewollten Konfrontation relevant ist nach der Rechtsprechung eine Darstellung, die (1) objektiv betrachtet darauf ausgelegt ist, den Betrachter sexuell aufzureizen, und (2) die Sexualität dabei so stark aus ihren menschlichen und emotionalen Bezügen heraustrennt, dass die jeweilige Person als ein blosses Sexualobjekt erscheint, über das nach Belieben verfügt werden kann; das sexuelle Verhalten wird dadurch vergrößert und aufdringlich in den Vordergrund gerückt (...). Pornographisch sind somit Medien, die physische Sexualität isoliert von personalen Beziehungen darstellen, sexuellen Lustgewinn verabsolutieren und Menschen zu beliebig auswechselbaren Objekten sexueller Triebbefriedigung degradieren; sie als blosser physiologischer Reiz-Reaktionswesen erscheinen lassen und damit die Würde des Menschen negieren.“<sup>58</sup>

Diese Begriffsbestimmung ist emotional überladen und entstammt einem moralphilosophischen Credo, das im Kern lustbezogene Sexualität als Übel betrachtet. HEIMGARTNER versucht, den Pornographiebegriff enger und klarer zu fassen, indem er die moralisierenden Anteile eliminiert und die Definition auf deskriptive Merkmale ausrichtet.<sup>59</sup> Dies ist mit Blick auf das zu

---

<sup>57</sup> JENNY, Art. 197 N 4, 116 m.N. Zu Recht kritisch MEIER, 1400; KOLLER, 56 f. m.w.N.

<sup>58</sup> BGE 2A.563/2006, 3.5.2007, Erw. 5.3.2; vgl. BGE 128 IV 260, Erw. 2.1; 131 IV 64, Erw. 10.1.1 je m.w.N.; CASSANI, 429; DONATSCH, 507 f.; FAVRE/PELLET/STOUDMANN, Art. 197 N 1.3; HEIMGARTNER, 1485 f. weist auf überzeugende Art nach, dass die Elemente der sexuell aufreizenden Zielrichtung und des Fehlens menschlicher oder emotionaler Bezüge nicht als Definitionsmerkmale geeignet sind. Auch die feministische Auslegung, die ein begriffliches Element der Pornographie in der verherrlichenden Erniedrigung von Frauen sieht („Objektifizierung“ der Frau, siehe exemplarisch WAGNER, 263), geht fehl, würden doch damit pornographische Darstellungen unter homosexuellen Männern nicht erfasst, HEIMGARTNER, 1486.

<sup>59</sup> HEIMGARTNER, 1486 f.; ähnlich, z.T. enger KOLLER, 57 f. A.M. STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 10 N 5, die offenbar einen konturlosen Pornographiebegriff bevorzugen. Einen deskriptiven Ansatz verfolgte auch die Expertenkommission, die

schützende Rechtsgut der unbeeinträchtigten sexuellen Entwicklung von Kindern und Jugendlichen völlig zutreffend. Pornographisch sind demnach:

- Darstellungen sexueller Handlungen, bei denen primäre Geschlechtsmerkmale oder „Surrogate“ (phallusähnliche Gegenstände, Anus etc.) eindeutig zu erkennen sind. Dazu zählen klar ersichtliche (explizite) Darstellungen von Penis, Vagina oder Dildos bei Vaginal-, Anal- oder Oralverkehr, während des Pettings oder der Onanie.<sup>60</sup>
- andere Darstellungen, wenn darauf primäre oder sekundäre Geschlechtsmerkmale in Nahaufnahme gezeigt werden. Dazu gehören Darstellungen, welche die Grenze der natürlichen Nacktheit dadurch überschreiten, dass die abgebildeten Geschlechtsmerkmale in einem aussergewöhnlichen Zustand erscheinen (z.B. Einblick in die Vagina, erigiertes Glied, sadomasochistische Aufnahmen primärer und sekundärer Geschlechtsteile im Grenzbereich zur harten Pornographie).<sup>61</sup>

Zu ergänzen ist diese Begriffsbestimmung um pornographische Erscheinungsformen im Audio- und Textbereich. Hier dürften primäre Geräusche des Geschlechtsaktes und explizit auf diesen Bezug nehmende, sexuell stimulierende Äusserungen einschlägig sein. Bei Texten sind Beschreibungen der oben erwähnten Handlungen zu verlangen, die sprachlich direkt und mit sexuellen Reizwörtern ausgestaltet sein müssen. Die Schwelle zur Pornogra-

---

mit der Ausarbeitung der Convention on Cybercrime (ETS No. 185) befasst war. Siehe Explanatory Report to the Convention on Cybercrime, Strasbourg 2001, N 100: Genito-genitaler, oral-genitaler, anal-genitaler oder oral-analer Geschlechtsverkehr, Masturbation, sadistische oder masochistische Sexualpraktiken oder aufreizende Zurschaustellung der Geschlechtsorgane oder der Schamgegend (bezüglich Kinderpornographie).

<sup>60</sup> HEIMGARTNER, 1487; z.T. enger KOLLER, 56 f.

<sup>61</sup> HEIMGARTNER, 1487. Zu weit geht BGE 131 IV 64, Erw. 10.2.2, wo die Verurteilung wegen eines auf einer Webseite publizierten Bildes einer rasierten Scham ohne Spreizung gutgeheissen wurde. In die Gesamtwürdigung wurden die Pose und der „leicht unterwürfige Blick“ miteinbezogen und daher der pornographische Charakter bejaht.

phie ist bei reinen Texten relativ hoch anzusetzen.<sup>62</sup> Es ist zu hoffen, dass sich die Rechtsprechung dieser engeren, aber präziseren Auslegung anschliessen wird.

Während die vorliegend zu würdigenden pornographischen Angebote auf dem Web oder in der Mobiltelefonie definitionsgemäss den objektiven Tatbestand der pornographischen Ton- oder Bildaufnahmen und Abbildungen erfüllen, ist bezüglich der Werbung für solche Dienste auf eine Weichenstellung durch das Bundesgericht hinzuweisen. In einem Urteil aus dem Jahre 2007 hatte es zu beurteilen, ob die in einer nach Mitternacht ausgestrahlten Werbesendung enthaltenen Spots, bei denen Ausschnitte aus pornographischem Videomaterial so bearbeitet worden waren, dass die primären Geschlechtsorgane nicht sichtbar waren, ansonsten aber unzweideutig sexuelle Handlungen praktiziert wurden, unter den rundfunkrechtlichen Pornographiebegriff fielen. Es bejahte diese Frage, weil ein Video auch bei Abdeckung der Geschlechtsteile pornographisch sein könne, wenn wie im vorliegenden Fall teilweise Dildos zu sehen seien und die Szenen insbesondere mit aufreizenden Kommentierungen der sexuellen Handlungen unterlegt würden.<sup>63</sup> Es ist damit zu rechnen, dass die Rechtsprechung bei der Beurteilung der weichen Pornographie (Art. 197 Ziff. 1 StGB) auf diese Auslegung einschwenken wird. Sie ist jedoch nicht unproblematisch, weil dadurch auch nicht explizite Erotikfilme und -publikationen in den Bereich des Weichpornographischen eingereiht werden könnten. Nur wenn ein derartiger Werbespot in der audiovisuellen Gesamtheit die gleich starke Wirkung erzielt wie eine explizite Darstellung des Geschlechtsverkehrs oder der primären Geschlechtsorgane, kann einer Subsumtion unter Art. 197 Ziff. 1 StGB beige-pflichtet werden.

---

<sup>62</sup> In den 1990er Jahren wurde eine explizite Sexanzeige in einer Tageszeitung vom OGer ZH noch als weichpornographisch eingeschätzt (pornographischer Zweizeiler). Dies dürfte heute als Erotik gelten und straflos bleiben.

<sup>63</sup> BGE 133 II 136, Erw. 6.1. Siehe auch Erw. 6.2 a.E.: „Dieser Eindruck wird zusätzlich dadurch unterstrichen, dass das erotische Rahmenprogramm ohne weiteren Inhalt bloss dazu dient, crossmedial ein möglichst geeignetes Umfeld zu schaffen, um einen starken, zahlungspflichtigen Rücklauf aus dem Publikum bzw. ein entsprechendes Herunterladen von Pornovideos bzw. -bildern auf das Handy zu provozieren“.

c) *Pornographische Gegenstände und Vorführungen*

Art. 197 Ziff. 1 StGB erfasst als *Tatmittel* Gegenstände und Vorführungen. Als Gegenstände werden explizit die Schriften, Ton- oder Bildaufnahmen, Abbildungen und anderen Gegenstände solcher Art bezeichnet.<sup>64</sup> Alle Verkörperungen und Aufzeichnungen einer Darstellung egal in welcher – auch unkörperlicher, elektronisch gespeicherter<sup>65</sup> – Form und auf welchem Medium werden erfasst,<sup>66</sup> nicht jedoch mündliche Äusserungen in Echtzeit, weil sie keine Verkörperung erfahren (Livegespräche).<sup>67</sup>

Pornographische Angebote in digitalisierter Form im Web oder via Mobiltelefonie erfüllen daher mit Ausnahme der erwähnten Livegespräche expliziten Inhaltes dieses Tatbestandsmerkmal des objektiven Tatbestandes von Art. 197 Ziff. 1 StGB.

d) *Erfasste Tathandlungen*

aa) *Zugänglichmachen*

Für pornographische Mehrwertdienste im Internet oder Mobilfunkbereich ist die Reichweite der Tathandlungsvariante des Zugänglichmachens von zent-

---

<sup>64</sup> Ausführlich zu den Tatmitteln KOLLER, 100 ff. m.w.N.

<sup>65</sup> Dies ergibt sich zumindest aus einer systematischen Auslegung von Art. 197 StGB. Schon Ton- und Bildaufzeichnungen sind unkörperliche Informationen, die auf körperlichen Datenträgern abgespeichert werden. Zudem geht Art. 197 Ziff. 3<sup>bis</sup> StGB davon aus, dass die Gegenstände und Vorführungen im Sinne von Ziff. 1 über elektronische Mittel beschafft werden können. Damit kann nur unkörperliche Informationsbeschaffung gemeint sein. Diese ist folglich von allen Varianten des Art. 197 StGB erfasst. Besser wäre es allerdings, wenn der Gesetzgeber eine klärende Definition der Schriften in Art. 110 StGB einfügen würde.

<sup>66</sup> BGE 121 IV 109, Erw. 2c; CORBOZ, Art. 197 N 6; JENNY, Art. 197 N 13; MENG/SCHWAIBOLD, Art. 197 N 27 f.

<sup>67</sup> BGE 121 IV 109, Erw. 2c; CORBOZ, Art. 197 N 7; JENNY 1997, Art. 197 N 14; MENG/SCHWAIBOLD, Art. 197 N 29; TRECHSEL/BERTOSSA, Art. 197 N 3; a.M. HEIMGARTNER, 1484, der Livegespräche zu den Vorführungen zählen will. Vorführungen werden aber durch ein Vorzeigen vor einem Publikum gekennzeichnet, weshalb eine solche Auslegung über die Grenze des Wortsinnes hinausgeht und gegen das Analogieverbot verstösst (Art. 1 StGB).

raler Bedeutung, weil sie den strafrechtlichen Jugendschutz am weitesten in das Vorfeld einer Gefährdung vorverlegt. Für die Erfüllung dieses Tatbestandsmerkmals genügt es, wenn der Täter einem Kind oder Jugendlichen unter 16 Jahren, und sei es nur durch das Bereitstellen auf einem Mobile-Server des Application-Service-Providers oder auf dem Web-Server eines Hostproviders oder aber im Upload-Ordner im Rahmen einer Filesharing-Netzwerkes (P2P-Filesharing),<sup>68</sup> die Möglichkeit eröffnet, sich durch sinnliche Wahrnehmung vom strafrechtlich relevanten Inhalt Kenntnis zu verschaffen.<sup>69</sup> Dabei ist völlig irrelevant, ob ein Kind oder Jugendlicher unter 16 Jahren die Bild- oder Videodatei tatsächlich abrufen, weil die Handlung mit dem Veröffentlichungsprozess, also dem Einstellen der Datei in den öffentlich zugänglichen Bereich eines Servers, schon vollendet wird. Es spielt auch keine Rolle, ob die pornographischen Gegenstände fremd sind oder im Eigentum des Täters stehen, entgeltlich oder unentgeltlich, im privaten Rahmen oder öffentlich zugänglich gemacht werden.<sup>70</sup> Die Tatbestandsmässigkeit entfällt nur dann, wenn durch eine technische oder sonstige Massnahme die Möglichkeit der Wahrnehmung durch Personen unter 16 Jahren mit hinreichender Sicherheit ausgeschlossen wird.<sup>71</sup> Welcher Art die Zugangssperre für unter 16-Jährige bei Angeboten weichpornographischer Mehrwertdienste sein muss, wird weiter unten noch eingehender behandelt.

Der weitgefasste objektive Tatbestand von Art. 197 Ziff. 1 StGB in der Variante des Zugänglichmachens erfasst auch das Verhalten von Eltern, Lehrpersonen und sonstigen Erziehungsberechtigten, denn unabhängig von einer

---

<sup>68</sup> Vgl. OGer BE, SK-Nr. 2009 64, 31.3.2010, Erw. V.1. Der Täter hatte eine P2P-Software zum Download von weichpornographischen Dateien eingesetzt. Während des Downloads waren die Daten auch für Dritte inklusive Jugendliche unter 16 Jahren im Upload-Ordner des Täters zugänglich.

<sup>69</sup> BGE 131 IV 64, Erw. 10.1.2; BGE 6S.26/2005, 3.6.2005, Erw. 3.1; BUNDI, N 676; CASSANI, 434; HEIMGARTNER, 1488; KOLLER, 123 ff.; SCHWARZENEGGER, 360 f. mit dem Hinweis darauf, dass selbst das Setzen eines einfachen Links auf eine pornographische Bild- oder Videodatei schon die tatbestandsmässige Handlung des Zugänglichmachens erfüllt; SCHWARZENEGGER, 413; SCHWARZENEGGER/NIGGLI 2003, 30 m.N.; TRECHSEL/BERTOSSA, Art. 197 N 7, abweichend von INS/WYDER, Art. 179<sup>bis</sup> N 31 „vorspielen oder im Original oder als Kopie übergeben“.

<sup>70</sup> KOLLER, 123 f.

<sup>71</sup> KOLLER, 159 f.

Netzanbindung ist auch bei *stand-alone*-Computern oder Handys das Abspeichern von weicher Pornographie auf dem Speichermedium eines gemeinsam mit unter 16-Jährigen genutzten Gerätes strafbar, wenn diese Dateien nicht passwortgeschützt oder verschlüsselt werden und der Täter – hier wohl in erster Linie der Vater – mit der Möglichkeit rechnet, dass auch ein Kind unter 16 Jahren das Gerät nutzen kann. Ebenso liegt objektiv ein Zugänglichmachen im Sinne von Art. 197 Ziff. 1 StGB vor, wenn ein mit weichpornographischen Zeitschriften oder Filmen versehenes Selbstbedienungs- oder Vorführgerät, das sich unkompliziert bedienen lässt, im Zugriffsbereich eines Kindes unter 16 Jahren aufgestellt wird.<sup>72</sup>

Reicht zur Erfüllung des Tatbestandsmerkmals des Zugänglichmachens schon aus, dass eine Person dem Kind oder Jugendlichen unter 16 Jahren einen ans Internet angeschlossenen Computer oder ein Handy ohne Filter- oder Sperrvorkehrungen zur freien Verfügung überlässt? Das Kind könnte ja selbständig auf weichpornographisches Material<sup>73</sup> zugreifen. Diese Frage ist in der schweizerischen strafrechtlichen Doktrin noch unbeantwortet geblieben.<sup>74</sup> Wegen des weitgefassten Bedeutungsgehaltes des „Zugänglichmachens“ kann die Gebrauchsüberlassung eines Gerätes, mit welchem auf weichpornographisches Material zugegriffen werden kann, als tatbestandsmässiges Verhalten aufgefasst werden. Es ist jedoch davon auszugehen, dass das reine Zurverfügungstellen eines Computers oder eines Handys als sozialadäquates Verhalten vom objektiven Tatbestand des Art. 197 Ziff. 1 StGB

---

<sup>72</sup> HURTADO POZO, 940; KOLLER, 124; siehe für das vergleichbare deutsche Recht PERRON/EISELE, § 184 N 9.

