

# **BGer 6B 229/2019 vom 27. Mai 2019**

Bundesgericht, 2019-05-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_6B\\_229\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_6B_229_2019)

FR: TF 6B 229/2019 du 27 mai 2019

IT: TF 6B 229/2019 del 27 maggio 2019

## **Regeste**

Pornografie | Straftaten

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Der Beschwerdeführer kritisiert, das Bundesgericht sei kein unabhängiges Gericht im Sinne von Art. 6 EMRK und gewährleiste keinen wirksamen Rechtsschutz gemäss Art. 13 EMRK. Er begründet dies indes einzig damit, dass das Gericht in anderen Verfahren den Standpunkt seines Rechtsvertreters, namentlich zur Spruchkörperbesetzung, nicht teilte (vgl. dazu BGE 144 I 37 E. 2; Urteile 6B\_1124/2018 vom 18. März 2019 E. 2.1.1; 6B\_598/2018 vom 7. November 2018 E. 1.1; 6B\_373/2018 vom 7. September 2018 E. 1; 6B\_63/2018 und 6B\_1458/2017, beide vom 21. Juni 2018 je E. 2.1 f.; je mit Hinweisen). Dies ist keine zulässige Rüge, zumal der Beschwerdeführer keine konkrete, geschweige denn systematische Benachteiligung seiner selbst darlegt, wie er behauptet. Abgesehen davon zeigt nicht zuletzt das vorliegende Verfahren, dass auch von einer systematischen Benachteiligung des Rechtsvertreters oder seiner Klienten durch das Bundesgericht keine Rede sein kann, ist doch das Gericht der Auffassung des Beschwerdeführers in der Sache bis dato gefolgt. Vor diesem Hintergrund ist auch unerfindlich, was er unter Anrufung von Art. 17 EMRK (Verbot des Missbrauchs der Konventionsrechte durch einen Staat, eine Gruppe oder eine Person) aus dem Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) in Sachen Navalny gegen Russland vom 15. November 2018, Nr. 29580/12, für sich ableiten will. Er zeigt weder ein System von Verstössen auf, noch einen exzessiven Machtgebrauch oder -missbrauch bzw. die Absicht von Justiz oder Gesetzgeber, jegliche Form von Ausdruck seiner persönlichen Freiheiten (Rede, Versammlung etc.) zu limitieren. Ein mit dem erwähnten Urteil des EGMR vergleichbarer Fall von zu strenger und freiheitsvernichtender Gesetzgebung, restriktiver, die gesetzlichen Bestimmungen exzessiv anwendender Verwaltungspraxis oder systematischer gerichtlicher Verfolgung bei angeblichen Verstössen gegen gesetzliche oder verwaltungsrechtliche Regeln, welche die garantierten Konventionsrechte beschränken, oder der Anwendung von schweren Sanktionen im Falle von festgestellter Schuld liegt hier offensichtlich nicht vor. Mit dem Einwand, die sechsjährige Amtsdauer der Bundesrichterinnen und Bundesrichter sei zu kurz, um unabhängige und unparteiische Entscheide zu gewährleisten, hat sich das Bundesgericht in den oben erwähnten Entscheiden (vgl. Urteil 6B\_1124/2018 vom 18. März 2019 E. 2.1.1) ebenso auseinandergesetzt wie mit weiteren, hier nur summarisch dargelegten Vorbringen des Beschwerdeführers. Darauf ist nicht neuerlich einzugehen.

### **E. 2**

Der Beschwerdeführer rügt auch im vorinstanzlichen Verfahren diverse Verstösse gegen Art. 6 EMRK.

