

BGer 6B_1027/2021 vom 5. Juni 2023

Bundesgericht, 2023-06-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_1027_2021

FR: TF 6B_1027/2021 du 5 juin 2023

IT: TF 6B_1027/2021 del 5 giugno 2023

Erwägungen

E. 1

Der Beschwerdeführer beantragt zunächst die Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels. Im Verfahren vor Bundesgericht findet in der Regel kein zweiter Schriftenwechsel statt (Art. 102 Abs. 3 BGG). Ein solcher erscheint vorliegend auch nicht als erforderlich, weder in Bezug auf den Verfahrensantrag noch in der Sache, zumal die Vorinstanz sowie die Beschwerdegegnerin dem Gesuch des Beschwerdeführers um aufschiebende Wirkung in deren Vernehmlassungen nicht opponierten und das Bundesgericht keine Vernehmlassung in der Sache einholen liess.

E. 2.1

Der Beschwerdeführer rügt die vorinstanzliche Anordnung eines lebenslänglichen Tätigkeitsverbots nach Art. 67 Abs. 3 lit. d Ziff. 2 StGB. Er macht geltend, ein lebenslängliches Tätigkeitsverbot stelle einen schwerwiegenden Eingriff in seine verfassungsmässigen Rechte der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) sowie der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 Abs. 2 BV) dar und würde den Grundsatz der Verhältnismässigkeit nach Art. 36 Abs. 3 und Art. 5 Abs. 2 BV verletzen. Bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit eines Tätigkeitsverbots sei nicht einzig der enge Rahmen der Ausnahmeregelung nach Art. 67 Abs. 4bis StGB massgebend, sondern weiterhin die grundlegenden Vorgaben nach Art. 36 Abs. 3 und Art. 5 Abs. 2 BV . Das Tätigkeitsverbot sei sodann nicht geeignet und nicht erforderlich, ihn vom Herunterladen, Konsumieren und Weiterverbreiten von kinderpornografischem Material abzuhalten. Seine Tätigkeit als Kampfkunstlehrer von Minderjährigen habe keine Berührungspunkte mit dem Herunterladen und Weiterverbreiten der Dateien. Das Tätigkeitsverbot sei auch nicht geeignet und nicht erforderlich, einen sexuellen Übergriff auf Minderjährige zu verhindern, da bei ihm keine pädophilen Präferenzen bestehen würden. Schliesslich sei das Tätigkeitsverbot auch nicht zumutbar, weil er ansonsten zu einer beruflichen Neuorientierung gezwungen wäre. Eine Rückkehr in sein früheres berufliches Tätigkeitsfeld, der Informatikbranche, sei indes wenig realistisch.

E. 2.2

Die Vorinstanz führt an, ein lebenslängliches Tätigkeitsverbot sei bei gegebenen Voraussetzungen grundsätzlich zwingend anzuordnen. Um davon abzusehen, benötige es kumulativ einen besonders leichten Fall sowie die fehlende Notwendigkeit des Tätigkeitsverbots, den Täter von der Begehung weiterer einschlägiger Straftaten abzuhalten. Angesichts dessen, dass der Beschwerdeführer eine aktive Rolle in der wiederholten Verbreitung von niedrigster Kinderpornografie eingenommen habe, liege zweifellos kein besonders leichter Fall vor. Das lebenslängliche Tätigkeitsverbot sei im Übrigen auch verhältnismässig. Eine andere berufliche Tätigkeit wie auch die

Beschränkung der beruflichen Tätigkeit als Kampfkunstlehrer auf Erwachsene seien dem Beschwerdeführer ohne Weiteres zumutbar.