<sup>73</sup> Darüber hinaus auch auf hartpornographisches oder gewaltdarstellendes Material usw.

<sup>74</sup> In der deutschen Lehre wird eine Strafbarkeit unter Umständen für möglich gehalten GERCKE, 284; HÖRNLE, 1012, die es in der Regel wegen Sozialadäquanz nicht als strafbar hält. Lehrer und Eltern, die während der Nutzung durch ein Kind nicht gegen das Surfen in pornographischen Dateien einschreiten, könnten sich allerdings strafbar machen (Überwachergarantenstellung); KUDLICH, 310 f.; FISCHER, § 184 N 10; Strafbarkeit verneinend KOLLER, 128, welcher darauf hinweist, dass solche alltäglichen Handlungen sozial erwünscht seien. Eine Strafbarkeit soll stattdessen nur dann vorliegen, wenn eine Person weitere Handlungen vornehme, welche die Wahrscheinlichkeit der Konfrontation mit weicher Pornographie erhöhten.



auszunehmen ist.<sup>75</sup> Anders könnte man die Situation beurteilen, wenn erwachsene Käufer beim Erwerb eines Handys durch das Verkaufspersonal der Mobilfunkanbieter auf die fernmelderechtlich vorgesehenen und gegenüber unter 16-Jährigen vorgeschriebenen Sperrsets,<sup>76</sup> auf die jederzeitige einfache und kostenlose Sperrmöglichkeit, die Pflicht zur Einrichtung der Sperren bei Abgabe des Gerätes an unter 16-Jährige, die Überwachungspflichten von Eltern bzw. Erziehungsberechtigten und präventive Massnahmen gegen potentiell schädliche Inhalte hingewiesen werden.

*bb) Weitere Tathandlungen (Anbieten, Zeigen, Überlassen, Durch-Radio-oder-Fernsehen-Verbreiten)*

Da mit dem Zugänglichmachen weichpornographischer Inhalte der objektive Tatbestand von Art. 197 Ziff. 1 StGB früher vollendet ist als bei den anderen Tathandlungsvarianten, treten sie bei der Beurteilung der Strafbarkeit von pornographischen Mobil- oder webbasierten Mehrwertdiensten in den Hintergrund. Es ist daher im Rahmen der Fragestellung des vorliegenden Beitrages nicht näher darauf einzugehen.<sup>77</sup>

#### **4. Subjektiver Tatbestand**

*a) Vorsatz*

Der Eventualvorsatz reicht zur Erfüllung des subjektiven Tatbestandes (Art. 12 Abs. 2 Satz 2 StGB). Das heisst für unsere Fallkonstellationen, dass die Mobile-Content-Provider, Application-Service-Provider und Connectivity-Provider auch strafbar sein können, wenn sie das pornographische Ange-

---

<sup>75</sup> So auch KOLLER, 128.

<sup>76</sup> Vgl. zur kostenlosen Sperrmöglichkeit gegenüber Mehrwertdiensten Art. 40 FDV, zur Sperrpflicht bei unter 16-jährigen Nutzern Art. 41 FDV.

<sup>77</sup> Ausführlich zu diesen Tathandlungsvarianten KOLLER, 176 ff. m.w.N., mit dem völlig zutreffenden Fazit (185 f.): „Die weiteren Tathandlungen von Art. 197 Ziff. 1 gehen im Anwendungsbereich des Zugänglichmachens auf, weshalb es überspitzt gesagt gereicht hätte, lediglich das Merkmal ‚zugänglich machen‘ als strafbare Tathandlung aufzuzählen. Denn wer etwas anbietet, zeigt, überlässt oder durch Radio oder Fernsehen verbreitet, hat es immer auch zugänglich gemacht“.

bot zwar nicht direkt auf unter 16-Jährige ausrichten, aber im Moment der Web- oder Mobile-Publikation mit der Möglichkeit rechnen, ein unter 16-Jähriger könnte die pornographischen Dateien abrufen, und dies in Kauf nehmen. So ist beispielsweise im „Offline-Bereich“ von einem Eventualvorsatz auszugehen, wenn ein Täter eine weichpornographische Zeitschriften an einem Ort wegwirft oder unverschlossen liegenlässt, von dem er weiss, dass er auch von einer unter 16-jährigen Person betreten werden kann.<sup>78</sup>

Belanglos ist in jedem Fall das Motiv des Täters. Ob beispielsweise ein auf der Webseite eingestelltes Bild, das einen aus dem Hosenschlitz herausragenden erigierten Penis zeigt, als Kontaktanzeige oder schlicht als pornographisches Angebot gedacht ist, macht keinen Unterschied.<sup>79</sup>

*b) Qualifikation bei Gewinnsucht (Art. 197 Ziff. 4 StGB)*

Handelt der Täter aus Gewinnsucht, richtet sich die Strafe nach dem Strafrahmen von Art. 197 Ziff. 4 StGB, wo wie bei Art. 197 Ziff. 1 StGB eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe angedroht wird. Im Unterschied zum Grundtatbestand ist aber im Falle einer Freiheitsstrafe diese zwingend mit einer Geldstrafe zu verbinden.

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung handelt es sich bei der Gewinnsucht um „ein moralisch verwerfliches Bereicherungstreben“, das nicht durch ein ungewöhnliches Ausmass charakterisiert sein muss.<sup>80</sup>

---

<sup>78</sup> Vgl. zu einer ähnlichen Konstellation beim Inverkehrbringen von Materialien zur unbefugten Entschlüsselung codierter Angebote FIOLKA, Art. 150<sup>bis</sup> N 35.

<sup>79</sup> BGE 6S.26/2005, 3.6.2005, Erw. 2.2 (<www.gaynet.ch>).

<sup>80</sup> BGE 107 IV 119; 109 IV 117: Es handelt sich um ein „Kriterium qualitativer Art“. Vgl. HURTADO POZO, 953 f. m.w.N. Gemäss Vorentwurf zur Genehmigung und Umsetzung des Übereinkommens des Europarates zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch soll der Qualifikationsgrund von Ziff. 4 neu in einer Bereicherungsabsicht bestehen. Sofern die Gegenstände oder Vorführungen tatsächliche sexuelle Handlungen oder Gewalttätigkeiten mit unmündigen Personen zum Inhalt haben, soll die Strafdrohung bis 5 Jahre Freiheitsstrafe reichen. Siehe EJPD 2011, 46 f.

## 5. Welche strafrechtliche Verantwortlichkeit für welche(n) Provider?

Nach der Analyse der objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale geht es in diesem Abschnitt um die Frage, welchen bzw. welche der in Abschnitt IV.1 genannten Provider eine Strafbarkeit nach Art. 197 Ziff. 1 StGB trifft, falls keine hinreichenden technischen oder sonstigen Massnahmen getroffen werden, um die Kenntnisnahme eines weichpornographischen Angebots auf einem Web- oder Mobile-Server durch Personen unter 16 Jahren auszuschliessen. Die Ausführungen beruhen auf der Annahme, dass Art. 197 Ziff. 1 StGB zwar ein Mediendelikt ist, aber die Beteiligungsformen der verschiedenen Provider in der Verbreitungskette nicht vom Medienstrafrecht erfasst werden.<sup>81</sup> Die Frage, welche Sicherheitsmassnahmen die Strafbarkeit entfallen lassen, wird weiter unten aufgegriffen.

Als *Haupttäter* strafbar ist derjenige, der die Tathandlung des Zugänglichmachens selbst ausführt.

Im Kontext der Webpublikation ist das klarerweise der Content-Provider, der die weichpornographischen Inhalte in der Regel per Webpublishing-Software selbständig auf einen öffentlich zugänglichen Webserver lädt.<sup>82</sup> Der Host-provider hat mit dieser Aktion üblicherweise nichts zu tun und ist folglich strafrechtlich (noch) nicht verantwortlich.<sup>83</sup> Der Access-Provider, der eigentlich als „Gehilfe“ des Nutzers agiert und mit dem Täter keine Beziehung hat, fällt als Beteiligter nicht in Betracht.<sup>84</sup>

Bei der Publikation auf einem Mobile-Server, der von einem Application-Service-Provider betrieben wird, ist die Sache komplizierter. Das enge Zusammenwirken des Mobile-Content-Providers mit dem Application-Service-Provider sowie dem Connectivity- und Payment-Service-Provider wirft die Frage auf, ob es sich hierbei um Mittäter handelt. Mittäterschaft ist gleich-

---

<sup>81</sup> Siehe hierzu oben, V.2.

<sup>82</sup> Vgl. KOLLER, 163.

<sup>83</sup> Anderes gilt, wenn Content- und Host-Provider gemeinsam am Zugänglichmachen einer Website mit weichen pornographischen Inhalten zusammenwirken. Dann ist von strafbarer Mittäterschaft auszugehen, vgl. KOLLER, 141.

<sup>84</sup> So auch BUNDI, N 573 ff.; KOLLER, 130 ff.

wertiges koordiniertes Zusammenwirken bei der Begehung einer strafbaren Handlung. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist Mittäter, wer bei der Entschliessung, Planung *oder* Ausführung eines Deliktes vorsätzlich und in massgebender Weise mit anderen Tätern zusammenwirkt, so dass er als Hauptbeteiligter dasteht.<sup>85</sup> Objektiv wird insbesondere auf die Tatherrschaft, subjektiv auf das Wollen der Tat als eigene Tat abgestellt. Die Abgrenzung zur Gehilfenschaft erfolgt laut Bundesgericht nach der Tatherrschaftstheorie, d.h. es ist zu prüfen, ob der Tatbeitrag für die Ausführung des Delikts so wesentlich ist, dass sie mit ihm steht oder fällt.<sup>86</sup> Um die Mittäterschaft von der Anstiftung abzugrenzen, ist zu prüfen, ob der Täter Tatherrschaft hatte. Der Anstifter wirkt zwar auf die Willensbildung des Täters ein, hat aber in der Folge keine Tatherrschaft.<sup>87</sup> Subjektiv wird ein gemeinsamer Tatentschluss vorausgesetzt. Zumindest für die vertragliche Zusammenarbeit von Mobile-Content-Provider und Application-Service-Provider scheinen die Kriterien der Mittäterschaft klar erfüllt zu sein. Die Publikation auf dem Mobile-Server wird nur durch Mitwirkung des Application-Service-Providers ermöglicht. Die Gewinnbeteiligung ebenso wie die Tatherrschaft über die Serverinfrastruktur sprechen für ein arbeitsteiliges, mittäterschaftliches Vorgehen. Darüber hinaus stellt sich auch die Frage, ob nicht der Connectivity- und der Payment-Service-Provider ebenfalls zum Kreis der Mittäter gehören. Auch dieser ist vertraglich mit dem Mobile-Content-Provider verbunden, erhält einen Anteil am Gewinn, übernimmt durch seine direkte Kundenbeziehung das Inkasso und muss zudem die SMS/MMS-Kurznummern in seinem Netz freischalten. All dies spricht für eine Arbeitsteilung, wobei es auch der Connectivity- und Payment-Service-Provider in der Hand hätte, die Tatausführung zu stoppen bzw. unmöglich zu machen. Allerdings müssen hier die Besonderheiten jedes Einzelfalles genauer untersucht werden. Insbesondere lässt sich abstrakt nicht sagen, ob der Connectivity- und Payment-Service-Provider den subjektiven Tatbestand erfüllt.<sup>88</sup>

---

<sup>85</sup> Siehe statt vieler BGE 120 IV 265, Erw. 2.c; STRATENWERTH, § 13 N 57 ff.

<sup>86</sup> BGE 120 IV 17, Erw. 2.d; TRECHSEL/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, vor Art. 24 N 12 m.N.

<sup>87</sup> FORSTER, vor Art. 24 N 36 ff. m.N.

<sup>88</sup> In sog. Third-Party-Verträgen auferlegen die Connectivity- und Payment-Service-Provider den Mobile-Content-Providern gewöhnlich die Pflicht, die Verträglichkeit

Im Zusammenhang mit pornographischen Mobilangeboten ist auf den Präzedenzfall BGE 121 IV 109 (*télékiosque*) hinzuweisen, in welchem der frühere PTT-Generaldirektor wegen aktiver Gehilfenschaft zum Zugänglichmachen von Telefonsex an Personen unter 16 Jahren zu einer bedingten Freiheitsstrafe und einer Busse verurteilt wurde. Nachdem er von den Strafverfolgungsbehörden auf die unbeschränkte Zugänglichkeit dieser Angebote auch für unter 16-jährige Jugendliche hingewiesen worden war, hatte er keine Massnahmen zur Verhinderung des Zugangs dieser Altersgruppen eingerichtet. Dieser Entscheid ist von besonderer Relevanz, weil der damals zu beurteilende Sachverhalt mit der aktuellen Konstellation der SMS- und MMS-Dienste nahe verwandt ist. Anders als im Bereiche der webbasierten weichpornographischen Angebote, wo Content-, Host- und vor allem Access-Provider nicht koordiniert vorgehen und für gewöhnlich nichts voneinander wissen, wirken Mobile-Content-, Application-Service-, Connectivity- und Payment-Service-Provider und allenfalls der Mobile-Network-Provider bei den Mobilangeboten auf vertraglicher Basis zusammen. In der Praxis besteht die Tendenz, den Kreis der strafrechtlichen Verantwortlichkeit in solchen Fällen weit zu ziehen. Zwar muss das Zusammenwirken der verschiedenen Provider in jedem einzelnen Fall näher untersucht werden, doch liegt es bei der oben geschilderten Arbeitsteilung im Mobilsektor nahe, von einer Mittäterschaft oder Nebentäterschaft durch Zugänglichmachen<sup>89</sup> oder aber von einer Gehilfenschaft durch aktives Tun (durch das Einrichten der Nummern, die Aufschaltung im Netz, das Unterhalten des Mobile-Servers, das koordinierte Inkasso mit *revenue-sharing* usw.) auszugehen.

Sollte im Zeitpunkt des Zugänglichmachens ein Provider keinen Vorsatz haben, könnte dieser – wie damals im Telekiosk-Fall durch die Staatsanwalt-

---

mit dem Strafrecht zu prüfen und durch eine Unbedenklichkeitserklärung zu bestätigen. Allerdings wäre ein eventualvorsätzliches mittäterschaftliches Verhalten immer noch möglich, wenn der Connectivity- und Payment-Service-Provider aufgrund objektiver Umstände mit der Möglichkeit rechnet, dass die weichpornographischen Angebote nicht dem erforderlichen Jugendschutzstandards entsprechen.

<sup>89</sup> So beurteilt CALMES, 202, die Handlung des damaligen PTT-Generaldirektors (Zurverfügungstellung der Infrastruktur für 156-Telefonnummern) als eigenständiges Zugänglichmachen, das zu einer Verurteilung als Haupttäter hätte führen müssen. Vgl. zum Zueigenmachen fremden Inhalts durch einen Mailboxen-Provider und dessen haupttäterchaftliche Verantwortlichkeit für das Zugänglichmachen von weicher Pornographie, OGer ZH, Urteil vom 7.12.1998, *Medialex* 1999, 106.

schaft des Kantons Waadt – durch eine schriftliche Mitteilung beispielsweise an den Hostprovider oder den Mobile-Network-Provider „hergestellt“ werden. Falls der Hostprovider oder Mobile-Network-Provider den Zugang zum weichpornographischen Angebot dann nicht sofort sperrt, könnte sein Verhalten aus strafrechtlicher Sicht als Mittäterschaft oder Gehilfenschaft durch aktives Tun betrachtet werden, denn das Inkasso muss als aktive Beihilfehandlung angesehen werden. Ohne Inkasso wäre eine Mittäterschaft durch Unterlassung oder – falls man eine solche dogmatische Figur überhaupt zulässt – durch Gehilfenschaft durch Unterlassung zu erwägen. Ob eine Garantstellung besteht, also eine Pflicht, gegen die abstrakte Rechtsgutsgefährdung einzuschreiten, ist allerdings strittig. Offen ist auch, ob eine Unterlassungsstrafbarkeit bei einem abstrakten Gefährdungsdelikt überhaupt möglich ist.<sup>90</sup> Wie bei der Frage nach der Anwendbarkeit des Medienstrafrechts ist auch bezüglich dieser Verantwortlichkeitsfragen unklar, wie die Gerichte entscheiden werden.