## **E. 2.1**

Nach Art. 30 Abs. 1 BV hat jede Person, deren Sache in einem gerichtlichen Verfahren beurteilt werden muss, Anspruch auf ein durch Gesetz geschaffenes, zuständiges, unabhängiges und unparteiisches Gericht. Ausnahmegerichte sind untersagt. Mit ähnlichen Worten garantiert Art. 6 Ziff. 1 EMRK das Recht jeder Person, dass über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. Art. 6 Ziff. 1 EMRK verlangt unter dem Aspekt des auf Gesetz beruhenden Gerichts einen justizförmigen, unabhängigen und unparteiischen Spruchkörper, der über Streitfragen auf der Grundlage des Rechts und in einem gesetzlich vorgesehenen Verfahren mit rechtsstaatlichen Garantien entscheidet. Erforderlich sind insbesondere Vorschriften über die Einrichtung, Zusammensetzung, Organisation und Zuständigkeit des Gerichts. Der EGMR prüft zwar die Einhaltung staatlichen Rechts, stellt aber die Auslegung durch die Gerichte nur in Frage, wenn sie das Recht eindeutig verletzt oder willkürlich ist. Dies gilt ebenso für das Verfahren. Auch dieses muss gesetzlich geregelt sein. Die Festlegung der anwendbaren Verfahrensregeln darf nicht dem Ermessen der Justizorgane überlassen werden. Der parlamentarische Gesetzgeber ist verpflichtet, für einen hinreichenden prozessrechtlichen Rahmen zu sorgen ( BGE 144 I 37 E. 2.1; Urteil 6B\_373/2018 vom 7. September 2018 E. 3.2.1; FRANZ MAYER, in: EMRK-Kommentar, Karpenstein/Mayer [Hrsg.], 2. Aufl. 2015 N. 42 zu Art. 6 EMRK ). Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ). Es prüft die angefochtenen Entscheide grundsätzlich nur auf Rechtsverletzungen hin, die von den Beschwerdeführenden geltend gemacht und begründet werden ( Art. 42 Abs. 2 BGG ). Die Anwendung kantonalen Rechts überprüft das Bundesgericht nur auf Willkür ( Art. 95 BGG ). Willkür in der Rechtsanwendung liegt vor, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft ( BGE 141 IV 305 E. 1.2 mit Hinweisen). Für die Willkürüge gelten erhöhte Begründungsanforderungen ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 140 III 385 E. 2.3 ; 138 I 171 E. 1.4; je mit Hinweisen).

### **E. 2.2.1**

Soweit der Beschwerdeführer auch mit Bezug auf das vorinstanzliche Verfahren rügt, die Amtszeit am Obergericht von sechs Jahren mit der Möglichkeit einer Wiederwahl sei zu kurz bemessen, um die Unabhängigkeit der Richterschaft zu garantieren, kann auf das in Erwägung 1 Gesagte sowie insbesondere das Urteil 6B\_1124/2018 vom 18. März 2019 E. 2.1.1 verwiesen werden. Darin hat das Bundesgericht die vom beschwerdeführerischen Anwalt geübte Kritik an dieser Praxis explizit verworfen. Es hat erwogen, aus dem Umstand, dass der EGMR von einer sechsjährigen Amtsdauer mit Wiederwahlmöglichkeit zu einer einmaligen Amtsdauer von neun Jahren übergegangen sei, könne nicht gefolgert werden, eine Amtsdauer von sechs Jahren sei zu kurz und mit Art. 6 EMRK unvereinbar.

### **E. 2.2.2**

Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers begründet auch die Auflage von Verfahrenskosten an seinen Anwalt in anderen vorinstanzlichen oder bundesgerichtlichen Verfahren keine Voreingenommenheit dieser Behörden gegenüber dem Beschwerdeführer. Solches belegt er denn auch in keiner Weise. Im Übrigen ist die Kostenaufgabe an den Rechtsvertreter im bundesgerichtlichen Verfahren gesetzlich vorgesehen (Art. 66 Abs. 3

i.V.m. Art. 68 Abs. 4 BGG ; Urteil 6B\_1124/2018 vom 18. März 2019 E. 2.1.3). Eine entsprechende kantonale Norm, welche die Vorinstanz willkürlich angewandt haben soll (dazu oben E. 2.1), nennt der Beschwerdeführer nicht. Auch im Zusammenhang mit der als Verstoß gegen den Anspruch auf ein faires Verfahren gerügten Empfehlung der Justizkommission bei der Wiederwahl der vorinstanzlichen Richter gemäss Art. 21a Abs. 2 des kantonalen Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft (GSOG; BSG 161.1) legt der Beschwerdeführer keine willkürliche Anwendung kantonalen Rechts dar. Im Übrigen hat das Bundesgericht die Vereinbarkeit der Norm mit Konventions- und Verfassungsrecht bestätigt (Urteil 6B\_1124/2018 vom 18. März 2019 E. 3.2.2).