E. 2.3

Wird jemand wegen Pornografie nach Art. 197 Abs. 1, Abs. 3, Abs. 4 oder Abs. 5 StGB - sofern die Gegenstände oder Vorführungen nach Abs. 4 und Abs. 5 sexuelle Handlungen mit Minderjährigen zum Inhalt haben - zu einer Strafe verurteilt oder wird deswegen gegen ihn eine Massnahme nach Art. 59-61, Art. 64 oder Art. 65 StGB angeordnet, verbietet das Gericht dem Täter lebenslänglich jede berufliche und jede organisierte ausserberufliche Tätigkeit, die einen regelmässigen Kontakt zu Minderjährigen umfasst (Art. 67 Abs. 3 lit. d StGB). In besonders leichten Fällen kann das Gericht ausnahmsweise von der Anordnung eines Tätigkeitsverbots absehen, wenn ein solches Verbot nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Straftaten abzuhalten, wie sie Anlass für das Verbot sind. Von der Anordnung darf jedoch nicht abgesehen werden, wenn der Täter verurteilt worden ist wegen Menschenhandel (Art. 182 StGB), sexueller Nötigung (Art. 189 StGB), Vergewaltigung (Art. 190 StGB), Schändung (Art. 191 StGB) oder Förderung der Prostitution (Art. 195 StGB), oder der Täter gemäss den international anerkannten Klassifikationskriterien pädophil ist (Art. 67 Abs. 4bis lit. a und lit. b StGB).

E. 2.3.1

Der Beschwerdeführer wurde der mehrfachen Pornografie im Sinne von Art. 197 Abs. 4 und Abs. 5 StGB verurteilt. Nach der für das Bundesgericht verbindlichen Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz (Art. 105 Abs. 1 BGG) hatte das pornografische Material u.a. tatsächliche sexuelle Handlungen mit Minderjährigen zum Inhalt, welches der Beschwerdeführer mit Dritten geteilt hat. Der für das Tätigkeitsverbot nach Art. 67 Abs. 3 StGB (in Kraft seit dem 1. Januar 2019) massgebliche Tatzeitraum erstreckte sich vom 3. Januar 2019 bis zum 27. Februar 2019 und bezog sich auf 22 Inhalte. Die Vorinstanz verurteilte den Beschwerdeführer sodann zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 8 Monaten. Obwohl der Beschwerdeführer auch wegen Straftaten schuldig gesprochen wurde, die nicht in den sachlichen oder zeitlichen Anwendungsbereich von Art. 67 Abs. 3 StGB fallen und die ebenfalls zur Gesamtstrafe beitragen, ist es unstrittig, dass aufgrund einer Anlasstat nach Art. 67 Abs. 3 StGB , begangen nach dem 1. Januar 2019, eine Strafe ausgesprochen wurde.

Der Schuldspruch und die Strafe werden vom Beschwerdeführer nicht angefochten. Eine Anlasstat nach Art. 67 Abs. 3 lit. d Ziff. 2 StGB, die mit einer Strafe sanktioniert wurde, liegt demnach vor. Umstritten und zu prüfen ist jedoch, ob es sich vorliegend um einen Fall handelt, in dem gestützt auf Art. 67 Abs. 4bis StGB ausnahmsweise von einem Tätigkeitsverbot abgesehen werden kann.

E. 2.3.2

Ein Absehen von der Anordnung eines Tätigkeitsverbots nach Art. 67 Abs. 3 und 4 StGB ist nach dem Wortlaut von Art. 67 Abs. 4bis StGB unter zwei kumulativen Voraussetzungen zulässig: Einerseits muss es sich um einen "besonders leichten Fall" handeln, andererseits darf das Verbot nicht notwendig sein, um den Täter von der Begehung weiterer Straftaten abzuhalten, wie sie Anlass für das Verbot sind. Aus dem Wort "ausnahmsweise" ergibt sich, dass die Bestimmung restriktiv anzuwenden ist und nur bei gewissen Anlasstaten zur Anwendung gelangt. Die Ausnahmebestimmung soll vermeiden, dass es zu stossenden Verletzungen des Verhältnismässigkeitsprinzips kommt, weil das Gericht in besonders