#### **6. Strafflosigkeit bei schutzwürdigem kulturellen oder wissenschaftlichen Wert**

Gemäss Art. 197 Ziff. 5 StGB sind pornographische Gegenstände und Vorführungen i.S.v. Ziff. 1-3 derselben Bestimmung nicht tatbestandsmässig, wenn sie einen schutzwürdigen kulturellen oder wissenschaftlichen Wert aufweisen.<sup>91</sup> Damit soll insbesondere die künstlerische, historische oder dokumentarische Auseinandersetzung mit pornographischen Darstellungen ermöglicht werden. Der bloss „vorgespiegelte“ wissenschaftliche oder kulturelle Wert vermag den pornographischen Charakter jedoch nicht zu verdrängen.

Die Praxis ist zurückhaltend, wobei sie vom Grundsatz ausgeht, dass die Voraussetzungen von Art. 197 Ziff. 5 StGB gegeben sind, wenn der künstle-

---

<sup>90</sup> Vgl. KOLLER, 140 f., 187 ff. m.w.N. („harmlose Alltagshandlung“); NIGGLI/SCHWARZENEGGER, 62 ff.; NIGGLI/RIKLIN/STRATENWERTH; SCHWARZENEGGER, E-Commerce, 351 f.; zusammenfassend EJPD 2003, 66 ff. m.N.

<sup>91</sup> Vgl. dazu auch BUNDI, N 663 ff. mit Beispielen.

rische oder wissenschaftliche Wert gegenüber dem pornographischen Element im Gesamteindruck überwiegt.<sup>92</sup>

Bei weichpornographischen Angeboten im WWW oder im Mobilfunkbereich ist davon auszugehen, dass der künstlerische Wert nur in raren Ausnahmefällen – etwa wenn der Inhalt von anerkannten Regisseuren oder Künstlern stammt<sup>93</sup> – überwiegen wird.

## 7. Verfassungs- und konventionalrechtliche Schranken des Pornographieverbots

### a) *Das Verbot der weichen Pornographie als Eingriff in die Meinungs-, Medien- und Wirtschaftsfreiheit*

Eine strafrechtliche Verurteilung wegen Zugänglichmachens von weicher Pornographie kann einen Eingriff in die Meinungs-, Medien- und Wirtschaftsfreiheit des Contentproviders darstellen,<sup>94</sup> wenn der Eingriff in einer demokratischen Gesellschaft zur Aufrechterhaltung der Ordnung und der Verbrechensverhütung, des Schutzes der Gesundheit und der Moral, des Schutzes des guten Rufs oder der Rechte anderer *nicht notwendig* ist (Art. 10 Abs. 2 EMRK e contrario). Tangiert ist auch die Informationsfreiheit der am Informationsangebot interessierten Personen.

Die Meinungsfreiheit nach Art. 16 BV und Art. 10 Abs. 1 EMRK ist von grundlegender Bedeutung in einer demokratischen Gesellschaft, indem sie

---

<sup>92</sup> Vgl. BGE 131 IV 64, Erw. 10.1.3; CORBOZ, Art. 197 N 20 ff.; DONATSCH, 508 „Unterwanderung des Jugendschutzgedankens“; HURTADO POZO, 954 f. „*in dubio pro arte*“; MENG/SCHWAIBOLD, Art. 197 N 64; STRATENWERTH/JENNY/BOMMER, § 10 N 5 m.N. Nach BGE, 6S.311/2004, 11.10.2004, Erw. 5.2.1 ist Pornographie dann wissenschaftlich schutzwürdig, wenn sie für den Unterricht oder die Forschung unabdingbar ist, was bei einem wissenschaftlichen Werk, das deviantes Sexualverhalten aus psychiatrischer Sicht analysiert, oder einem Aufklärungsfilm über Aids der Fall sein kann.

<sup>93</sup> Zu denken ist etwa an Filme wie „*Ai no korida*“ (dt. „Im Reich der Sinne“, NAGISA OSHIMA 1976) oder Werke von JEFF KOONS oder ROBERT MAPPLETHORPE.

<sup>94</sup> Art. 16, 17, 27 BV. Grundlegend zum Verhältnis dieser Kommunikationsfreiheiten untereinander AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, 249 ff.; BARRELET, § 45 N 1 ff.; BURKERT, Art. 17 N 13 ff.; KLEY/TOPHINKE, Art. 16 N 2 ff.

dem Einzelnen einerseits zur individuellen Selbstverwirklichung verhilft und andererseits Grundvoraussetzung einer offenen Meinungsbildung im Staat bildet.<sup>95</sup> Die Freiheit der Meinungsäusserung gemäss Art. 10 Abs. 1 EMRK erstreckt sich nicht nur auf ideelle Inhalte, sondern auch auf pornographische Darstellungen, selbst wenn diese keinen informativen Gehalt aufweisen und rein kommerziellen Zwecken dienen.<sup>96</sup> Entsprechend werden auch weichpornographische Angebote im WWW oder via Mobilfunk durch Art. 10 Abs. 1 EMRK geschützt.

*b) Die Voraussetzungen des staatlichen Eingriffs in die Grundrechte*

Ein Eingriff in dieses Grundrecht ist nur unter den in Art. 36 BV und Art. 10 Abs. 2 EMRK genannten Voraussetzungen zulässig. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) unterzieht strafrechtliche Verurteilungen einer strikten Überprüfung, die in einem vierstufigen Verfahren durchgeführt wird:

- Liegt ein Eingriff in die Meinungsfreiheit nach Art. 10 Abs. 1 EMRK vor?
- Ist dieser gesetzlich vorgeschrieben oder vorhersehbar?
- Wird der Eingriff von einem öffentlichen Interesse nach Art. 10 Abs. 2 EMRK gedeckt?
- Wurde das Verhältnismässigkeitsprinzip beachtet, insbesondere die Notwendigkeit?<sup>97</sup>

Die ersten drei Fragen sind im Zusammenhang mit Verurteilungen wegen Zugänglichmachens von weichpornographischen Gegenständen und Vorführungen zu bejahen.

Art. 197 Ziff. 1 StGB dient, wie eingangs festgestellt, dem Jugendschutz. Es soll einer Störung der sexuellen und psychischen Entwicklung von Kindern

---

<sup>95</sup> Vgl. BGE 96 I 586, Erw. 6; vgl. PEDUZZI, 52 ff.; ZIHLER, 35 ff. beide m.w.N.

<sup>96</sup> Explizit BGE 128 IV 201, Erw. 1.4 mit zahlreichen Nachweisen.

<sup>97</sup> Zu diesem Eingriffsschema ZIHLER, 33; siehe auch AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, 293 ff.



und Jugendlichen vorbeugen. Bei dem mit dem Verbot weicher Pornographie verfolgten Ziel handelt es sich um ein Motiv, das gemäss Art. 10 Ziff. 2 EMRK eine Einschränkung der Meinungsfreiheit grundsätzlich rechtfertigt.<sup>98</sup> Im Gegensatz zur harten Pornographie geht es aber *nicht* darum generell zu verhindern, dass auch Erwachsene beim Betrachten weichpornographischer Darstellungen das Gesehene, Gehörte oder Gelesene selber nachahmen (korrumpierende Wirkung).<sup>99</sup> Was von Art. 197 Ziff. 1 StGB erfasst wird, ist „normales“ sexuelles Verhalten unter Erwachsenen. Jeder Erwachsene hat die Freiheit, sich für weichpornographische Darstellungen zu interessieren, sie zu erwerben und zu betrachten.

Damit kommt es wesentlich auf die Verhältnismässigkeitsprüfung an,<sup>100</sup> ob eine strafrechtliche Verurteilung gegen das konventional- und verfassungsrechtlich garantierte Freiheitsrecht verstösst und daher aufzuheben ist.<sup>101</sup> Der Eingriff muss zur Verfolgung der genannten Ziele in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein, also einem dringenden sozialen Bedürfnis ent-

---

<sup>98</sup> BGE 128 IV 201, Erw. 1.4.4. Vgl. zum Verbot unzüchtiger Veröffentlichungen nach dem alten Sexualstrafrecht EGMR, Müller and others v. Switzerland [Appl. No. 10737/84], 24 May 1988, § 30.

<sup>99</sup> Zur insofern völlig anderen Schutzausrichtung von Art. 197 Ziff. 3 und Ziff. 3<sup>bis</sup> StGB siehe BGE 128 IV 201, Erw. 1.4.2.

<sup>100</sup> Grundlegend EGMR, Handyside v. the United Kingdom [Appl. No. 5493/72], 7 December 1976, § 49, „Daraus folgt insbesondere, dass jede „Formvorschrift“, „Bedingung“, „Einschränkung“ oder „Strafdrohung“ in angemessenem Verhältnis zum verfolgten berechtigten Ziel stehen muss“ (deutsche Übersetzung in EuGRZ 1977, 38). Vgl. MINELLI, 183, der zu Recht hervorhebt, dass sich aus Art. 10 Ziff. 1 EMRK ein Recht ableitet auf Zugang zu Pornographie für Erwachsene, die keines besonderen Schutzes bedürfen. Dies müsse dazu führen, dass die nationalen Pornographiegesetze nur noch unter dem Blickwinkel der EMRK Anwendung finden könnten.

<sup>101</sup> Werden durch Strafbestimmungen Grundrechte eingeschränkt, muss das den Voraussetzungen von Art. 36 BV genügen und kann zu einem Korrektiv „überschießender Tendenzen“ schon auf Stufe des objektiven Tatbestandes führen. Jedenfalls sind im Bereiche der Kommunikationsdelikte konventional- und verfassungsrechtliche Schranken anerkannt, die trotz Vorliegens der konstitutiven Strafbarkeitsvoraussetzungen keine Strafbarkeit zur Folge haben dürfen. Mangels verfassungsgerichtlicher Kompetenz (Art. 191 BV) kann das Bundesgericht diese Einschränkung nur unter dem Titel einer verfassungs- und EMRK-konformen Auslegung vornehmen (BGE 128 IV 201 f., Erw. 1.2 m.N.; BGE vom 22.1.2003, 6S.698/2001, Erw. 5). Auch diese erfolgt auf der Stufe des objektiven Tatbestandes.

sprechen.<sup>102</sup> Die Notwendigkeit ist besonders zu begründen. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes steht dem nationalen Gesetzgeber bei der Bestimmung der Erfordernisse der öffentlichen Moral ein weites Ermessen zu,<sup>103</sup> weil keine einheitliche europäische Vorstellung von Moral bestehe<sup>104</sup> und ein Wertewandel in den sexuellen Moralvorstellungen eingetreten sei.<sup>105</sup> Das Bundesgericht will daher bei der Beurteilung moralischer Vorstellungen im Bereich der Pornographie einen zurückhaltenden Massstab anlegen.<sup>106</sup> Wie diese Verhältnismässigkeitsprüfung bei weichpornographischen Angeboten im Internet oder Mobilfunk ausfallen würde, hängt von den Umständen – insbesondere den konkreten eingesetzten Jugendschutzmassnahmen ab – und kann hier gestützt auf die wenigen durch die Strassburger Organe gefällten Entscheide nur skizziert werden:

- In einer älteren Entscheidung betreffend die Schweiz<sup>107</sup>, in welcher die Beschwerdeführer geltend machten, ihre Meinungsfreiheit (Art. 10 Abs. 1 EMRK) sei durch die Verurteilung zu einer Busse wegen Vermietung und Verkaufs unzüchtiger Videos (Art. 204 StGB a.F.) verletzt worden, stellte die früheren Kommission fest, dass dies einen Eingriff in das Freiheitsrecht darstelle. Bei der Prüfung, ob dieser Eingriff gemäss Art. 10 Abs. 2 EMRK gerechtfertigt sei, führt sie an, dass eine gesetzliche Grundlage gegeben sei und dass der Eingriff dem Schutz der Moral im Sinne dieser Bestimmung diene. Bezüglich der Verhältnismässigkeit bzw. Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft kommt die

---

<sup>102</sup> EGMR, Müller and others v. Switzerland [Appl. No. 10737/84], 24 May 1988, § 32.

<sup>103</sup> VAN DIJK/VAN HOOF, 578; VILLIGER, § 40 N 26 je m.N. „Allerdings kommt den innerstaatlichen Behörden bei der Beurteilung u.a. von ehrenrührigen und unzüchtigen Veröffentlichungen ein Ermessensbereich zu, der umso grösser ist, desto mehr sich die Information von der persönlichen Meinung weg und zum kommerziellen Inhalt hin bewegt“.

<sup>104</sup> VILLIGER, 401 m.N.

<sup>105</sup> EGMR, Müller and others v. Switzerland [Appl. No. 10737/84], 24 May 1988, § 35; EKMR, Scherer v. Switzerland [Appl. No. 17116/90], 14 October 1993, § 57 ff. (Kommissionsbericht).

<sup>106</sup> BGE 128 IV 201, E. 1.4.3.

<sup>107</sup> EKMR, W. and K. v. Switzerland [Appl. No. 16564/90], 8 April 1991.

Kommission zum Schluss, dass die Verurteilung der Beschwerdeführer „zweifellos“ einem dringenden gesellschaftlichen Bedürfnis entspringe und ein verhältnismässiges Mittel zur Erreichung des angestrebten Schutzzwecks sei. Die Kommission schliesst daher, dass keine Verletzung von Art. 10 EMRK vorliege. Wegen der in der Zwischenzeit stark gewandelten gesellschaftlichen Wertvorstellungen wäre heute wohl eine differenziertere Würdigung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte zu erwarten.

- Im einem weiteren Fall<sup>108</sup> erachtete es die frühere Kommission als unverhältnismässig, den Inhaber eines Sexladens für das Zeigen des Videos „New York City“ mit weichpornographischem (homosexuellen) Inhalt wegen unzüchtiger Veröffentlichung (Art. 204 StGB a.F.) zu verurteilen. Der Sexladen war von der Strasse aus nicht zu erkennen, so dass der Zugang zum Hinterzimmer, wo der Film gezeigt wurde, nur einem engen Kreis einwilligender Erwachsener offen stand. Zur Feststellung der Verletzung von Art. 10 EMRK kam es nicht mehr, weil der Beschwerdeführer während des Verfahrens vor dem Gerichtshof starb. Der Kommissionsentscheid zeigt einen Wandel in der Auslegung von Art. 10 Abs. 2 EMRK. Wo die weichpornographischen Darstellungen nur von Erwachsenen wahrgenommen werden können, die sich alle freiwillig in den Sexladen begeben, ist ein Schutz der Moralvorstellungen (Schutz der Betroffenen vor sich selbst) nicht mehr eine Notwendigkeit in einer demokratischen Gesellschaft.
- In einem neueren Entscheid<sup>109</sup> bestätigt das Bundesgericht, dass die rundfunkrechtliche Einschränkung der Wirtschafts- und Meinungsäusserungsfreiheit (Art. 6 RTVG) weder die BV noch die EMRK verletze. Die Einschränkung dieser Freiheitsrechte diene der Wahrung der Jugendlichen vor (Werbe-)Sendungen, die geeignet seien, ihre ethische Entwicklung zu beeinträchtigen, indem menschenverachtendes Verhalten im sexuellen Bereich als üblich, positiv und nachahmenswert dargestellt werde. Sie sei verhältnismässig, da dadurch nicht jegliche Werbung für zulässige weiche Pornographie verboten werde. Zwar erstrecke

---

<sup>108</sup> EKMR, Scherer v. Switzerland [Appl. No. 17116/90], 14 October 1993.