### **E. 2.2.3**

Der Beschwerdeführer erblickt einen Verstoß gegen Art. 6 EMRK ferner darin, dass die Staatsanwaltschaft nicht am Verfahren teilgenommen habe, was seinen Anspruch auf ein unparteiisches Gericht und ein kontradiktorisches Verfahren verletze. Der Einwand ist unbegründet. Wie das Bundesgericht im ebenfalls den beschwerdeführerischen Anwalt involvierenden Urteil 6B\_373/2018 vom 7. September 2018 E. 3.2.2 und E. 3.3 erwogen hat, ist die Staatsanwaltschaft nach geltendem Verfahrensrecht ( Art. 337 StPO ) nur dann zur persönlichen Teilnahme an der Hauptverhandlung verpflichtet, wenn sie eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr oder eine freiheitsentziehende Massnahme beantragt (Abs. 3) oder wenn die Verfahrensleitung die persönliche Vertretung der Anklage durch die Staatsanwaltschaft anordnet (Abs. 4). Beides behauptet der Beschwerdeführer nicht und ist angesichts der Verurteilung zu einer geringfügigen Geldstrafe nicht ersichtlich. Er legt auch keine anderweitige Verletzung des einschlägigen Verfahrensrechts dar. Namentlich behauptet er nicht, das Gericht habe in Abwesenheit der Staatsanwaltschaft Handlungen vorgenommen, wozu gesetzlich allein diese befugt gewesen wäre. Dies im wesentlichen Unterschied zu den von ihm zitierten Urteilen des EGMR vom 18. Mai 2010 in Sachen Ozerov gegen Russland (Nr. 64962/01) und vom 27. Januar 2011 in Sachen Krivoshapkin gegen Russland (Nr. 42224/02), wobei die Staatsanwaltschaft der Hauptverhandlung unentschuldig fern geblieben war (vgl. BGE 144 I 234 E. 5.3 ff.; Urteil 6B\_373/2018 vom 7. September 2018 E. 3.3.1). Angesichts der gesetzlichen Verpflichtung des Gerichts zu Objektivität ( Art. 6 Abs. 2, Art. 343 und Art. 389 StPO ) erweckt die Verfahrensleitung durch das Gerichtspräsidium, etwa die - gesetzlich vorgesehene - erneute Befragung eines Zeugen keinen Anschein von Voreingenommenheit. Vielmehr kommt dem Gericht nach schweizerischer Konzeption eine aktive Rolle zu und zwar unabhängig von der Teilnahme der Staatsanwaltschaft ( BGE 144 I 234 E. 5.3 ff.). Deren Abwesenheit anlässlich der Hauptverhandlung begründet daher weder einen Verstoß gegen Art. 30 Abs. 1 BV noch gegen Art. 6 EMRK . Mit seinem Verweis auf die Rollenverteilung gemäss StPO scheint der Beschwerdeführer zu verkennen, dass auch der EGMR einen Verstoß gegen Konventionsrecht bei Einhaltung der gesetzlichen Verfahrensbestimmungen grundsätzlich verneint (oben E. 2.1). Was der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang unter Hinweis auf das Urteil des EGMR in Sachen Karelin gegen Russland vom 20. September 2016 (Nr. 926/08 §§ 53 ff.) aus der Feststellung ableiten will, dass der EGMR bei der Frage nach der Unparteilichkeit des Gerichts nicht zwischen kontradiktorischem und inquisitorischem Verfahren unterscheide, ist unerfindlich. Entscheidend für einen Verstoß gegen Art. 6 EMRK war in allen Fällen, dass das Gericht in Abwesenheit der Staatsanwaltschaft Handlungen vorgenommen hatte, die gesetzlich allein dieser vorbehalten waren, was der Beschwerdeführer zu Recht nicht behauptet. Entgegen seiner Auffassung