leichten Fällen, bei denen vom Täter keine Wiederholungsgefahr für einschlägige Sexualstraftaten ausgeht und die keinerlei Bezug zu Pädophilie aufweisen, zwingend ein lebenslängliches Tätigkeitsverbot anordnen müsste. Mit der Ausnahmebestimmung soll insbesondere auch der Intention der Initianten der "Pädophilen-Initiative" Rechnung getragen werden, wonach sogenannte Jugendlieben nicht von einem zwingend lebenslänglichen Tätigkeitsverbot erfasst werden sollen und die Volksinitiative auf pädophile Straftäter zielt. Die Rechtsgleichheit gebietet jedoch, dass eine solche Ausnahmebestimmung nicht nur auf diese Fälle beschränkt wird, sondern auch bei anderen ähnlich besonders leichten Fällen, die keinerlei Bezug zur Pädophilie aufweisen, zur Anwendung gelangen kann, wenn die Voraussetzungen hierfür erfüllt sind (zum Ganzen: Urteil 6B_156/2023 vom 3. April 2023 E. 2.5.1 f. mit Hinweisen, zur Publikation vorgesehen).

E. 2.3.3

Für die Qualifikation als besonders leichter Fall ist auf die Gesamtheit der objektiven und subjektiven Tatumstände abzustellen. Von der Ausnahmebestimmung erfasst werden nur eigentliche Bagatelldelikte, wobei ein strenger Massstab anzulegen ist. Als besonders leichte Fälle von Sexualstraftaten können in objektiver Hinsicht beispielsweise sexuelle Belästigungen oder Exhibitionismus (wenn es im konkreten Fall beispielsweise eine bedingte Strafe von wenigen Tagessätzen gibt) in Betracht kommen; dies aufgrund ihrer geringen abstrakten Strafdrohung. Aber auch ein anderes Sexualdelikt, das einer höheren Strafdrohung unterliegt, kann im konkreten Fall als besonders leichte Sexualstraftat gewertet werden (z.B. sexuelle Handlungen mit einem Kind, wenn es im konkreten Fall beispielsweise eine bedingte Strafe von wenigen Tagessätzen gibt). Dies insbesondere dann, wenn das Gericht unter Gesamtwürdigung der Tat- und Täterkomponenten (z.B. die Schwere der Verletzung, die Verwerflichkeit des Handelns, die Beziehung zwischen dem Täter und dem Opfer, das Vorleben und die Verhältnisse des Täters) das Verschulden des Täters als besonders gering einstuft und deshalb eine milde Strafe ausspricht.

Als nicht notwendig erscheint ein Tätigkeitsverbot dann, wenn dem Täter eine gute Prognose gestellt werden kann, weil Anhaltspunkte für eine Wiederholungsgefahr fehlen. Die Frage, ob ein Verbot nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Sexualstraftaten abzuhalten, muss vom Gericht - wie bei der Frage des bedingten Strafvollzugs (vgl. Art. 42 Abs. 1 StGB) - aufgrund einer Gesamtwürdigung beantwortet werden. In die Beurteilung miteinzubeziehen sind neben den Tatumständen das Vorleben und der Leumund sowie alle weiteren Tatsachen, die gültige Schlüsse auf den Charakter des Täters und die Aussichten auf Bewährung zulassen (zum Ganzen: Urteil 6B_156/2023 vom 3. April 2023 E. 2.5.5 f. mit Hinweisen, zur Publikation vorgesehen).

E. 2.3.4

Das Gericht hat sich im Einzelfall bei der Beurteilung, ob die Voraussetzungen von Art. 67 Abs. 4bis StGB erfüllt sind und von der Anordnung eines Tätigkeitsverbots ausnahmsweise abgesehen werden kann, an folgenden Beispielfällen zu orientieren: Eine 20-jährige Person hat im Rahmen einer Liebesbeziehung mit einer 15-jährigen Person einvernehmlich sexuelle Kontakte (z.B. Zungenküsse); eine Kioskverkäuferin verkauft einem Minderjährigen ein "Sexheftli"; in einer "WhatsApp-Gruppe" von mehreren 15- bis 18-jährigen Personen wird ein Kurzvideo mit pornografischem Inhalt, das von anderen, unter 16 Jahre alten Schulkollegen selbst gedreht wurde, geteilt und auf dem Mobiltelefon

belassen; eine Frau lässt zu, dass ihr Ehemann sie vor der unter 16-jährigen Babysitterin demonstrativ "begrapscht", bzw. wehrt sich nicht dagegen. Aus diesen möglichen Anwendungsfällen geht hervor, dass häufig Jugendliche bzw. junge Erwachsene im Grenzalter betroffen sind und/oder es sich um offensichtliche Bagatellfälle handelt, die keinerlei Bezug zu Pädophilie aufweisen (zum Ganzen: Urteil 6B_156/2023 vom 3. April 2023 E. 2.5.6 mit Hinweis auf die Botschaft, zur Publikation vorgesehen).