<sup>109</sup> BGE 133 II 136, Erw. 5.1 und 7.

sich die Meinungsäusserungsfreiheit von Art. 10 EMRK auch auf pornographische Darstellungen, die keinerlei informativen Gehalt aufweisen und rein kommerziellen Zwecken dienen, doch räume der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte den nationalen Behörden in diesem Zusammenhang einen relativ grossen Beurteilungsspielraum ein, der hier nicht überschritten werde. Die Prüfung des Grundrechtseingriffs im Rahmen einer Verurteilung wegen Zugänglichmachung weichpornographischen Materials würde wohl ähnlich ausfallen. Dabei ist aber von wesentlicher Bedeutung, dass im zitierten Fall die Werbung von Kindern und Jugendlichen wahrgenommen werden konnte. Die Verhältnismässigkeitsprüfung im Rahmen von Art. 10 Abs. 2 EMRK würde aber mit grosser Wahrscheinlichkeit anders ausfallen, wenn mit hinreichender Sicherheit eine Kenntnisnahme durch Kinder und Jugendliche verhindert würde.<sup>110</sup>

c) *Schutzpflichten gegenüber Jugendlichen*

Abschliessend ist auch auf die Schutzpflichten gegenüber Jugendlichen hinzuweisen, welche die Mitgliedstaaten aufgrund von Art. 8 EMRK trifft. So hielt der EGMR beispielsweise fest, dass angesichts der sexuellen Missbräuche gegenüber Kindern im Internet die Mitgliedstaaten ein System zum Schutze von Jugendlichen vor Kontaktaufnahmen durch Pädophile umsetzen müssten.<sup>111</sup> Wenngleich dies nicht direkt auf weichpornographische An-

---

<sup>110</sup> So deutlich BGE 128 IV 201, E. 1.4.4, „Es trifft wohl zu, dass in den beiden bereits erwähnten Entscheiden i.S. Felix Müller und Scherer dem Umstand *massgebliche Bedeutung* zukam, ob die pornographischen Vorführungen *auch für Jugendliche zugänglich waren* und Erwachsene damit ungewollt konfrontiert werden konnten.“ (meine Hervorhebung; das Bundesgericht hatte aber in diesem Fall über ein hartpornographisches Angebot zu entscheiden, weshalb keine Verletzung von Art. 16 BV und Art. 10 Abs. 1 EMRK festzustellen war). Siehe auch die Entscheidung über die Vorführung eines weichpornographischen Films für ein erwachsenes, einwilligendes Publikum, EKMR, Scherer v. Switzerland [Appl. No. 17116/90], 14 October 1993, wo effektiv eine Verletzung von Art. 10 Abs. 1 EMRK festgestellt wurde.

<sup>111</sup> EKMR, K.U. v. Finland [Appl. No. 2872/02], 2 December 2008, wo eine Verletzung von Art. 8 Abs. 1 EMRK festgestellt wurde. Vgl. § 48: „Also the widespread problem of child sexual abuse had become well-known over the preceding decade. Therefore, it cannot be said that the respondent Government did not have the op-

gebote gemünzt ist, zeigt der Entscheid doch deutlich, dass die Interessen der Meinungsfreiheit mit weiteren Grundrechten abgewogen werden können und müssen.

d) *Das Verbot kommerzieller Pornographie im Mobiltelefonbereich aus konventions- und verfassungsrechtlicher Sicht*

Aus der im vorigen Abschnitt zusammengefassten Rechtsprechung lässt sich ableiten, dass ein Totalverbot von kommerziellen weichpornographischen Angeboten im Internet oder Mobilfunkbereich weder den Voraussetzungen des Grundrechtseingriffs nach Art. 36 BV noch denjenigen nach Art. 10 Abs. 2 EMRK genügt und folglich gegen Konventions- und Verfassungsrecht verstösst. Insbesondere die Verhältnismässigkeit des Eingriffs in die grundrechtlich geschützten Positionen der Mehrwertdiensteanbieter (Meinungs-, Wirtschaftsfreiheit), aber auch der Nutzer (Informationsfreiheit) ist nicht erfüllt (Art. 36 Abs. 3 BV, Art. 10 Abs. 2 EMRK).

Allgemein wird unter diesem Gesichtspunkt verlangt, dass die gewählte Massnahme zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet und notwendig ist. Ausserdem muss der angestrebte Zweck in einem vernünftigen Verhältnis zu den eingesetzten Mitteln bzw. den zu seiner Erreichung notwendigen Freiheitsbeschränkungen stehen.<sup>112</sup>

Schon bei der Eignung zeigen sich Mängel, denn es macht mit den heutigen *smartphones* technisch keinen Unterschied mehr, ob eine weichpornographische Datei über einen MMS-Mehrwertdienst oder über eine WAP-Plattform vom Internet oder direkt von einer Website bezogen wird. Mit einem Verbot des Mehrwertdienstesektors wird folglich das Ziel eines verbesserten Jugendschutzes nicht erreicht. Im Gegenteil: die Angebote, die auch leicht von einem ausländischen Standort aus betrieben werden können, werden in einen schwieriger zu kontrollierenden internet-basierten Bereich verlagert. Die bisher verfügbaren Informationen der Strafverfolgungsbehörden, der Schulen und der sonstigen mit Jugendlichen befassten Stellen weisen eher darauf hin,

---

portunity to put in place a system to protect child victims from being exposed as targets for paedophilic approaches via the Internet“.

<sup>112</sup> BGE 113 Ia 126 Erw. 7.b; BGE 128 I 3 Erw. 3.e.cc m.w.N.; siehe auch BIAGGINI, Art. 36 N 23; HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 320.

dass das Gefährdungspotential weniger von weichpornographischen Mobil-mehrwertdiensten ausgeht, sondern von hartpornographischen Inhalten, die via Internet und Kollegen besorgt und auf das Handy übertragen bzw. selbst „produziert“ werden.

In der Antwort auf die Motion hält der Bundesrat deshalb zu Recht fest, dass „[e]ine wesentliche Verbesserung des Jugendschutzes ... auch nicht dadurch erreicht werden [kann], dass in Ergänzung zum bestehenden allgemeinen Verbot von harter Pornographie das kommerzielle Anbieten und Verbreiten von weicher Pornographie über Fernmeldedienste – wie dies die Motion verlangt – generell verboten wird.“<sup>113</sup>

Die Massnahme muss zur Erreichung des angestrebten Zwecks erforderlich sein. Sie hat zu unterbleiben, wenn eine gleich geeignete, aber mildere Massnahme für den angestrebten Erfolg ausreichen würde.<sup>114</sup> Mit einem Massnahmenpaket bestehend aus Aufklärung und Sensibilisierung der Eltern, Diversifizierung der Nutzungsoptionen von Handys am Point-of-Sale und einer verbesserten Zusammenarbeit der Mobile-Industrie mit den Strafverfolgungsbehörden wäre das gesteckte Ziel effektiver und nachhaltiger zu erreichen. Absolute Verbote sind höchstens als *ultima ratio* bei schwerer Bedrohung der Rechtsgüter angezeigt.

Schliesslich setzt die Verhältnismässigkeit im engeren Sinn voraus, dass zwischen dem verfolgten Ziel und den mit der Massnahme einhergehenden Grundrechtsbeschränkungen ein vernünftiges Verhältnis besteht. Bei der Prüfung ist eine Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse und den betroffenen privaten Interessen vorzunehmen. Eine Massnahme ist dann unverhältnismässig, wenn deren negative Wirkungen im konkreten Fall schwerer wiegen als das öffentliche Interesse an deren Vornahme.<sup>115</sup>

Dies wäre vorliegend mit Bezug auf die an weicher Pornographie interessierten Erwachsenen unverhältnismässig. Ihre Informationsfreiheit würde spürbar beschränkt, ohne dass der Jugendschutz wesentlich verbessert werden

---

<sup>113</sup> Stellungnahme des Bundesrates vom 21.2.2007 betreffend Motion 06.3884, Keine kommerzielle Pornografie auf Handys vom 20.12.2006.

<sup>114</sup> HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 322.

<sup>115</sup> HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 323.

könnte. Wie weiter oben dargestellt, ist auch in der Schweiz von einem nicht unerheblichen Interesse von Erwachsenen an weichpornographischen Medienprodukten auszugehen. Der Wahrung dieses Interesses würde ein System eher entsprechen, dass durch geeignete Sicherungsmassnahmen den Zugang von Kindern und Jugendlichen unter 16 Jahren verhindert, den Erwachsenen aber die Informationsfreiheit belässt. Unverhältnismässig im engeren Sinne erscheint auch die Verunmöglichung wirtschaftlicher Betätigung im Bereich der weichpornographischen Mobile-Mehrwertdienste.<sup>116</sup>

## **VI. Altersverifikationsmechanismen und ihre Kompatibilität mit Art. 197 Ziff. 1 StGB**

Bei der Analyse der objektiven Tatbestandsmerkmale blieb die Frage offen, welche Sicherungs- oder Sperrmassnahmen ausreichen würden, um eine Subsumtion unter die Tathandlung des Zugänglichmachens auszuschliessen. Mit dem Bundesrat ist in Erinnerung zu rufen, dass „... beim Umgang mit Pornographie ein absoluter Jugendschutz nicht gewährleistet und durchge-

---

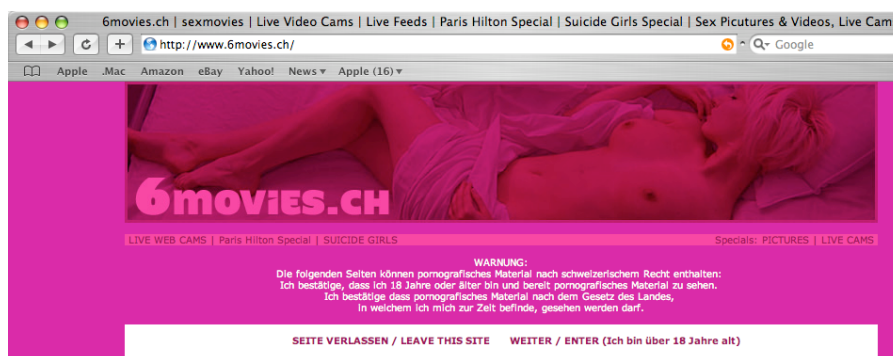
<sup>116</sup> Vgl. auch die Antwort des Bundesrates vom 16.3.2007 auf die Interpellation 06.3779, Massnahmen gegen überbordende Erotikindustrie und Pornographie vom 19.12.2006: „Mit Ausnahme der Strafverfolgung und der obengenannten organisatorischen Massnahmen erachtet der Bundesrat Jugendschutz als Erziehungs- und Bildungssache, wofür die Eltern beziehungsweise die Schule zuständig sind. Der Bund hat hier nur beschränkte Befugnisse. Er ist insbesondere zuständig für die Anwendung der Uno-Kinderrechtskonvention und die Unterstützung von Präventionsprogrammen zum Thema sexueller Missbrauch und Organisationen, die im Bereich Kinder-, Familienschutz und Elternbildung tätig sind. Dazu zählt auch die Förderung der ausserschulischen Jugendarbeit. Das Bundesamt für Gesundheit unterstützt die Kantone, Schulen und Lehrkräfte in ihrer Aufgabe über das Kompetenzzentrum Sexualpädagogik und Schule an der Pädagogischen Hochschule Zentralschweiz. Das heutige Strafrecht und die laufenden Projekte sowie die von Nichtregierungsorganisationen und den Medien verbreiteten Informationen bieten nach Ansicht des Bundesrates einen ausreichenden Schutz.“ Trotz der genannten Einwände haben der Ständerat und Nationalrat die Motion 06.3884, Keine kommerzielle Pornografie auf Handys vom 20.12.2006, angenommen.

setzt werden kann.<sup>117</sup> Eine Sicherungs- oder Sperrmassnahme, die von Seiten der Mobile-Content-Provider implementiert wird, kann folglich gar nicht unüberwindbar sein. Sie muss aber so ausgestaltet werden, dass sie nur mit besonderer Anstrengung des unter 16-Jährigen beseitigt bzw. umgangen werden kann. Hindernisse, die mühelos oder mit geringer Mühe umgangen werden können, sind ungenügend.<sup>118</sup>

Die aktuelle Rechtsprechung zu weichpornographischen Angeboten im Web und im Mobilfunkbereich verdeutlicht nur, welche Arten der Zugangskontrolle *nicht* genügen.

- a) *Ein Warnhinweis mit der Möglichkeit zur Selbstdeklaration ohne effektive Altersverifikation ist nicht ausreichend*

*Abbildung 6: Beispiel einer Homepage mit Selbstdeklaration des Alters durch den Nutzer (Internetangebot)*



Es genügt nicht, ein Fenster mit einem Warnhinweis auf pornographische Inhalte einzurichten, das dem Nutzer die Wahl lässt, auf einen „Unter-18-

<sup>117</sup> Stellungnahme des Bundesrates vom 21.2.2007 betreffend Motion 06.3884, Keine kommerzielle Pornografie auf Handys vom 20.12.2006.

<sup>118</sup> Vgl. KOLLER, 160 ff.



Jahre-Link“<sup>119</sup> (EXIT, d.h. Nichtzulassung) bzw. einen „Ab-18-Jahre-Link“ (ENTER, d.h. Zugang zum pornographischen Angebot) zu klicken.<sup>120</sup> Bei pornographischen Inhalten, die telefonisch abgerufen werden können, müssen ebenso Vorkehrungen getroffen werden, damit unter 16-Jährige diese nicht hören können.<sup>121</sup> In Frage kommt etwa die vorgängige Identifikation anhand eines persönlichen Passworts, das nur an über 16-Jährige ausgehändigt wird.

b) *Eine Online-Registrierung ohne effektive Altersverifikation ist nicht ausreichend*

Ebenso wenig wie mit dem zuvor erwähnten Warnhinweisen entfällt die Strafbarkeit, wenn ein Online-Registrierungsprozess vorgeschaltet wird, bei welchem der Nutzer eine Anmeldemaske selbständig mit seinen Personalien ausfüllt, die vom Anbieter nicht überprüft werden.<sup>122</sup>

---

<sup>119</sup> Nach Art. 197 Ziff. 1 StGB würde es ausreichen, wenn die Schutzaltersgrenze von 16 Jahren überschritten wurde. In der Praxis wird aber regelmässig nach dem Erreichen des 18. Altersjahres gefragt.

<sup>120</sup> BGE 131 IV 64, Erw. 10.3: „Das Anbringen eines Warnhinweises, der durch blosses Anklicken zum Verschwinden gebracht werden kann, stellt keine wirksame Barriere dar, um unter 16-Jährigen den Zugriff auf pornographische Webinhalte zu verunmöglichen.“ Es ging um Photos auf einer Sub-Domain, welche die primären Geschlechtsorgane von ganz oder teilweise entkleideten Frauen zeigten, ohne dass eine genügende Inhaltsblockierung zum Schutz von Minderjährigen angebracht worden war; vgl. auch BGer vom 3.6.2005, 6S.26/2005, wo nach erfolgter Registrierung und Wegklicken eines simplen Warnhinweises auf <www.gaynet.ch> die abrufbereite Photographie eines aus dem Hosenschlitz herausragenden Penis eines Erwachsenen von jedermann ohne Alterskontrolle eingesehen werden konnte; zustimmend auch BUNDI, N 683.

<sup>121</sup> BGE 119 IV 145, 150 ff.; BGE 121 IV 109.

<sup>122</sup> BGE 131 IV 64, Erw. 10.3; BGer vom 3.6.2005, 6S.26/2005, Erw. 3.1; KOLLER, 170.

- c) *Eine Maske mit der Möglichkeit zur Selbstdeklaration in SMS- und MMS-Diensten ohne effektive Altersverifikation ist nicht ausreichend*

In gleicher Weise erachtete das BezGer ZH<sup>123</sup> eine Anmeldemaske bei SMS- und MMS-Diensten für ungenügend, bei welcher das Alter vom Nutzer selbständig anzugeben ist,<sup>124</sup> wenn diese Angaben vom Mobile-Content-Provider bzw. der Software des Application-Service-Providers nicht überprüft werden.

- d) *Gesetz und Rechtsprechung schweigen zur Frage, welche Sicherungs- oder Sperrmassnahmen ausreichen würden*

Da sich die Strafgerichte meistens nur mit der Frage befassen, ob ein Angeklagter genügend getan hat, um eine wirksame Alterskontrolle zu gewährleisten, wird der Anwendungsbereich von Art. 197 Ziff. 1 StGB jeweils nur negativ abgegrenzt. Daher lässt sich nicht genau sagen, was zu tun ist, um weiche Pornographie rechtmässig einem erwachsenen Publikum zugänglich zu machen. Es ist vor diesem Hintergrund auch nicht damit zu rechnen, dass die Rechtsprechung die Voraussetzungen in absehbarer Zeit konkretisieren wird.

- e) *Lösungsansätze zur Schaffung eines ausreichenden Sicherungs- oder Sperrsystems*

Eine direkte Identifizierung<sup>125</sup> würde den Anforderungen von Art. 197 Ziff. 1 StGB sicherlich genügen. Sie ist aber im Internet- und Mobilfunkbereich nicht möglich.