bestehen mit Bezug auf die Rollen von Gericht und Staatsanwaltschaft sowie die richterliche Unabhängigkeit zudem sehr wohl wesentliche Unterschiede zwischen schweizerischem und russischem Recht (vgl. BGE 144 I 234 E. 5.6). Zusammenfassend ist kein Verstoß gegen den Anspruch auf ein faires Verfahren im Sinne von Art. 6 EMRK dargetan. Abgesehen davon würde weder dies noch die vom Beschwerdeführer ohne weitere Begründung als zu lang gerügte Verfahrensdauer zur Einstellung des Verfahrens führen, wie er es beantragt. Art. 337 Abs. 5 StPO sieht vielmehr die Verschiebung der Verhandlung vor, wenn die Staatsanwaltschaft nicht an der Hauptverhandlung erschienen ist, wobei das Nichterscheinen pflichtwidrig sein müsste, was hier ebenfalls nicht der Fall ist. Der Beschwerdeführer macht auch nicht geltend, dass Prozessvoraussetzungen definitiv nicht erfüllt werden könnten oder Prozesshindernisse aufgetreten seien (vgl. Art. 319 Abs. 1 lit. d i.V.m. Art. 329 Abs. 4 und Art. 379 StPO). Ebenso wenig ist ersichtlich oder dargetan, dass eine allfällige Verfahrensverzögerung aufgrund einer Rückweisung einen aussergewöhnlich schweren Schaden verursachen würde, der eine Verfahrenseinstellung wegen Verletzung des Beschleunigungsgebots rechtfertigen könnte (vgl. BGE 143 IV 373 E. 1.4.2 mit Hinweis; Urteil 6B\_601/2018 vom 4. Dezember 2018 E. 4.8).

### **E. 3**

Inhaltlich rügt der Beschwerdeführer den vorinstanzlichen Schluss auf eventualvorsätzliches Handeln als willkürlich und Verstoß gegen die Unschuldsvermutung.

#### **E. 3.1**

Die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht, und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 1 und 2 BGG). Offensichtlich unrichtig ist die Sachverhaltsfeststellung, wenn sie willkürlich ist. Dies ist der Fall, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist oder mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht. Dass eine andere Lösung oder Würdigung ebenfalls vertretbar oder gar zutreffender erscheint, genügt nicht. Die Willkür rüge muss explizit vorgebracht und substantiiert begründet werden (Art. 106 Abs. 2 BGG), andernfalls das Bundesgericht darauf nicht eintritt (BGE 142 III 364 E. 2.4). Dem Grundsatz "in dubio pro reo" als Beweiswürdigungsregel kommt im Verfahren vor Bundesgericht keine über das Willkürverbot von Art. 9 BV hinausgehende Bedeutung zu. Was der Täter wusste, wollte und in Kauf nahm, betrifft sogenannte innere Tatsachen und ist Tatfrage. Als solche prüft sie das Bundesgericht nur unter dem Gesichtspunkt der Willkür (Art. 9 BV; Art. 97 Abs. 1 BGG; BGE 144 IV 345 E. 2.2.3; 141 IV 369 E. 6.3; je mit Hinweisen).

#### **E. 3.2**

Die Vorbringen des Beschwerdeführers belegen, soweit sie den gesetzlichen Begründungsanforderungen überhaupt genügen, keine Willkür. Dies gilt namentlich für den Einwand, wonach nicht zweifelsfrei nachgewiesen sei, dass er sich der rechtlichen Würdigung seines Handels bzw. der Qualifikation der inkriminierten Bilder als Kinderpornografie bewusst gewesen sei. Die Bejahung von Vorsatz verlangt solches nicht. Der Beschwerdeführer verkennt, dass hierfür eine Parallelwertung in der Laiensphäre ausreicht und es auf das richtige Verständnis der Begriffe nicht ankommt. Er behauptet hingegen nicht, er habe das Alter des im Tatzeitpunkt neunjährigen Mädchens nicht gekannt, was angesichts der Tatsache, dass es sich um seine Stieftochter handelte, ohnehin

nicht nachvollziehbar wäre. Inwiefern die vorinstanzliche Annahme, der Beschwerdeführer könne sehr wohl zwischen "normaler" und Kinderpornografie unterscheiden, willkürlich sein und die Unschuldsvermutung verletzen soll, ist unerfindlich. Entgegen seiner Auffassung ist nicht entscheidend, ob der Beschwerdeführer jemals Kinderpornografie konsumiert hat, damit also vertraut war. Auch die geltend gemachte Einschränkung seiner kognitiven Fähigkeiten ändert nichts. Der Beschwerdeführer behauptet nicht, es sei gutachterlich attestiert, dass er deswegen nicht in der Lage gewesen wäre, die Tragweite seines Handelns zu erkennen, etwa kindliche und erwachsene Schambereiche zu unterscheiden oder zuzuordnen.

#### **E. 4**

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Ausgangsgemäss hat der Beschwerdeführer die Gerichtskosten zu tragen, zumal sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege infolge Aussichtslosigkeit abzuweisen ist. Seinen finanziellen Verhältnissen ist bei der Kostenbemessung Rechnung zu tragen (Art. 64, 65 Abs. 2 und 66 Abs. 1 BGG).

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