E. 2.4

Vorliegend steht die Prüfung nach Art. 67 Abs. 4bis StGB grundsätzlich offen und bestehen keine Ausschlussgründe nach Art. 67 Abs. 4bis lit. a oder lit. b StGB. Der Straftatbestand der Pornografie nach Art. 197 Abs. 4 und Abs. 5 StGB ist keiner der in Art. 67 Abs. 4bis lit. a StGB aufgelisteten Delikte, bei welchen das Gesetz von der unwiderlegbaren Vermutung ausgeht, es könne diesbezüglich keine besonders leichten Fälle geben. Eine nach international anerkannten Klassifikationskriterien nachgewiesene Pädophilie (Art. 67 Abs. 4bis lit. b StGB) wurde von der Vorinstanz ebenso wenig festgestellt.

Für den hier zu beurteilenden Fall ergibt sich Folgendes:

E. 2.4.1

Zwar handelt es sich beim Tatbestand der Pornografie nach Art. 197 StGB insoweit um einen der leichteren respektive geringfügigeren Tatbestände des Sexualstrafrechts, als dieser kein sogenanntes "Hands-on"-Delikt sanktioniert, bei dem es zu einem Körperkontakt zwischen Täter und Opfer kommt. Solche Straftaten sind indes durchwegs geeignet, "Hands-on"-Delikte zu fördern, welche zur Produktion von Pornografie dienen. Die abstrakte Strafandrohung der Tatbestandsvarianten nach Art. 197 Abs. 4 und Abs. 5 StGB, deren Gegenstände oder Vorführungen tatsächliche sexuelle Handlungen mit Minderjährigen zum Inhalt haben, sieht aus diesem Grund eine Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe (Abs. 4) respektive eine Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren oder Geldstrafe (Abs. 5) vor. In objektiver Hinsicht liegt damit ein Delikt vor, welches mit einer erheblichen abstrakten Strafdrohung bewehrt ist.

E. 2.4.2

Die Vorinstanz stuft das objektive Tatverschulden des Beschwerdeführers (schon nur hinsichtlich der Tatbegehung vom 27. Februar 2019) als erheblich ein. Die für das Bundesgericht verbindlichen vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen (vgl. vorne Sachverhalt B.b) überschreiten in objektiver Hinsicht den in E. 2.3.4 hiervoor erwähnten, besonders leichten Fall von Pornografie mit Minderjährigen deutlich. Unter den Darstellungen befindet sich insbesondere die Datei "Daisy's Destruction", welche als eines der grausamsten Pädophilen- bzw. "Hurtcore"-Videos bekannt ist und den schweren Missbrauch eines zweijährigen Kleinkindes zeigt. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers sind derart gräuliche Darstellungen der Kinderpornografie keineswegs immanent. Wie die Vorinstanz zu Recht erkannt hat, schuf der Beschwerdeführer durch das Herunterladen und Konsumieren von Kinderpornografie eine Nachfrage, die die Herstellung weiterer solcher Filme und der damit verbundene Missbrauch der Kinder antreibt. Durch das (wenn auch technisch eingeschränkte) Hochladen schuf der Beschwerdeführer zudem ein entsprechendes Angebot für andere Konsumenten und trug damit zur Verbreitung von schwerwiegender Kinderpornografie bei. Vor diesem Hintergrund kann von einem besonders leichten Fall keine Rede sein. Dasselbe gilt auch hinsichtlich der Anzahl der Filme, die der Beschwerdeführer unzutreffend als

verhältnismässig gering bezeichnet. Der Beschwerdeführer lud im Zeitraum vom 3. Januar 2019 bis zum 27. Februar 2019 22 Filme kinderpornografischen Inhalts herunter. Auch wenn in absoluten Zahlen und bezüglich des Zeitraumes durchaus schwerwiegendere Fälle von Kinderpornografie bekannt sind, kann bei einem wiederholten Beschaffen, Konsumieren und Verbreiten von 22 Dateien innert nur rund zwei Monaten nicht mehr von einer blossen Bagatelle bzw. einem besonders leichten Fall gesprochen werden.