Eine weitere vielversprechende Variante ist ein Zusammenwirken aller Beteiligten inklusive der Eltern oder Erziehungsberechtigten von unter 16-Jährigen. Die Alters- und Identitätskontrolle erfolgt beim Vertragsabschluss mit

---

<sup>123</sup> BezGer ZH, Urteil vom 6.9.2006, GG060256, Ziff. II und Erw. 1.4.8 und 2.6.1.

<sup>124</sup> Minderjährige werden aufgefordert, eine SMS mit „nein“ an den Mobile-Content-Anbieter zurückzusenden; erwachsene Nutzer sollen ihren Jahrgang per SMS angeben.

<sup>125</sup> Face-to-Face-Identifizierung mit Ausweis vor Bezug des Mehrwertdienstes.

dem Mobile-Network-Provider. Wird für eine Person unter 18 Jahren<sup>126</sup> ein Vertrag für einen Mobilanschluss abgeschlossen, ist der Zugang zu Erwachsenen-Unterhaltung und Erotik standardmässig zu sperren. Schliesst eine Person über 18 Jahren einen solchen Vertrag ab, könnte sie vertraglich dazu verpflichtet werden (AGB), bei Abgabe des Gerätes an Personen unter 18 Jahren bestimmte Sorgfaltspflichten einzuhalten. Sie ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass über den Mobilanschluss pornographische Mehrwertdienste bezogen und konsumiert werden können, die Kindern und Jugendlichen unter 16 Jahren nicht zugänglich gemacht werden dürfen (vgl. Sperrpflicht des Mobile-Network-Providers, Art. 41 FDV). Durch eine explizite Klausel in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) des Mobile-Network-Providers könnte der Kunde daher dazu verpflichtet werden, bei Abgabe des Gerätes an eine Person unter 16 Jahren vorgängig die Verbindungen zu kostenpflichtigen Mehrwertdiensten mit pornographischen Inhalten (0906-Nummern) zu sperren. Ein Merkblatt, das dem Kunden bei Vertragsabschluss auszuhändigen wäre, oder ein expliziter Hinweis in den AGB müsste auf die kostenlose Sperrmöglichkeit und das Vorgehen zu deren Aktivierung und Deaktivierung hinweisen. Dieses Modell sollte einen ausreichenden Jugendschutz gewährleisten, bedingt jedoch die Mitwirkung der Mobile-Network-Provider und der Erziehungsberechtigten von Kindern unter 16 Jahren.

---

<sup>126</sup> Die Grenze für eine strafrechtliche Verantwortlichkeit liegt eigentlich bei 16 Jahren.

## Infos zu 090X-Nummern

Business Nummern sind Rufnummern, die mit 0900, 0901 oder 0906 beginnen und deren Verbindungspreise unter Umständen sehr teuer sind. Mit einem NATEL®-Abonnement oder einem NATEL® Easy-Angebot ist es Ihnen möglich, den Zugang zu solchen Mehrwertdiensten zu sperren.

### 0900/0901-Nummern

Business-, Marketing- und Informationsdienste sowie Unterhaltungsangebote, Spiele-Downloads und Rückmeldungen bei Zuschauerbefragungen (Televoting).

### 0906-Nummern

Erwachsenenunterhaltung und Erotikangebote. Die Inhaber von Business Nummern (Vorwahl 0900, 0901, 0906) können auf der [Internet-Seite des Bundesamtes für Kommunikation](#) (BAKOM) eingesehen werden.

### Empfehlungen

- Achten Sie bei 090X-Nummern immer auf die angegebenen Preise (oftmals kleingedruckt).
- Rufen Sie keine unbekannte 090X-Nummer an.
- Achten Sie auf Umleitungen auf 090X-Nummern, wenn Sie eine Geschäftsnummer anrufen und Ihr Anruf umgeleitet wird.
- Lassen Sie bei Bedarf den Zugang zu allen oder bestimmten Business Nummern sperren:
  - Rufen Sie dazu den Kundendienst unter der Gratisnummer 0800 800 800 an oder
  - [sperrten Sie den Zugang im Kundencenter](#) (Sie brauchen dazu Ihr Swisscom Login).

### Jugendschutz von Swisscom

Der Zugang zu Erwachsenenunterhaltung und Erotikangeboten ist für alle Swisscom Kunden unter 18 Jahren standardmässig gesperrt. Zudem sind Business Nummern (Vorwahl 0900, 0901, 0906) für Kunden unter 16 Jahren nicht wählbar. Wer als Erwachsener ein Handy mit SIM-Karte kauft, um es einem Jugendlichen zu schenken, sollte dies dem Verkaufspersonal mitteilen, damit Dienste der Erwachsenenunterhaltung gesperrt werden können. Um Zugang zu erhalten, müssen die Erziehungsberechtigten schriftlich zustimmen.

*Abbildung 7: Hinweis auf Jugendschutz und Sperrmöglichkeiten*  
(<http://www.swisscom.ch/res/hilfe/sicherheit/mobil/nummern/index.htm>)

Wie der Abbildung 7 zu entnehmen ist, kann eine Sperrung jederzeit und kostenlos über eine Hotline veranlasst werden. Bei Handys, die an Jugendliche abgegeben werden sollen, ist eine Sperrung durch das Verkaufspersonal vorgesehen.

Denkbar wäre auch eine Zusammenarbeit mit Kreditkartenunternehmen, die ebenfalls über Altersangaben von ihren Kunden verfügen und eine Verifikation vor dem Abruf weichpornographischer Darstellungen vornehmen könnten.<sup>127</sup>

Schliesslich existieren diverse Drittangebote, die unter der Sammelbezeichnung *adult verification system* (AVS, Erwachsenen- oder Altersverifikationssystem) laufen. Das sind Schutzvorrichtungen, um den Zugriff auf eine Webseite im Internet oder einen anderen Zielsever auf Personen über einer bestimmten Altersgrenze – in der Regel 18 Jahre und älter – zu beschränken. Zumeist handelt es sich dabei um einen Passwortschutz. Es gibt unabhängige AVS-Provider, die ihr Zugangsbeschränkungssystem verschiedenen Content-Providern (kostenlos) anbieten. Ein an den Diensten des Content-Providers interessierter Nutzer muss sich – damit er einen Zugang zur Webseite oder zum Zielsever erhält – zuerst beim AVS-Provider identifizieren und einen bestimmten Betrag bezahlen. Dafür erhält er eine *adult ID*, ein Passwort, mit welchem er gleichzeitig auf alle zugangsbeschränkten Angebote zugreifen kann, die an das gleiche AVS angeschlossen sind. Damit entfällt die Altersverifikation (und Bezahlung) bei jedem einzelnen Webseitenbesuch.<sup>128</sup>

## VII. Internationaler Standard

Es würde den Rahmen dieses Beitrages sprengen, alle Formen des Jugendschutzes gegen Konfrontation mit weichpornographischem Material nachzuzeichnen. Auf zwei wichtige Punkte ist an dieser Stelle besonders hinzuweisen.

---

<sup>127</sup> Vgl. KOLLER, 171, welcher auf der einen Seite darauf hinweist, dass die Angabe einer Kreditkartennummer dem Anbieter grundsätzlich erlaube, das Alter des Inhabers verlässlich zu überprüfen, auf der anderen Seite jedoch die Eingabe einer fremden Kreditkartennummer befürchtet; ebenfalls kritisch BUNDI, N 683.

<sup>128</sup> Eine Übersicht über AVS in den USA findet sich unter: <[www.avsguide.com/netsex/](http://www.avsguide.com/netsex/)> (Stand: 20.11.2011).

## **1. In Europa existiert keine Verbotslösung bezüglich weichpornographischer Mehrwertdienste**

Eine im Rahmen des Safer Internet Forums durchgeführte Befragung unter den Mitgliedstaaten der EU und der Schweiz hat ergeben, dass sich die meisten Länder für eine Selbst- oder Koregulierung im Bereiche des Jugendschutzes vor potentiell schädlichen Inhalten entschieden haben.<sup>129</sup>

„Die Europäische Kommission unterstützt wirksam ko- und selbstregulierende Initiativen, die auf nationaler Ebene von den Mobilfunknetzbetreibern eingeführt wurden. Sie sind auszubauen und zu verfolgen. Die Kommission beabsichtigt, diese Diskussion auf europäischer Ebene fortzusetzen und Initiativen von Mobilfunknetzbetreibern, nichtstaatlichen Organisationen und anderen Interessengruppen zu unterstützen. Es ist notwendig, die Durchführung der Selbstregulierung, die in einigen Mitgliedstaaten bereits begonnen hat, zu fördern, und sicherzustellen, dass alle Länder sich an diesem Prozess beteiligen.“<sup>130</sup>

## **2. „European Framework for Safer Mobile Use by Younger Teenagers and Children“ – Vereinbarung der Europäischen Kommission mit den Mobile-Content- und Mobile-Network-Providern**

Im Februar 2007 haben die an mobilen Mehrwertdiensten beteiligten Provider und die Europäische Kommission eine Vereinbarung geschlossen, mit welcher sich die Provider verpflichten, innerhalb eines Jahres ein effektives Selbstregulierungssystem aufzubauen, das eine wirksame Separierung von schädlichen Inhalten bei unter 18-jährigen Handynutzern gewährleisten soll. Die Fortschritte werden von der Europäischen Kommission im Februar 2008 unter die Lupe genommen (zum Text der Rahmenvereinbarung, siehe Anhang, Abschnitt IX). Es ist zu empfehlen, dass sich die Schweiz an diesem Rahmen orientiert (weiterführend dazu der Beitrag von EGE/MUGGLI in diesem Sammelband).

---

<sup>129</sup> Safer Internet Forum, 14 June 2005, Country reports on Child safety and mobile phones (internal report). Ausführlich hierzu auch Hans-Bredow-Institut/EMR 2006, mit Fallstudien zu verschiedenen Mitgliedstaaten.

<sup>130</sup> Europäische Kommission 2006, 31 (mit Überblick über die Initiativen der Mitgliedstaaten).

## VIII. Schlussfolgerungen und Empfehlungen

### 1. Reichweite von Art. 197 Ziff. 1 StGB (weiche Pornographie)?

Der Straftatbestand von Art. 197 Ziff. 1 StGB erfasst das Anbieten, Zeigen, Überlassen, Zugänglichmachen und die Radio- oder Fernsehverbreitung von pornographischen Darstellungen oder Vorführungen gegenüber mindestens einer Person unter 16 Jahren. Es handelt sich um ein sog. abstraktes Gefährdungsdelikt, das eine ungestörte sexuelle Entwicklung der Kinder und Jugendlichen sichern soll.

In der Variante des Zugänglichmachens reicht die Strafbarkeit sehr weit, weil nicht vorausgesetzt wird, dass eine Person unter 16 Jahren die pornographische Darstellung tatsächlich wahrnimmt. Der objektive Tatbestand ist schon erfüllt, wenn eine Person unter 16 Jahren die Möglichkeit hat, sich Zugang zur pornographischen Darstellung zu verschaffen, selbst wenn sie dies selbst aktiv und absichtlich anstrebt.

Aus der Sicht des Content-Providers bedeutet dies mit anderen Worten, dass das Bereitstellen einer pornographischen Darstellung auf einem Server (z.B. auf einem Web- oder Mobile-Application-Server) zur Erfüllung des objektiven Tatbestandes schon ausreicht, wenn nicht ein effektives Altersverifikationssystem den Zugriff aller Personen unter 16 Jahren verhindert. In subjektiver Hinsicht reicht es schon, wenn der Content-Provider mit der Möglichkeit rechnet, dass ein solcher Zugriff möglich wäre, und dieses Risiko in Kauf nimmt.

### 2. Bedeutung von Art. 197 Ziff. 1 StGB (weiche Pornographie) für die weiteren am Mobilkommunikationsprozess beteiligten Provider?

Wegen der kausalen Beiträge zum Zugänglichmachen und der vertraglichen Beziehungen mit dem Mobile-Content-Provider ist davon auszugehen, dass sich die Strafbarkeit auch auf weitere Beteiligte, wie den Application-Service-Provider, den Content-Aggregator-Provider, den Connectivity- und Payment-Service-Provider sowie den Mobile-Network-Provider erstrecken kann (Mittäterschaft, Gehilfenschaft).

Bei allen Providern, insbesondere beim Connectivity- und Mobile-Network-Provider, hängt die Strafbarkeit allerdings vom Kenntnisstand der verantwortlichen Organe ab. Spätestens wenn sie durch eine Strafverfolgungsbehörde auf die strafrechtlich relevanten pornographischen Angebote aufmerksam gemacht werden, verfügen sie über die erforderliche Kenntnis. Ähnlich wie bei strafrechtlich relevanten Informationsangeboten im Web und anderen Internetdiensten ist nicht auszuschliessen, dass diese Provider in zukünftige Strafverfahren einbezogen werden.

Die Providerverantwortlichkeit nach geltendem Strafrecht ist in vielen Punkten unklar. So ist unklar, ob das Medienstrafrecht anwendbar ist, ob es sich um ein Tun oder Unterlassen handelt und ob gegebenenfalls der Connectivity- und Mobile-Network-Provider eine Garantenstellung, also eine rechtliche Pflicht zur Verhinderung des pornographischen Angebots, haben.<sup>131</sup> In der Praxis besteht jedoch die Tendenz, den Kreis der strafrechtlichen Verantwortlichkeit weit zu ziehen. Dabei ist der Präzedenzfall BGE 121 IV 109, in welchem der frühere PTT-Generaldirektor wegen aktiver Gehilfenschaft zum Zugänglichmachen von Telefonsex an Personen unter 16 Jahren zu einer bedingten Freiheitsstrafe und einer Busse verurteilt wurde, von besonderer Relevanz. Der damals zu beurteilende Sachverhalt ist mit der aktuellen Konstellation der SMS- und MMS-Dienste verwandt, denn anders als Content-Provider und Access-Provider bei entsprechenden pornographischen Angeboten auf dem Web wirken Content-Provider und Mobile-Network-Provider bei Mobilangeboten auf vertraglicher Basis zusammen.

### **3. Haben Rechtsprechung und Lehre schon Voraussetzungen definiert, deren Einhaltung eine Strafbarkeit nach Art. 197 Ziff. 1 StGB ausschliesst?**

Die aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichts zu pornographischen Angeboten im Web verdeutlicht nur, welche Arten der Alterskontrolle *nicht genügen*. Da sich die Strafgerichte meistens nur mit der Frage befassen, ob ein Angeklagter genügend getan hat, um eine wirksame Alterskontrolle zu

---

<sup>131</sup> Siehe vorne, Abschnitt V.5.



gewährleisten, wird der Anwendungsbereich von Art. 197 Ziff. 1 StGB jeweils nur negativ abgegrenzt.

#### **4. Welches Altersverifikationssystem genügt den Anforderungen von Art. 197 Ziff. 1 StGB?**

Der objektive Tatbestand der weichen Pornographie ist mit Sicherheit nicht erfüllt, wenn bei jedem Kunden eine persönliche Alterskontrolle anhand eines Ausweises (Pass, Identitätskarte, Führerschein) durchgeführt wird, bevor das pornographische Angebot zugänglich gemacht wird (Face-to-Face-Alterskontrolle).

Für den Bereich der Internet- oder Mobilangebote, bei denen eine direkte Face-to-Face-Alterskontrolle unmöglich ist, besteht Unklarheit über die einzuhaltenden Voraussetzungen, welche die Tatbestandmässigkeit nach Art. 197 Ziff. 1 StGB ausschliessen. Eine der wenigen Lehrmeinungen, die sich zu dieser Problematik äussert, hält allgemein für Webangebote fest, dass ein postalische Anmeldung mit Ausweiskopien und nachfolgender Passwortübermittlung ausreichen müsste. Auch eine Registrierung mittels Kreditkartennummer solle die Anforderungen erfüllen, wenn das Alter dabei verifiziert werde.<sup>132</sup>

Als Fazit ist festzuhalten, dass die Kriterien, deren Einhaltung ein strafloses pornographisches Angebot im Internet- und Mobilfunkbereich ermöglichen, nicht genau benannt werden können. Für die Mobile-Content-Anbieter mit pornographischem Angebot und die weiteren beteiligten Provider besteht daher ein schwer kalkulierbares Strafbarkeitsrisiko und eine Situation der Rechtsunsicherheit.<sup>133</sup>

---

<sup>132</sup> HEIMGARTNER, 1489. Eine Altersverifikation mittels Kreditkartenanmeldung wäre auch nach BezGer ZH, Urteil vom 6.9.2006, GG060256, Ziff. II und Erw. 2.6.1 „vielleicht möglich“.

<sup>133</sup> Zu einer Lösung mittels Richtlinien über die Sorgfaltspflichten bei pornographischen Angeboten in Mobilangeboten siehe unten, Ziff. 6.

## **5. Verlangt Art. 197 Ziff. 1 StGB einen „hundertprozentigen“ Jugendschutz? Ist ein solcher überhaupt möglich?**

Nach der Zielsetzung von Art. 197 Ziff. 1 StGB soll möglichst lückenlos verhindert werden, dass Kinder und Jugendliche unter 16 Jahren mit weicher Pornographie konfrontiert werden. Ein absoluter Jugendschutz ist jedoch unmöglich.<sup>134</sup> Einerseits ist unstrittig, dass Jugendliche unter 16 Jahren in der Lage sind, auch effektive Schutzvorkehrungen mit illegalen Mitteln zu überwinden, beispielsweise indem sie sich das Passwort eines Erwachsenen unbefugt beschaffen und damit auf ein pornographisches Angebot zugreifen. Ein absoluter Jugendschutz kann nicht verlangt werden, weil dies im Resultat zu einem absoluten Verbot der Verbreitung von weicher Pornographie über elektronische Kommunikationsnetze führen würde. Dies käme einem unverhältnismässigen Eingriff in die verfassungsrechtlich geschützte Wirtschafts- und Medienfreiheit der Anbieter (Art. 17, 27 BV) und das ebenfalls grundrechtlich verbürgte Recht von Erwachsenen, pornographische Informationen zu beschaffen und zu konsumieren (Art. 16 BV; Art. 10 Ziff. 1 EMRK), gleich.<sup>135</sup>

Das strafrechtliche Verbot weicher Pornographie als gesetzlicher Ausdruck des Jugendschutzinteresses muss der verfassungsrechtlichen Interessenabwägung mit der Informations-, Medien- und Wirtschaftsfreiheit gerecht werden. Einerseits darf der Zugang von Erwachsenen zu pornographischen Angeboten in elektronischen Netzwerken faktisch nicht ausgeschlossen werden, andererseits sollen Jugendliche unter 16 Jahren möglichst weitgehend vor einer Konfrontation mit diesen Inhalten geschützt werden. In die Abwägung ist auch die Verantwortlichkeit der erwachsenen Konsumenten von weicher Pornographie und insbesondere der Eltern bzw. der Erziehungsberechtigten miteinzubeziehen.<sup>136</sup> Werden etwa pornographische Zeitschriften in einer

---

<sup>134</sup> Man vergleiche den Jugendschutz im Bereich des Alkoholverkaufs und -konsums.

<sup>135</sup> So explizit auch die Stellungnahme des Bundesrates vom 21.2.2007 zur Motion 06.3884, Keine kommerzielle Pornografie auf Handys, 20.12.2006 (Schweiger). Vgl. oben, Abschnitt V.5.

<sup>136</sup> So auch die Antwort des Bundesrates vom 16.3.2007 auf die Interpellation 06.3779, Massnahmen gegen überbordende Erotikindustrie und Pornographie vom 19.12.2006.

Wohnung, in der sich auch unter 16-jährige Personen aufhalten, unverschlossen liegen gelassen, pornographische DVDs neben einem DVD-Abspielgerät verstaut oder pornographische Bilddateien auf einem Familiencomputer unverschlüsselt abgespeichert, so machen sich nicht etwa die Anbieter der Zeitschriften, DVDs oder Bilddateien, sondern die Erwachsenen bzw. Eltern, die das pornographische Material nicht wegsperren, gemäss Art. 197 Ziff. 1 StGB strafbar.

#### **6. Was können Richtlinien zur Wahrung des Jugendschutzes bei pornographischen Angeboten in Mobildiensten zur Konkretisierung von Art. 197 Ziff. 1 StGB beitragen?**

Bei der strafrechtlichen Beurteilung, ob eine passive bzw. indirekte aktive Sterbehilfe einen Tötungstatbestand nach Art. 111 ff. StGB erfüllt, ob die Voraussetzungen für eine legale Suizidbeihilfe gegeben sind oder wann ein Mensch als tot zu gelten hat,<sup>137</sup> orientieren sich Strafrechtslehre und Rechtsprechung weitgehend an den medizinisch-ethischen Richtlinien der Schweizerischen Akademie der Medizinischen Wissenschaften.<sup>138</sup> Zum Teil werden diese Richtlinien in kantonalen Gesundheitsgesetzen oder Patientenrechts-

---

<sup>137</sup> Falls eine hirntote Person, die künstlich beatmet wird, nicht als tot gelten würde, würde sich ein Arzt, der ein Organ entnimmt, eines Tötungsdeliktes schuldig machen.

<sup>138</sup> Vgl. Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften, Medizinisch-ethische Richtlinien zu Grenzfragen der Intensivmedizin, Basel 1999; Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften, Behandlung und Betreuung von zerebral schwerst geschädigten Langzeitpatienten, Medizinisch-ethische Richtlinien, Basel 2003; Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften, Behandlung und Betreuung von älteren, pflegebedürftigen Menschen, Medizinisch-ethische Richtlinien und Empfehlungen, Basel 2004; Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften, Betreuung von Patientinnen und Patienten am Lebensende, Medizinisch-ethische Richtlinien, Basel 2004; Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften, Feststellung des Todes mit Bezug auf Organtransplantationen, Medizinisch-ethische Richtlinien, Basel 2005; Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften, Recht der Patientinnen und Patienten auf Selbstbestimmung, Medizinisch-ethische Grundsätze, Basel 2005; Schweizerische Akademie der Medizinischen Wissenschaften, Palliative Care, Medizinisch-ethische Richtlinien und Empfehlungen, Basel 2006; alle SAMW-Dokumente sind abrufbar unter: <[www.samw.ch](http://www.samw.ch)>, Stand: 25.10.2011.

verordnungen als direkt anwendbar erklärt. Dabei handelt es sich um standesrechtliche Verhaltenskodizes, die von Medizinern, Pflegepersonen, Ethikern und Juristen in einem offenen, durch ein Vernehmlassungsverfahren breit abgestützten Prozess bestimmt werden und für die organisierte Ärzteschaft in der Schweiz berufsrechtlich verbindlich sind. Für den Strafrichter sind sie bei der Auslegung der Tötungsdelikte zwar nicht bindend, sie werden aber als Auslegungshilfe regelmässig herangezogen.<sup>139</sup>

Bei der strafrechtlichen Beurteilung, ob eine Person, die berufsmässig mit der Durchführung von Finanzgeschäften befasst ist (sog. „Finanzintermediäre“), den wirtschaftlich Berechtigten der ihm anvertrauten Vermögenswerte sorgfaltsgemäss abgeklärt hat, hilft der Gesetzeswortlaut nicht viel weiter (Art. 305<sup>ter</sup> Abs. 1 StGB: „nach den Umständen gebotene Sorgfalt“). Zunächst wurde diese vage Formel durch die Vereinbarung über die Standespflicht der Banken vom 1. Juli 1992 (VSB 92) konkretisiert. Wie bei den SAMW-Richtlinien handelte es sich hierbei um Standesregeln der Banken. Auch heute gilt neben dem Geldwäschereigesetz noch partiell die Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken vom 7.4.2008 (VSB 08).<sup>140</sup> Auch diese Standesregeln können vom Strafrichter bei der Auslegung von Art. 305<sup>ter</sup> Abs. 1 StGB beigezogen werden, weil sie den Standard sorgfaltskonformen Verhaltens bei den Banken definieren.

Derartige Richtlinien sind Instrumente der Selbstregulierung von bestimmten Berufsgruppen und Verbänden.<sup>141</sup> Wenn gesetzliche Vorschriften eine Selbstregulierungsmassnahme für bestimmte Dienstleistungsbereiche vorschrei-

---

<sup>139</sup> Vgl. weiterführend zur Funktion der SAMW-Richtlinien, SCHWARZENEGGER, vor Art. 111 N 16 ff. und N 22 ff.

<sup>140</sup> Weiterführend DONATSCH/WOHLERS, 493 ff. m.w.H. Abrufbar unter: <[www.swiss-banking.org/1116\\_d.pdf](http://www.swiss-banking.org/1116_d.pdf)>. Es handelt sich um eine *analoge Problematik* wie bei weichpornographischen Mehrwertdiensten. Hier muss das Alter verifiziert werden, dort ist in Geschäftsbeziehungen zwischen Banken und Vertragspartnern bei Eröffnung von Konten oder Heften, beim Abschluss von Vermögensverwaltungsverträgen, bei Ausführung von Handelsgeschäften über Effekten, Devisen usw. zu identifizieren, siehe Art. 2 VSB 08.

<sup>141</sup> Wird die Konkretisierung einer Bestimmung durch Gesetz oder Verordnung direkt an eine Standesorganisation oder andere private Institutionen übertragen, spricht man auch von Ko-Regulierung, vgl. dazu ausführlich Hans-Bredow-Institut/EMR, 11 ff.

ben, spricht man von Koregulierung. Mit diesem Instrument setzen sich diese Organisationen selbstgewählte Massstäbe der Sorgfalt im Umgang mit berufs- oder branchenspezifischen Tätigkeitsfeldern und den darin auftretenden Problemen. Ihre Verletzung ist zunächst einmal nur organisationsintern von Belang, indem z.B. ein Ausschluss aus der Standesorganisation angeordnet oder eine Konventionalstrafe ausgesprochen werden kann. Mittelbar haben sie aber – wie die Beispiele der SAMW-Richtlinien und die Standesregeln der Banken zeigen – eine Bedeutung für das Strafrecht (und andere Rechtsbereiche), weil sich die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte in der Anwendung und Auslegung strafrechtlicher Bestimmungen an solchen Richtlinien orientieren und daraus etwa die Voraussetzungen für ein strafloses Handeln ableiten. Je ausgewogener die Richtlinien sind und je breiter sie in der Branche abgestützt sind, desto grösser ist ihre informelle Verbindlichkeit.

Auch auf europäischer Ebene setzt sich diese Art der Selbstregulierung im Bereich der Mobilangebote durch. Am 6. Februar 2007 unterzeichneten führende Mobile-Network-Provider und Mobile-Content-Provider eine Vereinbarung mit der Europäischen Kommission, in welcher sie sich zur Entwicklung eines Selbstregulierungsregelwerks bis Februar 2008 verpflichten.<sup>142</sup> Die Provider stimmen mit der Europäischen Kommission überein, dass allein eine mehrdimensionale Strategie zum Erfolg führen kann. Dazu zählt die Rahmenvereinbarung Zugangskontrollen für pornographische Inhalte, Sensibilisierungskampagnen für Eltern, Kinder und Jugendliche, die Inhaltsklassifikation von kommerziell angebotenen Inhalten gemäss nationalen Wertestandards und die Bekämpfung illegaler Inhalte im Mobilfunkbereich. Die Europäische Kommission wird die Umsetzung der Rahmenvereinbarung im Auge behalten und die Wirksamkeit der eingeführten Instrumente nach 12 Monaten evaluieren. Zu den unterzeichnenden Unternehmen gehören unter anderem auch die in der Schweiz aktiven Gesellschaften Orange Group und Vodafone Ltd.

---

<sup>142</sup> European Framework for Safer Mobile Use by Younger Teenagers and Children, February 2007. Der Originaltext ist im Anhang wiedergegeben.

**7. Welches Vorgehen ist bei der Schaffung von Richtlinien zur Wahrung des Jugendschutzes bei pornographischen Angeboten in Mobildiensten zu empfehlen?**

An der Ausarbeitung der Richtlinien soll möglichst das ganze Spektrum der an Mobildiensten beteiligten Provider mitwirken (Mobile-Content-Provider, Application-Service-Provider; Connectivity- & Payment-Service-Provider sowie Mobile-Network-Provider). Ziel der Richtlinien muss es sein, eine für alle Beteiligten verbindliche Regulierung einzuführen. Als Beispiel mag die Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB 08) herangezogen werden, in welcher sich die Unterzeichnerbanken gegenüber der Schweizerischen Bankiervereinigung zu deren Einhaltung verpflichten. Auch eine stichprobenartige Kontrolle durch ein zu bestimmendes Verbandsorgan<sup>143</sup> und Sanktionen bei Verletzungen der Standesregeln könnten in die Richtlinien aufgenommen werden.<sup>144</sup>

Der Einbezug von Behörden und Organisationen, die sich mit Jugendschutzfragen befassen, ist angezeigt, weil dadurch die Anerkennung der Richtlinien gestärkt wird. Zu denken ist etwa an: Pro Juventute; Stiftung für Konsumentenschutz (SKS); BAKOM; Bundesamt für Justiz (Abteilung Strafrecht); leitende Strafverfolgungsbehörden<sup>145</sup> u.a.

**8. Eckpunkte einer inhaltlichen Ausgestaltung der Richtlinien**

Die Schweizer Mobilfunkbranche sollte die europäische Initiative des *European Framework for Safer Mobile Use by Younger Teenagers and Children* aufgreifen. Mit einer ausgewogenen Lösung könnte sie im Hinblick auf die Umsetzung in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union eine Modellrolle übernehmen.

In der Schweiz sind die Voraussetzungen für eine erfolgreiche Selbstregulierung besonders günstig:

---

<sup>143</sup> Vgl. Art. 10 VSB 08.

<sup>144</sup> Vgl. Art. 11 VSB 08.

<sup>145</sup> Beispielsweise der leitenden Oberstaatsanwalt des Kantons Zürich, Dr. Andreas Brunner.

- \* Die gesetzlichen Rahmenbedingungen des Fernmelderechts sehen griffige Instrumente zur Gewährleistung des Jugendschutzes bei pornographischen Mobildiensten vor.
- \* Die gesetzliche Grundlage für eine Regulierung der Mehrwertdienste zur Verhinderung von Missbräuchen findet sich in Art. 12b Fernmeldegesetz (FMG)<sup>146</sup>.
- \* Nach Art. 36 Abs. 1 Fernmeldediensteverordnung (FDV)<sup>147</sup> müssen Mehrwertdienste für die Nutzer klar erkennbar sein. Art. 36 Abs. 2-3 FDV sieht vor, dass für Mehrwertdienste nur bestimmte Adressierungselemente nach der Verordnung über die Adressierungselemente im Fernmeldebereich (AEFV)<sup>148</sup> verwendet werden dürfen.
- \* Die separate Kennzeichnung von Mehrwertdiensten mit erotischen oder pornographischen Inhalten ist in Art. 36 Abs. 5 FDV vorgeschrieben (vgl. bezüglich Kurznummern für SMS- und MMS-Dienste auch Art. 15d Abs. 2 AEFV).
- \* Art. 39 FDV definiert Preisobergrenzen für Mehrwertdienste.
- \* Sowohl die Sperrung des Zugangs zu allen über 090x-Nummern (oder nur über 0906-Nummern) als auch über Kurznummern für SMS- und MMS-Dienste angebotenen Mehrwertdiensten ist für die Nutzer kostenlos und jederzeit in einem einfachen Verfahren zu ermöglichen (Art. 40 FDV, Code of Conduct mobile Mehrwertdienste<sup>149</sup>). Diese Möglichkeit beinhaltet auch die Sperrung des Empfangs der entsprechenden Dienste. Art. 40 Abs. 5 FDV sieht zudem eine jährliche Aufklärung der Kunden über die Sperrmöglichkeiten vor.
- \* In Art. 15f AEFV werden Offenlegungspflichten für Anbieter von SMS- und MMS-Mehrwertdiensten statuiert, wobei immer Angaben über den Inhaber und seine Korrespondenzadresse in der Schweiz zu machen sind.

---

<sup>146</sup> Inkrafttreten: 20.10.1997 (SR 784.10).

<sup>147</sup> Inkrafttreten: 1.4.2007 (SR 784.101.1).

<sup>148</sup> Inkrafttreten: 1.1.1998 (SR 784.104).

<sup>149</sup> Version 4, 23.6.2010.