Das subjektive Tatverschulden des Beschwerdeführers ist ebenso wenig als besonders leicht zu gewichten. Zum Nachteil der sexuellen Integrität der Kinder suchte der Beschwerdeführer gemäss eigenen Aussagen in der Beschwerdeschrift nach immer krasserem Darstellungen, um emotional Schockierendes mit dem damit einhergehenden Dopaminkick zu erleben. Vor dem Hintergrund des mit der Herstellung dieser kinderpornografischen Erzeugnisse für die Opfer verbundenen Leids ist diese Motivation als besonders verwerflich zu qualifizieren. Einzig die geringfügige Herabsetzung seiner Steuerungsfähigkeit zufolge seiner Pornografiesucht ist in Übereinstimmung mit der Vorinstanz zu seinen Gunsten zu berücksichtigen.

Das lebenslängliche Tätigkeitsverbot wird grundsätzlich unabhängig davon angeordnet, ob der Täter das Sexualdelikt in Ausübung einer beruflichen oder organisierten ausserberuflichen Tätigkeit begangen hat (Botschaft vom 3. Juni 2016 zur Änderung des Strafgesetzbuchs und des Militärstrafgesetzes [Umsetzung von Art. 123c BV], BBl 2016 6158 Ziff. 2.1). Nichtsdestotrotz kann im Einzelfall berücksichtigt werden, ob der Täter das Sexualdelikt in Ausübung seiner beruflichen oder ausserberuflichen Tätigkeit begangen hat oder nicht, und dies in die Prüfung des besonders leichten Falles miteinfließen. Das Tatverhalten des Beschwerdeführers wäre sodann als verwerflicher zu betrachten und damit sein Verschulden als höher zu werten, wenn er seine berufliche Tätigkeit ausgenützt und das Sexualdelikt im Rahmen des Kampfkunstunterrichts von Minderjährigen begangen hätte. In diesem Sinne ist der Umstand, dass der Beschwerdeführer die Sexualdelikte nach Art. 197 Abs. 4 und Abs. 5 StGB nicht im Rahmen seiner Tätigkeit als Kampfkunstlehrer begangen hat, bei der Beurteilung eines besonders leichten Falles mitzubersichtigen. Dennoch vermag das die objektive Tatschwere etwas vermindernde subjektive Tatverschulden des Beschwerdeführers dem Fall als Ganzes keinen Bagatellcharakter zuzusprechen.

E. 2.4.3

Die Würdigung der Täterkomponenten vermag an dem Gesagten nichts zu ändern. Der Beschwerdeführer zeigte sich zwar geständig und begann freiwillig eine psychiatrische Therapie, um seine Sucht professionell behandeln zu lassen. Er unternahm somit Anstrengungen, die über das üblicherweise zu Erwartende hinausgehen. Es ist ebenso zu berücksichtigen, dass der Beschwerdeführer nicht vorbestraft ist und damit bis anhin auch keine weiteren einschlägigen Sexualdelikte begangen hat. Diese Aspekte vermögen die festgestellte objektive und subjektive Schwere der Tat - insbesondere aufgrund der Inhalte der Dateien - jedoch kaum zu relativieren. Die Vorinstanz verurteilte den Beschwerdeführer schliesslich zu einer bedingten Freiheitsstrafe von 8 Monaten, wobei sie für die Tatbegehung vom 27. Februar 2019 eine hypothetische Einsatzstrafe von 15 Monaten Freiheitsstrafe als angemessen erachtet hätte; vgl. Urteil S. 11 ff.). Dass nicht eine Geldstrafe, sondern eine Freiheitsstrafe ausgesprochen wurde, ist ein weiteres Indiz dafür, dass kein leichtes Verschulden und damit kein blosser Bagatellfall vorliegt. Es handelt sich somit um keinen besonders leichten Fall, der die Ausnahmebestimmung von Art. 67 Abs.