- ✱ Schliesslich sieht Art. 41 FDV einen besonderen Schutz von Minderjährigen vor: „Die Anbieterinnen von Fernmeldediensten sperren für Kundinnen und Kunden oder Benutzerinnen und Benutzer unter 16 Jahren, soweit deren Alter der Anbieterin bekannt ist, den Zugang zu folgenden Diensten: a. Mehrwertdienste mit erotischen oder pornographischen Inhalten (0906-Nummern); b. über Kurznummern bereitgestellte SMS- und MMS-Dienste mit erotischen oder pornographischen Inhalten; c. nach Artikel 35 Absatz 2 angebotene Mehrwertdienste mit erotischen oder pornographischen Inhalten.

Damit sind schon wesentliche Rahmenbedingungen für einen effektiven Jugendschutz im Fernmeldeverordnungsrecht verankert, an welche die Richtlinien nahtlos anknüpfen können.

Die Mobile-Network-Provider haben die unterschiedlichen Sperrsets weitgehend implementiert oder sind daran, diese bald zu realisieren. Derzeit werden auch die Kundendaten vervollständigt, um zwischen Mobilabonnent (Elternteil) und Mobiltelefonhalter (eventuell minderjähriges Kind) unterscheiden und die Voraussperrung von Mehrwertdienste mit erotischen oder pornographischen Inhalten einrichten zu können. Die Richtlinien zur Wahrung des Jugendschutzes bei pornographischen Angeboten in Mobildiensten können diesen Rechtsrahmen ergänzen und eignen sich zur Konkretisierung der Pornographiestrafnorm von Art. 197 Ziff. 1 StGB. Letztlich wird damit mehr Rechtssicherheit für Eltern, Erziehungsberechtigte, Provider und Nutzer geschaffen.

Die Richtlinien sollten sich an den Schwerpunkten des *European Framework* orientieren und Ausführungen zu Zugangskontrollen für pornographische Inhalte (*access control mechanisms*), zu Sensibilisierungskampagnen für Eltern, Kinder und Jugendliche (*raising awareness & education*), zur Inhaltsklassifikation von kommerziell angebotenen Inhalten gemäss nationalen Wertestandards (*classification of commercial content*) und zur Bekämpfung illegaler Inhalte im Mobilfunkbereich (*illegal content on mobile community products*) machen. Durch die fernmelderechtliche Regelung der Adressierungselemente ist das Problem der Inhaltsklassifikation schon gelöst. Ein Hinweis auf die entsprechenden Pflichten der Mehrwertdienstanbieter genügt hierzu.



Eine zentrale Bedeutung kommt dem von der Richtlinie vorzuschreibenden Altersverifikationsmechanismus zu. Die Richtlinie sollte einen bis zwei derartige Mechanismen genau beschreiben, damit sie im strafrechtlichen Kontext nutzbar gemacht werden können. Vorzuziehen ist dabei ein Modell, das die Altersverifikation mit dem Abschluss eines Mobilabonnements bzw. mit dem Kauf von Prepaid-Karten am Point-of-Sale des Mobile-Network-Providers verbindet. Ähnlich wie bei der Eröffnung eines Bankkontos ist auch beim Abschluss eines Mobilabonnements oder dem Verkauf einer Prepaid-Karte eine persönliche Identifikation anhand eines amtlichen Ausweises möglich. Ebenso ist feststellbar, ob der Halter des Mobilgerätes eine minderjährige Person sein wird. Geräte für diese Nutzergruppe können von Beginn an mit einer Sperre der abgehenden und eingehenden Verbindungen zu oder von pornographischen Mehrwertdiensten versehen werden (siehe Art. 41 FDV). Am Point-of-Sale ist auch eine Sensibilisierung und rechtliche Belehrung möglich. Um den strafrechtlichen Vorgaben an einen effektiven Jugendschutz Genüge zu tun, müssen die Richtlinien dem Verkaufspersonal von Mobile-Network-Providern und Resellern vorschreiben, standardmässig über die jugendschutzrechtlichen Probleme und Möglichkeiten der Verhinderung durch eine kostenlose Sperrung entsprechender Mehrwertdienste aufmerksam zu machen (etwa mittels eines in Zusammenarbeit mit Jugendschutz- oder Konsumentenschutzorganisationen entwickelten Merkblatts). Die Belehrung ist auf dem Vertragsformular separat aufzuführen und vom Kunden mit Unterschrift zu bestätigen. Zu dieser Belehrung gehört auch der Hinweis, dass bei Abgabe des Mobilgerätes an Personen unter 18 Jahren die verfügbaren Sperrfunktionen der Mobile-Network-Provider durch den Nutzer zu veranlassen sind, andernfalls er sich der Gefahr aussetzt, selbst wegen Zugänglichmachung strafrechtlich relevanter Inhalte verantwortlich gemacht zu werden. Diese Sorgfaltspflichten im Umgang mit Mobilgeräten ohne Sperrset sind in die AGB der Mobile-Network-Provider aufzunehmen. Ähnlich wie bei der Lösung einer Konto- oder Kreditkarte bei der Bank, kann durch eine separate Vertragsklausel ein PIN-Code für die Authentifizierung bei Mehrwertdiensten am Point-of-Sale bestellt werden. Über die Sorgfaltspflichten im Umgang mit dem PIN-Code ist der Nutzer besonders aufzuklären. So ist etwa der PIN-Code zu sperren, wenn der Nutzer erkennt, dass ein Minderjähriger den Code zur Kenntnis genommen hat. Mit der Identifikation am Point-of-Sale und der späteren Authentifizierung durch den PIN-Code ist ein effektiver Ausschluss von Personen unter 18 Jahren von pornographi-

schen Mehrwertdiensten und gleichzeitig eine Sensibilisierung der erwachsenen Nutzer möglich. Dies deckt sich mit den Erkenntnissen und Empfehlungen der Europäischen Kommission, die zu diesem Problembereich eine öffentliche Konsultation durchgeführt hat.<sup>150</sup> Für bestehende Mobilabonnenten muss ein Mechanismus beschrieben werden, wie die Belehrung, Sorgfaltspflichten des Nutzers sowie die Möglichkeit der Einrichtung eines PIN-Codes umgesetzt wird. Denkbar ist eine entsprechende Benachrichtigung und Auswahlmöglichkeit im Rahmen der jährlichen Information über die Sperrmöglichkeiten (Art. 40 Abs. 5 FDV). Zusätzlich zum Altersverifikationsmechanismus über den Point-of-Sale besteht auch die Möglichkeit einer Alterskontrolle über die Kreditkartenunternehmen. Ob die Richtlinien sich auch zu diesem Modell genauer äussern sollen, ist erst im Rahmen ihrer genaueren Ausarbeitung zu sagen. Die Richtlinien sollten bezüglich neuer Altersverifikationsmethoden flexibel bleiben und Revisionsvorschriften vorsehen, welche eine geordnete Ergänzung der Richtlinien ermöglichen.

Daneben sollten die Richtlinien weitere Sensibilisierungsmassnahmen vorsehen. Wie dies schon zur Prävention von Gefahren im Zusammenhang mit schädlichen und illegalen Inhalten auf dem Web und in anderen Internetdiensten getan wird,<sup>151</sup> sollte auch im Bereich Mobildienste eine Website mit jugend- und laiengerechten Anleitungen für den sicheren Umgang mit Mobiltelefonen eingerichtet werden. Diese Informationsseite könnte auch Gefahren aufgreifen, die nicht vom SMS- oder MMS-Mehrwertdiensten ausgehen wie z.B. dem Peer-to-Peer-Austausch von illegalen Inhalten.<sup>152</sup>

Wie erwähnt erfüllt der fernmelderechtliche Rahmen der Schweiz schon viele Punkte des *European Framework*. Bezüglich der Zugangskontrolle sind die Punkte 1-3 praktisch realisiert oder stehen kurz vor der Realisierung. Die Richtlinien sollten die Möglichkeit der selektiven Sperrung, der vorinstallierten Sperrung bei minderjährigen Gerätehaltern und der separaten

---

<sup>150</sup> European Commission 2006, 3 und 8 f.

<sup>151</sup> Siehe: <[www.security4kids.ch](http://www.security4kids.ch)> und <<http://swissecurityday.ch>> (Stand: 25.10.2011).

<sup>152</sup> Vgl. zum Gefahrenpotential durch Downloads aus dem Internet und dem Datenaustausch unter Minderjährigen die Stellungnahme des Bundesrates vom 21.2.2007 zur Motion 06.3884, Keine kommerzielle Pornografie auf Handys, 20.12.2006 (Schweiger). Vgl. zum Gefahrenpotential vorne, Abschnitt III.

Datenerfassung von Abonnet und Halter bekräftigen und auf FMG und FDV verweisen. Auch die Kostentransparenz ist in der Schweiz gesichert.

Die Forderung nach Inhaltsklassifikation ist in der Schweiz elegant durch die separaten Adressierungselemente gelöst. Die Richtlinien können auf die rechtlichen Grundlagen verweisen (AEFV).

Bezüglich der Zusammenarbeit mit den Strafverfolgungsbehörden sollten die Richtlinien festhalten, dass die Verfolgung von strafrechtlich relevanten Inhalten im Interesse der Mobile-Content-Provider und der Mobile-Network-Provider ist und sie deshalb die Strafverfolgung im Rahmen des rechtlich Zulässigen unterstützen werden. Umgekehrt sollten die Strafverfolgungsbehörden in der Lage sein – wie dies *European Framework* Punkt 16 vorsieht – den involvierten Providern über die Strafbarkeit bzw. Rechtmässigkeit bestimmter Inhalte verlässliche Angaben machen zu können. In diesem Zusammenhang ist auf die *Association of Sites Advocating Child Protection* (ASACP) hinzuweisen, die 1996 von den US-amerikanischen Mehrwertdiensteanbietern mit weichpornographischen Angeboten ins Leben gerufen wurde.<sup>153</sup> Die ASACP dient u.a. als Anlaufstelle für Meldungen der Onlinekunden. Sie nimmt Informationen über Missbräuche entgegen und arbeitet mit den Strafverfolgungsbehörden zusammen. Unternehmen der Erwachsenenunterhaltung können zu anerkannten Mitgliedern der ASACP werden, wenn sie sich an den Code of Ethics der Organisation binden. ASACP dokumentiert ausserdem beste Praktiken (*best practices*), die sich nicht nur auf das Betreiben von weichpornographischen Mehrwertdiensten beziehen, sondern auch Massnahmen bei Suchmaschinen, dem Payment-Provider usw. umfassen.

Im Rahmen der Selbstregulierung sollten die Richtlinien eine periodische Konsultation mit Behörden und Jugendschutzorganisationen vorsehen, um „schwarze Schafe“ eruieren zu können. Die in Art. 15f AEFV vorgeschriebenen Korrespondenzadressen in der Schweiz sind explizit als Anlaufstellen für Missbrauchsmeldungen im Zusammenhang mit jugendschutzrechtlichen Problemen zu bezeichnen.

---

<sup>153</sup> Vgl. <[www.asacp.org](http://www.asacp.org)> (Stand: 25.10.2011).

**Anhang: European Framework for Safer Mobile Use by Younger Teenagers and Children, February 2007**

European mobile providers and content providers have developed national and corporate initiatives to ensure safer use of mobiles including by younger teenagers and children. These already cover most EU Member States.

Signatory European mobile providers, with support from signatory content providers, now propose an EU-wide common framework to reflect these developments and to encourage all relevant stakeholders to support safer mobile use. This framework will be subject to national implementation by signatory providers.

- We recognize:
- mobile services offer an additional way to consume content (still and video images, music, chat, etc.) already offered in other ways – typically by the same providers.
- the importance of parental oversight: accordingly, mobile providers should endeavour to empower parents with information and tools to facilitate their oversight.
- any initiatives to classify content should be based on national societal standards regarding decency, appropriateness and legislation.
- a framework-based approach to industry self-regulation will be effective in adapting to the fast moving environment of mobile technology and services – it will be future proof.

**European Mobile Providers – A Responsible Approach**

It should be noted that:

Mobile providers only control commercial content they produce themselves or which they commission from professional third parties.

They exert indirect and retrospective control over commercial content in certain other situations, provided there is a contractual relationship with professional third parties.

They are not in a position to control content which is freely accessible on the internet, since there is no relationship between the mobile provider and the content provider.

However, as responsible companies, mobile providers recognise the need to work with customers, parents and other stakeholders, including child protection organizations, in order to promote the safety of younger teenagers and children using mobile services.

Mobile providers offer content which may use pre-pay, post-pay or hybrid approaches to billing. This framework is intended to provide for safer mobile use by younger teenagers and children across different billing approaches.

## **Recommendations on Safer Mobile Use**

### *Access Control Mechanisms*

- 1 Mobile providers should not offer any own-brand commercial content which would be classified as only suitable for adult customers in equivalent media, without providing appropriate means to control access to such content under parental control.
- 2 Appropriate means to control access to content should also be applied where content is supplied by contracted providers of third party commercial content which would be classified as only suitable for adult customers in equivalent media.
- 3 Additionally, individual mobile providers should offer capabilities which can be used by parents to customize access to content by children using mobiles. These may include specific services, phones, barring or filtering, and/or billing control.

### *Raising Awareness & Education*

- 4 Mobile providers should provide advice and effective access to information regarding the use of mobile phone services and measures which can be taken by parents to ensure safer use by their children.

5 Mobile providers should encourage customers who are parents to talk to their children about how to deal with issues arising from the use of mobile services.

6 Mobile providers should ensure customers have ready access to mechanisms for reporting safety concerns.

7 Mobile providers should support awareness-raising campaigns designed to improve the knowledge of their customers, through organisations such as the INSAFE<sup>154</sup> network.

8 For these measures to work effectively policy makers should play a role in improving childrens' awareness through updated educational material and approaches. This should include parent and child-friendly information on safer use of mobile and the internet.

#### *Classification of Commercial Content*

9 Mobile providers and content providers support classification frameworks for commercial content based on national societal standards and consistent with approaches in equivalent media. Classification of content, whether accessible through telecommunications or not, should be consistent with national societal standards regarding decency, appropriateness and legislation. Classification frameworks should consist of at least two categories: content which is suitable only for adult customers and other content.

10 Mobile providers should ensure that their own-brand commercial content is appropriately classified based on existing national classification standards in the markets where they operate.

11 Through their contractual relationships with professional third party content providers, mobile providers should ensure, after consultation, that these providers classify their commercial content under the same national classification approach.

12 For these measures to work effectively policy makers, trade associations and other interested parties should support mobile provider initiatives to

---

<sup>154</sup> INSAFE is a network of national nodes that coordinate Internet safety awareness in Europe.

ensure commercial content providers classify their content against national societal standards.

*Illegal Content on mobile community products or on the Internet*

13 Mobile providers will continue to work with law enforcement authorities in executing their legislative obligations regarding illegal content.

14 Mobile providers will support national authorities in dealing with illegal child images and, through the INHOPE<sup>155</sup> hotline network or equivalent approaches, will facilitate the notification of this content where hosted on mobile community products or on the internet.

15 Mobile providers will adopt, or support the creation of, appropriate legally authorized national take-down procedures for such illegal content, including a commitment to liaise with national law enforcement.

16 For these measures to work effectively there should be legal clarity on the nature of content which is illegal and law enforcement authorities (or delegated organizations) should be able to confirm where individual items of content are illegal. This will require the allocation of proportionate law enforcement priority and resources. National governments' support for this is vital.

*Implementation, Stakeholder Consultation & Review*

17 Signatory mobile providers and signatory content providers will work towards implementation of this common European framework through self-regulation at national level in EU Member States. The target for agreement of national self-regulatory codes, consistent with this framework, is February 2008.

18 Mobile providers will regularly review child safety standards on the basis of the development of society, technology and mobile services in cooperation with European and national stakeholders such as the European Commission, INHOPE and INSAFE.

---

<sup>155</sup> INHOPE is the International Association of Internet Hotlines.

## Literatur

- ALBRECHT HANS-JÖRG/HOTTER IMKE, Rundfunk und Pornographieverbot, München: Verlag Reinhard Fischer 2002.
- AUER ANDREAS/MALINVERNI GIORGIO/HOTTELIER MICHEL, Droit constitutionnel suisse, Vol. II: Les droits fondamentaux, 2. éd., Bern: Stämpfli 2006.
- BARRELET DENIS/WERLY STEPHANE, Droit de la communication, 2. Aufl., Stämpfli: Bern 2011.
- BARRELET DENIS, Les libertés de la communication, in: THÜRER DANIEL/AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MÜLLER JÖRG PAUL (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich: Schulthess 2001, § 45.
- BBC, Huge crowds at US porn convention, 13 January 2007, abrufbar unter: <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/6258291.stm>> (Stand: 20.11.2011).
- BIAGGINI GIOVANNI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft. Kommentar, Zürich, Orell Füssli 2007.
- Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Strafbare Handlungen gegen Leib und Leben, gegen die Sittlichkeit und gegen die Familie) vom 26. Juni 1985, BBl 1985 II 1009 (zit. Botschaft 1985).
- Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Medienstraf- und Verfahrensrecht) vom 17. Juni 1996, BBl 1996 IV 525 (zit. Botschaft 1996).
- Bundesamt für Justiz, Gutachten zur Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Internet-Access-Providern gemäss Art. 27 und 322<sup>bis</sup> StGB, Bern: BfJ 1999.
- Bundesrat, Netzwerkkriminalität. Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Provider und Kompetenzen des Bundes bei der Verfolgung von Netzwerkdelikten. Bericht des Bundesrates. O.O. [Bern]: Bundesrat 2008.
- BUNDI MARCO, Der Straftatbestand der Pornographie in der Schweiz, Bern: Stämpfli 2008.
- BURKERT HERBERT, Art. 17 BV, in: EHRENZELLER BERNHARD et al. (Hrsg.): Die schweizerische Bundesverfassung. Kommentar, 2. Aufl., Zürich u.a.: Dike Verlag/Schulthess 2008.
- CALMES JEAN-CHRISTOPHE, La pornographie et les représentations de la violence en droit pénal, Études des articles 197 et 135 du Code pénal suisse, Diss. Lausanne 1997.
- CASSANI URSULA, Les représentations illicites du sexe et de la violence, ZStrR 1993, 428-447.
- CORBOZ BERNARD, Les infractions en droit suisse. Volume I, 3. éd., Berne: Stämpfli Editions 2010.



- DINES GAIL, Pornland: How porn has hijacked our sexuality, Boston: Beacon Press 2010.
- DONATSCH ANDREAS, Strafrecht III. Delikte gegen den Einzelnen, 9. Aufl., Zürich u.a.: Schulthess 2008.
- DONATSCH ANDREAS/TAG BRIGITTE, Strafrecht I. Verbrechenslehre, 8. Aufl., Zürich u.a.: Schulthess 2006.
- DONATSCH ANDREAS/WOHLERS WOLFGANG, Strafrecht IV. Delikte gegen die Allgemeinheit, 4. Aufl., Zürich u.a.: Schulthess 2011.
- Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement (Hrsg.), Netzwerk-Kriminalität. Bericht der Expertenkommission „Netzwerkriminalität“, Bern: EJPD 2003 (zit. EJPD 2003).
- Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Genehmigung und Umsetzung des Übereinkommens des Europarates zum Schutz von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch vom 25. Oktober 2007. Vorentwurf und Erläuternder Bericht, Bern: EJPD 2011 (zit. EJPD 2011).
- EISENBERG ULRICH, Kriminologie, 6. Aufl., München: Beck 2005.
- Europäische Kommission, Illegale und schädliche Inhalte im Internet, KOM (96) 487 endg. (zit. Europäische Kommission 1996).
- Europäische Kommission, Sicherheit von Kindern bei der Nutzung von Mobiltelefondiensten. Diskussionspapier, O.O. [Brüssel]: Generaldirektion Informationsgesellschaft und Medien 2006 (zit. Europäische Kommission 2006).
- European Commission, Summary of the results of the public consultation ‘Child safety and mobile phone services’, O.O. [Bruxelles]: Information Society and Media Directorate-General 2006.
- FAVRE CHRISTIAN/PELLET MARC/STOUDMANN PATRICK, Code pénal. Loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs. Code annoté de la jurisprudence fédérale et cantonale, 3. éd., Lausanne: Edition Bis & Ter 2007.
- FIOLKA GERHARD, Art. 150<sup>bis</sup> StGB, in: NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar. Strafgesetzbuch II, Art. 111-401 StGB, 2. Aufl., Basel u.a.: Helbing & Lichtenhahn 2007.
- FISCHER THOMAS, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 58. Aufl., München: Beck 2011.
- FLUBACHER RITA, „Stabil ist, was sich in der Pornowelt bewährt“, Tages-Anzeiger vom 2.12.2006, 42.
- FORSTER MARC, Vor Art. 24-27 StGB, in: NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar. Strafgesetzbuch I, Art. 1-110 StGB, Jugendstrafgesetz, 2. Aufl., Basel u.a.: Helbing & Lichtenhahn 2007.
- GERCKE MARCO, Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Internetstrafrecht in den Jahren 2000 und 2001, ZUM 2002, 283-288.

- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich u.a.: Schulthess 2008.
- Hans-Bredow-Institut/EMR (Hrsg.), Final report. Study on co-regulation measures in the media sector. O.O. [Hamburg/Saarbrücken]: Hans-Bredow-Institut for Media Research/Institute for European Media Law 2006.
- HEIMGARTNER STEFAN, Weiche Pornographie im Internet, AJP 2005, 1482-1490.
- HIPELI EVELINE/SÜSS DANIEL, Generation Porno: Mediales Schreckgespenst oder Tatsache?, in: Eidgenössische Kommission für Kinder- und Jugendfragen (Hrsg.), Internet-Recht und Electronic Commerce Law, Bern: EKKJ 2009, 49-61.
- HOLZINGER ANDREAS, Basiswissen IT/Informatik, Band 1: Informationstechnik, Würzburg: Vogel Buchverlag 2002.
- HÖRNLE TATJANA, Pornographische Schriften im Internet: Die Verbotsnormen im deutschen Strafrecht und ihre Reichweite, NJW 2002, 1008-1013.
- HURTADO POZO JOSÉ, Droit pénal. Partie speciale, Genève u.a.: Schulthess 2009.
- IMFELD CLAUDIA, Kampf gegen brutale Handyfilme. Tages-Anzeiger vom 4.4.2006, 15.
- VON INS PETER/WYDER PETER-RENÉ, Art. 179-179<sup>novies</sup> StGB, in: NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar. Strafgesetzbuch II, Art. 111-401 StGB, 2. Aufl., Basel u.a.: Helbing & Lichtenhahn 2007.
- JENNY GUIDO, Art. 187-200, in: SCHUBARTH MARTIN (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Strafrecht. Schweizerisches Strafgesetzbuch, Besonderer Teil. 4. Band: Delikte gegen die sexuelle Integrität und gegen die Familie, Art. 187-200, Art. 213-220 StGB, Bern: Stämpfli 1997.
- KAISER GÜNTHER, Kriminologie. Ein Lehrbuch, 3. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller Verlag 1996.
- KLEY ANDREAS/TOPHINKE ESTHER, Art. 16 BV, in: EHRENZELLER BERNHARD et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung. Kommentar, 2. Aufl., Zürich u.a.: Dike Verlag/Schulthess 2008, 366-384.
- KOLLER DANIEL, Cybersex. Die strafrechtliche Beurteilung von weicher und harter Pornographie im Internet unter Berücksichtigung der Gewaltdarstellungen, Bern: Weblaw 2007.
- KROTTENTHALER SUSANNA, Die Pornographiebestimmungen in der österreichischen und schweizerischen Rechtsordnung, Salzburg: AWOS-Verlag 1998.
- KUDLICH HANS, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 27. Juni 2001 – 1 StR 66/01, JZ 2002, 310-312.
- MEIER PHILIPP, Umschreibung von sexuellen Verhaltensweisen im Strafrecht. Konkretisierung strafrechtlich relevanten Verhaltens aus juristischer und sexualwissenschaftlicher Sicht, AJP 1999, 1387-1401.

- MENG KASPAR/SCHWAIBOLD MATTHIAS, Art. 194-200 StGB, in: NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar. Strafgesetzbuch II, Art. 111-401 StGB, 2. Aufl., Basel u.a.: Helbing & Lichtenhahn 2007.
- MICHAUD PIERRE-ANDRÉ/AKRÉ CHRISTINA, Sexualität von Jugendlichen: Entwicklung über die letzten 40 Jahre, in: Eidgenössische Kommission für Kinder- und Jugendfragen (Hrsg.), Internet-Recht und Electronic Commerce Law, Bern: EKKJ 2009, 11-27.
- MINELLI LUDWIG A., Das Recht auf Zugang zu Pornographie, SJZ 1987, 182-183.
- MÜLLER STEPHANIE, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Verweisungen durch Hyperlinks nach deutschem und Schweizer Recht, Berlin: Duncker & Humblot 2011.
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/SCHWARZENEGGER CHRISTIAN, Strafbare Handlungen im Internet, SJZ (98) 2002, 61-73.
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/RIKLIN FRANZ/STRATENWERTH GÜNTER (Hrsg.), Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet Providern, Medialex Sonderausgabe 2002.
- NUSSBAUM MARIE-LOUISE, Aufklärungsmittel Pornografie? Eine Bestandesaufnahme zum Pornografiekonsum von Jugendlichen. Kurzfassung 2009, Fribourg 2009: Philosophische Fakultät (Lizenziatsarbeit).
- PEDUZZI ROBERTO, Meinungs- und Medienfreiheit in der Schweiz. Zürich u.a.: Schulthess 2004.
- PERRON WALTER/EISELE JÖRG, § 184 StGB, in: SCHÖNKE ADOLF/SCHRÖDER HORST (Hrsg.), Strafgesetzbuch. Kommentar, 28. Aufl., München: Beck 2010.
- Radiotele, Jugendbarometer Schweiz. „Simsen, Chatten, Surfen, Zappen“, Bern: Radiotele 2006.
- RIKLIN FRANZ, Schweizerisches Presserecht, Bern: Stämpfli 1996 (zit. RIKLIN, Schweizerisches Presserecht).
- RIKLIN FRANZ, Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Verbrechenlehre, 3. Aufl., Zürich u.a.: Schulthess 2007 (zit. RIKLIN, Schweizerisches Strafrecht).
- RIKLIN FRANZ/STRATENWERTH GÜNTER, Medienstrafrecht/Kaskadenhaftung, in: NIGGLI MARCEL/RIKLIN FRANZ/STRATENWERTH GÜNTER (Hrsg.), Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet Providern, Medialex Sonderausgabe 2000, 8-21.
- ROSENTHAL DAVID, Internet-Provider-Haftung – ein Sonderfall?, in: JUNG PETER (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im Haftungsrecht. Bern u.a.: Edition Weblaw/Schulthess 2007, 149-206.
- SCHREIBAUER MARCUS, Das Pornographieverbot des § 184 StGB. Grundlagen – Tatbestandsprobleme – Reformvorschläge. Regensburg: Roderer 1999.
- SCHROEDER FRIEDRICH-CHRISTIAN, Pornographie, Jugendschutz und Kunstfreiheit. Heidelberg: C.F. Müller Verlag 1992.

- SCHULTZ HANS, Die unerlaubte Veröffentlichung – ein Pressedelikt?, ZStrR (108) 1991, 273-281.
- SCHULZ WOLFGANG/KORTE BENJAMIN, Jugendschutz bei non-fiktionalen Fernsehformaten, ZUM 2002, 719-732.
- SCHWARZENEGGER CHRISTIAN, Skrupellos und verwerflich! Über Emotionen und unbestimmte Rechtsbegriffe im Strafrecht, ZStrR (117) 2000, 349-377 (zit. SCHWARZENEGGER, ZStrR 2000).
- SCHWARZENEGGER CHRISTIAN, E-Commerce – Die strafrechtliche Dimension, in: ARTER OLIVER/JÖRG FLORIAN S. (Hrsg.), Internet-Recht und Electronic Commerce Law, Lachen/St. Gallen: Dike Verlag 2001, 329-375 (zit. SCHWARZENEGGER, E-Commerce).
- SCHWARZENEGGER CHRISTIAN, Sperrverfügungen gegen Access-Provider – Über die Zulässigkeit polizeilicher Gefahrenabwehr durch Sperranordnungen im Internet, in: ARTER OLIVER/JÖRG FLORIAN S. (Hrsg.), Internet-Recht und Electronic Commerce Law, Bern: Stämpfli 2003, 249-286 (zit. SCHWARZENEGGER, Sperrverfügungen gegen Access-Provider).
- SCHWARZENEGGER CHRISTIAN, Hyperlinks und Suchmaschinen aus strafrechtlicher Sicht, in: PLÖCKINGER OLIVER/DUURSMA DIETER/MAYRHOFER MICHAEL (Hrsg.), Internet-Recht, Wien/Graz: NWV 2004, 395-434 (zit. SCHWARZENEGGER, NWV).
- SCHWARZENEGGER, CHRISTIAN, Urheberstrafrecht und Filesharing in P2P-Netzwerken – Die Strafbarkeit der Anbieter, Downloader, Verbreiter von Filesharing-Software und Hash-Link-Setzer, in: SCHWARZENEGGER CHRISTIAN/ARTER OLIVER/JÖRG FLORIAN S. (Hrsg.), Internet-Recht und Strafrecht, 4. Tagungsband. Bern: Stämpfli 2005, 205-255 (zit. SCHWARZENEGGER, Urheberstrafrecht und Fileshaing in P2P-Netzwerken).
- SCHWARZENEGGER CHRISTIAN, Art. 111-117 StGB, in: NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar. Strafgesetzbuch II, Art. 111-401 StGB, 2. Aufl., Basel u.a.: Helbing & Lichtenhahn 2007 (zit. SCHWARZENEGGER, Art. XX).
- SCHWARZENEGGER CHRISTIAN/NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Über die Strafbarkeit des Hyperlink-Setzers, Medialex 2003, 26-31.
- SCHWEIZER RAINER J., Art. 36 BV, in: EHRENZELLER BERNHARD et al. (Hrsg.): Die schweizerische Bundesverfassung. Kommentar, 2. Aufl., Zürich u.a.: Dike Verlag/Schulthess 2008, 727-742.
- STEINER OLIVIER, Neue Medien und Gewalt. Überblick zur Forschungslage hinsichtlich der Nutzung Neuer Medien durch Kinder und Jugendliche und der Wirkungen gewaltdarstellender Inhalte, Bern: Bundesamt für Sozialversicherungen 2009.
- STRATENWERTH GÜNTER, Schweizerisches Strafrecht. Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern: Stämpfli 2011.

- STRATENWERTH GÜNTER/WOHLERS WOLFGANG, Schweizerisches Strafgesetzbuch. Handkommentar, 2. Aufl., Bern: Stämpfli 2009.
- STRATENWERTH GÜNTER/JENNY GUIDO/BOMMER FELIX, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I. Straftaten gegen Individualinteressen, 7. Aufl., Bern: Stämpfli 2010.
- TRECHSEL STEFAN/BERTOSSA CARLO, Art. 187-200, in: TRECHSEL STEFAN et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch. Praxiskommentar, Zürich/St.Gallen: Dike Verlag 2008.
- TRECHSEL STEFAN/JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL MARC, Art. 10-33, in: TRECHSEL STEFAN et al., Schweizerisches Strafgesetzbuch. Praxiskommentar. Zürich/St.Gallen: Dike Verlag 2008.
- VAN DIJK PIETER/VAN HOOF GODEFRIDUS J.H., Theory and practice of the European Convention on Human Rights. 3. ed., The Hague u.a.: Kluwer Law 2006.
- VILLIGER MARK E., Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Rechtslage, 2. Aufl., Zürich: Schulthess 1999.
- VILLIGER MARK E., EMRK und UNO-Menschenrechtspakte, in: THÜRER DANIEL/AUBERT JEAN-FRANÇOIS/MÜLLER JÖRG PAUL (Hrsg.): Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich: Schulthess 2001, § 40.
- WAGNER PIERRE-ANDRÉ, Von der Vaporisierung der Frau in der schweizerischen Pornographierechtsprechung – einige ideologiekritische Bemerkungen, AJP 1999, 257-264.
- ZELLER FRANZ, Art. 28 StGB, in: NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar. Strafgesetzbuch I, Art. 1-110 StGB, Jugendstrafgesetz, 2. Aufl., Basel u.a.: Helbing & Lichtenhahn 2007.
- ZIHLER FLORIAN, Die EMRK und der Schutz des Ansehens. Bern: Stämpfli 2005.