4bis StGB Anwendung finden lassen könnte.

E. 2.5.1

Mangels Vorliegen eines besonders leichten Falles erübrigt sich eine Prüfung, ob das lebenslängliche Tätigkeitsverbot geeignet und erforderlich ist, den Beschwerdeführer von weiteren Straftaten abzuhalten, wie sie Anlass für das Verbot sind. Der Gesetzgeber hat die Prüfung der Verhältnismässigkeit vorweggenommen. Zwar ist dem Beschwerdeführer zuzustimmen, dass ein lebenslängliches Tätigkeitsverbot ihn objektiv nicht davon abhalten kann, in Zukunft weiterhin Kinderpornografie zu konsumieren. Das Tätigkeitsverbot nach Art. 67 Abs. 3 StGB bezweckt jedoch allgemein den Schutz von Minderjährigen vor Sexualstraftätern sowie vor den in Art. 67 Abs. 3 StGB aufgeführten Straftaten (BBl 2016 6158 Ziff. 2.1). Ein Tätigkeitsverbot ist grundsätzlich dazu geeignet ist, Sexualstraftaten zulasten von Minderjährigen zu verhindern bzw. zu erschweren. An die Eignung zur Verhinderung weiterer Sexualdelikte sind im Übrigen keine allzu hohen Anforderungen zu stellen. So schützt das Tätigkeitsverbot Minderjährige auch nur vor blossen Übertretungen in Form von sexueller Belästigung nach Art. 198 StGB .

E. 2.5.2

Die Ausführungen des Beschwerdeführers, er sei nach den Angaben seines Psychiaters nicht pädophil und deswegen sei ein Tätigkeitsverbot nicht erforderlich, sind für die Zulässigkeit der Anordnung eines Tätigkeitsverbots nach Art. 67 Abs. 3 StGB nicht von Belang. Eine nach international anerkannten Klassifikationskriterien festgestellte Pädophilie ist einzig ein Ausschlusskriterium, bei dem von einer Anordnung eines lebenslänglichen Tätigkeitsverbots nicht abgesehen werden darf (Art. 67 Abs. 4bis lit. b StGB ; vgl. E. 2.4 hiervor). Das Fehlen pädophiler Neigungen führt im Umkehrschluss nicht dazu, dass ein lebenslängliches Tätigkeitsverbot nicht erforderlich wäre. Eine nicht nachgewiesene Pädophilie gibt dem Gericht lediglich die Möglichkeit, das Vorliegen eines besonders leichten Falles zu prüfen und ausnahmsweise von einem Tätigkeitsverbot abzusehen. Eine beim Beschwerdeführer nachgewiesene Pädophilie ist somit nicht vorausgesetzt, um ein Tätigkeitsverbot anzuordnen.

Das Tätigkeitsverbot setzt des Weiteren keine negative Prognose voraus. Es ist zudem grundsätzlich unerheblich, ob die Straftat in Ausübung der zu verbotenden beruflichen oder organisierten ausserberuflichen Tätigkeit begangen wurde oder nicht (BBl 2016 6158 Ziff. 2.1). Vielmehr ist das Verbot auch dann anzuordnen, wenn die Tat im privaten Bereich oder in Ausübung einer anderen als der zu verbotenden Tätigkeit begangen wurde. Die entsprechenden Vorbringen des Beschwerdeführers gehen an der Sache vorbei.

E. 2.6

Die Vorinstanz verletzt damit kein Bundesrecht, wenn sie zulasten des Beschwerdeführers ein lebenslängliches Tätigkeitsverbot mit Minderjährigen anordnet.

E. 3

Im Ergebnis ist die Beschwerde abzuweisen. Die Gerichtskosten sind ausgangsgemäss dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.